

COUR D'APPEL PENALE

Audience du 21 janvier 2016

Composition : Mme FAVROD, présidente
MM. Battistolo et Stoudmann, juges
Greffière : Mme Villars

Parties à la présente cause :

E._____, prévenu, représenté par Me Philippe Dal Col, défenseur de choix
à Pully, appelant,

et

Ministère public, représenté par la Procureure de l'arrondissement de
Lausanne, intimé.

La Cour d'appel pénale considère :

En fait :

A. Par jugement du 2 octobre 2015, le Tribunal de police de l'arrondissement de l'Est vaudois a constaté qu'E. _____ s'était rendu coupable d'emploi répété d'étrangers sans autorisation (I), l'a condamné à une peine privative de liberté de 70 jours, ainsi qu'à une peine pécuniaire de 5 jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 60 fr. (II) et a mis les frais de justice, par 1'075 fr., à la charge d'E. _____ (III).

B. Par annonce du 14 octobre 2015, puis par déclaration motivée du 5 novembre 2015, E. _____ a interjeté appel contre ce jugement en concluant principalement à sa réforme en ce sens qu'il est condamné à une amende modérée fixée à dire de justice pour infraction au sens de l'art. 117 al. 3 LEtr (Loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 ; RS 142.20), les frais de première instance étant mis à sa charge à hauteur de 375 fr. et le solde étant laissé à la charge de l'Etat. Subsidiairement, il a conclu à la réforme du jugement en ce sens qu'il est condamné à 15 jours-amende à 60 fr. le jour pour infraction à l'art. 117 al. 2 LEtr, seuls 375 fr. de frais étant mis à sa charge. Plus subsidiairement encore, il a conclu à l'annulation du jugement et au renvoi de la cause en première instance pour nouveau jugement, les frais de première et de deuxième instance étant laissés à la charge de l'Etat. A titre de mesure d'instruction, E. _____ a requis l'audition de [...], chef de chantier présent sur le chantier « [...] » à [...] lors des faits litigieux.

Par courrier du 13 novembre 2015, le Ministère public a indiqué qu'il renonçait à présenter une demande de non-entrée en matière et à déposer un appel joint.

Par avis du 17 décembre 2015, la Présidente de la cour de céans a rejeté la réquisition de preuves sollicitée, au motif que celle-ci ne répondait pas aux conditions de l'art. 389 CPP et qu'elle n'apparaissait pas pertinente.

Dans ses déterminations du 23 décembre 2015, le Ministère public a conclu au rejet de l'appel.

C. Les faits retenus sont les suivants :

1.

1.1 Ressortissant de Macédoine et au bénéfice d'un permis B valable jusqu'en mai 2016, E._____ est né le [...] 1971. Marié et père de trois enfants mineurs, il exploite l'entreprise individuelle E._____ [...], active dans la pose de carrelage et la rénovation. Cette activité lui a procuré un bénéfice net de l'ordre de 80'000 fr. pour l'année 2014. Le loyer mensuel de son appartement se monte à 1'052 fr. et celui de sa place de parc à 120 francs. Ses primes d'assurance-maladie obligatoire s'élèvent à 868 fr. par mois pour toute la famille. Il n'aurait pas de dettes.

1.2 Son casier judiciaire fait mention des condamnations suivantes :

- 05.01.2012, Ministère public de l'arrondissement de Lausanne, emploi d'étrangers sans autorisation, peine pécuniaire de 40 jours-amende à 30 fr., sursis (révoqué le 26.09.2013) à l'exécution de la peine, délai d'épreuve de 2 ans ;

- 26.09.2013, Ministère public de l'arrondissement de Lausanne, emploi d'étrangers sans autorisation, emploi répété d'étrangers sans autorisation, peine pécuniaire 60 jours-amende à 30 francs.

2. Par contrat intitulé « contrat de collaboration et sous-traitance », la société C._____ a mis à disposition d'E._____ l'ouvrier J._____ du 27 au 29 août 2014 pour des travaux de carrelage (P. 7/2).

