RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3291/2020-EXPLOI **ATA/142/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 9 février 2021

2ème section

dans la cause

A_____ SA
représentée par Me Mark Muller, avocat

contre

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

EN FAIT

1) A_____ SA (ci-après : A_____), qui a son siège à B_____, a pour but l'exploitation de cafés, restaurants, ainsi que commerces de produits alimentaires. Elle a pour administrateur M. C_____. Elle exploite un restaurant à l'enseigne « D_____ » avenue E_____ _____ à B_____.

2) Par ordonnance pénale du 17 février 2020, rendue dans la procédure pénale P/1_____/2019, le Ministère public genevois a déclaré M. C_____ coupable d'infractions à l'art. 117 al. 1 de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20), l'a condamné à une peine pécuniaire de cent-vingt jours-amende à CHF 110.- le jour, l'a mis au bénéfice du sursis avec un délai d'épreuve de trois ans et l'a condamné à une amende de CHF 2'640.- ainsi qu'aux frais de la procédure.

Il avait, en sa qualité d'administrateur de A_____, employé M. F_____, ressortissant vénézuélien dépourvu d'autorisation de travailler en Suisse, entre le 1er octobre 2017 et le 31 janvier 2018, ainsi que M. G_____, ressortissant kosovar objet d'une décision de révocation de son autorisation de séjour et de renvoi de Suisse définitive et exécutoire et ne disposant d'aucune autorisation de travailler malgré une demande de reconsidération pendante.

Les faits avaient été dénoncés par le service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (ci-après : PCTN) le 29 novembre 2019. Celui-ci avait produit les procès-verbaux d'audition de M. C_____, qui avait reconnu les faits, ainsi que les documents qu'il avait remis.

L'ordonnance pénale n'a pas été contestée et est entrée en force.

3) Le 10 juin 2020, le PCTN a informé A_____ qu'il avait ouvert contre elle une procédure d'interdiction de marchés publics et de réduction des subventions, en application de 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), et lui a imparti un délai au 8 juillet 2020 pour se déterminer. La procédure était distincte de toute autre procédure qui pourrait être menée et de sanction qui pourrait être prononcée en application de l'art. 45 de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT - J 1 05).

4) Le 4 juillet 2020, A_____ a fourni, sous la plume de M. C_____, des explications au PCTN.

M. F_____ avait présenté une carte d'identité italienne qui se présentait comme pièce d'identité d'un ressortissant italien, et il n'avait pas réalisé que sa nationalité vénézuélienne était indiquée à l'intérieur.

M. G_____ avait expliqué avoir contesté la décision prononcée contre lui. Il avait pensé que c'était suffisant. Dès qu'il avait appris qu'une demande écrite devait être formée, il l'avait effectuée et l'autorisation de travail avait été délivrée.

Il s'agissait d'erreurs humaines. Il était de bonne foi et il avait pleinement collaboré. Il exerçait son activité depuis vingt-cinq ans avec une moyenne de vingt-deux collaborateurs par année, et cela ne se reproduirait pas. Il avait dû changer trois fois de fiduciaire après avoir constaté des erreurs en 2018. La dernière fiduciaire pouvait attester que les contrats de travail et les demandes de permis avaient été effectués avec retard par la précédente.

5) Par décision du 17 septembre 2020, le Conseiller d'État en charge du département de la sécurité, de l'emploi et de la santé (ci-après : DSES) a exclu A_____ des marchés publics au niveau communal, cantonal et fédéral, ainsi que de toutes les aides financières cantonales et communales, pour une durée de seize mois.

Les faits avaient été établis par l'ordonnance pénale, non contestée et entrée en force. Les infractions pénales constituaient des délits et revêtaient indéniablement un caractère d'importance au sens de l'art. 13 LTN. Ces manquements, d'une gravité particulière, imposaient l'exclusion des marchés publics et la privation d'aides financières pour une durée de seize mois.

6) Par acte remis à la poste le 19 octobre 2020, A_____ a recouru contre cette décision auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), concluant à son annulation.

Elle ne percevait actuellement aucune aide et la loi ne permettait pas de la priver d'aides financières futures.

L'infraction était de peu de gravité, elle ne constituait pas une transgression grave, compte tenu de sa durée et du nombre des travailleurs concernés, et du fait qu'elle avait acquitté toutes les charges sociales.

7) Le 21 décembre 2020, le PCTN a conclu au rejet du recours.

La faute était importante, et la loi prévoyait l'exclusion des aides financières futures.

8) Le 22 janvier 2021, A_____ a répliqué et développé son argumentation.

9) Le 26 janvier 2021, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

10) Les arguments des parties seront repris en tant que de besoin dans la partie en droit du présent arrêt.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 47 al. 1 de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 - LIRT - J 1 05 ; 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 demande l'audition de son administrateur, M. C_____, et du PCTN, ainsi que de M. H_____, administrateur de la fiduciaire I_____ SA, et de ses anciens employés MM. F_____ et G_____.

a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il y soit donné suite (ATF 132 II 485 consid. 3.2 ; 127 I 54 consid. 2b). Ce droit ne s'étend qu'aux éléments pertinents pour l'issue du litige et n'empêche pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 138 III 374 consid. 4.3.2 ; 131 I 153 consid. 3). En outre, il n'implique pas le droit d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; 130 II 425 consid. 2.1).

b. En l'espèce, les agissements pris en compte par le DSES pour fonder la sanction querellée ont été établis par l'enquête du PCTN et repris par l'ordonnance pénale du Ministère public du 17 février 2020. M. C_____, administrateur de la recourante, a admis les faits à l'époque et n'a pas contesté l'ordonnance pénale, qui est entrée en force. La chambre de céans est ainsi liée par l'ordonnance pénale, comme il sera exposé plus loin. La recourante a par ailleurs eu l'occasion de développer son argumentation par écrit et de produire toutes les pièces qu'elle jugeait pertinentes. Elle n'expose pas en quoi l'audition de son administrateur, de sa fiduciaire et de ses deux anciens employés serait de nature à remettre en cause les faits tels qu'établis par l'ordonnance pénale ou à apporter des éléments nouveaux et pertinentes pour l'issue de la présente procédure. Le dossier apparaît complet et en état d'être jugé.

Il ne sera pas donné suite à la demande de mesures d'instruction.

3) En procédure administrative genevoise, le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (art. 61 al. 1 let. a LPA), ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 61 al. 1 let. b LPA). En revanche, les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (art. 61 al. 2 LPA).

4) La recourante expose avoir été trompée par ses deux employés au sujet de leur statut et s'être trouvée sans sa faute dans l'erreur. Elle aurait par ailleurs été mal servie par sa précédente fiduciaire.

a. 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 constatations 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 ou si celui-ci n'a pas élucidé toutes les questions de droit, en particulier celles qui touchent à la violation des règles de la circulation (ATF 139 II 95 consid. 3.2). Il convient d'éviter autant que possible que la sécurité du droit soit mise en péril par des jugements opposés, fondés sur les mêmes faits (ATF 137 I 363 consid. 2.3.2). Si les faits retenus au pénal lient donc en principe l'autorité et le juge administratifs, il en va différemment des questions de droit, en particulier de l'appréciation de la faute (arrêt du Tribunal fédéral 1C_71/2008 du 31 mars 2008 consid. 2.1).

b. En l'espèce, comme déjà indiqué plus haut, les faits à l'origine de la décision querellée ont été établis successivement par le PCTN et par le Ministère public. Ils ont été admis par M. C_____, administrateur de la recourante, et tenus pour établis par l'ordonnance pénale du 17 février 2020. Celle-ci n'a pas été contestée et est entrée en force. Son état de fait a été repris à l'appui de la décision querellée.

La recourante allègue certes désormais que son administrateur, M. C_____, aurait été trompé par les deux anciens employés, ou incorrectement servi par la fiduciaire chargée des travaux administratifs. Il s'agit toutefois de fait connus de la recourante et de son administrateur à l'époque de l'enquête du PCTN et de celle du Ministère public, qu'il leur eût cas échéant appartenu d'alléguer et d'offrir de prouver à l'appui d'une opposition à l'ordonnance pénale.

Rien ne permet ainsi de s'écarter de l'état de fait établi par le Ministère public.

Il sera observé au surplus que l'administrateur répond de la vérification du statut administratif en droit des étrangers des personnes que la société engage, et qu'il ne saurait après coup se prévaloir de carences dans la diligence avec laquelle il lui incombait de procéder ou de faire procéder, comme par exemple l'omission de lire la nationalité vénézuélienne sur la carte d'identité italienne de M. F_____, de réclamer la documentation écrite du droit de séjour et de travail effectif de MM. F_____ et G_____ ou encore de procéder à des vérifications directement auprès des autorités.

5) La recourante se plaint d'une violation de l'art. 13 LTN. L'infraction était de peu de gravité et la loi ne permettait pas de la priver d'aides financières futures.

6) Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la loi s'interprète en premier lieu d'après sa lettre (interprétation littérale). Si le texte légal n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme en la dégageant de sa relation avec d'autres dispositions légales, de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique) (ATF 138 II 557 consid. 7.1 ; 138 II 105 consid. 5.2 ; 132 V 321 consid. 6 ; 129 V 258 consid. 5.1 et les références citées). Le Tribunal fédéral utilise les diverses méthodes d'interprétation de manière pragmatique, sans établir entre elles un ordre de priorité hiérarchique (ATF 138 II 217 consid. 4.1 ; 133 III 175 consid. 3.3.1 ; 125 II 206 consid. 4a ; ATA/422/2008 du 26 août 2008 consid. 7). Enfin, si plusieurs interprétations sont admissibles, il faut choisir celle qui est conforme à la Constitution (ATF 119 Ia 241 consid. 7a et les arrêts cités).

S'agissant plus spécialement des travaux préparatoires, bien qu'ils ne soient pas directement déterminants pour l'interprétation et ne lient pas le juge, ils ne sont pas dénués d'intérêt et peuvent s'avérer utiles pour dégager le sens d'une norme. En effet, ils révèlent la volonté du législateur, laquelle demeure, avec les jugements de valeur qui la sous-tendent, un élément décisif dont le juge ne saurait faire abstraction même dans le cadre d'une interprétation téléologique (ATF 119 II 183 consid. 4b ; 117 II 494 consid. 6a ; ATA/537/2008 du 28 octobre 2008 consid. 12). Les travaux préparatoires ne seront toutefois pris en considération que s'ils donnent une réponse claire à une disposition légale ambiguë et qu'ils aient trouvé expression dans le texte de la loi (arrêt du Tribunal fédéral 2C_939/2011 du 7 août 2012).

7) Le 1er janvier 2008 est entrée en vigueur la LTN.

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).

8) Comme la chambre de céans l'a déjà exposé dans l'ATA/213/2017 du 21 février 2017 consid. 13 s., 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. L'autorité cantonale compétente communique une copie de sa décision au Secrétariat à l'économie (ci-après : 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).

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).

Les chambres fédérales, après des discussions longues et animées ayant donné lieu à une procédure d'élimination des divergences, ont modifié la disposition, notamment en ajoutant comme autre sanction possible, alternativement ou cumulativement, la diminution appropriée des aides financières, et en rendant publique la liste des employeurs sanctionnés (BO 2004 N 1209 ss ; BO 2005 E 470 s. et 698 s.).

9) 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 ; le caractère important ou répété du non-respect desdites obligations.

10) S'agissant du caractère important ou répété du non-respect des obligations par l'employeur, 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 Schwarzarbeitnehmerinnen oder Schwarzarbeitnehmer schwerwiegend » ; BO 2005 N p. 696, intervention de Monsieur Remo GYSIN).

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).

Dans un premier arrêt prononcé en 2011, la chambre de céans a jugé qu'il ne se justifiait pas d'exclure le recourant des marchés publics futurs, dès lors que le non-respect de ses obligations d'employeur n'avait duré que deux ans à propos d'un seul employé (ATA/758/2011 du 13 décembre 2011 consid. 7). Elle avait relevé que, s'agissant du caractère important – ou grave, si l'on reprend les teneurs allemande et italienne de l'art. 13 al. 1 LTN – du non-respect des obligations en matière d'annonce et d'autorisations prévues dans la législation sur les étrangers, le législateur n'avait pas expressément précisé, dans les travaux préparatoires, ce qu'il entendait par là. Il ressortait toutefois de ces derniers 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. Les délits pénaux auxquels se référait l'art. 13 LTN ne pouvaient être que ceux visant spécifiquement les employeurs, soit l'art. 117 LEI dans le cadre de la législation sur les étrangers. Même s'il ne s'agissait pas d'un renvoi direct du législateur, on pouvait s'inspirer de la notion de « cas grave » au sens de l'art. 117 LEI pour éclaircir celle de « non-respect important » de l'art. 13 LTN (ATA/758/2011 précité consid. 6c).

Cette référence à l'art. 117 LEI a toutefois été contestée par le Tribunal cantonal vaudois, selon lequel la notion de « non-respect important » des obligations de l'employeur au sens de l'art. 13 al. 1 LTN est autonome de celle de « cas grave » visé par l'art. 117 LEI et s'interprète pour elle-même. Le Tribunal fédéral n'a pas encore eu à préciser cette notion (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).

Dans un second arrêt prononcé en 2017, la chambre de céans a jugé que le fait d'employer treize personnes, ressortissantes d'États membres de l'Union européenne et d'États tiers, dénuées de permis de travail, pour une durée cumulée de presque quatre ans en l'espace de vingt mois, était constitutif d'un cas grave. La chambre a également relevé que quand bien même l'ordonnance pénale ne retiendrait pas le cas grave de l'art. 117 al. 1 LEI, cela n'empêcherait 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).

11) S'agissant des sanctions prévues par la loi, la chambre de céans a retenu qu'à teneur du texte clair de l'art. 13 al. 1 LTN et du Message du Conseil fédéral précité (FF 2002 3371 p. 3420), la sanction relative aux marchés publics porte sur les futurs marchés publics, soit les adjudications à venir.

Pour ce qui est toutefois de la diminution des aides financières accordées à l'employeur, le texte de l'art. 13 al. 1 LTN n'indique pas que cette sanction s'appliquerait pour les aides accordées dans le futur.

Le message du Conseil fédéral n'apporte aucune information sur ce point, dans la mesure où cette sanction n'a été ajoutée qu'au stade des débats parlementaires. Le texte de la disposition se réfère toutefois à une diminution et non à une exclusion des aides financières, laissant ainsi entendre qu'elle se rapporte aux aides existantes au moment du prononcé de la décision.

Cette interprétation ressort également des débats parlementaires portant sur la durée de réduction des aides financières, dans lesquels il a été rappelé que le Conseil fédéral « prévoyait également cinq années durant lesquelles de telles sanctions peuvent être prises, notamment pour diminuer des aides financières dans les cas où de telles subventions sont versées » (BO 2004 E p. 932, intervention de Monsieur Joseph DEISS, Président de la Confédération). Cette intervention sous-tend que sont visées les subventions dont bénéficie un employeur lors du prononcé de la décision. Enfin, les discussions parlementaires en lien avec les aides financières avaient concerné le domaine agricole et les paiements directs (BO 2004 N p. 1209-1212, interventions de Monsieur Gerold BÜHRER, Monsieur Hansjörg WALTER, Monsieur Fulvio PELLI, Madame Lucrezia MEIER-SCHATZ, Madame Ruth GENNER, Monsieur Walter MÜLLER, M. DEISS, Président de la Confédération et BO 2004 E p. 932, intervention de M. DEISS, Président de la Confédération ; BO 2005 N p. 215-217, interventions de Mme GENNER, Monsieur Guy PARMELIN, Monsieur Peter SPÜHLER, Monsieur Paul RECHSTEINER, Monsieur Fernard CUCHE, M. DEISS, Conseiller fédéral). L'ajout des aides financières dans la LTN (art. 18 al. 1 P-LTN, devenu art. 13 al. 1 LTN) visait à équilibrer la situation entre les entreprises (de construction) bénéficiant de marchés publics et les branches

économiques vivant de subventions (BO 2004 N p. 1211, intervention de Monsieur Luc RECORDON, rapporteur de commission).

La chambre de céans a ainsi jugé à trois reprises déjà que la sanction de réduction des aides financières de l'art. 13 al. 1 LTN ne s'applique qu'aux subventions déjà accordées (ATA/758/2011 du 13 décembre 2011 consid. 5 ; ATA/213/2017 du 21 février 2017 consid. 13 ; ATA/349/2017 du 28 mars 2017 consid. 10).

12) La recourante estime la faute mineure. Le principe de la sanction ne serait pas acquis.

En l'espèce, les agissements reprochés ont été qualifiés, d'une manière qui lie la chambre de céans, d'infraction à l'art. 117 al. 1 LEI, lequel punit quiconque, intentionnellement, emploie un étranger qui n'est pas autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse ou a recours, en Suisse, à une prestation de services transfrontaliers d'une personne qui n'a pas l'autorisation requise, d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire, étant précisé que dans les cas graves, la peine sera une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire, et qu'en cas de peine privative de liberté une peine pécuniaire est également prononcée.

L'ordonnance pénale ne qualifie pas les agissements de graves et ne mentionne que la peine menace de l'infraction simple, soit une peine privative de liberté d'un an au plus ou une peine pécuniaire. Il a toutefois été rappelé plus haut que cette qualification ne lie pas la chambre de céans.

La recourante a employé deux personnes dépourvues de permis durant quatre mois, respectivement onze mois et onze jours, soit quinze mois et onze jours au total, sur une période d'une année, dix-sept mois et onze jours.

La durée rapproche prima facie les agissements de la recourante de ceux examinés par le premier arrêt de 2011. Toutefois, l'engagement successif de deux travailleurs ainsi que le temps écoulé entre les deux engagements réalisent la condition de la répétition de l'art. 13 al. 1 LTN. En outre, la recourante, qui avait compris que le premier employé était vénézuélien et 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 dépourvu d'autorisation, la recourante a accru l'importance du non-respect de ses obligations au sens de l'art. 13 al. 1 LTN.

Les conditions au prononcé d'une sanction selon l'art. 13 al. 1 LTN étaient donc réunies, ce que l'autorité a établi sans excès ni abus de son pouvoir d'appréciation.

Le grief sera écarté.

13) La recourante se plaint que l'exclusion de toute aide financière future durant seize mois serait illégale, étant précisé qu'elle ne bénéficiait d'aucune aide au moment du prononcé de la sanction.

En application de la jurisprudence constante de la chambre de céans, rappelée plus haut, ce grief sera admis.

L'autorité intimée souligne que le législateur a prévu la même durée pour les deux sanctions, et qu'on ne comprend pas pourquoi l'exclusion ne toucherait que les marchés publics futurs. Le texte de la loi, tel qu'interprété, produit cependant un sens univoque et ne permet pas de prononcer l'exclusion des aides futures.

L'autorité intimée soutient encore que la réduction des seules aides en cours entraînerait d'importantes difficultés d'exécution et produirait des effets collatéraux désastreux sur les travailleurs. Si ces effets ne sont pas à exclure, ils ne sauraient justifier une interprétation insoutenable de la loi, et c'est au législateur qu'il appartiendra le cas échéant de les corriger.

Le principe d'une sanction consistant en l'exclusion des marchés publics aux plans communal, cantonal et fédéral a par contre été admis à bon droit par l'autorité intimée.

14) La recourante conteste encore la quotité de la sanction et conclut à ce qu'elle soit ramenée à une durée de six mois.

a. 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. En outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (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).

b. En l'espèce, le principe d'une sanction est acquis. La nature de la sanction, propre à produire l'effet de prévention recherché par la loi, sera également confirmée, étant précisé que l'art. 13 al. 1 LTN ne prévoit pas de sanction alternative à l'exclusion des marchés publics et à la diminution des subventions –

en l'espèce à l'exclusion des marchés publics. La quotité de la sanction ne paraît pas disproportionnée eu égard à l'importance de la faute – engagement successif de deux travailleurs dépourvus d'autorisation, périodes de quatre mois, respectivement onze mois et onze jours – absence d'antécédents et paiement des charges sociales et des salaires conventionnels. Par comparaison, une exclusion de dix-huit mois avait été prononcée dans le cas objet de l'arrêt de 2017 (ATA/213/2017) précité. L'autorité intimée n'a ainsi commis ni excès ni abus de son pouvoir d'appréciation en arrêtant la sanction à seize mois.

Le recours sera partiellement admis. L'exclusion de la recourante de toutes aides financières cantonales et communales pour une durée de seize mois sera annulée. La décision querellée sera confirmée pour le surplus.

15) Vu l'issue du litige, un émolument – réduit à CHF 250.- – sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 500.-, à la charge de l'État de Genève, sera allouée à la recourante qui obtient partiellement gain de cause et qui y a conclu (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_____ SA contre la décision du département de la sécurité, de l'emploi et de la santé du 17 septembre 2020 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule la décision du département de la sécurité et de l'économie du 17 septembre 2020 en tant qu'elle exclut A_____ SA de toutes aides financières cantonales et communales pour une durée de seize mois ;

confirme la décision du département de la sécurité et de l'économie du 17 septembre 2020 pour le surplus ;

met un émolument de CHF 250.- à la charge de A_____ SA ;

alloue à A_____ SA une indemnité de procédure de CHF 500.- 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 Mark Muller, avocat de la recourante, ainsi qu'au département de la sécurité, de l'emploi et de la santé.

Siégeant : M. Mascotto, président, Mme Krauskopf, M. Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :	le président siégeant :
J. Balzli	C. Mascotto

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :