

COUR D'APPEL PENALE

Audience du 1er mars 2017

Composition : M. STOUDMANN, président
Mme Fonjallaz et M. Winzap, juges
Greffier : M. Magnin

Parties à la présente cause :

E. _____, prévenu et 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 22 novembre 2016, le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne a constaté qu'E._____ s'est rendu coupable d'emploi répété d'étrangers sans autorisation (I), l'a condamné à une peine pécuniaire de 60 jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 100 fr. (II), et a mis les frais de la cause, par 600 fr., à la charge de l'intéressé (III).

B. Le 2, puis le 19 décembre 2016, E._____ a formé appel contre ce jugement. Il a requis l'annulation totale de la peine qui lui a été infligée, expliquant avoir déjà transmis, à plusieurs reprises, tous documents utiles concernant T._____.

Par courrier du 31 janvier 2017, le Ministère public a conclu au rejet de l'appel.

C. Les faits retenus sont les suivants :

1. Originaire de [...], E._____ est né le [...] 1971 à [...], au Kosovo. Il a grandi dans son pays natal et y a suivi une formation d'électromécanicien. Il a quitté le Kosovo à la fin de l'année 1991 pour s'installer en Suisse. A cet endroit, il a travaillé dans la restauration, puis dans une usine en qualité d'électromécanicien. Ensuite, il a œuvré pour [...] pendant onze ans. Depuis 2009, E._____ travaille au sein de l'entreprise [...] SA, dont il est administrateur-président, laquelle a pour but social « entreprise générale, tous travaux et réalisations de projets dans le domaine de la construction et la rénovation immobilière ainsi que toutes opérations immobilières, soit notamment l'acquisition, la détention, l'administration, la construction, la gérance et la vente de biens immobiliers ». E._____ est salarié de son entreprise et réalise un revenu mensuel net de quelque 8'800 fr., versé treize fois l'an.

E._____ est marié et vit avec son épouse et ses quatre enfants, nés respectivement en 1992, 2001, 2003 et 2009. Sa femme travaille à 100 % pour la société [...] SA pour un salaire d'environ 4'100 fr. net par mois, allocations familiales non comprises, versé treize fois l'an. Les trois enfants cadets sont toujours à la charge de leurs parents.

E._____ est propriétaire de la maison dans laquelle il vit avec sa famille. Celle-ci lui coûte quelque 3'300 fr. par mois. Les primes d'assurance-maladie mensuelles d'E._____ s'élèvent à environ 400 fr., comme celles de l'épouse. Quant aux primes d'assurance-maladie des enfants, elles se montent à 100 fr. par mois environ, pour chacun d'eux. E._____ n'a fait état d'aucune dette ni fortune.

Le casier judiciaire suisse d'E._____ fait état de la condamnation suivante :

- 15 novembre 2012, Ministère public de l'arrondissement de Lausanne, emploi d'étrangers sans autorisation, peine pécuniaire de 40 jours-amende à 50 fr. le jour, sursis à l'exécution de la peine, délai d'épreuve de deux ans, amende de 400 francs.

2. Par ordonnance pénale du 31 mai 2016, le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne a condamné E._____ pour emploi répété d'étrangers sans autorisation à une peine pécuniaire de 80 jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 100 fr., en raison des faits suivants :

« A [...], route de [...], sur le chantier du bâtiment [...], le 26 mai 2015, E._____, administrateur-président de l'entreprise [...] SA à [...], a employé T._____, ressortissant du Kosovo, alors qu'il ne bénéficiait d'aucune autorisation de travail.

Le Service de l'emploi a dénoncé le cas le 28 juillet 2015. »

3. En temps utile, E. _____ a fait opposition à cette ordonnance. Le 15 juin 2016, le Ministère public a décidé de maintenir son ordonnance pénale et a transmis le dossier au Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne en vue des débats, l'ordonnance pénale tenant lieu d'acte d'accusation.

Le 7 septembre 2016, le Ministère public a encore procédé à l'audition d'E. _____ en qualité de prévenu.

En droit :

1. Interjeté dans les formes et délais légaux par une partie ayant qualité pour recourir contre le jugement du tribunal de première instance qui a clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP [Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 ; RS 312.0]), l'appel d'E. _____ 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 : Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 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 conteste sa condamnation pour emploi répété d'étrangers sans autorisation.

3.1

3.1.1 L'appréciation des preuves est l'acte par lequel le juge du fond évalue la valeur de persuasion des moyens de preuve à disposition et pondère ces différents moyens de preuve afin de parvenir à une conclusion sur la réalisation ou non des éléments de fait pertinents pour l'application du droit pénal matériel. L'appréciation des preuves est dite libre, car le juge peut par exemple attribuer plus de crédit à un témoin, même prévenu dans la même affaire, dont la déclaration va dans un sens, qu'à plusieurs témoins soutenant la thèse inverse ; il peut fonder une condamnation sur un faisceau d'indices ; en cas de versions contradictoires, il doit déterminer laquelle est la plus crédible. En d'autres termes, ce n'est ni le genre ni le nombre des preuves qui est déterminant, mais leur force de persuasion (Verniory, in : Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 34 ad art. 10 et les références citées).

3.1.2 Aux termes de l'art. 117 LEtr (Loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 ; RS 142.20), 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'alinéa 1, contrevient de nouveau, dans les cinq années suivantes, à l'alinéa 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).

La notion d'employeur au sens de la loi fédérale sur les étrangers est autonome. Elle est plus large que celle du droit des obligations et englobe l'employeur de fait (TF 6B_243/2014 du 15 juillet 2014 consid. 5.3). Celui qui bénéficie effectivement des services d'un travailleur est un employeur nonobstant l'intervention d'un intermédiaire. Peu importe qu'une rémunération soit versée et par qui. Est déjà un employeur en ce sens celui qui occupe en fait un étranger dans son entreprise, sous sa surveillance et sous sa propre responsabilité et, par conséquent, en accepte les services (TF 6B_243/2014 du 15 juillet 2014 consid. 5.3). Le point de savoir si le travailleur est lié à l'employeur par un contrat de travail ou s'il a été « prêté » par une tierce personne n'est pas déterminant au regard de l'art. 117 LETr (TF 6B_243/2014 du 15 juillet 2014 consid. 5.3 et l'arrêt cité).

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. L'alinéa 2 de cette disposition prévoit pour sa part que quiconque sollicite, en Suisse, une prestation de services transfrontaliers doit s'assurer que la personne qui fournit la prestation de services est autorisée à exercer une activité en Suisse en examinant son titre de séjour ou en se renseignant auprès des autorités compétentes.

3.2 En l'espèce, il n'est pas contesté que T._____ ne disposait pas d'une autorisation de travailler en Suisse le 26 mai 2015 et qu'il a travaillé ce jour sur le chantier [...], à [...], dont s'occupait E._____, en sa qualité d'administrateur-président de la société [...] SA. Cela ressort d'ailleurs clairement de l'ensemble des pièces au dossier.

3.3 L'appelant soutient cependant de manière constante que T._____ était employé par la société slovène D._____, à qui il avait

sous-traité une partie des travaux sur le chantier de [...], à savoir la pose de fenêtres et de portes, de sorte qu'il ne lui incombait en substance pas de faire les démarches tendant à l'obtention d'une autorisation de travail pour l'employé. En cours de procédure, il a produit une attestation datée du 13 août 2015 et signée par T._____, laquelle indiquait que ce dernier était venu en Suisse pour effectuer des travaux en sous-traitance pour la société [...] SA. Il reproche en outre au premier juge d'avoir écarté ses déclarations au profit de celles de T._____.

Lors du contrôle du 26 mai 2015 sur le chantier concerné par les inspecteurs du marché du travail, T._____ a en substance déclaré qu'il était employé comme menuisier depuis le matin même pour le compte de l'entreprise [...] SA, pour un salaire horaire discuté à 26 fr., et qu'il était prévu qu'il travaille « durant une semaine sans faire d'annonce à l'ODM ou pendant trois mois s'il était possible de faire une annonce à l'ODM ».

Entendu par la police le même jour, il a dit qu'il œuvrait pour le compte de la société D._____ et que celle-ci l'envoyait en Suisse pour travailler. Il a ajouté qu'en 2014, il avait été en contrat avec l'entreprise [...] SA, qu'il était revenu en Suisse le 24 mai 2015 et qu'il pensait qu'il allait signer un contrat identique à celui de 2014 le jour du contrôle. Dans le procès-verbal, il est en outre indiqué que T._____ n'avait aucune autorisation de séjour et de travail en Suisse et que, selon le Service de l'emploi, l'intéressé avait effectué trois demandes d'autorisation de courte durée de 90 jours en 2014, que celles-ci avaient toutes été refusées et qu'il n'avait déposé aucune demande en 2015. Par ailleurs, il ressort du procès-verbal que T._____ n'a pas travaillé un an dans un pays de l'Union européenne.

Au regard de l'ensemble des déclarations des protagonistes et des pièces du dossier, il paraît difficile de retenir que les propos de T._____ sont plus crédibles que ceux de l'appelant, comme l'a retenu le premier juge. Cela vaut d'autant que le contrat de sous-traitance pour le chantier concerné a été conclu entre [...] SA et la société [...], - son

fournisseur -, et que celle-ci lui aurait conseillé que les travaux soient effectués par la société D._____. Par ailleurs, il ressort du rapport établi par les inspecteurs du marché du travail que, lors d'un précédent contrôle datant du 6 mai 2014, T._____ était titulaire d'une annonce ODM valable en tant que travailleur détaché de l'entreprise transfrontalière de Slovénie D._____. A l'instar de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal (ci-après : la CDAP), on ne peut exclure que la société [...] a eu recours à un tiers, à savoir la société D._____, pour effectuer la mission, lui confiant ainsi par substitution l'exécution du mandat.

3.4 Quoi qu'il en soit, la question de savoir si le prénommé travaillait, le 26 mai 2015, directement pour la société [...] SA ou par l'intermédiaire de la société D._____ peut être laissée ouverte, dans la mesure où cette question est sans portée au regard des conditions d'application de l'art. 117 LEtr.

