

COUR D'APPEL PENALE

Séance du 1^{er} février 2019

Composition : M. PELLET, président
Greffière : Mme de Benoit

Parties à la présente cause :

O._____, prévenu et appellant, représenté par Me Hervé Dutoit,
défenseur de choix à Lausanne,

et

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

Le Président de la Cour d'appel pénale prend séance à huis clos pour statuer sur l'appel formé par O._____ contre le jugement rendu le 8 novembre 2018 par le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne dans la cause le concernant.

Il considère :

En fait :

A. Par jugement du 8 novembre 2018, le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne a condamné O._____ pour emploi d'étrangers sans autorisation à une amende de 1'500 fr., la peine privative de liberté de substitution étant fixée à 15 jours. Il a également rejeté la demande d'indemnité de l'art. 429 CPP formée par le prévenu et mis les frais de la cause, par 1'037 fr. 50, à la charge de celui-ci.

B. Par annonce du 20 novembre 2018, puis déclaration motivée du 24 décembre 2018, O._____ a interjeté appel contre ce jugement auprès de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal, en concluant, avec suite de frais et dépens, à son acquittement et à l'allocation d'une indemnité de l'art. 429 CPP d'un montant de 4'063 fr. 85, les frais de la cause étant laissés à la charge de l'Etat.

Le 21 janvier 2019, le Président de la Cour de céans a informé les parties que l'appel serait traité d'office en procédure écrite.

Par courrier du 31 janvier 2019, O._____, par l'intermédiaire de son défenseur de choix, a renoncé à déposer un mémoire complémentaire. Il a conclu à l'allocation d'une indemnité de l'art. 429 CPP d'un montant de 2'229 fr. 75 pour la procédure d'appel.

C.

1. Ressortissant de Macédoine, O._____ est né à [...], en Macédoine, le [...] 1969. Il a suivi toute sa scolarité obligatoire dans son pays d'origine. En 2001, il est venu en Suisse avec sa femme en raison d'un conflit ethnique à l'intérieur de son pays entre les différentes communautés. Le prévenu n'avait pas de famille en Suisse, sauf des cousins de sa femme. En 2003, un enfant est né de l'union conjugale. O._____ vit en ménage commun avec sa femme et son fils. Dès sa venue en Suisse, il a travaillé sur des chantiers. En 2009, il s'est mis à son compte et en 2010, il a créé sa société, F._____, avec une autre personne qui a quitté l'entreprise depuis lors. Actuellement, ensuite de plusieurs problèmes de santé, O._____ ne travaille qu'à 25% et complète son revenu avec le bénéfice de l'entreprise. Son salaire mensuel net s'élève à 1'450 fr., y compris les allocations familiales. L'épouse du prévenu ne travaille pas et leur fils est encore écolier. Le loyer mensuel de l'appartement familial s'élève à 1'860 francs. Les primes d'assurance-maladie de la famille sont partiellement subsidiées et se montent au total à 570 fr. par mois pour toute la famille. O._____ s'acquitte d'acomptes mensuels d'impôts de 365 francs. Il n'a pas de dettes, ni de fortune. Une procédure de naturalisation pour lui et son fils est actuellement en cours.

Le casier judiciaire suisse de O._____ mentionne une condamnation prononcée le 14 février 2012 par le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne pour incitation à l'entrée, à la sortie ou au séjour illégal et emploi d'étrangers sans autorisation, à une peine pécuniaire de 20 jours-amende à 40 fr., avec sursis pendant 2 ans.

2. A Lausanne, [...], le 23 août 2017, O._____, en sa qualité d'unique associé gérant de F._____, a employé C._____, ressortissant kosovar, pour des travaux de second œuvre sur un chantier à [...], quand bien même ce dernier n'était pas au bénéfice d'un permis de séjour ou d'une autorisation de travailler en Suisse.

