

VD_OMNI MPU.2011.0005 vom 2. September 2011

VD Tribunal cantonal, 2011-09-02, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2011.0005

FR: VD_OMNI MPU.2011.0005 du 2 septembre 2011

IT: VD_OMNI MPU.2011.0005 del 2 settembre 2011

Regeste

X. _____ SA c/Département des infrastructures | Répression et sanction de la violation de l'interdiction du travail au noir en matière de passation et d'exécution de marchés publics. L'amende que prévoit l'art. 14a LMP-VD est une sanction de nature pénale même si, s'agissant des conditions de punissabilité, la LMP-VD ne fait aucun renvoi, exprès ou implicite, au CP. Il en résulte que les règles découlant de la Constitution et de la CEDH doivent être respectées, soit notamment les principes *nulla poena sine lege* et *in dubio pro reo*, ainsi que l'exigence d'une faute. Recours rejeté par ATF 2C_1022/2011 du 22 juin 2012.

Erwägungen

E. 1

Le recours a trait, en l'espèce, à la répression et à la sanction de la violation de l'interdiction du travail au noir en matière de passation et d'exécution de marchés publics. a) La problématique du travail au noir a occupé le législateur durant de nombreuses années. Dans son message du 16 janvier 2002 concernant la loi fédérale sur le travail au noir, le Conseil fédéral rappelle qu'on entend généralement par travail au noir (ou travail illicite) une activité salariée ou indépendante exercée en violation des prescriptions légales, c'est-à-dire en particulier l'emploi clandestin de travailleurs étrangers en violation des dispositions du droit des étrangers ou l'emploi de travailleurs non déclarés aux assurances sociales obligatoires (FF 2002 I 3374). Les différentes formes de travail au noir ont généralement pour point commun d'échapper complètement ou pour partie aux redevances de droit public (ibid., p. 3375). Les résultats du travail d'investigation entrepris depuis 1990 ont été présentés dans le Rapport du groupe de travail fédéral sur la lutte contre le travail au noir. Ce rapport propose une série de mesures dans le but d'endiguer ce phénomène en Suisse, mesures adoptées par le Conseil fédéral le 30 août 2000 dans le Projet fédéral de lutte contre le travail au noir (ibid., p. 3376). Ces mesures impliquent un renforcement des sanctions contre les employeurs, lequel se traduit par la création d'une nouvelle mesure horizontale, l'exclusion de la procédure d'attribution des marchés publics, ainsi que par des sanctions pénales et administratives accrues dans les domaines de la main d'œuvre étrangère et des assurances sociales (ibid., p. 3403). En matière de marchés publics, le respect des conditions de travail répond en effet à un intérêt public réel et important: sauvegarder les acquis sociaux et la paix du travail. Il s'agit, notamment, d'éviter que les salariés soumis à un contrat collectif de travail soient défavorisés sur le plan de la concurrence par rapport aux salariés qui ne sont pas soumis à de telles obligations contractuelles (cf. Message du Conseil fédéral relatif à l'approbation des accords du GATT/OMC (cycle d'Uruguay), Message 1 GATT - ch. 6, Marchés publics, in FF 1994 IV 1193 ss, spéc. 1199, 1226-1227). L'accord intercantonal du 25 novembre 1994 - AIMP; RSV 726.91) impose du reste aux

