

**JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL PENALE**

---

---

Audience du 10 août 2011

---

Présidence de      Mme      ROULEAU  
Juges      :      MM. Battistolo et Sauterel  
Greffier      :      M.      Ritter

\*\*\*\*\*

Parties à la présente cause :

**J.\_\_\_\_\_**, prévenu, représenté par Me Pierre-André Oberson, à Lausanne,  
appelant,

et

**MINISTERE PUBLIC**, représenté par le Procureur de l'arrondissement de  
Lausanne, intimé.

La Cour d'appel pénale prend séance en audience publique  
pour statuer sur l'appel formé par **J.\_\_\_\_\_** contre le jugement rendu le 9  
mai 2011 par le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne dans  
la cause dirigée contre lui.

Elle considère :

**En fait :**

**A.** Par jugement du 9 mai 2011, le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne a constaté que J.\_\_\_\_\_ s'était rendu coupable d'infraction à la Loi fédérale sur les étrangers (I), l'a condamné à une peine pécuniaire de 30 (trente) jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 70 fr. (II), a révoqué le sursis qui lui avait été accordé le 21 juillet 2009 par le Juge d'instruction de l'arrondissement de Lausanne et ordonné l'exécution de la peine de 40 jours-amende à 60 fr. (III) et a mis les frais de la cause, par 1'230 fr., à la charge du prévenu (IV).

**B.** Le 18 mai 2011, J.\_\_\_\_\_ a fait appel de ce jugement. Par déclaration d'appel du 29 juin 2011, il a conclu principalement à sa réforme en ce sens qu'il n'est pas reconnu coupable d'infraction à l'art. 117 al. 1 LEtr et qu'il est libéré de ce chef d'accusation, la peine pécuniaire étant en conséquence annulée et le sursis accordé le 21 juillet 2009 maintenu (conclusions I à IV). Subsidiairement, soit, en cas de maintien de sa condamnation, il a contesté la révocation du sursis du 21 juillet 2009 et la quotité du jour-amende (conclusion V).

L'appelant a produit diverses pièces nouvelles, sous nos 4 à 12, qui doivent être versées au dossier sur la base de l'art. 389 al. 3 CPP. Il a aussi sollicité l'audition d'un témoin, mesure d'instruction qui a été refusée par décision incidente rendue le 8 juillet 2011 par la direction de la procédure.

Le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne a renoncé à procéder sur l'appel.

**C.** Les faits retenus sont les suivants :

1. Le prévenu J.\_\_\_\_\_, né en 1965, marié, divorcé à deux reprises, père de cinq enfants dont deux majeurs, a travaillé au service d'une entreprise de construction avant d'exploiter une boîte de nuit à [...]. Après la faillite de l'établissement, l'exploitation a été reprise par une société au service de laquelle travaillait l'intéressé lors des faits ici en cause, décrits ci-après.

La situation financière du prévenu est obérée, l'intéressé ayant connu une faillite personnelle. Ses dettes atteindraient 20'000 francs. Avant son licenciement, qui lui a été signifié le 29 juin 2011 pour le 31 août suivant, le prévenu percevait un salaire mensuel net de 6'856 fr. 10. Ses contributions d'entretien s'élèvent à 2'250 fr. par mois et sa charge d'impôt serait de 300 fr. ou de 400 francs. Il ne paie pas ses primes d'assurance-maladie. Son loyer de 2'390 fr. était prélevé par son employeur jusqu'au 31 août 2011; à titre de remerciement pour les services rendus, le travailleur licencié a toutefois bénéficié d'une remise de loyer pour la période de septembre à décembre 2011. Il vit avec la femme qu'il a épousée le 17 juin 2011. L'épouse exercera une activité lucrative lorsqu'elle aura reçu son permis B. Pour sa part, l'époux n'a, pour l'heure, pas retrouvé d'emploi.

Son casier judiciaire comporte deux inscriptions, à savoir : une condamnation à sept jours d'emprisonnement avec sursis pendant deux ans, prononcée le 20 septembre 2005 par le Juge d'instruction de l'arrondissement de Lausanne pour recel (sursis non révoqué le 21 juillet 2009); une condamnation à 40 jours-amende à 60 fr. avec sursis pendant deux ans, d'une part, et à 480 fr. d'amende, d'autre part, prononcée le 21 juillet 2009 par le Juge d'instruction de l'arrondissement de Lausanne pour séjour illégal (art. 23 al. 1 LSEE) et incitation à l'entrée, à la sortie ou au séjour illégal (art. 116 al. 1 let. a LETr).

La dernière condamnation mentionnée ci-dessus réprime d'abord la mise à disposition, par le prévenu, d'un appartement à des prostituées en situation irrégulière, ce alors qu'il était intendant de l'établissement [...], dont il sera fait état ci-dessous. Elle réprime ensuite

l'hébergement, toujours par l'intéressé, de son amie intime, ressortissante brésilienne, alors même que la personne en question ne bénéficiait d'aucune autorisation de séjour.

2. Selon l'ordonnance de condamnation rendue le 23 novembre 2010 par le Juge d'instruction de l'arrondissement de Lausanne, le prévenu a, à [...], ch. [...], entre le 26 février et la mi-mars 2010, employé, pour le compte du [...], [...], ressortissant marocain en situation irrégulière et ne bénéficiant pas d'une autorisation de travail. Cette ordonnance a été frappée d'opposition.

L'étranger en question avait été présenté au prévenu par un tiers, qui savait que celui-ci était à la recherche d'un videur pour la boîte de nuit dans laquelle il travaillait. Le prévenu n'a pas contesté avoir reçu [...], lequel lui avait fourni divers documents, notamment un permis de conduire et une carte de résident espagnol; [...] a affirmé qu'il avait expliqué sa situation au prévenu et qu'il lui avait transmis notamment une photocopie de son passeport marocain. Durant l'enquête, le prévenu a reconnu avoir décidé lui-même d'engager à l'essai l'étranger en question, sans s'être assuré auprès des autorités cantonales de son statut en Suisse. De même, il est constant que [...] a travaillé au service de la boîte de nuit en question, ce avant qu'un permis de travail n'ait été délivré en sa faveur par les autorités compétentes, et même avant qu'une quelconque démarche tendant à l'octroi d'un tel permis n'ait été entreprise.

3. Appréciant les faits de la cause, le tribunal de police a d'abord considéré qu'il découlait de la condamnation du 21 juillet 2009 que le prévenu était au courant des obligations et des exigences en matière de permis de séjour et de travail. Il a ensuite retenu que l'intéressé devait être considéré comme un gérant de fait du [...], et qu'il avait procédé concrètement à l'engagement de l'étranger en question. Le premier juge a ainsi considéré qu'il ne faisait aucun doute que le prévenu avait pertinemment que l'étranger en question ne disposait d'aucune autorisation de travailler en Suisse, à tout le moins qu'il avait clairement pris le risque d'engager une personne sans statut légal. En d'autres

termes, le prévenu s'était, toujours de l'avis du tribunal de police, accommodé du risque d'enfreindre la loi, de sorte qu'il avait agi de manière intentionnelle, contrevenant à l'art. 117 al. 1 LEtr.

4. Appréciant la culpabilité du prévenu, le tribunal de police a retenu, à charge, qu'il avait déjà été condamné en 2009, soit un peu plus de six mois avant les faits ici incriminés, pour des faits considérés comme similaires, à telle enseigne qu'il y avait récidive spéciale. Qui plus est, le prévenu, travaillant dans une branche de l'économie qui est continuellement confrontée à l'engagement de personnel étranger, devait, encore selon le premier juge, être réputé bien plus au courant que tout un chacun des exigences en matière d'autorisation de séjour et de travail, ce qui ne l'avait pas empêché de faire fi de sa précédente condamnation. Aucune circonstance n'a été prise en compte à décharge, même si les faits incriminés n'ont pas été tenus pour d'une gravité particulièrement importante, au contraire. En définitive, la culpabilité a été estimée moyenne.

Pour ce qui est du sursis à l'exécution de la peine prononcée, le pronostic a été tenu pour entièrement défavorable. Les infractions ici en cause ayant été commises durant le délai d'épreuve de la précédente condamnation, le sursis a été révoqué pour le motif qu'il était, selon le tribunal de police, à prévoir que le prévenu commettrait de nouvelles infractions vu son manque de résipiscence; en effet, l'intéressé n'avait pas présenté d'excuses, ni formulé de regrets aux débats, ne donnant pas l'impression d'avoir pris conscience des intérêts juridiques protégés.

**D.** A l'audience d'appel de ce jour, le prévenu a confirmé ses conclusions. Il a produit deux pièces.

**En droit :**

**1.** Suffisamment motivé, l'appel est recevable (art. 399 al. 1 et 3 CPP). La contestation est limitée aux différents points de fait et de droit qui seront mentionnés successivement aux considérants ci-dessous (art. 399 al. 4 CPP). Il y a lieu d'examiner en premier lieu les moyens de fait (art. 398 al. 3 let. b CPP).

**2.** L'appelant conteste d'abord avoir exploité une boîte de nuit qui avait fait faillite. Il reconnaît certes la déconfiture de l'établissement, mais soutient n'avoir été qu'un employé et avoir d'ailleurs été en conflit avec son employeur « jusqu'en mai 2010 ».

Le jugement retient que le prévenu « (avait) exploité une boîte de nuit à [...], laquelle (avait) fait faillite. L'établissement (avait) été repris par la société où travaille actuellement le prévenu » (p. 4).