Les faits retenus sont les suivants :

Le 22 août 2017, l'entreprise F._____, dont O._____ est l'associé gérant, a demandé à l'entreprise Y._____, par son gérant A.X._____, de lui prêter deux ouvriers pour le chantier à [...], au bénéfice de permis valables, et ce à la requête de l'entreprise M._____, adjudicataire des travaux. Toujours le 22 août 2017, O._____ a demandé à A.X._____ la copie des permis de séjour des deux ouvriers qui seraient prêtés le lendemain, afin de transmettre ces documents à l'entreprise M._____. L'entreprise Y._____ a ensuite fait parvenir la copie des permis de séjour de Z._____ et d'B.X._____. Toutefois, au matin du 23 août 2017, Z._____ s'est présenté avec C._____, en lieu et place d'B.X._____, sans que O._____ n'ait été averti de ce changement. C._____ n'a pas été en mesure de présenter de permis de séjour valable, mais seulement sa carte AVS. En raison de cette situation, W._____, employé de F._____, a appelé O._____, qui s'est rendu immédiatement sur le chantier. Ce dernier a tenté de joindre A.X._____ pour éclaircir la situation, en vain. Il a alors signifié à C._____ qu'à défaut de pouvoir montrer un permis valable, il n'était pas autorisé à travailler et qu'il devait quitter le chantier. O._____ a ensuite quitté les lieux, car il avait rendez-vous sur un autre chantier. Il a indiqué à son employé W._____ qu'C._____ ne devait pas travailler sur le chantier. W._____ a ainsi demandé à C._____ de partir, puis s'est attelé à ses propres tâches, dans un autre appartement du chantier. Un moment plus tard, C._____ a été interpellé par les contrôleurs alors qu'il était en train d'œuvrer à la pose de cloisons.

3. Le 1^{er} décembre 2017, le Service de l'emploi a dénoncé O._____ auprès du Ministère public de l'arrondissement de Lausanne.

Par ordonnance pénale du 7 mai 2018, le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne a constaté que A.X._____ s'était rendu coupable d'emploi d'étrangers sans autorisation (I), l'a condamné à une peine pécuniaire de 40 jours-amende à 30 fr., avec sursis pendant 2 ans, ainsi qu'à une amende de 300 fr., convertible en une peine privative de liberté de 10 jours en cas de non-paiement (II), a constaté que O._____ s'était rendu coupable d'emploi répété d'étrangers sans autorisation (III),

l'a condamné à une peine pécuniaire de 120 jours-amende à 30 fr. (IV), et a mis les frais d'enquête à la charge des condamnés par moitié chacun.

Le 15 mai 2018, O._____, par l'intermédiaire de son défenseur de choix, a formé opposition à l'ordonnance pénale précitée.

Le 13 juillet 2018, le Ministère public a décidé de maintenir son ordonnance pénale, qui tient ainsi lieu d'acte d'accusation.

En droit :

1.

1.1 Interjeté dans les formes et délais légaux (art. 385 et 399 CPP [Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 ; RS 312.0]) 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 est recevable.

1.2 S'agissant d'un appel dirigé contre un jugement portant sur une contravention, l'appel est de la compétence d'un juge unique (art. 14 al. 3 LVCPP ; [loi vaudoise d'introduction du Code de procédure pénale suisse du 19 mai 2009 ; BLV 312.01]) et la procédure écrite est applicable (art. 406 al. 1 let. c CPP).

2. Selon l'art. 398 al. 4 CPP, lorsque seules des contraventions ont fait l'objet de la procédure de première instance – comme en l'espèce –, l'appel ne peut être formé que pour le grief que le jugement est juridiquement erroné ou que l'état de fait a été établi de manière manifestement inexacte ou en violation du droit. Aucune nouvelle allégation ou preuve ne peut être produite. Le pouvoir d'examen de l'autorité d'appel est ainsi limité dans l'appréciation des faits à ce qui a été établi de manière arbitraire, la formulation de l'art. 398 al. 4 CPP

correspondant à celle de l'art. 97 al. 1 LTF (Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 ; RS 173.110) (TF 6B_1247/2013 du 13 mars 2014 consid. 1.2 ; TF 6B_362/2012 du 29 octobre 2012 consid. 5.2 et les références citées). La notion d'arbitraire n'est pas synonyme de discutable, ni même de critiquable. Une décision ne peut être considérée comme arbitraire que si elle s'avère manifestement insoutenable, et cela non seulement dans sa motivation mais dans son résultat (ATF 134 I 140 consid. 5.4 ; ATF 133 I 149 consid. 3.1 et les arrêts cités). En revanche, la juridiction d'appel peut revoir librement le droit (Kistler Vianin, op. cit., n. 25 ad art. 398 CPP). L'art. 398 al. 4 CPP s'applique tant au jugement pénal qu'à ses conséquences, notamment au sort des frais et des indemnités (TF 6B_603/2014 du 9 janvier 2015 consid. 2).

3.

3.1 L'appelant invoque d'abord une violation de la maxime d'accusation, en raison du fait que le premier juge aurait retenu une infraction à l'art. 117 al. 3 LEI (loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 ; avant le 1^{er} janvier 2019 : loi fédérale sur les étrangers, LEtr ; RS 142.20), soit une infraction par négligence, alors que l'ordonnance pénale à laquelle le prévenu a fait opposition retenait une infraction intentionnelle et ne décrivait pas l'imprévoyance coupable dont il aurait fait preuve.

3.2

3.2.1 Aux termes de l'art. 9 CPP, une infraction ne peut faire l'objet d'un jugement que si le ministère public a déposé auprès du tribunal compétent un acte d'accusation dirigé contre une personne déterminée sur la base de faits précisément décrits (al. 1), la procédure de l'ordonnance pénale et la procédure pénale en matière de contraventions étant réservées (al. 2).

L'art. 325 CPP exige que l'acte d'accusation désigne, notamment, le plus brièvement possible, mais avec précision, les actes reprochés au prévenu, le lieu, la date et l'heure de leur commission ainsi

que leurs conséquences et le mode de procéder de l'auteur (let. f), de même que les infractions réalisées et les dispositions légales applicables de l'avis du ministère public (let. g). Des imprécisions relatives au lieu ou à la date sont sans portée, dans la mesure où le prévenu ne peut avoir de doute sur le comportement qui lui est reproché (TF 6B_548/2015 du 29 juin 2015 consid. 1.1 et les références citées).

Selon l'art. 353 al. 1 let. f CPP, l'ordonnance pénale doit contenir les faits imputés au prévenu. Même si cette formulation est apparemment moins stricte et moins étendue que celle de l'art. 325 al. 1 let. f CPP, la jurisprudence du Tribunal fédéral impose en matière de contraventions une description des faits aussi précise que dans la rédaction d'un acte d'accusation (ATF 140 IV 188, JdT 2015 IV 65 consid. 1.5 et 1.6 ; Dupuis et al., Petit commentaire du Code pénal, 2^e éd., Bâle 2017, n. 4 ad art. 353 CPP ; Jeanneret, Ordonnance pénale et procédure simplifiée dans le CPP in : Kuhn/Jeanneret [éd.], Procédure pénale suisse : approche théorique et mise en œuvre cantonale, Neuchâtel 2010, p. 88), le déroulement concret des faits devant ressortir de l'ordonnance pénale elle-même et non d'éléments du dossier. A défaut de description suffisante des faits dans l'acte d'accusation, les conditions d'examen par un tribunal, qui est lié par l'état de fait décrit dans l'acte d'accusation (art. 350 al. 1 CPP), ne sont pas réunies.

3.2.2 Aux termes de l'art. 117 LEI, 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). Si l'auteur agit par négligence, il est puni d'une amende de 20'000 fr. au plus (al. 3).

3.3 En l'espèce la description des faits dans l'ordonnance pénale est suffisante. Elle fait en effet grief au prévenu d'avoir employé, en sa qualité

d'unique associé gérant de F._____, un ressortissant kosovar pour des travaux de second œuvre sur un chantier à [...], quand bien même ce dernier n'était au bénéfice ni d'un permis de séjour ni d'une autorisation de travailler. Dans une pareille hypothèse, l'infraction intentionnelle ne se distingue de l'infraction par négligence que par la conscience et la volonté de l'auteur d'employer une personne qui n'est pas au bénéfice d'une autorisation de travailler. C'est donc en fonction des définitions générales de l'intention telles qu'énumérées à l'art. 12 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; RS 311.0) que la distinction doit être faite. C'est d'ailleurs ainsi qu'a procédé la Cour de céans à plusieurs reprises pour établir la distinction entre l'al. 3 et l'al. 1 de l'art. 117 LEI (cf. CAPE n° 105 du 5 mars 2018, n° 257 du 16 juin 2017, n° 234 du 1^{er} juin 2017).

S'agissant de l'étendue du devoir de diligence, les éléments factuels de l'ordonnance sont également suffisants, puisqu'il est précisé que le prévenu a agi en sa qualité d'organe d'une personne morale avec les devoirs qui en découlent en matière d'emploi d'étrangers.

Enfin, l'argument relève de l'abus de droit. En effet, le premier juge a retenu la version qui était la plus favorable au prévenu, en grande partie sur la base des explications factuelles qu'il avait lui-même données. Sous l'angle de la possibilité de se défendre efficacement que consacre la maxime accusatoire, l'argument paraît donc des plus spécieux.

4.

4.1 L'appelant conteste ensuite avoir agi par négligence.

4.2 Selon l'art. 91 al. 1 LEI, 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.

Le terme « employer » au sens de l'art. 117 al. 1 LEI 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, mais 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). 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 (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 LEI (TF 6B_243/2014 du 15 juillet 2014 consid. 5.3 et la référence citée).

4.3 En l'occurrence, l'appelant admet qu'il était le seul autorisé à engager du personnel pour la personne morale considérée comme employeur dans la présente affaire. Au terme de l'instruction, le premier juge a retenu que le prévenu avait commis une négligence en quittant le chantier sans s'assurer que l'ouvrier dépourvu d'autorisation n'y travaillerait pas. Cette appréciation est adéquate. Il résulte en effet de l'instruction que, lors du contrôle du Service de l'emploi sur le chantier le 23 août 2017, C._____, l'ouvrier en question, effectuait des travaux de plâtrerie/peinture, soit la pose de cloisons Placoplatre. Il s'agit incontestablement d'une activité rémunérée et le comportement du prévenu n'est pas demeuré passif, puisqu'il s'est déplacé sur le chantier pour constater que l'ouvrier n'était pas en mesure de lui présenter son titre de séjour ou son autorisation. Nonobstant ce constat, il a quitté le chantier, laissant l'ouvrier sur place, ce qui a permis que ce dernier continue à travailler. Quoi qu'il en dise, l'appelant a bien commis une négligence, puisqu'il n'a pas pris toutes les mesures nécessaires. Avant de

quitter lui-même le chantier, il devait en effet s'assurer que l'ouvrier sans autorisation le quitte d'abord et il devait lui signifier son refus de l'employer. Lors du contrôle, le dénonciateur a pris contact téléphoniquement avec A.X._____, soit l'associé gérant de Y._____ qui fournissait la main-d'œuvre en sous-traitance à l'appelant et qui n'a pas contesté l'infraction (P. 4/8 p. 2, également P.4/14 p. 3).

Lorsqu'il a été entendu par le procureur, le prévenu a répondu que l'ouvrier n'avait travaillé que le 23 août 2017 sur le chantier et n'a pas fait état de son intervention sur les lieux. Dans son opposition, il a affirmé qu'il ignorait qu'un changement d'ouvrier était intervenu (P.6/2), ce qui contredit la version donnée devant le Tribunal de police. L'appelant ne peut d'ailleurs pas s'exonérer de sa responsabilité en invoquant l'accord signé avec Y._____ (P.4/10) selon lequel cette entreprise ne peut lui fournir que des ouvriers ayant un permis de séjour car, si F._____ rémunère un ouvrier, il lui appartient de vérifier personnellement que les conditions de l'art. 91 al. 1 LEI sont remplies.

Par conséquent, la condamnation de l'appelant pour infraction à l'art. 117 al. 3 LEI doit être confirmée.

5. Il en résulte que l'appel doit être rejeté et le jugement attaqué confirmé.

La condamnation de l'appelant étant confirmée, sa demande d'indemnité de l'art. 429 CPP, tant pour ses frais de première que de deuxième instance, doit être rejetée.

Vu l'issue de la cause, les frais de la procédure d'appel, constitués en l'espèce du seul émolument de jugement, par 810 fr. (art. 21 al. 1 TFIP [tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; BLV 312.03.1]), seront mis à la charge de l'appelant, qui succombe (art. 428 al. 1 CPP).

Par ces motifs,
le Président de la Cour d'appel pénale,
statuant en application des art. 47, 50, 106 CP ; 117 al. 3 LEtr ; 398 al. 4
CPP,
prononce :

I. L'appel est rejeté.

II. Le jugement du 8 novembre 2018 est confirmé selon le dispositif suivant :

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

II. condamne O._____ à une amende de 1'500 fr. (mille cinq cents francs) et fixe la peine privative de liberté de substitution à 15 (quinze) jours en cas de non-paiement fautif de l'amende dans le délai imparti ;

III. rejette la requête de O._____ en allocation d'une indemnité fondée sur l'article 429 al. 1 CPP ;

IV. met les frais de la cause, par 1'037 fr. 50, à la charge de O._____. »

III. Les frais d'appel, par 810 fr. (huit cent dix francs) sont mis à la charge de l'appelant O._____.

IV. Le présent jugement est exécutoire.

Le président :

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 Hervé Dutoit, avocat (pour O. _____),
- 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,
 - Service de la population, secteur étrangers,
 - Secrétariat d'Etat aux migrations,
 - 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 sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 ; 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 :