

# **VD\_OMNI PE.2010.0011 vom 4. Januar 2011**

VD Tribunal cantonal, 2011-01-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PE.2010.0011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2010.0011)

FR: VD\_OMNI PE.2010.0011 du 4 janvier 2011

IT: VD\_OMNI PE.2010.0011 del 4 gennaio 2011

## **Regeste**

A. X. \_\_\_\_\_ c/Service de l'emploi | Recours contre une décision du SDE sommant l'employeur de respecter les procédures applicables en cas de main d'oeuvre étrangère. Bonne foi de l'employeur rejetée, dès lors qu'il doit être considéré comme étant familier avec les différentes procédures légales en relation avec l'engagement de personne étrangères. Recours rejeté.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

a) Aux termes de l'art. 92 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; RSV 173.36), le Tribunal cantonal connaît des recours contre les décisions et les décisions sur recours rendues par les autorités administratives, lorsque la loi ne prévoit aucune autre autorité pour en connaître. Il est ainsi compétent pour statuer sur les recours interjetés contre les décisions du Service de l'emploi rendues en matière de police des étrangers. b) D'après l'art. 95 LPA-VD, le recours s'exerce dans les 30 jours dès la notification de la décision attaquée. En l'espèce, le recours a été déposé en temps utile.

### **E. 2**

A titre préalable, la recourante requiert la suspension de la cause pendant dans l'attente du prononcé pénal. Dès lors que l'autorité intimée a renoncé à procéder à la dénonciation de la recourante aux autorités pénales et qu'elle a confirmé que le chiffre 3 de la décision attaquée y relatif n'avait pas lieu d'être, la requête visant la suspension de la cause dans l'attente du prononcé pénal est devenue sans objet.

### **E. 3**

Il en va de même du grief relatif au bien fondé de la dénonciation pénale en lien avec les infractions reprochées.

### **E. 4**

La recourante sollicite également la tenue d'une audience. a) Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., comprend le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre ( ATF 133 I 270 consid. 3.1; 132 II 485 consid. 3.2; 127 III 576 consid. 2c; 127 V 431 consid. 3a; 124 II 132 consid. 2b et la jurisprudence citée). Le droit de faire administrer des preuves suppose que le fait à prouver soit pertinent, que le moyen de preuve proposé soit nécessaire pour constater ce fait et que la demande soit présentée selon les formes et délais prescrits par le droit cantonal (

ATF 119 Ib 492 consid. 5b/bb). Le droit d'être entendu découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. 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). L'autorité peut donc mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former 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 130 II 425 consid. 2.1 et les arrêts cités; 122 V 157 consid. 1d; 119 Ib 492 consid. 5b/bb). b) En l'espèce, l'on comprend de la correspondance de la recourante du 19 février 2010 qu'elle sollicite la tenue d'une audience afin d'établir avoir envoyé le formulaire requis à l'autorité intimée le 14 janvier 2008 conformément aux instructions données par le contrôle des habitants de la commune et ne jamais avoir reçu de réponse, raison pour laquelle elle aurait procédé de la même manière l'année suivante. En d'autres termes, la recourante cherche à établir sa bonne foi. Cela étant, il n'est pas contesté qu'elle ait rempli et envoyé ledit formulaire puisque ce fait ressort de l'extrait du système SYMIC produit par l'autorité intimée. Il en va différemment de la question de savoir si elle a reçu une réponse du service concerné. En effet, l'autorité intimée soutient - sans être à même de le démontrer - qu'elle l'aurait informée le 24 janvier 2008 du fait qu'elle ne pouvait recourir à la procédure de l'annonce dans le cas d'espèce, mais qu'elle devait requérir une autorisation de travail. Or, dès lors que le tribunal dispose des éléments nécessaires pour apprécier cette question, la tenue d'une audience ne se justifie pas.

## E. 5

La recourante conteste le bien fondé de la sommation, sous menace de rejet des futures demandes d'admission de travailleurs étrangers pour une durée variant de 1 à 12 mois, de respecter les procédures applicables en cas d'engagement de main d'œuvre étrangère. a) En premier lieu, il convient de relever que la décision entreprise vise l'engagement de B. Y.\_\_\_\_\_ pour deux périodes distinctes, soit celle du 7 janvier au 31 mars 2008 et celle du 11 août au 29 août 2009. La question du respect des obligations de l'employeur sera ainsi examinée ci-après sous l'angle de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20) pour la première période, et sous l'angle de la LEtr ainsi que de l'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, conclu le 21 juin 1999 (ALCP; RS 0.142.112.681) pour la seconde, étant précisé que le Protocole du 27 mai 2008 à l'ALCP, concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la République de Bulgarie et de la Roumanie, à la suite de leur adhésion à l'Union européenne (RS 0.142.112.681.1) est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2009. b) Aux termes de l'art. 11 LEtr : " 1 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. 2 Est considérée comme activité lucrative toute activité salariée ou indépendante qui procure normalement un gain, même si elle est exercée gratuitement. 3 En cas d'activité salariée, la demande d'autorisation est déposée par l'employeur." La notion d'activité lucrative telle qu'elle était définie par l'art. 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. 12 LEtr traite de l'obligation pour l'étranger de déclarer son arrivée : " 1 Tout étranger tenu d'obtenir une autorisation de courte durée, de séjour ou d'établissement doit déclarer son arrivée à l'autorité compétente de son lieu de résidence ou de travail en Suisse avant la fin du séjour non soumis à autorisation ou avant le début de l'activité lucrative. 2 Il est tenu de

