

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3596/2017-ABST

ACST/28/2018

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre constitutionnelle**

**Arrêt du 12 décembre 2018**

dans la cause

**A** \_\_\_\_\_

et

**B** \_\_\_\_\_

et

**C** \_\_\_\_\_

et

**D** \_\_\_\_\_

représentées par Me Pierre-Yves Baumann, avocat

contre

**CONSEIL D'ÉTAT**

---

## EN FAIT

1. La société A\_\_\_\_\_ est inscrite au registre du commerce du canton de Genève depuis le 14 août 1972 et a son siège à Genève. Elle a pour but la gestion d'une entreprise pour la réalisation de travaux en régie, le placement de personnel et la location de services dans le domaine de l'industrie et de la construction. Elle a une succursale également inscrite au registre du commerce du canton de Genève depuis le 18 août 1992 et ayant aussi son siège à Genève.

La société B\_\_\_\_\_ est inscrite au registre du commerce du canton de Neuchâtel depuis le 18 décembre 1985 et a son siège à Neuchâtel. Elle possède une succursale inscrite au registre du commerce du canton de Genève depuis le 22 janvier 2007 avec siège à Genève. Elle a pour but notamment de recruter, sélectionner et placer auprès d'entreprises, de façon stable ou temporaire, du personnel dans le domaine technique, commercial, administratif, médical, financier et bancaire.

La société C\_\_\_\_\_ est inscrite au registre du commerce du canton de Zurich depuis le 19 septembre 1978 et a son siège à Zurich. Elle possède deux succursales inscrites au registre du commerce du canton de Genève, respectivement depuis le 5 août 1999 et le 6 juin 2008 avec siège à Genève. L'une d'elles a pour but la prestation de services dans le secteur du personnel, soit le recrutement et la mise à disposition du personnel de toute profession.

D\_\_\_\_\_ est une association de droit suisse au sens des art. 60 ss du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC - RS 210). Elle est inscrite au registre du commerce du canton de Zurich depuis le 9 août 1999 et a son siège à Dübendorf. Elle poursuit ses buts notamment en défendant les intérêts supérieurs de ses membres, vis-à-vis de l'opinion publique, des autorités, des parlements et de l'économie. Elle représente ses membres auprès d'associations d'employés, d'associations d'employeurs, des entreprises, des autorités et du public. Elle a pour membre toute entreprise juridiquement autonome qui offre des services de l'emploi. Ses membres sont répartis en trois sections, le travail temporaire (location de services), la sélection et le recrutement (placement privé) et le conseil d'entreprise dans le management des ressources humaines.

2. Après que le Conseil d'État eut fait savoir, par un communiqué de presse du 5 octobre 2016, qu'il entendait limiter le recours au travail temporaire dans les marchés publics de la construction, D\_\_\_\_\_ a fait part de ses objections au département de la sécurité et de l'économie (ci-après : DSE). Reçue à ce sujet le 17 février 2017 par la direction de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT), elle a produit un avis de droit du 25 novembre 2016 des professeurs Thomas GEISER et Christoph SENTI, de l'Université de

Saint-Gall, portant sur l'admissibilité d'interdictions et de limitations du recours aux travailleurs temporaires dans des conventions collectives de travail (ci-après : avis de droit n° 1). D'après cet avis de droit, de telles clauses de conventions collectives de travail (ci-après : CCT) contrevenaient à diverses dispositions constitutionnelles ou légales, dont l'art. 356a al. 2 de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (CO - RS 220) en corrélation avec les dispositions de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) garantissant la liberté économique et l'égalité de traitement (art. 27 et 8 Cst.).

3. 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), et la modification de son art. 36 (nouvelle teneur).

Ces dispositions ont la teneur suivante :

**Art. 2 let. m (nouvelle)**

Au sens du présent règlement, on entend par :

- m) 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)**

<sup>2</sup> 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)**

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 12 juin 1997.

<sup>7</sup> 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)**

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 12 juin 1997.

#### **Art. 36 (nouvelle teneur)**

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 12 juin 1997.

4. 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.
5. Par acte du 1<sup>er</sup> septembre 2017, A\_\_\_\_\_, B\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ ont recouru contre ce règlement auprès de la chambre constitutionnelle de la Cour de justice (ci-après : la chambre constitutionnelle), en concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif, et, sur le fond, à l'annulation des art. 33 al. 2, 35A et 36 RMP, « sous suite de frais et dépens ». Elles ont requis l'audition de leurs représentants, la production du dossier en mains du DSE relatif à la modification contestée du RMP, et 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. Elles ont exprimé le souhait de s'exprimer et plaider en audience publique.

Les sociétés anonymes recourantes, ayant leur siège ou une succursale dans le canton de Genève, étaient actives dans le placement de personnel temporaire, notamment dans le canton de Genève et sur le marché de la construction ; les normes attaquées affectaient leurs activités quotidiennes. L'association faîtière recourante, ayant vocation statutaire pour défendre les intérêts de ses membres, était elle aussi touchée par lesdites normes.

L'art. 33 al. 2 RMP entrainait en conflit avec les art. 35A, 35B et 36 du règlement contesté, en tant qu'il excluait des marchés publics de la construction des entreprises ne disposant pas d'une main-d'œuvre fixe suffisante pour l'exécution de la prestation, alors que l'art. 35A RMP définissait des ratios limitant le nombre de travailleurs temporaires selon le critère du chantier et non celui de l'entreprise exécutante. Le système de quotas par chantier favorisait les grandes entreprises au détriment des petites et moyennes entreprises, notamment pour les chantiers importants dans le domaine du génie civil. L'application de ce système aux marchés de la construction adjugés à une entreprise générale, prévue par l'art. 36 de la nouvelle, avait un impact négatif sur le modèle d'affaires de la location de services interne à un groupe de sociétés. La nouvelle réglementation rendait plus difficile, en violation d'engagements internationaux, l'accès aux marchés considérés aux entreprises étrangères, en tant qu'elle contraindrait ces dernières à engager un plus grand nombre de collaborateurs permanents et à assumer des frais de restauration et d'hébergement plus élevés, que n'avaient pas des entreprises régionales ou qu'elles-mêmes n'avaient pas à assumer en recourant aux services de travailleurs temporaires.

La modification contestée violait les droits fondamentaux, notamment la liberté économique, tant des travailleurs que des employeurs. Elle introduisait des restrictions qui ne pouvaient être qualifiées de mesures de police, ni même de politique sociale, mais constituaient des mesures de politique économique, inconstitutionnelles déjà en tant que telles. Ces restrictions ne respectaient pas l'égalité de traitement entre concurrents, au détriment des petites et moyennes entreprises, des entreprises étrangères et de celles privilégiant, en toute légalité, le recours à la main-d'œuvre temporaire. Les dérogations admissibles selon l'art. 35A al. 3 étaient inopérantes, l'autorité ne pouvant pas statuer à bref délai.

Les conditions pour restreindre les droits fondamentaux n'étaient pas réunies. En particulier, les mesures prévues ne remplissaient pas l'exigence d'une base légale formelle ayant une densité normative suffisante, l'atteinte qu'elles portaient aux droits fondamentaux étant grave, d'autant plus au vu des amendes qui sanctionnaient leur violation. En outre, elles violaient le principe de la proportionnalité. Le système des quotas n'était pas apte à atteindre un but d'intérêt public, en particulier celui de la sécurité et de la santé au travail. Il n'était pas nécessaire pour assurer la protection des employés temporaires actifs sur les chantiers publics de la construction, d'autres mesures de formation et de protection du personnel pouvant être mises en place et l'étant en application de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr - RS 822.11) et les CCT de branche, quasiment toutes étendues dans le domaine de la construction, et la CCT Location de services du 29 mars 2016, elle aussi étendue. Il était trop rigoureux.

Les dispositions adoptées étaient contraires à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05). Le canton de Genève ne pouvait pas seul édicter des règles de droit matériel allant au-delà de dispositions d'exécution dudit concordat. Les restrictions de la concurrence et de l'accès aux marchés publics de la construction introduites par la nouvelle étaient contraires aux principes énoncés par l'AIMP, et non couvertes par l'art. 11 let. e AIMP voulant que les dispositions sur la protection des travailleurs et les conditions de travail soient observées. La loi du 12 juin 1997 autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'AIMP (L-AIMP - L 6 05.0) n'habilitait pas le Conseil d'État à déroger aux dispositions dudit concordat et, en particulier, à prévoir de nouvelles conditions dans le domaine des marchés publics.

La réglementation adoptée violait également la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02), ainsi que l'accord international sur les marchés publics du 15 avril 1994 (AMP ou Accords GATT/OMC – RS 0.632.231.422). Les entreprises étrangères qui faisaient appel aux travailleurs temporaires subissaient une discrimination indirecte par rapport aux entreprises locales recourant à un personnel fixe.

