

# **VD\_OMNI PE.2016.0345 vom 28. April 2017**

VD Tribunal cantonal, 2017-04-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PE.2016.0345](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2016.0345)

FR: VD\_OMNI PE.2016.0345 du 28 avril 2017

IT: VD\_OMNI PE.2016.0345 del 28 aprile 2017

## **Regeste**

A. \_\_\_\_\_/Service de l'emploi Contrôle du marché du travail | La société recourante, dont le but s'étend à tous travaux dans les domaines du second œuvre et de la décoration, s'est fait adjudger les travaux de plâtrerie-peinture de villas en construction. Or, un contrôle de chantier a révélé qu'elle avait engagé un ressortissant kosovar en dépit du fait que ce dernier ne disposait d'aucune autorisation de séjour et de travail. Le tribunal n'a pas de raison de s'écarter des faits constatés dans le rapport de contrôle, qui correspondent aux premières déclarations des différents protagonistes au moment même du contrôle. Confirmation de la sommation qui lui a été adressée aux fins de respecter à l'avenir la procédure applicable lors de l'engagement de travailleurs étrangers.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Déposé dans le délai de trente jours fixé par l'art. 95 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; RSV 173.36), le recours est intervenu en temps utile. Il respecte au surplus les conditions formelles énoncées à l'art. 79 LPA-VD.

### **E. 2**

La recourante a requis la tenue d'une audience, afin que ses représentants puissent s'expliquer oralement devant la Cour et afin que les dépositions de F. \_\_\_\_\_, associé-gérant de E. \_\_\_\_\_, et de l'inspecteur G. \_\_\_\_\_, du contrôle des chantiers, puissent être recueillies. a) Sans qu'il n'en résulte une violation du droit d'être entendu, garanti par les art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale, du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101) et 27 al. 2 de la Constitution du canton de Vaud, du 14 avril 2003 (Cst./VD; RSV 101.01), l'autorité peut renoncer au moyen de preuve offert par une partie, pour autant qu'elle puisse admettre sans arbitraire que ce moyen n'aurait pas changé sa conviction (ATF 131 I 153 consid. 3 p. 157; 130 II 425 consid. 2.1 p. 429; 124 I 241 consid. 2 p. 242, et les arrêts cités). Devant la CDAP, la procédure est en principe écrite (art. 27 LPA-VD). Les parties participent à l'administration des preuves (art. 34 al. 1 LPA-VD). A cet effet, l'autorité peut, notamment, entendre les parties et recueillir des témoignages (cf. art. 29 al. 1 let. a et f LPA-VD). Elle n'est toutefois pas liée par les offres de preuves formulées par les parties (art. 28 al. 2 LPA-VD); elle doit examiner les allégués de fait et de droit et administrer les preuves requises, si ces moyens n'apparaissent pas d'emblée dénués de pertinence (art. 34 al. 3 LPA-VD). Les art. 29 al. 2 Cst. et 27 al. 2 Cst./VD n'accordent en effet pas à la partie dans la procédure devant la juridiction administrative le droit inconditionnel d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de témoins ou la mise en œuvre d'une expertise, à moins que soit en cause l'examen personnel de la partie en cause (ATF 134 I 140 consid. 5.3 p. 148; 122 II 464 consid. 4c p. 469/470). b) En l'espèce, l'on peut se dispenser de tenir une audience et d'entendre des témoins. L'autorité intimée a produit son dossier complet et

les faits sont établis. L'offre de preuve qui motive la réquisition de la recourante n'est pas déterminante pour la résolution du litige, comme on le verra ci-dessous. Ce dernier a en effet trait à des questions d'ordre exclusivement juridique, que le Tribunal examine avec un plein pouvoir d'examen (cf. art. 98 LPA-VD). Dès lors, par appréciation anticipée des preuves, la Cour s'estime en mesure de statuer en connaissance de cause, en se dispensant de donner suite à la réquisition d'instruction formulée par la recourante.

### **E. 3**

La recourante conteste avoir employé C. \_\_\_\_\_, interpellé sur un chantier le

### **E. 4**

al. 1 LTN). La loi cantonale du 5 juillet 2005 sur l'emploi (LEmp; RSV 822.11), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2006, 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). On entend généralement par travail au noir (ou travail illicite), une activité salariée ou indépendante exercée en violation des prescriptions légales, soit en particulier (cf. Message du Conseil fédéral du 16 janvier 2002 concernant la loi fédérale contre le travail au noir, in FF 2002 3371, p. 3374): 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. Le contrôle doit ainsi porter sur 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 (art. 6 LTN). Les personnes chargées des contrôles peuvent en particulier 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, ainsi que les permis de séjour et de travail (art. 7 al. 1 LTN). Les personnes et entreprises contrôlées sont tenues de fournir aux personnes chargées des contrôles les documents et renseignements nécessaires (art. 8 LTN). Les personnes chargées des contrôles consignent leurs constatations dans un procès-verbal (art. 9 al. 1 LTN). b) Aux termes de l'art. 11 LEtr, 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, telle qu'elle était définie par l'art.

### **E. 6**

de l'ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE), en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007, a été reprise sans modification à l'art. 11 al. 2 LEtr. L'art. 91 LEtr institue un devoir de diligence incombant à l'employeur et au destinataire de services dans la mesure suivante: 1 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. 2 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. 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 de l'employeur (arrêts du Tribunal fédéral 2C\_783/2012 du

#### **E. 10**

octobre 2012 consid. 2.1; 2C\_357/2009 du 16 novembre 2009 consid 5.3). 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 LEtr, 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). 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 p. 112 s.). Dans l'hypothèse d'une chaîne de contrats de location, l'art. 91 LEtr 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 (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 LEtr au bailleur de service au sens de l'art. 12 LSE 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 LEtr (arrêt 2C\_357/2009 du 16 novembre 2009 consid. 5.2). 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 (arrêt 2C\_1039/2013 du 16 avril 2014 consid. 5.1; cf. arrêts PE.2016.0097 du

#### **E. 12**

septembre 2016; PE.2015.0339 du 8 avril 2016). Le fait, pour un employeur, de recourir à un sous-traitant ne le dispense pas de son obligation de vérifier que les personnes travaillant sur le chantier pour le compte du sous-traitant disposent des autorisations nécessaires pour cela (arrêts PE.2016.0097 du 12 septembre 2016). Il ne peut s'exonérer de l'obligation de diligence de l'art. 91 LEtr en se réfugiant derrière une éventuelle tromperie de tiers (arrêt 2C\_357/2009 du 16 novembre 2009 consid. 5.3; arrêt GE.2015.0224 du 30 août 2016). c) La violation de ce devoir est sanctionnée à l'art. 122 LEtr, lequel prévoit à ses alinéas 1 et 2: 1 Si un employeur enfreint la présente 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. 2 L'autorité compétente peut menacer les contrevenants de ces sanctions. Cette disposition reprend les principes découlant de l'art. 55 OLE, désormais abrogée (v. Message du Conseil fédéral, FF 2002 III 3469, spéc. p. 3588). On peut dès lors se référer à la jurisprudence rendue sous l'ancien droit (arrêt GE.2008.0112 du 21 octobre 2008 consid. 5). Suivant cette jurisprudence, l'autorité devait, selon l'art. 55 OLE, adresser à l'employeur un avertissement écrit - intitulé sommation selon la terminologie de l'ordonnance - sur les sanctions qu'il pouvait encourir, surtout s'il s'agissait d'une première infraction ou d'une infraction mineure, avant que ne soit prononcé un blocage des autorisations. En l'absence de sommation préalable, il y avait violation du principe de la proportionnalité (arrêts PE.2008.0003 du 25 mai 2008, PE.2005.0434 du 25

avril 2006 et PE.2005.0416 du 28 mars 2006). Le Tribunal a notamment jugé que l'emploi sans permis de travail d'une personne autorisée à séjourner en Suisse sur la base d'un regroupement familial constituait une infraction mineure qui devait néanmoins être sanctionnée d'une sommation, ceci malgré la bonne foi de la société recourante (arrêts PE.2009.0623 du 20 mai 2010; PE.2007.0473 du 27 décembre 2007). Dans un arrêt du 12 février 2015, publié aux ATF 141 II 57, le Tribunal fédéral a retenu ce qui suit (consid. 7 p. 65): «L a tendance est à une répression plus stricte du travail au noir. En atteste la nouvelle loi contre le travail au noir, entrée en vigueur le 1er janvier 2008. A cette occasion, le Conseil fédéral a souligné que le travail au noir devait être combattu pour des raisons économiques, sociales, juridiques et éthiques; la lutte contre ce phénomène passait par une politique de répression; il existait déjà de nombreux instruments législatifs susceptibles de favoriser cette lutte, mais il fallait les compléter avec la loi sur le travail au noir; le projet de loi prévoyait une série de mesures pour accroître la répression trop lacunaire (Message op. cit., FF 2002 3372). Au regard de ce qui précède, juger que la menace de sanctions ne peut être adressée à l'employeur qu'à partir de la deuxième infraction à la loi sur les étrangers, ce qui laisserait à tout employeur la possibilité d'enfreindre une première fois la loi sans conséquence, irait à l'encontre de la politique plus répressive voulue par les autorités suisses. Il faut donc considérer que l'avertissement prévu à l'art. 122 al. 2 LEtr peut être infligé à un employeur dès la première infraction commise.» S'agissant du rejet des demandes futures, le Tribunal fédéral a également jugé qu'elle se justifiait lorsque l'employeur avait précédemment été sommé en vain de ne plus commettre d'infractions à LEtr (arrêts 2C\_1039/2013 du 16 avril 2014 consid. 6.2; 2C\_783/2012 du 10 octobre 2012 consid. 3.2). Ce blocage, comme cela ressort de la loi, ne vaut que dans la mesure où les travailleurs pour lesquels une autorisation est demandée n'y ont pas droit (art. 122 al. 1 in fine LEtr), quand bien même cette réserve n'est pas exprimée expressément (arrêt 2C\_783/2012 consid. 3.2). 5. En la présente espèce, il y a lieu de confirmer la décision attaquée pour les motifs suivants. a) Le contrôle de chantier opéré le 2 mars 2016 à \*\*\*\*\* ne laisse la place au moindre doute sur le fait que la recourante avait bien engagé C.\_\_\_\_\_ en dépit du fait que ce dernier ne disposait d'aucune autorisation de séjour et de travail. Il est ainsi établi que la recourante s'est fait adjudger les travaux de plâtrerie-peinture des villas en construction. Or, elle a bien dû exécuter elle-même ces travaux, à tout le moins une partie d'entre eux; en effet, la direction des travaux, D.\_\_\_\_\_, qui gère quotidiennement le chantier, était dans l'ignorance de ce que la recourante avait sous-traité une partie des travaux à une tierce entreprise. Si tel avait été le cas, D.\_\_\_\_\_ l'aurait immanquablement su. Du reste, C.\_\_\_\_\_ a clairement indiqué à l'inspecteur auteur du constat de contrôle qu'il était l'employé de l'entreprise A.\_\_\_\_\_. B.\_\_\_\_\_ a pour sa part confirmé à cet inspecteur qu'C.\_\_\_\_\_ était employé de la recourante depuis le

## **E. 15**

février 2016. Il serait hautement surprenant, comme le relève avec raison l'autorité intimée, que B.\_\_\_\_\_ connaisse la date d'engagement de cet ouvrier si celui-ci avait été employé par un sous-traitant. Quoi qu'il en soit, il n'a jamais été question durant le contrôle de l'entreprise E.\_\_\_\_\_, dont le nom est apparu postérieurement dans la procédure. b) Dans son courrier du 7 avril 2016, la recourante a sans doute expliqué qu'C.\_\_\_\_\_ n'était pas son employé mais celui de E.\_\_\_\_\_, à laquelle elle avait sous-traité les travaux adjudgés. On rappelle cependant qu'en présence de versions contradictoires, il importe en principe de s'en tenir aux premières explications que le justiciable a données à l'enquêteur, alors qu'il

en ignorait peut-être les conséquences juridiques, les explications nouvelles pouvant être – consciemment ou non – le fruit de réflexions ultérieures (ATF 121 V 45 consid. 2a p. 47; 115 V 143 consid. 8c p. 143; TFA U 212/05 du 1<sup>er</sup> février 2006 consid. 3.1; cf. en outre arrêt 2C\_556/2010 du 2 décembre 2010 consid. 3.2). Or, ce courrier fait suite à celui du 1<sup>er</sup> avril 2016, par lequel l'autorité intimée a informé la recourante de la dénonciation et l'a priée de bien vouloir se déterminer, en attirant son attention sur les conséquences de l'engagement d'un travailleur sans autorisation que la recourante est revenue sur ses premières déclarations. La recourante ne s'explique pas sur ces divergences. A l'appui de son recours, elle a produit un contrat de sous-traitance général, du 14 janvier 2016, qui ne mentionne nullement le chantier en question. La déclaration produite porte uniquement sur la garantie du respect des conditions de salaire et de travail du travailleur par E.\_\_\_\_\_.

La recourante n'a en revanche pas produit un véritable contrat de sous-traitance, soit un contrat d'entreprise dont il résulterait qu'elle aurait confié l'exécution d'un ouvrage ou d'une partie d'un ouvrage sous la responsabilité de D.\_\_\_\_\_, moyennant un prix déterminé (cf. art. 363 CO; cf. sur cette question arrêt GE.2016.0133 du 17 janvier 2017 consid. 3b). c) Finalement, le tribunal de céans n'a pas de raison de s'écarter des faits constatés dans le rapport de contrôle, qui correspondent aux premières déclarations des différents protagonistes au moment même du contrôle. Il n'y a ainsi pas lieu de retenir la version différente fournie ultérieurement par les intéressés à la police et au Service de l'emploi. C'est partant à juste titre que l'autorité intimée a retenu dans la décision attaquée que la recourante était l'employeur du travailleur étranger, qu'elle avait manqué à son devoir de diligence (art. 91 al. 1 LEtr) en omettant de contrôler que ce dernier disposait des autorisations requises et qu'elle devait par conséquent être sanctionnée pour ce motif (art. 122 al. 2 LEtr). La décision attaquée respecte ainsi le droit fédéral. En outre, la décision attaquée, qui ménage les intérêts privés de la recourante en lui notifiant une sommation d'avoir à respecter la procédure applicable à l'avenir, est ainsi conforme au principe de proportionnalité. 6. Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. La recourante, qui succombe, supportera les frais de justice (art. 49 al. 1, 91 et 99 LPA-VD). Vu le sort du recours, il n'y a pas lieu d'allouer de dépens (art. 55 al. 1, 91 et 99 LPA-VD).

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