

VD_OMNI PE.2018.0369 vom 4. März 2019

VD Tribunal cantonal, 2019-03-04, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2018.0369

FR: VD_OMNI PE.2018.0369 du 4 mars 2019

IT: VD_OMNI PE.2018.0369 del 4 marzo 2019

Regeste

A. _____ /Service de l'emploi Contrôle du marché du travail, Service de la population (SPOP) | Contrôle du marché du travail et protection des travailleurs. Violation du devoir de diligence du recourant qui n'a pas vérifié si les deux ressortissants étrangers ayant travaillé sur sa propriété, contre rémunération, étaient autorisés à exercer une activité lucrative en Suisse, ce qui n'était pas le cas. Ce manque de diligence étant constitutif d'une infraction au droit fédéral des étrangers, la sommation adressée au recourant est justifiée. Recours rejeté.

Erwägungen

E. 1

a) La décision attaquée se fonde sur la loi cantonale du 5 juillet 2005 sur l'emploi (LEmp; BLV 822.11), dont l'art. 85 prévoit l'application de la loi cantonale du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; BLV 173.36) aux décisions rendues, notamment, en application de la loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN; RS 822.41) ainsi qu'aux recours contre lesdites décisions. b) Interjeté en temps utile (art. 95 LPA-VD), selon les formes prescrites par la loi (art. 79 al. 1 et 99 LPA-VD), le recours est formellement recevable, de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

E. 2

Il est reproché au recourant d'avoir contrevenu à ses obligations en matière d'engagement de travailleurs étrangers. a) aa) La LTN 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. 4 al. 1 LTN). La LEmp 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). bb) 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). 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. 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 p. 59; TF 2C_1039/2013 du 16 avril 2014 consid. 5.1; GE.2018.0086 du 12 décembre 2018 consid. 1a). cc) 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. GE.2017.0013 du 28 août 2017 consid. 2a), 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; GE.2017.0186 du 19 juin 2018 consid. 2a). 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 (PE.2017.0532 du 18 juin 2018 consid. 2a/cc). 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.; GE.2017.0160 du 18 décembre 2017 consid. 4a/cc). 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; PE.2017.0532 précité consid. 2a/cc). dd) Concernant la notion d'activité lucrative, les Directives et commentaires du Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) "Domaine des étrangers" (Directives LEI; état au 1^{er} janvier 2019) exposent ceci (ch. 4.1.1): " 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. La définition de l'activité lucrative selon l'art. 11, al. 2, LEI correspond à celle de l'art. 6 de l'ancienne ordonnance limitant le nombre des étrangers). 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. " Ces directives précisent également ce qui suit sous chiffre 4.8.8.3: " 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). " ee) Le non-respect de l'obligation de diligence prévue à l'art. 91 LEI expose l'employeur à la sanction prévue par l'art. 122 LEI (TF 2C_1039/2013 précité consid. 5.1). D'après cette dernière disposition, si un employeur enfreint la LEI 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 peut aussi menacer les contrevenants de ces sanctions (al. 2). La jurisprudence a rappelé à cet égard la nécessité pour l'autorité d'adresser à l'employeur un avertissement écrit (intitulé "sommation" selon la terminologie de l'art. 55 de l'ancienne ordonnance fédérale du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers [OLE; RO 1986 1791] et les modifications subséquentes) sur les sanctions qu'il pourrait encourir, en particulier s'agissant d'une première infraction ou d'une infraction mineure, avant que ne soit prononcé un blocage des autorisations. En l'absence d'une telle sommation préalable, il y a violation du principe de la proportionnalité (GE.2017.0199 du 15 mai 2018 consid. 2a). b) Le recourant conteste que C._____ et B._____ s'occupaient régulièrement de l'entretien des alentours de sa propriété, comme le laisserait erronément entendre la décision attaquée. Il explique que les travaux "aux alentours" auxquels l'autorité intimée fait allusion dans la décision attaquée (dont il indique qu'ils concernaient l'abattage d'arbustes, du terrassement, la construction d'un mur de soutènement et un réarrangement du jardin) ont été effectués par trois entreprises et non par C._____ et B._____, qui se sont limités à aider à la pose de dalles de terrasse, à égaliser le terrain et à semer du gazon. Le recourant argue du fait que de tels travaux, vu leur nature et leur ampleur, demeurent dans le cadre de l'entraide amicale. Il ajoute que le versement d'" un peu d'argent " aux intéressés en reconnaissance de leur geste lui avait paru être le moyen le plus approprié pour leur venir en aide. Il souligne sur ce point ne rien avoir dissimulé, puisqu'il a établi une quittance attestant de la remise d'argent aux prénommés. aa) On relève d'emblée que le passage figurant dans la décision attaquée selon lequel

B._____ et C._____ se sont occupés de l'" entretien des alentours " de la propriété du recourant ne constitue pas une affirmation de l'autorité intimée, mais la simple reprise par cette dernière des déclarations faites par C._____ telles qu'elles ressortent du procès-verbal relatif à son audition par la police le 25 mai 2018. Peu importe en définitive de savoir si les intéressés œuvraient régulièrement au service du recourant (ce que ce dernier conteste), dans la mesure où le recourant a de toute manière reconnu que B._____ a effectué divers travaux de jardinage (pose de dalles de terrasses, ramassage de cailloux, égalisation du sol, semis de gazon) sur sa propriété à tout le moins à cinq reprises, de début avril 2018 à mi-mai 2018, tantôt seul tantôt accompagné de C._____ (cf. courrier du recourant du 26 juillet 2018). A cela s'ajoute que le 25 mai 2018, jour de leur interpellation dans le train, les intéressés revenaient du domicile du recourant après y avoir travaillé cinq heures (cf. pv d'audition de C._____). Les activités déployées à ces occasions excèdent à l'évidence le cadre d'un simple petit service que les intéressés auraient rendu à titre amical au recourant, quoi qu'en dise ce dernier, et doivent être considérées comme normalement exercées contre salaire. Ces besognes n'ont d'ailleurs pas été effectuées à titre gracieux, mais ont été rémunérées à hauteur de 2'950 fr. comme en atteste la quittance du 12 mai 2018, la journée de travail du 25 mai 2018 ayant quant à elle vraisemblablement fait l'objet d'un versement de 200 fr. (cf. pv d'audition de C._____), éléments qui plaident d'autant plus pour la reconnaissance d'une activité lucrative. A cet égard, les liens amicaux que peuvent entretenir le recourant, B._____ et C._____ sont sans incidence sur la qualification d'activité lucrative (cf. PE.2015.0297 du 23 mars 2016 consid. 1a/bb). Partant, il revenait au recourant, conformément à l'art. 91 al. 1 LEI, de s'assurer que les deux ressortissants étrangers concernés occupés à son service sur sa propriété étaient autorisés à exercer une activité lucrative en Suisse, en examinant leur titre de séjour ou en se renseignant auprès des autorités compétentes; le simple établissement d'une quittance attestant du caractère rémunéré des travaux ne le dispensait aucunement de cette incombance. A défaut d'avoir procédé de la sorte, le recourant a violé son devoir de diligence (cf. supra consid. 2a/bb). bb) Le recourant invoque une violation de son droit d'être entendu, en ce sens que l'autorité intimée aurait prêté des propos inexacts à C._____ et B._____ , sans lui permettre de les contredire par un débat. Il prétend que l'affirmation selon laquelle les intéressés se seraient régulièrement occupés de l'entretien des alentours de sa propriété serait inexacte et qu'aucun de ses amis n'aurait déclaré cela. Dans ses observations complémentaires du 14 novembre 2018, il indique ce qui suit: " nous ne demandons que d'être entendu en nous confrontant à une audition avec nos amis ". En cela, implicitement, le recourant reproche à l'autorité intimée de ne pas avoir organisé une audience pour entendre les parties concernées, respectivement requiert la tenue d'une telle audience devant le tribunal de céans aux fins d'entendre C._____ et B._____ comme témoins. Tel que garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 142 II 218 consid.

E. 2.3

p. 222). Il ne comprend toutefois pas le droit d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 130 II 425 consid. 2.1 p. 428). En outre, l'autorité peut mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa

conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.2.1 p. 299). En l'occurrence, l'exemplaire du procès-verbal d'examen de situation du 25 mai 2018 concernant B. _____ figurant au dossier transmis par l'autorité intimée ne comporte ni la signature de l'intéressé ni celles des personnes ayant procédé à son audition. Point n'est toutefois besoin d'investiguer plus avant sur cette question ou d'examiner le poids à accorder aux éléments contenus dans ce document, dès lors que C. _____ s'est clairement exprimé le 25 mai 2018 et que le procès-verbal daté du même jour consignait ses propos est quant à lui dûment signé. Or, les déclarations initiales de l'intéressé ne sauraient être remises en cause par les explications subséquentes et divergentes qu'il pourrait éventuellement être amené à apporter dans le cadre de son audition par la cour de céans. Des déclarations ultérieures s'écartant de celles faites spontanément lors du contrôle se heurteraient en effet au principe selon lequel, en présence de versions contradictoires, il importe de s'en tenir aux premières explications que l'administré a données 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; TF 2C_556/2010 du 2 décembre 2010 consid. 3.2; PE.2017.0532 précité consid. 2b/bb). Compte tenu de ce qui précède, il n'y a pas lieu de donner suite à la requête tendant à la fixation d'une audience devant le tribunal de céans, laquelle ne pourrait de toute manière pas amener la cour à modifier son opinion. Pour les mêmes motifs, l'on ne saurait faire grief à l'autorité intimée de ne pas avoir entendu les intéressés avant de rendre la décision querellée. A toute fins utiles, on précisera à l'intention du recourant qu'est déterminante en l'espèce la circonstance selon laquelle B. _____ et C. _____ ont bien exercé une activité lucrative pour son compte, le point de savoir si cette occupation était régulière ou non ne constituant pas un élément important pour juger de la présente cause (cf. supra consid. 2b/aa). cc) Le recourant ayant violé son devoir de diligence (cf. supra consid. 2b/aa), l'autorité intimée était fondée à lui signifier un avertissement au sens de l'art. 122 al. 2 LEI, dont on rappelle qu'il peut être infligé à un employeur dès la première infraction commise (ATF 141 II 57 consid. 7 p. 65). La décision attaquée, qui somme le recourant de respecter la procédure applicable à l'avenir, ménage les intérêts privés de l'intéressé et respecte ainsi le principe de proportionnalité. Elle doit en conséquence être confirmée, tout comme doit l'être le montant de l'émolument de 250 fr. mis à charge du recourant – dont la quotité n'est pas remise en cause par ce dernier –, qui est conforme à l'art. 5 al. 1 ch. 23a du règlement vaudois du 8 janvier 2001 fixant les émoluments en matière administrative (RE-Adm; BLV 172.55.1), disposition qui ne laisse aucun pouvoir d'appréciation à l'autorité sur ce point.

E. 3

Il résulte des considérants qui précèdent que le recours doit être rejeté et la décision de l'autorité intimée du 13 août 2018 "Infraction au droit des étrangers" confirmée. Succombant, le recourant supportera les frais de justice et n'a pas droit à des dépens (art. 49, 55, 91 et 99 LPA-VD).