Le 29 août 2014, J._____, ressortissant kosovar ne disposant d'aucune autorisation de séjour et de travail en Suisse, a travaillé à [...], sur le chantier « [...] », rue [...], pour le compte de l'entreprise de carrelage-rénovation d'E._____. J._____ a été vu à [...] le 29 août 2014 à 8h33 alors qu'il sortait de ce chantier par un agent de la police du Chablais qui fonctionnait comme planton de circulation en raison de la rentrée scolaire. J._____ a pris la fuite à pied en tenue de travail, avant d'être interpellé un peu plus tard par cet agent en habits civils avec du plâtre sur ses mains, ses cheveux et ses avant-bras (P. 5). A l'audience d'appel, E._____ a indiqué que J._____ était déjà présent sur le chantier de [...] le 29 août 2014 lors de son arrivée sur les lieux et que celui-ci devait aider d'autres ouvriers à déposer 1'000 m² de carrelage à l'intérieur du bâtiment.

Le 16 janvier 2015, le Service de l'emploi a dénoncé le prévenu au Ministère public.

3. Par ordonnance pénale du 1^{er} mai 2015, le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne a constaté qu'E._____ s'était rendu coupable d'infraction à la LEtr, l'a condamné à 70 jours de peine privative de liberté et à une peine pécuniaire de 5 jours-amende à 50 fr. le jour, et a mis les frais, par 375 fr., à la charge d'E._____.

Par courrier du 15 mai 2015, E._____ a formé opposition à cette ordonnance.

Par décision du 18 mai 2015, le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne a maintenu son ordonnance pénale du 1^{er} mai 2015 et transmis le dossier au Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne.

Le 20 mai 2015, le Tribunal d'arrondissement de Lausanne a transmis le dossier au Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois.

En droit :

1. Interjeté dans les forme et délai légaux (art. 399 CPP [Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 ; RS 312.0]) par une partie ayant qualité pour recourir (art. 382 CPP) contre le jugement d'un tribunal de première instance qui a clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP), l'appel est recevable.

2. Aux termes de l'art. 398 CPP, la juridiction d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen sur tous les points attaqués du jugement (al. 2). L'appel peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, le déni de justice et le retard injustifié, pour constatation incomplète ou erronée des faits et pour inopportunité (al. 3).

L'appel doit permettre un nouvel examen au fond par la juridiction d'appel. Celle-ci ne doit pas se borner à rechercher les erreurs du juge précédent et à critiquer le jugement de ce dernier ; elle doit tenir ses propres débats et prendre sa décision sous sa responsabilité et selon sa libre conviction, qui doit reposer sur le dossier et sa propre administration des preuves. L'appel tend à la répétition de l'examen des faits et au prononcé d'un nouveau jugement (Eugster, in : Niggli/Heer/Wiprächtiger [éd.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2^e éd., Bâle 2014, n. 1 ad art. 398 CPP). L'immédiateté des preuves ne s'impose toutefois pas en instance d'appel. Selon l'art. 389 al. 1 CPP, la procédure d'appel se fonde sur les preuves administrées pendant la procédure préliminaire et la procédure de première instance. La juridiction d'appel administre, d'office ou à la demande d'une partie, les preuves complémentaires nécessaires au traitement du recours (art. 389 al. 3 CPP ; TF 6B_78/2012 du 27 août 2012 consid. 3.1).

3. Le recourant invoque une constatation inexacte des faits. Il fait valoir qu'il n'était pas l'employeur de J. _____ au sens du droit civil, qu'il n'était pas lié à la société C. _____ par un contrat de sous-traitance, mais par un contrat de service, que le fait que le contrat porte sur une durée de trois jours n'implique pas que J. _____ ait effectivement travaillé pour lui durant trois jours, que seule la journée du 29 août 2014 peut être retenue, qu'il n'a pas agi intentionnellement et qu'il a agi tout au plus par négligence.

3.1 La constatation des faits est incomplète au sens de l'art. 398 al. 3 let. b CPP lorsque toutes les circonstances de fait et tous les moyens de preuve déterminants pour le jugement n'ont pas été pris en compte par le tribunal de première instance. Elle est erronée lorsque le tribunal a omis d'administrer la preuve d'un fait pertinent, a apprécié de manière erronée le résultat de l'administration d'un moyen de preuve ou a fondé sa décision sur des faits erronés, en contradiction avec les pièces, par exemple (Kistler Vianin, in Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 19 ad art. 398 CPP).