Le premier juge n'a pas indiqué sur quel élément de preuve il se fondait pour retenir le fait contesté en appel. Statuant sur une opposition à une ordonnance de condamnation, il a en conséquence appliqué l'ancienne procédure pénale vaudoise (art. 453 al. 1 et 455 CPP). Il n'a donc pas protocolé les déclarations du prévenu, ni celles du témoin entendu. L'autorité de céans ne peut dès lors pas contrôler ce qui a été dit à l'audience.

Cela étant, les indices suivants apparaissent dans le dossier :

- l'ordonnance de condamnation du 21 juillet 2009, à laquelle l'appelant admet n'avoir pas fait opposition, indique que de 2006 à 2008, le prévenu était « intendant au [...] sis à [...] ».

- de l'appel lui-même et de la pièce 6 produite, il ressort que le prévenu avait fait une faillite personnelle (ce que le jugement mentionne), des actes de défaut de biens à hauteur de presque 2 millions de francs ayant été délivré en faveur de la BCV en 2003 (cf. aussi c. 3.1 ci-dessous);

- en première instance, le prévenu a produit un extrait du Registre du commerce portant sur la société [...], succursale de [...], en expliquant travailler pour cette société, laquelle exploitait le Club [...];

- en appel, le prévenu a produit (pce 4) un jugement du Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne rendu dans le cadre d'un conflit du travail qui l'opposait à [...], à [...], employeur. Ce jugement retient que cette société exploitait le Club [...] et avait licencié le travailleur en 2009 parce que l'établissement fermait ses portes.

On peut déduire de l'ensemble de ces faits qu'avant 2003, le prévenu a dû être indépendant, peut-être personnellement exploiter un établissement. Plus tard, il a été salarié de [...], qui exploitait ce même club de [...]. On ne sait pas quelle société aurait fait faillite. On constate néanmoins qu'au moment des faits de la présente cause et malgré son licenciement en 2009, le prévenu travaillait encore, ou à nouveau, dans le club de [...]. On ignore quels sont les propriétaires économiques de ces sociétés. A l'audience d'appel comme en première instance, le prévenu n'a fourni aucun élément complémentaire à ce sujet.

Plus encore, il entretient la confusion, comme cela ressort des faits suivants :

- entendu par le juge d'instruction le 11 août 2010 (p.-v. 3), il s'est présenté comme le gérant d'un établissement à [...];

- entendu par la police sur sa situation personnelle, le 13 avril 2010 (pièce 4), il a indiqué, comme profession « gérant », et comme employeur « lui-même »;

- le 3 juin 2010, il a écrit au Service de l'emploi au nom du « [...], J.\_\_\_\_\_ » (pièce 9/1), lettre dans laquelle il a utilisé la première personne du pluriel.

Quoi qu'il en soit, la question de savoir s'il a exploité l'établissement nocturne de [...] est sans incidence sur le sort de la cause. Le tribunal de police n'a en effet tiré aucune conclusion de cet élément. Il a seulement tenu compte, à charge, du fait que le prévenu disposait d'une « expérience en matière de gérant de boîtes de nuit » (p. 6) et, partant, en matière d'embauche de personnel dans la branche. Or, vu ce qui précède, la qualité de gérant apparaît suffisamment établie.

**3.1** L'appelant fait ensuite grief au premier juge d'avoir omis, au moment d'examiner sa situation personnelle, les deux actes de défaut de biens délivrés à la BCV pour près de deux millions de francs (soit 5'400 fr. 45 pour l'un et 1'963'158 fr. 45 pour l'autre) et le fait qu'il versait un loyer mensuel de 2'350 fr., directement déduit de son salaire par son employeur jusqu'à son licenciement.

**3.2** Le jugement retient que la situation du prévenu est obérée, celui-ci ayant connu une faillite personnelle. Le fait que des actes de défaut de biens aient été délivrés pour près de deux millions de francs est attesté par la pièce nouvelle produite en appel, mais paraît sans importance pour le jugement de la cause. En effet, il n'apporte rien de plus pour ce qui est de la situation du prévenu.

Pour le reste, le jugement détaille les quelques charges du prévenu, à déduire d'un salaire mensuel net de 6'500 fr., à savoir la base mensuelle de minimum vital, les impôts et les pensions alimentaires. Il précise que « le prévenu n'a pas indiqué d'autres charges » (p. 4). La pièce 7, produite avec l'appel, qui comprend deux fiches de salaire, mentionne une rétribution brute de 8'000 fr., dont à déduire 1'143 fr. 90 de charges sociales et un loyer de 2'390 francs. L'état de fait doit être complété dans cette mesure.

**4.** L'appelant conteste ensuite avoir « employé » [...]. Il soutient l'avoir seulement pris à l'essai quelques heures à trois reprises. Il fait valoir qu'aucun contrat n'avait été signé et qu'il avait toujours été

question qu'un éventuel engagement ultérieur ne soit effectué qu'avec l'aval des autorités.

