

VD_OMNI GE.2021.0154 vom 17. März 2022

VD Tribunal cantonal, 2022-03-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2021.0154

FR: VD_OMNI GE.2021.0154 du 17 mars 2022

IT: VD_OMNI GE.2021.0154 del 17 marzo 2022

Regeste

A. _____/Service de l'emploi, Contrôle du marché du travail et protection des travailleuse, 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 d'une autorisation de travail valable. Sommation prononcée à l'encontre de la société locataire de services et frais de contrôle mis à sa charge. Recours de cette société à l'encontre de 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 l'existence d'une autorisation de travailler auprès du travailleur ou auprès des autorités compétentes. Proportionnalité de la sanction admise. Frais de contrôle confirmés. Recours rejeté.

Erwägungen

E. 1

Interjetés en temps utile auprès de l'autorité compétente, les recours satisfont par ailleurs aux autres conditions formelles de recevabilité (cf. notamment l'art. 79 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; BLV 173.36], applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

E. 2

a) Dans un premier grief d'ordre formel, la recourante estime que la motivation de la décision attaquée est lacunaire car elle ne fait pas mention des motifs pour lesquels le SDE retiendrait que la recourante a enfreint la loi de manière répétée. b) Conformément aux art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101) et 33 al. 1 LPA-VD, les parties ont le droit d'être entendues. La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu notamment le devoir pour l'autorité de motiver sa décision, afin que le justiciable puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et exercer son droit de recours à bon escient et l'autorité de recours exercer son contrôle. Pour répondre à ces exigences, l'autorité doit mentionner, 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 (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1; 129 I 232 consid. 3.2; cf. aussi arrêts du Tribunal fédéral [TF] 5A_567/2019 du 23 janvier 2020 consid. 4.2; 5A_535/2019 du 25 juillet 2019 consid. 3.3.1; 2C_1004/2018 du 11 juin 2019 consid. 5.1). L'autorité 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 141 V 557 consid. 3.2.1; 134 I 83 consid. 4.1, et les arrêts cités; cf. aussi arrêts TF 5A_567/2019 du 23 janvier 2020 consid. 4.2; 5A_535/2019 du 25 juillet 2019 consid. 3.3.1). La violation du droit d'être entendu peut être réparée devant l'autorité de recours, à condition que cette dernière dispose

du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure et pour autant qu'il n'en résulte aucun préjudice pour la partie lésée. Dans certaines circonstances, la jurisprudence admet que l'autorité intimée puisse donner connaissance de ses motifs dans le mémoire de réponse, ce qui permettra ensuite à l'administré de compléter ses moyens (ATF 135 I 279 consid. 2.6.1; arrêt CDAP GE.2018.0232 du 14 août 2019 consid. 2). c) En l'espèce, la décision attaquée est fondée essentiellement sur deux motifs, à savoir la qualité d'employeur de la recourante et la portée de son devoir de diligence. Pour le surplus, elle consiste principalement dans le rappel des dispositions légales applicables. Elle n'indique pas et n'explique pas en quoi la sanction prononcée serait le résultat du non-respect répété de la réglementation. A la lecture de la décision entreprise, puis de la réponse de l'autorité intimée, force est de constater toutefois que le SDE ne s'est pas fondé sur le critère de la répétition pour rendre sa décision. Il a tout au plus mentionné par surabondance dans sa réponse au recours l'existence de cas antérieurs similaires concernant la recourante, tout en précisant qu'une première infraction suffisait déjà pour infliger une sommation. Dans ces conditions, on ne distingue pas en quoi la décision attaquée serait lacunaire sur ce point et comporterait un défaut de motivation. Dans tous les cas, le SDE a développé cet aspect dans sa réponse, à laquelle la recourante a dûment répliqué, de sorte que ce vice éventuel devrait de toute façon être considéré comme réparé dans le cadre du recours. Ce grief doit donc être rejeté.

