



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00, F +41 26 304 15 01
www.fr.ch/tc

601 2013 117

Arrêt du 25 septembre 2015

I^e Cour administrative

Composition

Président-remplaçant: Christian Pfammatter
Juges: Gabrielle Multone, Marc Sugnaux
Greffière-rapporteure: Carine Sottas

Parties

A. _____, recourant, représenté par Me Henri Gendre, avocat
contre

**SERVICE DE LA POPULATION ET DES MIGRANTS, autorité
intimée**

Objet

Droit de cité, établissement, séjour – emploi d'étrangers sans
autorisation

Recours du 24 octobre 2013 contre la décision sur réclamation du
23 septembre 2013

considérant en fait

A. A._____, né en 1976, au bénéfice d'une patente provisoire à partir de novembre 2011, a exploité dès le 1^{er} septembre 2011 le restaurant B._____ à Fribourg avec C._____, titulaire de la patente B d'établissement avec alcool dès le 1^{er} septembre 2011.

Suite à un contrôle du personnel du restaurant effectué par la gendarmerie le 30 novembre 2011, tous deux ont été dénoncés le 21 décembre 2011 pour avoir employé sans autorisation D._____.

Le 13 janvier 2012, les inspecteurs du travail au noir du Service public de l'emploi ont effectué une inspection auprès dudit restaurant. A cette occasion, ils ont découvert que deux employés y travaillaient sans autorisation, à savoir E._____ depuis deux jours et F._____ depuis quatre jours. Ils ont dès lors dénoncé ces deux personnes ainsi que A._____ le 28 mars 2012.

Par décision du 5 juillet 2012, la Section main-d'œuvre étrangère (SEMO) du Service de la population et des migrants (SPoMi) a prononcé à l'encontre de A._____ une sanction administrative de non-entrée en matière sur toute demande de main-d'œuvre étrangère qu'il serait appelé à présenter pendant trois mois à compter de l'entrée en force de la décision. Elle lui a reproché d'avoir employé D._____ et E._____ alors que ces derniers ne disposaient pas d'autorisations valables pour exercer une activité lucrative et a retenu la récidive. Elle n'a par contre pas mentionné l'emploi de F._____.

Dans sa réclamation du 16 juillet 2012, A._____, représenté par Me Henri Gendre, avocat, a conclu, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de la sanction prononcée. Il a relevé que D._____ était en attente d'une décision du SPoMi dans le cadre d'une procédure d'autorisation initiée par une demande de préavis le 7 octobre 2011, puis par une requête formelle le 5 décembre 2011, et qu'un processus similaire était prévu pour E._____. Il a en outre mis en évidence le fait qu'aucune de ces deux personnes n'a finalement pu être engagée, de sorte qu'il n'y a pas eu d'infraction. De plus, le cas ne revêtait pas le caractère récidivant et de gravité prescrit par la loi.

B. Par ordonnance pénale du 2 mai 2013, A._____ a été reconnu coupable de délit contre la loi fédérale sur les étrangers pour avoir occupé un ou plusieurs étrangers sans autorisation et a été condamné à une peine pécuniaire de 60 jours-amende avec sursis pendant 5 ans, le montant du jour-amende étant fixé à CHF 90.-, et à une amende de CHF 1'300.-. Selon les renseignements pris d'office auprès du Ministère public, cette ordonnance est définitive et exécutoire.

C. Le SPoMi a rejeté la réclamation de A._____ par décision du 23 septembre 2013. Il a noté tout d'abord que A._____ n'avait pas contesté que D._____ et E._____ avaient travaillé pour son compte, mais qu'il avait uniquement nié les avoir engagés. Il a ensuite relevé que l'autorisation nécessaire doit avoir été obtenue avant le début du travail, le simple dépôt d'une demande d'octroi ne suffisant pas. Il a par ailleurs considéré que D._____ et E._____ avaient bien exercé une activité lucrative pour le compte de A._____, quand bien même les quelques jours de travail de D._____ auraient servi à tester ses capacités. Le SPoMi a ensuite relevé qu'en récidivant un mois et demi après le contrôle du 30 novembre 2011, A._____ avait employé à deux reprises un ressortissant étranger qui n'était pas en droit d'exercer une activité lucrative. Le fait qu'il ait prétendu avoir finalement renoncé à engager ces personnes n'y changeait

rien puisqu'il n'avait entrepris les démarches nécessaires à l'obtention d'une autorisation en faveur de D. _____ que suite au contrôle.

D. Le 24 octobre 2013, A. _____ interjette recours contre cette décision auprès du Tribunal cantonal. Il conclut à l'annulation de la décision sur réclamation attaquée et à l'octroi d'une indemnité de partie. A l'appui de ses conclusions, il indique ne pas avoir été titulaire de la patente B au moment de l'ouverture du restaurant et qu'ainsi, l'exploitation de celui-ci étant sous la responsabilité de C. _____, lui-même ne pouvait être considéré comme employeur au sens de la loi sur les étrangers. Par ailleurs, il soutient n'avoir employé ni D. _____ ni E. _____ qui n'ont fait que travailler à l'essai dans la perspective d'un éventuel engagement qui n'a jamais eu lieu.

Le 19 novembre 2013, le recourant s'est acquitté d'une avance de frais de CHF 600.-.

Dans sa détermination du 6 janvier 2014, le SPoMi indique ne pas avoir d'observations particulières à formuler.

en droit

1. a) Déposé dans le délai et les formes prescrits, le recours est recevable en vertu des art. 79 à 81 du code de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1) par renvoi de l'art. 7 al. 2 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers (LAEtr; RSF 114.22.1). Partant, le Tribunal peut entrer en matière sur les mérites du recours.

b) Aux termes de l'art. 77 al. 1 du code de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1), le recours devant le Tribunal cantonal peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a) ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). En revanche, à défaut d'habilitation expresse, le Tribunal cantonal ne peut pas examiner le grief d'inopportunité (art. 78 al. 2 CPJA).

2. a) Selon l'art. 11 de la loi fédérale 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).

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 LEtr). 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).

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 la LEtr. Le Tribunal fédéral a ainsi jugé qu'un

étranger qui avait travaillé gratuitement pendant maximum 90 minutes à l'horaire de midi deux jours de suite n'avait pas été employé au sens du droit des étrangers (ATF 137 IV 297 / JdT 2012 IV 248, consid. 1.2).

La notion d'employeur au sens de la LEtr n'est pas limitée à celle au sens du droit civil (art. 319ss CO), mais elle doit plutôt être saisie de façon large. "Employer" signifie laisser quelqu'un exercer une activité lucrative et ne dépend pas de la nature du rapport juridique (ATF 137 IV 297 / JdT 2012 IV 248, consid. 1.2).

b) Si un employeur enfreint la LEtr de manière répétée, l'autorité compétente peut prononcer une sanction administrative et rejeter entièrement ou partiellement ses demandes d'admission de travailleurs étrangers, à moins que ceux-ci aient un droit à l'autorisation. Elle peut aussi menacer les contrevenants de ces sanctions (art. 122 al. 1 et 2 LEtr). La jurisprudence a précisé que cet avertissement peut être infligé à un employeur dès la première infraction commise (ATF 141 II 57 consid. 7).

Les sanctions administratives susmentionnées sont indépendantes des sanctions pénales qui peuvent être prononcées au sens de l'art. 117 LEtr. Selon cette disposition, 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.

c) 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 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 (ATF 124 II 103 consid. 1c/bb, 123 II 97 consid. 3c/aa, 121 II 214 consid. 3a et les arrêts cités). Si les faits retenus au pénal lient donc en principe l'autorité et le juge administratifs, il en va différemment des questions de droit, en particulier de l'appréciation de la faute (arrêt TF 1C_71/2008 du 31 mars 2008 consid. 2.1).

3. a) En l'espèce, le recourant conteste tout d'abord avoir été l'employeur de D. _____ et de E. _____ au sens de la LEtr. Il soutient que tous deux ont uniquement travaillé à l'essai dans la perspective d'un éventuel engagement qui n'a finalement jamais eu lieu, et qu'il n'y a ainsi jamais eu de contrat de travail. Le fait qu'ils aient effectivement été actifs dans le restaurant n'est pas contesté.

L'autorité de céans relève que le recourant a été condamné par ordonnance pénale du 2 mai 2013 pour avoir occupé un ou plusieurs étrangers sans autorisation. Elle constate que cette ordonnance est entrée en force et que l'intéressé ne peut invoquer des circonstances particulières qu'il aurait omis de faire valoir au niveau de la procédure pénale.

Il n'y a dès lors pas lieu de s'écarter des faits constatés par le Ministère public, ce qui est confirmé par les éléments qui suivent.

b) S'agissant de D. _____, le moment du début de son activité varie selon les intéressés. Lui-même a déclaré être arrivé en Suisse deux jours avant le contrôle du 30 novembre 2011 et ne pas avoir travaillé (PV du 30 novembre 2011, p. 2). Le recourant a indiqué qu'il travaillait pour le restaurant depuis la mi-novembre 2011 (PV du 14 décembre 2011, p. 2) et son associé depuis début septembre 2011 (PV du 20 décembre 2011, p. 2). Les déclarations de D. _____ sont toutefois sujettes à caution, dès lors que la police l'a interpellé dans le restaurant en train de travailler (rapport de dénonciation du 21 décembre 2011, p. 2). Ainsi, il s'agit de retenir les dires des deux associés qui s'accordent sur le fait que D. _____ a travaillé au restaurant depuis la mi-novembre 2011 au moins, soit deux semaines avant le contrôle. Cette durée est trop longue pour pouvoir la considérer comme une période de test faisant partie du recrutement. En effet, elle est déjà de nature à influencer le marché du travail et dépasse le cadre de la négociation contractuelle. De plus, le recourant a mentionné qu'il connaissait D. _____ depuis longtemps et qu'il savait qu'il était un bon cuisinier (PV du 14 décembre 2011, p. 3). On peut dès lors douter de l'utilité d'une phase de test destinée à s'assurer de la qualification de la personne. Le recourant doit déjà pour ces raisons être considéré comme l'employeur de D. _____.

Au surplus, un projet de contrat, non signé, entre l'intéressé, le recourant et l'associé de celui-ci figure au dossier, de sorte qu'il peut être retenu, en l'absence d'indications contraires, que les parties au contrat s'étaient mises d'accord sur un engagement, un contrat pouvant être conclu en la forme orale ou même tacitement (cf. art. 320 al. 1 CO, art. 4 de la convention collective de travail pour l'hôtellerie-restauration suisse, état au 1^{er} janvier 2010, http://www.l-gav.ch/fileadmin/downloads/ccnt_convention_a5.pdf, consultée le 29 juillet 2015). De plus, D. _____ a indiqué ne pas avoir été rémunéré mais qu'il habitait dans le restaurant (PV du 30 novembre 2011, p. 2), ce qui peut être considéré comme un salaire en nature (DANTHE, *in* Commentaire du contrat de travail, 2013, art. 322 n. 26).

Le fait que le recourant ait entamé les démarches nécessaires à l'obtention d'une autorisation n'est pas de nature à modifier cette appréciation. En effet, si la fiduciaire du recourant a bien demandé à l'autorité intimée si l'obtention d'un permis de travail pour un cuisinier indien était possible, cette demande n'indique pas quelle est la personne concernée (courrier du 10 octobre 2011), de sorte que le SPoMi, dans l'impossibilité d'examiner un cas concret, n'a répondu que de façon générale sans donner de préavis (courrier du 13 octobre 2011). On ne peut ainsi admettre que le recourant se soit renseigné auprès de l'autorité compétente quant à l'octroi d'une autorisation de travail en faveur de D. _____. Une demande a certes été déposée, mais seulement le 5 décembre 2011, soit plus d'un mois après le début du travail par D. _____ et après son engagement. Or, l'autorisation d'exercer une activité lucrative doit exister après la conclusion du contrat mais avant l'entrée en service, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

c) Quant à E. _____, il a déclaré avoir débuté son activité deux jours avant l'inspection du 13 janvier 2012 et avoir voulu "regarder le travail". Le recourant a confirmé la date du début du travail et a précisé qu'il avait remplacé un cuisinier (PV du 28 février 2012, p. 3). Or, un remplacement n'est pas une période de test et deux jours peuvent déjà être de nature à influencer le marché du travail. Quoiqu'il en soit, elle dépasse largement la durée de quelques heures admise par la jurisprudence.

d) Le recourant a encore relevé que seul son associé était titulaire de la patente au moment de l'ouverture du restaurant. Cela n'est cependant pas déterminant, dès lors que la notion d'employeur est large. Il ressort par ailleurs des déclarations de son associé que celui-ci était responsable de la cuisine, le recourant s'occupant du service et de la comptabilité, ainsi que de

l'engagement du personnel et de l'administratif (PV du 20 décembre 2011, p. 2). Le recourant conteste certes s'occuper de l'engagement des employés (PV du 14 décembre 2011, p. 2). Il faut toutefois constater qu'il a, à tout le moins, participé au recrutement par l'envoi d'annonces aux journaux (PV du 14 décembre 2011, p. 3). Il n'y a ainsi pas lieu de s'écarter de déclarations de son associé. Au surplus, le projet de contrat avec D._____ le mentionne comme employeur au même titre que son associé et il a indiqué avoir été au bénéfice d'une patente provisoire depuis novembre 2011 (PV du 28 février 2012, p. 3), de sorte qu'il en était titulaire lorsque E._____ a commencé à travailler au restaurant en janvier 2012. Au demeurant, il n'a pas contesté ce fait sur le plan pénal.

Ainsi, le recourant doit être considéré comme employeur au sens de la loi sur les étrangers et il est retenu qu'il a employé sans autorisation du personnel étranger, en violation de l'art. 91 al. 1 et de l'art. 117 al. 1 LEtr.

4. Il reste à examiner si l'infraction commise justifie la sanction administrative prononcée, à savoir la suspension d'octroi d'autorisation de travail durant trois mois à compter de l'entrée en force de la décision.

La suspension d'octroi d'autorisation de travail ne se justifie que si la pesée des intérêts qui doit être effectuée fait apparaître la mesure comme proportionnée aux circonstances. Le principe de la proportionnalité découle notamment de l'art. 96 LEtr. Ce principe exige que la mesure soit raisonnable et nécessaire pour atteindre le but poursuivi (ATF 139 I 16 consid. 2.2.1; 136 I 87 consid. 3.2; arrêt TF 2C_816/2012 du 6 mars 2013 consid. 5.1). La question de la proportionnalité doit être tranchée au regard de toutes les circonstances du cas d'espèce.

Pour fixer la sanction, l'autorité intimée a retenu que le recourant a employé à deux reprises un ressortissant étranger qui n'était pas en droit d'exercer une activité lucrative, la seconde fois un mois et demi après un premier contrôle. Elle a également relevé que le comportement du recourant n'est pas celui d'un employeur qui respecte son devoir de diligence puisqu'il n'a entrepris les démarches nécessaires que suite aux contrôles.

La Cour de céans relève toutefois que, si le recourant a effectivement commis à deux reprises une infraction à la LEtr, une seule décision couvrant ces deux cas a été rendue. De ce fait, le recourant n'a pas été sanctionné une première fois pour une infraction semblable. Il ne ressort pas non plus du dossier que le recourant aurait été averti par écrit des sanctions qu'il pourrait encourir, notamment après le premier contrôle. Aussi, au vu du fait que ces deux premières infractions ont été sanctionnées par la même décision et compte tenu de la gravité relative de la faute (première sanction, durées de travail de deux jours et de deux semaines), la suspension d'octroi d'autorisation de travail durant trois mois n'apparaît pas proportionnée aux circonstances.

Le comportement du recourant justifie cependant le prononcé d'une sanction, de sorte que l'avertissement qu'en cas de récidive, l'octroi d'autorisation de travail pourra être suspendu, lui est adressé.

5. Au vu de ce qui précède, le recours est partiellement admis.

Le recourant ayant obtenu gain de cause sur la seule question de la sanction, des frais de procédure réduits, par CHF 400.-, seront perçus (art. 131 al. 1 CPJA). Ils seront compensés par l'avance de frais versée le 19 novembre 2013, le solde lui étant restitué.

Il a droit également à une indemnité de partie réduite au tiers, conformément à l'art. 137 CPJA, en relation avec l'art. 138 al. 2 CPJA. Conformément aux art. 146 ss CPJA et au tarif du 17 décembre 1991 des frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative (Tarif/JA; RSF 150.12), compte tenu de sa liste de frais produite le 22 septembre 2015, il se justifie de fixer l'équitable indemnité à verser au mandataire du recourant à CHF 396.70, à raison de 1h33 (1/3 de 280 minutes) à 230 francs, soit à un montant de CHF 357.80, plus CHF 9.55 au titre de débours (photocopies à CHF 0.40), plus CHF 29.40 au titre de la TVA à 8 %, et de mettre cette indemnité réduite à la charge de l'Etat.

la Cour arrête:

I. Le recours est partiellement admis.

Partant, la décision sur réclamation du 23 septembre 2013 est modifiée en ce sens qu'un avertissement est prononcé à l'encontre de A._____.

II. Les frais de procédure réduits, par CHF 400.-, sont mis à la charge du recourant. Ils sont compensés avec l'avance de frais effectuée et dont le solde (CHF 200.-) lui est restitué.

III. Un montant de CHF 396.70 (TVA par CHF 29.40 comprise) à verser à Me Gendre à titre d'indemnité de partie réduite est mis à la charge de l'Etat.

IV. Communication

Cette décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lausanne, dans les 30 jours dès sa notification.

La fixation du montant des frais de procédure et celle de l'indemnité de partie peuvent, dans un délai de 30 jours, faire l'objet d'une réclamation auprès de l'autorité qui a statué, lorsque seule cette partie de la décision est contestée (art. 148 CPJA).

Fribourg, le 25 septembre 2015/cso

Le Président-remplaçant

La Greffière-rapporteure