6. Par courrier du 28 septembre 2017, le Conseil d'État a indiqué ne pas s'opposer à l'octroi de l'effet suspensif au recours.
7. Par décision du 2 octobre 2017, la présidence de la chambre constitutionnelle a octroyé l'effet suspensif au recours.
8. Le 6 octobre 2017, A\_\_\_\_\_, B\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ ont produit un avis de droit du 4 octobre 2017 des professeurs GEISER et SENTI (ci-après : avis de droit n° 2), concernant, en complément à leur avis de droit n° 1, les limitations introduites par le règlement du 28 juin 2017 modifiant le RMP. À teneur de cet avis de droit n° 2, ni l'AIMP ni la L-AIMP ne fournissaient de base légale permettant de fonder l'adoption de l'art. 35A RMP. La compétence de réglementation de la protection des travailleurs revenait à la Confédération, qui en avait fait usage en édictant la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (LSE - RS 823.11), réglant exhaustivement les conditions et l'admissibilité de la location de services, si bien que les cantons n'avaient pas la compétence d'édicter d'autres règles en la matière. Les restrictions apportées à la liberté économique ne satisfaisaient pas aux exigences de reposer sur une base légale, de poursuivre un intérêt public et d'être proportionnées. L'art. 35A RMP contrevenait à l'AIMP et aux engagements internationaux de la Suisse en matière de marchés publics.
9. Par mémoire du 10 novembre 2017, le Conseil d'État s'est rapporté à justice, s'agissant de la recevabilité du recours déposé par A\_\_\_\_\_ (selon lui a priori recevable), B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_ et a conclu à l'irrecevabilité du recours de D\_\_\_\_\_. Il a, sur le fond, conclu au rejet du recours.

Il avait engagé une réflexion en concertation avec les partenaires sociaux, en vue d'introduire par voie réglementaire une limitation du recours au travail temporaire dans les marchés publics de la construction.

Précisant les exigences requises en matière de ressources humaines pour les marchés publics de la construction, l'art. 33 al. 2 RMP exigeait que l'entreprise dispose du nombre d'employés fixes nécessaires à la réalisation du marché ; il s'appliquait lors de l'évaluation des offres. L'art. 35A RMP portait sur les modalités d'exécution de marchés de la construction adjugés ; il prévoyait des quotas par rapport au nombre de travailleurs fixes actifs sur un même chantier, avec des dérogations possibles devant simplement être annoncées. L'art. 36 RMP visait à imposer aux entreprises générales les mêmes obligations qu'aux autres soumissionnaires en matière de contrôle de la sous-traitance, du travail temporaire et de la location de personnel.

Plutôt que d'entraîner une distorsion de la concurrence, la nouvelle visait à rétablir une équité entre les offres provenant d'entreprises ayant un effectif stable et d'entreprises recourant systématiquement à la main-d'œuvre temporaire, avantagées en matière de flexibilité des rapports de travail et de frais de gestion des ressources humaines.

La liberté économique n'était pas violée par les nouvelles dispositions adoptées. Les sociétés de placement et de location de services n'étaient atteintes qu'indirectement par les restrictions apportées au recours à des travailleurs temporaires, à des conditions cumulatives bien particulières, en sorte que leur liberté économique n'était pas gravement limitée et donc qu'une base légale de rang réglementaire était suffisante. La nouvelle réglementation introduisait des mesures non de politique économique, mais de politique sociale, eu égard d'une part aux risques d'accident s'avérant plus élevés pour les travailleurs temporaires, notamment dans le domaine de la construction, que pour la moyenne des assurés de la SUVA, et d'autre part à des prestations moins avantageuses pour les travailleurs temporaires, en particulier en matière de prévoyance professionnelle, que pour les travailleurs fixes. Il importait de lutter contre l'explosion du nombre de travailleurs temporaires à Genève et ses dérivées. Le principe de la proportionnalité était respecté. La problématique était traitée efficacement par un contrôle d'aptitude des soumissionnaires à réaliser les travaux de construction des marchés publics tant au moment du dépôt de l'offre que lors de l'exécution du contrat, ainsi que par les sanctions prévues en cas de violation des restrictions considérées. Le taux dégressif des quotas admissibles de travailleurs temporaires par rapport aux travailleurs fixes et les dérogations possibles modulaient adéquatement l'intensité desdites restrictions.

La nouvelle respectait le droit supérieur, en particulier l'AIMP et la L-AIMP ainsi que les engagements internationaux de la Suisse et la LMI. Aucune violation de cette dernière n'était réalisée dès lors que les restrictions introduites dans le

RMP s'appliquaient de manière identique aux offreurs externes et aux offreurs locaux. L'aptitude des soumissionnaires à réaliser les constructions considérées devait pouvoir être vérifiée selon des critères objectifs, pour le choix desquels le pouvoir adjudicateur disposait d'une grande liberté, incluant celui de critères sociaux ou environnementaux. L'effectif permanent d'une entreprise soumissionnaire, que l'art. 33 al. 2 RMP « se contentait de généraliser » était un critère d'aptitude admissible. Quant à lui, l'art. 35A RMP concernait les modalités d'exécution du marché, après l'adjudication ; la limitation du travail temporaire sur les chantiers allait dans le même sens que les dispositions en matière de respect des conditions de travail, de lutte contre le travail au noir et de contrôle de la sous-traitance ; il convenait de vérifier si les mesures prises par l'adjudicataire pour exécuter le marché correspondaient à ses engagements. L'art. 36 RMP imposait aux entreprises générales les mêmes obligations qu'aux autres entreprises intervenant dans le domaine des marchés publics. La sanction prévue en cas de non-respect du nombre de travailleurs temporaires admis sur le chantier reposait sur l'art. 2 al. 1 let. c L-AIMP.

10. Par réplique du 20 mars 2018, reprenant l'essentiel de leurs arguments antérieurs, A\_\_\_\_\_, B\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ ont persisté dans les conclusions de leur recours, et elles ont aussi conclu au rejet de celles du Conseil d'État.

Plaçant annuellement plusieurs centaines d'employés temporaires dans des marchés publics de la construction et pour plusieurs millions de francs, A\_\_\_\_\_ se trouvait dans un rapport étroit, spécial et digne d'être pris en considération avec l'objet de la contestation et avait ainsi qualité pour recourir. Par le biais de sa succursale genevoise, B\_\_\_\_\_ était largement active dans le domaine des marchés publics de la construction dans le canton de Genève, réalisant à cet égard un chiffre d'affaires de plusieurs centaines de milliers de francs sur les cinq dernières années et concluant à cette fin chaque année des centaines de contrats avec des employés temporaires. C\_\_\_\_\_ était active dans l'ensemble des domaines des services, donc aussi celui de la construction dans le canton de Genève, notamment par le biais d'une de ses deux succursales genevoises. D\_\_\_\_\_ avait 375 membres, dont 32 regroupant 45 entreprises ou succursales actives dans le canton de Genève, qui réalisaient le 15 à 20 % de leur chiffre d'affaires dans le domaine de la construction, disposaient à l'assemblée générale de 301 voix sur un total de 756 voix et auraient toutes qualité pour recourir. Les quatre recourantes avaient qualité pour recourir, D\_\_\_\_\_ au titre du recours corporatif.

Le travail intérimaire était soumis à une réglementation fédérale stricte exclusive et au droit des assurances sociales ; les CCT étendues lui étaient applicables, ainsi que la CCT Location de services, elle aussi étendue. Il n'y avait pas place pour une réglementation cantonale complémentaire, ni nécessité d'une



telle réglementation. Comme en Suisse et dans toute l'Europe continentale, le travail intérimaire avait progressé dans le canton de Genève, mais pas dans des proportions permettant de parler d'une explosion de cette catégorie d'emploi spécifique et d'abus. Le travail temporaire faisait l'objet de contrôles étatiques intensifs. Des avancées sociales notables avaient été réalisées dans le domaine du travail intérimaire. Contrairement à une idée reçue et à des statistiques contestables, les travailleurs temporaires n'étaient pas soumis à des risques d'accident plus importants que d'autres types de travailleurs.

En avançant, à l'encontre du grief d'inégalité de traitement fait à la nouvelle, que cette dernière visait à rétablir une équité entre les entreprises ayant un effectif stable de travailleurs fixes et celles recourant à la main-d'œuvre temporaire, le Conseil d'État avouait qu'elle constituait une mesure de politique économique ; le but des dispositions adoptées était d'évincer des marchés publics de la construction un type d'organisation économique et une gestion du personnel à l'intérieur des entreprises.

Au regard des droits fondamentaux, en particulier de la liberté économique, la nouvelle violait l'exigence d'une base légale formelle, en tant qu'elle impliquait une réduction potentiellement importante de la demande de travailleurs temporaires et du chiffre d'affaires des bailleurs de services spécialisés dans la location de travailleurs temporaires dans la branche de la construction ou internes à un groupe. Elle ne poursuivait pas un but d'intérêt public, qui fût de surcroît du ressort des cantons. Il n'était pas établi qu'elle vise à protéger la santé des travailleurs et/ou à empêcher des abus ou dérives. Elle n'était ni apte ni nécessaire à atteindre un tel but. Il ressortait de sa genèse qu'elle visait à satisfaire des revendications syndicales. Le système des paliers qu'elle prévoyait était arbitraire. L'annonce formelle de travailleurs temporaires surnuméraires auprès de l'autorité adjudicatrice qu'elle permettait de faire à certaines conditions présentait un risque d'insécurité.

Comme les professeurs GEISER et SENTI le démontraient dans leur avis de droit n° 2, auquel référence était faite, la nouvelle contestée violait des normes de droit international public, de droit fédéral et de droit cantonal.

11. Le 1<sup>er</sup> juin 2018, le Conseil d'État a dupliqué en persistant dans les arguments et conclusions de sa réponse au recours.

Le nombre de travailleurs temporaires sur les chantiers publics du canton avait fortement progressé entre 2016 et 2017, et des abus avaient été constatés de la part de certaines entreprises. Il y avait des risques d'accident accrus pour les travailleurs temporaires, ce qui se reflétait dans le tarif des primes de la SUVA ; les primes d'assurances accident des entreprises de placement du personnel temporaire, calculées en fonction des risques d'accidents encourus, étaient supérieures à celles des entreprises du secteur de la construction.

Si la qualité pour recourir de A\_\_\_\_\_ et de C\_\_\_\_\_ semblait pouvoir être reconnue, celle de B\_\_\_\_\_ et de D\_\_\_\_\_ devait être niée, du fait que, s'agissant de celle-là, son but statutaire ne mentionnait pas le domaine de la construction et qu'il n'était pas établi qu'elle réalisait un chiffre d'affaires significatif dans ce domaine-ci, et que, concernant celle-ci, le nombre de ses membres œuvrant dans le domaine de la construction à Genève était inférieur à la moitié de ses membres et qu'il n'était pas prouvé que ces derniers avaient un volume d'activités suffisant dans le domaine de la construction.

Le règlement attaqué ne violait pas le principe de l'égalité de traitement dans la mesure où il fixait des ratios en unités avec plusieurs paliers pour les petits effectifs et en pourcent pour ceux de plus de vingt employés.

Il ne représentait pas une entrave à la liberté économique. Nier que le canton était compétent pour adopter une telle législation procédait d'une mécompréhension de l'objet de la nouvelle considérée, qui n'était pas de régir (et en particulier d'éradiquer) le travail temporaire – matière relevant du droit fédéral –, mais de renforcer la législation cantonale sur les marchés publics – domaine dans lequel les cantons étaient compétents, selon l'art. 13 let. d AIMP, pour instituer une procédure d'examen de l'aptitude des soumissionnaires selon des critères objectifs et vérifiables, comme le faisait l'art. 33 RMP, et, en complément au stade de l'exécution du marché, selon l'art. 11 let. e AIMP, pour assurer le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail, comme le faisait l'art. 35A RMP. Il n'y avait pas nécessité d'une base légale formelle, en l'absence d'atteinte grave à la liberté économique, en particulier de démonstration d'un dépassement fréquent, par les entreprises de construction, des limites imposées par la nouvelle. Cette dernière poursuivait les intérêts publics de contrôler la capacité des soumissionnaires à réaliser le marché et d'endiguer le recours abusif au travail temporaire, en contradiction, au stade de l'exécution, avec les engagements pris lors de la soumission, ainsi que d'améliorer la sécurité et les conditions de travail des ouvriers temporaires. La nouvelle respectait le principe de la proportionnalité, notamment en n'introduisant pas d'interdiction mais des limitations, avec des dérogations possibles, du recours à la main-d'œuvre temporaire, à un niveau en cohérence avec la pratique de la location de personnel dans le domaine de la construction à Genève, de façon validée par la Fédération des métiers du bâtiment.

12. Le 20 juillet 2018, A\_\_\_\_\_, B\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ ont formulé leurs ultimes observations en persistant dans leurs conclusions.

Le Conseil d'État avait interprété tendancieusement les statistiques en matière d'accroissement du personnel temporaire sur les chantiers publics du canton, domaine dans lequel la progression était en réalité faible. Il n'avait pas démontré qu'il existerait, en la matière considérée, des abus si nombreux que les graves restrictions prévues par la nouvelle seraient admissibles.

13. Le 28 novembre 2018, en réponse à la demande que le juge délégué leur a faite le 20 novembre 2018 quant à un éventuel maintien et à la justification de leur souhait de plaider, A\_\_\_\_\_, B\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ ont sollicité « une première prolongation » du délai leur ayant été imparti pour se déterminer à ce sujet.

## EN DROIT

1. a. La chambre constitutionnelle est compétente pour connaître de recours interjetés, comme en l'espèce, contre un règlement du Conseil d'État aux fins de contrôle abstrait de sa conformité au droit supérieur (art. 124 let. a de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 - Cst-GE - A 2 00 ; art. 130B al. 1 let. a de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; ACST/19/2018 du 15 août 2018 consid. 1a).
- b. Le recours a été interjeté en temps utile, compte tenu de la suspension du délai de recours du 15 juillet au 15 août inclusivement (art. 62 al. 1 let. d et art. 63 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- c. Il respecte les conditions de forme et de contenu prévues par les art. 64 al. 1 et 65 al. 1 et 2 LPA, y compris celle d'un exposé détaillé des griefs (art. 65 al. 3 LPA), du moins pour la plupart d'entre eux (Stéphane GRODECKI / Romain JORDAN, Code annoté de procédure administrative genevoise, 2017, n. 815).
2. a. Lorsque, par le biais de la loi 11311 du 11 avril 2014, il a mis en œuvre la juridiction constitutionnelle voulue par le constituant genevois aux fins de contrôle de la validité des actes normatifs (art. 124 let. a Cst-GE), le législateur a simplement étendu à ce type de contentieux la notion de qualité pour recourir valant pour les recours interjetés auprès de juridictions administratives contre des décisions. Ainsi, selon l'art. 60 al. 1 let. b LPA, a qualité pour recourir toute personne touchée directement par une loi constitutionnelle, une loi, un règlement du Conseil d'État ou une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce que l'acte soit annulé ou modifié.

Dès lors qu'à teneur de l'art. 111 al. 1 de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la qualité de partie à la procédure devant toute autorité cantonale précédente doit être reconnue à quiconque a qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral, l'art. 60 al. 1 let. b LPA précité s'interprète à tout le moins à l'aune de l'art. 89 al. 1 LTF, selon lequel a qualité pour former un recours en matière de droit public quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire

(let. a), est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué (let. b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c). La chambre constitutionnelle ne doit pas se montrer à cet égard plus restrictive que le Tribunal fédéral (ATF 139 II 233 consid. 5.2.1 ; 138 II 162 consid. 2.1.1 ; 136 II 281 consid. 2.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C\_90/2016 du 2 août 2016 consid. 3.1 ; 2C\_68/2015 du 13 janvier 2016 consid. 4.2 ; 2C\_885/2014 du 28 avril 2015 consid. 5.1). Il lui serait loisible, dans le respect de l'esprit tant de l'art. 124 let. a Cst-GE que de l'art. 60 al. 1 let. b LPA, d'avoir, pour le contrôle abstrait des normes, une conception le cas échéant moins exigeante que le Tribunal fédéral. Dans ce contexte, il sied de rappeler (ACST/3/2017 du 23 février 2017 consid. 4d ; ACST/12/2016 du 10 novembre 2016 consid. 2a ; ACST/1/2015 du 23 janvier 2015 consid. 4b) qu'un contrôle abstrait des normes cantonales par une Cour constitutionnelle a été voulu par un constituant finalement acquis majoritairement à cette innovation institutionnelle dans l'idée qu'elle permettrait d'assurer, dans la sphère de souveraineté cantonale (donc sans les limites que le Tribunal fédéral s'impose en la matière), une pleine effectivité à la Cst-GE et de la cohérence au droit genevois, au surplus d'une façon plus accessible aux citoyens et administrés que ne peut l'être l'instance judiciaire suprême de la Suisse (BOACG tome XVII, p. 8930, tome XXII, p. 11308 s., 11311, 11312, 11315, 13240, 13241, 13248 ; Arun BOLKENSTEYN, *Le contrôle des normes, spécialement par les cours constitutionnelles cantonales*, 2014, p. 291 ss et 316 ; Michel HOTTELIER / Thierry TANQUEREL, *La constitution genevoise* du 14 octobre 2012, SJ 2014 II 377 ss, dont 378 *in medio*). Il faut aussi souligner que le législateur a entendu ouvrir « très largement la qualité pour recourir tout en évitant l'action populaire » (MGC 28-29 novembre 2013, session II, tome I [14/20]).

b. L'action populaire se trouve exclue par l'exigence – qu'expriment tant l'art. 89 al. 1 LTF que l'art. 60 al. 1 let. b LPA – que le recourant soit atteint par l'acte attaqué dans des intérêts de fait ou de droit dans une mesure et avec une intensité plus grandes que la généralité des administrés. Il doit avoir un intérêt digne de protection à l'annulation ou la modification de l'acte contesté, soit un intérêt qui consiste dans l'utilité pratique que l'admission du recours lui apporterait en lui évitant de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que l'acte attaqué lui occasionnerait ou – s'agissant d'un acte normatif – pourrait un jour l'exposer à subir. L'intérêt requis peut n'être que de fait, et il n'a pas à coïncider avec les intérêts protégés par la norme invoquée. Le recourant doit se trouver dans un rapport suffisamment étroit, spécial et digne d'être pris en considération avec l'objet du litige ; un intérêt général tendant à une application correcte du droit n'est pas suffisant (ATF 144 I 43 consid. 2.1 ; 142 V 395 consid. 2 ; 140 I 90 consid. 1.2.2 ; 138 II 162 consid. 2.1.2 ; 136 I 49 consid. 2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_80/2016 du 9 octobre 2018 consid. 1.3.1 ; Étienne POLTIER, *Les actes attaquables et la légitimation à recourir en matière de droit public*, in François BOHNET / Denis TAPPY [éd.],

Dix ans de la Loi sur le Tribunal fédéral, 2017, p. 123 ss, 151 ss ; Florence AUBRY GIRARDIN, in Bernard CORBOZ et al. [éd.], Commentaire de la LTF, 2<sup>ème</sup> éd., 2014, n. 11 ad art. 89 LTF ; Marcel Alexander NIGGLI / Peter UEBERSAX / Hans WIPRÄCHTIGER [éd.], Bundesgerichtsgesetz, 2<sup>ème</sup> éd., 2011, n. 13 ad art. 89 LTF).

