



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00, F +41 26 304 15 01
www.fr.ch/tc

501 2011 75

Arrêt du 13 mars 2014

Cour d'appel pénal

Composition

Président:	Michel Favre
Juge:	Dina Beti
Juge suppléant:	Tarkan Göksu
Greffière:	Sandra Mantelli

Parties

A. _____, accusée et appelante, représentée par Me Olivier Carrel, avocat

contre

MINISTÈRE PUBLIC, intimé

Objet

Délit contre la loi fédérale sur les étrangers (occuper un ou plusieurs étrangers sans autorisation, 117 al. 1 LEtr)

Déclaration d'appel du 15 juillet 2011 contre le jugement du Juge de police de l'arrondissement de la Sarine du 31 mai 2011

considérant en fait

A. Le 14 octobre 2009, les inspecteurs du Service public de l'emploi ont procédé à un contrôle au restaurant B. _____ SA. En cuisine se trouvait C. _____ qui ne disposait ni de permis de séjour ni de permis de travail. Lors de ce contrôle, A. _____ s'est présentée comme étant la responsable de l'établissement. Selon l'extrait du registre foncier, A. _____ est l'administratrice avec signature individuelle de la société B. _____ SA (DO p. 17).

B. Par ordonnance pénale du 9 juin 2010, le procureur a reconnu A. _____ coupable de délit contre la loi fédérale sur les étrangers (occuper un ou plusieurs étrangers sans autorisation) au sens de l'art. 117 al. 1 LEtr pour avoir employé un ressortissant étranger au sein du restaurant de la société B. _____ SA, durant la période comprise entre le 28 septembre et le 14 octobre 2009, et l'a condamnée à 15 jours-amende, avec sursis pendant 2 ans, le montant du jour-amende étant fixé à 100 francs, et à une amende de 1'500 francs.

C. Sur opposition de A. _____, le Juge de Police de l'arrondissement de la Sarine, par jugement du 31 mai 2011, a reconnu coupable A. _____ de délit contre la loi fédérale sur les étrangers (occuper un ou plusieurs étrangers sans autorisation), l'a condamnée à une peine pécuniaire de 15 jours-amende, avec sursis pendant 2 ans, le montant du jour-amende étant fixé à 120 francs, et à une amende de 400 francs, a rejeté la demande d'indemnité et a mis à la charge de A. _____ les frais de procédure.

D. Le 7 juin 2011, A. _____ a annoncé l'appel contre ce jugement au Juge de Police de l'arrondissement de la Sarine. Le 27 juin 2011, le Juge de Police de l'arrondissement de la Sarine a transmis l'annonce d'appel du 7 juin 2011 et le dossier de l'affaire avec le jugement rédigé à la Cour de céans. Par courrier du 15 juillet 2011, A. _____ a déclaré l'appel. Elle demande d'être acquittée et le versement d'une indemnité de 3'000 francs. Pour la procédure d'appel, elle requiert son audition en qualité de prévenue, l'audition de D. _____ en qualité de personne appelée à fournir des renseignements et l'audition de E. _____ et de F. _____ comme témoins.

E. Le 6 juin 2011, le Juge de Police de l'arrondissement de la Sarine a informé le Procureur général que l'infraction pour laquelle A. _____ a été reconnue coupable, est également imputable à son mari D. _____, en qualité de co-auteur. Il a laissé le soin au Ministère public de décider de l'opportunité d'ouvrir une action pénale contre D. _____. Le procureur a alors ouvert une procédure pénale contre D. _____ et a rendu une ordonnance pénale à son encontre le 14 mars 2012.

F. Par courrier du 23 août 2013, le vice-président de la Cour de céans a informé les parties que les réquisitions de preuves ont été rejetées et a imparti un délai aux parties pour faire savoir si elles consentaient à ce que l'appel soit traité dans le cadre d'une procédure uniquement écrite. Les parties ayant consenti, l'appelante a déposé son mémoire motivé le 13 septembre 2013. Le Ministère public a renoncé à se déterminer sur le mémoire motivé de l'appelante.

en droit

1. L'appel est recevable contre les jugements des tribunaux de première instance qui ont clos tout ou partie de la procédure (art. 398 al. 1 CPP). La partie annonce l'appel au tribunal de première instance par écrit ou oralement pour mention au procès-verbal dans le délai de 10 jours dès la communication du jugement, puis adresse une déclaration d'appel écrite à la juridiction d'appel dans les 20 jours dès la notification du jugement motivé (art. 399 al. 1 et 3 CPP).

En l'espèce, la prévenue a annoncé son appel, contre le jugement du 31 mai 2011, le 7 juin 2011 au Juge de police (DO du Juge de police, p. 79), soit dans le délai légal de 10 jours. Le jugement intégralement rédigé a été notifié le 28 juin 2011 à A. _____ respectivement à son mandataire. A. _____ a adressé sa déclaration d'appel à la Cour le 15 juillet 2011, soit en temps utile. L'appelante, prévenue condamnée, a qualité pour interjeter appel (art. 104 al. 1 let. a, 382 al. 1 et 399 al. 1 et 3 CPP).

2. Est puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire, 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. Dans les cas graves, la peine sera une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire (art. 117 al. 1 LEtr).

a) La jurisprudence rendue sous l'empire de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers garde, pour l'essentiel, sa valeur sous l'empire de la loi sur les étrangers (ATF 2C_357/2009 cons. 4.2). 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 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 p. 112 s.). Ce dernier arrêt conserve toute sa valeur (2C_357/2009 du 16 novembre 2009 consid. 4.2). Le point de savoir si le travailleur était lié à l'employeur par un contrat de travail ou s'il avait été "prêté" par une tierce personne n'est pas déterminant au regard de l'art. 117 LEtr (ATF 6B_815/2009 cons. 2.3).

La responsabilité pénale résultant de l'inobservation des devoirs imposés par la LEtr à l'employeur peut, lorsque celui-ci est une personne morale, incomber aux organes de celle-ci. Il reste à déterminer qui doit être considéré comme organe. Certes, pour les organismes importants, qu'ils soient de droit public ou privé, chez lesquels la répartition des tâches est une nécessité, il est courant que des employés ou fonctionnaires de rang intermédiaire se voient confier, en matière d'engagement d'employés notamment, des tâches dans l'accomplissement desquelles ils sont appelés à exercer un pouvoir de décision autonome. C'est à eux qu'incombent alors, le cas échéant, les obligations mises à charge de l'employeur par la législation sur les étrangers, sans quoi cette dernière resterait lettre morte, s'agissant des personnes morales (ATF 100 IV 38 cons. 2c). Partant, ne peut être considéré comme employeur une personne dans l'organisme qui a eu exclusivement pour tâche d'exécuter les formalités en cause, sans disposer d'un pouvoir propre de décision en matière d'engagement du personnel, qui n'a alors exercé qu'une pure fonction d'exécution telle qu'elle est confiée à un employé subalterne dans l'accomplissement de sa tâche (ATF 100 IV 38 cons. 2d).

En tout état de cause, le chef d'entreprise doit intervenir, s'il constate que ses subordonnés s'apprêtent à commettre une infraction ou pour mettre fin à une situation pénalement illicite qui perdure (CR CP I - Ursula Cassani, ad art. 11 N 52). En l'espèce, même si les questions d'engagement du personnel avaient été confiées et étaient exercées par son mari, formellement subordonné, l'appelante, en tant qu'administratrice unique avec signature individuelle de la société employeur, avait l'obligation d'intervenir dès lors qu'elle avait connaissance de la commission d'une infraction. En effet, c'est elle qui devait superviser C. _____ dans la cuisine du restaurant et elle savait qu'il n'avait pas les autorisations nécessaires pour travailler (cf. procès-verbal de la séance du Juge de Police du 31 mai 2011, p. 3: « Avant l'engagement, il fallait encore procéder à l'établissement des papiers. Je savais qu'il venait de G. _____. Il vivait chez sa sœur. Il fallait encore attendre qu'il ait les papiers [...]. Je voulais d'abord savoir s'il connaissait le métier avant

qu'on se lance dans la course à l'obtention des papiers. On pensait que ce serait facile d'obtenir les papiers par le regroupement familial, vu que sa famille vit à H._____. »). Partant, il est avéré que l'appelante a agi intentionnellement, en pleine connaissance du fait que son employé n'avait pas les autorisations nécessaires, contrairement à ce qui est allégué dans le mémoire d'appel.

C'est donc à juste titre que le Juge de Police de l'arrondissement de la Sarine a retenu que l'appelante, en tant que administratrice unique avec signature individuelle de la société B._____ SA ainsi qu'en tant que gérante de l'établissement à H._____, a employé C._____ (jugement attaqué, p. 5).

b) L'appelante fait référence à l'ATF 137 IV 297 consid. 1.5.2 selon lequel une autorisation de travail n'est pas exigée avant la période probatoire et la conclusion du contrat. Soulevant que C._____ était à l'essai au moment du contrôle effectué, l'appelante conclut que celui-ci n'était pas encore employé au sens de l'art. 117 LEtr.

Certes, le Tribunal fédéral a considéré, dans cet arrêt, que l'employeur, qui fait travailler à titre d'essai un candidat étranger dans la perspective d'un engagement éventuel, ne l'emploie pas au sens de l'art. 117 LEtr. Dans le cas jugé par le Tribunal fédéral, le prévenu avait fait travailler un ressortissant étranger à deux reprises durant au maximum 90 minutes chaque fois, à titre d'essai et sans rémunération (ATF 137 IV 297 consid. A). En l'espèce, par contre, on ne peut plus parler d'un simple et court essai ponctuel pour examiner l'aptitude principale de la personne en question. L'appelante a déclaré à ce sujet (procès-verbal de la séance du Juge de Police du 31 mai 2011, p. 2 s.): « Le temps d'essai dépend des personnes, parfois ça peut durer 15 jours, 2 semaines voire 1 mois, cela dépend de leur connaissance du métier. [...] Il [C._____] en avait encore pour une semaine. Pour les questions d'hygiène, il n'était pas encore au point. Il était chez nous déjà depuis une semaine ou un peu plus. Il fallait encore le former pour cette tâche. Une fois que les automatismes sont là et qu'il ne faut plus toujours être derrière, je le considère comme apte. » Ce que l'appelante considère comme travail à titre d'essai est donc une notion nettement plus large que le cas qui s'est présenté au Tribunal fédéral dans l'ATF 137 IV 297. L'appelante semble comprendre par cela plutôt une formation complète de l'employé jusqu'au moment où il peut accomplir ces tâches en toute indépendance. Il est évident que former un employé durant plusieurs semaines ne rentre plus dans le cadre d'une courte intervention extra- ou pré-contractuelle, mais nécessite une autorisation des autorités de migrations (cf. art. 11 al. 2 LEtr). D'ailleurs, l'existence du temps d'essai selon l'art. 335b al. 1 CO, durant lequel le délai de congé est de 7 jours, est justement destiné à permettre aux parties d'un contrat de travail de faire connaissance et d'évaluer si une relation de longue durée est envisageable (cf. Frank Emmel, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2ème édition, Zurich/Bâle/Genève 2012, N 1 ad art. 335b CO). S'il on doit qualifier la relation juridique entre B._____ AG et C._____, il faut donc constater que les parties se trouvaient déjà dans l'accomplissement des relations contractuelles; au moment du contrôle par les inspecteurs du travail, c'est le temps d'essai au sens de l'art. 335b al. 1 CO qui n'était pas encore écoulé. Cette constatation est d'ailleurs aussi confirmée par le fait que le temps d'intervention de C._____ était déjà fixé; il travaillait de mercredi à dimanche, de 10 à 18 heures, et il avait congé le lundi et mardi (cf. DO p. 36 et procès-verbal de la séance du Juge de police du 31 mai 2011, p 2).

c) Au vu de ses éléments, l'appel s'avère mal fondé et doit être rejeté.

3. Aux termes de l'art. 428 al. 1 CPP, les frais de la procédure de recours sont mis à la charge des parties dans la mesure où elles ont obtenu gain de cause ou succombé. Vu le sort de l'appel, les frais judiciaires de la procédure d'appel doivent être mis à la charge de A._____. Ils sont

fixés à 1'102 francs, soit un émolument de 1'000 francs ainsi que les débours effectifs par 102 francs (art. 422 ss CPP et 33 à 35 et 43 RJ).

4. A. _____ succombant dans la procédure, elle ne peut prétendre à une indemnité équitable au sens des art. 429 al. 1 et 436 al. 1 CPP.

la Cour arrête:

I. L'appel est rejeté.

Partant, le jugement rendu le 31 mai 2011 par le Juge de police de l'arrondissement de la Sarine est intégralement confirmé dans la teneur suivante:

« *LE JUGE DE POLICE*

1. *reconnait* A. _____ *coupable de délit contre la loi fédérale sur les étrangers (occuper un ou plusieurs étrangers sans autorisation);*
2. *la condamne, en application des art. 117 al. 1 LEtr ainsi que 34, 42, 44, 47, 105 al. 1 et 106 CP*
 - - *à une peine pécuniaire de 15 jours-amende, avec sursis pendant 2 ans,*
 - - *le montant du jour-amende est fixé à 120 francs et*
 - - *au paiement d'une amende de 400 francs;*

Dans l'hypothèse d'une révocation ultérieure du sursis assortissant la peine pécuniaire, une liste de frais sera adressée à A. _____ et un délai lui sera imparti pour s'acquitter de la peine pécuniaire (Art. 35 al. 1 CP). En cas de non-paiement de la peine pécuniaire dans ce délai et si celle-ci est inexécutable par la voie de la poursuite pour dettes, elle fera place à 15 jours de peine privative de liberté (art. 36 al. 1 CP).

En cas de non-paiement de l'amende dans le délai qui sera fixé sur la facture et si celle-ci est inexécutable par la voie de la poursuite pour dettes, elle fera place à 4 jours de peine privative de liberté (art. 106 al. 2 CP);

3. *rejette* la demande d'indemnité (art. 429 al. 1 CPP);
4. *met, en application des art. 229 et 237 CPP / FR, les frais de procédure à la charge de A. _____ (émolument: 250 francs; débours: à déterminer par le service comptable du greffe du Tribunal). En cas de demande de motivation écrite du jugement par A. _____, l'émolument se montera à 500 francs. »*

II. Les frais de procédure d'appel sont mis à la charge de A. _____; ils sont fixés à 1'102 francs (émolument: 1'000 francs; débours: 102 francs).

III. Aucune indemnité de partie n'est allouée à A. _____.

Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière pénale au Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent sa notification. La qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 78 à 81 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). L'acte de recours motivé doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Fribourg, le 13 mars 2014/sma

Le Président

La Greffière