

VD_OMNI MPU.2013.0025 vom 26. März 2014

VD Tribunal cantonal, 2014-03-26, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2013.0025

FR: VD_OMNI MPU.2013.0025 du 26 mars 2014

IT: VD_OMNI MPU.2013.0025 del 26 marzo 2014

Regeste

X. _____ SA/Département des infrastructures et des ressources humaines | Exclusion des marchés publics d'une société, parce qu'elle a employé des travailleurs au noir. Le Département ne peut fixer la quotité de cette sanction selon un barème alignant la sanction administrative sur la peine infligée par le juge pénal. L'examen de la pratique du Département et du Ministère public réprimant le travail au noir, ne permet pas de dégager des critères cohérents pour la fixation de la sanction administrative. Détermination des critères principaux par la CDAP et fixation de la sanction en l'occurrence. Admission partielle du recours et réduction de la sanction de 18 à 12 mois d'exclusion des marchés publics.

Erwägungen

E. 1

En cours de procédure, X. _____ est devenu X. _____ SA. Il s'agit d'une transformation au sens de la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (LFus; RS 221.301). a) Lorsqu'une société change de forme juridique, comme en l'espèce, cette transformation ne modifie pas les rapports juridiques de la société (art. 53 LFus). La transformation, au sens de la LFus, est l'opération par laquelle la forme juridique d'un seul et même sujet est changée, généralement par le moyen d'une modification de sa forme juridique, sans dissolution du sujet, ni transfert de ses rapports juridiques à une société nouvelle. Malgré son changement de forme, l'entité qui se transforme demeure économiquement et juridiquement identique à la précédente. Il y a continuité du sujet, du patrimoine et des associés. La transformation ne change rien à la situation des créanciers, ni des employés, dont le contrat de travail est maintenu (sur le tout: cf. Markus Guggenbühl, in : Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2ème éd., 2012, ad art. 53 LFus; Flavio Romerio, in: Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2005, n°13 et 20-23 ad art. 53 LFus; Henry Peter, in: Commentaire LFus, 2005, n°16 ad art. 53 LFus). b) En l'occurrence, X. _____ SA a succédé à X. _____ y compris pour ce qui concerne la sanction litigieuse. Après l'audience du 3 février 2014, le Département a fait modifier la liste des sanctions tenue par le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après: le Seco), pour y remplacer X. _____ par X. _____ SA. La recourante n'a pas contesté la continuité entre les deux sociétés.

E. 2

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). Le Département est l'autorité compétente en la matière (art. 14a al. 2 de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics – LMP-VD, RSV 726.01). Les décisions qu'il rend sont attaquables dans les dix jours dès leur notification (art. 10 al. 1 let. f LMP-VD). La recourante, destinataire de la décision attaquée, a agi dans le délai prescrit. Le recours est recevable.

E. 3

a) Avant d'engager un étranger, l'employeur doit s'assurer qu'il est autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse, en examinant son titre de séjour ou en se renseignant auprès des autorités compétentes (art. 91 al. 1 LEtr). A la suite de l'entrée en force de l'ordonnance pénale du 4 décembre 2012, il est établi que X._____ a employé deux ressortissants boliviens, lesquels n'étaient pas titulaires, à l'époque des faits, des autorisations de séjour et de travail prévues par la LEtr. A raison de cela, le Ministère public a condamné A.

X._____ a une peine de 180 jours-amende, à 50 fr. le jour, au regard de l'art. 117 LEtr.

b) Cette disposition a la teneur suivante: «1. Quiconque, intentionnellement, emploie un étranger qui n'est pas autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse ou a recours, en Suisse, à une prestation de services transfrontaliers d'une personne qui n'a pas l'autorisation requise, est puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire. Dans les cas graves, la peine sera une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire. En cas de peine privative de liberté, une peine pécuniaire est également prononcée. 2. Quiconque, ayant fait l'objet d'une condamnation exécutoire en vertu de l'al. 1, contrevient à nouveau, dans les cinq années suivantes, à l'al. 1, est puni d'une peine privative de liberté de trois au plus ou d'une peine pécuniaire. En cas de peine privative de liberté, une peine pécuniaire est également prononcée». Est un employeur, le directeur d'une société anonyme dont les locaux ont servi à commettre l'infraction réprimée par l'art. 117 LEtr (ATF 137 IV 159 consid. 1.2; cf. également, pour l'ancien droit, ATF 128 IV 170). A. X._____, en tant qu'associé-gérant de X._____ au moment des faits, était l'auteur de l'infraction réprimée par l'art. 117 LEtr, mis en relation avec l'art. 91 al. 1 de la même loi.

