

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2436/2011-EXPLOI

ATA/758/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 13 décembre 2011

1^{ère} section

dans la cause

A _____ SÀRL

contre

DÉPARTEMENT DE LA SOLIDARITÉ ET DE L'EMPLOI

EN FAIT

1. A_____ Sàrl (ci-après : A_____) est une société à responsabilité limitée au capital de CHF 40'000.-, sise à Genève, rue _____. Elle est inscrite au registre du commerce genevois depuis le 26 mai 2000, et a pour but l'exploitation d'un atelier-fabrique de bijouterie-joaillerie, boîtes de montres et sertissage. Elle compte deux associés, la société H_____ Sàrl. (à hauteur de CHF 6'000.-), et Monsieur D_____ (à hauteur de CHF 34'000.-). Ce dernier est associé gérant et possède la signature individuelle.
2. Suite à une enquête menée par l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT), M. D_____ a signé le 17 mars 2010 un constat d'infraction, duquel il ressortait qu'A_____ avait employé, du 1^{er} juillet 2007 au 31 mars 2009, à raison de 40 heures par semaine, Monsieur P_____, né le _____ 1973, de nationalité brésilienne, sans autorisation de séjour ni d'établissement.
3. Par ordonnance de condamnation du 10 août 2010, le Ministère public genevois a condamné M. D_____, pour violation de l'art. 117 al. 1 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), à une peine de 60 jours-amende à CHF 30.-, avec sursis pendant trois ans, et à CHF 450.- d'amende.
4. Ladite ordonnance n'ayant pas été contestée, elle est entrée en force à fin août 2010.
5. Le 11 juillet 2011, le département de la solidarité et de l'emploi (ci-après : DSE) a rendu à l'encontre d'A_____ une décision d'exclusion des marchés publics au niveau communal, cantonal et fédéral pour une durée d'un an, et de toutes aides financières cantonales et communales pour une durée d'un an. A_____ devait également s'acquitter d'un émolument de CHF 350.-.

L'infraction ayant donné lieu à l'ordonnance de condamnation avait le caractère d'un délit au sens pénal. Elle avait justifié une sanction sévère en termes de jours-amende, de sorte qu'elle revêtait indéniablement le caractère d'importance exigé par la loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir du 17 juin 2005 (LTN - RS 822.41), même pour la période postérieure au 1^{er} janvier 2008, soit la date d'entrée en vigueur de la LTN. Compte tenu des manquements constatés, l'exclusion des marchés publics devait être prononcée pour un an. Pour les mêmes motifs, il ne serait pas attribué d'aide financière cantonale ou communale, pour la même durée.

6. Par acte posté le 13 août 2011, A_____ a interjeté recours contre la décision précitée auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative).

M. D_____ avait engagé en 2007 un sertisseur qui lui avait dit être de nationalité portugaise et au bénéfice d'un permis C, ce qu'il n'avait pas vérifié ; cette personne vivait à Genève avec sa femme et leur enfant scolarisé et disposait d'un appartement avec un bail à son nom. L'année 2007 était une année de haute conjoncture pour l'horlogerie, il était très difficile de trouver du personnel qualifié. En juin 2009, M. P_____ avait été contrôlé à la douane ; c'était ainsi que M. D_____ avait appris qu'il ne disposait pas d'une autorisation de séjour. Pensant bien faire, il avait demandé pour le compte de l'entreprise une autorisation de séjour pour cet employé. L'autorisation de séjour avait été refusée, et l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) avait transmis le dossier à l'OCIRT.

Lors de l'entretien avec l'OCIRT, M. D_____ avait démontré que M. P_____ était rétribué comme les employés suisses de l'entreprise, toutes charges patronales dûment payées. A_____ était signataire de la convention collective horlogère. M. D_____ avait, suite au refus de l'autorisation de séjour, convaincu M. P_____ de rentrer définitivement dans son pays.

M. D_____ reconnaissait avoir commis une erreur ; il veillait à ce que la situation ne se reproduise plus. Etant fortement impliqué dans son rôle de chef d'entreprise, il vivait très mal cette « diabolisation à outrance ».

7. Le 15 septembre 2011, le DSE a conclu au rejet du recours.

M. D_____ disposait de la signature individuelle et maîtrisait dès lors la totalité des engagements dans son entreprise. Il n'avait fait aucune remarque dans le constat d'infraction du 17 mars 2010, alors même qu'il en avait eu la possibilité. En fait, M. D_____ n'avait pas cherché à connaître le statut de M. P_____, puisque ses employés eux-mêmes savaient que leur collègue était brésilien et sans permis de travail. M. D_____ ne pouvait pas ignorer qu'il devait se faire présenter soit le passeport, soit le permis de son futur employé, et il avait ainsi sciemment accepté le risque d'engager un travailleur sans permis.

