

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3128/2024-EXPLOI

ATA/1348/2024

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 12 novembre 2024

2^{ème} section

dans la cause

A_____

recourante

contre

**DIRECTION DE LA POLICE DU COMMERCE ET DE LUTTE CONTRE LE
TRAVAIL AU NOIR**

intimée

EN FAIT

A. a. A_____, constituée le 11 mars 2010 et dont le siège se trouve à Genève, a pour but « toute activité dans le domaine de la restauration et du commerce de tabac-journaux et de produits alimentaires ». B_____ en est l'associée gérante avec signature individuelle

b. Par ordonnance du 3 octobre 2023, le Ministère public (ci-après : MP) a condamné la précitée, en sa qualité d'associée gérante de A_____, pour violation de l'art. 117 al. 1 de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20), pour avoir employé un travailleur étranger, ressortissant turc, qui ne disposait ni d'une autorisation de séjour ni d'une autorisation de travail. L'employé avait œuvré du 15 août 2022 au 29 juin 2023.

Cette ordonnance se fonde sur les pièces remises par le service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : PCTN) et les auditions faites par la police.

c. Informée par le PCTN de l'intention de rendre une décision d'exclusion des marchés publics, A_____ a fait valoir qu'elle n'avait aucun antécédent, que l'ex-employé disposait d'une carte d'identité portugaise et d'une carte AVS, qu'elle s'était acquittée des charges sociales et qu'elle s'engageait à exercer une prudence accrue pour éviter que la situation se reproduise.

d. Par décision du 22 août 2024, le PCTN a exclu A_____ des marchés publics communaux, cantonaux et fédéraux pour une durée de seize mois.

La condamnation était entrée en force, de sorte que les faits reprochés ne pouvaient être remis en cause. Le fait que les cotisations sociales aient été acquittées et qu'il s'agissait d'un employé « au gris » ne changeait rien à la gravité des infractions.

B. a. Par acte expédié le 23 septembre 2024 à la chambre administrative de la Cour de justice, A_____ a recouru contre cette décision, dont elle a demandé l'annulation.

Elle n'avait aucun antécédent. L'employé en question avait déjà travaillé de nombreuses années à Genève dans un « kebab » et un « tacos ». Il avait une carte d'identité portugaise et une carte AVS. Ces éléments avaient dissipé tout doute sur le fait qu'il pouvait travailler à Genève. Il n'avait travaillé pour elle que onze mois. Le manquement n'était ainsi pas suffisamment grave pour justifier une sanction.

La sanction violait le principe de la proportionnalité. La sanction pénale avait déjà atteint le but d'intérêt public poursuivi par la réglementation.

b. Le PCTN a conclu au rejet du recours.

Il a relevé que l'employé en question était turc et non portugais et que le travail « au gris » n'était pas un motif d'atténuation de la sanction.

c. La recourante a répliqué en relevant que la pièce d'identité soumise par l'employé paraissait à tout point de vue comme une carte d'identité portugaise.

d. Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. La recourante conteste que les conditions permettant de l'exclure des marchés publics soient remplies.

2.1 Le 1^{er} janvier 2008 est entrée en vigueur la loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir du 17 juin 2005 (LTN - RS 822.41).

2.2 Dans son message, le Conseil fédéral a relevé que le travail au noir devait être combattu pour des raisons économiques, sociales, juridiques et éthiques ; la lutte contre ce phénomène passait par une politique de répression ; il existait déjà de nombreux instruments législatifs susceptibles de favoriser cette lutte, mais il fallait les compléter avec la loi sur le travail au noir. Le projet de loi prévoyait une série de mesures pour accroître la répression trop lacunaire (Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale contre le travail au noir du 16 janvier 2002, FF 2002 3371, p. 3372). L'emploi clandestin de travailleurs étrangers, en violation des dispositions du droit des étrangers, était une forme de travail au noir (FF 2002 3371, p. 3374).

Outre l'aggravation des sanctions pénales et administratives prévues par les diverses législations topiques, la LTN introduisait une nouvelle mesure répressive, tendant à l'exclusion des procédures d'adjudication des marchés publics (FF 2002 3371 p. 3403 et 3404).