E. 3

a) Sur le fond, la recourante soutient qu'elle ne peut pas être considérée comme l'employeur de B._____ au sens de l'art. 122 LEI car elle n'avait pas de réelle maîtrise de la situation de celui-ci. Il travaillait en réalité pour une autre société avec laquelle la recourante était liée par un contrat de sous-traitance. A ce titre, elle n'exerçait aucun pouvoir de gestion et de surveillance sur cet employé et ne pouvait s'assurer de l'existence des autorisations nécessaires auprès de lui, mais uniquement auprès de la société précitée, ce qu'elle a fait. A ce sujet, elle avait requis de la société sous-traitante une copie du contrat de travail de l'intéressé, qui confirmerait que C._____ respectait les dispositions relatives à la lutte contre le travail au noir. On ne saurait donc lui imputer une violation de son devoir de diligence et encore moins une volonté intentionnelle de violer les règles en la matière. Le ministère public ne s'y serait pas trompé car il aurait retenu que l'administrateur de la recourante n'aurait pas agi de façon délibérée. La recourante estime qu'elle a mis en place depuis 2016 des procédures de contrôle visant à être irréprochables lors de contrôle de chantier, en collaborant avec le SECO et les commissions paritaires. Elle déclare être l'objet de dénonciations calomnieuses, qui seraient à l'origine du contrôle en cause intervenu sur le chantier, et s'étonne que l'intervention de l'inspection du travail ait eu lieu le premier jour de travail de l'intéressé. b) Aux termes de l'art. 11 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI; 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 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 (art. 91 al. 1 LEI). Quiconque sollicite, en Suisse, une prestation de services transfrontaliers doit s'assurer que la personne qui fournit la prestation de services est autorisée à exercer une activité en Suisse en examinant son titre de séjour ou en se

renseignant auprès des autorités compétentes (art. 91 al. 2 LEI). Selon la jurisprudence, il appartient à chaque employeur de procéder au contrôle. 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 et les arrêts cités). 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). c) La notion d'employeur au sens du droit des étrangers est une notion autonome qui vise l'employeur de fait et ne se limite pas à celle du droit des obligations (cf. ATF 128 IV 170 consid. 4.1). 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 (cf. ATF 99 IV 110 consid. 1; TF 6B_511/2017 du 16 novembre 2017 consid. 2.1; TF 6B_243/2014 du 15 juillet 2014 consid. 5.3; TF 6B_815/2009 du 18 février 2010 consid. 2.3). 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; CDAP GE.2018.0237 du 12 juin 2019 consid. 3b; CDAP PE.2018.0369 du 4 mars 2019 consid. 2a/cc et les références citées). 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 (cf. 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 LEI au bailleur de services au sens de l'art. 12 de la loi fédérale du 6 octobre 1989 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; CDAP GE.2018.0237 du 12 juin 2019 consid. 3c; CDAP PE.2018.0269 du 21 mars 2019 consid. 3a; CDAP GE.2018.0171 et PE.2018.0330 du 5 février 2019 consid. 2a et les références citées). d) Dans le cas présent, il n'est pas contesté que B._____ n'était pas l'employé direct de la recourante et qu'ils n'étaient pas liés par un contrat de travail. La recourante a reconnu toutefois que cet ouvrier avait été mis à sa disposition sur le chantier sous la forme d'un contrat de sous-traitance. Elle a précisé qu'elle s'occupait elle-même de la direction du chantier. B._____ était donc de fait soumis à ses instructions. Compte tenu de ces éléments, il ne fait aucun doute que la recourante a bénéficié des services de l'ouvrier concerné, agissant ainsi comme son employeur de fait. L'employeur de fait est tenu au même devoir de diligence que l'employeur de droit et ne peut donc s'en décharger au seul motif que ce dernier y a manqué avant lui. L'argument de la recourante consistant à dire qu'elle se serait assurée auprès de C._____ que l'ouvrier loué serait au bénéfice d'un contrat de travail et que cette société respectait les dispositions du travail au noir tombe à faux. Il ne suffisait pas à la recourante de se fonder sur les déclarations, même attestées par

écrit, selon lesquelles C. _____ respectait la législation en matière d'emploi d'étrangers. La production d'un contrat de travail n'est pas non plus déterminante. Si elle avait été plus diligente, elle aurait d'ailleurs dû réagir au fait que le contrat de travail ne comportait pas la signature du travailleur, ce qui n'a manifestement pas été le cas. Quant à l'attestation de paiements des charges sociales par C. _____, il s'agit d'une simple attestation générale d'affiliation à une caisse de compensation, qui ne fait aucune référence à l'ouvrier concerné. La recourante ne pouvait ignorer que B. _____ était de nationalité kosovare, puisque cela figurait clairement sur le contrat de travail fourni. Selon la jurisprudence citée plus haut, il lui appartenait donc de contrôler personnellement que son ouvrier était autorisé à travailler en Suisse. La loi elle-même prévoit d'ailleurs expressément que l'employeur doit s'assurer de l'existence de cette autorisation en examinant son titre de séjour ou en se renseignant auprès des autorités compétentes. Ce n'est que dans ces conditions que l'employeur remplit pleinement son obligation de diligence et est en mesure d'être convaincu qu'il emploie un ouvrier autorisé. Le ministère public n'est d'ailleurs pas arrivé à une conclusion différente en considérant que l'administrateur de la recourante n'avait pas fait preuve de la prudence que les circonstances lui imposaient dans cette situation. La recourante dit nourrir des craintes d'être la cible d'actes malveillants de la part de ses concurrents. Dans ces conditions, elle aurait dû être d'autant plus attentive et s'efforcer de procéder elle-même aux vérifications nécessaires. Au final, il ne fait pas de doute que la recourante a failli au devoir de diligence qui lui incombait au sens de l'art. 91 al. 1 LEI. L'ouvrier contrôlé n'étant pas au bénéfice d'une autorisation de travail, elle s'exposait par conséquent aux sanctions de l'art. 122 LEI.

E. 4

a) La recourante soutient encore que l'autorité intimée n'aurait pas respecté le principe de la proportionnalité. La menace de rejeter toutes les futures demandes d'admission de travailleurs étrangers pour une durée variant d'un à douze mois serait trop sévère dans un domaine d'activité où la grande majorité de la main d'œuvre disponible est d'origine étrangère. La recourante gère plusieurs chantiers en parallèle et a besoin de flexibilité dans son personnel. Lui refuser tout permis de travail pour des étrangers durant douze mois conduirait inévitablement à sa faillite. Par ailleurs, les propres employés de la recourante seraient exempts de tout reproche et les infractions constatées ne concerneraient que des employés sous-traités. b) Exprimé de manière générale à l'art. 5 al. 2 Cst., le principe de proportionnalité, applicable notamment en matière de sanction administrative, exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude) et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité); en outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et il exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (principe de la proportionnalité au sens étroit, impliquant une pesée des intérêts en présence) (ATF 140 I 2 consid. 9.2.2; 139 I 180 consid. 2.6.1; 138 II 346 consid. 9.2; 137 I 167 consid. 3.6; 136 IV 97 consid. 5.2.2; 133 I 110 consid. 7.1). c) En l'espèce, l'autorité intimée a relevé que la recourante avait déjà fait l'objet de deux décisions de sommation en date des 28 janvier 2008 et 6 février 2012. De plus, au moment du contrôle du chantier en cause, l'administrateur de la recourante s'était fait condamner pénalement à deux reprises déjà, en 2012 et 2016, pour l'emploi d'étrangers sans autorisation. L'ordonnance pénale du 14 janvier 2022 constituait donc une troisième condamnation pour un motif semblable, de surcroît fondée sur deux incidents similaires puisque les faits retenus ne concernent pas seulement la situation de B. _____, mais aussi un contrôle antérieur en date du 12 novembre 2019 ayant également révélé

l'emploi de personnel sans autorisation. La recourante n'en est donc pas à sa première infraction, ni à sa première sommation. Dans ces conditions, en se contentant de prononcer un avertissement au sens de l'art. 122 al. 2 LEI, le SDE a déjà fait application du principe de la proportionnalité puisqu'il a choisi de s'en tenir à la sanction la moins sévère offerte par la loi. La durée de la menace de sanction, variant d'un à douze mois, n'apparaît pas non plus disproportionnée. L'avertissement prononcé a pour but d'inciter la recourante à être particulièrement attentive dans l'examen des autorisations de travail de ses employés et doit à ce titre constituer une menace suffisamment sévère pour remplir son objectif incitatif. La durée maximale indiquée apparaît d'autant moins critiquable au vu des indications données dans son recours par la recourante, qui semble considérer que ses besoins en main d'œuvre étrangère et en flexibilité devraient justifier une tolérance plus élevée des autorités de contrôle du marché du travail dans ce contexte. Or ces aspects ne sauraient en aucun cas légitimer une violation des dispositions sur le travail au noir par la recourante, que cela concerne ses propres employés ou ceux de ses sous-traitants. On relèvera encore que la mention d'une durée variant d'un à douze mois constitue aussi l'expression du principe de la proportionnalité puisqu'elle permettra à l'autorité, en cas d'éventuelle nouvelle infraction, de pondérer la durée de la sanction en fonction de la gravité des circonstances de l'espèce. La décision entreprise ne constitue qu'une sommation qui, outre pour l'ouvrier concerné et les frais qu'elle engendre, n'a pas d'autre conséquence pratique en l'état pour la recourante, qui continue à être autorisée à employer du personnel étranger. Si elle entend éviter tout rejet effectif de ses demandes de main d'œuvre étrangère, il appartiendra à l'avenir à la recourante de faire preuve de la diligence requise afin d'éviter toute nouvelle infraction. Tel semble pouvoir être le cas puisqu'elle a exposé qu'elle avait décidé de renoncer au prêt de personnel par des entreprises tierces, sans que cela ne porte manifestement atteinte à son activité. Au final, pour les motifs qui précèdent, l'avertissement infligé par le SDE est parfaitement justifié et proportionné. La première décision attaquée, intitulée "infraction au droit des étrangers", doit dès lors être confirmée.

E. 5

a) La deuxième décision litigieuse condamne la recourante au paiement des frais de contrôle, par 1'250 francs. b) La loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN; RS 822.41), institue en particulier des mécanismes de contrôle et de répression (cf. art. 1 LTN). L'organe de contrôle cantonal compétent, soit le Service de l'emploi dans le canton de Vaud (cf. art. 72 al. 2 de la loi vaudoise du 5 juillet 2005 sur l'emploi [LEmp; BLV 822.11]), examine le respect des obligations en matière d'annonce et d'autorisation conformément au droit des étrangers (cf. art. 6 LTN). Les personnes chargées des contrôles peuvent 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 et contrôler les permis de séjour et de travail (art. 7 al. 1 let. a à e LTN). Les personnes et entreprises contrôlées sont tenues de fournir aux personnes chargées des contrôles les documents et renseignements nécessaires (art. 8, 1^{ère} phrase, LTN). Les personnes chargées des contrôles consignent leurs constatations dans un procès-verbal (art. 9 al. 1, 1^{ère} phrase, LTN). 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 (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.

E. 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 nécessaire 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, y compris les honoraires d'experts extérieurs, sont mis à la charge des personnes physiques ou morales contrevenantes par voie de décision. Le règlement vaudois du 7 décembre 2005 d'application de la LEmp (REmp; BLV 822.11.1) prévoit, 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 150 fr. par heure. c) La jurisprudence a précisé qu'il suffisait que l'on puisse reprocher à un employeur une atteinte au sens de l'art. 6 LTN pour que les frais du contrôle puissent être mis à sa charge (arrêt CDAP GE.2015.0095 du 12 février 2016 consid. 2b; GE.2014.0010 du 25 février 2015 consid. 5a, GE.2013.0148 du 7 janvier 2014 consid. 4a, GE.2013.0084 du 27 décembre 2013 consid. 1a et 1a référence). Le montant des frais ne varie pas en fonction du caractère intentionnel ou non des infractions commises, et 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 CDAP GE.2009.0226 du 20 mai 2010 consid. 2d et les références citées), ceci en application notamment du principe de l'équivalence (pour une définition du principe de l'équivalence, cf. arrêt CDAP GE.2008.0012 du 17 septembre 2009). d) En l'espèce, la recourante se contente de contester, sur le principe, les frais de contrôle facturés conséquemment au contrôle. Or, il a été établi précédemment que la recourante a occupé à son service un ressortissant étranger sans autorisation, alors qu'il lui appartenait de vérifier le statut légal de ce travailleur. 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 sa charge les frais occasionnés par le contrôle. Pour le surplus, la recourante ne conteste ni le décompte d'heures effectué, qui paraît admissible au regard de la nature de l'affaire, ni le tarif appliqué, qui ne prête pas le flanc à la critique. Il s'ensuit que la seconde décision attaquée, intitulée "facturation des frais de contrôle", s'avère également bien fondée. 6. Les considérants qui précèdent conduisent au rejet des recours et à la confirmation des deux décisions attaquées. La recourante, qui succombe, supportera les frais de justice (cf. art. 49 al. 1 LPA-VD). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens (cf. art. 55 al. 1 a contrario LPA-VD).

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