Par ailleurs, le secteur « travail au noir » de l'OCIRT avait déjà connaissance du cas de M. P_____ avant que l'OCP ne lui communique la demande d'autorisation de séjour.

Il n'était pas contesté que l'employé était payé au minimum prévu par la convention collective de l'horlogerie, et que les charges sociales avaient été prélevées et rétrocédées ; sans quoi la sanction eût été plus forte.

Les art. 6 et 13 LTN visaient également les infractions à la législation sur les étrangers.

La recourante n'invoquait aucun grief clair à l'appui de son recours sinon, implicitement, une violation du principe de la proportionnalité. En l'espèce, l'infraction à la LEtr avait justifié une sanction sévère en termes de jours-amende, de sorte qu'elle revêtait le caractère d'importance exigé par la LTN. Dès lors, l'exclusion pour un an des marchés publics et l'exclusion des aides financières cantonales et communales pour la même durée devait être considérée comme proportionnée.

8. Le 21 octobre 2011, la chambre administrative a indiqué aux parties qu'elles disposaient d'un délai au 4 novembre 2011 pour formuler toute requête complémentaire, ensuite de quoi la cause serait gardée à juger.
9. Aucune partie ne s'étant manifestée, la cause a été 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 - 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). Même si l'acte de recours ne contient pas de conclusions formelles, telles que prévues par l'art. 65 al. 1 LPA, il en ressort la volonté de la recourante de voir la décision attaquée annulée, et la sanction révoquée.
2. 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).
3. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre. Si le texte légal n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations sont possibles il faut alors rechercher 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 135 V 249 consid. 4.1 ; 135 III 112 consid. 3.3.2 ; 135 II 78 consid. 2.2 ; 134 I 184 consid. 5.1). Enfin, si plusieurs interprétations sont admissibles, il faut choisir celle qui est la plus conforme au droit supérieur, en particulier à la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101 ; ATF 135 II 416 consid. 2.2).

4. 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 (schwerwiegende oder wiederholte Missachtung ; inosservanza grave o reiterata) des obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers, l'autorité cantonale compétente exclut l'employeur concerné des futurs marchés publics au niveau communal, cantonal et fédéral pour cinq ans au plus ; elle peut par ailleurs diminuer de manière appropriée, pour cinq ans au plus, les aides financières qui sont accordées à l'employeur concerné.

Le Message du Conseil fédéral précise 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 3419).

Les chambres fédérales, après des discussions nourries 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 (cf. BO 2004 N 1209 ss ; BO 2005 E 470 s. et 698 s.).

Selon la liste ainsi prévue à l'art. 13 al. 3 LTN et tenue par le secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : SECO), à la date du 22 novembre 2011, 69 employeurs faisaient l'objet d'une sanction définitive prononcée sur la base de l'art. 13 LTN (www.seco.admin.ch/themen/00385/01905/04644 [visité le 24 novembre 2011]) ; 22 d'entre eux, tous genevois, faisaient l'objet à la fois d'une exclusion des marchés publics et d'une exclusion ou diminution des aides financières. Par ailleurs, dans son rapport du 20 juin 2011 sur l'exécution de la LTN pour l'année 2010, le SECO relevait que le canton de Genève « applique les possibilités de sanction de l'art. 13 LTN de manière très conséquente : il sanctionne également les employeurs qui ne participent pas aux marchés publics ni ne reçoivent d'aides financières de l'Etat, même si en fait ces sanctions ne les concernent pas. Ces entreprises subissent alors l'inconvénient de figurer pendant la durée de la sanction sur la liste des entreprises sanctionnées publiée par le SECO » (<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/23390.pdf> [visité le 2 décembre 2011], p. 29).

5. Concernant la suppression des aides financières, le texte légal parle de la diminution d'aides qui sont accordées à l'employeur concerné ; il oppose ainsi cette sanction à celle visant les marchés publics, qui est une exclusion des marchés futurs. Il ne peut donc s'agir que de réduire ou de supprimer des subventions qui ont déjà été accordées. Rien du reste, dans les travaux

parlementaires, ne permet de supposer que la formulation légale ne reflète pas sur ce point l'intention du législateur.

Or en l'espèce, aucune partie n'a fait valoir que la recourante bénéficierait d'indemnités ou d'aides financières d'une quelconque collectivité publique. Il est donc exclu de lui appliquer la seconde sanction prévue par l'art. 13 LTN, étant précisé que les chambres fédérales se sont montrées divisées sur l'opportunité de rendre publique la liste des employeurs sanctionnés et n'ont dès lors en tout cas pas voulu faire de ladite liste un moyen de sanction autonome.

Le recours doit ainsi être admis sur ce point, l'autorité intimée ayant excédé son pouvoir d'appréciation.

6. S'agissant de la sanction d'exclusion des futurs marchés publics, l'art. 13 LTN prévoit trois conditions d'application : 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.

a. En l'espèce, M. D_____ a fait l'objet d'une ordonnance de condamnation, laquelle est entrée en force, étant précisé qu'étant seul associé gérant de la société, une condamnation de la société en tant qu'employeur était exclue sur la base de l'art. 100quater du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0).

b. En second lieu, la condamnation se basait exclusivement sur l'art. 117 LEtr, lequel réprime l'emploi d'étrangers sans autorisation ; ce qui correspond bien au non-respect d'une obligation en matière d'autorisation prévue dans la législation sur les étrangers.

c. Pour ce qui est de la troisième condition, il n'y a ici pas de caractère réitéré du non-respect de la loi, l'employeur n'ayant fait l'objet que d'une seule sanction visant un seul comportement.

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'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers, le législateur n'a pas expressément précisé, dans les travaux préparatoires, ce qu'il entendait par-là. Le rapporteur de 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).

Les délits pénaux auxquels l'art. 13 LTN se réfère ne peuvent ainsi être que ceux qui visent spécifiquement les employeurs, soit les art. 87 de la loi fédérale

sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS - RS 831.10), 76 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP - RS 831.40), 112 de la loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA - RS 832.20) et 105 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI - RS 837.0) dans le cadre de la législation sur les assurances sociales, et l'art. 117 LEtr dans le cadre de la législation sur les étrangers.

Ce dernier prévoit le cas grave comme circonstance aggravante spéciale, avec pour conséquence une augmentation de la peine-menace à cinq ans de peine privative de liberté. Même s'il ne peut s'agir d'un renvoi direct du législateur, dans la mesure où les délits en matière de sécurité sociale précités ne prévoient aucune circonstance aggravante spéciale, on peut s'inspirer de la notion de cas grave au sens de l'art. 117 LEtr pour éclaircir celle de « non-respect important » de l'art. 13 LTN, d'autant plus qu'il s'agit en l'espèce de la seule disposition sur laquelle se fonde la sanction pénale.

Selon la doctrine, l'existence d'un cas grave au sens de l'art. 117 al. 1 LEtr 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 (L. VETTERLI/G. D'ADDARIO DI PAOLO, in M. CARONI/T. GÄCHTER/D. THURNHERR [éd.], Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], Berne 2010, n. 11 ad art. 117 LEtr).

7. En l'espèce, la recourante a employé un étranger de nationalité brésilienne sans autorisation entre juillet 2007 et mars 2009 ; elle a pour le surplus respecté la convention collective de travail applicable, payé les charges sociales de l'employé, et ce dernier ne s'est jamais plaint de ses conditions de travail qui, selon la recourante, étaient les mêmes pour tous ses salariés quelle qu'ait été leur nationalité.

L'emploi au noir ne concerne ainsi qu'une seule personne. Si la durée de travail sans autorisation n'est pas négligeable, elle reste inférieure à deux ans. Il n'y a eu pour le surplus aucune transgression de la loi ou de la convention collective de travail. Le cas d'espèce correspond ainsi à celui décrit lors des travaux parlementaires par le rapporteur de commission comme ne consacrant pas une transgression grave de la législation.

L'autorité intimée a ainsi abusé de son pouvoir d'appréciation en retenant dans le cas d'espèce un non-respect important des obligations en matière d'autorisation prévues dans la législation sur les étrangers.

8. Les conditions posées par la loi n'étant ainsi pas remplies, le recours sera admis et la décision du DSE annulée.

Malgré l'issue du litige, aucun émolument ne sera mis à charge du DSE (art. 87 al. 1 LPA dans sa nouvelle teneur dès le 27 septembre 2011) ; faute de demande en ce sens, aucune indemnité ne sera allouée (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 13 août 2011 par A_____ Sàrl contre la décision du département de la solidarité et de l'emploi du 11 juillet 2011 ;

au fond :

l'admet ;

annule la décision du département de la solidarité et de l'emploi du 11 juillet 2011 ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument, ni alloué d'indemnité ;

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 (la présente décision) et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à A_____ Sàrl, au département de la solidarité et de l'emploi ainsi qu'au secrétariat d'Etat à l'économie.

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Hurni, M. Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière de juridiction :

M. Tonossi

le président ségeant :

Ph. Thélín

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :