

VD_OMNI GE.2016.0133 vom 17. Januar 2017

VD Tribunal cantonal, 2017-01-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2016.0133

FR: VD_OMNI GE.2016.0133 du 17 janvier 2017

IT: VD_OMNI GE.2016.0133 del 17 gennaio 2017

Regeste

A. _____ SA/Service de l'emploi Contrôle du marché du travail | Contrôle du marché du travail et protection des travailleurs Violation du devoir de diligence de l'employeur en matière de police des étrangers. L'entreprise qui recourt au service d'un travailleur mis à sa disposition par une société tierce doit examiner si celui-ci est autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse. En tant qu'employeur de fait, la société recourante aurait dû exiger la production des autorisations de travail de la part de son partenaire contractuel ou procéder elle-même aux vérifications nécessaires. Sanction confirmée et recours rejeté.

Erwägungen

E. 1

Le recours contre les deux décisions du 5 août 2016 respecte le délai de trente jours fixé par l'art. 95 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; RSV 173.36), compte tenu des fêtes judiciaires (art. 96 al. 1 let. b LPA-VD). La recourante a manifestement la qualité pour recourir (art. 75 let. a LPA-VD). Déposé dans les formes prévues par la loi (art. 79 et 99 LPA-VD) auprès du tribunal compétent (art. 92 LPA-VD), le recours est recevable. Il convient de statuer en un seul arrêt et de joindre les causes PE.2016.0339 et GE.2016.0133 (cf. art. 24 al. 1 LPA-VD).

E. 2

La recourante reproche à l'autorité intimée une violation de son droit d'être entendue, en faisant valoir en substance que cette autorité n'aurait pas indiqué les raisons pour lesquelles elle a retenu que la recourante était l'employeur de fait du travailleur étranger contrôlé le 23 mai 2016. a) Les parties ont le droit d'être entendues (art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst.; RS 101]). Le droit d'être entendu implique notamment pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision (comme le prescrit l'art. 42 let. c LPA-VD), afin que l'intéressé puisse la comprendre et l'attaquer utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle. Aussi, l'autorité doit mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé 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. Elle n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige (ATF 138 IV 81 consid. 2.2, ATF 134 I 83 consid. 4.1, ATF 129 IV 179 consid. 2.2). Par ailleurs, pour autant qu'elle ne soit pas d'une gravité particulière, la violation du droit d'être entendu commise en première instance peut être guérie si le justiciable a la faculté de se déterminer dans la procédure de recours, pour autant que l'autorité de recours dispose d'un plein pouvoir d'examen, en fait et en droit (ATF 135 I 279 consid. 2.6.1, ATF 130 II 530 consid. 7.3, ATF 124 V 180 consid. 4a). b) En l'occurrence, il est vrai que dans sa décision du 5

août 2016 (cause PE.2016.0339), l'autorité intimée a indiqué, sans autres explications, qu'elle considérait la recourante comme l'employeur de fait du travailleur contrôlé le 23 mai 2016. Bien que sommaire, cette motivation est suffisante. La recourante a en effet bien saisi la portée de cette décision puisqu'elle a fait valoir les motifs pour lesquels elle estime ne pas devoir être considérée comme l'employeur de fait du travailleur, en se référant aux directives du SEM, devant la Cour de céans. De surcroît, l'autorité intimée s'est déterminée de manière circonstanciée dans sa réponse au recours sur ces éléments. Ainsi, même à supposer qu'il y ait eu violation du droit d'être entendue de la recourante, le vice a été réparé en procédure de recours.

E. 3

La première des deux décisions a trait à la question du respect par l'employeur de ses obligations en matière d'engagement de main d'œuvre étrangère. Elle somme la recourante de respecter les procédures applicables en la matière, sous peine de voir ses futures demandes d'autorisation rejetées (PE.2016.0339). La recourante soutient qu'elle ne saurait être considérée comme l'employeur du travailleur, ressortissant macédonien, qui a été contrôlé sur le chantier à ***** le 23 mai 2016 alors qu'il travaillait sans être au bénéfice d'une autorisation de travail. a) Aux termes de l'art. 11 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20), tout étranger qui entend exercer en Suisse une activité lucrative doit être titulaire d'une autorisation, quelle que soit la durée de son séjour. Il doit la solliciter auprès de l'autorité compétente du lieu de travail envisagé (al. 1). Est considérée comme activité lucrative toute activité salariée ou indépendante qui procure normalement un gain, même si elle est exercée gratuitement (al. 2). En cas d'activité salariée, la demande d'autorisation est déposée par l'employeur (al. 3). Avant d'engager un étranger, l'employeur doit s'assurer que le travailleur 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). Le non-respect de cette obligation expose l'employeur à la sanction prévue par l'art. 122 LEtr. Aux termes de cette disposition, si un employeur enfreint la loi de manière répétée, l'autorité compétente peut rejeter entièrement ou partiellement ses demandes d'admission de travailleurs étrangers, à moins que ceux-ci aient un droit à l'autorisation (al. 1); l'autorité compétente peut menacer les contrevenants de ces sanctions (al. 2). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il appartient à chaque employeur de procéder au contrôle qui lui incombe selon l'art. 91 al. 1 LEtr. La simple omission de procéder à l'examen du titre de séjour ou de se renseigner auprès des autorités compétentes constitue déjà une violation du devoir de diligence qui expose l'employeur à la sanction prévue par l'art. 122 LEtr (ATF 141 II 57 consid. 2.1 et les arrêts cités). La notion d'employeur est une notion autonome qui vise l'employeur de fait et ne se limite pas à celle du droit des obligations (arrêt TF 2C_357/2009 du 16 novembre 2009 consid. 4.2 et les références). Est considéré comme employeur quiconque occupe un travailleur étranger sous ses pouvoirs de direction, avec ses outils ou dans ses locaux commerciaux, quelle que soit la nature du rapport juridique entre l'auteur et la personne employée. Il doit s'agir d'un comportement actif; une simple permission ou tolérance ne suffit pas. Il n'est en revanche pas nécessaire que l'auteur ait la compétence de donner des instructions à la personne employée. Il suffit qu'il entre dans ses attributions de décider qui peut, ou ne peut pas, participer à l'exécution de la tâche et qu'ainsi sa décision conditionne l'activité lucrative de l'intéressé (cf. ATF 137 IV 153 consid. 1.5; ATF 128 IV 170 consid. 4). Concernant la notion d'employeur au sens de l'art. 91 al. 1 LEtr, les directives I. Domaine des étrangers du Secrétariat d'Etat aux migrations (directives SEM – état au 25 novembre 2016; chiffre

4.8.8.2), auxquelles se réfère la recourante, exposent ce qui suit : "Il incombe à l'employeur de s'assurer que les travailleurs étrangers qu'il emploie sont en possession des autorisations de travail nécessaires (art. 91, al. 1, LEtr). La loi fédérale sur les étrangers (LEtr ; RS 142.20) part d'une notion factuelle d'employeur (cf. également ATF 128 IV 170). Est considéré comme employeur quiconque occupe un travailleur étranger sous ses pouvoirs de direction, avec ses outils ou dans ses locaux commerciaux. Il est indifférent que les parties soient liées par un contrat de travail écrit. Dans le cas de la location de services, l'entreprise de mission – c'est-à-dire l'entreprise dans laquelle le travailleur étranger exécute effectivement son travail – est considérée comme l'employeur de facto. Mandat/contrat d'entreprise : De même, les personnes qui font appel à des prestations de services transfrontières doivent s'assurer que les personnes étrangères qui fournissent de telles prestations sont autorisées à exercer une activité lucrative en Suisse (art. 91, al. 2, LEtr). En revanche, dans le cas du contrat de mandat ou du contrat d'entreprise conclu avec un prestataire de services suisse, le mandant n'a aucune obligation légale de contrôler les autorisations des travailleurs étrangers occupés par le mandataire ou le preneur d'ouvrage. Il est néanmoins recommandé que l'entreprise de mission ou le mandant vérifie aussi si les travailleurs possèdent les autorisations de travail et de séjour nécessaires afin d'éviter d'éventuelles difficultés lors des contrôles relevant de la législation sur les étrangers." b) En l'espèce, la recourante est responsable des travaux de gros œuvre sur le chantier sur lequel le travailleur étranger a été contrôlé le 23 mai 2016 alors qu'il effectuait des travaux de ferrailage, soit des travaux qui appartiennent précisément au gros œuvre. La recourante soutient que cette personne ne travaillait pas pour elle mais pour une autre société, D._____. Elle allègue avoir conclu un contrat de sous-traitance avec cette entreprise. Le contrat de sous-traitance désigne en pratique le contrat d'entreprise par lequel une partie (le sous-traitant) s'engage à l'égard d'une autre (l'entrepreneur principal) à effectuer tout ou partie de la prestation de l'ouvrage que celui-ci s'est engagé à réaliser pour le maître principal (cf. Pierre Tercier/Laurent Bieri/Blaise Carron, Les contrats spéciaux, 5^{ème} éd, Fribourg 2016, N. 5.2.4. p. 487). En l'occurrence, pour appuyer ses dires, la recourante a produit en tout et pour tout un seul document intitulé "déclaration du sous-traitant relative au respect des conditions minimales de salaire". La déclaration produite porte uniquement sur la garantie du respect des conditions de salaire et de travail du travailleur par l'entreprise précitée. La recourante n'a en revanche pas produit un contrat de sous-traitance, c'est-à-dire un contrat d'entreprise dont il résulterait qu'elle aurait confié l'exécution d'un ouvrage ou d'une partie d'un ouvrage sous la responsabilité de la société D._____, moyennant un prix déterminé (cf. art. 363 CO). Selon la jurisprudence, il est relativement courant dans le domaine de la construction que l'entrepreneur recoure pour l'exécution de certains travaux à du personnel dont les services lui sont momentanément loués par un autre entrepreneur (à propos de ces notions, en particulier de la distinction entre contrat d'entreprise et location de services, voir dans la jurisprudence cantonale GE.2013.0154 et PE.2013.0388 du 14 janvier 2014 consid. 2b et les références de doctrines citées). Dans le cas présent, il convient de retenir que l'accord conclu entre la recourante et la société tierce s'apparente à de la location de personnel à titre occasionnel, soit un contrat par lequel un entrepreneur met à disposition un ouvrier pour une certaine durée, la recourante n'ayant pas établi qu'elle aurait conclu un contrat de sous-traitance avec D._____. Il s'ensuit selon la jurisprudence précitée que la recourante peut être considérée comme l'employeur de fait du travailleur étranger qui a été contrôlé le 23 mai 2016 alors qu'il travaillait sans autorisations sur le chantier confié à la recourante. Elle ne pouvait donc pas se dispenser d'examiner si le travailleur étranger qui

lui avait été loué, était ou non autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse. La recourante aurait ainsi dû exiger la production de l'autorisation de travail du travailleur étranger par la société tierce ou procéder elle-même aux vérifications nécessaires (art. 91 al. 1 LEtr). c) La recourante se prévaut par ailleurs du principe de la bonne foi en faisant valoir qu'elle pouvait se fier aux directives précitées du SEM. Comme il a été exposé ci-dessus, la recourante n'a pas établi avoir conclu un contrat de sous-traitance, dès lors elle ne peut tirer aucun argument favorable des directives précitées du SEM, dont il résulte que le maître d'ouvrage qui sous-traite une partie de l'ouvrage à un prestataire de services suisse ne doit pas être considéré comme l'employeur de fait. d) C'est partant à juste titre que l'autorité intimée a retenu dans sa décision du 5 août 2016 que la recourante était l'employeur de fait du travailleur étranger, qu'elle avait manqué à son devoir de diligence (art. 91 al. 1 LEtr) en omettant de contrôler que ce dernier disposait des autorisations requises et qu'elle devait par conséquent être sanctionnée pour ce motif (art. 122 al. 2 LEtr). La décision attaquée respecte ainsi le droit fédéral.

E. 4

La recourante conteste également la décision du SDE qui met à sa charge les frais de contrôle (GE.2016.0133). a) En vertu de l'art. 16 al. 1, 1ère phrase, de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le travail au noir (LTN; RS 822.41), 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 (voir aussi l'art. 7 al. 1 de l'ordonnance du 6 septembre 2006 sur le travail au noir [OTN; RS 822.411]). Les émoluments sont calculés sur la base d'un tarif horaire de 150 francs 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). Le règlement du 7 décembre 2005 d'application de la loi vaudoise sur l'emploi (RLEmp; RSV 822.11.1) prévoit enfin, à son art. 44 al. 2, que les personnes contrôlées qui n'ont 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 francs par heure. b) En l'espèce, il est établi que la recourante a occupé à son service un ressortissant étranger qui ne disposait pas des autorisations nécessaires à cet effet. Ce comportement étant constitutif d'une infraction au droit des étrangers et, partant, d'une atteinte au sens de l'art.

E. 6

LTN, l'autorité intimée était en droit, sur le principe, de mettre les frais occasionnés par le contrôle à leur charge. Pour ce qui est du montant de ces frais, l'autorité retient un total de 5h30, au tarif horaire de 100 francs. Ce montant apparaît admissible vu les principes qui viennent d'être exposés. La recourante ne soutient au demeurant pas que ce montant soit excessif. Il s'ensuit que la seconde décision querellée relative aux frais de contrôle ne viole pas le droit fédéral. 4. Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation des deux décisions attaquées. La recourante, qui succombe, supportera les frais de justice (art. 49 al. 1 LPA-VD). Il n'y a en outre pas lieu d'allouer de dépens en l'espèce (art. 55 al. 1 a contrario et art. 56 al. 3 LPA-VD).