

VD_OMNI MPU.2015.0054 vom 27. Januar 2016

VD Tribunal cantonal, 2016-01-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2015.0054

FR: VD_OMNI MPU.2015.0054 du 27 janvier 2016

IT: VD_OMNI MPU.2015.0054 del 27 gennaio 2016

Regeste

A_____SA/Département des infrastructures et des ressources humaines | Recours contre une décision d'exclusion durant 7 mois des procédures de marchés publics, après une troisième condamnation pour avoir employé un travailleur étranger sans autorisation. Dans l'application de l'art. 13 al. 1 LTN, l'autorité administrative est liée par les condamnations pénales entrées en force, dont elle n'est pas habilitée à revoir le bien-fondé (consid. 2a). La société sanctionnée ne peut par conséquent remettre en cause le caractère intentionnel des infractions au droit des étrangers (consid. 5). Il n'y a pas de violation du principe "ne bis in idem" dans le fait que la société a été sanctionnée sur la base de l'art. 13 al. 1 LTN, après l'avoir été en vertu de l'art. 122 al. 1 LEtr (consid. 6). Par ailleurs, le fait que l'autorité administrative n'a pas sanctionné la société après une deuxième condamnation (les deux prononcés se rapportant à de brèves périodes d'emploi illégal), alors qu'elle aurait pu le faire (puisque'il y avait déjà violation répétée des obligations légales), mais seulement après la troisième, concernant cette fois une période d'emploi plus longue, n'est ni contradictoire, ni contraire au principe de la protection de la confiance (consid. 7). L'autorité intimée n'a pas fait un mauvais usage de son (large) pouvoir d'appréciation en prononçant une exclusion d'une durée de 7 mois (consid. 8).

Erwägungen

E. 1

a) Aux termes de l'art. 13 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. Le Département est l'autorité compétente pour ce faire (art. 14a al. 2 de la loi cantonale 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). En l'occurrence, le recours a été interjeté dans le délai légal et il satisfait par ailleurs aux exigences de l'art. 79 de la loi cantonale du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD ; RSV 173.36). Il y a par conséquent lieu d'entrer en matière. b) Dans son mémoire de recours, la recourante a requis notamment la production par l'autorité intimée du barème des sanctions. L'autorité intimée a indiqué dans sa réponse qu'elle n'avait pas établi de barème. La requête de la recourante est dès lors sans objet. Dans sa réplique, la recourante a requis la production des dossiers du SDE concernant l'engagement sans autorisation de E.F_____ et G.F_____. Compte tenu du fait qu'en principe et dans le cas particulier, les autorités administratives ne peuvent s'écarter

des condamnations pénales dans l'application de l'art. 13 al. 1 LTN (cf. consid. 2b et 5b ci-dessous), il n'y a pas lieu, par appréciation anticipée des preuves (cf. ATF 140 I 285 consid. 6.3.1), de donner suite à cette requête.

E. 2

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 (cf. arrêt MPU.2013.0025 du 26 mars 2014 consid. 6a). L'art. 13 al. 1 LTN fait dépendre le prononcé des sanctions administratives de l'existence d'une condamnation pénale – laquelle peut prendre la forme d'une ordonnance pénale au sens des art. 352 ss du code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0 ; CPP ; cf. arrêt MPU.2013.0025 précité consid. 9a) – 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. Lorsqu'elle applique cette disposition, l'autorité administrative doit examiner si une telle condamnation existe. Compte tenu notamment du fait que cette dernière est entrée en force, elle n'est pas habilitée à en vérifier le bien-fondé (cf. arrêt MPU.2015.0028 du 29 juin 2015 consid. 2f : « A cela s'ajoute que [les intéressés] n'ont pas fait opposition à l'ordonnance pénale [...]. Il convient dès lors de tenir pour acquis que les éléments constitutifs objectifs et subjectifs de l'infraction définie à l'art. 117 LEtr sont réalisés »), sous réserve tout au plus de la situation où la condamnation serait affectée d'un vice d'une gravité telle (ce qui peut être le cas p. ex. lorsque l'autorité était incompétente) qu'il emporterait sa nullité. L'autorité administrative doit en revanche déterminer si le comportement ayant fait l'objet de la condamnation (ou les comportements ayant fait l'objet des condamnations) constitue(nt) un 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. Si tel est le cas, le prononcé d'une sanction sur la base de l'art. 13 al. 1 LTN est justifié dans son principe. L'autorité administrative dispose toutefois d'un pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de faire application de cette disposition. b) L'autorité administrative doit ensuite choisir la ou les sanction(s) appropriée(s) et fixer sa/leur quotité ; elle dispose à ces deux égards d'un large pouvoir d'appréciation. Selon l'arrêt précité MPU.2013.0025 (consid. 9a), dans l'examen de la quotité de la sanction, l'autorité administrative compétente, soit le Département, peut prendre en compte les éléments de fait résultant du jugement de condamnation, du dossier de l'autorité de jugement, y compris de la dénonciation formée par le SDE, 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 SDE 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). 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 des 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 art. 32 al. 1, premier tiret, let. b et c du règlement d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics, du 7 juillet 2004 [RLMP-VD ; RSV 726.01.1]). Ne doit pas être pris en compte à décharge le fait que l'employeur s'est 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 désignée fréquemment comme «travail au gris» (arrêt MPU.2013.0025 précité consid. 9b).

E. 3

Dans un grief formel, la recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendue: la décision attaquée serait insuffisamment motivée, notamment en ce qui concerne la quotité de la sanction (durée de l'exclusion). a) Selon la jurisprudence relative à l'art. 29 al. 2 Cst., la motivation d'une décision est suffisante lorsque l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause (ATF 137 II 266 consid. 3.2 p. 270 ; 136 I 229 consid. 5.2 p. 236). Une violation du droit d'être entendu est susceptible d'être guérie en procédure devant l'autorité de recours, lorsque celle-ci dispose d'un pouvoir d'examen complet (ATF 138 II 77 consid. 4 p. 84). b) En l'occurrence, il est vrai que la décision attaquée est particulièrement sommaire en ce qui concerne la quotité de la sanction, puisqu'il en ressort tout au plus que la durée de sept mois a été fixée « en application de la jurisprudence » (sans autre référence) et « selon l'appréciation » de la Cheffe du Département. A supposer que cela ne soit pas suffisant au regard des exigences posées par la jurisprudence – question qui peut demeurer indécidée –, la violation du droit d'être entendue de la recourante qui en résulterait aurait été guérie dans la procédure devant la Cour de céans – laquelle dispose d'un pouvoir d'examen complet –, procédure durant laquelle un double échange d'écritures a été effectué. Dans le cadre de celui-ci, l'autorité intimée a en effet complété sa motivation notamment en ce qui concerne la quotité de la sanction et la recourante a eu tout loisir de faire valoir ses arguments. Le grief de violation du droit d'être entendu doit être rejeté.

E. 3.2

p. 324). L'inégalité de traitement apparaît ainsi comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (ATF 129 I 1 consid. 3 p. 3). En outre, une décision est arbitraire lorsqu'elle contredit clairement la situation de fait, lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou lorsqu'elle heurte d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité (ATF 132 III 209 consid. 2.1 p. 211 ; 139 I 57 consid. 5.2 p. 61 ; 140 I 201 consid. 6.1 p. 205). c) Les deux précédents invoqués par la recourante concernent des employeurs qui avaient été condamnés pénalement pour la première fois, alors qu'en l'espèce, il y a eu trois condamnations successives, pour avoir employé un travailleur sans autorisation durant respectivement deux jours (ordonnance du 12 avril 2012), quatre jours (ordonnance du 22 octobre 2013) et cinq mois (ordonnance du 11 août 2014). Une sanction aurait pu être prononcée sur la base de l'art. 13 al. 1 LTN déjà une fois la deuxième ordonnance (du 22 octobre 2013) entrée en force, puisqu'alors il était établi qu'un membre d'un organe de la recourante avait violé de manière répétée les obligations découlant de la législation sur les étrangers, même s'il s'agissait d'infractions mineures. A bon droit (cf. consid. 7b ci-dessus), la sanction litigieuse n'a toutefois été prononcée qu'à la suite de la troisième condamnation, laquelle pèse particulièrement lourd, au vu de la durée de l'infraction et du fait qu'il s'agissait d'une récidive, ce qui doit être pris en compte dans la fixation de la quotité de la sanction (cf. consid. 2b ci-dessus) et ce qui distingue le cas d'espèce des deux précédents invoqués par la recourante. Le fait que la recourante est active dans le domaine des marchés publics doit être également retenu comme une circonstance aggravante de la sanction. En outre, sous l'angle du principe de proportionnalité, il faut relever que la sanction litigieuse a été précédée de deux avertissements (au sens matériel) de la part du Secrétaire général du DINF. Au vu de ce qui précède, il y a lieu d'admettre que l'autorité n'est pas tombée dans l'arbitraire et n'a pas non plus abusé ni fait un mauvais usage de son (large) pouvoir d'appréciation en prononçant à l'égard de la recourante une exclusion des marchés publics pour une durée de 7 mois.

E. 4

a) La recourante se prévaut du fait que seuls ses deux administrateurs, B. C_____ et D. C_____, ont été condamnés pour infraction à l'art. 117 al. 1 LEtr, à l'exclusion d'elle-même. Dès lors qu'elle-même n'a pas fait l'objet d'une condamnation entrée en force, elle ne pourrait être sanctionnée en vertu de l'art. 13 al. 1 LTN. b) Le Tribunal de céans a déjà eu l'occasion de relever que le destinataire de la mesure d'exclusion prévue par l'art. 13 al. 1 LTN est la personne morale, laquelle peut être sanctionnée, alors que ce n'est pas elle-même, mais l'un de ses organes ou membre d'un organe, ou encore un collaborateur disposant d'un pouvoir de décision important dans son secteur d'activité (Andreas Zünd, in : Migrationsrecht, Kommentar, 4 e éd., 2015, no 1 ad art. 117 LEtr, avec renvoi à l'art. 29 CP), qui a été condamné pénalement sur la base de l'art. 117 LEtr. Le fait que cette condamnation visait une personne physique dans l'une des qualités précitées ne permet pas à la personne morale d'échapper à la sanction prévue par l'art. 13 al. 1 LTN (arrêt MPU.2013.0025 précité consid. 4d et 5). Le recours est mal fondé sur ce point.

E. 5

a) La recourante fait valoir que l'énoncé de fait légal de l'art. 117 al. 1 LEtr suppose d'avoir agi intentionnellement. Cet élément constitutif de l'infraction ne serait pas réalisé en l'occurrence. En effet, dans les cas ayant fait l'objet des condamnations du 12 avril 2012 et du 22 octobre 2013, les étrangers auraient été employés sans autorisation non par la

recourante elle-même, mais par des sous-traitants de cette dernière ; les administrateurs de la recourante auraient attiré l'attention des sous-traitants sur l'obligation d'obtenir une autorisation et ils auraient été « manifestement trompés » par eux; dès lors, on ne pourrait leur reprocher une violation intentionnelle des règles sur le séjour des étrangers. Quant à la condamnation du 11 août 2014, elle aurait été prononcée alors que les administrateurs de la recourante s'étaient renseignés auprès de la commune de domicile de l'employé en cause ; celle-ci leur aurait remis une attestation d'établissement au nom de ce dernier et l'on ne saurait leur faire grief de s'être fiés à ladite attestation ; ici également, une violation intentionnelle devrait être niée. Dans ces conditions, les autorités administratives devraient s'écarter des prononcés pénaux, comme la jurisprudence le permet lorsque l'appréciation à laquelle s'est livré le juge pénal se heurte clairement aux faits de la cause. b) Comme indiqué ci-dessus (consid. 2a), l'autorité administrative n'est pas habilitée à revoir le bien-fondé des condamnations – y compris sous la forme d'une ordonnance pénale au sens des art. 352 ss CPP – entrées en force, sous réserve de l'hypothèse de la nullité, laquelle n'est pas réalisée en l'espèce. Ainsi, au vu de l'ordonnance pénale du 12 avril 2012, qui n'a pas fait l'objet d'une opposition et est dès lors assimilée à un jugement entré en force (cf. art. 354 al. 3 CPP), il doit être tenu pour établi qu'B. C. _____ et D. C. _____ ont, intentionnellement, employé E.F. _____ sur le chantier de la patinoire de Montchoisi durant deux jours, alors que celui-ci n'était pas autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse. Au regard de l'ordonnance pénale du 22 octobre 2013, il est acquis qu'en tant qu'administrateur de la Société, D. C. _____ a, intentionnellement, employé G.F. _____ à 1*****, entre le 19 et le 22 avril 2013, alors que ce dernier ne disposait pas d'une autorisation d'exercer une activité lucrative en Suisse. Au vu de l'ordonnance pénale du 11 août 2014, il est établi qu'en tant qu'administrateur de la Société, D. C. _____ a, intentionnellement, employé I.J. _____ à 1*****, entre octobre 2013 et février 2014, alors que ce dernier était dépourvu d'autorisation de séjour et de travail. Dans la mesure où il remet en cause le bien-fondé des condamnations pénales entrées en force, le recours doit être rejeté. Du reste, dans son arrêt – entré en force – du 5 décembre 2013 concernant l'emploi de G.F. _____, la Cour de céans a déjà eu l'occasion de relever que le fait que le prénommé était l'employé d'H. _____ Sàrl, qui l'avait prêté à la recourante, ne permettait pas à cette dernière – en sa qualité d'employeur de fait – d'échapper à la sanction basée sur l'art. 122 al. 1 LETr en relation avec l'art. 91 al. 1 LETr (PE.2013.0355 consid. 2). Ainsi, en sa qualité d'administrateur de la recourante, D. C. _____ a fait l'objet de trois condamnations – entrées en force – pour non-respect des obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les étrangers. Au vu de ces condamnations, il doit être tenu pour établi que le prénommé a violé à tout le moins de façon répétée lesdites obligations. Dès lors, le prononcé d'une sanction à l'égard de la recourante sur la base de l'art. 13 al. 1 LTN est justifié dans son principe, sous réserve des autres griefs dirigés contre l'exclusion dans son principe, qu'il convient d'examiner ci-après (consid. 6 et 7).

E. 6

a) La recourante se plaint d'une violation du principe ne bis in idem . Selon la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral dans le domaine du droit administratif, le fait qu'un même comportement est réprimé à la fois par le droit pénal et par le droit administratif ne serait pas contraire au principe ne bis in idem . En revanche, ce principe interdirait que les mêmes faits entraînent deux sanctions administratives. Or, tel serait bien le cas en l'espèce, puisque la recourante aurait été sanctionnée deux fois à raison des mêmes faits : par décision du 3

mars 2014, le SDE a déclaré que, durant six mois à compter de ce jour, il rejeterait toute demande d'admission de travailleurs étrangers formée par la Société ; le 2 novembre 2015, la Société a fait l'objet, en raison des mêmes faits, de la décision présentement querellée. Il s'agirait de deux décisions administratives à caractère pénal, de sorte qu'en vertu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : CourEDH), le prononcé de la décision attaquée, à la suite de celle du SDE du 3 mars 2014, serait contraire au principe *ne bis in idem* et devrait être annulé. b) aa) Le principe *ne bis in idem* est un corollaire de l'autorité de chose jugée. Il appartient, selon une jurisprudence constante, au droit pénal fédéral. Il est ancré dans la Constitution fédérale (art. 8 al. 1 Cst.; cf. Michel Hottelier, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2011, no 1 ad art. 11 CPP), ainsi qu'à l'art. 14 al. 7 du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2) et à l'art. 4 ch. 1 du Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – CEDH – (RS 0.101.07), ratifié par la Suisse le 24 février 1988 et entré en vigueur pour elle le 1^{er} novembre 1988. D'après ces dispositions, dont la teneur est pratiquement la même, nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État. Le principe *ne bis in idem* suppose qu'il y ait identité des faits, de l'objet de la procédure et de la personne visée (cf. ATF 125 II 402 consid. 1b p. 404; 120 IV 10 consid. 2b p. 12 s.; 119 Ib 311 consid. 3a p. 318; 118 IV 269 consid. 2 p. 271 ; arrêt FI.2013.0044 du 6 mars 2014 consid. 2b/aa). bb) En droit suisse, les sanctions administratives ne sont pas considérées comme étant de nature pénale (Tobias Jaag, Sanktionen, in : Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015 [cité : Jaag], no 23.92). Il existe certes des sanctions administratives à caractère punitif (« pönale Verwaltungssanktionen »). Dans ce domaine, le principe *ne bis in idem* n'a toutefois qu'une portée limitée (Jaag, op. cit., no 23.82). cc) L'art. 4 ch. 1 du Protocole n° 7 à la CEDH a la teneur suivante : « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat. » Cette garantie s'applique dans des situations où une première sanction à caractère pénal est suivie d'une seconde sanction du même genre. Le caractère pénal s'apprécie de la même manière qu'en relation avec les art. 6 et 7 CEDH (Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5^e éd., 2012, § 24 no 147, p. 473). La jurisprudence de la CourEDH retient à cet égard trois critères alternatifs (dits « critères Engel », du nom du requérant dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de principe du 8 juin 1976): 1) la classification de l'infraction au regard du droit national, 2) la véritable nature de l'infraction et 3) la nature et le degré de gravité de la sanction que risque de subir l'intéressé. S'agissant du deuxième critère, la nature et le but de la norme juridique prétendument violée sont déterminants. Celle-ci a un caractère pénal lorsqu'elle poursuit un but répressif. La question de savoir qui sont ses destinataires joue également un rôle : le caractère pénal sera admis plus facilement dans le cas d'une norme qui s'adresse à tout un chacun que si celle-ci s'adresse à un nombre restreint de personnes. Le troisième critère est d'ailleurs lié au précédent et fréquemment examiné avec lui (Grabenwarter/Pabel, op. cit., § 24 nos 17 ss ; cf. aussi les deux arrêts récents de la CourEDH cités par la recourante : Boman contre Finlande du 17 février 2015, par. 28 ss et Kiiveri contre Finlande du 10 février 2015, par. 29 ss ; voir ég. ATF 135 I 313 consid. 2.2 ; TF, 8C_417/2010 du 6 septembre 2010 consid. 4 ; Isabelle Häner, Mindestgarantien für Strafverfahren und ihre Bedeutung für verwaltungsrechtliche Sanktionen, in :

Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, 2010, p. 32 s. ; Christof Riedo, *Wie man Grundrechte ausser Kraft setzt, Anmerkungen zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. Juni 2013 [B-4830/2011], PJA 2013 1528*). Dès lors qu'en droit suisse, les sanctions administratives ne sont pas considérées comme étant de nature pénale (cf. consid. 6b/bb ci-dessus), c'est au regard du deuxième et, plus encore, du troisième critère que de telles sanctions peuvent se voir reconnaître un caractère pénal au sens de l'art. 6 CEDH (Jaag, op. cit., no 23.92). Les mesures disciplinaires (ATF 128 I 346 consid. 2.2 ; TF, 8C_417/2010 précité, consid. 4 ; plus nuancée : Häner, op. cit., p. 38) et les sanctions consistant à infliger un désavantage juridique (« administrativer Rechtsnachteil ») ne sont généralement pas considérées comme ayant un caractère pénal, à la différence des amendes d'un montant élevé (Jaag, op. cit., no 23.92). En ce qui concerne les sanctions consistant à infliger un désavantage juridique, il importe de savoir si elles tendent principalement à rétablir la situation légale ou à sanctionner le contrevenant (cf. Häner, op. cit., p. 34 ss). Lorsqu'il existe un lien direct entre la norme violée et la sanction, on admettra que celle-ci tend principalement à rétablir la situation légale et n'a pas un caractère pénal. Tel est le cas par exemple lorsque les conditions d'une autorisation ne sont pas ou plus remplies, ce qui entraîne le retrait ou la révocation de celle-ci. En l'absence du lien direct évoqué, la sanction sera plutôt considérée comme ayant un caractère pénal (Tobias Jaag, *Verwaltungsrechtliche Sanktionen : Einführung*, in : *Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht*, 2010 [cité : Jaag, *Einführung*], p. 12 ss). Des sanctions prévues par le droit administratif ont indubitablement un caractère pénal, au regard de ces critères, lorsqu'elles impliquent la privation de liberté ou le prononcé de peines pécuniaires. Ainsi, sur ce dernier plan, le Tribunal fédéral a posé le principe que les sanctions pécuniaires infligées en application de l'art. 49a de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart ; RS 251) contre des entreprises participant à une entente illicite ou se livrant à des pratiques illicites au sens de la LCart ont un caractère de droit pénal ou similaire au droit pénal (ATF 139 I 72 consid. 2.2.2 p. 78 ss ; cf. dans le même sens ATAF 2011/32 consid. 4.2). Le Tribunal fédéral a également reconnu ce caractère pénal à la sanction administrative prévue par l'art. 51 de la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur les jeux de hasard et les maisons de jeu (LMJ ; RS 935.52), disposition selon laquelle le titulaire d'une concession qui contrevient à celle-ci peut être astreint au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'au triple du gain illicite (ATF 140 II 384). A aussi été reconnue la nature pénale des amendes infligées en application du droit des marchés publics (ATF 138 I 367 consid. 5.2 p. 373). Par ailleurs, l'art. 4 du Protocole n°

E. 7

a) Dans sa réplique et dans sa détermination du 15 janvier 2016, la recourante reproche à l'autorité intimée un comportement contradictoire et contraire au principe de la protection de la confiance. Elle voit une contradiction dans le fait que l'autorité intimée a renoncé à la sanctionner après la deuxième ordonnance pénale (le courrier du Secrétaire général du DINF du 24 janvier 2014 avait la même teneur que celui du 29 juin 2012), pour finalement le faire après la troisième condamnation. Il serait encore plus contradictoire de retenir la récidive comme circonstance aggravante dans la décision attaquée, alors que la première récidive n'a pas été sanctionnée. Par ailleurs, au vu de leur libellé et de leur teneur, les courriers précités ne pourraient être qualifiés d'avertissements, comme le fait l'autorité intimée, sans contrevenir au principe de la protection de la confiance, selon lequel l'autorité doit interpréter une déclaration dans le sens que l'administré pouvait raisonnablement lui donner, compte tenu de l'ensemble des circonstances. b) Comme la recourante l'indique

elle-même, le choix de l'autorité intimée de ne pas prononcer d'exclusion après la deuxième condamnation peut s'expliquer par le fait qu'un membre d'un organe de la recourante avait été condamné dans les deux cas pour avoir employé un travailleur sans autorisation durant une brève période (respectivement deux jours selon l'ordonnance du 12 avril 2012 et quatre jours selon celle du 22 octobre 2013), même si le second cas constituait une récidive. La recourante ne saurait quoi qu'il en soit se plaindre de n'avoir pas déjà été sanctionnée après la deuxième condamnation. Quant à l'autorité intimée, le fait qu'elle avait renoncé à sanctionner la recourante après la deuxième condamnation ne l'empêchait pas de le faire à la suite d'une nouvelle récidive. En particulier, il n'est pas contradictoire (sur l'interdiction du comportement contradictoire, voir ATF 137 V 394 consid. 7.1 p. 403) de n'avoir pas prononcé de sanction après la deuxième condamnation, mais de l'avoir fait à la suite de la troisième, compte tenu notamment du fait que la période durant laquelle un travailleur avait été employé sans autorisation était cette fois beaucoup plus longue. C'est la combinaison de cette durée et de la circonstance qu'il s'agissait d'une (nouvelle) récidive qui en l'occurrence a conduit au prononcé de la sanction d'exclusion, alors que la récidive seule n'avait pas amené l'autorité intimée à sanctionner la recourante après la deuxième condamnation. En procédant de la sorte, l'autorité intimée n'a pas abusé du (large) pouvoir d'appréciation dont elle dispose en la matière. Par ailleurs, on ne voit pas en quoi les courriers en question ne pouvaient être interprétés comme des avertissements, même si ce terme n'apparaît pas, notamment dans l'intitulé des courriers, qui utilisent celui d'«information». Il s'agissait, matériellement, d'avertissements – ce qui importe sous l'angle du principe de proportionnalité –, étant précisé que l'art. 13 al. 1 LTN n'exige pas que la sanction de l'exclusion soit précédée d'un avertissement (formel). Pour le reste, le fait que l'autorité intimée a adressé à la recourante un tel «avertissement» après la première condamnation et qu'elle a renoncé à prononcer une sanction après la deuxième – adressant à la place un nouvel «avertissement» – ne permettait pas à la recourante de considérer qu'il ne serait tenu aucun compte des infractions à la base de ces condamnations pour le cas où un membre de l'un de ses organes contreviendrait à nouveau à ses obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues par la législation sur les étrangers. Les griefs de comportement contradictoire et contraire au principe de la protection de la confiance doivent être rejetés.

E. 8

a) La recourante conteste la quotité de la sanction, en qualifiant la décision attaquée d'arbitraire. Elle se prévaut des arrêts précités MPU.2013.0025, où une entreprise qui avait employé des travailleurs étrangers sans autorisations pendant 26 mois et un jour a été exclue pour une durée de 12 mois et MPU.2015.0028, où l'emploi d'un travailleur « au noir » pendant 53 mois a été sanctionné par une exclusion de 24 mois. La recourante déduit de ces arrêts que la quotité de la sanction est fixée en fonction de la durée de l'infraction, selon un rapport de l'ordre d'un mois d'exclusion pour deux mois d'emploi « au noir » d'un travailleur. Or, en l'espèce, ce rapport ne serait nullement respecté, puisqu'elle a été sanctionnée par 7 mois d'exclusion, alors qu'il ne lui est reproché d'avoir employé des travailleurs sans autorisations que durant 5 mois et 6 jours au total. Partant, la sanction serait manifestement inéquitable et arbitraire. Dans sa réplique, la recourante ajoute que, selon une interprétation littérale de l'art. 13 al. 1 LTN, une violation simple de la législation sur les étrangers ne justifie pas à elle seule une sanction : ce n'est que si cette violation est importante ou répétée qu'une sanction peut être prise. Partant, l'importance de la violation ou son caractère répété ne seraient pas des facteurs aggravants, mais plutôt des conditions

d'application de la disposition en question. b) La protection de l'égalité (art. 8 Cst.) et celle contre l'arbitraire (art. 9 Cst.) sont étroitement liées (ATF 138 I 321 consid.

E. 9

Le recours doit ainsi être rejeté et la décision attaquée confirmée. Les frais sont mis à la charge de la recourante; il n'y a pas lieu d'allouer des dépens (cf. 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.