

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3596/2017-ABST

ACST/19/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre constitutionnelle

Décision du 2 octobre 2017

Sur effet suspensif

dans la cause

A _____

B _____

C _____

D _____

tous représentés par Me Pierre-Yves Baumann, avocat

contre

CONSEIL D'ETAT

Attendu, **en fait**, que :

1. A_____, B_____ et C_____ sont toutes trois des sociétés anonymes, ayant leur siège respectivement à Genève, Neuchâtel et Zurich, et pour but notamment le placement et la location de services, dont le placement de travailleurs temporaires, dans divers secteurs d'activités professionnelles.

D_____, ayant son siège à Dübendorf (ZH), est une association de droit privé faîtière des entreprises de travail temporaire en Suisse, comportant parmi ses buts la défense des intérêts de ses membres.

2. Par règlement du 28 juin 2017, publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) du 4 juillet 2017, le Conseil d'État a modifié le règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01), par l'adoption d'une let. m nouvelle à son art. 2, d'un al. 2 nouveau à son art. 33, d'un art. 35A nouveau et d'un art. 35B nouveau, ainsi que la modification de son art. 36.

Ces dispositions ont la teneur suivante :

Art. 2 let. m (nouvelle)

Au sens du présent règlement, on entend par :

entreprise exécutante : toute entreprise ou personne indépendante participant à l'exécution du marché, notamment en qualité d'adjudicataire, de sous-traitant ou d'entreprise pratiquant une forme de location de services au sens de l'article 27 de l'ordonnance fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, du 16 janvier 1991.

Art. 33 al. 2 (nouveau)

Pour les marchés de construction, les entreprises doivent justifier qu'elles disposent du nombre d'employés fixes nécessaires à la réalisation de la prestation en équivalence plein temps, le nombre d'employés annoncés aux assurances sociales faisant foi.

Art. 35A Travail temporaire (nouveau)

¹ Sur les marchés de construction, le recours au travail temporaire est soumis aux règles prévues dans le présent article. Celles-ci s'appliquent à toute entreprise participant à l'exécution du marché.

² Selon le nombre d'employés fixes sur le chantier concerné, le nombre de travailleurs temporaires admissibles par entreprise exécutante est établi comme suit :

- a) de 1 à 4 employés fixes, 2 travailleurs temporaires;
 - b) de 5 à 8 employés fixes, 3 travailleurs temporaires;
 - c) de 9 à 12 employés fixes, 4 travailleurs temporaires;
-

- d) de 13 à 20 employés fixes, 5 travailleurs temporaires;
- e) dès 21 employés fixes, 20% de travailleurs temporaires, arrondi à l'unité supérieure.

³ Exceptionnellement, ces plafonds peuvent être dépassés pendant la durée nécessaire à la réalisation des travaux pour les motifs ci-après :

- a) poste de spécialiste ne faisant pas partie de l'effectif standard de l'entreprise;
- b) travaux devant être exécutés impérativement pendant la période des vacances scolaires;
- c) circonstances imprévues non imputables à l'entreprise; dans ce cas, le dépassement du nombre de travailleurs temporaires ne peut excéder 100% du plafond autorisé.

⁴ Les motifs de dérogation visés à l'alinéa 3 doivent faire l'objet d'une annonce formelle auprès de l'autorité adjudicatrice. Il est interdit de faire intervenir les travailleurs temporaires supplémentaires sur le chantier avant l'accomplissement de cette démarche.

⁵ L'autorité adjudicatrice peut en tout temps procéder à l'examen de la licéité d'un dépassement des valeurs fixées à l'alinéa 2. Elle est tenue de procéder à cet examen sur demande des organes de contrôle des conditions de travail et de leur communiquer sa détermination.

⁶ Lorsque l'entreprise refuse de collaborer à l'établissement des faits ou lorsque l'autorité adjudicatrice constate que les conditions d'une dérogation ne sont pas réunies, elle ordonne à l'entreprise concernée de retirer immédiatement du chantier les travailleurs temporaires excédentaires et prononce l'amende visée à l'article 2, alinéa 1, lettre c, de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 12 juin 1997.

⁷ Le montant de l'amende tient compte de l'importance du dépassement des valeurs fixées à l'alinéa 2 ainsi que des circonstances. Le défaut de l'annonce prévu à l'alinéa 4 constitue un facteur aggravant.