En cas de recours contre un acte normatif, l'intérêt du recourant peut ne pas être actuel, mais simplement virtuel. Il suffit que celui-ci puisse un jour, avec un minimum de vraisemblance, être touché par l'application des normes considérées dans l'un ou l'autre de ses intérêts précités dans une mesure supérieure à celle de la généralité des administrés (ATF 141 I 78 consid. 3.1 ; 141 I 36 consid. 1.2.3 ; Étienne POLTIER, op. cit., p. 178 s. ; Marcel Alexander NIGGLI / Peter UEBERSAX / Hans WIPRÄCHTIGER [éd.], op. cit., n. 13 ad art. 89 LTF).

c. En plus des cas où elle est elle-même touchée par l'acte attaqué aux conditions précitées ou se voit attribuée par la loi une qualité pour recourir spécifique dans certaines matières, une association peut également recourir pour la défense des intérêts de ses membres aux quatre conditions du recours dit corporatif. Pour que tel soit le cas, il faut que l'association soit dotée de la personnalité juridique, que la défense des intérêts de ses membres figure parmi ses buts statutaires, que la majorité de ceux-ci ou du moins une grande partie d'entre eux soient personnellement touchés par l'acte attaqué et aient eux-mêmes qualité pour recourir à titre individuel (ATF 137 II 40 consid. 2.6.4 ; 131 I 198 consid. 2.1 ; 130 I 26 consid. 1.2.1 ; ACST/12/2017 du 6 juillet 2017 consid. 1d ; ACST/10/2016 du 29 août 2016 consid. 1c ; ACST/7/2016 du 19 mai 2016 consid. 4c et jurisprudence citée ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2<sup>ème</sup> éd., 2018, n. 1384 s. ; Stéphane GRODECKI / Romain JORDAN, op. cit., n. 716 s. ; Piermarco ZEN-RUFFINEN, Droit administratif. Partie générale et éléments de procédure, 2<sup>ème</sup> éd., 2013, p. 317 n. 1312).

3. a. En l'espèce, les sociétés recourantes A\_\_\_\_\_, B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_ exercent des activités dans le domaine du placement du personnel fixe et temporaire, dans des mesures sans doute variables dans le domaine de la construction dans le canton de Genève, où elles ont leur siège ou chacune au moins une succursale. Toutes trois sont susceptibles d'y développer le placement de travailleurs temporaires dans le domaine spécifique de la construction, couvert par le « domaine technique » visé par la disposition statutaire fixant le but social de la seconde nommée. Il n'est par ailleurs pas douteux que le canton, les communes et d'autres organes assumant des tâches cantonales ou communales, soumis notamment à l'AIMP (art. 1 al. 1 phr. 1 AIMP), ouvrent régulièrement des marchés publics dans le domaine de la construction, soit pour la réalisation de travaux de construction de bâtiments ou de génie civil (art. 6 al. 1 let. a AIMP ; Jean-Baptiste ZUFFEREY / Isabelle ROMY, La construction et son

environnement en droit public, 2<sup>ème</sup> éd., 2017, p. 100, indiquant que les marchés publics atteignent, dans le secteur des bâtiments, près de 50 % du total des constructions et, dans le génie civil, près du 90 %). Aussi ne saurait-on nier que les trois sociétés recourantes précitées sont susceptibles d'être affectées par des restrictions posées au recours au travail temporaire dans les marchés publics de la construction dans le canton de Genève.

Elles ne seraient certes pas elles-mêmes soumissionnaires ni adjudicataires de marchés publics de la construction, mais des interdictions ou limitations du recours à des travailleurs temporaires sur de tels marchés n'en constituent pas moins pour elles, actuellement ou virtuellement, des restrictions d'accès à ces derniers. Quoique par le biais des entreprises soumissionnaires et le cas échéant adjudicataires de marchés publics de la construction, qui se voient limitées, sur de tels marchés, dans les possibilités de recourir à de la main-d'œuvre temporaire et donc amenées à ne pas ou à moins solliciter leurs services, les agences de placement de travailleurs temporaires (comme les trois sociétés recourantes) sont exposées, du fait de la portée des dispositions adoptées, à voir leurs activités se restreindre ou ne pas se développer et, partant, à subir une entrave à leur liberté économique et un préjudice de nature économique potentiellement important. Elles se trouvent dans un rapport suffisamment étroit, spécial et digne d'être pris en considération avec l'objet du litige. À l'évidence, elles sont touchées par les normes considérées plus que la généralité des administrés.

D'ailleurs, la première des dispositions adoptées, à savoir l'art. 2 let. m RMP, soumet explicitement aux dispositions régissant les marchés publics notamment les entreprises « 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 » (OSE - RS 823.111), donc en particulier le travail temporaire, en les incluant dans la notion d'entreprise exécutante, soit d'entreprise ou de personne indépendante « participant à l'exécution du marché ». Quant à lui, l'art. 35A al. 1 phr. 2 RMP précise *expressis verbis* que les règles prévues par l'art. 35A RMP « s'appliquent à toute entreprise participant à l'exécution du marché », donc aussi aux entreprises de placement de travailleurs temporaires. Au surplus, d'autres dispositions du RMP, adoptées le 13 décembre 2017 (ROLG 2017 p. 912), postérieurement à la nouvelle contestée, imposent des obligations aux entreprises exécutantes, qui doivent ainsi respecter les dispositions relatives à la protection sociale des travailleurs et aux conditions de travail applicables à Genève dans leur secteur d'activité (art. 14 al. 1 RMP), se soumettre à la surveillance des organes de contrôle (art. 14 al. 3 RMP, cf. aussi art. 59A al. 1 RMP) et respecter le principe de l'égalité entre femmes et hommes (art. 21 RMP).

Il serait arbitraire de retenir que les dispositions contestées ne concernent ni n'impactent, actuellement ou virtuellement, les trois sociétés recourantes. Ces

dernières ne les contestent pas en faisant valoir simplement un intérêt général à une correcte application du droit ou même des intérêts de tiers qui ne les toucheraient que lointainement, mais des intérêts propres, dignes d'être pris en considération et au demeurant couverts par la liberté économique (comme cela sera encore développé [consid. 6]).

La chambre constitutionnelle reconnaît donc la qualité pour recourir aux trois sociétés recourantes.

b. Quant à elle, D\_\_\_\_\_ n'est pas touchée personnellement dans une mesure suffisante par la nouvelle contestée pour pouvoir l'attaquer elle-même à un tel titre, et elle n'a pas reçu une vocation légale pour recourir contre des actes normatifs régissant le travail temporaire sur des marchés publics. Il se pose en revanche la question de savoir si elle remplit les conditions d'un recours corporatif.

Dès lors qu'elle est une association dotée de la personnalité juridique et a parmi ses objectifs statutaires la défense et la représentation de ses membres devant les autorités, dont les uns forment une section dédiée au travail temporaire, elle remplit à tout le moins deux des quatre conditions posées pour interjeter un recours corporatif. L'intimé l'admet, mais conteste que la majorité ou un grand nombre de ses membres est touché par le règlement attaqué et estime qu'il n'est pas établi que chacun de ses membres actifs, comme entreprise exécutante, sur les marchés publics de la construction dans le canton de Genève dispose à titre individuel de la qualité pour recourir. Il n'apparaît pas exclu que ces deux conditions soient également remplies, au vu de la qualité de D\_\_\_\_\_ d'association faîtière des entreprises offrant notamment des services de l'emploi temporaire (cf. arrêt du Tribunal fédéral 8C\_184/2008 du 3 octobre 2008 consid. 2.2.3 non publié in ATF 134 I 269 ; ACST/10/2016 du 29 août 2016 consid. 1c/bb ; Florence AUBRY GIRARDIN, op. cit., n. 38 ad. art. 89 LTF), en dépit du nombre logiquement minoritaire de ses membres actifs dans le domaine de la construction dans le canton de Genève (à savoir sur 375 au niveau suisse, 32 membres regroupant 45 entreprises ou succursales réalisant entre le 15 et le 20 % de leur chiffre d'affaires dans le domaine considéré). La question de savoir si D\_\_\_\_\_ remplit aussi ces deux autres conditions du recours corporatif souffre cependant de rester ouverte, dès lors que la qualité pour recourir est reconnue à ses consorts, les trois sociétés recourantes (ACST/1/2018 du 2 mars 2018 consid. 2c in fine ; Stéphane GRODECKI / Romain JORDAN, op. cit., n. 695).

4. a. Pour l'interprétation des normes dont elle doit – comme en l'espèce – contrôler la conformité au droit supérieur, la chambre constitutionnelle utilise les diverses méthodes d'interprétation traditionnelles des lois, de manière pragmatique, sans établir entre elles un ordre de priorité hiérarchique (ATF 125 II 206 consid. 4a). Ainsi, si l'interprétation littérale du texte considéré ne renseigne pas de façon absolument claire sur le sens de la norme, si plusieurs interprétations dudit texte sont possibles, elle cherche à dégager sa véritable

portée de sa relation avec d'autres dispositions légales et 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 129 V 258 consid. 5.1 et les références citées). Si plusieurs interprétations sont admissibles, il lui faut choisir celle qui est conforme à la Constitution (ATF 119 Ia 241 consid. 7a et les arrêts cités).

b. Lorsqu'elle se prononce dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes, la chambre constitutionnelle s'impose une certaine retenue, de façon cependant moins marquée que celle dont le Tribunal fédéral fait montre pour des motifs liés au fédéralisme (ATF 140 I 2 consid. 4 ; 138 I 321 consid. 2 ; 137 I 77 consid. 2 ; 136 I 316 consid. 2.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_380/2016 du 1<sup>er</sup> novembre 2017 consid. 2 non publié in ATF 143 II 598 ; ACST/23/2017 du 11 décembre 2017 consid. 6b ; Florence AUBRY GIRARDIN, Cours constitutionnelles cantonales et Tribunal fédéral : apports mutuels d'un double contrôle de la constitutionnalité, RJJ, cahier spécial [Symposium 2017], p. 5 ss, 18 ss ; Bernard CORBOZ, in Bernard CORBOZ et al. [éd.], op. cit., n. 34 ad art. 95 LTF, n. 40 ad art. 106 LTF ; Yves DONZALLAZ, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire, 2008, n. 3525 ss). Elle n'annule les dispositions attaquées que si elles ne se prêtent pas à une interprétation conforme au droit ou si, en raison des circonstances, leur teneur fait craindre avec une certaine vraisemblance qu'elles soient interprétées ou appliquées de façon contraire au droit supérieur. Pour en juger, elle tient compte notamment de la portée de l'atteinte aux droits en cause, de la possibilité d'obtenir ultérieurement, par un contrôle concret de la norme, une protection juridique suffisante et des circonstances dans lesquelles ladite norme serait appliquée. Le juge constitutionnel doit prendre en compte dans son analyse la vraisemblance d'une application conforme – ou non – au droit supérieur. Les explications de l'autorité sur la manière dont elle applique ou envisage d'appliquer la disposition mise en cause doivent également être prises en considération. Si une réglementation de portée générale apparaît comme défendable au regard du droit supérieur dans des situations normales, telles que le législateur pouvait les prévoir, l'éventualité que, dans certains cas, elle puisse se révéler inconstitutionnelle ne saurait en principe justifier une intervention du juge au stade du contrôle abstrait (ATF 140 I 2 consid. 4 ; 137 I 131 consid. 2 ; 135 II 243 consid. 2 ; ACST/12/2017 du 6 juillet 2017 et jurisprudence citée).

5. a. Les recourantes ne contestent pas deux des cinq dispositions adoptées le 28 juin 2017, à savoir l'art. 2 let. m RMP, qui définit la notion d'entreprise exécutante (englobant les entreprises de placement de travailleurs temporaires), et l'art. 35B RMP, qui concerne la mise à disposition occasionnelle de travailleurs. Elles attaquent les art. 33 al. 2 et 35A RMP, qui sont nouveaux, et l'art. 36 RMP, dont l'al. 1 est modifié par une référence aux art. 35A et 35B et dont les al. 2 et 3 sont nouveaux.



b. L'art. 33 al. 2 RMP pose l'exigence que les entreprises soumissionnaires disposent du nombre d'employés fixes nécessaires à la réalisation de la prestation en équivalent plein temps, le nombre d'employés annoncés aux assurances sociales faisant foi. Ainsi, pour être admises à soumissionner – dans quelque procédure que ce soit, à savoir ouverte, sélective, sur invitation ou de gré à gré (cf. art. 11 ss RMP) –, les entreprises doivent avoir les ressources humaines internes pour pouvoir réaliser le marché objet de la soumission, autrement dit ne pas devoir recourir à des travailleurs temporaires pour exécuter le marché considéré. S'il n'interdit pas le recours à des travailleurs temporaires, le critère d'aptitude qu'énonce la disposition considérée (selon l'intitulé même de l'art. 33 RMP, inséré au surplus dans le chap. III intitulé « Conditions pour être admis à soumissionner ») n'en implique pas moins qu'une entreprise soumissionnaire ne remplissant pas cette condition doit être disqualifiée d'emblée, exclue de la procédure pour le marché en question, dans la première phase d'une procédure sélective ou, en cas de procédure ouverte, avant même l'examen de son offre au regard des critères d'adjudication, ainsi que le prévoit l'art. 42 al. 1 let. b RMP, conformément à la vocation des critères d'aptitude (Olivier RODONDI / Thibault BLANCHARD, Jurisprudence vaudoise en droit des marchés publics – 2015 et 2016, in RDAF 2017 I 501 ss, 516, 518 ; Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 180 ss, 200 ss ; Olivier RODONDI, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, in RDAF 2001 I 387 ss). Pris au pied de la lettre, l'art. 33 al. 2 RMP suppose même qu'une entreprise s'intéressant à soumissionner soit tenue d'engager en fixe le personnel nécessaire à la réalisation d'un marché à un stade auquel elle n'a aucune garantie de se voir attribuer le marché en question, même avec un temps d'avance dicté par la référence faite à cet égard au nombre d'employés annoncés aux assurances sociales, annonce faite avec un décalage de temps plus au moins long selon l'importance des entreprises (art. 35 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 - RAVS - RS 831.101).

c. Quoiqu'inséré dans un chapitre consacré aux offres (chap. IV) et précédant celui traitant de l'adjudication (chap. V, se terminant par l'art. 46 sur la conclusion du contrat), l'art. 35A RMP restreint le recours au travail temporaire pour l'exécution de marchés adjugés, sur les chantiers, par référence au nombre d'employés permanents de l'adjudicataire affectés à la réalisation desdits marchés, sur les mêmes chantiers, par paliers dégressifs fixés d'abord en nombres absolus puis en un pourcentage maximal de 20 % (al. 2). Il prévoit des possibilités exceptionnelles de dépassement de ces plafonds (al. 3), à annoncer le cas échéant à l'autorité adjudicatrice avant de faire intervenir des travailleurs surnuméraires (al. 4). Il attribue à l'autorité adjudicatrice la compétence, en termes de pouvoir et de devoir, de contrôler le respect des quotas admissibles de travailleurs temporaires sur les chantiers (al. 5), ainsi que, le cas échéant, de prendre des mesures et de prononcer des amendes administratives (al. 6 et 7).

d. Les modifications apportées à l'art. 36 RMP prévoient l'applicabilité *mutatis mutandis* des dispositions précitées – en particulier de l'art. 35A RMP – lorsque des marchés sont adjugés à des entreprises générales (al. 1), en imposant à ces dernières les mêmes obligations qu'aux autres soumissionnaires de respecter et faire respecter par leurs prestataires les restrictions posées au recours à des travailleurs temporaires (al. 2), y compris en les exposant à se voir infliger une amende administrative (al. 3). Moins claire – mais pouvant en l'occurrence rester ouverte – est la question de savoir dans quelle mesure l'art. 33 al. 2 RMP s'applique aussi aux entreprises générales pour les prestations qu'elles fournissent directement.

e. Bien qu'insérées dans le titre III du RMP, comportant des dispositions applicables à tous les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales (art. 1 al. 1 phr. 1 AIMP), les trois normes contestées visent les marchés publics de la construction desdites collectivités (mais pas les marchés des services et des fournitures), que ces marchés de la construction soient soumis ou non aux traités internationaux, à savoir tant ceux qui atteignent les valeurs seuils fixées notamment par ou en application de l'AMP et de l'accord bilatéral conclu le 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (RS 0.172.052.68) que les marchés internes n'atteignant pas lesdites limites, régis par l'AIMP, la L-AIMP et le RMP, en plus de quelques dispositions de la LMI (Evelyne CLERC, in Vincent MARTENET / Christian BOVET / Pierre TERCIER [éd.], Droit de la concurrence, 2<sup>ème</sup> éd., 2013, n. 1 ss ad art. 5 LMI).

6. a. Pour les recourantes, les dispositions précitées du RMP violent la liberté économique, garantie tant par l'art. 27 Cst. que par l'art. 35 Cst-GE.

b. La liberté économique comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice. Elle a une fonction institutionnelle, en tant qu'elle exprime, conjointement avec d'autres dispositions constitutionnelles (notamment l'art. 94 Cst.), le choix du constituant en faveur d'un système économique libéral, fondé sur la libre entreprise et la concurrence (ATF 138 I 378 consid. 6.1), et une fonction individuelle, en tant qu'elle assure une protection contre les mesures étatiques restreignant la liberté d'exercer toute activité économique privée, exercée aux fins de production d'un gain ou d'un revenu, à titre principal ou accessoire, dépendant ou indépendant (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_380/2016 précité consid. 5.1 ; Jacques DUBEY, Droits fondamentaux, 2018, vol. II, n. 2764 ss, 2821 ss, 2844 ss ; Pascal MAHON, Droit constitutionnel, vol II, 2015, n. 121 ss et n. 123 ; Andreas AUER / Giorgio MALINVERNI / Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, 3<sup>ème</sup> éd., 2013, vol. II, n. 882 ss, 904 ss et 909 ss ; Klaus A.

---

VALLENDER, in Bernhard EHRENZELLER et al. [éd.], Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2008, p. 594 ss ad art. 27).

Au nombre des sous-aspects de la liberté économique, il sied ici de citer spécifiquement la faculté que celle-ci confère de choisir les modalités d'exercice d'une activité économique protégée, soit la liberté entrepreneuriale, comprenant la liberté de déterminer les moyens à mettre en œuvre en vue de l'obtention d'un gain ou d'un profit, les moyens de production et les conditions de travail, la forme juridique et l'organisation interne de l'entreprise, la nature et la quantité des facteurs de production financiers, matériels ou personnels mis en œuvre, les partenaires commerciaux (ATF 130 II 245 consid. 2.3 ; Jacques DUBEY, op. cit., vol. II, n. 2826 ss ; Andreas AUER / Giorgio MALINVERNI / Michel HOTTELIER, op. cit., vol. II, n. 952 ; Klaus A. VALLENDER. op. cit., n. 13 ss ad art. 27).

c. Il n'est pas douteux que se déduit de la liberté économique, pour des employeurs, le droit de recourir à de la main-d'œuvre temporaire ou à des employés fixes, et pour des travailleurs, celui de mettre en œuvre leur force de travail par le biais d'engagements intérimaires ou fixes, ainsi que, pour des agences de placement de personnel, celui d'être actives dans le domaine du travail temporaire et/ou fixe.

d. Les marchés publics ne sont pas soustraits du champ d'application de la liberté économique. Aussi les restrictions apportées au recours au travail temporaire par les normes contestées affectent-elles indéniablement la liberté économique non seulement des entreprises soumissionnaires sur les marchés publics de la construction et des travailleurs à pouvoir y être engagés à titre intérimaire, mais aussi des agences de placement du personnel qui – à l'instar des sociétés recourantes – proposent à des soumissionnaires de faire appel, pour la réalisation de marchés publics, à des travailleurs temporaires.