A teneur de l'art. 10 CPP, toute personne est présumée innocente tant qu'elle n'est pas condamnée par un jugement entré en force (al. 1). Le tribunal apprécie librement les preuves recueillies selon l'intime conviction qu'il retire de l'ensemble de la procédure (al. 2). Lorsque subsistent des doutes insurmontables quant aux éléments factuels justifiant une condamnation, le tribunal se fonde sur l'état de fait le plus favorable au prévenu (al. 3). La présomption d'innocence, ainsi que son corollaire, le principe *in dubio pro reo*, concernent tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves. En tant que règle relative au fardeau de la preuve, la présomption d'innocence signifie que toute personne prévenue d'une infraction pénale doit être présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité soit légalement établie et, partant, qu'il appartient à l'accusation de prouver la culpabilité de celle-là (ATF 127 I 38 consid. 2a; TF 6B_831/2009 du 25 mars 2010 consid. 2.2.1). Comme règle d'appréciation des preuves, le principe *in dubio pro reo* est violé si le juge du fond se déclare convaincu de faits défavorables à l'accusé sur lesquels, compte tenu des éléments de preuve qui lui sont soumis, il aurait au

contraire dû, objectivement, éprouver des doutes; on parle alors de doutes raisonnables (cf. ATF 120 la 31 consid. 2c; TF 6B_831/2009 précité, consid. 2.2.2).

3.2.1 Aux termes de l'art. 117 LEtr, 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 trois ans au plus ou une peine pécuniaire. En cas de peine privative de liberté, une peine pécuniaire est également prononcée (al. 1). Quiconque, ayant fait l'objet d'une condamnation exécutoire en vertu de l'al. 1, contrevient de nouveau, dans les cinq années suivantes, à l'al. 1, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. En cas de peine privative de liberté, une peine pécuniaire est également prononcée (al. 2). Si l'auteur agit par négligence, il est puni d'une amende de 20'000 fr. au plus (al. 3).

Le terme "employer" doit être compris de manière large, comme consistant non seulement à conclure et exécuter un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO (Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse ; RS 220), 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 (ATF 137 IV 153 consid. 1.5 et les références citées).

En vertu de l'art. 11 LEtr, 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).

L'art. 91 LEtr prescrit qu'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.

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 (2C_1039/2013 du 16 avril 2014 consid. 5.1 ; 2C_783/2012 du 10 octobre 2012 consid. 2.1 ; 2C_357/2009 du 16 novembre 2009 consid. 5.3).

3.2.2 Selon l'art. 12 al. 1 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; RS 311.0), agit intentionnellement quiconque commet un crime ou un délit avec conscience et volonté. L'auteur agit déjà intentionnellement lorsqu'il tient pour possible la réalisation de l'infraction et l'accepte au cas où celle-ci se produirait.

La doctrine et la jurisprudence distinguent le dessein (ou dol direct de premier degré), le dol simple (ou dol direct de deuxième degré) et le dol éventuel ; ces trois formes correspondent à un comportement intentionnel au sens de l'art. 12 al. 2 CP (Dupuis et al., Petit commentaire du Code pénal, Bâle 2012, n. 10 ad art. 12 CP et les références citées). Il y a dessein lorsque l'auteur prévoit les conséquences de son acte et cherche précisément à les produire (Dupuis et al., op. cit., n. 11 ad art. 12 CP). Le dol simple qualifie la situation où l'auteur ne s'est pas fixé pour but de commettre l'infraction et considère le résultat comme indifférent ou indésirable, mais s'en accommode car il s'agit du moyen de parvenir au

but recherché (Dupuis et al., op. cit., n. 14 ad art 12 CP). Enfin, le dol éventuel, qui correspond à l'hypothèse visée à l'art 12 al. 2, 2^e phrase CP implique l'indifférence de l'auteur quant à la réalisation de l'infraction, de telle sorte qu'il doit dans son for intérieur approuver celle-ci ou y consentir ; l'auteur envisage le résultat dommageable et s'en accommode, voire l'accepte comme tel. Un dol éventuel peut être réalisé même si l'auteur ne souhaite pas le résultat envisagé ou lorsque le résultat dommageable s'impose à l'auteur de manière si vraisemblable que son comportement ne peut raisonnablement être interprété que comme l'acceptation de ce résultat (Dupuis et al., op. cit., nn. 15 ss. ad art. 12 CP et les références citées).

