RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3289/2020-EXPLOI **ATA/194/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 23 février 2021

1ère section

dans la cause

A_____
représentée par Me Pierre Ochsner, avocat

contre

DÉPARTEMENT DE LA SÉCURITÉ, DE L'EMPLOI ET DE LA SANTÉ

EN FAIT

1) A_____ (ci-après : A_____) est une société à responsabilité limitée sise route B_____ à Genève. Elle est inscrite au registre du commerce genevois depuis le 10 octobre 2017 et a pour but toutes activités dans le domaine du montage, démontage d'échafaudages et la rénovation de bâtiments.

Monsieur C_____ a été l'unique associé gérant de A_____ jusqu'au 25 août 2020. Depuis cette date, Monsieur D_____ en est l'unique associé gérant.

2) Par ordonnance pénale du 11 juillet 2019, le Ministère public de Genève (ci-après : MP) a déclaré M. C_____ coupable d'infraction à l'art. 117 al. 2 de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20), soit pour avoir récidivé dans les cinq ans à employer des travailleurs étrangers sans autorisation.

Il ressort de ladite ordonnance que M. C_____ avait employé Monsieur E_____, ressortissant du Kosovo, alors que ce dernier ne disposait d'aucune autorisation d'exercer une activité lucrative en Suisse, à tout le moins durant la période du 23 octobre 2017 à la mi-février 2018. L'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) avait délivré, le 4 décembre 2018, une attestation de résidence à M. E_____. Une demande d'autorisation de travail avait été formée par A_____ pour M. E_____ le 6 décembre 2018 et octroyée le 31 janvier 2019. Un contrat de travail les liait depuis le 23 octobre 2017. Renseignements pris auprès de l'OCPM et du Secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM), M. E_____ avait déposé une demande d'autorisation de séjour à la mi-février 2018 et était dès lors en droit de travailler dès cette date. Il avait postulé à l'opération de régularisation Papyrus.

Les sursis accordés par le MP les 10 février 2016 et 29 juin 2016, concernant des condamnations pour emploi d'étrangers sans autorisation, respectivement pour délits contre la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS - RS 831.10) et la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP - RS 831.40) étaient révoqués. Une peine pécuniaire d'ensemble de cent quatre-vingts jours-amende à CHF 100.- l'unité a été prononcée.

3) Le 6 septembre 2019, le service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : PCTN) du département de la sécurité, de l'emploi et de la santé (ci-après : le département) a informé A_____ de l'ouverture d'une procédure d'interdiction des marchés publics et de réduction des subventions contre elle, suite à l'ordonnance pénale du 11 juillet 2019, devenue définitive.

A_____ n'a pas formulé d'observations dans le délai imparti par le PCTN.

4) Le 17 septembre 2020, le conseiller d'État en charge du département a rendu une décision excluant A_____ des marchés publics aux niveaux communal, cantonal et fédéral pour une durée de vingt-quatre mois. L'entreprise était exclue de toutes aides financières cantonales et communales pour cette même durée. La décision déployait aussi ses effets à l'égard des entités sans personnalité juridique rattachées à A_____, notamment ses succursales. Elle était transmise au secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO). Un émolument de CHF 450.- était fixé.

Les infractions à la LEI étaient des délits et avaient justifié une sanction sévère en termes de jours-amende, notamment en raison des antécédents pénaux de M. C_____, de sorte qu'elles revêtaient indéniablement le caractère d'importance et de répétition exigés par l'art. 13 de la loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir du 17 juin 2005 (LTN - RS 822.41). M. C_____ n'avait pas allégué de circonstances démontrant que les mesures prévues toucheraient A_____ d'une manière disproportionnée.

5) Par acte mis à la poste le 19 octobre 2020, M. D_____, représentant A_____, a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision du département en concluant à son annulation, à l'octroi de l'effet suspensif ainsi qu'au versement d'une indemnité de procédure.

A_____ avait un capital social de CHF 20'000.-.

Les employés concernés par les ordonnances pénales avaient tous déposé des demandes d'autorisation dont la délivrance ne dépendait que du temps nécessaire à leur traitement et non au fait qu'ils n'en remplissaient pas les conditions. Le degré des infractions constatées pouvait être considéré comme léger en ce sens qu'il ne s'était agi que du non-respect d'un délai administratif pour régulariser une situation. La décision était disproportionnée par rapport à la faute commise.

Les mesures d'exclusion auraient pour effet de faire perdre la quasi-totalité des sources de revenu de l'entreprise pendant vingt-quatre mois, ce qui l'acculerait à la faillite. Elle n'avait pas les réserves suffisantes pour y faire face et employait onze personnes.

6) Le 10 décembre 2020, le PTCN a déposé des observations concluant au rejet du recours.

Le capital social ne déterminait pas à lui seul la richesse d'une société et aucune pièce comptable n'était fournie par A_____ qui ne prouvait pas davantage le nombre de ses employés. Les aides étatiques en lien avec la

pandémie n'étaient pas concernées par la décision querellée. Les ordonnances pénales n'avaient pas été frappées d'opposition et les faits non prouvés auraient dû être apportés dans le cadre de ces procédures.

Le département avait fait usage de son pouvoir d'appréciation, soit la possibilité, face à un grave délit « pour emploi grave et réitéré d'étrangers sans autorisation », de prononcer une exclusion sur les marchés publics et diminution des aides financières jusqu'à cinq ans au plus.

7) La recourante a répliqué le 15 janvier 2021.

Les attestations des salaires de 2017 à 2019 démontraient que A_____ employait neuf personnes et qu'elle avait versé l'intégralité des charges et cotisations sociales les concernant.

Les condamnations de M. C_____, prises en compte dans la décision litigieuse, étaient antérieures à la création de A_____, le 10 octobre 2017 et ne la concernaient donc pas. Seul le cas de M. E_____, pour lequel une demande d'autorisation avait été déposée avant l'ordonnance pénale du 11 juillet 2019, pouvait être pris en compte. M. C_____ avait compris sa faute et avait pris des mesures strictes afin de remédier aux divers problèmes administratifs en mandatant une comptable. Il avait aussi vendu ses parts à M. D_____. Le degré de gravité des infractions constatées devait être considéré comme léger, il n'y avait pas de réitération. Si M. E_____ devait obtenir son autorisation d'exercer une activité lucrative, la transgression serait d'autant plus légère.

La grande majorité du chiffre d'affaires de l'entreprise était réalisé par l'intermédiaire de marchés publics.

Le 16 novembre 2020, le service de l'inspection du travail avait constaté que l'entreprise avait respecté les prescriptions en matière de durée du travail et du repos.

8) Le 18 janvier 2021, 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 estime que les conditions d'application de l'art. 13 al. 1 LTN ne sont pas remplies. Les antécédents de M. C_____ ne pouvaient pas être pris en compte.

3) L'art. 13 al. 1 LTN prévoit trois conditions cumulatives 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 (conditions alternatives).

L'autorité cantonale compétente communique une copie de sa décision au SECO (art. 13 al. 2 LTN).

Le SECO établit une liste des employeurs faisant l'objet d'une décision entrée en force d'exclusion des marchés publics ou de diminution des aides financières. Cette liste est accessible au public (art. 13 al. 3 LTN).

4) a. S'agissant de la première condition de l'art. 13 al. 1 LTN, relative à la condamnation entrée en force, se pose la question de « l'employeur » visé que la LTN ne définit pas. Lorsque le travailleur au noir est au service d'une personne morale, la LTN ne précise pas si l'employeur visé est uniquement la personne morale ou la personne physique qui détient le contrôle de ladite personne morale.

Il a déjà été précisé par la chambre de céans qu'il était sans conséquence, quant à la qualité d'employeur au sens de l'art. 13 LTN d'une Sàrl, que l'associé gérant condamné pénalement en raison d'agissements intervenus pour le compte de l'entreprise n'était plus l'actuel associé gérant de la Sàrl (ATA/213/2017 du 21 février 2017 consid. 7 = BR/DC 4/2017, p. 262 N° 618). Cette interprétation de la notion d'employeur rejoint celle retenue par les juridictions vaudoises selon lesquelles la notion d'employeur au sens de la LTN est plus large que celle du droit des obligations et inclut l'employeur de fait (CDAP VD MPU.2018.0008 du 24 mai 2018 = BR/DC 2019 I p. 53 n. 122). Elle correspond également à celle retenue dans la doctrine qui précise que l'art. 13 al. 1 LTN serait largement inefficace s'il ne concernait que les personnes agissant pour le compte de l'entreprise et non directement celle-ci (Martin BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, 2020, p. 311).

b. En l'espèce, bien qu'il ne soit plus l'actuel associé gérant de la recourante, la condamnation de M. C_____ avait trait, en partie, à des agissements accomplis pour le compte de la recourante.

Conformément à la jurisprudence susmentionnée, c'est ainsi bien la recourante qui est l'employeur au sens de l'art. 13 al. 1 LTN et non son ancien associé gérant.

5) La recourante conteste que l'une ou l'autre des conditions alternatives de non-respect important ou répété de ses obligations au sens de l'art. 13 al. 1 LTN, soit remplie en l'espèce.

Force est de constater, s'agissant de la répétition des condamnations, qu'au moment du prononcé de la troisième ordonnance pénale à l'encontre de M. C_____, le 11 juillet 2019, laquelle a été prise en compte par l'autorité intimée pour justifier sa décision, l'intéressé était bien l'associé gérant de la recourante. Au moment des condamnations pénales de février et juin 2016, l'employeur, soit la recourante, n'existait en revanche pas, puisqu'elle n'a été créée qu'en octobre 2017.

Il n'est dès lors pas possible de considérer que la condition de répétition du non-respect des obligations, en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers, serait remplie en l'espèce, seule la dernière infraction, réalisée dans le cadre de l'activité de M. C_____ pour le compte de la recourante pouvant être retenue au passif de l'employeur.

En conséquence, la condition du non-respect répété des obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers n'est pas remplie.

6) Il convient d'examiner si la deuxième condition alternative, soit un non-respect important des obligations est réalisée en l'espèce, ce que la recourante conteste.

a. Concernant le caractère important ou grave du non-respect, au sens de l'art. 13 al. 1 LTN (dans le texte en allemand et en italien : schwerwiegender Missachtung et inosservanza grave) le législateur n'a pas expressément précisé ce qu'il entendait par cas important, dans les travaux préparatoires. Le rapporteur de la commission du Conseil national a néanmoins indiqué, en fin de travaux parlementaires, qu'il n'était « pas question de couper l'intégralité de son revenu à quelqu'un qui aurait employé pendant quelques mois un employé au noir, sans transgresser gravement la législation » (intervention Recordon, BO 2005 N 699).

b. 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 puni dans les cas grave, 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/213/2017 du 21 février 2017 consid. 9a ; ATA/758/2011 du 13 décembre 2011 consid. 6c ; Guerric RIEDLI, Les aspects sociaux des marchés publics, en particulier la protection des travailleurs, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STOECKLI, Droit des marchés publics, 2016, p. 334 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], 2010, n. 11 ad art. 117 LEI).

c. Lorsque le complexe de faits soumis au juge administratif a fait l'objet d'une procédure pénale, le juge administratif est en principe lié par le jugement pénal et ne peut s'en écarter que s'il est en mesure de fonder sa décision sur des constations de faits inconnues du juge pénal ou que ce dernier n'a pas prises en considération, s'il existe des preuves nouvelles dont l'appréciation conduit à un autre résultat, si l'appréciation à laquelle s'est livré le juge pénal se heurte clairement aux faits constatés (ATF 139 II 95 consid. 3.2). La chambre de céans a précisé à cet égard que si elle était liée par les faits retenus par l'ordonnance pénale, elle ne l'était pas pour les questions de droit et notamment celle de la qualification de « cas grave » (ATA/213/2017 du 21 février 2017 consid. 9e).

d. La chambre administrative a jugé qu'en 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 dix-huit mois n'était pas disproportionnée (ATA/213/2017 du 21 février 2017). 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, n'a pas été considéré comme étant un non-respect important des obligations au sens de l'art. 13 LTN (ATA/758/2011 du 13 décembre 2011).

7) En l'espèce, il découle de la seule ordonnance pénale pertinente que la recourante a employé un travailleur ne disposant pas des autorisations nécessaires pour travailler en Suisse, à tout le moins du 23 octobre 2017 à mi-février 2018, date à laquelle une demande d'autorisation a été déposée. La même ordonnance, rendue pour mémoire à l'encontre de l'associé gérant d'alors, a retenu ses deux anciennes condamnations et une peine d'ensemble a été prononcée.

Ainsi, malgré la gravité des infractions retenues dans l'ordonnance pénale à l'encontre de M. C_____, un seul cas de non-respect des obligations peut être retenu à l'encontre de la recourante et cette infraction porte sur une durée relativement courte. En conséquence, le non-respect ne saurait être qualifié d'important ou de grave au sens de l'art. 13 al. 1 LTN.

Il découle de ce qui précède que les conditions du prononcé de sanctions telle que prévues à l'art. 13 LTN ne sont pas remplies en l'espèce de sorte que la décision litigieuse devra être annulée.

8) a. Le recours sera admis et la décision du 17 septembre 2020 annulée.

b. Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à la charge de l'État de Genève, sera allouée à la recourante (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 19 octobre 2020 par A_____ contre la décision du département de la sécurité, de l'emploi et de la santé du 17 septembre 2020 ;

au fond :

l'admet ;

annule la décision du département de la sécurité, de l'emploi et de la santé du 17 septembre 2020 ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à A_____, à la charge de l'État de Genève ;

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 du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Pierre Ochsner, avocat de A_____, ainsi qu'au département de la sécurité, de l'emploi et de la santé.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mmes Lauber et Tombesi, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :	la présidente siégeant :
F. Scheffre	F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :