

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2823/2019-EXPLOI

ATA/26/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 14 janvier 2020

dans la cause

A_____

représentée par Me Vincent Solari, avocat

contre

TRANSPORTS PUBLICS GENEVOIS

représentés par Me Stéphanie Fuld, avocate

EN FAIT

- 1) a. Les Transports publics genevois (ci-après : TPG) sont un établissement public autonome au sens de l'art. 191 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (Cst-GE - A 2 00) et de l'art. 1 de la loi sur les transports publics genevois du 21 novembre 1975 (LTPG - H 1 55), dont la vocation est l'offre et le développement d'un réseau de transport public dans le canton de Genève
- b. A_____ (ci-après : A_____) est une entreprise de droit italien, intervenant en Suisse à travers une succursale sise à Gingins/VD, active dans le domaine de la construction électrique.
- 2) a. Depuis plusieurs années, les TPG ont entrepris la construction d'un nouveau dépôt et centre de maintenance sous l'appellation « B_____ ».
- b. À la suite d'un appel d'offres pour un marché de travaux publics de construction en procédure ouverte concernant ledit chantier, les TPG ont, par décision du 14 mars 2017, informé A_____ qu'ils lui avaient adjugé le marché portant sur le « LOT 12 – installation électrique ».
- 3) Les parties ont conclu un contrat d'entreprise le 31 mars 2017. Il prévoyait, à sa clause 6.2, des pénalités pour les cas suivants :
 - 1^{ère} situation (lit. a) : dans les cas où l'entrepreneur ne respectait pas les dates et délais indiqués au planning de la direction des travaux, il s'exposait à verser, outre les dommages intérêts, une pénalité correspondant à 10 % au plus de la rémunération totale. Le maître de l'ouvrage était autorisé à déduire la pénalité avec le prochain paiement (partiel). Le montant de la pénalité pour « n semaines de retard pour chaque jalon » serait calculé à raison de : « semaine 1 : CHF 30'000.- » et « dès la semaine 2 : CHF 10'000.- », la pénalité de retard étant limitée à 10 % du montant global du marché.
 - 2^{ème} situation (lit. b) : non-respect des obligations en matière de législation sociale, de formation professionnelle, des conditions de sécurité du travail. L'entrepreneur s'exposait à verser « une pénalité correspondant à cinq fois le montant du préjudice total par événement subi par les travailleurs ou des institutions sociales ou publiques, notamment en matière de protection des travailleurs, de formation professionnelle, de conditions de travail, d'assurances sociales ou à l'impôt à la source, et ce pendant toute la durée du contrat ».

Le contrat renvoyait également à une annexe intitulée « Conditions générales complémentaires à K2 et conditions particulières à l'ouvrage » et à sa

clause 1.1.32, qui précisait les pénalités en cas de non-respect des obligations légales en matière de législation sociale, de formation professionnelle, conditions de travail et sécurité et des obligations légales en matière de protection de l'environnement ; dans ces cas, l'entrepreneur s'exposait à une pénalité correspondant à cinq fois le montant du préjudice total subi par le maître de l'ouvrage par événement, mais au moins CHF 10'000.-, et ce pendant toute la durée du contrat. Le soumissionnaire acceptait que lesdites pénalités soient immédiatement déduites sur la situation de travaux à venir, dès transmission de la facture correspondante par le maître d'ouvrage.

- 4) Les travaux se sont déroulés normalement jusqu'en juin 2019.
- 5) Par décision du 12 juin 2019, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a refusé à A_____, et par conséquent à ses travailleurs, l'accès au chantier de construction du dépôt des TPG « B_____ », au sens de l'art. 2 al. 4 de la loi du 12 juin 1997 autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics (L-AIMP - L 6 05.0). La décision, déclarée exécutoire nonobstant recours, déployait ses effets à compter du lendemain de sa notification et précisait que le refus d'accès au chantier durerait tant et aussi longtemps que l'entreprise A_____ n'aurait pas prouvé qu'elle respectait les conditions de travail en usage dans son secteur d'activité pour l'ensemble du personnel actif sur le marché public.