2.3 Selon l'art. 13 al. 1 LTN, en cas de condamnation entrée en force d'un employeur pour cause de non-respect important ou répété des obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers, l'autorité cantonale compétente exclut l'employeur concerné des futurs marchés publics au niveau communal, cantonal et fédéral pour cinq ans au plus ; elle peut par ailleurs diminuer de manière appropriée, pour cinq ans au plus, les aides financières qui sont accordées à l'employeur concerné.

Le message du Conseil fédéral relève à propos de cette disposition qu'il s'agit de pouvoir, en cas de violation grave des dispositions légales relatives au travail au noir, prononcer contre l'employeur une exclusion temporaire des procédures d'adjudication de marchés publics ; sont concernés les appels d'offres des collectivités publiques au sens strict, ainsi que ceux d'entreprises concessionnaires, telles que les CFF ou la Poste (FF 2002 3371, p. 3419). Il précise encore que la sanction porte exclusivement sur des adjudications à venir. Il ne serait pas possible (ni juridiquement ni pratiquement) de conférer un effet rétroactif à ce type de

décision. Dès lors, tout marché attribué reste acquis à son adjudicataire (FF 2002 3371, p. 3420).

2.4 L'art. 13 al. 1 LTN prévoit trois conditions pour le prononcé d'une sanction d'exclusion des futurs marchés publics ou de diminution des aides financières : la condamnation entrée en force d'un employeur ; la cause de cette condamnation, qui doit se limiter au non-respect des obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers ; et le caractère important ou répété du non-respect desdites obligations.

2.4.1 Le prononcé d'une condamnation pénale (y compris sous la forme d'une ordonnance pénale au sens des art. 352ss CPP) est la condition nécessaire de la sanction prévue par l'art. 13 al. 1 LTN. Les délits pénaux auxquels l'art. 13 LTN se réfère ne peuvent être que ceux qui visent spécifiquement les employeurs, notamment dans le cadre de la législation sur les étrangers (Guerric RIEDI, Les aspects sociaux des marchés publics, en particulier la protection des travailleurs, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STOECKLI, Droit des marchés publics, 2016, n. 86).

La LTN ne contient pas de définition de la notion d'employeur. Lorsque le travail au noir intervient au sein d'une personne morale, elle n'indique pas si la notion d'employeur vise la personne morale ou la personne physique qui détient ou contrôle la personne morale en question. Le message de la loi se référant aux « entreprises sous le coup de l'exclusion des marchés publics » et comme, dans le domaine des marchés publics, l'adjudicataire d'un marché public est en règle générale une entreprise, on doit admettre que le destinataire de la sanction d'exclusion prévue par l'art. 13 al. 1 LTN est en principe la personne morale. Cela explique qu'une exclusion des marchés publics prononcée à l'encontre d'une personne morale puisse reposer sur une condamnation pénale infligée au gérant de celle-ci. S'il suffisait d'écarter le gérant de la direction de la société, d'en créer une nouvelle identique dans ses buts et activités, d'en reprendre la clientèle, le carnet de commande et le personnel, pour échapper aux sanctions prévues par l'art. 13 al. 1 LTN, cette norme deviendrait inefficace et le but de la LTN serait détourné (Guerric RIEDI, *op. cit.*, n. 88).

2.4.2 Il ressort des travaux parlementaires que le non-respect des obligations est important par exemple en raison du montant ou du nombre de travailleuses et travailleurs au noir engagés (« sie sind zum Beispiel aufgrund des Betrages oder der angestellten Anzahl Schwarzarbeiterinnen oder Schwarzarbeiter schwerwiegend » ; BO 2005 N p. 696, intervention de Remo GYSIN).

Dans l'interprétation de la notion de « non-respect important » de l'art. 13 al. 1 LTN, le Tribunal fédéral n'ayant pas encore eu à préciser cette notion, la chambre de céans se réfère notamment à la notion de « cas grave » au sens de l'art. 117 al. 1 LEI, lequel punit dans les cas graves, d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire, quiconque a, notamment, employé intentionnellement un étranger qui n'est pas autorisé à exercer une activité lucrative

en Suisse (ATA/194/2021 du 23 février 2021 consid. 6b ; ATA/213/2017 du 21 février 2017 consid. 9a ; ATA/758/2011 du 13 décembre 2011 consid. 6c ; Guerric RIEDLI, *op. cit.*, n. 91 et 93).

