

# **VD\_OMNI GE.2022.0073 vom 20. Oktober 2022**

VD Tribunal cantonal, 2022-10-20, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2022.0073](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2022.0073)

FR: VD\_OMNI GE.2022.0073 du 20 octobre 2022

IT: VD\_OMNI GE.2022.0073 del 20 ottobre 2022

## **Regeste**

A. \_\_\_\_\_/Service de la population (SPOP), Direction générale de l'emploi et du marché du travail - DGEM | Rejet du recours contre des décisions sommant la recourante de respecter à l'avenir les dispositions en vigueur en matière d'engagement de main d'oeuvre étrangère et mettant les frais de contrôle à sa charge, suite à l'interpellation d'un ouvrier oeuvrant sans les autorisations nécessaires sur son chantier. La recourante fait valoir que l'ouvrier n'est pas son employé mais celui d'une autre société, qui l'avait mis à sa disposition. Il convient d'admettre, au vu des déclarations de l'ouvrier, que la recourante l'occupait à son service. Quoi qu'il en soit, même en admettant que l'ouvrier n'ait pas été formellement l'employé de la recourante, celle-ci a reconnu qu'il avait été mis à sa disposition sur le chantier. Par ailleurs, il travaillait très vraisemblablement sous les instructions de l'autre employé de la recourante présent sur le chantier. Compte tenu de ces éléments, il ne fait aucun doute que la recourante a bénéficié, effectivement, de ses services, agissant ainsi comme son employeur de fait. Or, 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.

## **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 sur la sommation et les frais infligés à la recourante pour non-respect des procédures applicables à l'engagement de main-d'œuvre étrangère.

### **E. 3**

La première décision dont est recours retient que la recourante a occupé à son service un travailleur étranger qui n'était pas en possession de l'autorisation nécessaire délivrée par l'autorité compétente au moment de la prise d'emploi. a) 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).

b) 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; arrêts CDAP GE.2018.0237 du 12 juin 2019 consid. 3b; PE.2018.0369 du 4 mars 2019 consid. 2a/cc et les références citées).

c) 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; arrêts CDAP GE.2018.0237 du 12 juin 2019 consid. 3c; PE.2018.0269 du 21 mars 2019 consid. 3a; GE.2018.0171 et PE.2018.0330 du 5 février 2019 consid. 2a et les références citées).

d) En l'espèce, la recourante fait valoir que l'ouvrier interpellé alors qu'il travaillait sur son chantier, C. \_\_\_\_\_, n'était pas son employé, mais celui d'une autre société, E. \_\_\_\_\_, qui l'avait mis à sa disposition, et que D. \_\_\_\_\_, associé gérant de cette dernière, lui ayant affirmé à plusieurs reprises que C. \_\_\_\_\_ était en ordre administrativement, elle n'avait pas l'obligation de vérifier qu'il disposait des autorisations de travail nécessaires. On constate que lorsque les inspecteurs ont contacté la recourante suite au contrôle de C. \_\_\_\_\_, le 3 novembre 2021, le technicien qui leur a répondu leur a indiqué que C. \_\_\_\_\_ avait été mis à disposition de la recourante par une entreprise

tierce. D. \_\_\_\_\_, associé gérant de la société E. \_\_\_\_\_ a également indiqué aux inspecteurs que C. \_\_\_\_\_ travaillait pour son entreprise. Toutefois, C. \_\_\_\_\_ a clairement indiqué être employé par la recourante. C'est ce qu'il a déclaré aux inspecteurs lors de son interpellation sur le chantier, puis lorsqu'il a été interrogé par la police cantonale, précisant à cette occasion de quelle manière son engagement avait eu lieu: sur les conseils d'un ami, il avait contacté l'associé gérant de la recourante par téléphone, lequel l'avait engagé à l'essai pendant une semaine. Avec son recours, la recourante produit, à titre de preuve que C. \_\_\_\_\_ est l'employé de l'entreprise E. \_\_\_\_\_, la photo d'un message écrit téléphonique adressé le 11 novembre 2021 par C. \_\_\_\_\_ à B. \_\_\_\_\_, dans lequel le premier admet ne pas avoir dit aux inspecteurs que D. \_\_\_\_\_ (associé gérant de E. \_\_\_\_\_) était son employeur car il avait peur de perdre son emploi. Or, une telle pièce ne saurait constituer une preuve, dès lors qu'il n'est pas établi que c'est réellement C. \_\_\_\_\_ qui a envoyé ce message (seul y figure en effet le prénom "C. \_\_\_\_\_" comme expéditeur). Il apparaît dès lors, au vu des déclarations de C. \_\_\_\_\_, qu'il était bien l'employé de la recourante. Quoi qu'il en soit, comme le fait valoir l'autorité intimée, même en admettant que C. \_\_\_\_\_ n'ait pas été formellement l'employé de la recourante, celle-ci a reconnu qu'il avait été mis à sa disposition sur le chantier. Par ailleurs, C. \_\_\_\_\_ travaillait très vraisemblablement sous les instructions de l'autre employé de la recourante présent sur le chantier. Compte tenu de ces éléments, il ne fait aucun doute que la recourante a bénéficié, effectivement, de ses services, agissant ainsi comme son employeur de fait. Or, 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 que, dans la mesure où D. \_\_\_\_\_, associé gérant de E. \_\_\_\_\_, lui ayant affirmé à plusieurs reprises que C. \_\_\_\_\_ était en ordre administrativement, elle n'avait pas l'obligation de vérifier qu'il disposait des autorisations de travail nécessaires, tombe ainsi à faux. Selon la jurisprudence en effet, il lui appartenait au contraire de contrôler personnellement qu'il était autorisé à travailler en Suisse, ce qu'elle n'a pas fait. e) C'est en conséquence à juste titre que l'autorité intimée a retenu que la recourante était l'employeur du travailleur étranger, qu'elle avait manqué à son devoir de diligence (art. 91 al. 1 LEI) en ne vérifiant pas 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, qui prononce un avertissement, soit la sanction la moins sévère prévue par l'art. 122 al. 2 LEI, est en outre conforme au principe de la proportionnalité. La première décision attaquée, intitulée "infraction au droit des étrangers", doit dès lors être confirmée.

#### **E. 4**

La deuxième décision litigieuse condamne la recourante au paiement des frais de contrôle, par 1'650 francs. 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 (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<sup>ère</sup> phrase, LTN). Les personnes chargées des contrôles consignent leurs constatations dans un procès-verbal (art. 9 al. 1, 1<sup>ère</sup> 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. 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 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 (cf. consid. 3 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, 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.

## **E. 5**

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.