

# VD\_OMNI GE.2024.0049 vom 23. Juli 2024

VD Tribunal cantonal, 2024-07-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2024.0049](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2024.0049)

FR: VD\_OMNI GE.2024.0049 du 23 juillet 2024

IT: VD\_OMNI GE.2024.0049 del 23 luglio 2024

## Regeste

A. \_\_\_\_\_/Direction générale de l'emploi et du marché du travail - DGEM, Service de la population (SPOP) | Annulation des décisions de la DGEM, sanctionnant la recourante pour une infraction au droit des étrangers, constatant une violation de la LTr et mettant à sa charge les frais de contrôle. Il ne peut être reproché aucune violation du devoir de diligence à la recourante lors du processus d'engagement de deux collaboratrices qui se sont légitimées au moyen de pièces d'identité de tierces personnes. L'usurpation d'identité n'étant pas évidente, l'employeuse n'avait pas de raison de douter que la personne présente est bien celle qui s'identifie au moyen des documents remis lors de l'engagement. Le constat de violation de la LTr n'est pas non plus justifié, la recourante ayant fourni des explications de nature à établir que du temps de travail nocturne a été saisi de manière erronée. Dans ces circonstances, il ne se justifie pas de mettre les frais de contrôle à la charge de la recourante. Admission du recours.

## Erwägungen

### E. 1

Les décisions attaquées, qui émanent de la DGEM en sa qualité d'organe de contrôle cantonal compétent au sens de l'art. 4 al. 1 er de la loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN; RS 822.41) et de l'art. 72 al. 2 de la loi du 5 juillet 2005 sur l'emploi (LEmp; BLV 822.11), ainsi qu'en relation avec l'exécution de la LTr et de ses ordonnances (cf. notamment art. 41 et 51 LTr et art. 46 al. 1 LEmp) ne sont pas susceptibles de réclamation ou de recours devant une autre autorité, si bien qu'elles peuvent faire l'objet d'un recours au Tribunal cantonal (art. 92 al. 1 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; BLV 173.36]). Déposé dans le délai légal, le recours répond aux exigences formelles prévues par la loi (art. 95 et 79, ce dernier applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD). La qualité pour agir doit être reconnue à la recourante, qui est atteinte par la décision attaquée (art. 75 let. a LPA-VD, 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

LEI peut être infligé à un employeur dès la première infraction commise (ATF 141 II 57 consid. 7 i.f.). Il en va ainsi même en cas de bonne foi de l'employeur (arrêts CDAP GE.2023.0203, PE.2023.0158 du 25 avril 2024 consid. 2; GE.2020.0030, PE.2020.0175 du 2 décembre 2020 consid. 3a et les arrêts cités). La notion d'employeur au sens du droit des étrangers 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). 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; TF 6B\_511/2017 du 16 novembre 2017 consid. 2.1). 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 V 153 consid. 1.5; 128 IV 170 consid. 4; TF 6B\_511/2017 précité consid. 2.1; parmi d'autres arrêts CDAP GE.2020.0030, PE.2020.0048 du 21 décembre 2020 consid. 3c et les arrêts cités; GE.2019.0238, PE.2019.0425 du 19 juin 2020 consid. 4b et les arrêts cités). b) Il est reproché en l'occurrence à la recourante de ne pas avoir fait preuve de suffisamment de diligence au moment de l'engagement de deux collaboratrices, qui se sont légitimées au moyen de documents d'identité usurpés. La recourante considère pour sa part que l'usurpation d'identité ne pouvait être décelée lors de l'engagement et qu'elle a dès lors fait preuve de toute la diligence requise. aa) L'administration supporte le fardeau de la preuve lorsque la décision intervient, comme en l'espèce, au détriment de l'administré (arrêt CDAP GE.2023.0132, PE.2023.0099 du 22 novembre 2023 consid. 2). 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 dans son propre intérêt (arrêts CDAP GE.2018.0171 du 5 février 2019 consid. 2b; PE.2013.0359 du 17 octobre 2014 consid. 2c; PE.2013.0033 du 30 juin 2014 consid. 2c). bb) L'instruction n'a en l'occurrence pas permis d'établir si, comme le soutient l'autorité intimée, la recourante se serait limitée à exiger, dans le cadre du processus d'engagement des collaboratrices contrôlées le 8 mai 2023, la présentation de copies ou de photographies de documents d'identité. Le dossier constitué par l'employeuse ne contient en effet qu'une copie de ces pièces, ainsi que des cartes bancaires et d'assurance des collaboratrices ayant été recrutées par la recourante. La qualité des copies figurant au dossier des collaboratrices est cela étant de bien meilleure qualité que celles figurant au dossier de police et tend plutôt à établir qu'il s'agit de copies de documents originaux. On ne saurait pour le surplus déduire du fait que les collaboratrices se sont légitimées, lors du contrôle du 8 mai 2023, au moyen de photographies des pièces d'identité enregistrées sur leur téléphone, qu'elles se sont également limitées à présenter ces documents à leur employeur, lors de leur entretien d'engagement. Il est vrai que, pour l'une des collaboratrices contrôlées, la signature figurant au bas du contrat d'engagement diffère notablement de celle figurant sur la pièce d'identité présentée. On ne saurait toutefois imposer des exigences trop élevées au titre de l'obligation de diligence, l'employeur n'ayant à première vue pas de raison de douter que la personne présente est bien celle qui s'identifie au moyen des documents d'identité remis lors de l'engagement. L'inexactitude des documents en question n'était en tout état de cause pas manifeste. Pour le surplus, la recourante a annoncé la prise d'emploi conformément aux règles applicables aux titres qui lui ont été présentés. Dans ces circonstances, l'autorité intimée a considéré à tort que la

recourante avait manqué à son devoir de diligence au sens de l'art. 91 LEI. La sanction prononcée en vertu de l'art. 122 LEI n'est par conséquent pas justifiée. La décision de la DGEM du 20 décembre 2023 intitulée " infraction au droit des étrangers ", qui retient sans aucun fondement une violation par la recourante des règles en matière d'emploi de travailleurs étrangers doit ainsi être annulée.

### **E. 3**

La deuxième décision litigieuse condamne la recourante au paiement des frais de contrôle, par 1'200 francs. a) 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) Dès lors que c'est à tort que l'autorité intimée a constaté une violation des dispositions en matière d'emploi de travailleurs étrangers, c'est également à tort qu'elle a infligé à la recourante le paiement des frais de contrôle y relatifs (art. 7 al. 1 OTN a contrario ). Le recours doit ainsi être également admis en tant qu'il porte sur la décision intitulée " frais de contrôle " et cette dernière doit être annulée.

### **E. 4**

La recourante conteste en troisième lieu le constat de violation des dispositions de la LTr. a) L'art. 51 LTr prévoit, dans le cadre des contrôles accomplis en son application, une procédure en trois étapes. Cette disposition, intitulée "Intervention préalable de l'autorité en cas d'infraction", est libellée comme suit: " 1 En cas d'infraction à la loi, à une ordonnance ou à une décision, l'autorité cantonale, l'inspection fédérale du travail ou le service médical du travail signale l'infraction au contrevenant et l'invite à respecter la prescription ou décision qu'il a enfreinte. 2 Si le contrevenant ne donne pas suite à cette intervention, l'autorité cantonale prend la décision voulue, sous menace de la peine prévue à l'art. 292 du code pénal suisse. 3 Lorsqu'une infraction selon l'al. 1 constitue en même temps une violation d'une convention collective de travail, l'autorité cantonale peut tenir compte, d'une manière appropriée, des mesures que les parties contractantes ont prises pour faire respecter la convention." L'avertissement adressé à la recourante résulte de l'application de l'art. 51 al. 1 LTr. Le Commentaire de la loi sur le travail et des ordonnances 1 et 2 édicté par le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après: le Commentaire du SECO), relatif à l'art. 51 al. 1 LTr, précise qu'en vertu du principe de la proportionnalité, en cas d'infraction à la LTr notamment, un avertissement doit être adressé en premier lieu, assorti d'un délai raisonnable

pour rétablir la situation conformément à la loi. Selon le Commentaire précité, "cet avertissement n'est pas une décision à proprement parler et [...] son destinataire ne peut donc s'y opposer" (voir également l'arrêt GE.2023.0165 du 8 avril 2024 consid. 1). La notion de décision est définie à l'art. 3 al. 1 LPA-VD. Dans certaines conditions, un avertissement ou une sommation porte atteinte à la situation juridique du destinataire. Il en est ainsi lorsque l'avertissement est une étape obligatoire précédant une éventuelle mesure préjudiciable au destinataire, telle que le retrait d'une autorisation, ou lorsque, sans être impérativement nécessaire, l'avertissement prépare et favorise une mesure ultérieure qui, autrement, pourrait être jugée contraire au principe de la proportionnalité (cf. ATF 125 I 119 consid. 2a; 103 Ib 350 consid. 2; ég. arrêt CDAP GE.2021.0026 du 19 novembre 2021 consid. 3b et les références citées). Sur le vu de ce qui précède, il convient d'admettre que la recourante peut également remettre en cause l'avertissement prononcé à son encontre, dès lors qu'il constitue le prérequis au prononcé des autres mesures prévues à l'art. 51 LTr (cf dans ce sens également, Manfred Rehbinder/Roland A. Müller, Arbeitsgesetz, Zurich, 1998, ad art. 51 al. 1 LTr). Il s'agit donc bien d'une décision sujette à recours. b) Le rapport de contrôle du 20 décembre 2023 constate une violation des règles de la LTr en relation avec la compensation pour le travail de nuit sous la forme d'une majoration de salaire et prononce un avertissement en application de l'art. 51 LTr. A l'appui de son recours, la recourante a expliqué qu'elle avait comptabilisé 45 minutes de temps de travail complémentaire le 1<sup>er</sup> janvier 2023, de 2h à 2h45, pour trois de ses collaborateurs, qui ont oeuvré le même jour de 11h à 13h40. La recourante a expliqué que 45 minutes de pause avaient été déduites des heures effectuées et qu'une correction avait été saisie manuellement pour créditer ce temps injustement imputé. Les précisions fournies par la recourante paraissent en l'occurrence crédibles. On ne voit en effet pas pour quelles raisons du personnel de ménage aurait été occupé, dans un hôtel, entre 2h et 2h45. L'avertissement prononcé à l'encontre de la recourante en relation avec le constat de violation de la LTr n'était par conséquent pas justifié. Il doit par conséquent être également annulé.

## **E. 5**

L'art. 49 al. 1 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD, prévoit qu'en procédure de recours, les frais sont supportés par la partie qui succombe. Cela étant, conformément à l'art. 52 al. 1 LPA-VD, en vertu duquel des frais de procédure ne peuvent pas être exigés de la Confédération et de l'Etat, il y a lieu de renoncer à tout émoluments judiciaires dans la présente cause. La recourante, qui obtient gain de cause avec l'assistance d'un avocat, a droit à des dépens, à charge de l'autorité intimée.

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