Cette décision était motivée par le fait que l'entreprise A_____ n'avait pas respecté les conditions de travail en usage à Genève dans le secteur d'activité, soit les usages métallurgie du bâtiment, que l'entreprise avait signés auprès de l'OCIRT en date du 29 septembre 2016 en lien avec son activité sur le marché public susvisé. Une procédure pénale avait été ouverte à l'encontre, notamment, des deux directeurs de l'entreprise, en lien avec une infraction pénale d'usure par métier (cause P/9797/2019). Les auditions d'une partie des travailleurs de l'entreprise, effectuées par la police après un contrôle, avaient permis de démontrer que certains employés avaient été contraints de reverser une partie de leur salaire mensuel à un tiers, pendant plusieurs mois, de sorte que le respect des salaires impératifs par l'entreprise n'était pas démontré. Il n'était pas établi non plus que l'employeur respectait ses obligations en matière de paiement des heures supplémentaires ou de prise en charge des frais de logement et de transport.

- 6) Le 25 juin 2019, A_____ a interjeté recours contre cette décision auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), concluant, préalablement, à la restitution de l'effet suspensif et, principalement, à son annulation (cause A/2389/2019). L'entreprise contestait les faits à l'origine de la décision de l'OCIRT.
- 7) Le 27 juin 2019, la chambre administrative a restitué l'effet suspensif au recours.

- 8) À la suite de cette décision, A_____ a réintégré ledit chantier.
- 9) a. Ultérieurement, les TPG ont effectué une analyse dont il ressortait que de nombreuses heures de travail n'avaient pas été acquittées à plusieurs des employés de A_____. Les TPG avaient comparé les heures effectivement indiquées sur les fiches de salaire desdits employés avec les relevés de présence de ces mêmes personnes, établis par la société en charge de la sécurité du chantier. Il en résultait un tableau de synthèse dont il découlait qu'en termes d'heures de travail impayées, la valeur agrégée des créances potentielles des travailleurs contre A_____ était de CHF 127'858.83 pour les mois de janvier à mars 2019.
- b. Le 1^{er} juillet 2019, les TPG ont fait parvenir à A_____ une première facture d'un montant de CHF 684'303.18, mentionnant qu'il s'agissait d'une « Pénalité en application de l'art. 6.2 lit. b du contrat d'entreprise du 31 mars 2017 ». Elle se fondait sur le fait que A_____ n'avait pas été en mesure de fournir des explications ni produire des pièces pertinentes sur les faits susvisés. En application de ladite clause, les TPG ont déterminé un montant de CHF 635'679.- HT (CHF 684'303.18 TTC), correspondant à cinq fois le montant de CHF 127'135.80.
- 10) Par courrier du 2 juillet 2019, A_____ a signifié aux TPG que sa facture du 30 avril 2019 n'avait pas été réglée, en violation de ses obligations contractuelles. L'entreprise se voyait donc contrainte de mettre formellement en demeure les TPG de régler le montant de CHF 1'623'376.71, correspondant au solde de ladite facture.
- 11) Le 8 juillet 2019, les TPG ont envoyé à A_____ une seconde facture d'un montant de CHF 100'000.- HT (CHF 107'700.- TTC) mentionnant qu'il s'agissait d'une « Pénalité en application de l'art. 6.2 lit. a du contrat d'entreprise du 31 mars 2017 ».
- 12) Par courrier du même jour, les TPG ont signifié à A_____ qu'à la suite de leur courrier du 2 juillet 2019 relatif à la facture du 30 avril 2019 portant sur un montant de CHF 1'623'376.71 TTC (CHF 1'507'313.57 HT), seul un montant de CHF 1'278'736.71 TTC leur avait été versé, « le solde en CHF 340'640.- TTC (soit CHF 320'000.- HT) [étant], quant à lui, éteint par compensation au sens de l'art. 120 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220 ; Livre cinquième : Droit des obligations) [...] ».

