

VD_OMNI MPU.2018.0008 vom 24. Mai 2018

VD Tribunal cantonal, 2018-05-24, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2018.0008

FR: VD_OMNI MPU.2018.0008 du 24 mai 2018

IT: VD_OMNI MPU.2018.0008 del 24 maggio 2018

Regeste

A. _____/Département des infrastructures et des ressources humaines | Décision d'exclusion des futurs marchés publics pour une durée de 12 mois. La recourante avait déjà fait l'objet d'une précédente décision d'exclusion vingt mois auparavant. Depuis lors, deux nouvelles condamnations pour emploi d'étrangers sans autorisation au sein de l'entreprise ont été prononcées. Contrairement à ce que la recourante soutient, l'autorité intimée pouvait tenir compte de ces condamnations. En particulier, la condamnation d'un collaborateur de la recourante est imputable à cette dernière, la notion d'employeur en matière de travail au noir étant plus large que celle du droit des obligations. Compte tenu de la récidive et du cumul des infractions commises, pas de violation du principe de proportionnalité dans la quotité de la sanction prononcée. Recours rejeté.

Erwägungen

E. 1

Déposé dans le délai de dix jours de l'art. 10 al. 1 let. f de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD, RSV 726.01), le recours est intervenu en temps. Il satisfait par ailleurs aux exigences formelles de l'art. 79 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; RSV 173.36). La qualité pour agir de la recourante, destinataire de la sanction litigieuse, est enfin incontestable. Il y a par conséquent lieu d'entrer en matière.

E. 2

Aux termes de l'art. 13 al. 1 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le travail au noir (LTF; RS 822.41), 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. L'application de cette disposition suppose ainsi la réalisation de deux conditions cumulatives: une condamnation pénale entrée en force d'un employeur pour infraction aux obligations d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers; ainsi que le caractère important ou répété de l'une de ces infractions. Il ressort de la formulation alternative de cette seconde condition qu'un employeur qui commet plusieurs infractions mineures est aussi passible de sanction (arrêts MPU.2015.0054 du 27 janvier 2016 consid. 2a; MPU.2013.0025 du 26 mars 2014 consid. 6a). Lorsque le travailleur au noir est au service d'une personne morale, le destinataire de la mesure d'exclusion prévue par l'art. 13 al. 1 LTN est la personne morale et non la personne physique qui la contrôle ou la détient. La personne morale ne peut toutefois pas échapper à la sanction en faisant valoir que ce n'est pas elle-même qui a été condamnée, mais l'un de ses organes ou membre d'un organe, ou encore un collaborateur disposant d'un pouvoir de

décision dans son secteur d'activité (arrêts précités MPU.2015.0054 consid. 4 et MPU.2013.0025 consid. 4d et 5). Pour fixer la quotité de la sanction, le critère primordial est celui de la durée de l'infraction à la législation en matière d'assurances sociales ou des étrangers. Aussi, 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. 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 (arrêt MPU.2015.0054 précité consid. 2b).

E. 3

La recourante fait valoir que les faits qui ont abouti à la condamnation de son administrateur du 13 octobre 2016 sont antérieurs à la précédente décision d'exclusion des marchés publics rendue le 31 mai 2016. Pour elle, il s'agit d'un cas de concours rétrospectif et l'autorité aurait dû examiner la question d'une éventuelle peine complémentaire, conformément à l'art. 49 al. 2 CP applicable par analogie. Or, dans la mesure où les nouveaux faits portaient sur l'emploi d'étrangers sans autorisation pendant une période de huit jours seulement, ils n'auraient eu aucune incidence sur la sanction prononcée et n'auraient pas fait augmenter la durée d'exclusion des marchés publics qui avait alors été fixée à quinze mois. a) Selon la jurisprudence, l'autorité qui prononce une mesure administrative ayant le caractère de sanction doit appliquer par analogie les dispositions du Code pénal en matière de concours, lorsque par un ou plusieurs actes, le même administré encourt plusieurs sanctions (cf. en matière de retrait du permis de conduire, ATF 122 II 181 consid. 5b/aa; 121 II 22 consid. 3a; 120 Ib 54 consid. 2a). L'art. 49 al. 2 CP traite du concours rétrospectif. Il dispose que si le juge doit prononcer une condamnation pour une infraction que l'auteur a commise avant d'avoir été condamné pour une autre infraction, il fixe la peine complémentaire de sorte que l'auteur ne soit pas puni plus sévèrement que si les diverses infractions avaient fait l'objet d'un seul jugement. La peine complémentaire est la peine prononcée pour les nouveaux faits à juger, laquelle est réduite pour tenir compte de la peine de base en conformité avec le principe d'aggravation (ATF 142 IV 265 consid. 2.4.4). b) En l'espèce, il est vrai que les faits qui ont abouti à la condamnation du 13 octobre 2016 sont antérieurs à la précédente décision d'exclusion des marchés publics rendue le 31 mai 2016. L'autorité intimée ne pouvait toutefois pas en tenir compte dans l'appréciation de la sanction prononcée. Comme on l'a rappelé ci-dessus (cf. supra consid. 2), l'application de l'art. 13 al. 1 LTN suppose en effet l'existence d'une condamnation pénale entrée en force d'un employeur pour infraction aux obligations d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers. Or, lorsque l'autorité intimée a statué le 31 mai 2016, les faits en question n'avaient pas encore fait l'objet d'une condamnation pénale. L'une des conditions de l'art. 13 al. 1 LTN faisait défaut. On ne saurait parler ainsi de concours rétrospectif. En la matière et à la différence du droit pénal, ce n'est pas la date de l'infraction qui est déterminante, mais celle de la condamnation pénale, qui seule peut justifier l'ouverture d'une procédure administrative et une éventuelle mesure d'exclusion des futurs marchés publics au sens de l'art. 13 al. 1 LTN. Comme l'autorité intimée le relève dans la décision

attaquée et dans ses écritures, on ne peut pas appliquer la théorie du concours rétrospectif entre, d'une part, des faits relevant de la procédure pénale et, d'autre part, des faits relevant de la procédure administrative. Lorsqu'elle a rendu la décision litigieuse, l'autorité intimée n'avait ainsi pas à appliquer l'art. 49 al. 2 CP par analogie et se poser la question d'une éventuelle "peine complémentaire". Mal fondé, ce premier grief de la recourante doit être rejeté.

E. 4

La recourante fait valoir également que l'autorité intimée ne pouvait pas tenir compte de la condamnation de D._____ du 9 mai 2017. Elle se prévaut à cet égard de l'ordonnance de classement rendue en faveur de son administrateur pour les mêmes faits. Par ordonnance du 9 mai 2017, le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne a condamné D._____ sur la base de l'art. 117 LEtr pour avoir, en sa qualité de responsable de chantier de la société recourante, employé C._____, ressortissant kosovar dépourvu d'autorisation de travail en Suisse, le 29 novembre 2016. L'intéressé n'a pas contesté cette condamnation. L'autorité intimée ne pouvait dès lors pas en faire abstraction, notamment sur la base des nouveaux témoignages écrits produits par la recourante selon lesquels C._____, employé de F._____, n'aurait fait que donner un coup de main à D._____ en l'aidant à charger quelques bidons dans la camionnette. Selon la jurisprudence relative à l'art. 13 al. 1 LTN, l'autorité n'est en effet 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 (arrêt MPU.2015.0054 précité consid. 2a et 5b). Certes, B._____ a bénéficié le 25 juillet 2017 d'une ordonnance de classement pour les mêmes faits. Les deux ordonnances rendues n'en sont pas pour autant incompatibles et contradictoires. La condamnation d'un employé pour emploi d'étranger sans autorisation au sens de l'art. 117 LEtr n'exclut en effet pas l'acquiescement de l'administrateur de la société suivant l'organisation de l'entreprise et les circonstances concrètes du cas d'espèce. Autre est la question de savoir si la condamnation de D._____ du 9 mai 2017 peut être imputée à la recourante dans le cadre de l'examen des conditions d'application de l'art. 13 al. 1 LTN. Comme indiqué ci-dessus (cf. supra consid. 2), la personne morale ne peut pas échapper à la sanction en faisant valoir qu'elle n'a pas été condamnée elle-même, une mesure d'exclusion des marchés publics pouvant être fondée sur la condamnation d'un de ses organes ou membre d'un organe, ou encore d'un collaborateur disposant d'un pouvoir de décision dans son secteur d'activité. En l'occurrence, il ressort des pièces du dossier, en particulier du rapport établi par les inspecteurs du marché du travail, que D._____ intervenait comme responsable de chantier pour la recourante. Contacté par téléphone, B._____ l'a confirmé. D._____ n'était ainsi pas qu'un simple exécutant, mais disposait d'un certain pouvoir de décision dans son secteur d'activité. Selon la jurisprudence relative à l'art. 117 LEtr que l'on peut reprendre en matière de travail au noir, la notion d'employeur au sens de cette disposition est une notion autonome, qui est plus large que celle du droit des obligations et qui englobe l'employeur de fait. Celui qui bénéficie effectivement des services d'un travailleur – soit d'une personne chargée de pourvoir à l'accomplissement de certaines tâches au sein d'un ménage, d'une entreprise ou d'un service public – est un employeur. Peu importe qu'une rémunération soit versée et par qui. Il n'est pas nécessaire non plus que l'auteur ait la compétence de donner des instructions à ce travailleur. Il suffit en fait qu'il entre dans ses attributions de décider qui peut, ou non, participer à l'exécution de la tâche et que sa décision conditionne l'activité lucrative de l'intéressé (ATF 137 IV 159 consid. 1.4; 128 IV

170 consid. 4.2 et les références citées), ce qui était manifestement le cas de D._____ lors du contrôle effectué le 29 novembre 2016 par les inspecteurs du marché du travail. Peu importe que la présence d'C._____ résulterait d'une initiative personnelle de sa part et qu'il n'en aurait pas informé son supérieur. La question de savoir s'il disposait ou non du pouvoir d'engager du personnel n'est pas déterminante non plus. L'autorité intimée pouvait ainsi tenir compte de la condamnation de D._____ du 9 mai 2017, qui est imputable à la recourante, dans le cadre de l'examen des conditions d'application de l'art. 13 al. 1 LTN. Mal fondé, ce grief de la recourante doit également être écarté.

E. 5

Il reste à examiner la quotité de la sanction prononcée. La recourante a fait l'objet le 31 mai 2016 d'une première décision d'exclusion des marchés publics de quinze mois. Depuis lors, deux nouvelles condamnations pour emploi d'étrangers sans autorisation au sein de l'entreprise ont été prononcées. Les faits sanctionnés ont porté sur l'emploi d'un ressortissant étranger dépourvu d'autorisation de travail en Suisse pendant respectivement huit jours entre le 19 et le 26 janvier 2016 (ordonnance pénale du 13 octobre 2016) et un jour le 29 novembre 2016 (ordonnance pénale du 9 mai 2017). Force est de constater que malgré une précédente sanction d'exclusion et une première condamnation de son administrateur pour emploi d'étrangers sans autorisation, le travail au noir persiste au sein de la recourante. 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 (arrêt MPU.2013.0025 précité consid. 10d). Au regard de ces éléments, en particulier de la récidive et du cumul des infractions, même si leur durée n'était pas particulièrement élevée (cela peut s'expliquer par la fréquence des contrôles effectués au sein d'une entreprise qui a déjà des antécédents en matière de travail au noir), l'autorité intimée n'a pas 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 douze mois.

E. 6

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. La recourante, qui succombe, supportera les frais de justice (art. 49 al. 1 LPA-VD). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens (art. 55 al. 1 a contrario LPA-VD).