Selon l'art. 12 al. 3 CP, agit par négligence quiconque, par une imprévoyance coupable, commet un crime ou un délit sans se rendre compte des conséquences de son acte ou sans en tenir compte. L'imprévoyance est coupable quand l'auteur n'a pas usé des précautions commandées par les circonstances et par sa situation personnelle. Ainsi, deux conditions doivent être remplies pour qu'il y ait négligence. En premier lieu, il faut que l'auteur ait d'une part violé les règles de prudence, c'est-à-dire le devoir général de diligence institué par la loi pénale, qui interdit de mettre en danger les biens d'autrui pénalement protégés contre les atteintes involontaires. Un comportement dépassant les limites du risque admissible viole le devoir de prudence s'il apparaît qu'au moment des faits, son auteur aurait dû, compte tenu de ses connaissances et de ses capacités, se rendre compte de la mise en danger d'autrui (ATF 136 IV 76 consid. 2.3.1). Pour déterminer le contenu du devoir de prudence, il faut se demander si une personne raisonnable, dans la même situation et avec les mêmes aptitudes que l'auteur, aurait pu prévoir, dans les grandes lignes, le déroulement des événements et, le cas échéant, quelles mesures elle pouvait prendre pour éviter la survenance du résultat dommageable. En second lieu, pour qu'il y ait négligence, il faut que la violation du devoir de prudence soit fautive, c'est-à-dire que l'on puisse reprocher à l'auteur, compte tenu de ses circonstances personnelles, une inattention ou un manque d'effort blâmable (ATF 134 IV 255 consid. 4.2.3 et les références citées).

3.3 En l'espèce, le prévenu a signé, le 25 août 2014, un contrat de « collaboration et sous-traitance » avec la société C._____ portant sur la « mise à disposition de personnel », soit de l'ouvrier J._____, pour des travaux de carrelage à [...] du 27 au 29 août 2014. Il importe peu que ce contrat soit qualifié de contrat de sous-traitance, comme l'a retenu le premier juge, ou qu'il soit qualifié de contrat de service par lequel C._____ s'engageait à fournir au prévenu un employé pour une durée limitée, comme l'affirme l'appelant. En effet, il ne fait aucun doute que, le 29 août 2014, le prévenu a employé J._____, ressortissant kosovar sans autorisation de travail, sur un chantier de [...] au sens de l'art. 117 LEtr ; au surplus, le prévenu ne conteste plus, dans son appel, qu'il lui incombait de vérifier le titre de séjour de J._____, ce alors même qu'il a affirmé le contraire au premier juge (Jgt p. 4).

En outre, il est évident que J._____ travaillait pour le prévenu ; les circonstances dans lesquelles s'est déroulé le contrôle du 29 août 2014 à 8h33 effectué par un agent de la police du Chablais, lors duquel J._____ a pris la fuite en tenue de travail avant d'être interpellé en habit civil avec du plâtre sur les mains, sur les cheveux et sur les avant-bras, suffisent à elles seules à l'établir. Cela étant, les déclarations du prévenu et de J._____ divergent s'agissant du nombre de jours travaillés par celui-ci pour l'appelant. Si J._____ a déclaré qu'il avait travaillé durant deux à trois jours sur le chantier, comme le prévoyait le contrat du 25 août 2014, et non seulement le jour de son interpellation, le prévenu a varié dans ses déclarations, prétendant tout d'abord que J._____ ne travaillait pas pour lui et qu'il l'avait vu pour la première fois le 29 août 2014 devant la police (PV aud. 1), puis admettant que J._____ était venu sur le chantier le 29 août 2014 pour déplacer le carrelage qui avait été livré le 27 août 2014 (Jgt p. 4). On ne saurait toutefois déduire des indications données à la police par le chef de chantier, selon lesquelles il avait vu J._____ poser du carrelage pour l'entreprise du prévenu à [...], que cet ouvrier a travaillé du 27 au 29 août 2014 pour le prévenu. Le fait que J._____ aurait travaillé d'autres jours que le 29 août 2014 pour l'appelant n'est au surplus corroboré par aucune pièce du dossier. L'appré-

ciation des preuves du premier juge ne peut donc être confirmée sur ce point et il y a lieu de retenir que J. _____ a travaillé, sans permis de séjour et de travail, pour l'entreprise du prévenu sur un chantier de [...] pendant une journée, soit le 29 août 2014.

