

VD_OMNI GE.2022.0052 vom 8. Dezember 2022

VD Tribunal cantonal, 2022-12-08, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2022.0052

FR: VD_OMNI GE.2022.0052 du 8 décembre 2022

IT: VD_OMNI GE.2022.0052 del 8 dicembre 2022

Regeste

A. _____/Direction générale de l'emploi et du marché du travail - DGEM, Service de la population (SPOP) | Rejet des recours contre deux décisions, l'une relative à une infraction au droit des étrangers sommant la recourante de respecter à l'avenir les dispositions en vigueur en matière d'engagement de main d'oeuvre étrangère et l'autre concernant la facturation des frais du contrôle effectué par les inspecteurs du marché du travail. Dans le domaine de la restauration, les travaux de nettoyage constituent une activité lucrative au sens de l'art. 11 al. 2 LEI, qui dépasse le simple petit service et requiert une autorisation de travail. Le montant des frais de contrôle, de 550 fr., n'est pas disproportionné.

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

Le litige porte premièrement sur la sommation et les frais infligés à la recourante pour non-respect des procédures applicables à l'engagement de main-d'œuvre étrangère. Les décisions attaquées retiennent que la recourante a occupé à son service, le 6 octobre 2021 à tout le moins, un travailleur étranger qui n'était pas en possession des autorisations nécessaires délivrées par les autorités compétentes au moment du contrôle inopiné effectué par les inspecteurs du marché du travail. a) La loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN; RS 822.41) institue notamment des mécanismes de contrôle et de répression (cf. art. 1 LTN). On entend généralement par travail au noir (ou travail illicite), une activité salariée ou indépendante exercée en violation des prescriptions légales, soit en particulier: 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 (cf. Message du Conseil fédéral du 16 janvier 2002 concernant la loi fédérale contre le travail au noir, in: FF 2002 3371, spéc. p. 3374; CDAP GE.2020.0030 du 21 décembre 2020 consid. 3a et les références citées). 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]), devenu le 1^{er} juillet 2022 la DGEM, doit ainsi examiner 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 (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).

b) 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). La notion d'activité lucrative salariée est précisée à l'art. 1a de l'ordonnance fédérale du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA; RS 142.201). Est considérée comme activité salariée, selon l'al. 1 de cette disposition, toute activité exercée pour un employeur dont le siège est en Suisse ou à l'étranger, indépendamment du fait que le salaire soit payé en Suisse ou à l'étranger et que l'activité soit exercée à l'heure, à la journée ou à titre temporaire. A cet égard, les directives et commentaires édictés par le Secrétariat d'Etat aux migrations dans le domaine des étrangers (Directives LEI), actualisés le 1^{er} novembre 2021, spécifient ce qui suit: " 4.1.1 Notion d'activité lucrative (Art. 1-3 OASA) En vue de l'application d'une politique d'admission contrôlée, l'extension donnée à la notion d'activité lucrative (activité lucrative indépendante, activité salariée et prestation de service transfrontière) doit être la plus large possible. Au sens de l'art. 11, al. 2, LEI et des art. 1 à 3 OASA, toute activité indépendante ou salariée qui normalement procure un gain est considérée comme activité lucrative, même si l'activité est exercée gratuitement ou si la rémunération se borne à la couverture des besoins vitaux élémentaires (nourriture, logement). Conformément à la doctrine et à la jurisprudence, la distinction repose sur des critères objectifs et non subjectifs [ATF 110 Ib 63 consid. 4b cité en note de bas de page]. [...] Dans l'esprit de la loi, la notion d'activité lucrative doit être interprétée de manière large au sens d'une politique d'admission contrôlée des travailleurs. Cependant, la possibilité d'exercer une activité non lucrative ne saurait être totalement exclue. Est normalement réputée orientée sur le gain toute activité qui est exercée par un étranger et a un effet sur le marché suisse du travail. Concrètement, la question ne consiste donc pas à savoir si l'étranger va exercer une activité en vue de gagner sa vie en Suisse, mais si son activité sur le marché suisse du travail est en principe exercée contre rétribution. [...] 4.8.8.3 Que veut dire « activité lucrative » ou « occuper » ou « faire travailler » au sens du droit des étrangers? Les étrangers qui veulent exercer une activité lucrative en Suisse ont besoin en principe d'une autorisation. Toute activité qui dépasse le simple petit service et qui est exercée normalement contre rémunération doit être qualifiée d'activité lucrative. La durée de l'activité lucrative est en l'occurrence indifférente, de même que la question de savoir s'il s'agit d'une activité principale ou accessoire (art. 11 LEI) [...]".

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 137 IV 297 consid. 1.4; 128 IV 170 consid. 4.1). 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 et les références citées). 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; GE.2019.0238 du 19 juin 2020 consid. 4d/aa et les références citées). Avant d'engager un étranger, l'employeur doit s'assurer que celui-ci 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). 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. Le non-respect de cette obligation expose l'employeur à la sanction prévue par l'art. 122 LEI (cf. ATF 141 II 57 consid. 2.1 et les arrêts cités; TF 6B_583/2020 du 1^{er} octobre 2020 consid. 1.2). 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). d) En l'espèce, les faits à l'origine des décisions attaquées ne sont pas contestés. La recourante reconnaît que C._____ a balayé le sol de son établissement et se trouvait seul derrière le bar. Elle ne conteste pas non plus que ce dernier ne disposait pas des autorisations nécessaires pour exercer une activité lucrative. La recourante allègue en revanche que C._____ a voulu, seul et sans demander à B._____, donner un coup de main à ce dernier en balayant le sol afin qu'il puisse l'accompagner chez le médecin et l'aider car il ne parlait pas français. Ces explications n'emportent pas la conviction. Il est plus que courant, dans le domaine de la restauration, de confier le nettoyage des locaux au personnel de service, contre rémunération. Le fait de se trouver seul derrière le bar avec un balai et de balayer le sol peu avant l'ouverture de l'établissement est le comportement typique du personnel qui exécute son cahier des charges. Un tel comportement dépasse le simple petit service; il s'agit d'une activité qui est en principe exercée contre rétribution sur le marché suisse du travail (cf. ég. GE.2020.0030 précité consid. 3e). On constate également qu'aucun élément au dossier ne démontre que C._____ avait rendez-vous chez le médecin peu avant l'heure où l'établissement devait ouvrir pour le service de midi ou que la recourante avait effectivement prévu de fermer son établissement ce jour-là. A l'instar de l'autorité intimée, on relèvera que le moment choisi pour fermer le restaurant et s'en absenter apparaît surprenant. On mentionnera encore que selon les inspecteurs du travail, qui sont des officiers publics assermentés, l'intéressé a spontanément reconnu travailler pour la recourante à l'occasion du contrôle. Il y a ainsi lieu de retenir que C._____ a effectivement servi les intérêts de la recourante en balayant le sol et en effectuant cette tâche qui aurait sinon incombé à un autre employé. Peu importe que l'intéressé n'ait pas été rétribué en contrepartie, puisqu'en vertu de l'art. 11 al. 2 LEI, même une activité qui est exercée gracieusement doit être considérée comme lucrative si elle procure normalement un gain, ce qui est le cas en l'occurrence. De même, il y a lieu de retenir que la recourante a effectivement bénéficié des services de C._____ et qu'elle a dès lors agi, à tout le moins, comme employeur de fait. A cet égard, on relève que B._____, qui était présent lors du contrôle inopiné du 6 octobre 2021, est associé gérant, de sorte qu'il entre dans ses attributions de décider qui peut, ou ne peut pas, participer à

l'exécution d'une tâche telle que balayer le sol de l'établissement exploité par la recourante, ce qui n'est au demeurant pas contesté. Or, l'employeur de fait est tenu au même devoir de diligence que l'employeur de droit (GE.2019.0238 précité consid. 4d/aa) et doit ainsi vérifier que les personnes œuvrant à son service sont autorisées à travailler en Suisse. En l'occurrence, C._____ ne disposait pas des autorisations nécessaires et rien n'indique, dans les dossiers des autorités concernée et intimée, que la recourante ait entrepris des démarches afin de vérifier qu'il disposait de telles autorisations. Dans ces conditions, même s'il s'agit d'un cas limite, l'autorité intimée était fondée à considérer que l'intéressé avait exercé une activité lucrative pour le compte de la recourante et que cette dernière avait manqué à son devoir de diligence (art. 91 al. 1 LEI), en omettant de contrôler si le travailleur œuvrant à son service disposait des autorisations nécessaires pour exercer une activité lucrative. Pour ces mêmes motifs, l'autorité était donc en droit de lui adresser une menace de sanctions au sens de l'art. 122 al. 2 LEI, soit un avertissement qui ménage les intérêts privés de la société et respecte ainsi le principe de la proportionnalité, quand bien même il s'agissait d'une première infraction (voir en particulier sur cette question l'ATF 141 II 57 consid. 7) et de lui infliger les frais y relatifs. La première décision contestée, intitulée " Infraction au droit des étrangers ", est bien fondée et doit dès lors être confirmée.

E. 3

Secondement, le litige porte sur la condamnation de la recourante au paiement des frais de contrôle, d'un montant de 550 fr. a) En ce qui concerne 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. 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, 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. b) En l'espèce, la recourante se contente de contester, sur le principe, les frais 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 (cf. consid. 2 supra). 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 par le SDE, qui paraît admissible au regard de la nature de l'affaire, ni le tarif appliqué. Au demeurant, un émolument calculé en proportion du nombre d'heures effectuées est proportionné à l'ampleur du contrôle nécessité et respecte ainsi l'art. 7 al. 2 OTN. Ainsi, l'émolument dû en l'espèce ne prête pas le flanc à la critique. Il s'ensuit

que la seconde décision attaquée, intitulée " Frais de contrôle ", s'avère également bien fondée et doit être confirmée.

E. 4

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.