déclarer son arrivée à l'autorité compétente du nouveau lieu de résidence s'il s'installe dans un nouveau canton ou une nouvelle commune. 3 (...) Aux termes de l'art. 91 LEtr, un devoir de diligence incombe à l'employeur et au destinataire de services : " 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." L'art. 122 al. 1 et 2 LEtr prévoit ce qui suit : " 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. 3 (...) " A cet égard, le chiffre 487 des directives, relatif aux dispositions pénales et aux sanctions (art. 54 et 55 OLE), précisait notamment ce qui suit s'agissant des avertissements: "[...] Les sanctions peuvent donc varier selon la gravité de l'infraction et les circonstances. En règle générale, l'entreprise recevra d'abord un avertissement écrit concernant les sanctions qu'elle encourt, surtout s'il s'agit d'une première infraction ou d'une infraction mineure. La sanction - blocage des autorisations - peut ne s'appliquer qu'à certaines catégories d'étrangers ou à certains secteurs de l'entreprise, ou encore valoir pour un temps plus ou moins long selon les cas (trois, six, douze mois). Les sanctions ne devraient en principe pas porter sur les prolongations d'autorisations, car de tels refus pénaliseraient les travailleurs innocents. [...]" Quant à la jurisprudence rendue sous l'art. 55 OLE, à laquelle on peut se référer (PE.2008.0389 du 8 septembre 2009 et références), le tribunal a rappelé la nécessité pour l'autorité d'adresser à l'employeur un avertissement écrit - intitulé sommation selon la terminologie de l'art. 55 OLE - sur les sanctions qu'il pourrait encourir, surtout s'il s'agit 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 a violation du principe de la proportionnalité (v. 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, cela malgré la bonne foi de la société recourante (PE.2009.0623 du 20 mai 2010; PE.2007.0473 du 27 décembre 2007). c) Il convient de relever que l'ensemble des dispositions précitées s'applique également à la seconde période visée par la décision entreprise, postérieure à l'entrée en vigueur du protocole susmentionné et ce par renvoi des art. 9 et 32 de l'ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes (OLCP; 142.203) qui disposent: " Art. 9 Procédures de déclaration d'arrivée et d'autorisation 1 Les procédures de déclaration d'arrivée et d'autorisation sont régies par les art. 10 à 15 LEtr et 9, 10, 12, 13, 15 et 16 OASA." " Art. 32 Les sanctions administratives sont régies par l'art. 122 LEtr. " . Par ailleurs, l'art. 10 al. 2b ALCP prévoit ce qui suit: "La Suisse, la République de Bulgarie et la Roumanie peuvent, jusqu'à la fin de la deuxième année à compter de l'entrée en vigueur du protocole au présent accord concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la République de Bulgarie et de la Roumanie, maintenir, à l'égard des travailleurs de l'une de ces parties contractantes employés sur leur territoire, les contrôles de la priorité du travailleur intégré dans le marché régulier du travail et des conditions de salaire et de travail applicables aux ressortissants de l'autre partie contractante en question. [...]" d) En

l'espèce, la recourante ne conteste pas que B. Y. \_\_\_\_\_ a travaillé à deux périodes distinctes dans l'un de ses magasins. Dès lors qu'une activité de ce type s'exerce à titre professionnel en vue de l'obtention d'un gain, on se trouve en présence d'une activité lucrative au sens de l'art. 11 LEtr pour laquelle la recourante aurait dû s'enquérir du statut administratif de son futur employé et obtenir une autorisation de travail en sa faveur. En l'occurrence, la recourante n'a jamais obtenu d'autorisation pour l'employé concerné. Elle invoque néanmoins sa bonne foi en exposant avoir envoyé à l'autorité intimée, le 14 janvier 2008, le formulaire d'annonce pour les travailleurs ressortissants d'un Etat membre de la CE/AELE avec prise d'emploi auprès d'un employeur suisse, conformément aux instructions données par le contrôle des habitants de la commune. Elle fait valoir ne jamais avoir reçu d'avis de refus, raison pour laquelle elle a procédé de la même manière l'année suivante. Elle conteste d'ailleurs formellement avoir reçu une quelconque correspondance de la part de l'autorité intimée à cet égard. Elle soutient en particulier n'avoir finalement appris que suite à la demande de pièces de l'autorité intimée du 25 août 2009 qu'il y avait en réalité "une autre procédure à suivre" et avoir en conséquence immédiatement cessé d'employer la personne en question. Le service intimé, pour sa part, considère que les démarches effectuées par la recourante auraient en tout état été tardives pour les deux périodes d'activité de l'employé, dès lors que ce dernier avait, dans les deux cas, déjà débuté son activité lorsque la recourante a déposé le formulaire. Par ailleurs, il se réfère à l'avis de refus qui aurait été transmis à la recourante concernant la première période et considère, pour le surplus, que l'on ne saurait retenir la bonne foi de la recourante en tant qu'elle indique avoir cessé d'occuper l'employé en question dès connaissance des démarches à entreprendre, exposées par le service intimé le 25 août 2009, dès lors qu'il était en tout état prévu qu'elle cesse d'occuper le personnel en question le 29 août 2009. Il convient tout d'abord de rappeler que la décision querellée se limite à une sommation. Conformément à la jurisprudence précitée (PE.2007.0473), une telle sommation peut être prononcée malgré la bonne foi de l'employeur. En l'occurrence, la recourante indique, dans son recours, s'être adressée au bureau des étrangers de la Commune de 1\*\*\*\*\* où elle a envoyé son employé pour s'annoncer. Celui-ci a reçu un formulaire d'annonce pour les ressortissants CE/AELE avec instruction de le transmettre au Service de l'emploi, ce qui a été fait. Il ressort de cette explication que la recourante semble s'être fiée aux informations reçues par son employé, sans plus ample vérification. Quoi qu'il en soit, la recourante emploie plusieurs personnes de nationalité étrangère, de sorte qu'elle doit être considérée comme étant familière avec les différentes procédures et contraintes légales en relation avec l'engagement de personnel étranger. Si elle avait un doute à cet égard, elle était tenue, conformément à l'article 91 LEtr, de vérifier préalablement à l'engagement, que son employé étranger était bien autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse, en se renseignant, le cas échéant, auprès des autorités compétentes. Or l'autorité compétente est le service cantonal de l'emploi, de sorte qu'elle ne saurait se prévaloir d'un renseignement délivré par le bureau communal des étrangers. Même si elle a envoyé le formulaire erroné au SDE, elle ne pouvait se satisfaire du prétendu silence de cette autorité pour en conclure qu'elle était en droit d'employer la personne concernée. Au contraire, on pouvait raisonnablement attendre d'elle que, dans ces circonstances, elle se renseigne de manière complète et spontanée auprès de l'autorité intimée compétente, ce qu'elle n'a pas fait. En définitive, la recourante était tenue de demander une autorisation de travail pour son employé. En ne le faisant pas de manière adéquate, elle a violé ses obligations résultant de l'art. 91 al. 1 LEtr et ce, à deux reprises. Dès lors que l'autorité intimée ne prétend pas qu'il

s'agirait d'un cas de récidive, une sommation au sens de l'art. 122 al. 2 LEtr constitue une sanction appropriée laquelle respecte également le principe de proportionnalité. La décision querellée doit ainsi être confirmée sur ce point.

#### **E. 6**

La recourante conteste en outre devoir s'acquitter de l'émolument administratif fixé à 250 francs. Aux termes de l'art. 123 al. 1 LEtr, des émoluments peuvent être prélevés pour les décisions rendues et les actes officiels effectués en vertu de ladite loi. Les débours occasionnés par les procédures prévues dans la LEtr peuvent être facturés en sus. Il est précisé à l'art. 5 al. 1 ch. 23a du règlement cantonal du 8 janvier 2001 fixant les émoluments en matière administrative (RE-Adm; RSV 172.55.1) que le Département de l'économie perçoit un émolument de 250 fr. pour une sommation en cas de non-respect des prescriptions du droit des étrangers. En l'espèce, l'émolument réclamé dans la décision querellée est bien de 250 fr. Il n'est pas allégué en quoi ce montant serait excessif ou ne devrait pas être perçu. La décision de l'autorité intimée doit par conséquent être confirmée sur ce point également.

#### **E. 7**

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. L'émolument de justice est mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 49 al. 1 LPA-VD). Il n'est pas alloué de dépens (art. 55 al. 1 LPA-VD).

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