L'appelant affirme qu'on peut tout au plus lui reprocher une négligence. Or, il perd de vue que, compte tenu de sa qualité d'employeur au sens de l'art. 117 LEtr, il lui incombait de vérifier si le travailleur à son service bénéficiait d'un permis de travail et il ne saurait, comme il l'a affirmé au terme de l'audience de première instance, ne pas poser de questions à ses employés à ce sujet et s'en remettre à sa fiduciaire (Jgt p. 6). Le prévenu, déjà condamné à deux reprises pour l'emploi de travailleurs étrangers sans autorisation, devait parfaitement connaître ses obligations, ce qu'il a d'ailleurs fini par admettre dans son appel. Il ne pouvait pas non plus ignorer que le fait que l'ouvrier lui soit fourni par une autre société ne changeait rien à ses obligations d'employeur. Dans ces circonstances, le prévenu a à tout le moins accepté la réalisation de l'infraction en ne procédant pas aux vérifications d'usage et a failli à ses obligations, de sorte qu'il n'y a pas place à la négligence et que sa condamnation pour violation de l'art. 117 al. 1 et 2 LEtr doit être confirmée.

4.

4.1 L'appelant a été condamné par le premier juge à une peine privative de liberté de 70 jours, ainsi qu'à une peine pécuniaire de 5 jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 60 francs. En appel, il conteste le genre de la peine qui lui a été infligée et requiert le prononcé d'une peine pécuniaire de 15 jours-amende à 60 francs le jour. Il fait valoir qu'une peine privative de liberté est exagérée, l'ouvrier en situation irrégulière n'ayant travaillé pour lui qu'une seule journée.

4.2.1 Selon l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (al. 1). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de

l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (al. 2).

La culpabilité de l'auteur doit être évaluée en fonction de tous les éléments objectifs pertinents, qui ont trait à l'acte lui-même, à savoir notamment la gravité de la lésion, le caractère répréhensible de l'acte et son mode d'exécution. Du point de vue subjectif, sont pris en compte l'intensité de la volonté délictuelle ainsi que les motivations et les buts de l'auteur. A ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même, à savoir les antécédents (judiciaires et non judiciaires), la réputation, la situation personnelle (état de santé, âge, obligations familiales, situation professionnelle, risque de récidive, etc.), la vulnérabilité face à la peine, de même que le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (ATF 134 IV 17 consid. 2.1 ; ATF 129 IV 6 consid. 6.1).

4.2.2 Aux termes de l'art. 41 al. 1 CP, le juge peut prononcer une peine privative de liberté ferme de moins de six mois uniquement si les conditions du sursis à l'exécution de la peine (art. 42 CP) ne sont pas réunies et s'il y a lieu d'admettre que ni une peine pécuniaire, ni un travail d'intérêt général ne peuvent être exécutés. Cette disposition prévoit deux conditions cumulatives.

Il faut d'abord que les conditions du sursis à l'exécution de la peine ne soient pas réunies. Il en va ainsi, conformément à l'art. 42 CP, lorsqu'une peine ferme paraît nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits. Lorsque l'auteur a fait l'objet de condamnations durant les cinq ans qui précèdent l'infraction, il faut en outre qu'il n'existe aucune circonstance particulièrement favorable au sursis (art. 42 al. 2 CP).

La seconde condition reflète la subsidiarité de la peine privative de liberté. A titre de sanctions, le nouveau droit fait de la peine pécuniaire (art. 34 CP) et du travail d'intérêt général (art. 37 CP) la règle dans le domaine de la petite criminalité, respectivement de la peine

pécuniaire et de la peine privative de liberté la règle pour la criminalité moyenne. La peine pécuniaire constitue désormais la sanction principale. Les peines privatives de liberté ne doivent être prononcées que lorsque l'Etat ne peut garantir d'une autre manière la sécurité publique. Quant au travail d'intérêt général, il suppose l'accord de l'auteur. En vertu du principe de la proportionnalité, il y a en règle générale lieu, lorsque plusieurs peines entrent en considération et apparaissent sanctionner de manière équivalente la faute, de choisir celle qui restreint le moins sévèrement la liberté personnelle de l'intéressé, respectivement qui le touche le moins durement. La peine pécuniaire et le travail d'intérêt général représentent des atteintes moins importantes et constituent ainsi des peines plus clémentes. Cela résulte également de l'intention essentielle, qui était au coeur de la révision de la partie générale du Code pénal en matière de sanction, d'éviter les courtes peines de prison ou d'arrêt, qui font obstacle à la socialisation de l'auteur, et de leur substituer d'autres sanctions. Pour choisir la nature de la peine, le juge doit prendre en considération l'opportunité de la sanction déterminée, ses effets sur l'auteur et son milieu social, ainsi que son efficacité préventive (ATF 134 IV 97 consid. 4 ; TF 6B_546/2013 du 23 août 2013 consid. 1.1 ; TF 6B_102/2012 du 22 juin 2012 consid. 2.1).

4.2.3 L'art. 34 CP dispose que, sauf disposition contraire de la loi, la peine pécuniaire ne peut excéder 360 jours-amende. Le juge fixe leur nombre en fonction de la culpabilité de l'auteur (al. 1). 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 (al. 2). Les autorités fédérales, cantonales et communales fournissent au juge les informations dont il a besoin pour fixer le montant du jour-amende (al. 3). Le jugement indique le nombre et le montant des jours-amende (al. 4).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le montant du jour-amende doit être fixé en partant du revenu que l'auteur réalise en

moyenne quotidiennement, quelle que soit la source, car c'est la capacité économique réelle de fournir une prestation qui est déterminante. Constituent des revenus, outre ceux d'une activité lucrative dépendante ou indépendante, notamment les revenus d'une exploitation industrielle, agricole ou forestière, ainsi que les revenus de la fortune (loyers et fermages, intérêt du capital, dividendes, etc.), les contributions d'entretien de droit public ou privé, les prestations d'aide sociale ainsi que les revenus en nature. 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, respectivement pour les indépendants, des frais justifiés par l'usage de la branche. Le principe du revenu net exige que seul le disponible excédant les frais d'acquisition du revenu soit pris en considération, dans les limites de l'abus de droit (ATF 134 IV 60 consid. 6 ; TF 6B_845/2009 du 11 janvier 2010 consid. 1, publié in : SJ 2010 I 205).

4.2.4 Selon l'art. 42 al. 1 CP, le juge suspend en règle générale l'exécution d'une peine pécuniaire ou d'une peine privative de liberté de six mois au moins et de deux ans au plus lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits. Sur le plan subjectif, le juge doit poser un pronostic quant au comportement futur de l'auteur. Il suffit qu'il n'y ait pas de pronostic défavorable. Le sursis est la règle dont on ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic défavorable (ATF 134 IV 1 consid. 4.2.2). Pour émettre ce pronostic, le juge doit se livrer à une appréciation d'ensemble, tenant compte des circonstances de l'infraction, des antécédents de l'auteur, de sa réputation et de sa situation personnelle au moment du jugement, notamment de l'état d'esprit qu'il manifeste. Il doit tenir compte de tous les éléments propres à éclairer l'ensemble du caractère de l'accusé et ses chances d'amendement. Il ne peut accorder un poids particulier à certains critères et en négliger d'autres qui sont pertinents (ibid., consid. 4.2.1).

4.3 Il convient d'examiner si une courte peine privative de liberté est adéquate (cf. art. 41 CP) ou si une peine pécuniaire doit être prononcée.

En l'espèce, le premier juge a infligé à l'appelant une courte peine privative de liberté assortie d'une peine pécuniaire, pour les motifs que les peines pécuniaires prononcées auparavant et la révocation du sursis octroyé le 5 janvier 2012 n'avaient pas eu d'effet dissuasif et que le pronostic était clairement défavorable.

E._____ a déjà fait l'objet de deux condamnations pour le même type d'infraction, la première en 2012 et la deuxième en 2013, et il a récidivé moins de cinq ans après sa première condamnation. Sa culpabilité est donc importante, sa désinvolture et ses explications bancales révélant son mépris à l'égard de ses obligations d'employeur et des dispositions de la LEtr. Le pronostic est ainsi défavorable. A décharge, il convient de tenir compte de la brève durée de l'activité délictueuse retenue qui est d'un jour, de la gravité légère des faits reprochés, ainsi que du début de prise de conscience du prévenu qui a reconnu, dans son appel, qu'il aurait dû s'assurer que J._____ était titulaire d'un permis de travail. Dans la mesure où une peine pécuniaire constitue une restriction au standard de vie du condamné, partant l'atteint dans son patrimoine et touche à ce qui lui est nécessaire pour vivre, elle apparaît être la sanction la plus efficace pour réprimer le comportement du prévenu.

Tout bien considéré, la peine privative de liberté prononcée par le premier juge apparaît trop sévère. Au vu des éléments à charge et à décharge et de la culpabilité du prévenu, une peine pécuniaire de 15 jours-amende ferme à 60 fr. le jour, quotité admise par l'appelant lui-même, est adéquate pour sanctionner le comportement illicite du prévenu. Le montant du jour-amende tient compte de la situation personne du prévenu qui a trois enfants mineurs à charge. L'appel doit être admis sur ce point et le jugement de première instance modifié dans ce sens.

5. L'appelant conteste la mise à sa charge de l'intégralité des frais de première instance.

5.1 Selon l'art. 426 al. 1 CPP, le prévenu supporte les frais de procédure s'il est condamné.

5.2 En l'espèce, l'appelant a fait opposition à une ordonnance du Ministère public le condamnant pour infraction à la LEtr et le tribunal de première instance l'a reconnu coupable d'emploi répété d'étrangers sans autorisation. Or l'appelant a, par son comportement, occasionné l'ouverture et la mise en œuvre de l'enquête pénale, de sorte qu'il doit en supporter les frais (ATF 138 IV 248 consid. 4.4.1 ; TF 6B_428/2012 du 19 novembre 2012 consid. 3.1). Le prévenu doit dès lors assumer la charge de l'intégralité des frais de première instance, conformément à l'art. 426 CPP. Mal fondé, ce moyen doit être rejeté.

6. En définitive, l'appel interjeté par E._____ doit être partiellement admis et le jugement entrepris réformé dans le sens des considérants.

L'appelant, qui a agi par l'intermédiaire d'un défenseur de choix, n'a pas pris de conclusion tendant à l'octroi de dépens. Il n'a au surplus ni chiffré, ni justifié ses éventuelles prétentions alors même qu'il y avait été enjoint dans la citation du 17 décembre 2015 de la direction de la procédure, conformément à l'art. 429 al. 2 CPP. Des dépens pénaux ne sauraient donc lui être alloués.

Vu l'issue de la cause, les frais de la procédure d'appel, constitués de l'émolument du présent jugement, par 1'940 fr. (art. 21 al. 1 et 2 TFIP [Tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; RSV 312.03.1]), doivent être mis par moitié à la charge d'E._____, le solde étant laissé à la charge de l'Etat.

Par ces motifs,
la Cour d'appel pénale,
statuant en application des art. 34, 41, 47 CP ;
117 al. 1 et 2 LEtr et 398 ss CPP,
prononce :

- I. L'appel est partiellement admis.
- II. Le jugement rendu le 2 octobre 2015 par le Tribunal de police de l'arrondissement de l'Est vaudois est modifié comme il suit au chiffre II de son dispositif, le dispositif du jugement étant désormais le suivant :

"I. constate qu'E._____ s'est rendu coupable d'emploi répété d'étrangers sans autorisation ;

II. condamne E._____ à une peine pécuniaire de 15 (quinze) jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 60 fr. (soixante francs);

III. met les frais de justice, par 1'075 fr. (mille septante-cinq francs), à la charge d'E._____."

- III. Les frais d'appel, par 1'940 fr., sont mis par moitié à la charge d'E._____, le solde étant laissé à la charge de l'Etat.

- IV. Le jugement motivé est exécutoire.

La présidente :

La greffière :

Du 21 janvier 2016

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

La greffière :

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 Dal Col (pour E. _____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- Mme la Présidente du Tribunal de police de l'arrondissement de l'Est vaudois,
- Mme la Procureure de l'arrondissement de Lausanne,
- Service de l'emploi,
- Service de la population, secteur étrangers ([...]1971),

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). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :