

COUR D'APPEL PENALE

Audience du 8 août 2017

Composition : Mme ROULEAU, présidente
Mme Fonjallaz et M. Pellet, juges
Greffière : Mme Cattin

Parties à la présente cause :

Ministère public, représenté par le Procureur de l'arrondissement de
Lausanne, appelant,

et

V._____, prévenu, représenté par Me Xavier De Haller, défenseur de
choix à Lausanne, intimé.

La Cour d'appel pénale considère :

En fait :

A. Par jugement du 16 mars 2017, le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne a libéré V._____ du chef de prévention d'emploi répété d'étrangers sans autorisation (I), a laissé les frais de la cause à la charge de l'Etat (II) et a dit que l'Etat de Vaud devait paiement à V._____ de la somme de 3'000 fr. à titre d'indemnité pour ses frais de défense (III).

B. Par annonce du 21 mars 2017, puis par déclaration du 20 avril 2017, le Ministère public a formé appel contre ce jugement, concluant à sa réforme en ce sens que V._____ est condamné pour emploi répété d'étrangers sans autorisation à une peine privative de liberté de 30 jours ainsi qu'à une peine pécuniaire de 10 jours-amende à 30 fr. et que les frais de la cause sont mis à la charge du condamné. A titre de mesure d'instruction, il a requis la production des ordonnances pénales et jugements figurant au casier judiciaire du prévenu, ainsi que l'audition comme témoin de Q._____, inspecteur du Service de l'Emploi.

Par avis du 13 juin 2017, la présidente de céans a rejeté les réquisitions de preuve formulées par le Ministère public, celles-ci ne répondant pas aux conditions de l'art. 389 CPP et n'apparaissant, au surplus, pas pertinentes.

C. Les faits retenus sont les suivants :

1. V._____ est né le 27 avril 1981 à [...] en Yougoslavie. Il a effectué toute sa scolarité obligatoire au Kosovo avant de travailler comme maçon et pêcheur dans son pays d'origine. Il est le cadet d'une

fratrie de huit enfants. En 2000, il est arrivé en Suisse pour y trouver du travail. Il s'est marié en 2001 avec F._____. Le couple a trois enfants nés respectivement en 2004, 2006 et 2011. Depuis lors, il exerce la profession de nettoyeur de voitures et effectue également des soumissions en maçonnerie pour le compte de l'entreprise [...] SA. Son revenu total est de 6'000 fr. par mois. Son logement s'élève à 2'460 fr. par mois. Sa prime d'assurance maladie obligatoire mensuelle est de 400 francs. Il verse des acomptes mensuels d'impôts à hauteur de 400 francs. Il n'a ni dettes ni fortune.

Son casier judiciaire suisse comporte les inscriptions suivantes :

- 26.05.2008 : Préfecture du district de Lavaux-Oron, emploi d'étrangers sans autorisation, 10 jours-amende à 70 fr. avec sursis pendant 2 ans et 700 fr. d'amende ;

- 25.08.2011 : Ministère public du canton du Valais, emploi d'étrangers sans autorisation, 20 jours-amende à 145 fr. avec sursis pendant 3 ans et 1500 fr. d'amende ; sursis révoqué le 23.02.2015 ;

- 23.02.2015 : Tribunal de police de la Côte, Nyon, emploi d'étrangers sans autorisation et emploi répété d'étrangers sans autorisation, 60 jours-amende à 30 francs.

2. Le 3 février 2016, à [...], deux inspecteurs du Service de l'emploi ont constaté la présence, dans la station de lavage Y._____ gérée par V._____, d'I._____, ressortissant du Kosovo, qui manipulait un aspirateur, alors qu'il fait l'objet d'une interdiction d'entrée sur le territoire suisse.

3. Le Tribunal de police a considéré qu'il y avait un doute sur le motif de la présence d'I._____ dans l'entreprise de son cousin V._____, et qu'il ne pouvait pas retenir avec certitude qu'il avait exercé une activité lucrative pour le compte de celui-ci. Selon lui, il n'était pas exclu qu'I._____ ait seulement éteint un aspirateur utilisé par V._____ et

surveillé le commerce durant une brève absence de celui-ci. Il a en outre considéré qu'l. _____ avait été entendu par le Service de l'emploi puis par la police sans interprète et qu'une « *extrapolation* » de ses propos selon lesquels il « *travaillait* » n'était donc pas exclue.

En droit :

1. Interjeté dans les formes et délais légaux (art. 399 CPP) par une partie ayant la qualité pour recourir contre le jugement d'un tribunal de première instance ayant clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP), l'appel du Ministère public 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 (al. 3 let. a), pour constatation incomplète ou erronée des faits (al. 3 let. b) et pour inopportunité (al. 3 let. c).

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 de l'appel (art. 389 al. 3 CPP ; TF 6B_78/2012 du 27 août 2012).

3. L'appelant invoque une constatation incomplète ou erronée des faits. Il estime que les éléments du dossier permettent de retenir qu'l._____ était en train de passer l'aspirateur dans une voiture de la station de lavage gérée par le prévenu au moment du contrôle du Service de l'emploi et non simplement en train d'éteindre l'aspirateur. Il propose l'audition de Q._____ afin qu'il confirme cet élément.

3.1 L'art. 10 CPP dispose que 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). Le tribunal se fonde sur l'état de fait le plus favorable au prévenu lorsque subsistent des doutes insurmontables quant aux éléments factuels justifiant une condamnation (al. 3).

S'agissant plus précisément de l'appréciation des preuves et de l'établissement des faits, il s'agit de l'acte par lequel le juge du fond évalue librement 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. Le juge 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 : Kuhn/Jeanneret [éd.], Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 34 ad art. 10 CPP ; Kistler Vianin, in : Kuhn/Jeanneret [éd.], op. cit., nn. 19 ss ad art. 398 CPP).

Lorsque l'autorité a forgé sa conviction sur la base d'un ensemble d'éléments ou d'indices convergents, il ne suffit pas que l'un ou

l'autre de ceux-ci ou même chacun d'eux pris isolément soit à lui seul insuffisant. L'appréciation des preuves doit être examinée dans son ensemble. Le principe *in dubio pro reo* est violé si le juge du fond se déclare convaincu de faits défavorables au prévenu 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 (ATF 120 la 31 consid. 2c ; TF 6B_831/2009 du 25 mars 2010 consid. 2.2.2). Sur ce point, des doutes simplement abstraits et théoriques ne suffisent pas, car de tels doutes sont toujours possibles et une certitude absolue ne peut être exigée. Bien plutôt, il doit s'agir de doutes importants et irréductibles, qui s'imposent au vu de la situation objective (ATF 127 I 38 consid. 2a).

3.2 En l'espèce, il ressort de la décision du Service de l'emploi du 25 avril 2016 que les inspecteurs ont constaté, le 3 février 2016 dès leur arrivée sur les lieux, qu'I._____ était occupé à nettoyer un des véhicules et que le type d'activité déployé par ce dernier était sans équivoque et par ailleurs entièrement lié aux buts de l'entreprise du prévenu (P. 4). Celui-ci a soutenu le contraire auprès de cette autorité, en vain, puisqu'il a été dénoncé par le Service de l'emploi aux autorités pénales, a été invité à respecter les procédures applicables en cas d'engagement de main d'œuvre étrangère et a été condamné, par ailleurs, à payer les frais du contrôle.

Contrairement à ce qu'a retenu le premier juge, les déclarations faites par I._____ lors du contrôle du Service de l'emploi puis à la police doivent être prises en considération malgré l'absence d'interprète. En effet, il apparaît que le procès-verbal d'audition par la police est très détaillé pour des personnes censées ne pas se comprendre. A cette occasion, I._____ a expliqué qu'il avait remplacé son cousin, V._____, le temps que ce dernier livre un véhicule à un client et qu'il avait effectué un travail d'une heure et demie environ sans être rémunéré puisqu'il s'agissait d'un service. La question de l'aspirateur n'a d'ailleurs pas été abordée (cf. P. 4). Enfin, on ne voit pas pourquoi le prévenu se serait absenté dans une telle précipitation qu'il aurait laissé allumé

l'aspirateur qu'il était soi-disant en train de passer lui-même (jugt., p. 3). Il résulte de son casier judiciaire qu'il a déjà été condamné à trois reprises pour emploi d'étrangers sans autorisation. Il soutient certes que tous ces précédents résultent de malentendus (jugt., p. 4), comme la présente affaire résulterait d'une dénonciation malveillante. Ces déclarations ne peuvent toutefois écarter le constat fait le 3 février 2016 par le Service de l'emploi.

Il résulte des éléments qui précèdent qu'il y a lieu de retenir qu'I. _____ passait l'aspirateur dans un véhicule de la station de lavage du prévenu lorsqu'il a été contrôlé par le Service de l'emploi le 3 février 2016. La production des jugements figurant au casier judiciaire de V. _____ n'est donc pas nécessaire. Il en va de même de l'audition du témoin Q. _____. Ces considérants permettent ainsi de rejeter les réquisitions de l'appelant en application de l'art. 389 al. 3 CPP.

4. L'appelant invoque une violation de l'art. 117 al. 2 LEtr. Il est d'avis qu'en tout état de cause, même si on retenait la version du prévenu selon laquelle I. _____ n'était présent que pour accueillir les clients durant une courte absence du gérant, l'infraction serait réalisée, puisque selon l'art. 11 al. 2 LEtr, est considérée comme activité lucrative toute activité salariée ou indépendante qui procure normalement un gain, même si elle est exercée gratuitement.

4.1 Selon 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 de 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).

Nonobstant une formulation différente, l'art. 117 LEtr, autant qu'il réprime le fait d'employer un étranger qui n'est pas autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse, n'a pas de portée distincte de l'art. 23 al. 4 LSEE. Dans cette mesure, la jurisprudence relative à cette dernière disposition conserve donc sa valeur. 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 (ATF 137 IV 153 consid. 1.5 ; 128 IV 170 consid. 4.1). 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 celui qui occupe en fait un étranger dans son entreprise, sous sa surveillance et sous sa propre responsabilité et, par conséquent, en accepte les services (ATF 99 IV 110 consid. 1). 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 (cf. TF 6B_243/2014 du 15 juillet 2014 consid. 5.3).