collectivités, à son art. 11 let. e, le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail lors de la passation de marchés. Il prévoit en outre, à son art. 19 que chaque canton vérifie le respect, par les soumissionnaires et les pouvoirs adjudicateurs, des dispositions en matière de marchés publics, tant durant la procédure de passation qu'après l'adjudication (al. 1). Chaque canton détermine les sanctions encourues en cas de violation des dispositions en matière de marchés publics (ibid., al. 2). Le droit vaudois reprend, à l'art. 6 let. e LMP-VD, les exigences de l'art. 11 AIMP. Cette disposition est complétée par l'art. 6 al. 2 du règlement d'application de la LMP-VD, du 7 juillet 2004 (RLMP-VD; RSV 726.01.1), à teneur duquel l'adjudicateur doit s'assurer que les soumissionnaires respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail, ainsi que l'égalité de traitement entre hommes et femmes (let. a) et garantissent par contrat que les sous-traitants respectent ces prescriptions (let. b). Les conditions de travail sont celles fixées par les conventions collectives et les contrats-types de travail; en leur absence, ce sont les prescriptions usuelles de la branche professionnelle qui s'appliquent (art. 6 al. 3 RLMP-VD). Sur demande, le soumissionnaire doit prouver qu'il respecte les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail, qu'il a payé ses cotisations aux institutions sociales et ses impôts ou qu'il donne plein pouvoir à l'adjudicateur pour effectuer les contrôles (ibid., al. 4). b) Sur le plan des sanctions administratives, une offre peut être exclue durant la procédure d'adjudication lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail, à l'égalité de traitement entre hommes et femmes et au traitement confidentiel des informations (art. 32, 1^{er} tiret, let. c RLMP-VD). De même, toujours sur le plan administratif, les violations, intentionnelles ou par négligence, des règles régissant les marchés publics par un soumissionnaire pendant la procédure d'adjudication ou l'exécution du contrat peuvent selon leur gravité être sanctionnées par l'adjudicateur par l'avertissement ou la révocation de l'adjudication (cf. art. 14a al. 1 LMP-VD). La loi confère en outre à l'autorité le pouvoir d'infliger en pareil cas une sanction pénale, puisque le Département des infrastructures, sur dénonciation, peut prononcer une amende allant jusqu'à 10% du prix final de l'offre et/ou l'exclusion de tout nouveau marché pour une durée maximale de cinq ans et l'exclusion de la liste permanente des soumissionnaires qualifiés. Il est également l'autorité compétente pour prononcer l'exclusion des futurs marchés publics au sens de l'article 13 de la loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN; cf. art. 14 al. 2 LMP-VD). Les sanctions n'excluent pas d'autres poursuites judiciaires à l'encontre du soumissionnaire fautif (ibid., al. 3). Ce texte est issu de la novelle du 10 février 2004 (cf. Bulletin du Grand Conseil janvier-février 2004, pp. 7123-7124 et 7428). c) Conformément à l'art. 335 al. 1 CP, les cantons conservent le pouvoir de légiférer sur les contraventions de police qui ne sont pas l'objet de la législation fédérale. Ils peuvent également édicter des sanctions pour les infractions au droit administratif et au droit de procédure cantonaux (art. 335 al. 2 CP). Il est loisible au législateur cantonal qui édicte des sanctions pour réprimer les infractions aux normes du droit administratif cantonal, de renvoyer ou non aux règles générales du Code pénal (Roland Wiprächtiger, in: Commentaire bâlois, Strafrecht II, 2^{ème} éd., 2007, n° 6 ad art. 335 CP). En l'occurrence, il ne fait guère de doutes que la LMP-VD ressortit au droit public cantonal, que les cantons disposent de la compétence pour édicter des normes en matière de marchés publics (soit l'AIMP, et, dans le canton de Vaud, la LMP-VD). L'amende que prévoit l'art. 14a LMP-VD est une sanction de nature pénale même si, s'agissant des conditions de punissabilité, la LMP-VD ne fait toutefois aucun renvoi, exprès ou implicite,

au CP. Certains auteurs rappellent à cet égard la difficulté d'appliquer aux amendes administratives les principes généraux du droit pénal (Pierre Moor/Etienne Poltier, *Droit administratif* vol. II, 3^{ème} édition Berne 2011, n° 1.4.5.1, p. 154). Il est cependant admis de manière générale que dans le domaine du droit pénal cantonal, les règles découlant de la Constitution et de la CEDH, doivent être respectées; il s'agit notamment des principes *nulla poena sine lege* et *in dubio pro reo*, ainsi que l'exigence d'une faute (Moor/Poltier, *op. cit.*, p. 160; Wiprächtiger, *op. cit.*, n° 6 ad art. 335 CP, avec les références à la jurisprudence du TF, n° 23ss ad art. 335; cf. en outre Stefan Trechsel/Viktor Lieber, in: *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, Zurich/Saint-Gall 2008, remarques 3 et 13 ad art. 335; ces auteurs relèvent qu'en matière de contraventions fondées sur l'art. 335 CP, les cantons ne sont certes pas tenus de reprendre la partie générale du CP mais sont de toute façon limités par le droit constitutionnel fédéral).

E. 2

a) La procédure doit appliquer les garanties prévues par la CEDH, en particulier celle de l'art. 6. Elle doit également se conformer aux principes constitutionnels applicables à la procédure pénale, en particulier le droit d'être entendu par un Tribunal selon l'art. 29 al. 2 Cst. (art. 4 aCst.). L'inculpé a non seulement le droit de se déterminer sur l'inculpation, l'administration des preuves et la peine, mais a un droit personnel d'être entendu. Il doit avoir la possibilité de s'exprimer oralement au moins une fois au cours de la procédure (cf. ATF 119 Ib 311, consid. 7, p. 331 ss), car c'est le seul moyen pour l'autorité concernée de se faire une idée de la personnalité de l'inculpé pour apprécier les circonstances personnelles (état de fait subjectif, culpabilité, motifs) et obtenir les éléments indispensables pour fixer la quotité de la peine (état de santé, conditions de vie, incidences de la peine, caractère; cf. en matière fiscale, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Jussila c. Finlande* du 23 novembre 2006, Recueil 2006-XIV, p. 33 et ss not. p. 43; v. en outre Roman Sieber, in: *Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht I/2b*, 3^{ème} éd., Bâle 2008, art. 182 LIFD, N. 65; Martin Zweifel, *Das rechtliche Gehör im Steuerhinterziehungsverfahren*, Archives de droit fiscal 60, p. 449 et ss, not. 473). Il s'ensuit de manière générale que la personne condamnée à une amende par l'autorité administrative dispose notamment du droit au juge et à une audience publique. Il est vrai cependant que, dans l'arrêt *Jussila* précité, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas exclu que, dans le cadre de certaines procédures pénales, les tribunaux saisis puissent, en raison de la nature des questions qui se posent, se dispenser de tenir une audience (not. pp. 44-45 et les arrêts cités; la Cour paraît distinguer à cet égard entre les domaines ne relevant pas formellement des catégories traditionnelles du droit pénal et le "noyau dur" de celui-ci). b) En l'occurrence, le Tribunal a d'autant moins de raison de tenir une audience publique que la recourante, interpellée à cet effet, y a expressément renoncé; il s'en dispensera donc et statuera sur le vu du dossier en sa possession.

E. 3

a) L'art. 1^{er} CP consacre le principe de la légalité ("*nulla poena sine lege*"). Cette disposition ne s'applique pas en matière de contraventions de droit cantonal. Hors de son champ d'application, le Tribunal fédéral a cependant déduit le principe de la légalité de l'ancien art. 4 Cst. et lui a reconnu le caractère d'un droit constitutionnel indépendant, dont la violation pouvait alors être invoquée à l'appui d'un recours de droit public (ATF 123 I 1 consid. 2b p. 4; voir aussi 118 Ia 137 consid. 1c p. 139 s.). L'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale n'impose pas une approche différente. Le principe *nulla*

poena sine lege constitue, tout au moins au titre de la prohibition de l'arbitraire (art. 9 Cst.), un droit constitutionnel au sens de l'art. 95 al. 1 LTF, dont la violation peut être invoquée dans un recours (ATF 6B_795/2010 du 10 mai 2011, consid. 1.3; 6B_419/2010 du 22 juillet 2010, consid. 2.3; 6B_1006/2008 du 5 mars 2009, consid. 3.1 et les arrêts cités). Le principe " nulla poena sine lege" est violé lorsqu'une personne est poursuivie pénalement à raison d'un acte que la loi n'incrimine pas ou lorsqu'un acte, à raison duquel une personne est poursuivie pénalement, est sanctionné d'une peine par la loi, mais que cette dernière ne peut être considérée comme valable ou encore lorsque l'application du droit pénal à un acte déterminé procède d'une interprétation de la norme pénale excédant ce qui est admissible au regard des principes généraux du droit pénal (ATF 112 Ia 107 consid. 3a p. 112 et les références). L'exigence de précision (" nulla poena sine lege certa ") constitue l'une des facettes du principe de la légalité; elle impose que le comportement réprimé soit suffisamment circonscrit (ATF 6B_385/2008 du 21 juillet 2008, consid. 3.2; 117 Ia 472, consid. 4c p. 489 et les arrêts cités). Le juge peut toutefois, sans violer ce principe, donner du texte légal une interprétation même extensive, afin d'en dégager le sens véritable, celui qui est seul conforme à la logique interne et au but de la disposition en cause (ATF 6B_844/2010 du 25 janvier 2011, consid. 1.2 et les arrêts cités).

b) La recourante invoque, certes, le respect du principe de légalité; elle ne met pas cependant en cause la base légale que constitue en l'espèce l'art. 14a al. 2, 1^{ère} phrase, LMP-VD. Elle conteste en revanche que les conditions d'application de cette disposition aient été réunies dans le cas d'espèce, ce qui devrait conduire, selon elle, à l'annulation de la sanction prononcée à son encontre par l'autorité intimée. La recourante soutient à cet égard qu'on ne saurait lui reprocher une violation quelconque des règles sur les marchés publics, qu'on ne pourrait réprimer la violation des clauses du contrat qu'elle a passé avec ses sous-traitants et qu'elle n'a pas violé l'art. 3.12 des conditions générales de l'appel d'offres. Le pouvoir adjudicateur doit s'assurer du respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail (art. 6 let. e LMP-VD). Il doit en outre s'assurer que les soumissionnaires respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail, ainsi que l'égalité de traitement entre hommes et femmes (art. 6 al. 2 let. a RLMP-VD) et garantissent par contrat que les sous-traitants respectent ces prescriptions (ibid., let. b). Les adjudicateurs peuvent contrôler ou faire contrôler le respect des dispositions de la protection du travail, des conditions de travail et d'égalité de traitement des hommes et femmes. Sur demande, les soumissionnaires doivent en démontrer le respect (art. 44 al. 1 RLMP-VD). La surveillance fait ainsi partie du droit des marchés publics, qui ne s'arrête pas, comme on le voit, avec l'adjudication mais se poursuit durant l'exécution du contrat. A cela s'ajoute que, depuis lors, la loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN; RS 822.41) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008. Aux termes de son art. 1^{er}, cette loi vise à lutter contre le travail au noir et institue des simplifications administratives, ainsi que des mécanismes de contrôle et de répression. Les autorités administratives ou judiciaires appliquent les sanctions et mesures administratives selon les dispositions applicables au domaine considéré (art. 10 al. 1 LTN). En cas de condamnation entrée en force d'un employeur pour cause de non-respect important ou répété des obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers, l'autorité cantonale compétente exclut l'employeur concerné des futurs marchés publics au niveau communal, cantonal et fédéral pour cinq ans au plus; elle peut par ailleurs diminuer de manière appropriée, pour cinq ans au plus, les aides financières qui sont

accordées à l'employeur concerné (art. 13 al. 1 LTN). L'art. 14a al. 2 LMP-VD a du reste été complété d'une seconde phrase à cet effet, suite à l'adoption de la nouvelle du 1^{er} juillet 2008 (cf. Travaux préparatoires, Exposé des motifs et projet de loi n° 58, février 2008). Il reste que cette surveillance ne se résume pas à la répression du travail au noir; au contraire, toute violation des règles des marchés publics, après adjudication, ouvre la voie à une sanction au sens de l'art. 14a LMP-VD. A cela s'ajoute que l'obligation pour la recourante d'étendre à ses sous-traitants le respect des conditions du marché résulte non seulement du contrat passé entre l'adjudicataire et le sous-traitant, mais aussi et surtout de la décision d'adjudication, dont le contrat n'est que la transcription, dans les rapports contractuels qui lient l'adjudicataire au sous-traitant. Dès lors, la recourante n'avait d'autre alternative que de se soumettre à cette obligation afin de pouvoir soumissionner. On gardera à l'esprit que l'art. 3.12 des conditions générales de l'appel d'offres est un critère d'aptitude à soumissionner. Dès lors, si les sous-traitants ne respectent pas les conditions légales qui protègent les travailleurs, l'offre du soumissionnaire est irrecevable; si le marché lui a été adjugé, l'adjudicateur peut révoquer la décision d'adjudication (art. 14a al. 1 LMP-VD). A plus forte raison, l'adjudicataire peut encourir la sanction plus légère de l'amende (art. 14a al. 2 LMP-VD). Ainsi, dans la mesure où deux employés d'une entreprise exécutant des travaux de ferrailage sur le chantier faisant l'objet du présent marché n'étaient pas en règle, alors que cette entreprise effectuait ces travaux pour le compte de la recourante, adjudicataire, l'on doit effectivement constater une violation par celle-ci des règles sur les marchés publics. C'est par conséquent en vain que la recourante se plaint d'une violation du principe de la légalité.

E. 3.1

p. 153, et les arrêts cités). Une autorité abuse de son pouvoir d'appréciation lorsque, exerçant les compétences dévolues par la loi, elle se laisse guider par des considérations non pertinentes ou étrangères au but des dispositions applicables, ou statue en violation des principes généraux du droit administratif que sont l'interdiction de l'arbitraire, l'égalité de traitement, la bonne foi et la proportionnalité (ATF 116 V 307 consid. 2 p. 310 et les arrêts cités). Au demeurant, dans la mesure où elles respectent le cadre légal, les autorités administratives disposent d'un large pouvoir d'appréciation lors de la fixation de l'amende, de sorte que le Tribunal n'intervient qu'en cas d'abus ou d'excès de celui-ci. b) La recourante ne s'étend guère sur le taux pris en considération par l'autorité intimée pour fixer la quotité de la sanction, à savoir 0,5% du prix final de l'offre. Elle rappelle à juste titre que l'amende peut aller jusqu'à 10% de ce dernier montant. La recourante reproche toutefois à l'autorité intimée d'avoir pris en considération la somme totale des travaux qui lui ont été adjugés dans le cadre du présent marché, à savoir 12'243'797 fr.65, TVA y comprise. Selon elle, on ne saurait retenir comme base de calcul de la sanction, une somme supérieure au coût des travaux d'armature, soit en l'occurrence 188'926 fr.40, sous peine de verser dans l'arbitraire. La recourante fait valoir que c'est dans le cadre de l'exécution de ces travaux uniquement qu'il y aurait lieu éventuellement de lui reprocher d'avoir fait preuve de négligence dans le choix de ses sous-traitants. Elle rappelle que rien de tel ne peut en revanche lui être reproché s'agissant des autres travaux composant le marché, ceci d'autant que la plupart d'entre eux n'ont pas encore débuté. La discussion a trait ici à l'assiette de la sanction. La recourante perd tout d'abord de vue le texte de loi; celui-ci retient à l'art. 14a al. 2, 1^{ère} phrase, LMP-VD, sans ambiguïté aucune, que l'amende peut atteindre dix pour cent " du prix final de l'offre" . Il n'y a donc pas lieu, sauf à violer le texte légal, d'opérer une distinction parmi les diverses prestations dont un marché adjugé se décompose pour ne

retenir au final que celle dont l'exécution est entachée de violation fautive. Une telle division à l'intérieur d'un marché homogène de gros œuvre, configuré par le maître de l'ouvrage avec la liberté qui lui est reconnue, pourrait avoir pour conséquence de contourner les règles régissant les seuils des marchés publics (art. 2 al. 2 RLMP). La solution contraire aboutirait du reste à un résultat absurde lorsque, pour le même motif, il s'agirait de révoquer l'adjudication au préjudice du soumissionnaire fautif, ceci conformément à l'art. 14a al. 1 LMP-VD; on conçoit mal en effet l'entité adjudicatrice être contrainte de décomposer le marché en pareil cas. C'est donc bien sur le prix de l'offre dans son entier qu'il y a lieu d'arrêter le montant de l'amende et c'est en vain que la recourante se plaint, à cet égard, d'arbitraire. Comme le fait observer l'autorité intimée, la solution préconisée par la recourante conduirait du reste à infliger à celle-ci une amende de 944 fr.60, soit une pénalité excessivement clémente, dépourvue de toute efficacité au regard de l'objectif d'amendement attendu. On doit cependant admettre avec la recourante que la TVA, qui n'est pas prise en considération dans la valeur du marché (cf. art. 2 al. 1, 2^{ème} phrase, RLMP-VD), doit être exclue de l'assiette de la sanction. C'est donc sur un montant de brut de 11'378'994 fr.10, avant TVA, que le prix final de l'offre aurait dû être pris en considération pour fixer la quotité de l'amende. Cela ne conduit pas encore à l'admission, même partielle, du recours. c) La recourante invoque le respect du principe de proportionnalité. Elle fait valoir que la quotité de l'amende serait en complète disproportion avec la légèreté de la faute qui lui est reprochée in casu. Elle se réfère à cet égard aux autres législations cantonales, lesquelles retiennent des plafonds inférieurs au montant de l'amende qui lui a été infligée. S'agissant tout d'abord de ce dernier point, on relève, par comparaison, que la loi genevoise autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'AIMP, du 12 juin 1997, prévoit, à son art. 2 al. 1 let. c, le prononcé d'une amende administrative allant jusqu'à 60'000 fr. L'art. 19 al. 1 let. d de la loi valaisanne homonyme, du 8 mai 2003, ramène ce plafond à 50'000 fr. L'art. 8 al. 1 et 2 de la loi bernoise du 11 juin 2002 sur les marchés publics, ne permet que la révocation de l'adjudication ou, dans les cas graves, l'exclusion du soumissionnaire fautif des futurs marchés publics durant cinq ans. Il en va de même de l'art. 40 al. 1 du règlement zurichois sur les soumissions, du 23 juillet 2003. L'art. 49 al. 1 du règlement fribourgeois du 28 avril 1998 sur les marchés publics contient, quant à lui, une règle similaire à l'art. 14a al. 2 LMP-VD. Le droit des marchés publics n'est cependant pas harmonisé et une certaine hétérogénéité semble plutôt caractériser la répression par les cantons de la violation des règles en la matière. Quoi qu'il en soit, on objectera à la recourante la liberté conférée à ceux-ci de déterminer eux-mêmes les sanctions encourues (art. 19 al. 2 AIMP), donc implicitement d'en définir également la quotité. Il reste cependant à examiner en l'espèce le respect du principe de la proportionnalité, lequel limite les choix et les mesures. De façon générale, l'autorité doit prendre la mesure qui, en fonction du but visé, porte l'atteinte la plus faible aux intérêts de l'administré. S'il s'agit de sanctionner un comportement, elle se fondera sur la gravité objective de la violation et sur la faute (cf. Moor/Poltier, op. cit., n° 1.4.1.2, p. 118 et les arrêts cités). En droit pénal, ce dernier principe est contenu à l'art. 47 al. 1 CP à teneur duquel le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur et prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir. La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (ibid., al.

2). En outre, le juge fixe l'amende (et la peine privative de liberté de substitution) en tenant compte de la situation de l'auteur afin que la peine corresponde à la faute commise (cf. art. 106 al. 3 CP). Il convient ainsi, notamment, d'éviter que l'amende frappe plus durement celui qui est économiquement plus faible que celui qui est économiquement fort (ATF 114 Ib 27 consid. 4a p. 30/31; 2P.237/2001 du 6 mars 2002, consid. 6.1 et les arrêts cités). On l'a dit plus haut, le Tribunal doit s'imposer une certaine réserve dans l'examen de la quotité de l'amende, dès lors que l'autorité intimée a respecté le cadre fixé par l'art. 14a al. 2 LMP-VD. Le taux de 0,5 % du prix total, qui correspond à un vingtième de l'échelle des sanctions pécuniaires, n'est certainement pas excessif au regard de la gravité de la faute. La recourante a fait preuve en la présente espèce d'une grande négligence en sous-traitant les travaux d'armature à une entreprise dont le dirigeant principal a, par le passé, violé à répétition ses obligations d'employeur et en ne se donnant pas la peine de surveiller le respect par celle-ci des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail. Cette négligence, que l'on n'hésitera guère à qualifier de grossière, est d'autant moins compréhensible que la recourante connaissait les réticences du maître de l'ouvrage à cet égard, ses représentants lui ayant signifié leur refus de voir A. _____ sur le chantier du viaduc. A cela s'ajoute que la recourante a sous-traité des travaux à une société qui servait de paravent à une autre, que l'adjudicateur avait expressément exclue du marché. Le manque de précaution et de vérification que l'on doit reprocher à la recourante a dès lors entraîné une distorsion de la concurrence; or, l'un des buts principaux de la loi est d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires (cf. art. 1^{er} al. 3 let. a AIMP et 3 let. a LMP-VD), principe central des marchés publics. A la lumière de ce principe, l'amende prononcée ne paraît pas disproportionnée aux yeux du Tribunal. Sans doute, ce dernier, vu l'art. 90 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; RSV 173.36), a la compétence de réformer la décision entreprise. En dépit de ce qui a été exposé plus haut à la lettre b, in fine, il n'y a cependant pas lieu de réduire l'amende. Par substitution de motifs, le montant de l'amende sera maintenu, bien que l'assiette soit réduite à la valeur globale du marché hors TVA. Au surplus, cette pénalité ne devrait guère sérieusement compromettre l'avenir économique de la recourante. A suivre en effet l'autorité intimée, qui n'a pas été contredite, la recourante est détenue par une holding, elle-même à la tête d'un groupe qui réalise un chiffre d'affaires annuel de l'ordre de 900 millions de francs.

E. 4

a) La recourante, qui invoque la violation du principe de la présomption d'innocence, se plaint en outre d'une inversion du fardeau de la preuve. Selon le principe "in dubio pro reo", qui découle des articles 6 par. 2 CEDH et 32 al. 1^{er} Cst., la personne accusée d'une infraction doit être présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité soit légalement établie. En tant que règle du fardeau de la preuve, ce principe signifie que l'accusation doit prouver la culpabilité de l'accusé et non celui-ci prouver son innocence. Il est violé lorsque le juge condamne un accusé au seul motif qu'il n'a pas prouvé son innocence; de même lorsqu'il ressort des motifs que le juge a considéré à tort que l'accusé devait prouver son innocence et qu'il l'a condamné parce que celui-ci a échoué dans cette preuve (ATF 127 I 38 consid. 2a p. 40). Tel qu'il est invoqué, soit comme règle de l'appréciation des preuves, le principe "in dubio pro reo" interdit au juge de se déclarer convaincu d'un état de fait défavorable à l'accusé, lorsqu'une appréciation objective des éléments de preuve recueillis laisse subsister un doute sérieux et insurmontable quant à l'existence de cet état de fait (ATF 127 I 38 consid. 2a p. 41 et les arrêts cités). La présomption d'innocence ainsi que son corollaire, le

principe "in dubio pro reo" , concernant tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves (ATF 120 Ia 31 consid. 2c p. 36 et les références citées). b) La recourante revient sur un passage de la décision attaquée qui se réfère à l'art. 44 al. 1 in fine RLMP-VD. Selon cette disposition, les soumissionnaires doivent démontrer qu'ils respectent les normes en matière de protection du travail, des conditions de travail et d'égalité entre hommes et femmes. Or, l'autorité intimée reproche précisément à la recourante de ne pas pouvoir démontrer que ces dispositions ont été respectées, contrairement à son obligation à son égard (décision attaquée, p. 5 let. b). C'est à tort que la recourante se plaint d'une inversion du fardeau de la preuve. La recourante n'a sans doute pas observé la décision de l'autorité intimée d'exclure A. _____, respectivement toute entreprise dirigée par ce dernier, du marché. Indépendamment du défaut de collaboration de la recourante durant l'exécution du contrat, l'autorité intimée a prouvé le fait reproché, notamment par la production du rapport de contrôle des chantiers du 26 octobre 2010. Il ressort de ce document, sans aucune ambiguïté, que deux des ouvriers occupés par E. _____ SA aux travaux de ferrailage n'étaient pas autorisés à travailler en Suisse. C'est par conséquent à tort que la recourante fait valoir la violation en l'occurrence du principe de présomption d'innocence.

E. 5

A suivre en outre la recourante, aucune faute ne pourrait lui être reprochée. La punissabilité exige nécessairement une faute (s'agissant de la controverse en droit pénal administratif, v. Moor/Poltier, op. cit., n° 1.4.5.5., p. 161 et les arrêts cités, not. ATF 135 II 86 consid. 4.2 p. 90). Pour définir l'infraction de violation des règles régissant les marchés publics, l'art. 14a al. 2, 1^{ère} phrase, LMP-VD renvoie implicitement à l'alinéa précédent. Or, l'art. 14a al. 1 LMP-VD conditionne la responsabilité pénale du soumissionnaire à l'existence d'une faute intentionnelle ou d'une négligence, par référence à l'art. 18 CP . En l'espèce, il est reproché à la recourante de ne pas avoir exercé une surveillance suffisante sur l'entreprise qui lui a fourni les travaux de ferrailage, afin que celle-ci respecte les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail. Or, la surveillance des sous-traitants incombe au moins autant à l'adjudicataire qu'à l'adjudicateur (art. 44 RLMP-VD). a) La recourante conteste avoir violé, que ce soit intentionnellement ou par négligence, des règles régissant les marchés publics pendant la procédure d'adjudication ou l'exécution du contrat, comme l'exige au préalable l'art. 14a al. 1 LMP-VD. Elle évoque à cet égard le respect du principe de présomption d'innocence, dès lors que l'autorité intimée n'aurait pas rapporté la preuve de la violation constituant le fondement de la sanction. Sans doute, rien n'indique que la recourante n'ait elle-même pas observé toutes les normes en matière de conditions de travail et d'assurances sociales avec ses collaborateurs. En revanche, c'est à tort qu'elle soutient avoir pris toutes les dispositions possibles pour s'assurer que ses sous-traitants en fassent de même. Sans doute, la recourante allègue avoir pris toutes les mesures de précaution nécessaires. Elle rappelle à cet égard avoir fixé elle-même le prix de la ferraille à 320 fr. la tonne, ce qui devait exclure tout salaire inférieur à la convention collective. Or, ce montant, destiné à l'entreprise sous-traitante, ne garantit nullement le niveau du salaire qui sera versé aux travailleurs. En outre, la recourante explique avoir exigé d'K. _____ S.à.r.l. une attestation de paiement des contributions sociales, ainsi que le respect de la loi; en outre, elle prétend lui avoir interdit toute sous-traitance. Or, il n'est à cet égard pas suffisant de faire signer des engagements par son sous-traitant; le soumissionnaire se doit également de vérifier que ceux-ci soient effectivement tenus. C'est sur ce point que la recourante a fait preuve de négligence, comme on le verra plus loin. b) Durant la procédure d'adjudication, la recourante avait initialement annoncé, dans son offre, l'entreprise

d'A. _____ parmi ses sous-traitants, celle-ci étant chargée de l'exécution des travaux d'armature. Or, il s'avère que deux des entreprises dirigées par ce dernier ont employé du personnel au noir sur divers chantiers dans le canton et ceci, assez régulièrement depuis 1999. Elles ont du reste été prises à répétition reprises en flagrant délit d'infraction à la législation sur les étrangers et au droit des assurances sociales. A. _____ a du reste été dénoncé aux autorités pénales compétentes. Dès lors, au vu de ce qui précède, l'autorité intimée a clairement signifié à la recourante, lors de l'entretien téléphonique qu'C. _____ a échangé le 2 novembre 2009 avec ses représentants, son refus de voir l'entreprise d'A. _____ œuvrer sur le chantier. La recourante a accepté la position à juste titre intransigeante de l'autorité intimée et a renoncé à faire appel à ce sous-traitant. L'annonce des sous-traitants a donc été corrigée en ce sens. Dans le cas contraire, il n'est pas interdit d'imaginer que la recourante, persistant à sous-traiter une partie des travaux à adjuger à une entreprise violant les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail, aurait pu se voir exclue du marché, vu l'art. 32, 1^{er} tiret, let. c RLMP-VD. Quoi qu'il en soit, la recourante, qui n'ignorait pas les pratiques cavalières d'A. _____ vis-à-vis de ses obligations légales d'employeur, devait se prémunir contre le risque que celles-ci soient perpétrées sur le chantier du viaduc pour renoncer dès lors à sous-traiter à l'une ou l'autre des entreprises que l'intéressé exploite ou dirige. Ce nonobstant, la recourante a sous-traité, le 17 mai 2010, à K. _____ S.à.r.l., dont A. _____ est le gérant, les travaux de ferrailage. Certes, le contrat d'entreprise conclu avec cette société enjoint au sous-traitant, à son article 3.1, de respecter "toutes les lois, règlements, prescriptions, normes et directives applicables à l'exécution de ses travaux (...)" . Compte tenu cependant du comportement adopté par A. _____ dans des circonstances similaires, la recourante devait s'attendre à ce qu'une société gérée par ce dernier continue de faire appel aux services de travailleurs au noir, y compris sur le chantier du viaduc. La recourante devait nécessairement compter sur ce risque sérieux qu'elle a grossièrement négligé en la présente espèce et qui, comme on l'a vu, se réalisera ultérieurement. A tout le moins, la recourante aurait dû s'apercevoir qu'A. _____ était l'ayant-droit d'K. _____ S.à.r.l et, partant, surveiller cette entreprise, compte tenu des antécédents de l'intéressé, qu'elle connaissait, puisque l'autorité intimée lui avait signifié clairement qu'A. _____ ne pouvait entrer en ligne de compte comme sous-traitant. c) La recourante soutient que l'autorité intimée aurait accepté K. _____ S.à.r.l. comme son sous-traitant; l'autorité intimée ne saurait dès lors lui faire le reproche d'avoir traité avec cette société. Or, la recourante a fourni à l'autorité intimée des informations incomplètes au sujet de son sous-traitant. C'est le 9 juin 2010 seulement, après avoir été interpellée par le mandataire maître de l'ouvrage, qu'elle a annoncé qu'K. _____ S.à.r.l. exécutait les travaux d'armature, soit trois semaines après la conclusion du contrat de sous-traitance. En outre, l'extrait scanné du Registre du commerce du canton du Valais concernant cette entreprise était tronqué ou à tout le moins incomplet, puisqu'il ne faisait pas apparaître l'identité des organes. Sur ce point, la recourante excipe de sa bonne foi; dans le doute, on ne le niera pas. Il paraît difficile de retenir contre la recourante le fait qu'elle aurait sciemment cherché à dissimuler qu'A. _____ était l'ayant-droit d'K. _____ S.à.r.l. Il n'en demeure pas moins que la recourante a fait preuve d'un certain manque de curiosité. Elle ne saurait, dans ces conditions, rejeter la faute sur l'autorité intimée, qui aurait omis de contrôler l'information incomplète fournie par la recourante elle-même. Pour toutes ces raisons, la recourante ne saurait se prévaloir du fait que le maître de l'ouvrage aurait accepté que les travaux soient sous-traités à K. _____ S.à.r.l., alors qu'elle-même n'a pas fourni

toutes les informations permettant à celui-ci de se faire une idée exacte. De même, la recourante ne saurait sérieusement prétendre que son propre sous-traitant K. _____ S.à.r.l. n'a, quant à lui, rien à se reprocher, dès lors que c'est une tierce entreprise, E. _____ SA, qui a engagé sur le chantier deux travailleurs, lesquels n'étaient pas en règle. En premier lieu en effet, le contrat d'entreprise que la recourante a fait signer à K. _____ S.à.r.l. exclut la sous-traitance (ch. 4.1), celle-ci n'étant permise qu'à titre exceptionnel avec son accord (ch. 4.2), K. _____ S.à.r.l. répondant dans ce cas pour son propre sous-traitant du respect des conditions contractuelles (ch. 4.3). En second lieu, A. _____, gérant d'K. _____ S.à.r.l., dirige également E. _____ SA. Selon le rapport du contrôle de chantier effectué le 26 octobre 2010, les travailleurs qui se trouvaient sur le chantier étaient les employés d'E. _____ SA, et non d'K. _____ S.à.r.l. Cela s'explique par le fait qu'A. _____ est l'ayant-droit des deux sociétés. Exclu de la sous-traitance au titre d'E. _____ SA, ce dernier est revenu aux affaires par K. _____ S.à.r.l. Les employés de l'une ont ainsi remplacé ceux de l'autre. Ce fait démontre que la recourante ignore qui travaille pour elle sur le chantier; cette ignorance est révélatrice d'une négligence grave, constitutive de faute. d) Pour toutes ces raisons, il y a effectivement lieu de constater avec l'autorité intimée que la recourante a violé à tout le moins par négligence, les règles régissant les marchés publics pendant l'exécution du contrat. Dans ces conditions, l'autorité intimée était habilitée à bon droit à prononcer une sanction à son encontre et à lui infliger une amende, conformément à l'art. 14a al. 2, 1^{ère} phrase, LMP-VD, pour réprimer son comportement fautif. Quant au principe, l'amende querellée ne souffre aucune discussion; cela entraîne le rejet des conclusions principales de la recourante.

E. 5.4

p. 148, 263 consid. 3.1 p. 265/266; 134 II 124 consid. 4.1 p. 133; 133 I 149 consid.

E. 6

A titre subsidiaire, la recourante concentre ses critiques sur la fixation du montant de l'amende prononcée à son encontre, soit 61'219 fr.. Selon ses explications, l'autorité intimée aurait fait preuve d'arbitraire et aurait abusé de son pouvoir d'appréciation, tant dans les montants pris en compte pour déterminer la sanction, que dans la quotité de celle-ci que la recourante estime disproportionnée. a) Une décision est arbitraire lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, lorsqu'elle contredit d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité, ou qu'elle apparaisse insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motifs objectifs et en violation d'un droit certain. En outre, il ne suffit pas que les motifs de la décision critiquée soient insoutenables, encore faut-il que cette dernière soit arbitraire dans son résultat (ATF 134 I 140 consid.

E. 7

Les considérants qui précèdent conduisent le Tribunal à rejeter le recours. La décision entreprise sera confirmée. Vu le sort du recours, un émolument judiciaire sera mis à la charge de la recourante (art. 49 al. 1 et 91 LPA-VD). En outre, l'allocation de dépens n'entre pas en ligne de compte (art. 55 al. 1 a contrario et 91 LPA-VD).