

## **VD\_OMNI GE.2012.0013 vom 19. November 2012**

VD Tribunal cantonal, 2012-11-19, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2012.0013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2012.0013)

FR: VD\_OMNI GE.2012.0013 du 19 novembre 2012

IT: VD\_OMNI GE.2012.0013 del 19 novembre 2012

### **Regeste**

A. X. \_\_\_\_\_/Service de l'emploi | Travail au noir. Frais de contrôle. Est litigieuse en l'espèce la question de savoir si le frère du recourant - qui travaillait en situation irrégulière - travaillait en tant qu'employé d'un tiers ou en tant qu'employé du recourant; cette question est liée à celle de savoir si le recourant travaillait pour ledit tiers ou était lié à lui par un contrat d'entreprise. Le tribunal parvient à la conclusion que le recourant et son frère étaient tous deux liés par un contrat de travail au tiers en cause. C'est ainsi à tort que l'autorité intimée a sanctionné le recourant en tant qu'employeur de son frère et lui a facturé les frais du contrôle. Recours admis et annulation des frais de contrôle.

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Selon l'art. 75 al. 1 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; RSV 173.36), a qualité pour former recours toute personne physique ou morale ayant pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou ayant été privée de la possibilité de le faire, qui est atteinte par la décision attaquée et qui dispose d'un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. En l'espèce, le recourant est clairement touché par la décision attaquée et a qualité pour recourir.

#### **E. 2**

a) La loi fédérale du 17 juin 2005 concernant les mesures en matière de lutte contre le travail au noir (loi sur le travail au noir; LTN; RS 822.41), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008, institue en particulier des mécanismes de contrôle et de répression (art. 1 LTN). Les cantons doivent désigner, dans le cadre de leur législation, l'organe de contrôle cantonal compétent sur leur territoire (art. 4 al. 1 LTN). La loi cantonale du 5 juillet 2005 sur l'emploi (LEmp; RSV 822.11), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2006, a notamment pour but de mettre en œuvre les mesures de lutte contre le travail au noir (art. 1 al. 2 let. f LEmp). Le Service de l'emploi est l'organe de contrôle cantonal compétent au sens de la LTN (art. 72 LEmp). b) On entend généralement par travail au noir (ou travail illicite), une activité salariée ou indépendante exercée en violation des prescriptions légales, soit en particulier (cf. message du Conseil fédéral du 16 janvier 2002 concernant la loi fédérale contre le travail au noir, FF 2002 3371, p. 3374): l'emploi clandestin de travailleurs étrangers en violation des dispositions du droit des étrangers; l'emploi de travailleurs non déclarés aux assurances sociales obligatoires ou aux autorités fiscales; les travaux exécutés par des travailleurs, notamment durant leur temps libre, en violation d'une convention collective. Le contrôle doit ainsi porter sur le respect des obligations en matière d'annonce et d'autorisation conformément au droit des assurances sociales, des étrangers et de l'imposition à la source (art. 6 LTN). Les personnes chargées des contrôles peuvent en particulier pénétrer dans une entreprise ou dans tout autre lieu de travail pendant les heures

de travail des personnes qui y sont employées; exiger les renseignements nécessaires des employeurs et des travailleurs; consulter ou copier les documents nécessaires; contrôler l'identité des travailleurs, ainsi que les permis de séjour et de travail (art. 7 al. 1 LTN). Les personnes et entreprises contrôlées sont tenues de fournir aux personnes chargées des contrôles les documents et renseignements nécessaires (art. 8 LTN). Les personnes chargées des contrôles consignent leurs constatations dans un procès-verbal (art. 9 al. 1 LTN). c) En ce qui concerne plus particulièrement le recouvrement des frais de contrôle, l'art. 16 al. 1 LTN prévoit que les contrôles sont financés par des émoluments perçus auprès des personnes contrôlées lorsque des atteintes au sens de l'art. 6 LTN ont été constatées; le Conseil fédéral règle les modalités et fixe le montant des émoluments. A cet égard, l'ordonnance fédérale du 6 septembre 2006 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (ordonnance sur le travail au noir; OTN; RS 822.411) précise qu'un émolument est perçu auprès des personnes contrôlées qui n'ont pas respecté leurs obligations en matière d'annonce et d'autorisation visées à l'art. 6 LTN (art. 7 al. 1 OTN). Les émoluments sont calculés sur la base d'un tarif horaire de 150 fr. au maximum pour les activités des personnes chargées des contrôles et comprennent en outre les frais occasionnés à l'organe de contrôle; le montant de l'émolument doit être proportionné à l'ampleur du contrôle nécessité pour constater l'infraction (art. 7 al. 2 OTN). Selon l'art. 79 LEmp, les émoluments prévus par la LTN et son ordonnance d'application sont mis à la charge des personnes physiques ou morales contrevenantes par voie de décision. Le règlement d'application de la LEmp du 7 décembre 2005 (RLEmp; RSV 822.11.1) prévoit à son art. 44 que les personnes contrôlées n'ayant pas respecté leurs obligations en matière d'annonce et d'autorisation visées à l'art. 6 LTN s'acquittent d'un émolument d'un montant de 100 fr. par heure. Le montant des frais ne varie pas en fonction du caractère intentionnel ou non des infractions commises, ni du type ou du nombre d'infractions aux prescriptions légales constatées, mais doit être calculé en fonction du temps qui a été effectivement consacré au contrôle et à son suivi administratif (cf. art. 7 al. 2 OTN et arrêt GE.2007.0148 du 28 septembre 2007 consid. 1c et les références citées), ceci en application notamment du principe de l'équivalence (pour une définition du principe de l'équivalence, cf. GE.2008.0012 du 17 septembre 2009).

### **E. 3**

Est litigieuse en l'espèce la question de savoir si le frère du recourant – qui travaillait en situation irrégulière le 28 octobre 2011 sur le chantier situé au chemin 2\*\*\*\*\* à 3\*\*\*\*\* – travaillait en tant qu'employé de Y. \_\_\_\_\_ SA, comme le recourant le soutient dans son recours, ou en tant qu'employé du recourant, comme le retient la décision attaquée. Pour trancher cette question, il convient tout d'abord de déterminer si le recourant était lié à Y. \_\_\_\_\_ SA par un contrat de travail ou par un contrat d'entreprise. a) La dénomination d'un contrat n'est pas déterminante pour évaluer sa nature juridique (ATF 129 III 664 p. 667 consid. 3.1 et les références citées). Pour qualifier un contrat comme pour l'interpréter, le juge doit tout d'abord s'efforcer de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexacts dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO). Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si elle est divergente, le juge doit interpréter les comportements et les déclarations selon la théorie de la confiance (ATF 128 III 265 consid. 3a, 419 consid. 2.2 p. 422). b) aa) Aux termes de l'art. 319 al. 1 CO, par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé

d'après le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche). Parmi les éléments caractéristiques du contrat de travail figure ainsi l'engagement à fournir un travail régulier pour l'employeur. Le travailleur s'engage en outre à accepter les instructions que lui donnera l'employeur, ce qui implique un lien de subordination tant du point de vue organisationnel et temporel que personnel. Ce rapport de subordination est le critère essentiel pour qualifier un contrat de travail et le délimiter par rapport à d'autres contrats (cf. Pierre Tercier/Pascal Favre, *Les contrats spéciaux*, 4 e éd., Zurich 2009, p. 477 n° 3263 et les références). Le travailleur peut jouir d'une certaine autonomie dans l'exécution de son travail. Il reste toutefois tenu de suivre les directives et instructions de l'employeur (cf. ATF 107 II 430 consid. 1). L'autre élément essentiel du contrat de travail est le versement d'un salaire. L'employeur doit s'engager à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (art. 319 al. 1 CO). bb) Le contrat d'entreprise est le contrat par lequel une des parties (l'entrepreneur) s'oblige à exécuter un ouvrage, moyennant un prix que l'autre partie (le maître) s'engage à lui payer (art 363 CO). La prestation caractéristique du contrat d'entreprise est l'engagement de l'entrepreneur à produire et livrer un ouvrage. L'entrepreneur doit ainsi effectuer un certain travail, produire un certain résultat et il n'a pleinement exécuté son obligation que par la livraison de l'ouvrage (cf. Pierre Tercier/Pascal Favre, *op.cit.*, p. 631 n° 4211ss). cc) Le choix entre la qualification de contrat de travail ou de contrat d'entreprise est fonction de l'ensemble des circonstances du cas particulier et doit être opéré à la lumière des différents critères proposés par la doctrine et la jurisprudence pour distinguer ces deux types de contrat: rapport de subordination ou de dépendance, durée de l'engagement, obligation de résultat, mode de rémunération, devoir de diligence et de fidélité, désignation du contrat par les parties, etc. A cet égard, le critère de délimitation décisif est la subordination juridique, laquelle est absente dans le contrat d'entreprise et essentielle dans le contrat de travail (ATF 112 II 41 consid. 1a/aa p. 46 et les références de doctrine et jurisprudence citées). Doit également être considéré comme déterminant l'existence d'un risque économique, qui est encouru par l'entrepreneur mais non par l'employé (ATF 104 V 126 consid. 3a p. 127). Peuvent constituer notamment des indices révélant l'existence d'un risque économique d'entrepreneur le fait que l'intéressé opère des investissements importants, encourt les pertes, supporte le risque d'encaissement et de ducroire, supporte les frais généraux, agit en son propre nom et pour son propre compte, se procure lui-même les mandats, occupe du personnel, utilise ses propres locaux commerciaux ou son propre matériel. c) En l'occurrence, il résulte du dossier que le recourant a travaillé par le passé comme indépendant, notamment comme responsable de la société D.\_\_\_\_\_ Sàrl, société dont les activités ont cessé à la fin de l'été 2010 et la faillite a été déclarée au mois de septembre 2011. Au mois d'octobre 2010, le recourant a été placé par la société Manpower auprès de l'entreprise Y.\_\_\_\_\_ SA pour une mission temporaire d'un mois. A la fin de cette mission, il a proposé au responsable de l'entreprise Y.\_\_\_\_\_ SA, C. Z.\_\_\_\_\_, de continuer à travailler pour cette société, ce que ce dernier a accepté. Selon les déclarations faites par C. Z.\_\_\_\_\_ lors de l'audience, un salaire mensuel d'environ 7'000 fr. a été depuis lors versé au recourant, salaire versé de la main à la main, qui pourrait correspondre à 35 fr./heure, auquel s'ajoutait l'essence du véhicule privé utilisé par le recourant. C. Z.\_\_\_\_\_ indiquait au recourant les chantiers sur lesquels il devait travailler et le travail qu'il devait faire. On constate ainsi la présence d'éléments caractéristiques du contrat de travail (lien de subordination du point de vue organisationnel et temporel, versement d'une rétribution mensuelle relativement fixe). D'un autre côté, C. Z.\_\_\_\_\_ a indiqué lors de l'audience que le recourant apportait une partie

du matériel, ce qui pourrait plaider pour un contrat d'entreprise, selon la nature du matériel amené. Ce fait est toutefois contesté par le recourant; en outre, C. Z. \_\_\_\_\_ a précisé que c'était lui qui fournissait le matériel lourd, à savoir une pelleteuse. L'utilisation par le recourant de matériel lui appartenant ne saurait ainsi remettre en question l'existence d'un contrat de travail. N'est également pas déterminant à cet égard le fait que, selon ses dires, C. Z. \_\_\_\_\_ n'avait pas annoncé le recourant à sa caisse de compensation, ceci après avoir vérifié que ce dernier était déclaré comme indépendant à la Fédération. C. Z. \_\_\_\_\_ a précisé sur ce point que ses employés étaient déclarés à la Fédération et qu'il payait alors des charges sociales, alors qu'il ne le faisait pas pour les sous-traitants. Il a toutefois admis que des charges sociales concernant le recourant et/ou son frère ont été réclamées et payées après un contrôle. Finalement, on relève que la nature de la relation contractuelle (soit contrat de travail ou contrat d'entreprise) ne dépend pas du fait que l'employeur décide ou non de payer les charges sociales; l'obligation de payer des charges sociales n'est en effet que la conséquence de la qualification de la relation comme contrat de travail. N'est également pas décisif pour qualifier le contrat le fait que C. Z. \_\_\_\_\_ pensait, apparemment de bonne foi, que le recourant était un de ses sous-traitants et non pas un de ses employés. Ce sentiment procédait en effet manifestement d'une méconnaissance des distinctions faites au plan juridique entre les deux types de contrat. Le même constat peut être fait en ce qui concerne les déclarations du frère du recourant à la Police de l'Ouest lausannois selon lesquelles il était l'employé de son frère. B. X. \_\_\_\_\_ n'était en effet probablement pas très au clair en ce qui concernait la nature juridique des liens liant les différents protagonistes. Au surplus, il a pu être constaté lors de l'audience que l'intéressé a du français des connaissances encore rudimentaires. Ses déclarations à la police doivent dès lors être prises avec réserve. Enfin, contrairement à ce que soutient l'autorité intimée, l'existence de documents attestant le paiement d'acomptes au recourant n'est pas décisive dès lors que ces paiements peuvent très bien avoir été effectuées pour s'acquitter d'un salaire. d) Au vu des éléments mentionnés ci-dessus, il apparaît que la relation entre l'entreprise Y. \_\_\_\_\_ SA et le recourant présente de manière prépondérante les caractéristiques du contrat de travail. Dès lors que le recourant était l'employé de l'entreprise Y. \_\_\_\_\_ au moment du contrôle litigieux et non pas un de ses sous-traitants, on ne voit pas pour quelle raison il aurait conclu un contrat de travail avec son frère. De fait, tout indique que B. X. \_\_\_\_\_ était également employé de Y. \_\_\_\_\_ SA. Dès le moment où il a travaillé sur les chantiers pour l'entreprise Y. \_\_\_\_\_ comme force de travail supplémentaire, cette dernière a en effet versé un montant supplémentaire correspondant aux heures qu'il effectuait, un décompte d'heures distincts étant établi pour chacun des deux frères. Il résulte en outre des déclarations du frère du recourant que c'était C. Z. \_\_\_\_\_ qui lui indiquait où il devait travailler et ce qu'il devait faire; il arrivait ainsi qu'il travaille parfois sur des chantiers avec son frère, parfois avec d'autres personnes; par exemple le jour du contrôle, il travaillait avec deux autres ouvriers de C. Z. \_\_\_\_\_. Le fait que le frère du recourant recevait ses instructions directement de C. Z. \_\_\_\_\_ montre ainsi que le lien de subordination, caractéristique du contrat de travail, existait avec l'entreprise Y. \_\_\_\_\_ SA et non pas avec son frère. 4. Vu ce qui précède, c'est à tort que l'autorité intimée a sanctionné le recourant en tant qu'employeur de son frère et lui a par conséquent facturé les frais du contrôle du 28 octobre 2011. Le recours doit dès lors être admis et la décision attaquée annulée. Il y a lieu de laisser les frais de justice à la charge de l'Etat (art. 49 et 50 LPA-VD). Le recourant, assisté d'un mandataire professionnel, a droit à des dépens (art. 55 LPA-VD).

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