S'agissant de la manière dont le montant compensé avait été ventilé, il était précisé que le montant de CHF 100'000.- HT (CHF 107'700.- TTC) était compensé à titre de pénalité de retard, en application de la clause 6.2 lit a du contrat d'entreprise, dans la mesure où les TPG avaient constaté que, dès le retour de l'entreprise sur le chantier, A_____ y avait engagé des effectifs réduits, de sorte que le retard sur le chantier avait été estimé à huit semaines.

- 13) Par courrier du 9 juillet 2019, A_____ a pris acte du fait que les TPG n'entendaient pas honorer leurs engagements ni « tenter d'aplanir le litige afin de permettre à [A_____] de terminer les travaux qui lui ont été confiés (...) ». Les déductions opérées par les TPG étaient intégralement contestées. Au vu de ces faits et de la mise en demeure formelle du 2 juillet 2019, l'entreprise n'avait d'autre choix que de résilier le contrat en application de l'art. 107 al. 2 CO.
- 14) Par courrier du 10 juillet 2019, les TPG ont répondu que la « résiliation » du contrat d'entreprise du 31 mars 2017 était « l'expression unilatérale » de A_____, faisant valoir que « les conditions d'application de l'art. 107 CO n'[étaient] manifestement pas réalisées en l'espèce ».
- 15) Par acte du 2 août 2019, A_____ a recouru auprès de la chambre administrative contre les « décisions » rendues par les TPG les 1^{er} et 8 juillet 2019 « sous forme de factures portant pour la première sur le montant de CHF 684'303.18 (y compris TVA) au titre de pénalité (...) et la seconde portant sur un montant de CHF 107'700 (prix TVA) au titre de pénalité (...) ». L'entreprise concluait à la recevabilité de son recours et à ce que la chambre administrative dise que les décisions objets du recours étaient « nulles et sans effet », subsidiairement, à l'annulation des décisions, avec suite de frais (cause A/2823/2019).

Préalablement, A_____ constatait que ces « décisions » indiquaient comme seule motivation « pénalité en application de l'art. 6.2 lit. a du contrat d'entreprise du 31 mars 2017 », ce qui ne permettait pas de comprendre sur quelle base les montants facturés avaient été calculés ni sur quels faits précis les calculs avaient été opérés. Aucune des deux « décisions » n'était signée ni n'indiquait les délais de recours et les voies de droit. Ces « décisions » avaient été reçues directement par A_____, sans respecter l'élection de domicile.

A_____ contestait avoir commis une quelconque violation de ses obligations envers ses employés et ne faisait l'objet d'aucune prétention de la part de ces derniers, ni d'aucune procédure prud'homale. La rétention abusive des TPG par le biais des factures litigieuses des montants dus à l'entreprise pour son activité était motivée « par des considérations politiques destinées à asphyxier financièrement la recourante ». Ces deux décisions devaient être soumises aux dispositions sur les marchés publics, soit plus particulièrement sur l'art. 2 let. c L-AIMP, qui traitait des amendes administratives, et devaient revêtir la forme de décisions motivées, être désignées comme telles et signées. Les factures envoyées étaient en réalité des sanctions administratives et, ne respectant pas les exigences légales, elles étaient nulles de plein droit. Le cas échéant, ces décisions devaient être annulées car le droit d'être entendu de A_____ avait été violé, l'entreprise n'ayant jamais pu s'exprimer au sujet des violations qui lui étaient prétendument imputables.

La recourante n'avait pas violé ses obligations contractuelles et avait scrupuleusement respecté les conditions du marché du travail genevois dans son domaine d'activité ainsi que celles relatives à la protection sociale de ses employés, raison pour laquelle le prononcé d'une quelconque sanction apparaissait totalement injustifié.

- 16) a. Le 26 août 2019, A_____ a retiré le recours interjeté le 25 juin 2019 contre la décision de l'OCIRT dans le cadre de la procédure A/2389/2019.
- b. Le 27 août 2019, la chambre administrative a rayé ladite cause du rôle.
- 17) Le 27 septembre 2019, les TPG ont conclu, principalement, à l'irrecevabilité de « l'acte intitulé recours » et, subsidiairement, à son rejet, A_____ devant être condamnée aux frais et dépens.

Il était rappelé que certains médias avaient publié, dès mi-mai 2019, des informations selon lesquelles il existait des soupçons sérieux de dumping salarial mis en œuvre par A_____ sur le chantier en question. Une procédure pénale avait été ouverte et était pendante devant le Ministère public. Les TPG avaient mené des investigations complémentaires quant au traitement salarial des employés de A_____, enquête qui avait mené aux constatations susvisées sous point 9.a. Ils avaient donc fait usage de la clause de l'art. 6.2 lit. b du contrat d'entreprise et envoyé la facture du 1^{er} juillet 2019.

Après la décision de la chambre administrative du 27 juin 2019, A_____ était revenue sur le chantier le 1^{er} juillet 2019 avec un effectif fortement réduit ; en effet, alors que l'équipe sur le chantier comptait environ quatre-vingts personnes avant son interruption, la recourante n'était revenue qu'avec un effectif de quinze personnes environ, étant précisé qu'il avait été estimé qu'elle pourrait revenir avec un effectif de trente-cinq personnes la deuxième semaine puis de cinquante personnes la troisième semaine, pour atteindre progressivement le nombre initial de quatre-vingts. Dans ces conditions, le chantier avait pris un retard considérable ; en effet, la présence de l'entreprise en charge des travaux d'électricité était essentielle sur le plan technique et de nombreux autres corps de métier dépendaient de l'avancement des travaux dont A_____ avait la charge. Le retard pris sur le chantier avait été estimé à huit semaines et, dans cette mesure, les TPG avaient actionné la clause de l'art. 6.2 lit. a du contrat d'entreprise et envoyé à la recourante la facture du 8 juillet 2019. Suite aux échanges épistolaires entre les deux parties, A_____ avait finalement quitté le chantier dès le 10 juillet 2019 d'une manière unilatérale puis, ayant persisté dans son refus d'exécuter sa prestation contractuelle, les TPG n'avaient eu d'autre choix que de renoncer à l'exécution en nature du contrat, annonçant qu'ils feraient valoir des dommages-intérêts positifs pour cause d'inexécution.

Les deux « factures » datées des 1^{er} et 8 juillet 2019 n'étaient pas des décisions au sens de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) mais des factures émises en vertu de la relation contractuelle entre les parties, la recourante n'ayant d'ailleurs jamais contesté avoir conclu un contrat d'entreprise avec les TPG le 31 mars 2017, soumis aux normes SIA. En conséquence, les garanties procédurales découlant du droit administratif n'avaient pas à être respectées. Après l'adjudication et au moment de conclure le contrat, le rapport de l'État à l'adjudicataire était un rapport basé sur les contrats et les relations entre les parties qui étaient régies par les règles du droit privé. Lesdites factures n'étaient pas fondées sur le droit public mais relevaient de la simple application de la clause de l'art. 6.2 du contrat d'entreprise et correspondaient donc à des clauses pénales au sens des art. 160 et ss CO. Il appartenait donc à la recourante de saisir le juge civil. En tout état, le recours était mal fondé. Les calculs effectués par les TPG étaient exacts et les pénalités formalisées par les deux factures l'avaient été en pleine conformité avec les mécanismes contractuels convenus entre les parties, de sorte que leur contestation n'était pas justifiée.

- 18) Dans ses observations du 18 octobre 2019, A_____ a persisté dans ses conclusions. Le contrat entre les parties était soumis aux dispositions régissant les marchés publics et la L-AIMP s'appliquait tant pour la procédure d'adjudication que pour l'exécution du contrat, en vertu de son art. 2. Ainsi, les sanctions infligées dans le cadre d'un contrat soumis à ces dispositions étaient régies par le droit administratif et soumis au contrôle de la chambre administrative. En l'espèce, même si le contrat d'entreprise était soumis au droit privé, les TPG ne pouvaient être considérés comme de simples particuliers puisqu'ils agissaient en tant qu'autorité administrative adjudicatrice et étaient en conséquence soumis à la LPA dans le cadre de leur activité. Le contrat s'inscrivait dans l'exécution d'une tâche publique et le dépôt des TPG, sur lequel portait le contrat, appartenait au patrimoine administratif et non au patrimoine financier. Les art. 2 al. 1 let. c et al. 5 L-AIMP prévoyaient la possibilité d'infliger des amendes administratives en cas de violation du droit des marchés publics pendant l'exécution du contrat. La sanction prononcée par les TPG à son encontre se basait sur la L-AIMP et était par définition une décision qui devait respecter les exigences formelles s'y attachant. La position des intimés était insoutenable même si l'on procédait à l'analyse purement contractuelle du contrat d'entreprise ; en effet une telle interprétation reviendrait également à soumettre les pénalités du contrat à la réglementation des sanctions selon le droit des marchés publics. Sur le fond, les TPG opéraient des déductions insoutenables, les éventuels retards de chantier ne concernant pas les travaux exécutés par la recourante et étant exclusivement imputables à « l'incurie dont a[vait] fait preuve le maître de cet ouvrage public, soit les TPG (...) ».
- 19) Dans leur duplique, les TPG ont persisté dans leurs conclusions. Il y avait lieu de distinguer la procédure administrative menée en amont de l'adjudication d'un marché public, d'une part, et la procédure assurant le contrôle juridictionnel

lié à la conclusion et à l'exécution du contrat de droit privé – et donc soumis à la commission du juge civil – conclu en aval de l'adjudication, d'autre part. Les juridictions civiles étaient compétentes pour juger de la mise en œuvre des mécanismes contractuels conclus entre les parties ; d'ailleurs, A_____ avait d'ores et déjà saisi le Tribunal de première instance d'une requête d'inscription provisoire d'hypothèque légale, et les prétentions qu'elle faisait valoir au fond incluaient les montants correspondant aux factures des 1^{er} et 8 juillet 2019. Le fait de saisir deux juridictions différentes n'était pas logique et il existait un risque de décisions contradictoires. Il n'était pas contesté que le chantier « B_____ » faisait partie du patrimoine administratif et non du patrimoine financier des TPG. La relation contractuelle conclue après la procédure ayant conduit à l'adjudication des travaux était un contrat d'entreprise, soumis exclusivement aux règles du droit privé fédéral, et la clause prévue par l'art. 6.2 dudit contrat correspondait bien à un mécanisme de clause pénale au sens des art. 160 et ss CO. En conséquence, le recours devrait être déclaré irrecevable. Enfin, ils précisaient qu'en l'état, leur créance à l'encontre de A_____ et le dommage total subi en lien avec les violations fautives du contrat d'entreprise commises dépassaient déjà de plusieurs millions les créances alléguées par cette dernière.

- 20) Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

- 1) La chambre administrative examine d'office sa compétence (art. 1 al. 2, art. 6 al. 1 let. c et art. 11 al. 2 LPA).
- 2) La compétence de la chambre administrative est réglée par l'art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05). Selon l'art. 132 al. 1 LOJ, la chambre administrative est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative, sous réserve des compétences de la chambre des assurances sociales et de la chambre constitutionnelle de la Cour de justice.

Exceptées les hypothèses non pertinentes en l'espèce (art. 132 al. 4 à 8 LOJ) et les actions fondées sur le droit public qui ne peuvent faire l'objet d'une décision au sens de l'art. 132 al. 2 LOJ et qui découlent d'un contrat de droit public, le recours à la chambre administrative est ouvert contre les décisions au sens des art. 4, 4A et 57 LPA prises par des autorités ou des juridictions administratives visées aux art. 5 respectivement 6 al. 1 let. a à e LPA (art. 132 al. 2 LOJ). Sont considérées comme des décisions au sens de l'art. 4 al. 1 LPA les mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans les cas d'espèce fondées sur le droit public fédéral, cantonal ou communal et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits et des obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits, d'obligations ou de faits (let. b),

de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou des obligations (let. c). Quant aux décisions fondées sur l'art. 4A LPA, elles portent sur des actes illicites de l'autorité compétente, qui sont fondés sur le droit fédéral, cantonal ou communal et qui touchent les droits ou obligations d'une personne ayant un intérêt digne de protection (art. 4A al. 1 LPA).

Il résulte des al. 2 et 3 de l'art. 132 LOJ que la compétence de la chambre administrative dépend de la qualification juridique de l'acte porté devant elle. Ce dernier doit notamment avoir son fondement en droit public, sous réserve du cas particulier de l'art. 4A LPA.

- 3) Dans le présent litige, l'examen de la recevabilité à raison de la matière implique de déterminer si les documents adressés par les intimés à la recourante intitulés « factures », des 1^{er} et 8 juillet 2019, sont des sanctions fondées sur le droit des marchés publics, en particulier sur la base de la L-AIMP, auquel cas elles ont leur fondement dans le droit public – ce que soutient la recourante –, ou sont des pénalités fondées sur le contrat d'entreprise liant les parties, auquel cas elles ont leur fondement en droit privé – ce que soutiennent les intimés.
- 4) Préalablement, la chambre administrative constate qu'il n'est pas contesté que, par décision du 14 mars 2017, les intimés ont, en tant qu'autorité adjudicatrice, attribué à la recourante le marché portant sur le « LOT 12 – installation électrique » pour le chantier « B_____ » et que, suite à cette adjudication, les parties ont conclu un contrat d'entreprise le 31 mars 2017.
- 5) Ce contrat prévoit, à sa clause 6.2, des pénalités pour le cas où l'entrepreneur ne respectait pas les dates et délais indiqués au planning de la direction des travaux (lit. a) ou en cas de non-respect des obligations en matière de législation sociale, de formation professionnelle, des conditions de sécurité du travail (lit. b).
- 6) a. L'art. 2 al. 1 L-AIMP, intitulé « Sanctions et mesures administratives », dans sa teneur au moment des faits, prévoit qu'en cas de violation des dispositions en matière de marchés publics, l'adjudicateur peut notamment infliger les sanctions suivantes : l'exclusion de la procédure (let. a), la révocation de l'adjudication (let. b), le prononcé d'une amende administrative jusqu'à CHF 60'000.- (let. c), et l'exclusion pendant une période n'excédant pas cinq ans de la participation à tous ses marchés (let. d). L'art. 2 al. 2 L-AIMP précise que les sanctions sont infligées en tenant compte de la gravité de l'infraction ainsi que des circonstances dans lesquelles elle a été commise. Ces dispositions ont été introduites dans la L-AIMP par la loi 8'679, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008, dont l'exposé des motifs indique qu'elles sont inspirées par le catalogue des sanctions de la future législation fédérale sur les travailleurs détachés (MGC 2001-2002/VI A 2119).

Depuis le 20 décembre 2017, l'art. 2 al. 1 L-AIMP prévoit, en cas de violation du droit des marchés publics pendant la procédure d'adjudication ou l'exécution du contrat, les mêmes sanctions s'agissant de l'exclusion de la procédure et de la révocation de l'adjudication. En revanche, s'agissant de l'amende administrative, il prévoit qu'elle peut aller jusqu'à 10 % du prix total du marché (let. c).

b. Au sujet de cette modification relative à l'amende administrative, il était observé, lors des travaux parlementaires, que l'exclusion de la procédure et la révocation de l'adjudication étaient des outils utilisés par les autorités adjudicatrices, mais que l'amende n'avait que rarement, voire jamais été infligée depuis l'entrée en vigueur de cette disposition. Sur la base de ces constats et sur proposition de la commission consultative instituée par le règlement sur la passation des marchés publics, le Conseil d'État avait ainsi suggéré de mettre en place un nouveau mécanisme de sanctions, avec trois entités compétentes, soit : l'autorité adjudicatrice qui continuait à infliger des sanctions en lien avec la procédure qu'elle conduisait (exclusion de la procédure, révocation de l'adjudication), tout en gardant la possibilité de prononcer une amende administrative, qui, dorénavant, pourrait atteindre 10 % du prix total du marché ; l'OCIRT qui, en cas de violation des dispositions relatives à la protection des travailleurs, aux conditions de travail et à l'égalité de traitement entre hommes et femmes, pourrait infliger les sanctions prévues par la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT - J 1 05) ; le Conseil d'État qui, dans des cas graves, sur préavis de la commission consultative, pourrait exclure un prestataire de tous les marchés publics du canton pour une durée de cinq ans au plus. Selon le rapporteur, ce projet de loi était le fruit d'une concertation tripartite entre les partenaires sociaux, soit les syndicats des travailleurs et les associations patronales, le Conseil d'État ainsi que l'OCIRT et les autorités adjudicatrices. Le Conseil d'État voulait renforcer les mécanismes des contrôles et des sanctions pendant la procédure d'adjudication, mais aussi pendant l'exécution du contrat, ce qui engendrait une modification de la loi. Les amendes administratives avaient des montants extrêmement dissuasifs, puisqu'elles se chiffraient désormais en pourcentage du prix total du marché, en remplacement du montant maximum de CHF 60'000.-, « qui [était] donc maintenant déplafonné » (Exposé des motifs à l'appui du PL 12070).

En l'espèce, l'acte d'adjudication a été passé en mars 2017, tout comme le contrat d'entreprise, soit à une date où l'ancien art. 2 al. 1 L-AIMP, qui prévoyait une sanction d'amende administrative limitée à CHF 60'000.-, moins importante que celle prévue dans la disposition applicable aujourd'hui, était encore en vigueur, raison pour laquelle c'est à la lumière de l'ancienne disposition que le présent litige sera examiné.

- 7) La première facture du 1^{er} juillet 2019 a pour fondement, selon son libellé, la clause 6.2 lit. b du contrat d'entreprise alors que la seconde, du 8 juillet 2019, se fonde sur la clause 6.2 lit. a dudit contrat.

À l'examen de ces documents, la chambre administrative relève qu'ils ne sont pas fondés sur la même clause et que les calculs effectués pour établir leurs montants le sont sur des bases différentes.

a. S'agissant de la première facture du 1^{er} juillet 2019, les intimés mentionnent clairement qu'elle est fondée sur la clause 6.2 lit. b du contrat d'entreprise relative à la « 2^{ème} situation », soit celle qui a sa source dans le non-respect des obligations en matière de législation sociale, de formation professionnelle et des conditions de sécurité au travail. Ces motifs se recoupent, à tout le moins partiellement, avec ceux visés à l'art. 2 al. 1 L-AIMP qui mentionne de manière générale la violation du droit des marchés publics. La question peut dès lors se poser de savoir si ce document peut également se fonder sur la L-AIMP.

S'agissant du calcul du montant dû, la chambre administrative constate tout d'abord que ce montant a été déterminé en application de la clause 6.2 lit. b du contrat d'entreprise, soit sur la base d'un tableau de synthèse établi par les intimés et calculant la valeur des créances potentielles des travailleurs contre la recourante, pour les mois de janvier à mars 2019, valeur qui a été multipliée par cinq, conformément au deuxième paragraphe de ladite clause, soit un montant de CHF 635'679 HT (ou CHF 684'303.18 TTC), correspondant à cinq fois le montant de CHF 127'135.80.

Or, au moment de l'adjudication et de la conclusion du contrat, en mars 2017, la sanction de l'amende administrative infligée en vertu de l'art. 2 al. 1 L-AIMP était possible exclusivement pour un montant maximum de CHF 60'000.-. Ce n'est en effet que lors de l'entrée en vigueur de la modification de la loi, en décembre 2017, que la sanction a été augmentée et « déplafonnée », pouvant aller jusqu'à 10 % du prix total du marché. En conséquence, il n'est pas possible que ladite « facture » se soit fondée sur la disposition de l'art. 2 al. 1 L-AIMP, aucune sanction ne pouvant dépasser le montant de CHF 60'000.- au moment de l'adjudication du marché. Enfin, une sanction fondée sur cette dernière est, selon son al. 5, infligée en tenant compte de la gravité de l'infraction ainsi que des circonstances dans lesquelles elle a été commise, ce qui n'a manifestement pas été le cas en l'espèce. En conséquence, la recourante ne peut être suivie lorsqu'elle soutient que cette facture est en réalité une sanction administrative fondée sur l'art. 2 al. 1 L-AIMP.

b. S'agissant de la deuxième « facture » du 8 juillet 2019, les intimés mentionnent de manière explicite qu'elle est fondée sur la clause 6.2 lit. a du contrat d'entreprise relative à la « 1^{ère} situation », soit celle dans laquelle l'entrepreneur ne respecte pas les dates et délais indiqués au planning de la

direction des travaux. De plus, son montant a été calculé sur la base du tableau figurant dans le contrat d'entreprise, soit à raison de CHF 30'000.- la première semaine et CHF 10'000.- par semaine, les semaines suivantes. Les intimés ont d'ailleurs expliqué de manière claire dans leurs écritures que, dans la mesure où la recourante avait engagé des effectifs réduits, le retard sur le chantier avait pu être estimé à huit semaines, retenant ainsi les montants de CHF 10'000.- pour la première semaine de retard et de CHF 70'000.- pour les sept semaines suivantes.

Aucune disposition légale relative aux marchés publics ne permet d'infliger une sanction pour un motif lié à un retard dans l'exécution des travaux, contrairement à ce qui est prévu dans le contrat d'entreprise. Ainsi, cette « facture » n'a pu être établie que sur la base de ce dernier, soit un contrat de droit privé signé entre les parties après adjudication, en vertu d'une clause qui ne trouve aucun support dans les dispositions sur les marchés publics, et en particulier la L-AIMP. Ainsi, la position de la recourante ne peut non plus être suivie lorsqu'elle soutient qu'il s'agit d'une sanction administrative fondée sur le droit public.

Il faut dès lors retenir que, dans le cas particulier, la recourante a, à la suite de l'adjudication du marché public, conclu avec les intimés un contrat d'entreprise, que lesdites factures ont été établies sur la base de ce dernier et qu'en conséquence les actes portés devant la chambre administrative ont leur fondement dans le droit privé.

Au vu de ce qui précède, la compétence de la chambre administrative pour connaître du recours est exclue, de sorte que le recours doit être déclaré irrecevable.

- 8) Vu l'issue du recours, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 2'000.- sera allouée aux intimés, à charge de la recourante.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

déclare irrecevable le recours interjeté le 2 août 2019 par A_____ contre les « décisions » des Transports publics genevois des 1^{er} et 9 juillet 2019 ;

met à la charge de A_____ un émolument de CHF 1'500.- ;

alloue une indemnité de CHF 2'000.- aux Transports publics genevois à la charge de A_____ ;

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 ;

communiqué le présent arrêt à Me Vincent Solari, avocat de la recourante, ainsi qu'à Me Stéphanie Fuld, avocate des Transports publics genevois.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mme Krauskopf, M. Verniory,
Mme Cuendet, M. Mascotto, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :