

VD_OMNI GE.2022.0066 vom 8. August 2022

VD Tribunal cantonal, 2022-08-08, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2022.0066

FR: VD_OMNI GE.2022.0066 du 8 août 2022

IT: VD_OMNI GE.2022.0066 del 8 agosto 2022

Regeste

A. _____/Direction générale de l'emploi et du marché du travail - DGEM, Service de la population (SPOP) | Rejet du recours contre une décision du SDE sommant la recourante de respecter à l'avenir les dispositions en vigueur en matière d'engagement de main d'oeuvre étrangère. Une aide ponctuelle apportée le temps d'une journée par un proche constitue une activité lucrative au sens de l'art. 11 al. 2 LEI et requiert une autorisation de travail.

Condamnation au paiement des frais de contrôle également confirmée. La somme de 1500 fr. mise à la charge de la recourante n'apparaît pas disproportionnée.

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). La recourante est directement touchée par les décisions attaquées (art. 75 al. 1 let. a et 99 LPA-VD), les recours ont été formés en temps utile (art. 95 LPA-VD) et ils satisfont aux autres conditions formelles de recevabilité (art. 79 al. 1 et 99 LPA-VD), si bien qu'il y a lieu d'entrer en matière.

E. 2

Sur le fond, la décision "infraction au droit des étrangers" du 24 février 2022 retient en substance que C. _____ était présent sur le chantier lors du contrôle effectué le 27 octobre 2021 et qu'il y exerçait une prestation de travail en faveur de la recourante, ceci sans être au bénéfice des autorisations de travail requises. 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). La notion d'activité lucrative salariée de l'art. 11 al. 2 LEI 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 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 (al. 1). Est également considérée comme activité salariée toute activité exercée en qualité d'apprenti, de stagiaire, de volontaire, de sportif, de travailleur social, de missionnaire, de personne exerçant une activité d'encadrement religieux, d'artiste ou d'employé au pair (al. 2). En outre, 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 LEI (cf. arrêt PE.2019.0157 du 3 février 2020 consid. 4b), 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 PE.2018.0369 du 4 mars 2019 consid. 2a/cc). 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 (GE.2017.0186/PE.2017.0449 du 19 juin 2018 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.; TF 6B_511/2017 consid. 2.1; GE.2018.0013 du 30 janvier 2020 consid. 2c). 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 (ATF 137 IV 153 consid. 1.5; 128 IV 170 consid. 4; arrêt GE.2018.0237/PE.2018.0453 du 12 juin 2019 consid. 3b). Dans ce cadre, l'art. 91 al. 1 LEI 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. 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). b) En l'espèce, les inspecteurs ayant effectué le contrôle sur le chantier le 27 octobre 2021 ont mis en lumière un faisceau d'éléments laissant apparaître que C. _____ était bel et bien en train d'effectuer une prestation de travail en faveur de la recourante. Autant le fait qu'il déambulait seul sur le site en portant un seau rempli d'objets à la main que le port d'une tenue de chantier complète et maculée démontrent que l'intéressé était effectivement actif en tant que travailleur au moment du contrôle. Quand bien même cette activité consistait en une aide ponctuelle et gratuite, elle suffit à remplir les conditions de l'art. 11 al. 2 LEI concernant la notion d'activité lucrative. En effet, l'activité déployée par C. _____, très vraisemblablement à titre gratuit, aurait dû, sans sa présence, être effectuée par un employé rémunéré. L'intéressé a donc servi les intérêts économiques de la recourante en lui permettant de réaliser un gain, à savoir une économie de main d'œuvre salariée. Enfin, il n'est pas non plus contesté que l'intéressé n'aurait pu être présent sur le chantier sans le concours de son fils B. _____, par ailleurs associé gérant de la recourante. En cette qualité, il entrait pleinement dans ses attributions de décider de la présence de son père sur le chantier et des activités qu'il pouvait y mener. La recourante endossait donc un rôle d'employeur de fait dans le sens retenu par la jurisprudence. Le moyen avancé – soit la constatation inexacte des faits – et les arguments développés par la recourante à l'appui de son recours ne permettent pas de remettre en cause les conclusions de l'autorité intimée. La présence relativement brève de C. _____ en Suisse pour une visite de famille, la profession d'agriculteur qu'il exercerait au Kosovo, le fait qu'il se soit rendu sur le chantier dans le but premier d'observer l'activité professionnelle de son fils, qu'il s'agissait-là d'une visite unique et, enfin, qu'il ait revêtu une tenue de chantier à des fins sécuritaires ne permettent en rien d'exclure que l'intéressé ait fourni une

prestation de travail en faveur de la recourante le 27 octobre 2021. Partant, c'est à bon droit que l'autorité intimée a retenu que C. _____ effectuait une activité lucrative sur le chantier contrôlé par les inspecteurs le 27 octobre 2021. Par conséquent, la recourante aurait dû, en sa qualité d'employeur, avoir la diligence commandée par l'art. 91 al. 1 LEI en s'assurant que C. _____ fût titulaire d'une autorisation lui permettant d'exercer une activité lucrative en Suisse. La recourante n'ayant entrepris aucune démarche en ce sens, le bien-fondé de la sommation prononcée sur la base de l'art. 122 al. 2 LEI ne peut être contesté. La décision "infraction au droit des étrangers" du 24 février 2022 doit ainsi être confirmée.

E. 3

À titre principal, la recourante conteste le principe de sa condamnation aux frais du contrôle effectué le 27 octobre 2021, considérant qu'elle n'a pas commis d'infraction au droit des étrangers. 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 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.

E. 4

al. 1 LTN). La loi 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). 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; BLV 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'il lui incombait, en sa qualité d'employeur de fait, de s'assurer que le travailleur dispose des autorisations requises. Ce comportement étant constitutif d'une infraction au droit des étrangers et, partant, d'une atteinte au sens de l'art.

E. 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 27 octobre 2021. 4. La recourante se plaint à titre subsidiaire de la somme excessive mise à sa charge par la décision de facturation des frais de contrôle. Au total, il y aurait lieu de procéder à une réduction de la somme mise à la charge de la recourante de l'ordre de 375 fr., le montant total devant être ramené de 1500 fr. à 1125 fr. a)

L'art. 44 al. 2 RLEmp prévoit que l'émolument perçu se calcule sur la base d'un montant de 150 fr. par heure. En vertu de l'art. 7 al. 2 OTN, le montant de l'émolument doit être proportionné à l'ampleur du contrôle nécessaire pour constater l'infraction. Le montant des frais ne varie ainsi 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, ceci en application notamment du principe de l'équivalence (cf. art. 7 al. 2 OTN; arrêt GE.2015.0095 du 12 février 2016 consid. 2c; pour une définition du principe de l'équivalence, v. arrêt GE.2008.0012 du 17 septembre 2009 consid. 4b). b) En l'occurrence, la recourante conteste en premier lieu la durée retenue pour la collaboration avec les autorités de police. Elle estime qu'elle devrait être ramenée de deux heures à une heure trente, arguant de la présence des inspecteurs sur le site du contrôle pendant une heure et demie uniquement. À cet égard, le temps consacré à la collaboration avec les autorités de police ne saurait se limiter à celui passé sur place par les inspecteurs. Des contacts et des échanges d'informations peuvent tout à fait avoir lieu en aval d'une inspection in situ. Il n'apparaît dès lors pas excessif d'avoir retenu une durée de deux heures pour la collaboration avec les autorités de police. En outre, la recourante estime que la rédaction du rapport et des courriers n'aurait pas pris plus d'une heure, alors que la décision attaquée retient une durée de trois heures. La recourante ne saurait être suivie sur ce point également. Une durée de trois heures pour la conception, la rédaction et la mise en forme d'un rapport de six pages ainsi que pour l'établissement du courrier utile au suivi du dossier ne semble pas disproportionnée au vu du travail devant être fourni, notamment la réunion et l'examen des éléments de preuve obtenus sur place. Il sied de relever pour conclure que, dans des cas précédents présentant un état de fait similaire à la présente cause, la Cour de céans avait jugé que des montants de respectivement 1650 fr., 1700 fr. et 1725 fr. respectaient l'exigence de proportionnalité prescrite par l'art. 7 al. 2 OTN (arrêts GE.2017.0053 du 18 mai 2018 consid. 2; GE.2019.0050 du 24 juillet 2020 consid. 3; GE 2017.0127 du 23 mai 2018 consid. 2). Partant, la somme de 1500 fr. mise à la charge de la recourante à titre de frais de contrôle n'est pas contestable. La seconde décision rendue le 24 février 2022 intitulée "Décision de facturation des frais de contrôle" doit également être confirmée. 5. Les considérants qui précèdent conduisent au rejet des recours et à la confirmation des décisions attaquées. Les frais sont mis à la charge de la recourante, qui n'a pas droit à des dépens (cf. art. 49 al. 1, 55 al. 1 a contrario, 91 et 99 LPA-VD).

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