7. a. À moins d'être prévues par la Constitution fédérale ou fondées sur les droits régaliens des cantons (hypothèses ici non pertinentes), les atteintes portées au principe même de la liberté économique sont en principe inadmissibles, à savoir celles qui ont ouvertement ou effectivement pour but d'agir sur les conditions ou sur les résultats de la libre concurrence, non pour la préserver ou la favoriser mais pour la corriger ou la supprimer afin de préserver ou favoriser un autre intérêt public (Jacques DUBEY, op. cit., vol. II, n. 2869 ss ; Pascal MAHON, op. cit., vol. II, n. 125, 129 ss ; Andreas AUER / Giorgio MALINVERNI / Michel HOTTELIER, op. cit., vol. II, n. 960 ss, 963 ss, 996 ss). Ne sont en revanche pas contraires au principe de la liberté économique, et donc admissibles à certaines conditions, les mesures dites de police, les mesures de politique sociale et d'autres mesures d'intérêt public. Les premières sont celles qui protègent l'ordre public, par quoi on entend la tranquillité, la sécurité, la santé, la moralité publiques et la bonne foi en affaires ; les deuxièmes sont celles qui tendent à

procurer du bien-être à l'ensemble ou à une grande partie de la population ou à accroître ce bien-être par l'amélioration des conditions de vie, de la santé ou des loisirs (ATF 140 I 218 consid. 6 s. et références citées) ; et les troisièmes sont celles dictées par des motifs relevant notamment de l'aménagement du territoire (ATF 111 Ia 93 consid. 3) et de la protection de l'environnement (ATF 125 I 182 consid. 5c ; Jacques DUBEY, op. cit., vol. II, n. 2879 ss ; Pascal MAHON, op. cit., vol. II, n. 126 p. 199 ss ; Andreas AUER / Giorgio MALINVERNI / Michel HOTTELIER, op. cit., vol. II, n. 982 ss).

Les restrictions apportées à la liberté économique doivent en outre respecter le principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst. ; art. 43 al. 3 Cst-GE), c'est-à-dire être aptes à atteindre le but visé, être nécessaires à cette fin dans le sens que le but visé ne peut pas être atteint par des mesures moins incisives, et respecter un rapport raisonnable entre les effets de ces dernières sur la situation des intéressés et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public.

b. En l'espèce, les parties divergent de vues tant sur la qualification des normes attaquées que sur l'appréciation de leur proportionnalité. L'intimé voit en elles des mesures de politique sociale nécessaires pour assurer la sécurité au travail (donc la protection de la santé) et améliorer les conditions sociales de travail des travailleurs temporaires. Pour les recourantes, il s'agit de mesures de politique économique, qui ne sont au surplus pas nécessaires dès lors que la sécurité au travail et les conditions sociales des travailleurs temporaires sont suffisamment protégées par les dispositions des lois et des CCT s'appliquant aussi dans la branche économique reconnue que constitue la location de services (cf. not. art. 1 al. 2 LTr, dont résulte que cette loi et, partant, ses ordonnances d'exécution s'appliquent aux travailleurs temporaires ; loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 [LAA - RS 832.20] ; art. 20 LSE, obligeant les bailleurs de services à observer, en matière de salaire et de temps de travail, les prescriptions de CCT étendues de l'entreprise locataire de services, nombreuses dans le domaine de la construction ; CCT Location de services, étendue, fixant des salaires minimums, des temps de travail maximums et d'autres prescriptions minimales en faveur des travailleurs).

c. Il incombe prioritairement aux autorités législatives et exécutives de déterminer l'intérêt public poursuivi par des normes qu'elles édictent ainsi que d'évaluer leur proportionnalité, mais aussi d'établir et exposer les faits étayant les réponses données à ces questions, de façon générale (art. 42 Cst-GE) et en particulier au cours du processus normatif (art. 109 al. 3 Cst-GE). La chambre constitutionnelle doit faire montre d'une certaine réserve dans la vérification de l'intérêt public poursuivi, de même que dans l'appréciation de l'adéquation et de la nécessité de restrictions. Il lui faut cependant s'assurer que l'intérêt public invoqué n'ait pas simple valeur d'antienne, mais concerne une réelle problématique appelant une intervention étatique, et que des éléments probants

suffisants soutiennent les mesures édictées. Certes, en tant que juridiction administrative (art. 6 al. 1 let. b LPA), la chambre constitutionnelle a à établir les faits d'office (art. 19 et 76 LPA) et elle n'est pas liée par les motifs invoqués par les parties (art. 69 al. 1 phr. 2 LPA) ; elle a néanmoins indiqué qu'à défaut de motifs avérés, elle pourrait annuler des normes attaquées devant elle dont la justification, en termes d'intérêt public poursuivi ou de proportionnalité, devrait être considérée comme n'ayant pas été apportée, sans préjudice qu'elles puissent être à nouveau adoptées si des études menées ensuite sérieusement en établissaient vraiment le bien-fondé à ce double égard (ACST/22/2017 du 3 novembre 2017 consid. 9b et 12b ; ACST/6/2017 du 19 mai 2017 consid. 14a ; ACST/17/2015 précité consid. 15a).

d. En l'espèce, il peut paraître surprenant que la révision du droit des marchés publics en cours au niveau national – tant de la loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP - RS 172.056.1 ; Message du Conseil fédéral concernant la révision totale de la LMP, in FF 2017 1695 ss) que de l'AIMP (cf. rapport explicatif du 18 septembre 2014 sur la modification de l'AIMP, accessible sur <https://www.bpuk.ch/fr/dtap/concordats/aimp/p-aimp/> ; Martin BEYELER, E-IVöB : Lasst euch vernehmen !, Bulletin d'actualités de novembre 2014 de l'Institut pour le droit suisse et international de la construction ; Jacques JOHNER, La révision du droit des marchés publics et ses principales conséquences, article du 20 février 2018, accessible sur <http://www.mll-legal.com/news-events/news/details/>) – n'évoque pas même l'intervention de travailleurs temporaires sur les marchés publics de la construction si celle-ci posait d'importants problèmes en termes de sécurité et de protection sociale desdits travailleurs.

Il ne s'imposerait cependant de se prononcer sur les questions de la qualification et de la proportionnalité des mesures édictées que si ces dernières devaient être considérées comme répondant à une troisième condition de validité de telles normes, à savoir à l'exigence d'une base légale, ce qu'il y a lieu de vérifier.

8. a. Le principe de la légalité s'impose notamment dans le domaine des droits fondamentaux. D'après l'art. 36 al. 1 Cst. comme l'art. 43 al. 1 Cst-GE, toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale, les restrictions graves devant être prévues par une loi et les cas de danger sérieux, direct et imminent étant réservés. Ainsi – abstraction faite des cas d'application de la clause générale de police (hypothèse ici non pertinente) –, toute limitation apportée à un droit fondamental doit reposer sur une règle générale et abstraite, qui ne doit cependant pas forcément être du niveau d'une loi formelle. En revanche, une restriction grave doit être prévue par une loi formelle. La distinction entre les atteintes simples et les atteintes graves tient à l'intensité de la restriction ; plus celle-ci est haute, plus le rang hiérarchique de la base légale doit être élevé.

Une atteinte tend à être grave lorsqu'elle prive les titulaires d'un droit fondamental d'une grande partie ou d'un grand nombre des prérogatives subjectives que ce droit leur procure, selon une perception objective de la situation prenant en compte toutes les circonstances du cas d'espèce (Jacques DUBEY, op. cit., vol. I, n. 424 ss ; Pascal MAHON, op. cit., vol. II, n. 33 ; Andreas AUER / Giorgio MALINVERNI / Michel HOTTELIER, op. cit., vol. II, n. 190 s.). La base légale requise, matérielle ou formelle, doit avoir un degré de précision suffisant pour que son application soit prévisible (Jacques DUBEY, op. cit., vol. I, n. 611 ss ; Pascal MAHON, op. cit., vol. II, n. 33 ; Andreas AUER / Giorgio MALINVERNI / Michel HOTTELIER, op. cit., vol. II, n. 192 s.).

b. Le principe de la légalité s'applique de façon plus générale à l'activité de l'État régi par le droit (art. 5 al. 1 Cst.). En droit constitutionnel genevois, le principe de la légalité se trouve ancré, dès les premières dispositions de la Cst-GE, par l'affirmation que les structures et l'autorité de l'État sont fondées sur le principe de la séparation des pouvoirs (art. 2 al. 2 Cst-GE) et par l'exigence que l'activité publique se fonde sur le droit (art. 9 al. 2 Cst-GE), dispositions dont la portée s'éclaire et se trouve précisée notamment par les dispositions faisant du Grand Conseil l'autorité qui exerce le pouvoir législatif (art. 80 Cst-GE) et adopte les lois (art. 91 al. 1 Cst-GE), tandis que le Conseil d'État, détenteur du pouvoir exécutif (art. 101 Cst-GE), joue un rôle important dans la phase préparatoire de la procédure législative (art. 109 al. 1 à 3 et 5 Cst-GE), promulgue les lois (art. 109 al. 4 phr. 1 Cst-GE) et est chargé de leur exécution et d'adopter à cet effet les règlements et arrêtés nécessaires (art. 109 al. 4 phr. 2 Cst-GE). La Cst-GE pose ainsi le principe de la priorité et de la primauté de la loi formelle – acte normatif voté par le Grand Conseil et passible du référendum facultatif (art. 67 Cst-GE) – comme moyen d'action de l'État, ce qui restreint considérablement le pouvoir normatif du Conseil d'État ; le Grand Conseil est fondamentalement et institutionnellement l'organe compétent pour édicter les règles de droit un tant soit peu importantes (Michel HOTTELIER / Thierry TANQUEREL, op. cit., p. 353 s.).