L'appelant joue avec les mots. En effet, le travail à l'essai (cf. l'art. 335b CO) n'en est pas moins du travail au sens du droit privé. Une telle embauche peut, partant, constituer l'emploi d'un étranger qui n'est pas autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse selon l'art. 117 al. 1 LEtr, ce à l'instar d'activités fondées sur d'autres rapports de droit privé (mandat ou contrat d'entreprise, p. ex.). D'ailleurs, entendu par la police (p.-v. 2), le prévenu avait bien admis que [...] avait « travaillé environ 3 à 4 week ends, soit 6 à 8 jours »; réentendu par le juge d'instruction (p.-v. 3), il a confirmé que l'intéressé avait « travaillé trois week ends ». Enfin, dans son appel, il répète qu'il a pris [...] « à l'essai quelques heures à trois reprises ». Il importe peu que l'engagement soit oral, attendu que le contrat de travail n'est pas soumis à la forme écrite. Enfin, la réserve d'une autorisation des autorités d'application de la LEtr, à supposer qu'elle soit avérée, peut être considérée comme une condition résolutoire et non suspensive, puisque le travailleur avait commencé son travail sans attendre une quelconque décision administrative.

**5.** L'appelant fait enfin valoir que le jugement omet de signaler que [...] avait affirmé au prévenu vivre à Lausanne et disposer d'un numéro de téléphone en Suisse, tout comme le candidat à l'embauche lui avait laissé entendre qu'il disposait d'un permis B.

Il ressort du jugement que l'étranger en question avait fourni au prévenu divers documents, tels qu'un permis de conduire et une carte de résident espagnol (p. 5). Toujours selon le jugement, celui-ci avait déclaré à la police « avoir expliqué sa situation et fourni des documents, dont une photocopie de son passeport marocain » (p. 6).

En fait, l'intéressé a relevé ce qui suit : « j'ai dû lui fournir une photocopie de mon passeport (...) » (p.-v. 1). Pour sa part, le prévenu a indiqué qu'il « savait qu'il était ressortissant européen » (ce qui est faux, puisque l'intéressé est Marocain), parce qu'il avait « photocopie sa carte

de résident espagnol » (p.-v. 2). Au juge d'instruction il a ajouté que le tiers qui lui avait présenté le candidat videur, lui avait affirmé que ce dernier « travaillait depuis quelques temps dans des discothèques ou cabarets de la place » (p.-v. 3).

Les faits allégués en appel ne procèdent que des affirmations du prévenu et de sa lettre au Service de l'emploi (pièces 8 et 9). Quoi qu'il en soit, à supposer qu'ils soient véridiques, ce qui n'est pas invraisemblable et le doute doit profiter au prévenu, il n'en reste pas moins qu'ils ne sauraient être déterminants pour le sort de la cause.

En effet, ce que le premier juge a reproché au prévenu, ce n'est pas d'avoir omis de poser toute question au candidat à l'embauche, mais, bien plutôt, de ne pas avoir vérifié ses dires, d'une part, et de l'avoir fait travailler à l'essai avant d'avoir obtenu l'autorisation des autorités compétentes et avant même d'avoir requis toute permission de cette nature, d'autre part. Or, à cet égard, les faits sont admis. Ce dernier moyen portant sur les faits de la cause doit donc également être rejeté.

**6.1** Cela étant, il doit être entré en matière sur les moyens de droit de l'appel (art. 398 al. 3 let. a CPP).

L'appelant conteste d'abord avoir été un gérant de fait de l'établissement nocturne, soit de la société anonyme l'exploitant. Ses tâches auraient, selon lui, seulement impliqué « d'examiner les capacités d'un employé qui pourrait être engagé, par la suite, par la société ».

**6.2** En droit de la société anonyme (art. 754 aCO), la responsabilité des organes ne s'étend pas uniquement aux membres du conseil d'administration, mais aussi à toute personne chargée de la gestion des affaires de la société. Par personne chargée de l'administration ou de la gestion au sens de la disposition précitée, il faut entendre non seulement les organes disposant d'une compétence décisionnelle, qui ont été expressément désignés comme tels, mais aussi les personnes qui prennent en fait des décisions réservées aux organes ou

se chargent de la gestion proprement dite des affaires et qui participent ainsi de manière décisive à la formation de la volonté de la société (ATF 128 III 29, c. 3a et les réf. citées, JT 2003 I 18). Ces principes, d'ordre général et procédant d'une jurisprudence ancienne et solidement établie, restent pertinents sous l'angle du nouveau droit de la société anonyme. En effet, le nouvel art. 754 al. 1 CO, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1992, est à cet égard d'une teneur quasiment identique à la norme abrogée. Ces principes sont dès lors applicables par analogie à la qualité d'auteur de l'infraction réprimée par l'art. 117 al. 1 LEtr lorsque l'employeur est, comme en l'espèce, une société anonyme.

**6.3** Comme déjà relevé, et l'existence d'un contrat de travail liant le prévenu à la société [...] devant être tenue pour établie, le prévenu s'est lui-même présenté comme un gérant durant l'enquête, à savoir devant le juge d'instruction le 11 août 2010 (p.-v. 3) et auprès de la police le 13 avril 2010 (pièce 4); à cet égard, renvoi soit au c. 2 ci-dessus. Qui plus est, comme déjà mentionné également, le 3 juin 2010, le prévenu a écrit au Service de l'emploi pour le compte du « [...], J. \_\_\_\_\_ » (pièce 9/1), une lettre dans laquelle il utilisait la première personne du pluriel (c. 2, ibid.).

Si, comme cela est constant, le candidat à l'embauche a pu travailler à plusieurs reprises au service de l'établissement, cela est dû à son embauche par l'appelant et lui seul, lequel a dès lors, dans cette mesure, agi comme un organe de fait de la société, comme le premier juge l'a retenu à juste titre. Peu importe dès lors qu'il existait aussi, comme il l'a fait plaider à l'audience d'appel, un organe social qui prenait les décisions relevant de la stratégie commerciale. Aussi bien, il est de fait que l'appelant ne conteste pas avoir pris la décision, à lui seul, de faire travailler le videur à l'essai. Il ne prétend pas avoir dû en référer au supérieur déjà mentionné pour quérir son autorisation. Du reste, une telle répartition des tâches par délégation est courante dans les entreprises moyennes, d'où, précisément, la notion d'organe de fait.

**7.1** L'appelant conteste ensuite avoir agi intentionnellement (12 al. 2 CP). Il se serait tout au plus rendu coupable d'une négligence (art. 12

al. 3 CP). Sa confiance aurait été « astucieusement endormie » par le candidat à l'embauche. Il soutient qu'il ignorait la différence de statut entre résident européen et national européen. Il relève que la précédente condamnation concernait des faits complètement différents et qu'on ne peut donc en déduire, comme l'a fait le premier juge, qu'il connaissait les exigences de la LEtr. Il conteste au surplus le bien-fondé de ce précédent.

**7.2** L'art. 117 al. 1 LEtr ne réprime que l'acte commis intentionnellement. La question topique est celle de la distinction entre le dol éventuel (art. 12 al. 2, seconde phrase, CP) et la négligence consciente (art. 12 al. 3 CP). Il y a dol éventuel lorsque l'auteur envisage le résultat dommageable, mais agit néanmoins, même s'il ne le souhaite pas, parce qu'il s'en accommode pour le cas où il se produirait. L'auteur agissant par dol éventuel est conscient que le résultat peut se produire. L'auteur agissant par négligence consciente connaît aussi ce risque. Par conséquent, le dol éventuel et la négligence consciente concordent en ce qui concerne la connaissance du danger. La différence réside dans le fait que l'auteur s'accommode ou non de ce résultat. L'auteur agissant par négligence consciente escompte, faisant preuve d'une imprévoyance coupable, que le résultat envisagé comme possible ne se produira pas, que le risque que le résultat dommageable ne se réalisera pas. L'auteur agissant par dol éventuel accepte par contre le résultat envisagé comme possible, s'en accommode. Celui qui accepte le résultat pour le cas où il se produirait veut ce résultat au sens du Code pénal. Il n'est pas nécessaire que l'auteur approuve ce résultat. Ce que l'auteur savait, voulait et acceptait fait partie du contenu de la pensée. En l'absence d'aveux de l'auteur, on se base sur des circonstances extérieures pour déterminer le contenu de la pensée. Parmi les éléments extérieurs permettant de décider si l'auteur a agi par dol éventuel ou par négligence consciente figurent notamment la probabilité, connue de l'auteur, de la réalisation du risque et l'importance de la violation du devoir de prudence. Plus celles-ci sont grandes, plus sera fondée la conclusion que l'auteur avait accepté l'éventualité de la réalisation du résultat dommageable et que, contrairement à ce qu'il prétend, il n'escomptait pas, faisant preuve d'une imprévoyance coupable, que le risque ne se réaliserait pas et que le

résultat dommageable ne se produirait pas. Peuvent aussi constituer des éléments extérieurs révélateurs les mobiles de l'auteur et la façon dont il a agi (ATF 125 IV 242, JT 2002 IV 38; TF 6B\_184/2009 du 20 mai 2009, qui concernait les dispositions pénales de l'ancienne LSEE, abrogée par la LEtr).

**7.3** Dans le cas particulier, le jugement retient que, vu la condamnation du 21 juillet 2009, « le prévenu était au courant des obligations et des exigences en matière de permis de séjour et de travail » (p. 5). Plus loin, il énonce encore que, « étant donné son expérience en matière de gérant de boîtes de nuit, et par conséquent d'engagement de personnel étranger, il ne fait aucun doute (...) que J.\_\_\_\_\_ savait pertinemment que [...] ne disposait d'aucune autorisation de travailler en Suisse. A tout le moins, (...) le prévenu a clairement pris le risque d'engager une personne sans statut légal » (p. 6).

Les faits réprimés par l'ordonnance de condamnation du 21 juillet 2009 sont les suivants : le prévenu avait, d'une part, mis un appartement à la disposition de prostituées en situation irrégulière alors qu'il était intendant du « [...]»; il avait, d'autre part, hébergé son amie brésilienne alors sans autorisation de séjour. Il est exact que les faits constituant l'objet de la présente cause sont différents. Néanmoins, cette précédente condamnation a, respectivement aurait, quand même dû attirer l'attention du prévenu sur ces questions et le rendre prudent; du reste celui-ci ne conteste l'ordonnance que pour ce qui est du séjour illicite de son amie brésilienne, à l'exclusion de la mise à disposition d'un logement aux prostituées.

Quoi qu'il en soit, l'appelant ne va pas au bout de son raisonnement. En effet, il ne soutient pas qu'il ignorait qu'il fallait un permis de travail pour engager le videur, mais prétend au contraire que l'engagement était conditionné au respect de cette exigence. Cette réserve dénote qu'il comprenait que le candidat à l'embauche n'était, en l'état, pas autorisé à travailler au vu notamment de son statut de résident ressortissant d'un Etat tiers ne bénéficiant pas des Accords bilatéraux

conclus avec l'UE et ses Etats membres. Dans cette mesure, son argumentation déduite de sa prétendue ignorance de la loi est vaine.

Le prévenu ne pouvait, vu son activité professionnelle et sa précédente condamnation, de bonne foi présumer que le candidat à l'embauche était autorisé à travailler en se fiant aux seules déclarations d'un étranger à la recherche d'un emploi. Or, il ne prétend pas avoir demandé, ni, a fortiori, obtenu, une autorisation de travail avant que son vider ne commence son temps d'essai, ce qui serait le minimum à attendre d'un employeur potentiel respectueux de la loi. Il admet d'ailleurs qu'il aurait peut-être été « plus opportun de commencer par remplir les documents avant que de prendre M. [...] à l'essai » (déclaration d'appel, p. 8). Le dol éventuel, qui relève de l'intention, est ainsi avéré. La punissabilité de l'acte incriminé en application de l'art. 117 al. 1 LEtr en découle.

**8.1** Subsidiairement, l'appelant conteste la révocation, par le premier juge, du sursis accordé par l'ordonnance de condamnation du 21 juillet 2009. Il soutient qu'il n'y a pas de récidive spéciale, pour le motif que les faits faisant l'objet de l'une et de l'autre des procédures sont complètement différents. S'il persistait à critiquer cette première condamnation, ce n'était, selon lui, pas par absence de prise de conscience, mais parce que le séjour irrégulier de son amie à l'origine de ce jugement avait finalement été toléré, puis autorisé par l'administration. De plus, il fait valoir qu'au vu des circonstances, son employeur n'avait reçu qu'un avertissement de l'autorité administrative. Le premier juge aurait ainsi, selon lui, excédé son pouvoir d'appréciation en révoquant le sursis.

**8.2.1** L'art. 46 al. 1, première phrase, CP prévoit que, si, durant le délai d'épreuve, le condamné commet un crime ou un délit et qu'il y a dès lors lieu de prévoir qu'il commettra de nouvelles infractions, le juge révoque le sursis ou le sursis partiel.

L'art. 46 al. 2, première phrase, CP dispose que, s'il n'y a pas lieu de prévoir que le condamné commettra de nouvelles infractions, le juge renonce à ordonner la révocation. Le juge appelé à connaître du nouveau crime ou du nouveau délit est également compétent pour statuer sur la révocation (art. 46 al. 3 CP).

**8.2.2** La révocation du sursis dépend des infractions commises pendant le délai d'épreuve, lesquelles permettront d'établir un pronostic favorable ou défavorable (ATF 134 IV 140, c. 4.2). Seul un pronostic défavorable peut justifier la révocation; à défaut, le juge doit renoncer à celle-ci (ATF 134 IV 140, c. 4.3). Le pronostic doit être posé sur la base d'une appréciation d'ensemble, qui tient compte des circonstances de l'infraction, des antécédents du condamné, de sa réputation et de sa situation personnelle au moment du jugement, notamment de l'état d'esprit qu'il manifeste, soit de tous les éléments propres à éclairer l'ensemble de son caractère et ses chances d'amendement. Lorsqu'il s'agit de fixer le pronostic, le juge doit également tenir compte de l'effet dissuasif que peut exercer la nouvelle peine, si elle doit être exécutée; il en va de même s'agissant de l'effet de l'exécution d'une peine, à la suite de la révocation d'un sursis accordé précédemment (ATF 134 IV 140, c. 4.5).

Un autre critère déterminant pour juger du risque de réitération et, partant, pour poser le pronostic prévu par la loi est celui de l'effet de choc et d'avertissement (*Schock- und Warnungswirkung*) issu de la condamnation précédente, y compris en ce qui concerne l'aménagement ultérieur de la vie de l'intéressé; s'il est avéré, un tel effet constitue un facteur favorable - même s'il n'est pas déterminant à lui seul - dans l'examen du pronostic (cf. l'arrêt précité, c. 5.3).

**8.2.3** Le premier juge a considéré que le prévenu avait récidivé, d'une part, et qu'il n'avait « pas présenté d'excuses, ni formulé de regrets aux débats, ne donnant pas l'impression d'avoir pris conscience des intérêts juridiques protégés » par la LEtr, d'autre part. Le tribunal de police en a déduit qu'il était à prévoir que le prévenu commettrait de nouvelles

infractions à l'avenir. On comprend que la constatation relative au comportement de l'appelant à l'audience a trait aux faits de la présente procédure, et non à ceux à l'origine de la condamnation du 21 juillet 2009.

Les infractions ici en cause ont été commises durant le délai d'épreuve de la précédente condamnation. Comme déjà relevé, le prévenu ne conteste qu'un volet de cette condamnation. Il ne remet pas en cause l'ordonnance du 21 juillet 2009 dans la mesure où elle réprime la mise à disposition d'un appartement à des prostituées sans autorisation de séjour. Il y a donc bien une récidive en matière de LEtr, quels que soient par ailleurs les mérites éventuels de l'argumentation de l'appelant portant sur l'autre volet de sa précédente condamnation, qu'il n'y a dès lors pas lieu à examiner. Quoi qu'il en soit, la récidive n'a pas besoin d'être à ce point spéciale que les faits doivent être identiques ou similaires pour que le sursis puisse être révoqué en vertu de l'art. 46 al. 1 CP.

Cela étant, sous l'angle de l'art. 46 al. 2 CP, le critère déterminant pour la révocation est celui du pronostic à poser en fonction de l'exécution de la nouvelle peine, en d'autres termes s'il y a lieu de prévoir que le condamné commettra de nouvelles infractions nonobstant la condamnation prononcée dans la présente cause (cf. c. 8.2.2 ci-dessus). Un pronostic incertain doit exclure la révocation, laquelle ne peut, a contrario, être prononcée qu'en présence d'un pronostic assurément défavorable (ibid.).

L'attitude du prévenu, qui rechigne à admettre purement et simplement qu'il aurait dû procéder autrement en présence du candidat à l'embauche, n'est pas de bon pronostic. Pour autant, et comme le relève du reste le premier juge, les faits de la présente cause ne sont pas d'une gravité intrinsèque considérable. Vu la quotité des peines prononcées dans l'une et dans l'autre des procédures, ils sont même moins lourds que ceux réprimés par l'ordonnance du 21 juillet 2009, ce d'autant que la récidive spéciale est retenue à charge. Pour le surplus, vu son licenciement au 31 août 2011, l'appelant pourrait ne plus être amené à

travailler comme gérant de ce type d'établissement dès le 1<sup>er</sup> septembre suivant.

Au vu de l'ensemble des faits, l'exécution de la peine pécuniaire ferme doit ainsi être tenue pour suffisamment dissuasive pour que l'on puisse renoncer à révoquer le précédent sursis. Pour autant, vu la récidive spéciale, le délai d'épreuve assortissant le précédent sursis doit être prolongé en application de l'art. 46 al. 2, 2<sup>e</sup> phrase, CP, ce pour une durée de deux ans à compter du prononcé du présent jugement (art. 46 al. 2, 4<sup>e</sup> phrase, CP).

L'appel doit ainsi être admis dans cette mesure et le jugement entrepris modifié au ch. III de son dispositif conformément à ce qui précède.

**9.1.** Enfin, l'appelant, contestant la quotité du jour-amende, fait grief au premier juge d'avoir omis de tenir compte de son loyer.

L'art. 34 al. 2 CP prévoit que le jour-amende est de 3'000 fr. au plus; le juge en fixe le montant selon la situation personnelle et économique de l'auteur au moment du jugement, notamment en tenant compte de son revenu et de sa fortune, de son mode de vie, de ses obligations d'assistance, en particulier familiales, et du minimum vital.

**9.2** Pour déterminer le revenu, le juge doit prendre en considération l'ensemble des revenus en tout genre (revenus de l'activité lucrative, de rentes ou de pensions, de placements de capitaux, de la fortune immobilière, prestations en nature, etc.). Il doit ensuite déduire les contributions sociales, les impôts, les primes d'assurance-maladie et accidents, les frais professionnels et les frais indispensables à l'exercice de la profession. Il est également prescrit de tenir compte des obligations d'assistance – en particulier familiales – du condamné (Maire, Les peines pécuniaires, dans : Kuhn, Moreillon, Viredaz et Bichovsky, La nouvelle partie générale du Code pénal suisse, Berne 2006, p. 165).

Le montant du jour-amende doit être fixé en partant du revenu net que l'auteur réalise en moyenne quotidiennement, quelle qu'en soit la source, car c'est la capacité économique réelle de fournir une prestation qui est déterminante (cf. ATF 116 IV 4, c. 3a p. 8). Ce qui est dû en vertu de la loi ou ce dont l'auteur ne jouit pas économiquement doit en être soustrait. Il en va ainsi des impôts courants, des cotisations à l'assurance-maladie et accidents obligatoire, ou encore des frais nécessaires d'acquisition du revenu (TF 6B\_541/2007 du 13 mai 2008, c. 6.4.1, confirmé par ATF 135 IV 180). La loi mentionne encore spécialement d'éventuelles obligations d'assistance, familiales en particulier. La raison en est que les membres de la famille ne doivent, autant que possible, pas être affectés par la restriction apportée au train de vie. Le revenu net doit être amputé des montants dus à titre d'entretien ou d'assistance, pour autant que le condamné s'en acquitte effectivement (arrêt non publié précité, c. 6.4.4).

En règle générale, les intérêts hypothécaires et les frais de logement ne peuvent pas être déduits. On ne tient compte des autres charges que dans la « situation personnelle », parce que le contraire avantagerait les prévenus qui mènent un train de vie élevé (ibid.). Contrairement aux dettes fiscales, le loyer du condamné n'est pas une charge (ATF 134 IV 60).

**9.3** Dans le cas particulier, c'est donc en vain que l'appelant réclame qu'il soit tenu compte de son loyer dans le calcul du jour-amende. Ainsi, à l'aune de l'art. 34 al. 2 CP, il n'apparaît pas que la situation financière actuelle de l'appelant, soit au moment du jugement au sens de la norme topique en droit matériel, s'écarte de celle retenue par le premier juge dans une mesure telle qu'elle justifierait un nouveau calcul de la quotité du jour-amende. Les faits nouveaux établis quant à la situation économique de l'intéressé ne conduisent en effet pas à considérer que sa situation personnelle se soit modifiée dans une mesure notable. Bien plutôt, rien ne permet d'exclure, loin s'en faut, que l'appelant ne puisse prétendre à des indemnités de l'assurance-chômage

et il est constant qu'il disposera du privilège d'occuper son logement sans devoir verser de loyer jusqu'au 31 décembre 2011.

**10.** Vu la mesure limitée dans laquelle l'appelant obtient gain de cause, les frais de la procédure d'appel selon l'art. 424 CPP doivent être mis pour trois quarts à sa charge, le solde étant laissé à celle de l'Etat (art. 428 al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase, CPP).

Par ces motifs,  
la Cour d'appel pénale,  
en application des art. les articles 34, 46 al. 1, 47, 50 CP; 117 al. 1 LEtr;  
157 et 370 ss CPP-VD; 398 ss CPP,  
prononce en audience publique :

- I. L'appel formé le 18 mai 2011 par J.\_\_\_\_\_ contre le jugement rendu le 9 mai 2011 par le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne est partiellement admis.
  
- II. Le jugement rendu le 9 mai 2011 par le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne est modifié au ch. III de son dispositif, dispositif qui est désormais le suivant :
  - I. Constate que J.\_\_\_\_\_ s'est rendu coupable d'infraction à la Loi fédérale sur les étrangers.*
  - II. Condamne J.\_\_\_\_\_ e à une peine pécuniaire de 30 (trente) jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 70 fr. (septante francs).*
  - III. Renonce à révoquer le sursis accordé à J.\_\_\_\_\_ le 21 juillet 2009 par le Juge d'instruction de l'arrondissement de Lausanne, mais prolonge le délai d'épreuve de deux ans.*
  - IV. Met les frais de la cause, par 1'230 fr., à la charge de J.\_\_\_\_\_".*
  
- III. Les frais de la procédure d'appel, par 2'460 fr. (deux mille quatre cent soixante francs), sont mis pour trois quarts, soit

1'845 fr. (mille huit cent quarante-cinq francs), à la charge de J.\_\_\_\_\_, le solde étant laissé à la charge de l'Etat.

**IV.** Le présent jugement est exécutoire.

La présidente :

Le greffier :

**Du 11 août 2011**

Le dispositif du jugement qui précède est communiqué à l'appelant et aux autres intéressés.

Le greffier :

Du

Le jugement qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Pierre-André Oberson (pour J.\_\_\_\_\_),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- Ministère public de l'arrondissement de Lausanne,
- M. le Président du Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne,
- Office fédéral des migrations,

par l'envoi de photocopies.

Le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des art. 78 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours

constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :