Urteilskopf

138 I 367

33. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit public dans la cause X. SA contre Département des infrastructures du canton de Vaud (recours en matière de droit public) 2C_1022/2011 du 22 juin 2012

Regeste (de):
Art. 11 Abs. 1 lit. e und Art. 19 IVöB; Art. 14a des Gesetzes des Kantons Waadt vom 24. Juni 1996 über das öffentliche Beschaffungswesen (LMP/VD), Art. 78 und 83 BGG; Rechtsnatur der vom kantonalen Recht vorgesehenen Sanktion bei einem Verstoss gegen die Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens.

Unter Berücksichtigung der anderen Sanktionen, welche vom kantonalen Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vorgesehen werden, namentlich der Verwarnung oder des Widerrufs des Zuschlags, des Ausschlusses von sämtlichen künftigen Vergabeverfahren für eine Maximaldauer von fünf Jahren und der Streichung aus der ständigen Liste der qualifizierten Anbieter, erscheint die Busse, welche bei Verstössen gegen die Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens zusätzlich oder anstelle der anderen Sanktionen ausgesprochen werden kann, als reine Verwaltungsmassnahme. Als Folge davon steht ausschliesslich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen (E. 1). Regeste b

Regeste (fr):
Art. 11 al. 1 let. e et art. 19 AIMP; art. 14a de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP/VD), art. 78 et 83 LTF; nature de la sanction de droit cantonal punissant la violation des règles régissant les marchés publics.

Eu égard aux autres sanctions prévues par la loi cantonale sur les marchés publics, telles que l'avertissement ou la révocation de l'adjudication, l'exclusion de tout nouveau marché pour une durée maximale de cinq ans et l'exclusion de la liste permanente des soumissionnaires qualifiés, l'amende pour violations des règles sur les marchés publics, qui peut être prononcée de façon cumulative ou alternative aux autres sanctions, constitue une mesure administrative. Seul le recours en matière de droit public est par conséquent ouvert (consid. 1). Regeste b

Regesto (it):
Art. 11 cpv. 1 lett. e e art. 19 CIAP; art. 14a della legge vodese del 24 giugno 1996 sui mercati pubblici (LMP/VD), art. 78 e 83 LTF; natura della sanzione di diritto cantonale che punisce la violazione delle regole valide in materia di mercati pubblici.

Tenuto conto delle altre sanzioni previste dalla legge cantonale sui mercati pubblici, quali l'avvertimento o la revoca dell'aggiudicazione, l'esclusione da ogni nuovo mercato per una durata massima di cinque anni e l'esclusione dalla lista permanente degli offerenti qualificati, l'ammenda per violazione di regole sui mercati pubblici, che può essere pronunciata in maniera cumulativa o alternativa alle altre sanzioni, costituisce una misura amministrativa. Solo il ricorso in materia di diritto pubblico è di conseguenza aperto (consid. 1). Regesto b

Regeste b

Art. 7 EMRK, Art. 5, 9 und 164 Abs. 1 lit. c BV; Art. 22 AuG; Art. 14a LMP/VD; Verstoss gegen die Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens. Wer sich während eines Vergabeverfahrens oder bei der Umsetzung des Vertrages nicht an die Vorgaben von Art. 22 AuG hält, einer Norm, die den Schutz der Arbeitnehmer sowie

die Arbeitsbedingungen betrifft, verletzt die Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens im Sinne von Art. 14a Abs. 1 LMP/VD (E. 5.6). Diese Bestimmung sanktioniert nicht den Arbeitgeber sondern den Submittenten, welcher vertraglich mit der Umsetzung des öffentlichen Auftrags betraut wurde, wobei es unerheblich ist, ob dieser das betreffende Werk selbst erstellt oder es durch einen Subunternehmer erstellen lässt (E. 5.7).

Sachverhalt ab Seite 368

BGE 138 I 367 S. 368

Le 8 mai 2009, le Service des routes du canton de Vaud a publié un appel d'offres portant sur la construction du viaduc sur l'A9 dans le cadre de la réalisation de la RC787-H144 Transchablaisienne (Rennaz-Les Evouettes). Les documents d'appel d'offres prescrivaient aux soumissionnaires d'annoncer leurs sous-traitants et leurs fournisseurs au moment de la calculation des prix; en outre, il était exigé des sous-traitants qu'ils respectent les conditions de l'appel d'offre notamment s'agissant des conditions de travail fixées par les conventions collectives et les contrats-types de travail.

BGE 138 I 367 S. 369

Le 13 août 2009, X. SA a soumissionné, annonçant, pour la pose de l'armature (ferraillage), trois sous-traitants: A., B. et C. Le Service des routes a contacté X. SA, pour lui faire savoir que les sous-traitants A. et Cie SA et E. SA n'étaient pas admis. Entre 1999 et 2000 et entre 2007 et 2008, deux des entreprises dirigées par M.B., soit B. (depuis lors en faillite), à K., et E. SA, à L., avaient été surprises sur plusieurs chantiers alors qu'elles enfreignaient la législation en matière de police des étrangers et celle régissant le droit du travail et des assurances sociales.
Le 5 novembre 2009, le Département des infrastructures du canton de Vaud a adjugé à X. SA le marché public. Le 3 juin 2010, le mandataire du maître de l'ouvrage s'est enquis par courrier électronique de la raison sociale du ferrailleur engagé sur le chantier. Dans sa réponse du même jour, X. SA a désigné l'entreprise O. Sàrl, à F. Au courrier électronique de ce dernier était joint un extrait scanné du Registre du commerce du canton du Valais concernant cette entreprise. La partie inférieure, faisant apparaître l'identité des organes de la société, n'a pas été transmise. Un contrôle effectué le 26 octobre 2010 sur le chantier du viaduc a révélé que, sur cinq ouvriers occupés aux travaux de ferraillage, deux n'étaient pas autorisés à travailler en Suisse. Tous ont déclarés être employés par E. SA, à E. Appelé sur les lieux, M.B., directeur de E. SA et gérant de O. Sàrl, a admis les faits. Le 17 février 2011, le Département des infrastructures a prononcé à l'encontre de X. SA une amende de 61'219 fr. pour contravention à l'art. 14a al. 1 de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP/VD; RSV 726.01). Un recours contre cette décision a été rejeté par arrêt du Tribunal cantonal du 2 septembre 2011. Le Tribunal fédéral a rejeté les recours en matière pénale et en matière de droit public dirigés par X. SA contre l'arrêt du 2 septembre 2011 en séance publique du 22 juin 2012. (résumé)

Erwägungen

Extrait des considérants:

1. Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence (art. 29 al. 1 LTF). Il contrôle donc librement la re-

cevabilité des recours qui sont déposés devant lui (ATF 136 II 470 consid. 1 p. 472).

1.1 La voie de droit ouverte devant le Tribunal fédéral, recours en matière pénale (art. 78 ss LTF) ou recours en matière de droit

BGE 138 I 367 S. 370

public (art. 82 ss LTF), dépend de la nature pénale ou publique de la matière en cause. Hormis le cumul avec un recours constitutionnel subsidiaire (art. 119 LTF), il n'est en effet pas possible de saisir le Tribunal fédéral de recours distincts contre une même décision. La désignation erronée de la voie de droit toutefois ne saurait nuire à la recourante si son recours remplit les exigences légales de la voie de droit qui lui est ouverte (ATF 133 I 300 consid. 1.2 p. 302 s.). Lorsque les deux mémoires répondent à ces exigences, tous les griefs soulevés doivent être examinés, pour autant que, comme en l'espèce, il soit aisé de les identifier. A défaut, les mémoires doivent être renvoyés pour rédaction d'une seule écriture, en application analogique de l'art. 42 al. 6 LTF.

1.2 Le litige a pour objet une amende de 61'219 francs prononcée en application de l'art. 14a al. 1 LMP/VD. A la différence d'autres lois, p. ex. de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart; RS 251), la loi vaudoise sur les marchés publics ne distingue pas clairement entre les sanctions administratives (art. 49a à 53 LCart) et d'éventuelles conséquences de droit pénal (art. 54 ss LCart). L'art. 14a LMP/VD a la teneur suivante:
"Art. 14a Sanctions
1 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. 2 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). 3 Les sanctions n'excluent pas d'autres poursuites judiciaires à l'encontre du soumissionnaire fautif."
L'art. 14a LMP/VD s'inscrit dans le prolongement de l'art. 11 de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP; RSV 726.91) qui prévoit notamment:
" Art. 11 Principes généraux
1 Lors de la passation de marchés, les principes suivants doivent être respectés: (...)

BGE 138 I 367 S. 371

e. respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail; (...)

Art. 19 Vérification et sanctions
1 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. 2 Chaque canton détermine les sanctions encourues en cas de violation des dispositions en matière de marchés publics."
La réglementation intercantonale et l'art. 14a LMP/VD sont encore complétés, dans le canton de Vaud, par le règlement d'application du 7 juillet 2004 de la loi cantonale du 24 juin 1996 sur les marchés public (RLMP/VD;

RSV 726.01.1), qui prévoit ce qui suit:
"Art. 6 Participants à l'exécution du marché
1 Le soumissionnaire doit notamment indiquer:
(...)
b. le nom et le siège des participants à l'exécution du marché; c. la preuve de l'aptitude des participants à l'exécution du marché. 2 L'adjudicateur s'assure que les soumissionnaires:
a. respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail, ainsi que l'égalité de traitement entre hommes et femmes; b. garantissent par contrat que les sous-traitants respectent ces prescriptions. 3 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. 4 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."
1.3 Les termes utilisés par le législateur, spécialement celui d'"amende", peuvent se référer tant à une sanction de droit administratif que de droit pénal. Il convient donc d'interpréter la notion au regard des autres sanctions prévues par la loi cantonale sur les marchés publics, telles que l'avertissement ou la révocation de l'adjudication, l'exclusion de tout nouveau marché pour une durée maximale de cinq ans et l'exclusion de la liste permanente des soumissionnaires qualifiés. Il s'agit de mesures administratives, comme le montre également le fait que l'amende peut être prononcée, alternativement ou

cumulativement à l'exclusion de tout nouveau marché pour une durée maximale de cinq ans et à l'exclusion de la liste permanente des soumissionnaires qualifiés. Prononcée par une autorité administrative en lieu et place d'un juge (TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, ch. 1204 p. 402), l'amende en cause ne peut au demeurant pas être convertie en peine privative de liberté (cf. MOOR/POLTIER, Droit administratif, vol. II, 3e éd. 2011, p. 161). Enfin, l'art. 14a al. 3 LMP/VD réserve explicitement d'autres poursuites judiciaires. Dans ces conditions, la cause relève du droit public au sens de l'art. 82 LTF, ce qui ne préjuge pas du champ d'application des garanties ancrées aux art. 6 et 7 CEDH.

1.4 Les recours devant être examinés par la IIe Cour de droit public (art. 30 al. 1 let. c ch. 8 du règlement du 20 novembre 2006 du Tribunal fédéral [RTF; RS 173.110.131]), il n'y a pas lieu de suspendre letraitement du recours en matière de droit public jusqu'à droit connu sur celui en matière pénale. La requête tendant à se voir accorder la possibilité de retirer un des recours dès lors que l'autre serait déclaré recevable est ainsi sans objet.
(...)

5. Invoquant les art. 5, 27 et 36 Cst. ainsi que l'art. 7 CEDH, la recourante se plaint de la violation du principe de la légalité (nulla poena sine lege). Elle soutient que l'art. 14a LMP/VD n'indique pas de manière précise les comportements incriminés ni l'instance compétente ni les sanctions.