Selon la doctrine, l'existence d'un cas grave au sens de l'art. 117 al. 1 LEI doit se juger à la lumière de l'ensemble des circonstances objectives et subjectives du cas ; il peut y avoir cas grave lorsque l'auteur emploie un grand nombre d'étrangers sans autorisation, lorsqu'il impose des conditions de travail inacceptables ou lorsqu'il profite d'une situation de gêne ou de dépendance pour contraindre l'étranger à travailler (Luzia VETTERLI/Gabriella D'ADDARIO DI PAOLO, in Martina CARONI/Thomas GÄCHTER/Daniela THURNHERR [éd.], *Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG]*, Berne 2010, n. 11 ad art. 117 LEI ; ATA/194/2021 du 23 février 2021 consid. 6b).

2.5 Le principe de la proportionnalité, garanti par les art. 5 al. 2 et 36 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (ATF 126 I 219 consid. 2c et les références citées).

Le principe de la proportionnalité se compose ainsi des règles d'aptitude – qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé – de nécessité – qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, l'on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés – et de proportionnalité au sens étroit – qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 140 I 218 consid. 6.7.1 ; 136 IV 97 consid. 5.2.2 ; 135 I 169 consid. 5.6).

2.6 Dans un premier arrêt de 2011, la chambre de céans a considéré que l'emploi au noir d'un seul travailleur pour une durée de moins de deux ans, sans autre transgression de la loi ou de la convention collective de travail, ne relevait pas d'un non-respect important des obligations au sens de l'art. 13 LTN (ATA/758/2011 du 13 décembre 2011).

Dans un second arrêt prononcé en 2017, la chambre administrative a jugé qu'un employant treize personnes sans autorisation de travail pour une durée cumulée de presque quatre ans, une entreprise avait violé de manière grave les obligations prévues par la législation sur les étrangers. Compte tenu du nombre de personnes employées et de la durée d'emploi, une exclusion des marchés publics pour une période de 18 mois n'était pas disproportionnée. Quand bien même l'ordonnance pénale ne retenait pas le cas grave de l'art. 117 al. 1 LEI, cela n'empêchait pas l'application de l'art. 13 LTN, car si la chambre administrative était liée par les faits retenus par l'ordonnance pénale, elle ne l'était pas pour les questions de droit (ATA/213/2017 du 21 février 2017 consid. 9e).

Dans une affaire jugée en 2021, la chambre de céans a constaté que la durée globale d'emploi de deux ressortissants étrangers s'élevait, pendant une période d'une

année, à 17 mois et onze jours. Si cette durée rapprochait *prima facie* les agissements de la recourante de ceux examinés par l'ATA/758/2011, l'engagement successif de deux travailleurs ainsi que le temps écoulé entre les deux engagements réalisaient la condition de la répétition de l'art. 13 al. 1 LTN. La recourante, qui avait compris que le premier employé était dépourvu d'autorisation, avait mesuré le risque auquel son impéritie l'exposait et devait corriger sans attendre sa pratique. En ne le faisant pas et en embauchant un second travailleur sans autorisation, elle avait accru l'importance du non-respect de ses obligations au sens de l'art. 13 al. 1 LTN. Le département avait notamment exclu la société en cause des marchés publics communal, cantonal et fédéral ainsi que de toutes les aides financières cantonales et communales pour une durée de seize mois, sanction qui a été confirmée (ATA/142/2021 du 9 février 2021 du 9 février 2021).

Dans un autre arrêt de 2021 encore, la chambre administrative a retenu que les conditions du prononcé de sanctions au sens de l'art. 13 LTN n'étaient pas remplies et a annulé une décision excluant une société des marchés publics aux niveaux communal, cantonal et fédéral pour une durée de 24 mois. Malgré la gravité des infractions retenues dans l'ordonnance pénale à l'encontre de l'associé gérant, un seul cas de non-respect des obligations pouvait être retenu à l'encontre de la société et cette infraction portait sur une durée relativement courte, soit près de quatre mois jusqu'au dépôt d'une demande d'autorisation (ATA/194/2021 du 23 février 2021).

Plus récemment, la chambre de céans a confirmé la décision d'exclusion des marchés publics pour une durée de seize mois. Cette sanction ne paraissait pas disproportionnée eu égard à l'importance de la faute, soit l'engagement de trois travailleurs dépourvus d'autorisation, certes durant une période « d'à tout le moins » trois jours, selon les termes de l'ordonnance pénale, mais en présence d'antécédents judiciaires spécifiques : l'associé de la recourante n'avait pas hésité, moins d'un mois après une condamnation, à employer sur un chantier trois ressortissants démunis d'autorisation de séjour, en tout cas durant trois jours (ATA/812/2022 du 17 août 2022).