En effet, quand bien même on retiendrait la version de l'appelant, celui-ci s'est tout de même rendu coupable d'infraction à la LEtr. Comme l'a mentionné la CDAP, [...] SA, et ainsi son administrateur-président E._____, a bénéficié de prestations de services de la part de la société D._____, en utilisant T._____ pour s'occuper des retouches sur le chantier le 26 mai 2015. Dans ces conditions, la société de l'appelant doit être considérée comme un destinataire de services transfrontaliers au sens de l'art. 91 al. 2 LEtr. Elle ne pouvait dès lors pas se dispenser d'examiner si le travailleur actif sur le chantier était ou non autorisé à exercer une activité lucrative. Elle devait exiger la production de l'autorisation de travail de la part de son sous-traitant ou procéder elle-même aux vérifications nécessaires. Or l'appelant ne l'a pas fait, violant ainsi les obligations qui s'imposaient à lui.

E._____ soutient en outre que la société D._____ ne l'avait pas informé du fait que T._____ devait venir le 26 mai 2015 pour exécuter les finitions qu'il avait demandées, de sorte qu'il ignorait sa présence. Toutefois, cette affirmation n'est pas crédible, dans la mesure où l'appelant avait lui-même avisé D._____ auparavant qu'il y avait des

retouches à faire et que cette entreprise devait s'en charger. En outre, ce dernier a affirmé qu'il connaissait T._____ car celui-ci s'était précédemment occupé du « gros du travail ». Par ailleurs, le fils de l'appelant était sur les lieux, en qualité de surveillant du chantier, lors du contrôle du 26 mai 2015. Dès lors, l'appelant ne pouvait que savoir que le prénommé était présent sur le chantier de [...].

Il résulte de ce qui précède qu'E._____ a bénéficié des services de T._____, ressortissant du Kosovo, sur le chantier de [...] le 26 mai 2015, alors que celui-ci n'était pas titulaire de l'autorisation requise. Par ailleurs, le casier judiciaire suisse de l'appelant fait état d'une condamnation datant de moins de cinq ans au moment des faits pour avoir enfreint l'art. 117 al. 1 LEtr. Ainsi, E._____ doit être reconnu coupable d'emploi répété d'étrangers sans autorisation au sens de l'art. 117 al. 2 LEtr.

4. La peine pécuniaire de 60 jours-amende infligée par le premier juge à l'appelant est adéquate au regard de sa culpabilité modérée. On se réfère à cet égard à l'exposé des motifs du jugement attaqué qui est convaincant et auquel il peut être renvoyé, conformément à l'art. 82 al. 4 CPP. Le montant du jour-amende, arrêté à 100 fr., est également approprié, vu la situation financière aisée de l'appelant.

Contrairement à ce qu'a retenu le premier juge, le pronostic quant au comportement futur d'E._____ n'est pas défavorable. En effet, la précédente condamnation de l'appelant est relativement ancienne. En outre, il n'a pas été établi que les déclarations de l'intéressé n'étaient pour l'essentiel pas conformes à la réalité. Il y a dès lors lieu de croire que la présente condamnation le détournera d'une nouvelle infraction du même type. Partant, le sursis lui sera accordé. Il sera néanmoins assorti d'un délai d'épreuve d'une durée importante de quatre ans.

Enfin, une amende de 1'000 fr. à titre de sanction immédiate sera prononcée en application de l'art. 42 al. 4 CP pour réprimer la faute

commise. La peine privative de liberté de substitution en cas d'absence fautive de paiement sera de 10 jours.

5. En définitive, l'appel doit être partiellement admis et le jugement attaqué réformé dans le sens des considérants.

Vu l'issue de la cause, les frais de la procédure d'appel, comprenant l'émolument d'arrêt, par 1'390 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]), seront mis pour moitié, soit par 695 fr., à la charge d'E. _____, le solde étant laissé à la charge de l'Etat.

Par ces motifs,
la Cour d'appel pénale,
appliquant les art. 34, 42, 44 et 47 CP ; 117 al. 2 LEtr ; et 398 ss CPP,
prononce :

I. L'appel est partiellement admis.

II. Le jugement rendu le 22 novembre 2016 par le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne est réformé comme il suit au chiffre II de son dispositif, celui-ci 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 60 (soixante) jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 100 fr. (cent francs), avec sursis pendant 4 (quatre) ans, ainsi qu'à une amende de 1'000 fr. (mille francs), la peine privative de liberté de substitution étant de 10 (dix) jours ;

III. met les frais de la cause, par 600 fr., à la charge d'E. _____."

III. Les frais d'appel, par 1'390 fr., sont mis pour moitié, soit par 695 fr., à la charge d'E._____, le solde étant laissé à la charge de l'Etat.

IV. Le jugement motivé est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué par écrit aux intéressés le **2 mars 2017**, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- M. E._____,
- Ministère public central,

et communiqué à :

- Mme la Présidente du Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne,
- Mme la Procureure de l'arrondissement de Lausanne,
- Service de l'emploi,
- Secrétariat d'Etat à l'économie,

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).

Le greffier :