E. 4

a) L'emploi clandestin de travailleurs étrangers, en violation des dispositions du droit des étrangers, est une forme de travail au noir (Message du Conseil fédéral du 16 janvier 2002, concernant la LTN, FF 2002 p. 3371ss, 3374). Outre l'aggravation des sanctions pénales et administratives prévues par les diverses législations topiques, la LTN a introduit une nouvelle mesure répressive, tenant à l'exclusion des procédures d'adjudication des marchés publics (Message précité, FF 2002 p. 3403/3404). b) L'art. 13 al. 1 LTN vise l'employeur: pour le cas où celui-ci est condamné à raison de la violation importante ou répétée de ses obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues notamment par la législation sur les étrangers, l'employeur est exclu des futurs marchés publics, pour une période déterminée. La LTN ne définit pas la notion d'employeur. En particulier, lorsque le travailleur au noir est au service d'une personne morale, la LTN ne dit pas si la notion d'employeur vise uniquement la personne morale ou la personne physique qui détient ou contrôle la personne morale en question. c) La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre. Toutefois, si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il faut alors rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment les travaux préparatoires, le but et l'esprit

de la règle, les valeurs sur lesquelles elle repose, ainsi que sa relation avec d'autres dispositions légales (ATF 139 II 49 consid. 5.3.1 p. 54, 404 consid. 4.2 p. 416; 139 III 78 consid. 4.3 p. 81/82, 98 consid. 3.1 p. 100, 135 consid. 4.1 p. 137, et les arrêts cités). d) L'art. 13 al. 1 LTN trouve sa source dans le projet de loi élaboré par le Conseil fédéral. L'art. 18 al. 1 du projet annexé au Message du 16 janvier 2002 (FF 2002 p. 3443) correspond à l'art 13 al. 1 LTN, sous réserve de quelques modifications rédactionnelles. Dans son Message, le Conseil fédéral se réfère aux «entreprises» sous le coup de l'exclusion des marchés publics (Message précité, FF 2002 p. 3420). Cela laisse entendre que le destinataire de la mesure d'exclusion prévue par l'art. 13 al. 1 LTN est la personne morale. Cette conception est confirmée par un autre élément. En droit des marchés publics, l'adjudicataire est, en règle générale, une entreprise, notamment lorsqu'il s'agit d'attribuer des marchés portant sur la fourniture de biens et de services. La recourante est une société active dans la construction. Dans ce domaine, les marchés sont adjugés à des personnes morales, et non à des personnes physiques. Cela explique qu'en l'occurrence, l'exclusion de X._____ des marchés publics, selon la décision attaquée, repose sur une condamnation infligée non à elle-même, mais à A. X._____, qui était son gérant.

E. 5

a) La recourante fait valoir les changements intervenus dans son organisation. Outre la transformation de la société à responsabilité limitée en société anonyme, A. X._____ n'exercerait plus aucune fonction dans X._____SA, dont il ne serait plus l'employé. L'ensemble du personnel de X._____SA bénéficierait d'une autorisation de séjour. X._____SA serait en règle avec les paiements des cotisations sociales, des primes d'assurance et de l'impôt à la source. B. X._____ et X._____SA formeraient une seule personne, différente de A. X._____, qui serait le seul auteur de l'infraction. La sanction devrait être levée déjà pour ce motif. b) Cette conception ne peut être partagée. L'employeur est la société (soit X._____, puis X._____SA), et non A. X._____ ou B. X._____. A. X._____ a été condamné pénalement pour ses agissements en tant que gérant de X._____. S'il suffisait d'écarter le gérant de la direction de la société, d'en créer une nouvelle, identique dans ses buts et activités, d'en reprendre la clientèle, le carnet de commandes et le personnel, pour échapper aux sanctions prévues par l'art. 13 al. 1 LTN, cette norme deviendrait inefficace. Le but de la LTN serait détourné. Quant à l'argument selon lequel la nouvelle société respecterait dorénavant ses obligations fiscales et sociales, il n'est pas décisif. En droit des marchés publics, le fait de ne pas avoir payé ses impôts ou cotisations sociales, ou de ne pas respecter les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail, est en soi un motif d'exclusion de la procédure d'adjudication (art. 6 let. e LMP-VD et 32 al. 1, premier tiret, let. b et c du règlement d'application de la LMP-VD, du 7 juillet 2004 – RLMP-VD, RSV 726.01.1). Il ne suffit pas d'alléguer respecter désormais l'une des conditions nécessaires à la participation aux marchés publics, pour échapper à une sanction liée précisément au non-respect de ce critère d'aptitude.