Le principe de la séparation des pouvoirs impose le respect des compétences établies par la constitution et interdit à un organe de l'État d'empiéter sur les compétences d'un autre organe. En particulier, il interdit au pouvoir exécutif d'édicter des dispositions qui devraient figurer dans une loi, si ce n'est dans le cadre d'une délégation valablement conférée par le législateur (ATF 142 I 26 consid. 3.3 ; 138 I 196 consid. 4.1 ; 134 I 322 consid. 2.2 ; 130 I 1 consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_251/2014 précité consid. 2.2). Le principe de la légalité se compose de celui de la suprématie de la loi, voulant que les autorités sont tenues de respecter l'ensemble des normes juridiques ainsi que la hiérarchie des normes, et de celui de l'exigence d'une base légale, impliquant que les autorités ne peuvent agir que si la loi le leur permet (Jacques DUBEY, op. cit., vol. I, n. 498 ss).

c. Certes, la loi ne peut et ne doit pas contenir tous les détails, mais au moins les règles essentielles et les principaux droits et obligations, la mise en œuvre, soit l'exécution, étant, quant à elle, de la compétence de l'exécutif (David HOFMANN, *Le Conseil d'État dans la constitution genevoise* du 14 octobre 2012, in David HOFMANN / Fabien WAELTI [éd.], *Actualités juridiques de droit public* 2013, 2013, p. 142). Le Conseil d'État peut adopter des normes d'exécution, secondaires, c'est-à-dire des normes qui s'intègrent dans le cadre tracé par le législateur formel, constituent des règles complémentaires de procédure, précisent et détaillent certaines dispositions de la loi, éventuellement comblent de véritables lacunes ; à moins d'une délégation expresse, il ne peut édicter des règles nouvelles restreignant les droits des administrés ou leur imposant des obligations, même si de telles règles seraient conformes au but de la loi (ATF 134 I 313 consid. 5.3 ; 130 I 140 consid. 5.1 ; 129 V 95 consid. 2.1 ; 124 I 127 consid. 3b ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_251/2014 précité consid. 2.2 ; ATA/1587/2017 du 12 décembre 2017 et références citées). Pour que le Conseil d'État puisse édicter des normes de substitution, primaires, il faut qu'une clause de délégation législative l'y habilite, étant précisé que la constitution cantonale ne l'interdit pas et que la délégation doit figurer dans une loi au sens formel, se limiter à une matière déterminée et indiquer le contenu essentiel de la réglementation si elle touche les droits et obligations des particuliers (ATF 133 II 331 consid. 7.2.1 ; 132 I 7 consid. 2.2 ; 130 I 1 consid. 3.4.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C\_744/2014 du 23 mars 2016 consid. 7 ; ACST/11/2017 du 30 juin 2017 consid. 9 ; Michel HOTTELIER / Thierry TANQUEREL, *op. cit.*, p. 354 in fine ; David HOFMANN, *op. cit.*, p. 140 s.).

9. a. Compte tenu déjà de la proportion élevée des marchés publics dans le domaine de la construction – près de 50 % dans le secteur des bâtiments et près de 90 % dans celui du génie civil (Jean-Baptiste ZUFFEREY / Isabelle ROMY, *op. cit.*, p. 100) –, les restrictions considérées en l'espèce s'avèrent avoir un impact potentiellement important sur tout un pan d'activité d'agences de location de personnel temporaire, de même d'ailleurs que pour des entreprises soumissionnaires et des travailleurs intérimaires. Quand bien même elles ne constituent pas une interdiction d'accès aux marchés publics de la construction ni n'ont le plein effet d'une telle interdiction, elles impliquent potentiellement une sérieuse restriction d'accès effectif auxdits marchés, et, partant, une entrave suffisamment grave à la liberté économique pour que la légitimité de telles mesures doive reposer sur une loi formelle.

C'est particulièrement vrai pour l'exigence que pose l'art. 33 al. 2 RMC, non simplement de donner tout renseignement à l'autorité adjudicatrice, dès le stade initial de l'appel d'offres, sur l'effectif et la qualité du personnel permanent du soumissionnaire, mais, pour ce dernier, d'avoir en fixe un effectif de travailleurs quantitativement et qualitativement suffisant pour pouvoir réaliser le marché objet de la soumission, sans recours à des intérimaires, déjà au moment où

il soumissionne, sous peine d'être écarté du marché considéré. Ça l'est aussi pour les restrictions résultant de l'art. 35A RMP, lors de l'exécution d'un marché adjugé, même si, à ce stade, l'entreprise adjudicataire pourrait placer une partie de son personnel permanent sur des chantiers de marchés privés et recourir à quelques travailleurs temporaires sur le chantier d'un marché public qui lui aurait été attribué ; il y a en effet tout lieu de penser que l'entreprise qui aurait en fixe, aux moments de la soumission et de l'adjudication, les travailleurs lui permettant de réaliser le marché considéré affecte son personnel fixe à ce dernier et n'ait donc pas ou guère besoin de recourir à de la main-d'œuvre temporaire, dès lors qu'elle devrait continuer à remplir ce critère d'aptitude au stade de l'exécution du marché (art. 19 al. 1 AIMP ; Étienne POLTIER, op. cit., n. 304).

Une gravité potentielle des mesures édictées doit d'autant plus être admise que ces dernières ont vocation à s'appliquer à l'ensemble des marchés de la construction, sans distinction selon qu'il s'agit de marchés soumis aux traités internationaux ou de marchés internes, d'une part, et que leur violation expose les contrevenants à une amende administrative susceptible d'être élevée, d'autre part (art. 35A al. 6 et 7 et art. 36 al. 3 RMP, renvoyant à l'art. 2 al. 1 let. c L-AIMP, prévoyant une amende administrative pouvant aller jusqu'à 10 % du prix total du marché).

b. En tout état (et même si les dispositions litigieuses ne devaient pas être comprises comme des restrictions graves à la liberté économique), en matière de marchés publics, les critères d'aptitude comme d'ailleurs d'adjudication doivent être non seulement objectifs et vérifiables, mais aussi pertinents par rapport au marché (art. 24 phr. 1 RMP). Comme l'indique Étienne POLTIER (op. cit., n. 324 et 326, cf. aussi Jean-Baptiste ZUFFEREY / Isabelle ROMY, op. cit., p. 117), il s'agit pour l'essentiel de pouvoir apprécier les aptitudes professionnelles des entreprises candidates, notamment sur la base de références relatives à des mandats antérieurs, la qualité de l'organisation mise en place et les aptitudes des cadres, voire enfin le système de contrôle-qualité mis en place, ainsi que, s'agissant des critères d'adjudication, de pouvoir retenir, au regard des besoins de l'autorité adjudicatrice, l'offre économiquement la plus favorable. Le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation pour définir ces critères, pour autant que ceux-ci présentent un lien suffisamment étroit avec les travaux considérés. Il faut avoir présent à l'esprit les objectifs poursuivis par le droit des marchés publics, à savoir – d'après l'art. 1 al. 3 AIMP – assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires, garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires, assurer l'impartialité de l'adjudication, assurer la transparence des procédures de passation des marchés et permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics.

Des critères étrangers au marché, visant à atteindre d'autres objectifs, dits secondaires, ne sont pas forcément inadmissibles. La tendance est à leur



acceptation, en général cependant sous la réserve qu'ils soient prévus par une loi (Peter GALLI / André MOSER / Elisabeth LANG / Marc STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts. Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone*, 3<sup>ème</sup> éd., 2013, p. 372 s. et 413 ; Marc STEINER, *Sekundärziele im öffentlichen Beschaffungswesen : In welche Richtung schwingt das rechtspolitische Pendel ?*, in Jusletter du 16 janvier 2012). Sont cités dans ce contexte le critère de la formation d'apprentis et des critères environnementaux – qui, sur les marchés fédéraux, sont non admis pour le premier et admis pour les seconds en tant qu'ils sont, respectivement, non mentionnés et prévus par l'art. 21 al. 1 LMP –, ainsi que les critères sociaux (Isabelle GUIGAN / Robert ZIMMERMANN, *Le juge saisi par les marchés publics*, in Jean-Baptiste ZUFFEREY / Martin BEYELER / Stefan SCHERLER [éd.], *Marchés publics 2018*, 2018, p. 401 ss n. 7 ; Olivier RODONDI / Thibault BLANCHARD, *op. cit.*, RDAF 2017 I 501 ss, 518 ; Jean-Baptiste ZUFFEREY / Isabelle ROMY, *op. cit.*, p. 131 ; Jacques DUBEY / Franziska WASER / Domenico DI CICCIO, *La jurisprudence en marchés publics entre 2014 et 2016*, in Jean-Baptiste ZUFFEREY / Martin BEYELER / Stefan SCHERLER [éd.], *Marchés publics 2016*, 2016, p. 79 ss n. 128 ; Gueric RIEDI, *Les aspects sociaux des marchés publics, en particulier la protection des travailleurs*, in *Marchés publics 2016 précité*, p. 303 ss, n. 10, 12 ss, 17 ss, 20 ss ; Étienne POLTIER, *op. cit.*, n. 329, 331 et 332 ; Evelyne CLERC, *op. cit.*, n. 131 ss ad art. 5 LMI). Ainsi en a jugé le Tribunal fédéral dans l'ATF 140 I 25, en exigeant qu'un critère relatif à un certain niveau de salaire des employés repose sur une base légale pour le marché des services de nettoyage de bâtiments administratifs et publics de la Ville de Genève.

Or, ce sont des exigences visant à atteindre des objectifs secondaires, en elles-mêmes étrangères aux marchés de la construction, que les normes attaquées prévoient. L'intimé ne démontre d'ailleurs pas le contraire. Aussi faut-il retenir que ces exigences doivent s'appuyer sur une loi formelle pour être valables, dans l'hypothèse où elles ont la qualification de mesures de politique sociale que l'intimé leur attribue. Il sied de noter dans ce contexte que tant le Conseil d'État que le Grand Conseil, se référant notamment à l'arrêt précité du Tribunal fédéral, ont estimé nécessaire l'adoption d'une base légale formelle pour qu'en matière de marchés publics les autorités adjudicatrices puissent, au titre de critères d'adjudication de nature sociale, tenir compte du soutien des soumissionnaires en faveur respectivement de l'emploi et de sa stabilité et de l'intégration de personnes handicapées pouvant exercer une activité lucrative (cf. art. 52A de la loi en matière de chômage du 11 novembre 1983 - LMC - J 2 20 et art. 7A de la loi sur l'intégration des personnes handicapées du 16 mai 2003 - LIPH - K 1 36, issues des lois 11789 et 11795, adoptées toutes deux le 7 avril 2017 - ROLG 2017 p. 340 et 342). Une base légale formelle existe également pour le critère secondaire du respect de l'égalité des genres ; il s'agit de l'art. 11 let. f AIMP

---

(Roman GRAF, L'égalité femme-homme : une nouvelle exigence, in *Marchés publics* 2016 précité, p. 371 ss).

10. a. Les normes attaquées sont de rang réglementaire. Elles ne suffisent donc pas à constituer une base légale à des restrictions apportées au recours à de la main-d'œuvre temporaire dans les marchés publics de la construction, à moins qu'elles reposent sur une clause de délégation législative ou ne soient que des règles secondaires.
- b. Selon l'art. 3 AIMP, les autorités compétentes de chaque canton édictent des dispositions d'exécution, qui doivent être conformes à l'AIMP. Cette norme renvoie simplement au droit cantonal, sans constituer par elle-même une clause de délégation législative habilitant les exécutifs cantonaux à prévoir, par voie réglementaire, des critères d'aptitude ou d'adjudication étrangers aux marchés. Quant à lui, l'art. 4 L-AIMP, aux termes duquel le Conseil d'État édicte les dispositions d'exécution de l'AIMP, exprime la même règle que l'art. 109 al. 4 phr. 2 Cst-GE, chargeant le Conseil d'État d'exécuter les lois et d'adopter à cet effet les règlements et arrêtés nécessaires.
- c. Au nombre des dispositions d'exécution cantonales dont l'AIMP prévoit l'adoption par les cantons figure celle de garantir une procédure d'examen de l'aptitude des soumissionnaires selon des critères objectifs et vérifiables (art. 13 let. d AIMP). Cet art. 13 AIMP ne dit rien sur le rang normatif que doivent ou peuvent avoir les dispositions d'exécution à adopter à ce sujet sur le plan cantonal. Sa let. d précitée évoque au surplus une procédure à instituer, mais elle ne constitue pas une clause habilitant les autorités cantonales à retenir des critères d'aptitude et d'adjudication étrangers aux marchés publics considérés pour peu qu'ils soient objectifs et vérifiables. Si des critères environnementaux ou sociaux doivent eux aussi être objectifs et vérifiables, leur admissibilité n'en est pas moins subordonnée à la condition de reposer sur une loi formelle en tant qu'ils poursuivent des objectifs secondaires. Contrairement à ce qu'indique l'intimé, l'art. 33 al. 2 RMP ne se contente pas de généraliser, pour les marchés de la construction, la règle figurant à l'art. 33 al. 1 let. b RMP permettant à l'autorité adjudicatrice d'exiger des soumissionnaires simplement qu'ils indiquent l'effectif de leur main-d'œuvre permanente et le nombre de leurs apprentis ; il institue une exigence matérielle nouvelle, à savoir celle, pour les soumissionnaires, de pouvoir exécuter de tels marchés, pour le cas où ils leur seraient adjugés, par le recours à leurs travailleurs permanents, donc sans devoir recourir à de la main-d'œuvre temporaire, sous peine d'exclusion de la procédure. Il ne s'agit pas d'une norme secondaire, mais bien d'une norme primaire, devant le cas échéant avoir une assise dans une loi formelle.
- d. Des remarques similaires doivent être formulées concernant respectivement l'exigence, figurant à l'art. 11 let. e AIMP, que les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail soient respectées lors de la

passation des marchés publics, et les limitations que l'art. 35A RMP apporte, essentiellement à ses al. 1 à 4, au recours à des travailleurs temporaires lors de l'exécution de marchés publics de la construction. Non seulement cet art. 11 AIMP ne délègue pas de compétence réglementaire aux exécutifs cantonaux, mais aussi sa let. e précitée fait référence aux prescriptions assurant, dans la législation en vigueur, la protection et les conditions de travail des travailleurs, à savoir les prescriptions y relatives contenues essentiellement dans la LTr, la LAA, la LSE, les CCT et les contrats-types de travail ou, en leur absence, les prescriptions usuelles de la branche professionnelle en question, ainsi que la CCT Location de services. L'art. 11 let. e AIMP ne saurait servir de fondement à des dispositions de droit matériel supplémentaires dans les domaines de la protection et des conditions de travail des travailleurs temporaires dans les marchés publics de la construction. Il en va de même de l'art. 5 (not. al. 3) L-AIMP, qui traite de la vérification du respect des dispositions relatives notamment à la protection des travailleurs et aux conditions de travail. L'art. 35A RMP doit lui aussi être qualifié de norme primaire, dont la validité requiert le cas échéant une base légale formelle.

e. Enfin, les dispositions attaquées prêtent aussi le flanc à la critique, sous l'angle du principe de la légalité, en tant que leur violation expose les contrevenants à une amende administrative pouvant aller jusqu'à 10 % du prix total du marché (art. 35A al. 6 et 7 et art. 36 al. 3 RMP). Sans doute l'art. 2 al. 1 let. c L-AIMP (donc une loi formelle) prévoit-il une telle sanction, mais le principe de la légalité s'applique aux sanctions administratives pour ce qui concerne non seulement le type et la quotité de la peine, en application de l'adage *nulla poena sine lege*, mais aussi et d'abord la description du comportement délictueux, en vertu de la règle *nullum crimen sine lege* (Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 491).

11. Il s'ensuit que l'art. 33 al. 2 RMP doit être annulé pour défaut de base légale, de même que l'art. 35A RMP dans son intégralité, étant précisé que ses al. 5 à 7 n'ont pas de raison d'être sans ses al. 1 à 4. Il n'y a en revanche pas lieu d'annuler intégralement l'art. 36 RMP, mais seulement la référence que cette disposition fait, à son al. 1, implicitement à l'art. 33 al. 2 RMP et, à ses trois alinéas, explicitement à l'art. 35A RMP, le reste de la disposition n'étant pas contesté ni n'apparaissant a priori être contestable (au regard notamment de l'art. 5 al. 3 L-AIMP).
12. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu d'examiner les autres griefs soulevés par les recourantes, ni, au demeurant, d'ordonner les actes d'instruction dont elles ont requis l'accomplissement, ni non plus de donner suite à leur souhait de s'exprimer lors d'une audience de plaidoiries.
13. Compte tenu du fait que le recours est admis (certes partiellement mais substantiellement, sous l'angle de ses conclusions), il ne sera pas perçu

d'émolument (art. 87 LPA), et une indemnité de procédure de CHF 3'000.- sera allouée aux recourantes, prises solidairement et conjointement, à la charge de l'État de Genève, pour les frais indispensables occasionnés par la procédure, y compris les honoraires d'un mandataire (art. 87 al. 2 LPA ; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA - E 5 10.03).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS**  
**LA CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE**

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 1<sup>er</sup> septembre 2017 par A\_\_\_\_\_, B\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ contre les art. 33 al. 2, 35A et 36 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 respectivement adoptés ou modifiés le 28 juin 2017 par règlement du Conseil d'État de la République et canton de Genève ;

**au fond :**

l'admet partiellement ;

annule l'art. 33 al. 2 et l'art. 35A dudit règlement ;

annule la référence que l'art. 36 dudit règlement fait auxdits art. 33 al. 2 et 35A ;

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

alloue une indemnité de procédure de CHF 3'000.- à A\_\_\_\_\_, B\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_, prises conjointement et solidairement, à la charge de l'État de Genève ;

dit que conformément aux art. 82 ss LTF, 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 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 ;

communiquera le présent arrêt à Me Pierre-Yves Baumann, avocat des recourantes, et au Conseil d'État.

Siégeant : M. Verniory, président, Mme Cramer, M. Pagan, M. Martin et  
Mme Tapponnier, juges.

Au nom de la chambre constitutionnelle :

le greffier-juriste :

I. Semuhire

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :