

# VD\_OMNI PE.2019.0183 vom 3. September 2019

VD Tribunal cantonal, 2019-09-03, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PE.2019.0183](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2019.0183)

FR: VD\_OMNI PE.2019.0183 du 3 septembre 2019

IT: VD\_OMNI PE.2019.0183 del 3 settembre 2019

## Regeste

A. \_\_\_\_\_/Service de l'emploi Contrôle du marché du travail | Contrôle du marché du travail et protection des travailleurs. Le recourant met en avant le fait que son employé n'a travaillé que dans le cadre d'un essai non rémunéré et limité à 4 jours. Selon la jurisprudence, le travail à l'essai est possible sans autorisation lorsqu'il n'excède pas la durée d'une demi-journée et si l'octroi de l'autorisation de travail pour ce poste paraît réaliste au vu des conditions légales requises. Tel n'est pas le cas en l'espèce, compte tenu en particulier de la durée du travail en question et du fait que lors du contrôle, l'employé travaillait seul. L'autorité intimée était fondée à considérer que le recourant était l'employeur du travailleur illégal et qu'il était tenu de demander une autorisation de travail pour son employé. En ne le faisant pas de manière adéquate, il a violé ses obligations résultant de l'art. 91 al. 1 LEI. Frais du contrôle confirmés. Recours rejeté.

## Erwägungen

### E. 1

Les décisions attaquées émanent d'une autorité administrative, soit le SDE, et ne sont pas susceptibles d'un recours devant une autre autorité (art. 92 al. 1 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, LPA-VD; RSV 173.36). Le Tribunal cantonal est donc compétent. Déposé en temps utile (art. 95 LPA-VD) et dans les formes prescrites par la loi (art. 79 LPA-VD), le recours satisfait pour le surplus aux autres conditions de recevabilité, si bien qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

### E. 2

Le recourant ne conteste expressément que la décision prise sur "le cas de B. \_\_\_\_\_", soit apparemment celle intitulée "Infraction au droit des étrangers". Dans la mesure où des frais ont été infligés pour non-respect des procédures applicables à l'engagement de main-d'œuvre étrangère, il convient de considérer que le recourant conteste implicitement également ceux-ci, étant précisé que la décision intitulée "Frais de contrôle" était annexée à son acte de recours.

### E. 3

Le recourant met en avant le fait que B. \_\_\_\_\_ n'a travaillé que dans le cadre d'un essai non rémunéré et limité à 4 jours. 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). Selon l'art. 1a al. 1 de l'ordonnance 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 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. 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 (ibid., al. 2).

b) 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). 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). Le service chargé, en vertu du droit cantonal, d'octroyer les autorisations de travail décide si l'activité d'un étranger est considérée comme une activité lucrative au sens de l'art. 11 al. 2 LEI (art. 4 al. 1 OASA). Les autorisations de la police du commerce et de la police sanitaire, ainsi que les autres autorisations du même genre habilitant les étrangers à exercer une profession, ne remplacent pas l'autorisation relevant du droit des étrangers octroyée en vue d'exercer une activité lucrative. Si l'étranger ne dispose pas encore de cette dernière autorisation, une réserve sera mentionnée dans l'autorisation relative à l'exercice d'une profession (art. 7 OASA). Avant d'octroyer une première autorisation de séjour ou de courte durée en vue de l'exercice d'une activité lucrative, l'autorité cantonale compétente (art. 88 al. 1 OASA) décide si les conditions sont remplies pour exercer une activité lucrative salariée ou indépendante au sens des art. 18 à 25 LEI (art. 83 al. 1 let. a OASA).

c) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (6B\_277/2011 du 3 novembre 2011 publié in ATF 137 IV 297 et résumé in RDAF 2012 I 524), l'autorisation d'exercer une activité lucrative en Suisse doit exister après la conclusion du contrat de travail et au moment de l'entrée en service. La candidature à un poste de travail et la participation à une procédure de recrutement ne nécessitent pas d'autorisation correspondante. L'employeur, qui fait travailler à titre d'essai un candidat étranger dans la perspective d'un engagement éventuel, ne l'emploie pas au sens de l'art. 117 LEI. Il s'agissait dans ce cas d'espèce d'un gérant de restaurant ayant fait travailler à l'essai, sans rémunération, un titulaire de permis N, en qualité d'aide de cuisine, deux jours durant la pause de midi pour une activité globale de 3 heures. Selon les Directives du Secrétariat d'Etat aux migrations, Domaine des étrangers (version actualisée le 1<sup>er</sup> janvier 2019, ch. 4.1.1 [Directives LEI]), qui se réfèrent à cette jurisprudence, " le travail à l'essai est possible sans autorisation lorsqu'il n'excède pas la durée d'une demi-journée et si l'octroi de l'autorisation de travail pour ce poste paraît réaliste au vu des conditions légales requises (ATF 6B\_277/2011, consid. 1.4). Dans des cas exceptionnels et dûment justifiés, la durée maximale peut être portée à une journée de travail entière. Le travail à l'essai non soumis à autorisation ne doit pas être confondu avec le temps d'essai au sens du droit du travail (art. 335b CO). Les engagements plus longs sont cependant soumis à l'obligation d'autorisation. Selon le Tribunal fédéral, il est déterminant, pour distinguer

l'activité lucrative du travail à l'essai, que ce dernier vise à évaluer l'aptitude de la personne à occuper un poste particulier et qu'il fasse partie de la procédure d'évaluation et de négociation du contrat. Le travail à l'essai ne repose pas sur un contrat de travail et ne génère pas de revenu (ATF 6B\_277/2011, consid. 1.4). Dans sa décision, le tribunal se réfère notamment au fait que 'dans de nombreuses entreprises, les demi-journées à l'essai sont usuelles et n'ont aucune influence sur le marché du travail'. " d) En l'espèce, force est d'admettre que l'on ne se trouve pas dans une telle situation. D'une part, le travail à l'essai allégué a duré 4 jours si l'on en croit le recourant, soit bien plus que la durée envisagée par la jurisprudence. D'autre part, il est difficile de croire que l'employé se trouvait dans une phase de recrutement ou véritablement à l'essai: l'intéressé était occupé à la préparation de pâtes et était le seul employé travaillant dans le restaurant lors du contrôle sur place, alors même qu'il était censé effectuer un temps d'essai depuis seulement quatre jours. Or, la candidature à un poste de travail ou la participation à une procédure de recrutement impliquent nécessairement une supervision ou du moins un certain contrôle du travail effectué. On relèvera également que le contrat produit ne l'a pas été immédiatement lors du contrôle mais seulement après celui-ci, ce qui peut paraître aussi surprenant. Quoi qu'il en soit, la force probante de ce document est très relative et tout porte à croire que l'intéressé était bel et bien engagé par le recourant, éventuellement en période d'essai. On relèvera d'ailleurs que le recourant, dans ses déterminations du 2 avril 2019, confirme cet engagement en indiquant qu'à ce moment il avait beaucoup de travail, que c'était par manque d'organisation que l'intéressé n'avait pas été déclaré à temps, et qu'il comptait le faire au SDE. Il s'ensuit que l'autorité intimée était fondée à considérer que le recourant était l'employeur du travailleur illégal et qu'il était tenu de demander une autorisation de travail pour son employé. En ne le faisant pas de manière adéquate, il a violé ses obligations résultant de l'art. 91 al. 1 LEI. Pour ces mêmes motifs, l'autorité était donc en droit de lui adresser une menace de sanctions au sens de l'art. 122 al. 2 LEI, soit un avertissement qui ménage les intérêts privés du recourant et respecte ainsi le principe de la proportionnalité, quand bien même il s'agissait d'une première infraction (voir en particulier sur cette question l'ATF 141 II 57 consid. 7). La première décision attaquée, intitulée "Infraction au droit des étrangers", doit dès lors être confirmée.

#### **E. 4**

La deuxième décision en question condamne le recourant au paiement des frais de contrôle, par 850 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 nécessaire 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, le recours est muet sur la question de la facturation des frais de contrôle. Or, il a été établi précédemment que le recourant a occupé à son service un ressortissant étranger sans autorisation, alors qu'il lui appartenait, en sa qualité d'employeur de demander une autorisation de travail pour son employé (cf. consid. 3d 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, sur le principe, mis à sa charge les frais occasionnés par le contrôle. Pour le surplus, le recourant 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 intitulée "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. Le recourant, 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.