

VD_OMNI GE.2017.0160 vom 18. Dezember 2017

VD Tribunal cantonal, 2017-12-18, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2017.0160

FR: VD_OMNI GE.2017.0160 du 18 décembre 2017

IT: VD_OMNI GE.2017.0160 del 18 dicembre 2017

Regeste

A. _____/Service de l'emploi Contrôle du marché du travail | Contrôle du marché du travail et protection des travailleurs. En tant qu'employeur de fait (à tout le moins), la société recourante devait vérifier si le travailleur étranger mis à sa disposition par une société tierce était autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse, ce qu'elle n'a pas fait. Ce manque de diligence est constitutif d'une infraction au droit fédéral des étrangers, de sorte que la sommation adressée est justifiée. La société recourante doit également supporter les frais liés au contrôle durant lequel cette irrégularité a été constatée, frais dont le montant n'apparaît au demeurant pas disproportionné. Recours rejeté.

Erwägungen

E. 1

La recourante requiert la suspension de la procédure jusqu'à droit connu sur la procédure pénale dirigée contre C. _____, actuellement pendante devant le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne. a) L'autorité peut, d'office ou sur requête, suspendre la procédure pour de justes motifs, notamment lorsque la décision à prendre dépend de l'issue d'une autre procédure ou pourrait s'en trouver influencée d'une manière déterminante (art. 25 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; RSV 173.36]). b) Outre le fait qu'un jugement pénal ne lie en principe pas l'autorité administrative, on relèvera que, même à admettre que l'autorité pénale considérerait que seul l'employeur de droit peut être condamné, telle condamnation ne libérerait de toute manière pas la recourante de ses obligations sur le plan administratif (v. en ce sens l'arrêt PE.2017.0108 du 16 octobre 2017 consid. 3b). Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu de suspendre la présente cause jusqu'à droit connu sur le plan pénal, l'état actuel du dossier permettant à l'autorité de céans de statuer en toute connaissance de cause.

E. 2

A titre de mesure d'instruction, la recourante sollicite l'audition de C. _____ et de G. _____, afin que le premier puisse se déterminer sur les faits de la cause et la seconde sur les éléments la concernant. a) Tel que garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 142 II 218 consid. 2.3 p. 222). Il ne comprend toutefois pas le droit d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 130 II 425 consid. 2.1 p. 428). En outre, l'autorité peut mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves proposées,

elle a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.2.1 p. 299). b) La recourante a eu l'occasion d'exposer en détail ses arguments dans le cadre d'un double échange d'écritures. Le tribunal s'estime ainsi suffisamment renseigné sur la base du dossier pour juger en toute connaissance de cause et ne voit en outre pas quels nouveaux éléments utiles à l'affaire, qui n'auraient pu être exposés par écrit, pourraient encore apporter les témoignages sollicités. Il n'y a dès lors pas lieu de donner suite au complément d'instruction requis.

E. 3

La recourante reproche à l'autorité intimée une violation de son droit d'être entendue. Elle fait valoir que, dans son courrier du 4 juillet 2017, cette autorité n'aurait pas attiré son attention sur l'importance, quant aux décisions à rendre, de la nature juridique des liens qu'elle avait avec D._____. N'étant à l'époque pas représentée par un avocat, elle n'aurait pas pu se déterminer sur cet élément précis et s'était limitée à indiquer que le travailleur concerné était employé par D._____, sans préciser la nature juridique des relations existant entre cette société et la recourante. a) Tel que garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu implique notamment pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision, 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. Il suffit que 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. L'autorité n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 p. 564; TF 1B_145/2016 du 1^{er} juillet 2016 consid. 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; 130 II 530 consid. 7.3). b) En adressant le courrier du 4 juillet 2017 à la recourante, l'autorité intimée a averti cette dernière de l'ouverture d'une procédure à son endroit et lui a imparti un délai pour se déterminer, de telle manière à ce que l'intéressée puisse prendre part activement au processus devant aboutir aux décisions litigieuses et effectuer toute démarche qu'elle jugerait opportune, par exemple réunir des éléments de preuve ou recourir à un avocat. A la lecture de l'explication donnée par l'autorité intimée – à savoir qu'un étranger aurait travaillé pour son compte en violation des prescriptions du droit des étrangers – la recourante devait être à même de comprendre les faits qui lui étaient reprochés et de saisir l'importance de la mesure envisagée à son endroit. Aussi lui appartenait-il, cas échéant en s'adressant au préalable à une personne capable de défendre ses intérêts, de fournir toute explication utile propre à clarifier les liens juridiques qui l'unissaient effectivement au travailleur étranger concerné. Ne l'ayant pas fait, la recourante ne saurait à présent tenter d'en tirer argument en sa faveur et tout moyen tiré d'une prétendue violation du droit d'être entendu, infondé, doit être rejeté. De surcroît, même à supposer avérée, telle violation devrait de toute manière être tenue pour guérie en l'espèce, la recourante ayant eu la faculté d'exposer l'ensemble de ses moyens dans le cadre de la présente procédure de recours.

E. 4

Il est reproché à la recourante d'avoir contrevenu à ses obligations en matière d'engagement de main d'œuvre étrangère. a) aa) 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]) 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) 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). 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, in: 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). bb) Aux termes de l'art. 11 LEtr, 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). Dans ce cadre, l'art. 91 al. 1 LEtr institue un devoir de diligence incombant à l'employeur qui doit s'assurer, avant d'engager un étranger, qu'il est autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse en examinant son titre de séjour ou en se renseignant auprès des autorités compétentes. cc) Selon la jurisprudence rendue sous l'empire de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (LSEE, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007), qui garde, pour l'essentiel, sa valeur sous l'empire de la LEtr (cf. arrêt GE.2017.0013 du 28 août 2017 consid. 2a), la notion d'employeur est une notion autonome qui est plus large que celle du droit des obligations et englobe l'employeur de fait (ATF 128 IV 170 consid. 4.1; TF 2C_357/2009 du 16 novembre 2009 consid. 4.2; arrêt GE.2016.0158 du 7 mars 2017 consid. 1b). Celui qui bénéficie effectivement des services d'un travailleur est un employeur nonobstant l'intervention d'un intermédiaire. Peu importe que les parties soient liées par un contrat de travail écrit ou qu'une rémunération soit versée et par qui (arrêt GE.2017.0013 précité consid. 2a). Est déjà un employeur en ce sens celui qui occupe en fait un étranger dans son entreprise, sous sa surveillance et sous sa propre responsabilité et, par conséquent, en accepte les services (ATF 99 IV 110 consid. 1 p. 112 s.; cf. arrêt PE.2017.0108 du 16 octobre 2017 consid. 3a/bb). 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; arrêt GE.2016.0133 du 17 janvier 2017 consid. 3a).

dd) 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, cf. arrêts GE.2013.0154 et PE.2013.0388 du 14 janvier 2014 consid. 2b et les réf. cit.). Un bailleur de services au sens de l'art. 12 de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE; RS 823.11) doit être considéré comme un employeur, sans égard au fait que les travailleurs qu'il loue se soient présentés de leur propre chef ou sur instruction d'un tiers en exécution d'un contrat de location de services. Dans l'hypothèse d'une chaîne de contrats de location, l'art. 91 LEtr ne limite en effet pas le devoir de diligence à un seul employeur. Au contraire, le législateur a clairement voulu renforcer la lutte contre le travail au noir dont l'engagement de travailleurs étrangers dépourvus de titre de séjour et d'autorisation de travail constitue un segment important (message du Conseil fédéral du 16 janvier 2002, in: FF 2002 III 3371 p. 3406). Ainsi, l'obligation de diligence qu'impose l'art. 91 LEtr au bailleur de service au sens de l'art. 12 LSE ne préjuge en rien de l'éventuelle obligation pour les autres parties aux contrats en chaîne de respecter un même devoir de diligence également fondé sur l'art. 91 LEtr (TF 2C_357/2009 du 16 novembre 2009 consid. 5.2; arrêt PE.2016.0097 du 12 septembre 2016 consid. 2b). 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 (ATF 141 II 57 consid. 2.1 p. 59; TF 2C_783/2012 du 10 octobre 2012 consid. 2.1).

ee) 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). Le fait pour un employeur de recourir à un sous-traitant ne le dispense pas de son obligation de vérifier que les personnes travaillant sur le chantier pour le compte du sous-traitant disposent des autorisations nécessaires pour cela (arrêts PE.2016.0345 du 28 avril 2017 consid. 4b; PE.2016.0097 précité consid. 2b). Il ne peut s'exonérer de l'obligation de diligence de l'art. 91 LEtr en se réfugiant derrière une éventuelle tromperie de tiers (arrêt 2C_357/2009 du 16 novembre 2009 consid. 5.3; arrêt GE.2015.0224 du 30 août 2016).

ff) Le non-respect de l'obligation de diligence prévue à l'art. 91 LEtr expose l'employeur à la sanction prévue par l'art. 122 LEtr (TF 2C_1039/2013 du 16 avril 2014 consid. 5.1). D'après cette disposition, si un employeur enfreint la LEtr 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 peut aussi menacer les contrevenants de ces sanctions (al. 2). La jurisprudence a rappelé à cet égard la nécessité pour l'autorité d'adresser à l'employeur un avertissement écrit (intitulé "sommation" selon la terminologie de l'art. 55 de l'ancienne ordonnance fédérale du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers [OLE; RO 1986 1791] et les modifications subséquentes) sur les sanctions qu'il pourrait encourir, en particulier s'agissant d'une première infraction ou d'une infraction mineure, avant que ne soit prononcé un blocage des autorisations. En l'absence d'une telle sommation préalable, il

y a violation du principe de la proportionnalité (cf. arrêt PE.2017.0108 précité consid. 3a/bb et la réf. cit.). gg) Concernant la notion d'employeur au sens de l'art. 91 al. 1 LEtr, les Directives et commentaires du Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) "Domaine des étrangers" (état au 3 juillet 2017, ci-après: la directive du SEM) exposent ce qui suit (ch. 4.8.8.2 p. 187 s): " Il incombe à l'employeur de s'assurer que les travailleurs étrangers qu'il emploie soient en possession des autorisations de travail nécessaires (art. 91, al. 1, LEtr). La LEtr se base sur une notion factuelle du terme «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) La recourante est la société adjudicataire des travaux sur le chantier où le travailleur étranger concerné a été contrôlé le 6 juin 2017, alors qu'il effectuait des travaux de second œuvre (démontage de plafond et repose de plaques). aa) D'emblée, on relèvera qu'il ne subsistait pour B._____ aucun doute quant à l'identité de son employeur, qu'il a spontanément indiqué être A._____, et ceci par deux fois (devant les inspecteurs et devant la police). Par ailleurs, contactée lors du contrôle, l'employée de la recourante G._____ a dans un premier temps expliqué que A._____ avait engagé un travailleur le jour même et qu'il s'agissait probablement de B._____. Elle a certes ensuite modifié sa version (après s'être entretenue avec C._____) et soutenu que ce travailleur était employé par D._____. On rappellera cependant qu'en présence de versions contradictoires, il importe en principe de s'en tenir aux premières explications que l'administré a données alors qu'il en ignorait peut-être les conséquences juridiques, les explications nouvelles pouvant être – consciemment ou non – le fruit de réflexions ultérieures (ATF 121 V 45 consid. 2a p. 47; TF 2C_556/2010 du 2 décembre 2010 consid. 3.2; PE.2016.0345 du 28 avril 2017 consid. 5b). bb) Vu ce qui précède, la version selon laquelle B._____ aurait été exclusivement l'employé de D._____, sans aucun lien avec A._____, n'est guère crédible. Si tel était le cas, on ne comprend en effet pas pour quelle raison il a par deux fois indiqué que son employeur était A._____ et plus particulièrement pour quelle raison il a indiqué spontanément à l'inspecteur du contrôle des chantiers de la construction qu'il travaillait pour l'administrateur unique de la recourante, C._____. Dans ces conditions, le tribunal retiendra qu'il existait bien un lien entre B._____ et la recourante suffisant pour que cette dernière soit qualifiée d'employeur de fait, sans qu'il soit nécessaire de qualifier précisément la nature juridique de la relation existant entre la recourante et D._____ . Vu les circonstances particulières du cas d'espèce, la recourante ne saurait par conséquent se fonder sur la directive du SEM précitée pour remettre en question sa qualité d'employeur de fait. cc) En tant qu'employeur de fait (à tout le moins), la recourante ne pouvait se dispenser

de vérifier préalablement, même en présence de travaux à effectuer d'urgence, si le travailleur actif sur son chantier était autorisé ou non à exercer une activité lucrative en Suisse, en exigeant la production des autorisations de travail de la part de son partenaire contractuel ou en se livrant elle-même aux vérifications nécessaires. A défaut d'avoir procédé de la sorte, la recourante a violé son devoir de diligence et l'autorité intimée était fondée à lui signifier un avertissement, dont on rappelle qu'il peut être infligé à un employeur dès la première infraction commise (ATF 141 II 57 consid. 7 p. 65). La décision attaquée, qui somme la recourante de respecter la procédure applicable à l'avenir, ménage les intérêts privés de l'intéressée et respecte ainsi le principe de proportionnalité. Elle doit en conséquence être confirmée.

E. 5

La recourante conteste également sa condamnation aux frais du contrôle effectué le 6 juin 2017. a) 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 (cf. aussi art. 7 al. 1 de l'ordonnance fédérale du 6 septembre 2006 concernant les mesures en matière de lutte contre le travail au noir [OTN; RS 822.411]); le Conseil fédéral règle les modalités et fixe le montant des émoluments. D'après l'art. 7 al. 2 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. 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. En application de l'art. 44 al. 2 du règlement d'application de la LEmp du 7 décembre 2005 (RLEmp; RSV 822.11.1), 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 150 fr. par heure. b) On l'a vu, la recourante a occupé à son service un travailleur étranger sans autorisation de travail en Suisse, ce alors qu'elle se devait, en sa qualité d'employeur de fait, d'effectuer les vérifications qui s'imposaient quant au statut légal de ce travailleur (cf. consid. 4b/cc). Ce comportement étant constitutif d'une infraction au droit des étrangers et, partant, d'une atteinte au sens de l'art. 6 LTN, c'est à juste titre que l'autorité intimée a mis à la charge de la recourante les frais occasionnés par le contrôle du 6 juin 2017. La seconde décision rendue le 27 juillet 2017 en matière de facturation des frais de contrôle est ainsi fondée. Pour le surplus, la recourante ne conteste ni le décompte d'heures ni le tarif appliqué (seul le principe de la condamnation étant contesté). La cour de céans n'examinera ainsi pas plus en détail ces éléments, étant précisé que le montant de 1'650 fr. retenu n'apparaît quoi qu'il en soit pas disproportionné vu la nature de l'affaire.

E. 6

Il résulte des considérants qui précèdent que le recours doit être rejeté et les deux décisions de l'autorité intimée du 27 juillet 2017 confirmées. Succombant, la recourante supportera les frais de justice et n'a pas droit à des dépens (art. 49, 55, 91 et 99 LPA-VD).