E. 6

Dans ses déterminations finales du 20 février 2014, la recourante soutient que l'art. 13 al. 1 LTN ne trouverait pas à s'appliquer, ce qui exclurait toute sanction à son égard. a) L'art. 13 al. 1 LTN vise quatre catégories d'infractions qu'il convient de distinguer: celle du non-respect important des obligations de l'employeur en matière d'annonce et d'autorisation de travail prévues par la législation sur les étrangers; celle du non-respect

important des obligations de l'employeur en matière d'annonce et d'autorisation de travail prévues par la législation en matière d'assurances sociales; celle du non-respect répété de l'une ou l'autre de ces obligations. Il ressort de la formulation alternative de l'art. 13 al. 1 LTN («non-respect important ou répété») qu'est aussi passible de sanction l'employeur qui commet plusieurs infractions mineures. En l'occurrence, faute de récidive, le cas de la recourante entre dans la première de ces quatre catégories. b) La recourante soutient que les faits à raison desquels A. X. _____ a été condamné selon l'ordonnance pénale du 4 décembre 2012 ne constitueraient pas un cas grave au sens de l'art. 117 al. 1, deuxième phrase, LEtr. Elle se réfère sur ce point à l'arrêt rendu le 13 décembre 2011 par la Cour de justice du canton de Genève (ATA/758/2011), dont il ressortirait que le fait que l'employeur ait respecté la convention collective de travail et payé les charges sociales du travailleur au noir, exclurait un cas grave justifiant l'application de l'art. 13 al. 1 LTN. Cette jurisprudence ne lie pas le Tribunal cantonal du canton de Vaud. Quant à l'ordonnance pénale du 4 décembre 2012, il est exact qu'elle ne retient pas à l'encontre de A. X. _____ une violation grave de l'art. 117 al. 1 LEtr. Peu importe, toutefois: la notion de «non-respect important» des obligations de l'employeur au sens de l'art. 13 al. 1 LTN est autonome de celle de «cas grave» au sens de l'art. 117 al. 1 LEtr. Elle s'interprète pour elle-même (cf. consid. 4 ci-dessus).

E. 7

La recourante tient la sanction pour arbitraire. 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 si elle apparaît 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 138 I 49 consid. 7.1 p. 51, 232 consid. 6.2 p. 239, 305 consid. 4.3 p. 319; 138 IV 13 consid. 5.1 p. 22, et les arrêts cités). Tel qu'il est formulé, le grief de violation du principe de la proportionnalité n'a pas de portée propre à cet égard. b) Dans sa réponse du 13 décembre 2013, le Département indique avoir établi un barème, qui lie la durée de la sanction infligée selon l'art. 13 al. 1 LTN à la quotité de la peine infligée par le juge pénal. Selon le Département, une peine inférieure à 90 jours-amende ne pourrait être tenue pour grave; elle ne constituerait pas un cas de «non-respect important» des obligations de l'employeur, au sens de l'art. 13 al. 1 LTN. Sur cette base, le barème a été établi de la manière suivante:

Sanction pénale	Sanction administrative	Dès 91 jours-amende
-----------------	-------------------------	---------------------

E. 12

mois d'exclusion	Dès 158 jours-amende	18 mois d'exclusion	Dès 225 jours-amende	24			
mois d'exclusion	Dès 292 jours-amende	30 mois d'exclusion	Dès 360 jours-amende	36			
mois d'exclusion	Dès 18 mois de peine privative de liberté	42 mois d'exclusion	Dès 24				
mois de peine privative de liberté	48 mois d'exclusion	Dès 30 mois de peine privative de liberté	54 mois d'exclusion	Dès 36 mois de peine privative de liberté	60 mois d'exclusion	+	
						1 an à la première récidive	+ 2 ans à la seconde récidive

Il est également prévu que la durée d'exclusion est réduite de moitié «si le chiffre d'affaires de l'entreprise provenant des marchés publics est supérieur à 50%». c) Le barème en question est assimilable à une directive interne (ordonnance administrative) qui donne le point de vue d'un organe de l'Etat sur l'application de la loi. Une telle directive ne lie pas le juge lorsqu'elle établit des normes qui ne sont pas conformes à la loi (ATF 138 II 331 consid. 4.1 p. 338; 138 V 50 consid. 4.1

p. 54, 475 consid. 3.2.2 p. 479, et les arrêts cités). d) Que le Département veuille édicter un barème relatif aux sanctions prévues par l'art. 13 al. 1 LTN peut se comprendre . Ce mode de procéder assure une application uniforme du droit. Il prévient les risques de décisions incohérentes ou contradictoires entre elles. Il garantit aux justiciables l'égalité de traitement. De même, le lien que fait le barème entre la condamnation pénale et la sanction administrative n'est pas dénué de sens. L'art. 13 al. 1 LTN érige la condamnation pénale comme une condition des sanctions qu'il institue. Or, dans son appréciation, le juge pénal tient compte du degré de culpabilité de l'auteur, de sa situation personnelle, ainsi que de l'effet sur lui de la peine (art. 47 CP) , dont la quotité peut être alourdie en présence d'antécédents défavorables (ATF 136 IV 1 consid. 2.6.2 p. 2). Le juge pénal inflige une peine conforme au principe de la proportionnalité . Si celui-ci vaut également, de manière générale, pour la fixation de la sanction administrative (cf. ATF 137 I 31 consid. 6.5 p. 47/48), encore faut-il, pour que le jugement de condamnation puisse être repris tel quel pour fournir la base de la sanction administrative, que les éléments d'appréciation à prendre en compte par le juge pénal et l'autorité administrative se recoupent. e) A cet égard, le barème litigieux frappe par sa rigidité et son automatisme . Premièrement, il est douteux que la condition du «non-respect important ou répété » des obligations de l'employeur, selon l'art. 13 al. 1 LTN, ne soit pas réalisée si la peine pénale est inférieure à 90 jours-amende. Sur ce point, le Département se rapporte à la pratique du Tribunal cantonal relativement aux conditions de la défense nécessaire en procédure pénale, pour admettre que dès l'instant où la peine encourue peut être supérieure à 90 jours-amende, le cas est grave. Outre le fait que l'art. 13 al. 1 LTN ne se réfère pas à la gravité du cas, mais au « non-respect important ou répété» des obligations de l'employeur, le parallèle tiré avec la défense nécessaire en matière pénale n'est pas convaincant. A cela s'ajoute, deuxièmement, que l'échelle des sanctions prévue par l'art. 13 al. 1 LTN va jusqu'à cinq ans au plus, sans fixer la durée minimale de la sanction. Il paraît dès lors incongru de fixer le seuil inférieur de la sanction à douze mois, comme le fait le barème dès que la peine est supérieure à 90 jours-amende. Troisièmement, le barème ne prévoit aucune gradation à l'intérieur des seuils qu'il définit. Il semble à première vue difficilement conciliable avec le principe de la proportionnalité qu'une peine de 293 jours-amende ou de 359 jours-amende équivaldra à la même sanction, soit 30 mois d'exclusion, alors que celle-ci serait de 24 mois pour une peine de 291 jours-amende et de 36 mois pour une peine de 361 jours-amende. Quatrièmement , l'art. 13 al. 1 LTN prend en compte, pour la fixation de la sanction, une éventuelle récidive, même d'infractions mineures, comme le montre la locution «non-respect important ou répété» que contient cette norme. La récidive entre dans la détermination de la durée de la sanction administrative, laquelle ne peut dépasser cinq ans. Or, le barème semble ériger la récidive en facteur aggravant de la sanction, indépendamment du plafond de la peine que fixe l'art. 13 al. 1 LTN . Cinquièmement , la réduction que consent le barème lorsque l'entreprise dépend des marchés publics pour plus de la moitié de son chiffre d'affaires, suscite des doutes. On ne voit pas pourquoi en effet, une entreprise qui viole gravement ses obligations en matière d'annonce des étrangers ou d'assurances sociales (ce qui constituerait en soi un motif d'exclusion des marchés publics) devrait être sanctionnée moins durement que celle qui ne dépend pas des marchés publics dans la même mesure (cf. consid. 5b ci-dessus). f) Pour fixer la quotité de la sanction litigieuse , le Département s'est fondé sur la peine infligée par le Ministère public , soit 180 jours-amende. Rapportée au barème, cette peine implique l'exclusion des marchés publics pour la durée de dix-huit mois. L'art. 13 al. 1 LTN ne prévoit une sanction qu'en cas d'infraction, importante ou

répétée, aux obligations de l'employeur en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers. Cela signifie, a contrario, que les infractions commises par l'employeur, portant atteinte à d'autres biens juridiques que ceux mentionnés à l'art. 13 al. 1 LTN, ne sont pas prises en compte dans la mesure de la sanction prévue par cette norme. Cela s'explique par le fait que la LTN a pour seul but de lutter contre le travail au noir, comme cela ressort de son intitulé et de son art. 1^{er}. Cette loi n'a pas pour objectif d'assurer que les employeurs soient nécessairement des personnes de haute moralité, n'ayant fait l'objet d'aucune condamnation pénale d'aucune sorte. Un employeur peut avoir été reconnu coupable de délits contre la vie ou le patrimoine, pour ne prendre que ces exemples, sans que son entreprise n'ait à encourir une exclusion des marchés publics selon l'art. 13 al. 1 LTN. Dans son ordonnance pénale du 4 décembre 2012, le Procureur a pris en compte les antécédents de A. X. _____, soit une peine de quatre jours d'emprisonnement avec un délai d'épreuve de deux ans, révoqué, et une amende de 600 fr., prononcées le 19 juin 2003 par le juge d'instruction de l'arrondissement de Lausanne, pour conduite en état d'ébriété; une peine de deux mois d'emprisonnement avec un délai d'épreuve de quatre ans, révoqué, et une amende de 1'000 fr., prononcées par le Tribunal VIII du cercle de Laupen, le 16 mars 2005; une peine de 90 jours-amende (à 50 fr. le jour) prononcée le 2 juillet 2007 par le juge d'instruction de l'arrondissement de Lausanne pour conduite en état d'incapacité; une peine de 240 jours-amende (à 50 fr. le jour), avec un délai d'épreuve de deux ans, prononcée le 15 mars 2010 par le Tribunal cantonal du canton de Vaud, pour lésions corporelles simples qualifiées. Le Procureur a reconnu A. X. _____ coupable d'infraction à la législation fédérale sur les étrangers, parce qu'X. _____ avait employé deux travailleurs boliviens qui n'étaient pas titulaires d'une autorisation de séjour et de travail. Il l'a condamné pour ces faits à une peine pécuniaire, à laquelle il a renoncé au délai d'épreuve, A. X. _____ ayant été condamné, dans les cinq ans ayant précédé l'infraction à une peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins (cf. art. 42 al. 2 CP). Le Procureur n'a pas révoqué le sursis accordé selon le jugement du 15 mars 2010, car il s'agissait d'une infraction d'une autre nature. Dans la fixation de la peine ferme prononcée, de 180 jours-amende, le Procureur a ainsi considéré les antécédents défavorables du condamné. Or, ceux-ci concernaient des infractions portant sur des infractions à la législation routière, ainsi que des atteintes à l'intégrité corporelle, qui n'entrent pas dans les prévisions de l'art. 13 al. 1 LTN. Il ne ressort pas du dossier de la procédure pénale qui a conduit au prononcé de l'ordonnance pénale du 4 décembre 2012 (cause PE11.011275-LCT), que A. X. _____ ait manqué auparavant (ou à d'autres occasions) à ses obligations d'employeur découlant de la législation sur les étrangers ou les assurances sociales. g) L'ordonnance pénale du 4 décembre 2012, telle qu'elle est motivée, ne permet ainsi pas de discerner quelle peine le Ministère public a voulu infliger à A. X. _____ pour violation de l'art. 117 LEtr, indépendamment de ses mauvais antécédents qui sont d'une autre nature. Le Département ne pouvait dès lors pas reprendre à son compte la peine infligée par le Ministère public, soit 180 jours-amende, pour la transcrire en une sanction d'une durée de dix-huit mois, conformément au barème. En tant que la décision attaquée repose sur celui-ci, elle ne peut être maintenue. 8. Il se pose la question de savoir si l'on peut dégager de la pratique du Département, sans se référer au barème, des critères permettant de fixer des principes cohérents quant à la fixation de la sanction, qui respectent également les principes d'égalité et de proportionnalité. a) Après l'audience du 3 février 2014, le Tribunal a invité le Département à produire les dossiers des décisions sanctionnant des employeurs en application de l'art. 13 al. 1 LTN, pour des durées allant de douze à

dix-huit mois d'exclusion des marchés publics. Le Département a obtempéré, en remettant les dossiers concernant 52 entreprises (y compris la recourante) frappées de telles sanctions, selon des décisions entrées en force. Afin de protéger le secret d'affaires, le Département a remis une liste anonymisée de ces sanctions, comprenant un numéro d'ordre, la date de la sanction, sa durée et la période de son exécution. Cette liste a été communiquée à la recourante, le 17 février 2014. Le juge instructeur s'est déclaré prêt à tenir une audience le mercredi 19 février 2014, durant laquelle il communiquerait à la recourante le contenu essentiel des pièces tenues secrètes (cf. art. 36 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative – LPA-VD, RSV 173.36). La recourante a expressément renoncé à cette faculté, le 17 février 2014. b) L'examen des dossiers remis par le Département ne permet pas de déterminer des critères cohérents pour l'application des sanctions au sens de l'art. 13 al. 1 LTN, indépendamment du barème. De manière générale, le tableau que l'on peut faire des cas répertoriés met en évidence le caractère disparate des sanctions prononcées par le Département, reposant sur une application automatique du barème, qui produit des résultats arbitraires et constitutifs d'inégalités de traitement. Les sanctions infligées par le Ministère public ne suivent pas davantage une ligne cohérente, dans la quotité de la peine, fixée en jours-amende. Ainsi, par exemple, la même sanction de 120 jours-amende a été infligée dans des cas où la durée totale de l'infraction à l'art. 117 LEtr était respectivement de neuf et vingt-huit mois (n°12 et 17), de quatre ans et deux mois ou sept ans et neuf mois (n°19 et 20). Ces disparités sont sans doute dues au fait que plusieurs procureurs sont en charge de ce type d'infraction, dans le même Ministère public, et sans directives communes. Les ordonnances pénales sont également lacunaires dans la détermination de la durée totale de la violation de l'art. 117 LEtr. Lorsque ces données existent, cette durée peut être de plusieurs années (cas n°19, 20, 24, 30, 37, 43, 46, 48, 50, 52). Tous les cas répertoriés portent sur une infraction à l'art. 117 LEtr. Les cas de cumul avec d'autres infractions (notamment dans le domaine des assurances sociales) sont rares (cf. les cas n°8, 14, 18, 26, 45). Généralement, le sursis a été accordé, s'agissant d'une première infraction à l'art. 117 LEtr. (et dans certains cas, indépendamment de la durée de l'infraction; cf. les cas n°20, portant sur l'emploi au noir d'un travailleur pendant sept ans et neuf mois; n°37, portant sur une durée de 42 mois; n°43, portant sur une durée de 38 mois, n°46, portant sur une durée de 43 mois; n°48, portant sur une durée de 36 mois, n°50, portant sur une durée de 36 mois). L'existence d'antécédents, généralement dans le même domaine de la LEtr (cf. toutefois les cas n°5, 14, 17, 31), conduisent le Ministère public à refuser le sursis, ou à révoquer des sursis accordés antérieurement. Dans un cas (n°13), le procureur a tenu compte du repentir sincère dans la fixation de la peine. Le cas n°1 est le seul dans lequel le Département s'est écarté du barème, dont l'application aurait dû le conduire à prononcer une exclusion des marchés publics pour dix-huit mois. Dans cette affaire, le Département a prononcé un simple avertissement parce que l'entreprise en question dépendait quasiment exclusivement des marchés publics, que les charges sociales avaient été payées, et qu'il n'y avait pas d'antécédents dans le domaine de la LEtr. Ce résultat est pour le moins paradoxal, pour ne pas dire choquant, car il permet à une entreprise qui a gravement violé les règles des marchés publics de continuer à soumissionner. 9. Le recours doit ainsi être admis. Par économie de procédure, le Tribunal fixera lui-même les principes généraux qui guideront le Département dans l'application de l'art. 13 al. 1 LTN. Il ne s'agit là que de règles essentielles, que le Département précisera au fur et à mesure qu'il statuera dans ce domaine. a) Le prononcé d'une condamnation pénale (y compris sous la forme d'une ordonnance pénale au sens des art. 352ss CPP) est la condition nécessaire de la sanction prévue par l'art.

13 al. 1 LTN. Dans l'examen de la quotité de la sanction, le Département peut prendre en compte les éléments de faits résultant du jugement de condamnation, du dossier de l'autorité de jugement, y compris de la dénonciation formée par le Service de l'emploi, comme autorité d'application de la LTN. Cela n'empêche toutefois pas le Département de compléter lui-même l'état de fait lorsque cela est nécessaire, conformément à la maxime d'office (art. 28 LPA-VD). Tel sera notamment le cas lorsque la durée de l'infraction n'est pas discernable sur la base du jugement pénal ou du dossier de la procédure pénale (en particulier, lorsque cet élément décisif ne ressort pas de la dénonciation adressée par le Service de l'emploi au Ministère public). Pour la clarification des faits pertinents pour sa décision, le Département peut recourir aux moyens de preuve prévus par la loi (art. 29 LPA-VD). Il peut notamment inviter les parties et les autorités à lui prêter leur concours (art. 30 à 32 LPA-VD). Le Département doit veiller au respect du droit d'être entendu de l'entreprise à l'encontre de laquelle il envisage de prononcer une sanction (art. 33 à 36 LPA-VD).

b) La sanction ne peut être prononcée qu'en tenant compte des infractions aux obligations de l'employeur en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers (art. 13 al. 1 LTN). Dans cette appréciation, le critère primordial est celui de la durée de l'infraction à la législation en matière d'assurances sociales ou des étrangers. Lorsqu'un même employeur a été condamné pénalement pour avoir employé au noir plusieurs travailleurs, simultanément ou successivement, la durée des infractions sera cumulée. Sous l'angle de la prévention générale, il se justifie en effet de moduler la sanction en fonction de l'intensité de la violation de la loi. Cela permet aussi de s'assurer que l'on se trouve dans un cas de «non-respect important», au sens de l'art. 13 al. 1 LTN. De même, la récidive doit être prise en compte comme un facteur aggravant de la sanction, lorsque le non-respect aux obligations visées à l'art. 13 al. 1 LTN est important, ou lorsque l'auteur a commis plusieurs infractions mineures successives. Le fait que l'entreprise fautive soit active dans le domaine des marchés publics doit être également retenu comme une circonstance aggravante de la sanction, car une telle entreprise n'est pas apte à soumissionner, voire, selon les circonstances, a soumissionné alors qu'elle n'était pas apte à le faire (art. 6 let. e LMP-VD et 32 al. 1, premier tiret, let. b et c RLMP-VD). Ne doit pas être pris en compte à décharge le fait que l'employeur se soit acquitté des charges sociales afférentes au travailleur employé sans autorisation. L'art. 13 al. 1 LTN envisage alternativement ces deux motifs de sanction, et ne prévoit aucun motif d'atténuation dans l'hypothèse dé signée fréquemment comme «travail au gris» (cf. consid. 5b ci-dessus).

10. Rapportés au cas litigieux, ces principes amènent le Tribunal cantonal à retenir à l'égard de la recourante les éléments suivants.

a) Est décisive en l'espèce l'infraction commise par A. X. _____ à l'art. 117 LEtr, mis en relation avec l'art. 91 de la même loi, soit d'avoir employé sans autorisation D. _____ du 4 avril 2010 au 28 février 2011 et C. _____ de février 2011 à avril 2012, ainsi que le 16 juin 2012. La durée totale de l'infraction est ainsi de 26 mois et un jour. Elle doit être considérée comme un cas de «non-respect important» des obligations de l'employeur, au sens de l'art. 13 al. 1 LTN. Cela commande de prononcer une sanction d'exclusion, et non un simple avertissement.

b) A. X. _____, comme associé-gérant de X. _____, n'a aucun antécédent défavorable, sous l'angle de la LEtr ou de la législation sur les assurances sociales. Entendu toutefois le 21 juin 2011 dans le cadre de l'enquête pénale, A. X. _____, invité à donner l'identité de tous ses employés, a cité notamment D. _____ sans évoquer la situation irrégulière de C. _____, laquelle a perduré. Sans que l'on puisse à proprement parler de récidive, il n'en demeure pas moins que A.

X._____ a persisté à violer la loi durant le cours de la procédure pénale, comme le Procureur le lui a reproché dans son ordonnance du 4 décembre 2012. Ce fait doit être retenu à la charge de la recourante. c) Il est indifférent que X._____SA dépende, dans une mesure importante ou non, de l'adjudication de marchés publics. Sur ce point au demeurant, les déclarations de la recourante ont varié. A l'appui du recours, elle a exposé que la décision attaquée était de nature à mettre en péril son existence, car elle vivait «essentiellement de l'attribution des marchés publics». Elle n'a pas été en mesure de prouver cet allégué. En annexe à sa réplique du 19 décembre 2013, la recourante a communiqué, en tout et pour tout, la copie d'une décision d'adjudication de gré à gré, rendue le 7 octobre 2013 par le Service du logement et des gérances de la Commune de Lausanne. Avec ses déterminations finales du 21 février 2014, la recourante a produit une liste de douze marchés publics qui lui auraient été attribués entre décembre 2013 et février 2014 (soit à une époque où la sanction litigieuse était en vigueur, après le rejet, le 6 décembre 2013, de la requête d'effet suspensif présentée par la recourante). La recourante n'a pas joint les décisions d'adjudication, ni le montant des contrats ainsi conclus. Il appartiendra au Département de s'enquérir auprès des pouvoirs adjudicateurs concernés sur les raisons pour lesquelles ils n'ont pas tenu compte, dans leur décision d'adjudication, de la sanction infligée à la recourante le 8 novembre 2013, publiée par le Seco. d) Sur le vu de l'ensemble de ces éléments, le Tribunal retiendra que les faits dont A. X._____ s'est rendu coupable constituent un «non-respect important» des obligations de la recourante comme employeur. Le fait pour une entreprise qui envisage de soumissionner pour des marchés publics, d'employer des travailleurs au noir en violation des règles qui gouvernent les marchés publics, dénote un mépris de la loi qui doit être réprimé sévèrement. Cela se justifie également par le fait que souvent, les travailleurs au noir sont payés à un tarif inférieur à celui des conventions collectives ou qui sont d'usage dans le métier considéré. Cette sous-enchère salariale est de nature à fausser la procédure d'adjudication des marchés publics, parce que le prix de la main-d'œuvre sera plus bas que celui des autres soumissionnaires, liés par des règles plus contraignantes en matière de rémunération de leur personnel, ce qui conduit à une distorsion de la concurrence. Le Tribunal fixera à douze mois la durée de l'exclusion des marchés publics frappant la recourante. La durée de la sanction subie depuis le 8 novembre 2013 sera imputée sur celle à subir. 11. Le recours doit ainsi être admis partiellement. La décision attaquée est réformée en ce sens que la recourante est exclue des futurs marchés publics au niveau communal, cantonal et fédéral pour une durée de douze mois, du 8 novembre 2013 au 7 novembre 2014. Les frais, dont le montant sera réduit pour tenir compte de l'issue du litige, sont mis à la charge de la recourante. L'Etat de Vaud, par le Département des infrastructures et des ressources humaines, versera à la recourante qui obtient partiellement gain de cause, une indemnité à titre de dépens, dont le montant sera également réduit (art. 49, 52, 55 et 56 LPA-VD).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.