5.1 Aux termes de l'art. 7 CEDH, nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international.

5.2 L'art. 7 CEDH a pour objet les accusations en matière pénale telles qu'elles sont décrites par l'art. 6 par. 1 CEDH (STEFAN SINNER, in EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, Karpenstein/Mayer [éd.],Munich 2012, n°8 ad art. 7 CEDH et les références citées). En effet, le libellé de l'article 7 par. 1, seconde phrase, CEDH, indique que le point de départ de toute appréciation de

l'existence d'une peine consiste à déterminer si la mesure en question est imposée à la suite d'une condamnation pour une infraction. Selon la CourEDH, ce qui est pertinent à cet égard, c'est la nature et le but de la mesure en cause, sa qualification en droit interne, les procédures associées à son adoption et à son

BGE 138 I 367 S. 373

exécution, ainsi que sa gravité (arrêts de la CourEDH Scoppola contre Italie (n°2) du 17 septembre 2009, requête n°10249/03 § 97; Welch contre Royaume-Uni du 9 février 1995, requête n°17440/90 § 28). La CourEDH a ainsi jugé qu'une amende de 500'000 drachmes infligée à une société de transport pour avoir enfreint les règles applicables au commerce international lors de l'importation de marchandises pour une valeur totale de 15'050 marks allemands constituait une infraction pénale au sens de l'art. 6 CEDH, en raison de l'enjeu pour la société qui risquait une amende maximale équivalent à la valeur des marchandises soit le triple de celle qui avait été infligée (arrêt de la CourEDH Garyfallou Aebe contre Grèce du 24 septembre 1997, requête 18996/91 § 32 et 33). En l'espèce, bien que la présente affaire doive être considérée, sous l'angle de l'art. 82 LTF, comme une cause de droit public, la quotité de l'amende infligée à la recourante, soit 61'219 fr., dont le montant maximal aurait pu s'élever à 1'137'899 fr., justifie que l'infraction définie à l'art. 14a LMP/VD soit qualifiée de pénale au sens des art. 6 et 7 CEDH. Le grief de violation de l'art. 7 CEDH, au demeurant dûment motivé (cf. art. 106 al. 2 LTF), est par conséquent recevable.

5.3 L'article 7 par. 1 CEDH ne se borne pas à prohiber l'application rétroactive du droit pénal au détriment de l'accusé. Il consacre aussi, de manière plus générale, le principe de la légalité des délits et des peines (nullum crimen, nulla poena sine lege). S'il interdit en particulier d'étendre le champ d'application des infractions existantes à des faits qui, antérieurement, ne constituaient pas des infractions, il commande en outre de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé. Il s'ensuit que la loi doit définir clairement les infractions et les peines qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale. On ne saurait interpréter l'art. 7 CEDH comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible. Savoir jusqu'à quel point la sanction doit être prévisible dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires. La prévisibilité d'une loi

BGE 138 I 367 S. 374

ne s'oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé (arrêt Scoppola précité, § 93 ss et les nombreuses références à la jurisprudence de la CourEDH).

5.4 Les exigences du principe de la légalité (nulla poena sine lege) de l'art. 7 CEDH résultent aussi des art. 5, 9 et 164 al. 1 let. c Cst. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la loi doit être formulée de manière telle qu'elle permette au citoyen d'y conformer son comportement et de prévoir les conséquences d'un comportement déterminé avec un certain degré de certitude, lequel ne peut être fixé abstraitement, mais doit au contraire tenir compte des circonstances. Le juge peut, 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. Si une interprétation conforme à l'esprit de la loi peut s'écarter de la lettre du texte légal, le cas échéant au détriment de l'accusé, il reste que le principe nulla poena sine lege interdit au juge de se fonder sur des éléments que la loi ne contient pas, c'est-à-dire de créer de nouveaux états de fait punissables (ATF 138 IV 13 consid. 4.1 p. 19 s. et les nombreuses références citées). Le principe de la légalité n'interdit toutefois pas les normes de renvoi, qui sanctionnent la violation de prescriptions légales, insérées dans la loi elle-même, dans ses dispositions d'application ou encore dans d'autres actes législatifs, fédéraux ou cantonaux. La disposition pénale doit être lue comme si la règle de concrétisation faisait partie intégrante de son texte. Le comportement incriminé n'est donc pas indéterminé (arrêt 6B_15/2012 du 13 avril 2012 consid. 4.1 et les références de jurisprudence et de doctrine citées).

5.5 Aux termes de l'art. 14a al. 1 LMP/VD, 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. Selon l'art. 14a al. 2 LMP/VD, 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 (loi sur le travail au noir, LTN; RS 822.41). L'art. 14a al. 1 LMP/VD est une "Blankettnorm" de droit pénal. De telles normes sont fréquentes parmi les dispositions pénales des lois spéciales et en principe admissibles sous l'angle constitutionnel (ATF 106 Ia 100 consid. 7a p. 106 s.; ATF 98 Ia 356 consid. 3a p. 360).

5.6 Parmi les règles régissant les marchés publics figure l'art. 6 al. 1 let. e LMP/VD selon lequel lors de la passation des marchés, il y a lieu de respecter les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail. C'est affaire d'interprétation que de désigner quelles sont les dispositions relatives à la protection des travailleurs, une interprétation extensive au détriment de l'inculpé n'étant à cet égard pas contraire au principe de la légalité (cf. consid. 5.4 ci-dessus).
Selon l'art. 22 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20), un étranger ne peut être admis, autrement dit recevoir une autorisation de séjour (art. 11 LEtr) en vue de l'exercice d'une activité lucrative, qu'aux conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche. Il résulte du Message du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers que l'art. 22 (21 du projet) LEtr a été conçu comme une disposition ayant pour but non seulement de protéger le travailleur en Suisse contre le dumping salarial et social mais également la main d'oeuvre étrangère contre l'exploitation financière (FF 2002 3469, 3539 ad art. 21). Selon l'art. 6 al. 3 RLMP/VD, il faut entendre par conditions de travail celles fixées par les conventions collectives et les contrats-types de travail ou, à défaut, celles qui résultent des prescriptions usuelles de la branche professionnelle. Par conséquent celui qui, pendant la procédure d'adjudication ou l'exécution du contrat, ne respecte pas l'art. 22 LEtr, qui constitue une disposition relative à la protection des travailleurs et aux conditions de travail, viole les règles régissant les marchés publics au sens de l'art. 14a al. 1 LMP/VD. L'art. 14a LMP/VD est ainsi formulé de façon suffisamment précise pour permettre à la recourante d'y conformer son comportement et de prévoir les conséquences d'actes déterminés.

5.7 La recourante soutient que l'obligation de surveillance dont l'instance précédente lui reproche la violation incombe, selon la loi cantonale, à l'adjudicateur et non pas à l'adjudicataire. En confirmant sa condamnation, l'arrêt attaqué aurait créé, en violation du principe

nulla poena sine lege et de l'interdiction de l'arbitraire, un nouvel état de fait punissable qui ne ressort d'aucune disposition légale. Ce grief doit être écarté. En effet, le comportement sanctionnée par l'art.14a al. 1 LMP/VD ne consiste pas à surveiller un éventuel sous-traitant comme le soutient à tort la recourante. Le comportement délictueux consiste à ne pas respecter les exigences de l'art. 22 LEtr dans la passation et l'exécution d'un marché public. Les termes "exécution d'un marché public" couvrent en particulier l'acte de construire un ouvrage. En d'autres termes, l'art. 14a LMP/VD ne sanctionne pas l'employeur, mais bien le soumissionnaire à qui l'exécution du marché public a été accordée par contrat, qu'il construise lui-même l'ouvrage en cause ou le fasse construire par un sous-traitant. En conséquence, le soumissionnaire qui fait exécuter le marché par un sous-traitant dont les employés travaillent en violation de l'art. 22 LEtr remplit les conditions objectives de l'infraction sanctionnée par l'art. 14a LMP/VD. La question de savoir s'il remplit également les conditions subjectives de l'infraction dépend de celle de savoir s'il agit au moins par négligence.

5.8 En l'espèce, l'instance précédente a confirmé à bon droit la décision de première instance affirmant que la recourante réalisait les conditions objectives de l'art. 14a LMP/VD puisque deux ouvriers occupés aux travaux de ferraillage n'étaient effectivement pas autorisés à travailler en Suisse.

6. (Le Tribunal fédéral a confirmé que les conditions subjectives de l'infraction prévues par l'art. 14a LMP/VD étaient remplies.)