Art. 35B Mise à disposition occasionnelle de travailleurs (nouveau)

¹ La mise à disposition occasionnelle de travailleurs au sens de l'article 27, alinéa 4, de l'ordonnance fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, du 16 janvier 1991, est admise à condition que le personnel concerné ne provienne pas d'une entreprise ayant fait l'objet d'une sanction ou d'une mesure en vigueur visée à l'article 42, alinéa 1, lettre f, du présent règlement.

² L'entreprise locataire a l'obligation de s'en assurer avant l'entrée en service du personnel mis à disposition. Elle peut consulter à cet effet la liste des

entreprises en infraction aux conditions de travail en usage publiée sur le site Internet de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail.

³ En cas de violation de cette obligation, l'autorité adjudicatrice ordonne à l'entreprise concernée de retirer immédiatement du chantier les travailleurs mis à disposition et prononce l'amende visée à l'article 2, alinéa 1, lettre c, de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 12 juin 1997.

Art. 36 (nouvelle teneur)

¹ Dans le cadre des marchés de construction adjugés à une entreprise générale, l'entrepreneur général se conforme aux exigences des articles 35, 35A et 35B et s'engage par écrit à exiger de ses prestataires qu'ils remplissent les conditions des articles 31 à 33.

² L'entrepreneur général doit s'assurer, au moment de la soumission et pendant toute la durée des travaux, que ses prestataires respectent les règles instituées aux articles 35, 35A et 35B, notamment au moyen de contrôles réguliers.

³ En cas de violation des articles 35, 35A ou 35B par un de ses prestataires, l'autorité adjudicatrice prononce à l'encontre de l'entreprise générale l'amende visée à l'article 2, alinéa 1, lettre c, de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 12 juin 1997.

3. Conformément à son art. 2 souligné, ledit règlement est entré en vigueur le lendemain de sa publication dans la FAO, soit le 5 juillet 2017.

4. a. Par acte du 1^{er} septembre 2017, A_____, B_____ et C_____ ainsi que D_____ ont recouru contre ce règlement auprès de la chambre constitutionnelle de la Cour de justice, en concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif et, au fond, à l'annulation des art. 33 al. 2, 35A et 36 RMP.

b. En substance, ces dispositions réglementaires avaient pour but et pour effet d'écartier des marchés publics les entreprises de la construction ayant recours à la main-d'œuvre temporaire. Elles violaient des droits fondamentaux, notamment la liberté économique, en tant qu'elles constituaient des mesures de politique économique, ainsi que les principes de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire et de la bonne foi, et ne respectaient en tout état pas les conditions requises pour restreindre des droits fondamentaux, en particulier les exigences d'une base légale (formelle et d'une densité suffisante compte tenu de la gravité de l'atteinte portée à la liberté économique), d'un intérêt public ainsi que d'aptitude, de nécessité et de proportionnalité au sens étroit. De surcroît, lesdites dispositions étaient contraires à des normes de droit supérieur, à savoir de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), de la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997 (L-AIMP - L 6 05.0), de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre

1995 (LMI - RS 943.02) et de l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP - RS 0.632.231.422).

c. Les recourantes requièrent l'accomplissement d'actes d'instruction par la chambre constitutionnelle, en particulier l'audition de leurs représentants à même d'exposer les conséquences effectives des dispositions attaquées, la production de documents en mains du département de la sécurité et de l'économie, une expertise visant à déterminer l'impact de la nouvelle réglementation sur les marchés publics de la construction pour les petites, moyennes et grandes entreprises.

d. L'octroi de l'effet suspensif se justifiait au regard du risque concret que les dispositions attaquées faisaient courir aux recourantes de voir leurs capacités fortement réduites de placer des travailleurs temporaires sur des chantiers soumis aux marchés publics dans le canton de Genève, ce que les trois premières faisaient régulièrement, et ce durant les nombreux mois que durerait la procédure.

5. Invité à se déterminer dans un premier temps sur la demande d'octroi de l'effet suspensif, le Conseil d'État, représenté par le département des finances, a indiqué à la chambre constitutionnelle, par courrier du 28 septembre 2017, que l'État ne s'opposait pas à la restitution de l'effet suspensif sollicité par les recourantes pour autant que la chambre constitutionnelle considère cette requête justifiée.

Considérant, **en droit**, que :

1. L'examen de la recevabilité du recours est reporté à l'arrêt au fond, étant précisé qu'il n'apparaît pas *prima facie* que les conditions de recevabilité ne seraient pas remplies.

2. Les mesures provisionnelles, y compris sur effet suspensif, sont prises par le président ou le vice-président ou, en cas d'urgence, par un autre juge de la chambre constitutionnelle (art. 21 al. 2 et 76 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

3. a. Selon l'art. 66 LPA, en cas de recours contre une loi constitutionnelle, une loi ou un règlement du Conseil d'État, le recours n'a pas effet suspensif (al. 2) ; toutefois, lorsqu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, la juridiction de recours peut, sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, restituer l'effet suspensif (al. 3). D'après l'exposé des motifs du projet de loi portant mise en œuvre de la Cour constitutionnelle, en matière de recours abstrait, l'absence d'effet suspensif automatique se justifie afin d'éviter que le dépôt d'un recours bloque le processus législatif ou réglementaire, la chambre constitutionnelle conservant toute latitude pour restituer, totalement ou partiellement, l'effet suspensif lorsque les conditions légales de cette restitution sont données (PL 11311, p. 15).

b. Lorsque l'effet suspensif a été retiré ou n'est pas prévu par la loi, l'autorité de recours doit examiner si les raisons pour exécuter immédiatement la décision entreprise sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution. Elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation, qui varie selon la nature de l'affaire. La restitution de l'effet

suspensif est subordonnée à l'existence de justes motifs, qui résident dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'absence d'exécution immédiate de la décision ou de la norme (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1). Pour effectuer la pesée des intérêts en présence (arrêt du Tribunal fédéral 8C_239/2014 du 14 mai 2014 consid. 4.1), l'autorité de recours n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession (ATF 117 V 185 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_435/2008 du 6 février 2009 consid. 2.3 et les arrêts cités).

L'octroi de mesures provisionnelles – au nombre desquelles figure l'effet suspensif (Philippe WEISSENBERGER/Astrid HIRZEL, *Der Suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahmen*, in Isabelle HÄNER/Bernhard WALDMANN [éd.], *Brennpunkte im Verwaltungsprozess*, 2013, 61-85, p. 63) – présuppose l'urgence, à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; 127 II 132 consid. 3 = RDAF 2002 I 405). En matière de contrôle abstrait des normes, l'effet suspensif n'est en règle générale accordé guère que si les chances de succès du recours apparaissent manifestes (Claude-Emmanuel DUBEY, *La procédure de recours devant le Tribunal fédéral*, in François BELLANGER/Thierry TANQUEREL [éd.], *Le contentieux administratif*, 2013, 137-178, p. 167).

4. a. En l'espèce, il appert d'une part que les marchés publics de la construction représentent une part des marchés de la construction dans le canton de Genève qui, quoique non quantifiée précisément à teneur du dossier, n'est nullement négligeable et, d'autre part, que les dispositions attaquées introduisent des restrictions, jusque-là inconnues, qui limitent significativement le recours aux travailleurs temporaires dans ce secteur d'activités.

À ce stade, du crédit doit être accordé à l'affirmation des recourantes – étayée par un sondage effectué en période estivale par ces dernières et au demeurant non contestée par l'intimé – que les trois premières d'entre elles de même que les membres de la quatrième sont susceptibles d'être non simplement virtuellement mais bien concrètement restreints dans leurs activités économiques de placement de travailleurs temporaires. À teneur dudit sondage, les quinze entreprises consultées placent annuellement en moyenne 50 employés temporaires par année (certaines jusqu'à 100), très souvent dans le domaine de la construction soumis aux marchés publics.

L'exigence d'un intérêt, en l'occurrence privé, à l'octroi de l'effet suspensif, apparaît remplie.

b. Dans la mesure où les restrictions contestées sont nouvelles – autrement dit où jusque-là, durant des décennies, le placement de travailleurs temporaires dans les marchés publics de la construction a été possible sans lesdites restrictions –, il ne saurait être tenu pour patent que l'intérêt privé des recourantes se trouve contrebalancé par un intérêt public si important qu'il y aurait urgence à ce qu'il prévale durant la procédure, quand bien même l'infléchissement en faveur de l'engagement de travailleurs fixes que les nouvelles

dispositions adoptées doit produire représenterait une avancée sociale à saluer, de surcroît rattachable à des mesures de politique sociale et non de politique économique.

c. Il n'apparaît certes pas, à ce stade, que les chances de succès du recours l'emportent manifestement sur les perspectives de son rejet, notamment sous l'angle de la qualification des mesures contestées en tant, précisément, que restrictions de politique sociale. Sans nullement trancher la question, il sied en revanche de relever que la qualification desdites restrictions comme mesures de police, propres à protéger la sécurité et la santé des travailleurs, est peu évidente, notamment compte tenu de l'applicabilité aux travailleurs tant temporaires que fixes de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr - RS 822.11), du fait que la branche du travail temporaire fait l'objet, depuis le 1^{er} mai 2016, d'une convention collective du travail étendue garantissant des standards sociaux minimaux plus étendus que dans d'autres secteurs d'activités (soit touchant non seulement les salaires, mais aussi la retraite et la formation), et du contrôle étatique qui s'exerce sur la location de services professionnelle en vertu de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989 (LSE - RS 823.11) et la loi sur le service de l'emploi et la location de services du 18 septembre 1992 (LSELS - J 2 05), d'autant plus que ne se discerne pas d'emblée pourquoi de telles restrictions ne se justifieraient alors pas aussi pour le placement de travailleurs temporaires sur les marchés privés de la construction.

Sans non plus émettre d'avis tranché sur le sujet, il sied de noter que les recourantes soulèvent la question *a priori* pertinente, dès lors que les dispositions contestées sont de rang réglementaire sans être fondées sur une norme de délégation législative, de savoir si les exigences découlant du principe de la légalité sont respectées, pour le cas où se confirmerait une certaine gravité des atteintes qu'elles portent aux droits fondamentaux des recourantes, y compris eu égard aux sanctions civiles et pénales susceptibles d'être prononcées à l'encontre des entreprises qui ne respecteraient pas ou plus les quotas de travailleurs par chantier (art. 35A al. 6 et 7 RMP).

d. L'intimé ne démontre ni même ne prétend qu'il y a en l'espèce prépondérance d'un intérêt public à l'applicabilité immédiate des dispositions contestées, déjà en cours de procédure. Sans doute lui sera-t-il possible – et même lui faudrait-il le cas échéant – développer dans ses écritures ultérieures des arguments, dûment étayés de données concrètes (et non par référence à des affirmations toute générales), illustrant les effets concrets des dispositions attaquées et permettant tant leur réelle qualification que l'appréciation de leur validité sous l'angle des principes de la légalité, de l'intérêt public et de la proportionnalité, en plus de leur conformité au droit supérieur.

Dans la pesée des intérêts en présence, il se justifie d'autant moins d'évaluer les chances de succès du recours que l'intimé dit lui-même ne pas s'opposer à l'octroi de l'effet suspensif.

5. a. Au regard de l'ensemble de ces considérations, il y a lieu de déroger au principe de l'absence d'effet suspensif normalement attaché à un recours en contrôle abstrait des normes. La demande d'octroi de ce dernier sera admise.

b. Les recourantes demandent, en complément à leur requête d'octroi d'effet suspensif, qu'ordre soit donné à toute autorité de la République et canton de Genève de ne pas tenir compte des dispositions contestées dans tout appel d'offres concernant les marchés publics de la construction. Il n'y a pas lieu que la chambre constitutionnelle donne un tel ordre à l'intimé, dès lors que celui-ci est tenu de publier l'octroi de l'effet suspensif dans la FAO, en vertu de l'art. 9 du règlement d'exécution de la loi sur la forme, la publication et la promulgation des actes officiels (RFPP - B 2 05.01).

6. Le sort des frais de la procédure sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

Par ces motifs,

LA CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE

octroie l'effet suspensif au recours ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée 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. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision, en copie, à Me Pierre-Yves Baumann, avocat des recourantes, et au Conseil d'État.

la greffière

Sylvie SCHNEWLIN

le vice-président :

Raphaël MARTIN

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :