

# **VD\_OMNI PE.2014.0249 vom 11. November 2015**

VD Tribunal cantonal, 2015-11-11, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PE.2014.0249](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2014.0249)

FR: VD\_OMNI PE.2014.0249 du 11 novembre 2015

IT: VD\_OMNI PE.2014.0249 del 11 novembre 2015

## **Regeste**

X. \_\_\_\_\_ SA/Service de la population (SPOP), Service de l'emploi Contrôle du marché du travail et | Somation (menace de blocage des autorisations de main-d'oeuvre étrangère) prononcée par le SDE à l'encontre d'une entreprise de peinture, au motif que le frère de l'administrateur unique avait été interpellé sur la route au volant d'un véhicule de la société et en habit de peintre portant le logo de celle-ci. Recours de l'entreprise admis: la procédure pénale a été classée, le procureur ayant retenu que le frère en cause avait été employé par une société tierce. La recourante n'a toutefois pas droit à des dépens: le recours est admis sur la base d'éléments nouveaux et la recourante a inutilement compliqué la procédure en prêtant son matériel d'entreprise à un étranger en situation irrégulière ainsi qu'en omettant de révéler à temps l'identité de l'employeur, qu'elle connaissait.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté en temps utile auprès de l'autorité compétente, le recours satisfait par ailleurs aux autres conditions formelles de recevabilité (cf. art. 79 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; RSV 173.36], applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

### **E. 2**

La décision dont est recours retient que la recourante a pris à son service, le 14 avril 2014, un travailleur étranger qui n'était pas en possession des autorisations nécessaires délivrées par les autorités compétentes au moment de la prise d'emploi. Elle la somme ainsi de respecter les procédures applicables à l'engagement de main-d'œuvre étrangère, sous peine de voir ses futures demandes d'autorisation rejetées.

### **E. 3**

a) Aux termes de l'art. 11 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20), 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). b) A teneur de l'art. 91 al. 1 LEtr, 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. 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 (TF

2C\_197/2014 du 12 février 2015 consid. 2.1 et les références). La notion d'employeur au sens de la loi fédérale sur les étrangers est autonome. Elle est plus large que celle du droit des obligations et englobe l'employeur de fait (cf. ATF 137 IV 153 consid. 1.5; 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 (cf. ATF 99 IV 110 consid. 1; TF 6B\_243/2014 du 15 juillet 2014 consid. 5.3 ). Conséquemment, le terme "employer" doit être compris comme consistant non seulement à conclure et exécuter un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO, mais également à faire exécuter une activité lucrative à quelqu'un, quelle que soit la nature du rapport juridique entre l'auteur et la personne employée. 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 et les références ). c) Le non-respect de l'obligation de diligence prévue à l'art. 91 LEtr expose l'employeur à la sanction prévue par l'art. 122 LEtr. D'après cette disposition, si un employeur enfreint la loi sur les étrangers 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).

#### **E. 4**

En l'espèce, il n'est pas contesté que l'ouvrier contrôlé, ressortissant du Kosovo et frère de l'administrateur unique de la recourante X. \_\_\_\_\_ SA , est dépourvu de titre de séjour. Cette dernière soutient toutefois que l'intéressé ne travaillait pas dans son entreprise, mais avait pour employeur une autre société, savoir A. \_\_\_\_\_ Sàrl (actuellement en liquidation) . Elle en veut pour preuve le résultat de la procédure pénale dont elle a fait l'objet, laquelle s'est soldée par une ordonnance de classement. a) Le jugement pénal ne lie en principe pas l'autorité administrative. Afin d'éviter dans la mesure du possible des décisions contradictoires, la jurisprudence a cependant admis, s'agissant de se prononcer sur l'existence d'une infraction, que l'autorité administrative ne devait pas s'écarter sans raison sérieuse des faits constatés par le juge pénal ni de ses appréciations juridiques qui dépendent fortement de l'établissement des faits, en particulier lorsque le jugement pénal a été rendu au terme d'une procédure publique ordinaire au cours de laquelle les parties ont été entendues et des témoins interrogés. L'autorité administrative ne peut dès lors s'écarter du jugement pénal que si elle est en mesure de fonder sa décision sur des constatations de fait que le juge pénal ne connaissait pas 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 ce dernier n'a pas élucidé toutes les questions de droit. Cette dernière hypothèse recouvre notamment le cas où le juge pénal a rendu sa décision sur la seule base du dossier, sans procéder lui-même à des débats (cf. ATF 136 II 447 consid. 3.1 et les références). b) En l'occurrence, une enquête pénale a été ouverte à l'encontre de Y. \_\_\_\_\_, administrateur unique de la recourante, suite à sa dénonciation par l'autorité intimée. En cours d'instruction, le ministère public a procédé notamment à l'audition de B. \_\_\_\_\_, associé gérant de A. \_\_\_\_\_ Sàrl, lequel a expressément reconnu avoir engagé le frère du susnommé pour effectuer des

travaux de peinture le jour de son interpellation, en échange d'un salaire horaire de 26 francs. Lors de cette même audition, B. \_\_\_\_\_ a encore déclaré qu'il ne connaissait pas Y. \_\_\_\_\_ et que comme il n'avait pas de voiture à mettre à la disposition de son ouvrier, ce dernier avait pris celle de son frère. En définitive, le ministère public a tenu ces éléments pour établis et tiré la conclusion que l'administrateur de la société recourante n'avait pas employé son frère. Il a dès lors soldé la procédure pénale par une ordonnance de classement aujourd'hui exécutoire, qui équivaut à un acquittement. c) L'autorité intimée voit toutefois dans ce qui précède un stratagème frauduleux consistant à faire en sorte que A. \_\_\_\_\_ Sàrl endosse seule la responsabilité d'avoir engagé du personnel étranger en violation des prescriptions du droit des étrangers, dans le but d'en disculper les employeurs effectifs, dont la recourante. Elle insiste sur le fait que cette société est intervenue de la même manière dans d'autres dossiers du SDE et que de nombreuses interrogations demeurent encore en suspens, comme par exemple la question de savoir pourquoi l'ouvrier en question portait des habits au nom de la société recourante lorsqu'il a été contrôlé par la police. S'il est vrai que ces éléments prêtent à confusion et ont amené l'autorité intimée à soupçonner, à raison dans un premier temps, l'implication de la recourante dans le processus d'engagement incriminé, l'instruction pénale postérieure à la décision litigieuse a néanmoins permis de mettre en lumière un certain nombre de facteurs inconnus jusqu'alors, dont il n'est pas possible de faire abstraction. Tel est notamment le cas des aveux consentis par B. \_\_\_\_\_ aux autorités pénales d'avoir employé de très nombreux manœuvres étrangers en situation illégale, dont le frère de Y. \_\_\_\_\_. Or, les arguments avancés par l'autorité intimée ne permettent pas, au regard de la jurisprudence précitée (cf. consid. 4a supra), de s'écarter des constatations de fait du ministère public. En particulier, le SDE ne prétend pas, à juste titre, que les circonstances alléguées n'étaient pas connues de l'autorité pénale ou n'auraient pas été prises en compte par cette dernière. Il ne se prévaut pas davantage de preuves nouvelles qui imposeraient des conclusions différenciées. Enfin, il ne soutient pas que l'appréciation du ministère public serait insoutenable ou juridiquement infondée. La Cour de céans conçoit d'ailleurs mal quel serait l'intérêt de A. \_\_\_\_\_ Sàrl, respectivement de son associé gérant B. \_\_\_\_\_, d'endosser rétroactivement la responsabilité d'employeurs de très nombreux employés clandestins, pour reprendre les termes de l'autorité intimée. d) Dans ces conditions, la qualité d'employeur de la société recourante doit être niée. Il s'ensuit que la sommation qui lui a été adressée sur la base de l'art. 122 LEtr, de respecter les procédures applicables à l'engagement de main-d'œuvre étrangère sous la menace des sanctions prévues par cette disposition, est infondée et doit, partant, être annulée.

## **E. 5**

Compte tenu de ce qui précède, le recours, bien fondé, doit être admis et la décision entreprise annulée. La recourante, qui a procédé par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel, n'obtient l'allocation de ses conclusions que sur la base d'éléments nouveaux, savoir la dénonciation de A. \_\_\_\_\_ Sàrl et le classement de la procédure pénale, intervenus postérieurement à la décision attaquée. En prêtant son matériel d'entreprise à un étranger en situation irrégulière et en omettant de révéler à temps l'identité de l'employeur de celui-ci, la recourante a par ailleurs inutilement compliqué la procédure (cf. art. 56 al. 1 LPA-VD). Elle n'a dès lors pas droit à une indemnité à titre de dépens. Il ne sera pas perçu d'émolument judiciaire (cf. art. 49 al. 1 et 52 al. 1 LPA-VD).