

VD_OMNI PE.2011.0032 vom 25. Juni 2013

VD Tribunal cantonal, 2013-06-25, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2011.0032

FR: VD_OMNI PE.2011.0032 du 25 juin 2013

IT: VD_OMNI PE.2011.0032 del 25 giugno 2013

Regeste

X. _____ c/Service de l'emploi | Sanction administrative prononcée contre l'employeur tendant à rejeter (non entrée en matière) toute demande d'admission de travailleurs étrangers pendant une durée de trois mois. Recours admis et décision réformée en ce sens que seule une sommation est prononcée contre l'employeur qui a été libéré de toute condamnation par le juge pénal. En effet, seule une négligence dans l'engagement du personnel étranger a pu être retenue contre l'employeur.

Erwägungen

E. 1

a) Déposé dans les formes et délais prévus par les art. 79, 99 et 95 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; RSV 173.36) le recours est recevable, de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond. b) Selon l'art. 98 LPA-VD, le recourant peut invoquer la violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents. La loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20) ne prévoyant aucune disposition étendant le pouvoir d'examen de l'autorité de recours à l'inopportunité. Le pouvoir d'examen du tribunal est ainsi limité à un contrôle en légalité de la décision attaquée, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation. Selon la jurisprudence, il y a abus du pouvoir d'appréciation lorsqu'une autorité, usant des compétences qui lui sont dévolues par la loi, se laisse guider par des considérations non pertinentes ou étrangères au but des dispositions applicables, ou encore lorsqu'elle statue en violation des principes généraux du droit administratif que sont l'interdiction de l'arbitraire, l'égalité de traitement, la bonne foi et la proportionnalité (ATF 116 V 307 consid. 2 p. 310 et les arrêts cités).

E. 2

a) La cause a donné lieu à deux jugements pénaux qui ont acquitté le directeur et la responsable des ressources humaines de l'hôtel. Le 28 mars 2012, le procureur a rendu une ordonnance de classement en ce qui concerne l'engagement des étudiants, car les actes reprochés n'étaient plus punissables sous l'emprise du droit actuel; le juge pénal ayant appliqué le principe de la lex mitior. En revanche, par une ordonnance du 2 avril 2012, le procureur a rendu une ordonnance pénale à l'encontre des mêmes personnes, les condamnant à des peines de 120 jours-amendes avec sursis pendant deux ans ainsi qu'au paiement d'une amende. Les faits retenus par l'ordonnance sont les suivants : « A Lausanne, rue *****, entre le 1er janvier 2008 et le 31 décembre 2010, l'hôtel X. _____ SA a employé, sur décision conjointe de I. _____, directrice des ressources humaines, et H. _____, directeur général, Y. _____, ressortissante équatorienne, alors qu'elle n'était au bénéfice d'aucune autorisation de travail. L'emploi de Y. _____ pour la période

antérieure au 1er janvier 2008, constitutif d'une contravention à l'ancienne Loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers est prescrit » Par jugement du 4 décembre 2012, le Tribunal de Police de l'arrondissement de Lausanne a libéré I. _____ et H. _____ du chef d'accusation d'infraction à la loi fédérale sur les étrangers. Le juge a retenu encore les faits suivants : « (...) l'employée en cause a été engagée à partir du mois de juillet 2003 auprès du X. _____, alors qu'une demande de permis humanitaire était pendante devant le Service de la population du canton de Vaud (ci-après: SPOP). Le service en question a préavisé favorablement la demande et a transmis la demande auprès de l'Office fédéral de l'immigration, de l'intégration et de l'émigration (IMES, ci-après ODM, office fédéral des migrations). La demande de permis humanitaire a été rejetée en janvier 2006 et une seconde demande a été déposée dans la foulée, laquelle a de nouveau obtenu le préavis favorable du SPOP. Cette nouvelle demande a été rejetée définitivement au mois de septembre 2009 après que l'avocat de l'employée a retiré le recours déposé au Tribunal administratif fédéral Il est établi par ailleurs que la directrice du X. _____ et le directeur général n'ont pas été informés par leur employée de l'échec de cette deuxième procédure de demande de permis humanitaire. Ce n'est qu'ensuite d'un contrôle du service de l'emploi (ci-après : SDE), effectué en juillet 2010, que la liste complète du X. _____ a été transmise à cette autorité administrative qui a interpellé le SPOP pour savoir si l'employée en question disposait toujours d'une tolérance dans le cadre de son emploi. Il ressort ainsi de l'instruction que ce n'est qu'à la toute fin de l'année 2010 que la directrice et le directeur général du X. _____ ont été informés du fait que leur employée ne bénéficiait plus de la tolérance du canton de Vaud en matière d'exercice d'une activité lucrative. L'employée n'avait pas été contrôlée par le Service de l'emploi le jour de la vérification effectuée en juillet 2010 et a donc averti à la fin de l'année 2010 le X. _____ que les prévenus seraient dénoncés à l'autorité pénale s'agissant du cas spécifique de Y. _____. Les prévenus ont résilié immédiatement le contrat de travail de leur employée, qui a été dispensée de l'obligation de travailler durant le délai de résiliation contractuel. » Le Tribunal de police a encore retenu les faits suivants: Y. _____ avait déposé le 23 février 2011 une nouvelle demande de réexamen qui a été admise et un permis de séjour pour motif humanitaires lui a été délivré le 15 avril 2011. En outre, le SPOP, n'informe pas systématiquement le Service de l'emploi du fait qu'une personne ne bénéficie plus d'une tolérance d'activité, service qui doit lui-même procéder aux vérifications nécessaires auprès du SPOP et que dans le cas particulier, le SPOP n'avait pas averti le Service de l'emploi de l'échec de la procédure engagée par Y. _____. Il convient donc de déterminer quelle est la portée de ce jugement pénal sur la présente cause. b) Le jugement pénal ne lie en principe pas l'autorité administrative et cette indépendance des juges pénal et administratif peut conduire à des décisions contradictoires. Afin d'éviter dans la mesure du possible ces contradictions, la jurisprudence a admis que l'autorité administrative appelée à se prononcer sur l'existence d'une infraction ne doit pas s'écarter sans raison sérieuse des constatations de fait du juge pénal (ATF 106 Ib 398 consid. 2, 105 Ib 19 consid. 1a, 104 Ib 359 consid. 1 et 362 ss consid. 3); en revanche, l'autorité administrative n'est liée par le jugement pénal en ce qui concerne l'appréciation juridique que dans la mesure où celle-ci dépend étroitement de l'appréciation de faits que le juge pénal connaît mieux qu'elle (ATF 119 Ib 158 consid. 3c/bb p. 164). L'autorité administrative ne peut s'écarter du jugement rendu que si elle est en mesure de fonder sa décision sur des constatations de fait inconnues du juge pénal ou qu'il

n'a pas prises en considération, s'il existe des preuves nouvelles dont l'appréciation conduit à un autre résultat, si l'appréciation à laquelle s'est livré le juge pénal se heurte clairement aux faits constatés ou si le juge pénal n'a pas élucidé toutes les questions de droit, en particulier celles qui touchent à la violation des règles de la circulation (ATF 109 Ib 204 consid. 1, 105 Ib 19 consid. 1a). Ainsi, l'autorité administrative ne doit pas s'écarter sans raisons des faits établis au pénal, en particulier lorsque l'enquête pénale a donné lieu à des investigations approfondies et lorsque le juge a entendu directement les parties et les témoins (ATF 124 II 8 consid. 3d/aa p. 13; 115 Ib 163 consid. 2a p. 164; 103 Ib 101 consid. 2b p. 105). Cette retenue ne se justifie pas, en revanche, lorsque les faits déterminants pour l'autorité administrative n'ont pas été pris en considération par le juge pénal, lorsque des faits nouveaux importants sont survenus entre-temps, lorsque l'appréciation à laquelle le juge pénal s'est livré se heurte clairement aux faits constatés, ou encore lorsque le juge pénal ne s'est pas prononcé sur toutes les questions de droit (ATF 124 II 8 consid. 3d/aa p. 13/14; 109 Ib 203 consid. 1 p. 204). Dans ces circonstances, l'autorité administrative peut s'écarter de l'état de fait retenu au pénal en procédant à sa propre administration des preuves. c) En l'espèce, la décision attaquée retient les faits suivants : d'une part, Y. _____ a été occupée alors qu'elle n'était pas en possession des autorisations nécessaires délivrées par les autorités compétentes au moment de la prise d'emploi; d'autre part, huit étudiants au bénéfice d'un permis de séjour pour études étaient temporairement occupés alors qu'ils n'étaient pas en possession des autorisations nécessaires délivrées par les autorités compétentes au moment de la prise d'emploi. Ces faits sont complétés de la manière suivante par les jugements pénaux précités: - En ce qui concerne Y. _____, elle était au bénéfice d'une tolérance pour l'exercice d'une activité lucrative admise par les autorités compétentes en matière de police des étrangers pour les situations dans lesquelles le canton établit un préavis favorable en vue de l'octroi d'un permis de séjour pour motifs humanitaires, et ceci depuis la prise d'emploi en 2003 jusqu'en 2009, de sorte que les organes responsables de l'hôtel pouvaient raisonnablement penser qu'elle bénéficiait d'une autorisation provisoire de travailler durant les différentes procédures de demande de permis pour cas individuels d'une extrême gravité, les services concernés de l'Etat étant au courant de cette situation. Il ressort aussi du jugement pénal que c'est seulement à la fin de l'année 2010, que l'hôtel a été avisé de la situation illégale de Mme Y. _____ à la suite de l'entrée en force du refus de sa dernière demande, et que les dispositions nécessaires ont été prises pour mettre un terme à la collaboration. - Pour les huit étudiants, l'ordonnance de classement se réfère aux déterminations du Service de l'emploi du 24 février 2012, informant le tribunal qu'une nouvelle pratique avait été mise sur pied à la suite d'échanges avec les différents partenaires sociaux concernés de la branche, pour l'occupation des stagiaires formés dans une école sise sur le territoire cantonal et soumis à l'article 11 de la Convention collective nationale sur le travail pour les hôtels, restaurants et cafés (CCNT). Selon cette nouvelle pratique, et seulement pour les stagiaires en formation, il n'est plus nécessaire de requérir une autorisation de travail, par le dépôt d'une demande (formulaire n°1350). Concernant les huit étudiants, la nouvelle pratique n'était pas encore adoptée au moment des faits qui ont donné lieu à la décision attaquée du 17 décembre 2010. La recourante était donc en infraction au moment où le contrôle a été effectué; de plus, la dispense de déposer une demande d'autorisation de travailler ne concernait que les stagiaires dont " le stage fait partie intégrante des cours " (art. 11 CCNT), soit des étudiants dans le domaine de la restauration et de l'hôtellerie. Il est vrai que plusieurs des étudiants contrôlés suivaient une formation

auprès de l'Ecole hôtelière de Lausanne, mais on ignore si leur travail s'intégrait dans le cadre d'un stage de formation au sens de l'art. 11 CCNT. Aussi, deux autres étudiants suivaient une formation auprès d'une Ecole d'ingénieurs et trois étudiants n'ont travaillé que deux jours. Dans ses déterminations du 30 mars 2011, le Service de l'emploi insiste toutefois sur le fait que l'infraction majeure qui aboutit à la sanction prononcée ne concernait pas les étudiants, mais l'occupation du personnel étranger non autorisé en faisant implicitement référence à la situation de Y._____. La décision attaquée retient que Y._____ a été engagée au service de l'hôtel sans bénéficier des autorisations nécessaires au moment de la prise d'emploi. Or, le juge pénal retient que depuis son engagement en 2003 jusqu'en 2009, les autorités de police des étrangers accordaient une forme de tolérance pour l'activité exercée au service de l'hôtel de telle manière que ses responsables pouvaient en déduire l'octroi d'une autorisation provisoire; seule une négligence pouvait être reprochée à la direction de l'hôtel puisqu'elle n'avait pas vérifié les réponses de l'employée selon lesquelles la procédure était toujours en cours. La CDAP est donc liée par les constatations de fait du juge pénal sur ce point, qui divergent de celles retenues par la décision attaquée.

E. 3

En cas d'activité salariée, la demande d'autorisation est déposée par l'employeur". L'art. 91 al. 1 LEtr fixe quant à lui les obligations à charge de l'employeur dans les termes suivants: "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." L'art. 117 al. 1 LEtr réprime l'emploi d'étrangers sans autorisation dans les termes suivants: « Quiconque, intentionnellement, emploie un étranger qui n'est pas autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse ou a recours, en Suisse, à une prestation de services transfrontaliers d'une personne qui n'a pas l'autorisation requise est puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire. Dans les cas graves, la peine sera une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire. En cas de peine privative de liberté, une peine pécuniaire est également prononcée. » L'art. 122 al. 1 et 2 LEtr prévoit les mesures suivantes en cas de violation répétée des obligations de l'employeur en matière de prise d'emploi: " 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 dernière disposition reprend les principes découlant de l'art. 55 de l'ancienne ordonnance fédérale du 6 octobre 1986 limitant le nombre d'étrangers (OLE) désormais abrogée (Message du Conseil fédéral, FF 2002 III 3469, spécialement p. 3588). On peut dès lors se référer à la jurisprudence rendue sous l'ancien droit (arrêt GE.2008.0012 du 21 octobre 2008 consid. 5) et aux directives LSEE édictées par l'Office fédéral des migrations (ci-après "les directives", qui étaient en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007 et qui n'ont pas encore été remplacées dans leur intégralité). La jurisprudence exigeait que l'autorité adresse 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 qu'elle ne prononce un blocage des autorisations. En l'absence de sommation préalable, il y avait violation du principe de la proportionnalité (arrêts PE.2008.0003 du 22 mai 2008 consid. 4b). Mais la gravité de la faute - cinq travailleurs étrangers en situation irrégulière, dont certains pendant plusieurs années - pouvait justifier une sanction de trois à six mois sans sommation (arrêt

PE.2005.0416 du 28 mars 2006 consid. 4). En outre, 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 (arrêt PE.2007.0473 du 27 décembre 2007). Quant aux directives, elles consacraient leur chiffre 487 aux dispositions pénales et aux sanctions (art. 54 et 55 OLE); son contenu était le suivant: "Les problèmes économiques et sociaux sérieux que pose l'occupation illégale de travailleurs étrangers exigent une intervention énergique, mais nuancée de la part des autorités. La gravité de l'infraction commise par l'employeur détermine en principe la sévérité de la mesure administrative. Les autorités doivent cependant tenir compte du fait que le refus de toute nouvelle autorisation est une mesure qui, selon les circonstances, peut avoir des conséquences graves. C'est pourquoi, il faut avoir constamment à l'esprit les intérêts des travailleurs occupés légalement et partant, veiller à ne pas mettre en péril, par des sanctions trop sévères, l'emploi des autres travailleurs occupés dans l'entreprise. Pour évaluer de manière objective les conséquences qu'entraînerait un blocage des autorisations, il importe de disposer d'indications précises sur l'entreprise fautive et l'effectif de son personnel et d'entendre au préalable des personnes responsables ou concernées. On tiendra par exemple compte du fait qu'une mesure trop draconienne sera plus durement ressentie par une petite entreprise dont la marge de manoeuvre est réduite, que par une grande. La composition du personnel doit également être prise en compte. D'autres éléments d'appréciation peuvent être notamment: ● le nombre d'étrangers occupés illégalement et la durée de leur occupation, ● les conditions de travail et de rémunération, ● le paiement des prestations sociales, ● l'attitude de l'employeur. 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)". c) En l'espèce, la recourante a déjà fait l'objet de cinq interventions de la part de l'autorité intimée, soit d'un avertissement (24 novembre 2000), d'un ultime avertissement (13 décembre 2001), de deux sommations (21 mars et 1^{er} décembre 2005) et d'une décision de non-entrée en matière pour une durée d'un mois (11 avril 2007). aa) Il ressort du procès-verbal de l'audience du 24 avril 2012 qu'un contrôle préventif a été effectué en 2004, lors de la première année de l'activité de la Commission de prévention de travail au noir, et que partant aucune sanction n'a été prononcée. Concernant les décisions de 2005 et 2007, elles n'ont pas été rendues lors d'un contrôle de l'entreprise mais suite à des contrôles de police hors des locaux de travail concernant les travailleurs personnellement. Lors de ces interventions, aucune liste des employés n'avait été demandée par le SDE ou remise par la recourante à ce service aux fins de contrôle. En outre, Y. _____ bénéficiait déjà en 2004, 2005 et 2007 d'une forme de tolérance d'activité assimilable à une autorisation provisoire selon le juge pénal. bb) La recourante ne conteste pas avoir eu à son service, au cours du premier semestre de l'année 2010, huit personnes au bénéfice d'une autorisation de séjour pour études, mais sans bénéficier d'une autorisation de travail. Elle soutient que " l'obligation de l'employeur d'obtenir une autorisation du Service de l'emploi ne ressort pas très clairement des informations mises à disposition par le Service de l'emploi sur son site internet alors que celui-ci est par ailleurs très complet pour toutes les autres questions intéressant les employeurs de travailleurs étrangers ". Selon elle, " l'on ne peut, en aucune manière, assimiler la négligence de la recourante à l'engagement volontaire

d'employés à plein temps sans aucune autorisation de séjour en Suisse ". Il est vrai que les huit étudiants concernés étaient au bénéfice d'une autorisation de séjour pour études et que l'art 38 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA; RS 142.201) permet la prise d'une activité accessoire au plus tôt six mois après leur arrivée si la direction de l'école certifie que cette activité est compatible avec la formation et n'en retarde pas la fin, si la durée de travail n'excède pas 15 heures par semaine en dehors des vacances, s'il existe une demande d'un employeur et si les conditions de rémunération et de travail sont remplies. Il ressort toutefois des directives de l'ODM que la prise d'emploi d'un étudiant bénéficiant d'une autorisation de séjour pour études est soumise à autorisation tout comme le changement d'employeur (Directives ODM, Domaine des étrangers, version du 1. 04. 12. chiffre 4.4.4). On ne peut pas non plus vraiment déduire de la directive de l'ODM que les stages obligatoires effectués dans le cadre d'une formation seraient en principe dispensés d'une autorisation, qui pourrait être requise afin de vérifier si les conditions de l'art. 39 OASA sont remplies. Cela étant précisé, le Service de l'emploi admet que la situation concernant les huit étudiants ne constitue pas un niveau de gravité qui justifiait la mesure prise à l'encontre de l'hôtel (détermination du Service de l'emploi du 30 mars 2011), ce que confirme le fait qu'aucune infraction au sens de l'art. 117 LEtr n'a été retenue contre la direction de l'hôtel concernant l'emploi des étudiants concernés. cc) En revanche, l'autorité intimée a considéré que l'engagement de Y. _____ sans autorisation de travail constituait une infraction grave justifiant la décision de non entrée en matière pour toute demande d'admission de travailleurs étrangers pour une durée de trois mois, compte tenu notamment des différentes mesures déjà prononcées à son encontre. En effet, dans ses déterminations du 24 février 2011 le Service de l'emploi relevait que « dans la pondération des différentes infractions résultant dans la sanction, le poids de l'engagement d'une personne n'ayant ni autorisation de travail, ni autorisation de séjour, comme c'est le cas de Madame Y. _____, a été prépondérant ». Or, il ressort des faits retenus par le juge pénal que Y. _____ bénéficiait d'une forme de tolérance concernant sa prise d'activité auprès de la recourante, connue des autorités de police des étrangers. Le juge pénal a retenu à l'encontre de la direction de la société recourante une négligence simple pour n'avoir pas initié un contrôle, au moins annuel auprès du SPOP pour connaître l'état de la procédure de demande d'autorisation de séjour pour cas de rigueur. Le Tribunal de Police est arrivé à la conclusion qu'il ne concevait pas que la direction de l'hôtel aurait pris le risque d'engager une personne en situation illégale durant autant d'années avec les risques que cela pouvait supposer et que les organes dirigeants ne se seraient en tous les cas pas accommodés d'un tel risque. La CDAP peut aussi se rallier à cette appréciation. Il n'en demeure pas moins que des négligences ont été constatées tant en ce qui concerne l'engagement des étudiants que les contrôles à instaurer auprès du SPOP pour les collaborateurs bénéficiant d'une autorisation provisoire dans l'attente de l'aboutissement d'une procédure de demande de permis de séjour pour cas de rigueur. L'application de l'art. 122 LEtr ne suppose toutefois pas en effet que l'infraction constatée aux dispositions de la LEtr résulte d'un jugement pénal en force. On doit ainsi admettre que la recourante a commis des infractions à la LEtr et qu'elle était en état de récidive. Par ailleurs, active depuis plus d'un siècle, la recourante déclare employer environ 225 employés de nationalité étrangère sur 320 collaborateurs (soit le 70%) et dispose d'un département des ressources humaines, dont on peut attendre qu'il soit au fait des exigences en matière d'engagement de travailleurs étrangers; ce d'autant plus qu'elle a déjà fait l'objet de deux avertissements (les 24 novembre 2000 et 13 décembre

2001), d'une sommation (le 21 mars 2005) et d'une décision de non entrée en matière pour une durée d'un mois (le 11 avril 2007). Mais il faut relever en faveur de la recourante que Y. _____ a été employée durant sept ans avec une forme d'autorisation provisoire - dont seulement dix mois sans autorisation de travail - et que les huit étudiants - qui n'ont travaillé que quelques jours, voire quelques dizaines de jours - ne disposaient certes pas de l'autorisation de travail nécessaire mais étaient tous au bénéfice d'un permis de séjour valable et qu'ils avaient en principe droit à exercer une activité accessoire. Compte tenu de l'ensemble de ces circonstances, la mesure prononcée par l'autorité intimée apparaît disproportionnée en présence d'une négligence simple et il y a lieu de prononcer seulement une nouvelle sommation au sens de l'art. 122 al. 2 LEtr.

E. 4

Il résulte des considérants qui précèdent que le recours est partiellement admis et le chiffre 2 de la décision attaquée doit être réformé en ce sens qu'une nouvelle sommation est prononcée à l'encontre de la recourante en raison des faits tels qu'ils sont retenus par le présent arrêt. La recourante obtient partiellement gain de cause de sorte que seule une partie de l'émolument judiciaire sera mis à sa charge. Elle n'a toutefois pas droit à l'allocation de dépens (art. 56 al. 2 LPA-VD par analogie).

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