Selon l'art. 11 al. 2 LEtr, est considérée comme activité lucrative toute activité salariée ou indépendante qui procure normalement un gain, même si elle est exercée gratuitement.

4.2

4.2.1 En l'espèce, il n'y a aucun élément au dossier qui permettrait de contredire les allégations des deux cousins selon lesquelles I._____, certes passant l'aspirateur, ne faisait que rendre un service non rémunéré durant un laps de temps très limité. Cela ressort du rapport de police et I._____ n'a pas été observé travaillant à d'autres occasions. Rien n'étaye les soupçons du Procureur à ce propos, si ce n'est les antécédents du prévenu.

Toutefois, une telle activité, même sans qu'elle soit rémunérée, tombe sous l'art. 117 LEtr en vertu de la jurisprudence précitée. En effet, le prévenu a fourni une occupation à son cousin non titulaire d'une autorisation de séjour dans son entreprise, si bien qu'il doit être considéré comme un employeur. Il en irait de même si I. _____ n'avait pas passé l'aspirateur mais seulement surveillé le commerce, d'ailleurs.

Le prévenu s'est référé à un arrêt du Tribunal administratif fédéral du 6 juin 2016 (C_6383/2014), dont il ne peut cependant rien tirer en sa faveur. I. _____ a en effet été occupé à une activité qu'aurait pu faire n'importe quel autre employé, qui est normalement exercée contre salaire, et il travaillait pour un cousin éloigné. Il n'était ainsi pas dans la « *situation exceptionnelle en raison de la proximité familiale ou émotionnelle qui caractérisait son activité* » réservée par cet arrêt. On peut relever que dans cette affaire le TAF avait bien retenu une activité lucrative, dans une situation relativement similaire.

V. _____ ayant été condamné pour le même type d'infraction dans les cinq années précédentes, il doit ainsi être reconnu coupable d'emploi répété d'étrangers sans autorisation au sens de l'art. 117 al. 2 LEtr.

5. Il convient de fixer la peine.

Le Ministère public requiert le prononcé d'une courte peine privative de liberté, assortie d'une peine pécuniaire additionnelle.

5.1 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, 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 141 IV 61 consid. 6.1.1 et les réf. citées).

5.2 La culpabilité de V. _____ est modérée. Il a utilisé des services de son cousin pour son propre commerce alors que celui-ci ne bénéficiait d'aucune autorisation légale de séjour et qu'il a déjà été condamné à trois reprises en 2008, 2011 et 2015 pour emploi sans autorisation d'étrangers, de sorte qu'il se trouve en situation de récidive au sens de l'art. 117 al. 2 LETr. L'exécution d'une peine pécuniaire ne l'a pas non plus dissuadé de solliciter une nouvelle fois l'aide d'un étranger sans autorisation, même s'il s'agissait de son cousin. Non sans hésitation, la Cour de cassation estime que le prononcé d'une peine pécuniaire est suffisant au vu de la brièveté des faits. Compte tenu des éléments qui précèdent et de la situation personnelle du prévenu, la peine pécuniaire sera fixée à 40 jours-amende à 30 fr. le jour. Un sursis est exclu vu les antécédents qui font craindre une récidive.

6. Vu l'issue de la cause, les frais de première instance seront mis à la charge de V. _____ et aucune indemnité au titre de l'art. 429 CPP ne lui sera allouée.

7. Il résulte de ce qui précède que l'appel doit être admis et le jugement attaqué réformé dans le sens des considérants qui précèdent.

Vu l'issue de la cause, les frais de la procédure d'appel, par 1'390 fr., constitués en l'espèce du seul émolument de jugement (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 à la charge de V._____, qui succombe (art. 428 CPP).

Par ces motifs,
la Cour d'appel pénale,
statuant en application des art. 117 al. 2 LEtr ; 34, 47, 50 CP ; 398 ss CPP,
prononce :

- I.** L'appel est admis.
- II.** Le jugement rendu le 16 mars 2017 par le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne est modifié comme il suit aux chiffres I à III de son dispositif, le dispositif du jugement étant désormais le suivant :

I. constate que V._____ s'est rendu coupable d'emploi répété d'étrangers sans autorisation;

II. condamne V._____ à 40 (quarante) jours-amende à 30 fr.;

III. met les frais de procédure, par 1'243 fr., à la charge de V._____."

- III.** Les frais d'appel, par 1'390 fr., sont mis à la charge de V._____.

- IV.** Le jugement motivé est exécutoire.

La présidente :

La greffière :

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué par écrit aux intéressés le **10 août 2017**, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Xavier de Haller, avocat (pour V. _____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- Mme la Présidente du Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne,
- M. le Procureur de l'arrondissement de Lausanne,
- Secrétariat d'Etat aux migrations,
- Service de la population,
- Service de l'emploi,

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 :