

VD_OMNI PE.2019.0114 vom 6. Mai 2020

VD Tribunal cantonal, 2020-05-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2019.0114

FR: VD_OMNI PE.2019.0114 du 6 mai 2020

IT: VD_OMNI PE.2019.0114 del 6 maggio 2020

Regeste

A. _____/Service de la population (SPOP), Service de l'emploi Contrôle du marché du travail | Recours contre une sommation prononcée par le SDE à l'encontre d'une entreprise de peinture au motif qu'elle a employé un travailleur dont l'autorisation de séjour n'avait pas été renouvelée. Administrateur acquitté de l'infraction d'emploi d'étrangers sans autorisation par négligence en cours de procédure par le juge pénal. Pas de raison de s'écarter de l'appréciation des faits par l'autorité pénale dans la mesure où la recourante s'était assuré que l'étranger disposait d'une autorisation de séjour valable au moment de son engagement. Recours admis et décision annulée.

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 à la recourante 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} avril 2020) 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) En l'espèce, la recourante n'argue pas que C._____ n'a jamais travaillé pour elle. Elle conteste toutefois l'avoir employé en violation des prescriptions légales, puisque celui-ci était en possession d'un titre de séjour valable lors de son engagement. Elle soutient qu'elle ignorait qu'il lui incombait de s'assurer que le permis de séjour de son collaborateur avait été renouvelé à l'échéance de celui-ci. La recourante, ainsi que son administrateur B._____, ont été dénoncés aux autorités pénales. Dans son dispositif de jugement du 21 novembre 2019, le Tribunal de police de Lausanne a libéré B._____ du chef d'accusation d'emploi d'étrangers sans autorisation par négligence. aa) L'autorité administrative doit en principe surseoir à statuer jusqu'à droit connu sur le plan pénal lorsque l'état de fait ou la qualification juridique du comportement litigieux présente de l'importance pour la procédure administrative (ATF 121

II 214 consid. 3a ; 119 Ib 158 consid. 2c/bb p. 162). La sécurité du droit commande en effet d'éviter que l'indépendance du juge pénal et du juge administratif ne conduise à des jugements opposés, rendus sur la base des mêmes faits (ATF 139 II 95 consid. 3.2 ; 137 I 363 consid. 2.3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_181/2014 du 8 octobre 2014).

L'établissement des faits est mieux garanti par la procédure pénale que par la procédure administrative. Dès lors, l'autorité administrative doit, en principe, avant de statuer, attendre que le jugement pénal soit passé en force, à condition évidemment que les faits et la qualification de l'acte incriminé aient une importance pour la procédure administrative. Tel ne sera pas le cas si, par exemple, seule la question de l'octroi du sursis est litigieuse. Des exceptions à cette règle ne doivent être admises que si la culpabilité est indiscutable (ATF 119 Ib 158 consid. 2 pp. 47 et ss; GE.2012.0144 du 11 avril 2013 et réf.). Le jugement pénal ne lie en principe pas l'autorité administrative. On rappelle à cet égard que, selon la jurisprudence, l'autorité administrative n'est liée par le jugement pénal, en ce qui concerne la qualification juridique des faits, que si le juge pénal est mieux à même d'apprécier les faits dont dépend cette qualification juridique et dans la mesure où l'état de fait ou la qualification juridique du comportement litigieux sont pertinents dans le cadre de la procédure administrative (v. ATF 125 II 402, consid. 2, p. 405; 119 Ib 158, consid. 3c/bb, p. 164). Toutefois, l'autorité administrative ne peut s'écarter du jugement pénal que si elle est en mesure de fonder sa décision sur des constatations de fait inconnues du juge pénal ou qui n'ont pas été prises en considération par celui-ci, 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 (ATF 136 II 447 consid. 3.1 p. 451; 123 II 97 consid. 3c/aa p. 104; 119 Ib 158 consid. 3c/aa p. 164). Cela vaut non seulement 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 mais également, à certaines conditions, lorsque la décision a été rendue à l'issue d'une procédure sommaire, même si la décision pénale se fonde uniquement sur le rapport de police (ATF 123 II 97 consid. 3c/aa p. 104; 1C_274/2010 du 7 octobre 2010 consid. 2.1 ; GE.2012.0144 précité). bb) Dans le cas d'espèce, il apparaît que le Tribunal de police de Lausanne a motivé oralement son jugement à l'administrateur de la recourante, puis il lui a adressé, le 21 novembre 2019, un dispositif de jugement, en lui indiquant qu'il avait le droit de faire appel par une annonce écrite, non motivée, dans les 10 jours conformément à l'art. 82 du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP; RS 312.0). En l'absence d'un jugement pénal motivé par écrit, la cour de céans ne peut connaître avec certitude le raisonnement qui a conduit l'autorité pénale à libérer l'administrateur de la recourante du chef d'accusation d'emploi d'étrangers sans autorisation par négligence. On ne peut que déplorer que la recourante n'ait apparemment pas jugé utile de requérir la motivation écrite du jugement pénal, ou à tout le moins de fournir des explications sur les motifs qui lui ont été donnés oralement. En l'espèce, il ressort des faits tels que constatés ci-dessus que la recourante s'était assuré que C._____ disposait d'un permis de séjour valable au moment de son engagement le 1^{er} juin 2013. Certes, elle l'a par la suite gardé à son service plusieurs années sans procéder à une nouvelle vérification de la régularité de son séjour. Il ne ressort toutefois pas du dossier qu'il existerait des indices qui auraient dû alerter la recourante sur le statut de son employé et l'inciter à procéder à de nouvelles vérifications. Même s'il s'agit d'un cas limite et que la recourante doit être appelée à faire preuve de plus de vigilance à l'avenir, le tribunal ne voit pas de motif pour s'écarter en l'espèce de l'appréciation de l'autorité pénale, ce qui conduit à

l'admission du recours et à l'annulation de la décision attaquée. Il s'ensuit que le recours doit être admis et la décision attaquée annulée.

E. 3

Au vu des considérants qui précèdent, le recours doit être admis et la décision attaquée annulée. Vu l'issue du litige, les frais de justice seront laissés à la charge de l'Etat (art. 52 al. 1 LPA-VD). La recourante n'étant pas représentée par un mandataire professionnel, il n'y a pas lieu d'allouer des dépens (art. 55 al. 1 LPA-VD).

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