

# VD\_OMNI GE.2018.0171 vom 5. Februar 2019

VD Tribunal cantonal, 2019-02-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2018.0171](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2018.0171)

FR: VD\_OMNI GE.2018.0171 du 5 février 2019

IT: VD\_OMNI GE.2018.0171 del 5 febbraio 2019

## Regeste

A. \_\_\_\_\_ /Service de l'emploi, Service de la population (SPOP) | Travailleur mis à disposition d'une société locataire de services par un contrat de prêt de main d'oeuvre. Contrôle révélant que ce travailleur ne bénéficiait pas des autorisations de séjour et de travail nécessaires. Sommation prononcée à l'encontre de la société locataire de services et frais de contrôle mis partiellement à sa charge. Recours de la société contre ces deux décisions. Violation du devoir de diligence, la société locataire de services, assimilée à un employeur selon l'art. 91 LEI, ayant omis de contrôler les titres de séjour du travailleur en question ou de se renseigner auprès des autorités compétentes. Proportionnalité de la sanction admise. Frais du contrôle confirmés dans la mesure où ils ont fait l'objet d'une répartition entre la recourante et le bailleur de services. Recours rejeté et décisions confirmées.

## Erwägungen

### E. 1

Les décisions du SDE peuvent faire l'objet d'un recours de droit administratif au sens des art. 92 ss de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; BLV 173.36). Les recours ont été déposés en temps utile (art. 95 LPA-VD) et ils respectent les autres exigences formelles de recevabilité (cf. art. 79 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière. 2. La recourante, qui se voit reprocher d'avoir commis une infraction au droit des étrangers en employant un ouvrier en situation irrégulière, conteste tout lien avec la personne en question. a) Aux termes de l'art. 11 LEI, 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 LEI). Le non-respect de cette obligation expose l'employeur à la sanction prévue par l'art. 122 LEI. 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 LEI. 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 LEI (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). Celui qui bénéficie effectivement des services d'un travailleur est un employeur nonobstant l'intervention d'un intermédiaire. Peu importe qu'une rémunération soit versée et par qui. 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.). Dans l'hypothèse d'une chaîne de contrats de location, l'art. 91 LEI ne limite 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 16 janvier 2002 précité, FF 2002 3371 p. 3406). Ainsi, l'obligation de diligence qu'impose l'art. 91 LEI au bailleur de service 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) 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 LEI (TF 2C\_357/2009 du 16 novembre 2009 consid. 5.2). 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 (TF 2C\_1039/2013 du 16 avril 2014 consid. 5.1; cf., en dernier lieu, arrêt PE.2015.0339 du 8 avril 2016). b) L'administration supporte le fardeau de la preuve lorsque la décision intervient, comme en l'espèce, au détriment de l'administré. Cela étant, la jurisprudence admet dans certaines circonstances que l'autorité puisse se fonder sur une présomption de fait. Une telle présomption consiste à tenir pour établis, en l'absence de preuve, les faits qui sont conformes au cours ordinaire des choses, à l'expérience générale de la vie, et que le juge n'a pas de raison de mettre en doute – sauf preuve contraire. L'existence d'une présomption de fait relève, par principe, de l'appréciation des preuves; une telle présomption constitue en effet une forme de preuve par indices (ATF 130 III 699 consid. 4.1). Il incombe alors à l'administré de renverser cette présomption, en raison non seulement de son devoir de collaborer à l'établissement des faits (cf. art. 30 LPA-VD) mais encore de son propre intérêt (PE.2013.0359 du 17 octobre 2014 consid. 2c; PE.2013.0033 du 30 juin 2014 consid. 2c). c) La recourante fait valoir que la personne contrôlée ne fait pas partie de son personnel mais qu'elle travaillait pour une société tierce, \*\*\*\*\*, le jour du contrôle. Elle soutient ensuite ne pas connaître cette personne. Elle a allégué dans un premier temps avoir conclu un contrat de sous-traitance avec cette entreprise tierce et a ensuite produit le contrat de travail entre \*\*\*\*\* et le travailleur en précisant qu'elle avait "loué" ce dernier en tant qu'aide. Elle allègue également qu'elle ne savait pas que le travailleur était occupé sur le chantier. La recourante n'a pas produit un contrat de sous-traitance. Il ressort du dossier de l'autorité intimée que l'employé illégal C.\_\_\_\_\_ i a effectivement conclu un contrat de travail avec la société \*\*\*\*\*, qui prévoit notamment un début d'activité le 9 février 2018. Ce contrat laisse penser 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 par ailleurs pas établi qu'elle aurait conclu un contrat de sous-traitance avec \*\*\*\*\*. Ce contrat prévoit également que le départ matinal se fera du dépôt A.\_\_\_\_\_. Cet élément permet de présumer que le travailleur a bien été engagé afin de travailler pour la recourante. A l'instar de l'autorité intimée, il faut relever qu'il

paraîtrait pour le moins curieux qu'une entreprise tierce puisse donner rendez-vous à ses ouvriers sur les lieux d'activités de la recourante sans que cette dernière en soit informée. Par ailleurs, le travailleur étranger a été contrôlé le 13 février 2018 alors qu'il effectuait des travaux de gros œuvre en compagnie de deux autres travailleurs employés par la recourante. Il n'y avait aucune autre entreprise sur les lieux du contrôle et la recourante était précisément la seule responsable des travaux de gros œuvre (assainissement après dégâts d'eau) sur le chantier en question. A nouveau, on ne comprend pas comment la recourante aurait pu ne pas être au courant de la présence de ce travailleur, alors qu'il travaillait avec ses employés. On relèvera encore que lors de ses premiers contacts avec les inspecteurs, l'administrateur de la recourante n'a pas nié la présence de C.\_\_\_\_\_ sur le chantier en question mais s'est limité à indiquer alors qu'il travaillait pour son sous-traitant. Il est donc manifeste que le recourant a bénéficié dans les faits des services de l'employé C.\_\_\_\_\_, lequel a été mis à sa disposition, soit loué ou prêté, pour œuvrer pour son compte sur le chantier le jour du contrôle. Il incombait dès lors au préalable à la recourante de vérifier s'il était ou non autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse, ce d'autant qu'elle avait déjà fait l'objet d'une sanction pour violation des dispositions du droit des étrangers. Le fait que C.\_\_\_\_\_ ne se serait jamais présenté au dépôt de la recourante et se serait volontairement soustrait aux contrôles pratiqués par celle-ci n'y change rien: il incombait à l'entreprise de s'assurer que les employés qu'elle laissait en charge des travaux à effectuer pour son compte étaient au bénéfice des autorisations nécessaires, puisqu'en définitive, l'élément déterminant est le fait qu'elle bénéficiait dans les faits des services du travailleur en question, le jour du contrôle. A défaut d'avoir procédé de la sorte, elle a violé son devoir de diligence. On relèvera encore, selon la jurisprudence (GE.2016.0083 consid. 2c et les références), que l'entreprise locataire de service ne saurait s'exonérer de son devoir de diligence en mettant la faute sur le bailleur de service. C'est partant à juste titre que l'autorité intimée a retenu dans sa décision du 15 juin 2018 que la recourante était l'employeur de fait du travailleur étranger, qu'elle avait manqué à son devoir de diligence (art. 91 al. 1 LEI) 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 LEI). La décision attaquée respecte ainsi le droit fédéral. d) Compte tenu des circonstances du cas d'espèce, ainsi que des versions des faits déjà largement exposées tant par l'autorité que par la recourante, le Tribunal, par appréciation anticipée des preuves, s'estime suffisamment renseigné sur tous les faits pertinents de la cause, de sorte qu'il n'apparaît pas nécessaire d'ordonner une audience afin d'auditionner le témoin proposé. Il paraît improbable qu'une telle audition, fassent apparaître des éléments nouveaux et d'une force probante suffisante, aptes à influencer sur l'issue du litige (cf. ATF 138 III 374 consid. 4.3.2; 136 I 229 consid. 5.3; 131 I 153 consid. 3). La requête formulée en ce sens par la recourante doit être écartée.

4. Invoquant la liberté économique, la recourante soutient que l'autorité intimée a violé le principe de proportionnalité en la sanctionnant par un rejet de toutes ses demandes d'admission de travailleurs étrangers pour une durée de trois mois. a) La violation du devoir de diligence de l'employeur est sanctionnée à l'art. 122 LEI, lequel prévoit à ses alinéas 1 et 2: "1 Si un employeur enfreint la présente 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.

## **E. 2**

La recourante conteste également sa condamnation aux frais du contrôle effectué le 13 février 2018. a) 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; BLV 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). 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 porte ainsi 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 150 fr. par heure. d) En l'espèce, il est établi que la recourante a occupé à son service un travailleur étranger sans autorisation de travail en Suisse. C'est dès lors à juste titre que l'autorité intimée a sur le principe mis à sa charge les frais occasionnés par le contrôle du 13 février 2018. Pour le surplus, la recourante ne conteste ni le décompte d'heures ni le tarif appliqué – seul le principe de la condamnation étant contesté. On relèvera encore que la recourante n'a pas supporté l'entier des frais de contrôle liés à l'infraction constatée, puisque l'entreprise bailleur de service s'est également vu adresser une facturation à ce titre. En effet, l'autorité

intimée a indiqué avoir facturé à la recourante les opérations en lien avec le contrôle sur place, recouvrant les frais liés aux relations de travail contrôlées, et à \*\*\*\*\* les frais découlant du temps consacré à l'instruction administrative vis-à-vis de cette société. Aucun montant n'a ainsi été prélevé à double, conformément au principe de la couverture des coûts (arrêts GE.2018.0086 du 12 décembre 2018, GE.2014.0010 du 25 février 2015 et GE.2009.0070 du 9 octobre 2009). La seconde décision du 15 juin 2018 intitulée "frais de contrôle" est donc également bien fondée.

### **E. 3**

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet des recours et à la confirmation des décisions attaquées. La recourante, qui succombe, supportera les frais de justice des deux causes jointes (art. 49 al. 1, 91 et 99 LPA-VD). Vu le sort du recours, il n'y a pas lieu d'allouer de dépens (art. 55 al. 1, 91 et 99 LPA-VD).

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