2.7 En l'espèce, la condamnation de B_____ concerne un comportement de sa part en sa qualité d'associée gérante de la recourante. Sa condamnation pénale est entrée en force, de sorte que la première condition de l'art. 13 al. 1 LTN est remplie.

En outre, l'intéressée a été condamnée pour une infraction à l'art. 117 al. 1 LEI, lequel réprime l'emploi d'un étranger qui n'est pas autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse. La cause de sa condamnation réside donc dans le non-respect d'une obligation en matière d'autorisation prévue dans la législation sur les étrangers. La deuxième condition de l'art. 13 al. 1 LTN est également remplie. Que la recourante se soit acquittée des charges sociales de son employé n'est pas pertinent, étant rappelé que la simple occupation d'un travailleur étranger sans respecter les devoirs d'annonce et d'autorisation imposés par la législation sur les étrangers suffit à retenir la qualification de travail au noir.

La recourante a employé une personne dépourvue de permis. La durée de l'emploi est d'un peu plus de dix mois et doit donc être qualifiée de suffisamment longue pour constituer un manquement important. C'est le lieu de relever l'arrêt ATA/758/2011 précité de 2011 reste un arrêt isolé, d'une part, et que, depuis lors, la pratique, notamment la jurisprudence de la chambre administrative, s'est montrée plus sévère. Ainsi, la durée du non-respect des conditions d'engagement d'un employé étranger – en l'occurrence de dix mois – justifie de qualifier le manquement reproché d'important.

Au vu de ces éléments, les conditions au prononcé d'une sanction selon l'art. 13 al. 1 LTN étaient réunies.

2.8 La nature de la sanction est propre à produire l'effet de prévention recherché par la loi, étant précisé que l'art. 13 al. 1 LTN ne prévoit pas de sanction alternative à l'exclusion des marchés publics, outre la diminution d'aides financières, hypothèse non applicable en l'espèce.

En tant que la recourante fait valoir que son associée gérante avait déjà été sanctionnée par sa condamnation pénale, il est relevé que la présente sanction vise l'activité économique de la recourante et non la commission d'une infraction pénale par son associée gérante. Cet élément n'est ainsi pas de nature à réduire la durée de la sanction. Il en va de même de l'allégation relative aux documents d'identité présentés par l'employé en question. Cet argument avait déjà été soulevé devant le MP, sans qu'il soit retenu.

En revanche, la durée de la sanction paraît disproportionnée eu égard à la faute commise, à savoir l'engagement d'un seul travailleur dépourvu d'autorisation, pendant une période de dix mois, l'absence d'antécédents et le paiement des charges sociales. Bien que la durée de la sanction reste dans la partie inférieure de la durée maximale prévue par l'art. 13 al. 1 LTN qui est de cinq ans, elle est du même ordre que des situations dans lesquelles le manquement concernait plusieurs employés et/ou la période de l'infraction était plus longue.

Il convient ainsi, avec la recourante, de constater que le PCTN a commis un abus de son pouvoir d'appréciation en fixant à seize mois la sanction d'exclusion des marchés publics.

Compte tenu de l'ensemble des éléments sus-évoqués, la durée de la sanction d'exclusion des marchés publics sera ramenée à dix mois.

Fondé, le recours sera ainsi partiellement admis, dans la mesure précitée.

- 3.** Vu l'issue du litige, un émolument, réduit, de CHF 300.- sera mis à la charge de la recourante et aucune indemnité de procédure ne sera allouée, la recourante n'ayant pas recouru aux services d'un mandataire professionnel (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 23 septembre 2024 par A_____ contre la décision de la direction du service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir du 22 août 2024 ;

au fond :

l'admet partiellement, annule la décision précitée en ce qui concerne la durée de l'exclusion des marchés publics et la réduit à dix mois ;

rejette le recours pour le surplus ;

met un émolument de CHF 300.- à la charge de A_____ ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession de la recourante, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à A_____ ainsi qu'à la direction du service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir.

Siégeant : Claudio MASCOTTO, président, Florence KRAUSKOPF, Jean-Marc VERNIORY, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière :

N. DESCHAMPS

le président siégeant :

C. MASCOTTO

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :