



**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  
tribunalcantonal@fr.ch  
www.fr.ch/tc

501 2017 157

501 2017 158

## **Arrêt du 5 avril 2019**

### **Cour d'appel pénal**

#### **Composition**

Président:	Michel Favre
Juge:	Dina Beti
Juge suppléant:	Tarkan Göksu
Greffier:	Cédric Steffen

#### **Parties**

**A.**\_\_\_\_\_, **prévenu** et **appelant**, représenté par  
Me Isabelle Théron, avocate, défenseur choisi (501 2017 157)

**B.**\_\_\_\_\_, **prévenu** et **appelant**, représenté par  
Me Isabelle Théron, avocate, défenseur choisi (501 2017 158)

contre

**MINISTÈRE PUBLIC, intimé**

#### **Objet**

Délits contre la loi fédérale sur les étrangers (LEtr)

Appels du 18 août 2017 contre le jugement de la Juge de police de  
l'arrondissement de la Gruyère du 3 mars 2017

## considérant en fait

A. Par rapport de dénonciation du 19 mai 2015, le Service public de l'emploi de l'Etat de Fribourg (SPE) a informé le Ministère public que A. \_\_\_\_\_ employait illégalement B. \_\_\_\_\_ au sein de sa société C. \_\_\_\_\_ SA à D. \_\_\_\_\_.

Par acte d'accusation du 14 août 2015, le Ministère public a retenu à l'encontre de A. \_\_\_\_\_ que, durant la période comprise entre le 6 octobre 2010 et une date indéterminée en 2016, il avait employé B. \_\_\_\_\_, ressortissant bulgare, dans son entreprise C. \_\_\_\_\_ SA, à D. \_\_\_\_\_, alors que ce dernier était dépourvu d'autorisation de séjour et de travail. Au vu de ces faits et de sa précédente condamnation par ordonnance pénale du 12 juillet 2011 pour emploi d'étrangers sans autorisation, A. \_\_\_\_\_ paraissait s'être rendu coupable de délit contre la loi fédérale sur les étrangers (occuper un ou plusieurs étrangers sans autorisation, cas de récidive). Le Ministère public a relevé que, malgré une première condamnation en juillet 2011 pour l'emploi sans autorisation de B. \_\_\_\_\_, A. \_\_\_\_\_ n'avait pas hésité à continuer à l'employer jusqu'en 2015.

Concernant B. \_\_\_\_\_, le Ministère public a retenu que, durant la période comprise entre le 6 octobre 2010 et une date indéterminée en 2016, il avait séjourné illégalement en Suisse et avait travaillé sans autorisation pour le compte de l'entreprise de A. \_\_\_\_\_, à D. \_\_\_\_\_. Au vu de ces faits et de sa précédente condamnation par ordonnance pénale du 12 juillet 2011 pour séjour et travail illégaux, B. \_\_\_\_\_ paraissait s'être rendu coupable à nouveau de délit à LEtr. Le Ministère public a relevé que, malgré une première condamnation en juillet 2011, B. \_\_\_\_\_ n'avait pas hésité à séjourner et travailler illégalement auprès de la société de A. \_\_\_\_\_.

B. Par jugement du 3 mars 2017, la Juge de police de la Gruyère a reconnu A. \_\_\_\_\_ coupable de délit contre la loi fédérale sur les étrangers (occuper un ou plusieurs étrangers sans autorisation, cas de récidive), au sens de l'art. 117 al. 2 LEtr, et l'a condamné à une peine pécuniaire de 280 jours-amende, dont 140 jours fermes et 140 jours assortis d'un sursis pendant 5 ans, le montant du jour-amende étant fixé à CHF 220.-.

Dans le même jugement, la Juge de police de la Gruyère a reconnu B. \_\_\_\_\_ coupable de délit contre la loi fédérale sur les étrangers (séjour et travail illégaux), au sens de l'art. 115 al. 1 lit. b et c LEtr, et l'a condamné à une peine pécuniaire de 250 jours-amende, dont 125 jours fermes et 125 jours assortis du sursis pendant 5 ans, le montant du jour-amende étant fixé à CHF 50.-.

C. A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ ont annoncé l'appel les 7 respectivement 13 mars 2017. Par courriers du 18 août 2017, A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ ont déclaré l'appel. Ils ne contestent pas leur condamnation pour avoir violé la législation sur le droit des étrangers, mais contestent les peines prononcées: A. \_\_\_\_\_ conclut à sa condamnation à une peine pécuniaire de 120 jours-amende avec sursis complet pendant 3 ans, le montant du jour-amende étant fixé à CHF 80.-; B. \_\_\_\_\_ conclut à sa condamnation à une peine pécuniaire de 80 jours-amende avec sursis complet pendant 3 ans, le montant du jour-amende étant fixé à CHF 10.-.

D. Les parties ont consenti à ce que la procédure écrite soit appliquée. A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ ont déposé leur mémoire d'appel motivé le 29 janvier 2018. La Juge de police ainsi que le Procureur concluent au rejet des appels, en renvoyant à la motivation du jugement attaqué.

## en droit

### 1. Recevabilité

1.1. Les appelants, qui ont été condamnés en première instance et qui ont un intérêt juridiquement protégé à l'annulation du jugement du 3 mars 2017, ont la qualité pour recourir contre celui-ci (art. 382 al. 1 et 104 al. 1 lit. a CPP).

1.2. A. \_\_\_\_\_ a annoncé son appel le 7 mars 2017 et B. \_\_\_\_\_ le 13 mars 2017, en respect du délai de dix jours à compter de la notification du jugement qui a eu lieu le 9 mars 2017 (art. 399 al. 1 et 384 lit. a CPP).

Les appelants ont déposé leurs déclarations d'appel le 18 août 2018, soit dans les vingt jours à compter de la notification du jugement rédigé, lequel leur a été notifié le 2 août 2018 (art. 399 al. 2 CPP). Ils ont déclaré attaquer le jugement du 3 mars 2017 uniquement sur la quotité de la peine prononcée.

1.3. L'appel étant dirigé contre un jugement rendu par la Juge de police et des débats ne paraissant pas nécessaires, le Président de la Cour de céans a proposé aux parties que l'appel soit traité en procédure écrite (406 al. 2 CPP), ce que les parties ont accepté par lettres des 15 septembre 2017 et 5 octobre 2017.

### 2. Peine

2.1. Les appelants contestent uniquement la quotité de la peine, mais non leur culpabilité pour délits à la législation sur les étrangers. Ces infractions sont donc entrées en force.

2.2. De nouvelles dispositions du Code pénal relatives aux peines et aux mesures sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2018 (RO 2016 1249). Selon l'art. 2 al. 1 CP, la loi pénale ne s'applique qu'aux faits commis après son entrée en vigueur. Cependant, en vertu de l'art. 2 al. 2 CP, une loi nouvelle s'applique aux faits qui lui sont antérieurs si, d'une part, l'auteur est mis en jugement après son entrée en vigueur et si, d'autre part, elle est plus favorable à l'auteur que l'ancienne. Il en découle que l'on applique en principe la loi en vigueur au moment où l'acte a été commis, à moins que la nouvelle loi ne soit plus favorable à l'auteur. La règle de la *lex mitior* constitue une exception au principe de non-rétroactivité. Elle se justifie par le fait qu'en raison d'une conception juridique modifiée le comportement considéré n'apparaît plus ou apparaît moins punissable pénalement (cf. ATF 134 IV 82 consid. 6.1). La détermination du droit le plus favorable s'effectue par une comparaison concrète de la situation de l'auteur, suivant qu'il est jugé à l'aune de l'ancien ou du nouveau droit. Doivent en principe être examinées au premier chef les conditions légales de l'infraction litigieuse. Lorsque le comportement est punissable tant en vertu de l'ancien que du nouveau droit, il y a lieu de procéder à une comparaison d'ensemble objective des sanctions encourues. L'importance de la peine maximale joue alors un rôle décisif (cf. ATF 135 IV 113 consid. 2.2).

En l'espèce, bien que la peine menace des infractions reprochées au prévenu n'aient pas changé, le nouveau droit a durci le régime des sanctions, supprimant le travail d'intérêt général (art. 37 CP) et réduisant la possibilité de prononcer une peine pécuniaire (art. 34 CP). Dans ces conditions, les dispositions légales en vigueur au moment des faits et jusqu'au 31 décembre 2017 sont manifestement plus favorables à l'appelant, de sorte qu'il convient de les appliquer à la présente

cause. Il convient aussi de noter que le texte des art. 115 al. 1 et 117 al. 2 est resté identique, bien que la LEtr ait, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019, changé de nom pour devenir la LEI.

2.3. Aux termes de 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 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 ("objektive Tatkomponente"). Dans ce cadre, le juge tiendra compte également du mode d'exécution et, éventuellement, de la durée ou la répétition des actes délictueux. 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 ("subjektive Tatkomponente"), de même que la liberté de décision dont il disposait au moment d'agir; plus il aurait été possible de respecter la loi, plus grave apparaît alors sa décision de la violer. A ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même ("Täterkomponente"), 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 (cf. arrêt TF 6B\_353/2012 du 26 septembre 2012 consid. 1.1 et les références citées).

### 3. A. \_\_\_\_\_

3.1. La Juge de police a condamné A. \_\_\_\_\_ à une peine pécuniaire de 280 jours-amende à CHF 220.-, dont 140 jours fermes et 140 jours assortis du sursis pendant 5 ans, en application de l'art. 117 al. 2 LEtr, lequel prévoit une peine aggravée pour l'employeur qui, malgré une précédente condamnation survenue dans les cinq ans, contrevient à nouveau à la loi par l'emploi intentionnel d'un étranger qui n'est pas autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse.

La Juge de police a relevé en faveur de A. \_\_\_\_\_ qu'il a reconnu les faits qui lui sont reprochés, qu'il a tenté de trouver un employé en situation régulière, qu'il a payé les charges sociales et impôts à la source pour B. \_\_\_\_\_ et qu'il a été collaborant tout au long de la procédure. Elle a relevé, toujours en faveur de A. \_\_\_\_\_, qu'il avait agi dans le dessein de s'éviter des tracasseries administratives et non pas afin d'exploiter un employé sans autorisation de travail. Elle a toutefois aussi observé que A. \_\_\_\_\_ était pleinement conscient de l'illégalité de la situation et s'en était largement accommodé, que sa responsabilité pénale était entière et que l'infraction était parfaitement évitable.

3.2. A. \_\_\_\_\_ fait valoir qu'il a rempli toutes ses obligations légales tant auprès de l'impôt à la source qu'auprès de l'AVS, l'assurance-accident, l'assurance chômage, la LPP et le Service cantonal des contributions. Il a aussi respecté la Convention collective du travail et les salaires minimaux qui y figurent et n'a dès lors pas profité de la situation de B. \_\_\_\_\_ qui se trouvait en situation illégale, pour le payer moins cher et s'épargner les charges sociales. En outre, il prétend qu'il avait entrepris de nombreuses démarches pour trouver un employé qualifié, sans succès, et qu'il se trouvait dans un dilemme très difficile: aider un ami et disposer d'un employé qualifié pouvant répondre aux besoins de son entreprise avec le risque d'une nouvelle condamnation ou licencier un ami dans le besoin sans avoir d'employé qualifié pouvant répondre aux exigences de

la clientèle. Il reproche à la Juge de police de n'avoir pas du tout examiné ni retenu ces circonstances objectives et personnelles en faveur du prévenu.

Cette argumentation est ne peut être suivie à la lecture du jugement querellé. La Juge de police a explicitement relevé « *en faveur de A.\_\_\_\_\_ [...] qu'il a tenté de trouver un employé en situation régulière, qu'il a payé les charges sociales et impôts à la source pour B.\_\_\_\_\_, et qu'il a été collaborant tout au long de la procédure* » (DO/ 144).

Dans la mesure où A.\_\_\_\_\_ se prévaut de son dilemme, il y a lieu de relever que son amitié profonde envers B.\_\_\_\_\_ ne l'a pas empêché de le licencier pour cause de maladie. Selon ses propres déclarations, B.\_\_\_\_\_ « *n'était plus rentable* » (PV du 3 mars 2017, p. 6; DO/ 116). Cela tend à démontrer que ce qui était déterminant au premier plan pour A.\_\_\_\_\_ étaient les qualités professionnelles de B.\_\_\_\_\_, non son amitié ou une quelconque générosité. Son dilemme était dès lors plutôt de devoir choisir entre faire appel aux services d'un employé qualifié ou se conformer à la loi; A.\_\_\_\_\_ a opté pour la première solution et la Cour d'appel pénal ne peut y voire un argument moral ou éthique qui atténue la culpabilité ou les motifs de A.\_\_\_\_\_. Bien au contraire, A.\_\_\_\_\_ a agi dans l'intérêt de son entreprise et de son intérêt financier, sans respecter le cadre légal qu'il a transgressé dès lors intentionnellement et sans mobiles atténuants.

A.\_\_\_\_\_ conteste le reproche qui lui est fait par la Juge de police d'avoir agi dans le dessein de s'éviter des tracasseries administratives. Il perd néanmoins de vue que – selon la législation en la matière – il lui incombe de faire le nécessaire pour obtenir une autorisation de travail pour un employé. En particulier, il ne semble même pas avoir suivi diligemment sa demande devant le Service de l'emploi du canton de Vaud: il ressort en effet de la décision du 18 avril 2012 que la demande a été refusée car les renseignements demandés par ce Service n'ont pas été fournis (DO/ 104). A.\_\_\_\_\_ n'est ainsi pas crédible lorsqu'il prétend avoir tout fait pour obtenir un collaborateur ayant une autorisation de travail. Si A.\_\_\_\_\_ avait effectué toutes les recherches exigées par le Service de l'emploi, il aurait de deux choses l'une soit trouvé un employé disposant des compétences nécessaires, soit pu prouver que B.\_\_\_\_\_ était effectivement la seule personne qualifiée et il aurait obtenu l'autorisation requise.

Au regard des précédentes considérations mais également du fait que l'art. 117 al. 2 LETr prévoit une peine privative de liberté de trois ans au plus et que A.\_\_\_\_\_ a employé B.\_\_\_\_\_ durant presque quatre ans alors qu'il avait été condamné en 2011 pour les mêmes faits en lien avec le même employé, sa culpabilité doit être qualifiée de relativement lourde. Dans ces circonstances, la peine retenue par la Juge de Police, soit 280 jours-amende, est adaptée à la culpabilité du prévenu. L'appel de A.\_\_\_\_\_ est rejeté sur ce point.

#### 4. **B.\_\_\_\_\_**

4.1. La Juge de police a condamné B.\_\_\_\_\_ à une peine pécuniaire de 250 jours-amende à CHF 50.-, dont 125 jours fermes et 125 jours assortis du sursis pendant 5 ans. Elle a retenu que B.\_\_\_\_\_ avait déjà été condamné pour violation de la loi fédérale sur les étrangers, respectivement de l'ancienne loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers en 2011. Il s'agissait de faits identiques à ceux qui lui sont reprochés dans le présent cas. La Juge de police a relevé que B.\_\_\_\_\_ avait fait fi de sa condamnation antérieure et avait continué à travailler illégalement auprès de C.\_\_\_\_\_ SA jusqu'en février 2015. Il avait maintenu un comportement illégal sans interruption entre le 1<sup>er</sup> janvier 2007, bien que condamné pour travail illégal dès le 1<sup>er</sup> janvier 2008, et le mois de février 2015, soit pendant plus de huit ans.

Pour la Juge de police, B. \_\_\_\_\_ s'était installé sur sol helvétique dans le but d'y demeurer, pour y travailler et payer ses factures, ainsi qu'en raison de ses problèmes de santé. Selon la Juge de police, B. \_\_\_\_\_ avait ignoré son interdiction de séjourner et de travailler en Suisse pour un mobile de pur confort. Elle a en outre constaté que, bien qu'admettant les faits, B. \_\_\_\_\_ n'avait pas esquissé le moindre remords, ce qui justifiait une peine pécuniaire de 250 jours-amende.

4.2. La Cour peine à comprendre dans quelle mesure les arguments avancés, comme le fait pour B. \_\_\_\_\_ de ne pas avoir fait concurrence à d'autres travailleurs ou de ne pas avoir accepté de moins bonnes conditions de rémunération, justifierait une peine atténuée. De même, il n'est pas déterminant de savoir que B. \_\_\_\_\_ disposait d'un permis B depuis 2016 pour la fixation d'une peine concernant des faits qui se sont réalisés jusqu'en février 2015. Les griefs soulevés par B. \_\_\_\_\_ ne sont dès lors pas pertinents.

L'art. 115 al. 1 LEtr prévoit une peine privative de liberté d'un an au plus ou une peine pécuniaire qui est de 360 jours au maximum. La culpabilité de B. \_\_\_\_\_ est plus ou moins comparable à celle de A. \_\_\_\_\_. Il est vrai que la peine menace prévue par l'art. 115 al. 1 LEtr est inférieure à celle de l'art. 117 al. 2 LEtr. En comparaison, B. \_\_\_\_\_ paraît avoir été puni plus sévèrement. C'est cependant le lieu de rappeler que l'art. 117 al. 2 LEtr, en prévoyant une peine menace plus élevée, intègre la notion de récidive, contrairement à l'art. 115 al. 1 LEtr. Il faut aussi relever que Marjancho Postovolov s'est rendu coupable de deux infractions, soit le séjour illégal et le travail illégal, contrairement à A. \_\_\_\_\_ qui n'est puni que d'une infraction (emploi d'un étranger sans autorisation). Ajouté au fait que B. \_\_\_\_\_ n'est pas un primo-délinquant, mais qu'il se trouve en situation de récidive pour le même type de délit, une peine pécuniaire de 250 jours-amende est adaptée à sa culpabilité. L'appel de B. \_\_\_\_\_ est rejeté sur ce point.

## **5. Montant de la peine pécuniaire**

5.1. Les appelants contestent aussi le montant de la peine pécuniaire.

5.2. Aux termes de l'art. 34 al. 2 CP, le montant du jour-amende est calculé en fonction de 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. La quotité du jour-amende doit être fixée conformément au principe du revenu net, soit celui que l'auteur réalise en moyenne quotidiennement, quelle qu'en soit la source, ce qui inclut notamment les prestations d'aide sociale. 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. Ce qui est dû en vertu de la loi ou ce dont l'auteur ne jouit pas économiquement doit en être soustrait, en particulier les impôts courants et les cotisations de caisse-maladie (cf. ATF 134 IV 60 consid. 6.1). Il en va de même des obligations d'assistance pour autant que le condamné s'en acquitte effectivement (cf. ATF 134 IV 60 consid. 6.4). D'autres charges financières ne peuvent être prises en compte que dans le cadre de la situation personnelle. Des engagements plus importants de l'auteur, préexistants et indépendants des faits (p. ex. des paiements par acomptes pour des biens de consommation), n'entrent en principe pas en ligne de compte. Si tout type d'engagement financier devait être déduit, l'auteur obéré ou tenu de s'acquitter d'acomptes ou par un leasing se verrait mieux traité que celui qui n'a pas de telles charges. En règle générale, les intérêts hypothécaires et les frais de logement ne peuvent pas être déduits non plus (cf. arrêt TF 6B\_845/2009 du 11 janvier 2010 consid. 1.1.4). Des charges financières extraordinaires peuvent conduire à une réduction lorsqu'elles correspondent à des

besoins financiers accrus résultant de la situation de l'auteur et indépendantes de sa volonté (cf. ATF 134 IV 60 consid. 6.4 i.f.; arrêt TF 6B\_152/2007 du 13 mai 2008 consid. 8.4.4).

Le revenu net ainsi défini en droit pénal est le point de départ pour fixer la quotité du jour-amende. Dans ce contexte, le minimum vital mentionné à l'art. 34 al. 2 CP constitue un correctif permettant au juge de s'écarter du principe du revenu net et d'arrêter le jour-amende à un niveau sensiblement inférieur. Pour les condamnés qui vivent en-dessous ou au seuil du minimum vital, le jour-amende doit être réduit dans une mesure telle que, d'une part, le caractère sérieux de la sanction soit rendu perceptible par l'atteinte portée au niveau de vie habituel et que, d'autre part, l'atteinte apparaisse supportable au regard de la situation personnelle et économique. Un abattement du revenu net de la moitié au moins apparaît adéquat à titre de valeur indicative. Pour une peine ferme, ce sont avant tout les facilités de paiement accordées par l'autorité d'exécution (art. 35 al. 1 CP) qui doivent permettre de pallier une charge excessive. Lorsque le nombre des jours-amende est considérable – en particulier au-delà de nonante jours-amende – une réduction supplémentaire de 10 à 30 % est indiquée car la contrainte économique, partant la pénibilité de la sanction, croît en proportion de la durée de la peine. La situation financière concrète est toujours déterminante. La fixation de la quotité du jour-amende dans le cas concret procède d'un pouvoir d'appréciation exercé avec soin (cf. arrêt du Tribunal cantonal Fribourg, 501 2017 167, consid. 3.1; ATF 135 IV 180 consid. 1.1).

5.3. A.\_\_\_\_\_ conteste le montant du jour-amende qui a été fixé à CHF 220.-, en tenant compte d'un revenu mensuel net de CHF 15'619.75, sous déduction des charges mensuelles par CHF 9'038.-. A.\_\_\_\_\_ critique surtout le fait qu'une réduction supplémentaire de 10 à 30% – qui serait indiquée selon la jurisprudence – ne lui ait pas été appliquée. Il conteste aussi la manière de la Juge de police de calculer le montant disponible.

En ce qui concerne la réduction de 10 à 30% qui est prévue par la jurisprudence cantonale, il sied de préciser que cette réduction est prévue pour les condamnés qui vivent en-dessous ou au seuil du minimum vital. Dans de telles situations, il y a lieu de réduire le montant du jour-amende dans une mesure telle que, d'une part, le caractère sérieux de la sanction soit rendu perceptible par l'atteinte portée au niveau de vie habituel et que, d'autre part, l'atteinte apparaisse supportable au regard de la situation personnelle et économique (arrêt du Tribunal cantonal Fribourg, 501 2017 167, consid. 3.1). Cette jurisprudence ne trouve toutefois pas application en l'espèce, A.\_\_\_\_\_ disposant d'une situation économique favorable.

Pour le surplus, la Cour procède au calcul du montant du jour-amende en se basant sur le revenu net (sur 12 mois) du prévenu, montant à partir duquel elle procède à des déductions de manière forfaitaire.

Selon les pièces produites en première instance, A.\_\_\_\_\_ perçoit un salaire annuel net de CHF 101'909.-. Il n'a plus d'enfants à charge et son épouse n'exerce qu'une petite activité accessoire. Selon sa déclaration fiscale (DO/ 72), il dispose par ailleurs d'une fortune mobilière et immobilière dont son épouse et lui-même sont copropriétaires à parts égales. Cette fortune procure un rendement annuel net sous forme de placements privés et de loyers de CHF 149'624.-, soit CHF 74'812.- pour lui-même et autant pour son épouse. Il convient de déduire de ses revenus le 50% des rendements des participations qualifiées et le coût des dettes privées (CHF 56'054.-), supportés eux aussi à part égales entre lui-même et son épouse (CHF 28'027.-). Le revenu annuel de A.\_\_\_\_\_ s'établit ainsi à CHF 148'694.-, soit un revenu mensuel net de CHF 12'390.-. De ce revenu mensuel net, il convient de déduire 30%, soit CHF 3'717.-, au titre des charges légales,

ainsi qu'un montant de 15 % (du total intermédiaire) pour l'entretien de son épouse qui n'exerce pas d'activité lucrative, soit CHF 1'301.-. Compte tenu de ce qui précède, le montant du jour-amende devrait s'établir (en montant arrondi) à CHF 250.- ( $12'390 - 3'717 - 1'301 = 7'372 ./ 30$ ), ce qui est supérieur au montant retenu par la première juge. L'appel sera par conséquent rejeté sur ce point.

5.4 B. \_\_\_\_\_ conteste le montant du jour-amende qui a été fixé à CHF 50.-. Le prévenu considère que la Juge de police a tenu arbitrairement compte d'un revenu mensuel de CHF 3'500.-, alors qu'il a travaillé à partir du mois de février 2017 à 50% pour un salaire mensuel de CHF 1'900.-.

La Juge de police a retenu que B. \_\_\_\_\_ avait diminué son taux d'activité par pure complaisance (DO/ 140 verso). Cette manière de faire est correcte. En effet, il y a lieu de se baser sur un revenu hypothétique si le condamné omet intentionnellement de réaliser un salaire plus élevé (DOLGE *in* Basler Kommentar StGB, 3<sup>ème</sup> édition, 2013, art. 34 n. 55), ce qui est le cas en l'espèce. L'appel de B. \_\_\_\_\_ est donc rejeté sur ce point.

## 6. Sursis

6.1. Les appelants contestent le refus du sursis complet.

6.2. L'art. 42 CP dispose que le juge suspend en règle générale l'exécution d'une peine pécuniaire, d'un travail d'intérêt général 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 (al. 1). Sur le plan subjectif, le juge doit poser, pour l'octroi du sursis, un pronostic quant au comportement futur de l'auteur. La question de savoir si le sursis serait de nature à détourner l'accusé de commettre de nouvelles infractions doit être tranchée sur la base d'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. Le pronostic doit être posé sur la base de tous les éléments propres à éclairer l'ensemble du caractère de l'accusé et ses chances d'amendement. Il n'est pas admissible d'accorder un poids particulier à certains critères et d'en négliger d'autres qui sont pertinents. Le sursis est la règle dont on ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic défavorable; il prime en cas d'incertitude (cf. ATF 134 IV 1 consid. 4.2.1 et 4.2.2).

Selon l'art. 43 CP, le juge peut suspendre partiellement l'exécution d'une peine pécuniaire, d'un travail d'intérêt général ou d'une peine privative de liberté d'un an au moins et de trois ans au plus afin de tenir compte de façon appropriée de la faute de l'auteur (al. 1). La partie à exécuter ne peut excéder la moitié de la peine (al. 2). La jurisprudence y applique les principes suivants: les conditions subjectives permettant l'octroi du sursis (art. 42 CP), à savoir les perspectives d'amendement, valent également pour le sursis partiel prévu à l'art. 43 CP, dès lors que la référence au pronostic ressort implicitement du but et du sens de cette dernière disposition. Ainsi, lorsque le pronostic quant au comportement futur de l'auteur n'est pas défavorable, la loi exige que l'exécution de la peine soit au moins partiellement suspendue. En revanche, un pronostic défavorable exclut également le sursis partiel: en effet, s'il n'existe aucune perspective que l'auteur puisse être influencé de quelque manière par un sursis complet ou partiel, la peine doit être entièrement exécutée (cf. ATF 134 IV 1 consid. 5.3.1; arrêts TF 6B\_1013/2014 du 15 septembre 2015 consid. 4, TF 6B\_713/2007 du 4 mars 2008 consid. 2.2.1 ss). Par ailleurs, lorsque la peine est telle qu'elle permette le choix entre le sursis complet (art. 42 CP) et le sursis partiel (art. 43 CP), l'octroi du sursis au sens de l'art. 42 CP est la règle et le sursis partiel l'exception, celle-ci ne



devant être admise que si, sous l'angle de la prévention spéciale, l'octroi du sursis pour une partie de la peine ne peut se concevoir que moyennant exécution de l'autre partie; dès lors, l'exception du sursis partiel ne se pose qu'en cas de pronostic très incertain, à savoir lorsqu'il existe des doutes très importants au sujet du comportement futur de l'auteur, notamment au vu de ses antécédents (cf. arrêt TF 6B\_492/2008 du 19 mai 2009 consid. 3.1.1 et 3.1.3 non publiés aux ATF 135 IV 152).

Lorsqu'il prononce une peine privative assortie d'un sursis partiel, le juge doit non seulement fixer au moment du jugement la quotité de la peine qui est exécutoire et celle qui est assortie du sursis, mais également mettre en proportion adéquate une partie à l'autre. Pour fixer dans ce cadre la durée de la partie ferme et avec sursis de la peine, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation. A titre de critère de cette appréciation, il y a lieu de tenir compte de façon appropriée de la faute de l'auteur (art. 43 al. 1 CP). Le rapport entre ces deux parties de la peine doit être fixé de telle manière que, d'une part, la probabilité d'un comportement futur de l'auteur conforme à la loi, mais aussi sa culpabilité soient équitablement prises en compte. Ainsi, plus le pronostic est favorable et moins l'acte apparaît blâmable, plus la partie de la peine assortie du sursis doit être importante. Mais en même temps, la partie ferme de la peine doit demeurer proportionnée aux divers aspects de la faute (arrêt TF 6B\_471/2009 du 24 juillet 2009 consid. 4.1 et les réf. citées).

6.3. La Juge de police a condamné A.\_\_\_\_\_ à une peine pécuniaire de 280 jours-amende, dont 140 jours fermes et 140 jours assortis du sursis pendant 5 ans. Elle a pris en compte les antécédents de A.\_\_\_\_\_. En particulier, elle a noté que A.\_\_\_\_\_ avait déjà été condamné en juillet 2011 pour violation de la loi fédérale sur les étrangers pour avoir employé B.\_\_\_\_\_, et il avait continué à l'employer, ignorant totalement la condamnation de 2011. La Juge de police a retenu que A.\_\_\_\_\_ avait maintenu un comportement illégal sans interruption pendant plus de huit ans. Elle a constaté que A.\_\_\_\_\_ n'avait que faire de sa condamnation du 12 juillet 2011 et qu'il n'avait pas fait preuve du moindre amendement; au contraire, il s'était présenté comme un employeur aux fortes considérations sociales.

La Juge de police a posé un pronostic incertain quant au comportement futur de A.\_\_\_\_\_, estimant qu'il existe un risque non négligeable qu'il engage un employé au noir s'il ne trouve pas d'employé en situation régulière. Elle a donc jugé que les conditions de l'octroi du sursis complet n'étaient pas données (art. 42 CP); elle a fait application de l'art. 43 CP et a prononcé une peine partiellement ferme.

Les griefs soulevés par A.\_\_\_\_\_ ne remettent pas en question ce pronostic. Les explications données dans le mémoire d'appel, en particulier celles selon lesquelles il s'est toujours acquitté des charges sociales, a respecté la CCT applicable et a essayé d'obtenir un permis pour son employé, ne l'ont pas dissuadé de faire travailler B.\_\_\_\_\_ de façon illégale. Il est quelque peu contradictoire que A.\_\_\_\_\_ tente de poser un pronostic favorable en se référant à des faits qui ne l'ont justement pas retenu de violer la loi. Le seul grief de son recours qui pourrait servir de base à un pronostic favorable est sa déclaration comme quoi « *il est guéri* ». Pourtant, la Juge de police n'a pas été convaincue par cette affirmation et a plutôt estimé que A.\_\_\_\_\_ – toujours actif sur un marché du travail qui l'a conduit à employer illégalement B.\_\_\_\_\_ – risquait de retomber dans ses travers (DO/ 145 verso). Dans son appel, A.\_\_\_\_\_ n'a pu formuler aucune objection à cette appréciation pertinente de la Juge de police, que la Cour fait sienne par adoption de motifs (art. 82 al. 4 CPP).

Cela étant, si la Cour rejoint la Juge de police quant au pronostic très incertain, elle arrête différemment la partie ferme de la partie avec sursis. Elle tient compte du fait que, contrairement à ce qui est indiqué dans le jugement de première instance, A. \_\_\_\_\_ ne figure plus au casier judiciaire pour abus de confiance et avantages accordés à certains créanciers. Seule la condamnation de juillet 2011 pour emploi d'étranger sans autorisation subsiste. Elle prend en compte le fait que B. \_\_\_\_\_ n'était déjà plus à son service au moment du contrôle effectué par le SPE (le 19 mai 2015) et que l'infraction, certes réitérée, n'a porté que sur une seule et même personne. La Cour est ainsi d'avis qu'une peine ferme de 50 jours-amende à CHF 220.- devrait être suffisamment dissuasive pour éviter la répétition de nouveaux actes délictueux. Le solde de la peine, soit 230 jours-amende à CHF 220.-, est assorti d'un long sursis d'une durée de 5 ans en raison de la récidive et afin de s'assurer d'un amendement durable de A. \_\_\_\_\_.

Il s'ensuit que l'appel de A. \_\_\_\_\_ est partiellement admis sur ce point.

6.4. La Juge de police a condamné B. \_\_\_\_\_ à une peine pécuniaire de 250 jours-amende, dont 125 jours fermes et 125 jours assortis du sursis pendant 5 ans. Elle a observé que B. \_\_\_\_\_ figure au casier judiciaire pour violation de la loi fédérale sur les étrangers, respectivement de l'ancienne loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers. Il n'est donc pas un délinquant primaire en la matière. Pour la Juge de police, B. \_\_\_\_\_ n'a pas jugé nécessaire de modifier son comportement. Il n'a pas hésité à continuer à séjourner et travailler illégalement en Suisse sans interruption jusqu'en février 2015, soit pendant plus de huit ans, malgré sa précédente condamnation. La Juge de police a constaté que B. \_\_\_\_\_ ne s'était pas amendé et désirait simplement rester sur le sol helvétique et y travailler, sans se soumettre aux démarches nécessaires pour régulariser sa situation. Néanmoins, la Juge de Police a observé que B. \_\_\_\_\_ est dorénavant au bénéfice d'une autorisation de séjour jusqu'en 2021 et qu'il est, pour cette raison, impossible qu'il récidive. Elle s'est donc prononcée pour un sursis partiel.

Dans son recours, B. \_\_\_\_\_ soulève que, dans la mesure où il lui est impossible de violer l'art 115 LEtr, le sursis total aurait dû lui être octroyé.

Un pronostic positif présuppose que le condamné ne commette plus aucune autre infraction; un pronostic favorable uniquement par rapport à l'infraction pour laquelle il est condamné ne suffit pas (ATF 94 IV 57, 59 s.; SCHNEIDER/GARRÉ *in* BSK StGB, 3<sup>ème</sup> édition, 2013, art. 42 n. 42).

*In casu*, force est de constater que le dossier ne contient aucun élément qui permette de déduire que B. \_\_\_\_\_ – désormais au bénéfice d'une autorisation de séjour – ne se conforme pas à la législation. Sa seule condamnation par le passé, en juillet 2011, était due à sa situation de séjour illégal. Il ne semble pas avoir commis, sur le territoire suisse, d'autres infractions que celles en lien avec son activité professionnelle. La Cour est dès lors d'avis que l'on peut poser un pronostic qui n'est pas défavorable et octroyer le sursis total à B. \_\_\_\_\_. Son appel est ainsi admis sur ce point.

## 7. Frais et indemnités

7.1. Les frais d'appel sont mis à la charge des parties dans la mesure où elles ont obtenu gain de cause ou succombé (art. 428 al. 1 CPP).

Pour A. \_\_\_\_\_ (501 2017 157), les frais de seconde instance sont fixés à CHF 1'100.- (émolument: CHF 1'000.-, débours: CHF 100.-). A. \_\_\_\_\_ obtenant très partiellement gain de

cause et succombant pour l'essentiel, les frais d'appel sont mis pour  $\frac{3}{4}$  (CHF 825.-) à sa charge et sont laissés pour  $\frac{1}{4}$  (CHF 275.-) à charge de l'Etat.

Pour B. \_\_\_\_\_ (501 2017 158), les frais de seconde instance sont fixés à CHF 1'100.- (émolument: CHF 1'000.-, débours: CHF 100.-). B. \_\_\_\_\_ obtenant partiellement gain de cause, les frais d'appel sont mis pour  $\frac{1}{2}$  (CHF 550.-) à sa charge et sont laissés pour  $\frac{1}{2}$  (CHF 550.-) à charge de l'Etat.

Une répartition différente des frais de première instance ne s'impose pas au regard de l'ensemble des opérations d'instruction et d'étude du dossier qui ont été rendues nécessaires à la rédaction du jugement du 3 mars 2017, étant rappelé que celui-ci n'est (partiellement) modifié que sur la question du sursis.

7.2. Les prétentions en indemnités et en réparation du tort moral dans la procédure de recours sont régies par les art. 429 à 434 CPP (art. 436 al. 1 CPP).

Le prévenu qui a gain de cause, même partiellement, a droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure (cf. art. 429 al. 1 let. a CPP). L'autorité pénale peut réduire ou refuser l'indemnité ou la réparation du tort moral lorsque la partie plaignante est astreinte à indemniser le prévenu (art. 430 al. 1 let. b CPP).

Le 12 février 2018, Me Théron a produit sa liste de frais en lien avec la cause A. \_\_\_\_\_ (501 2017 157) pour un montant total de CHF 6'748.80, dont 21h30 d'honoraires. Toutefois, il convient de noter que la liste en question contient plusieurs opérations rattachées à la procédure de première instance (soit les entrées du 20 janvier 2017 au 9 mars 2017 [3 mails à clients]). Celles-ci ne seront pas prises en compte dans le calcul des indemnités d'appel. Les opérations à partir du 9 mars 2017 [examen dispositif du jugement] correspondent à environ 13 heures et 20 minutes d'honoraires: 3h en 2017, 10 heures et 20 minutes en 2018. Il y est fait droit. Au taux horaire de CHF 250.- (art. 75a al. 2 RJ), les honoraires s'élèvent à CHF 2'583.40. Les débours (5% des honoraires; art. 68 al. 2 RJ) sont arrêtés à CHF 129.15. La TVA (8%) se monte à CHF 63.- et (7.7%) à CHF 208.85. Partant, une indemnité entière correspondrait à CHF 3'771.90.

A. \_\_\_\_\_ n'obtenant que très partiellement gain de cause, l'indemnité au sens de l'art. 429 al. 1 let. a CPP qui lui est accordée correspond au quart de l'indemnité totale, soit un montant de CHF 943.-. Cette indemnité est compensée avec les frais de la procédure d'appel et de la procédure de première instance mis à la charge de A. \_\_\_\_\_ (art. 442 al. 4 CPP).

Le 12 février 2018, Me Théron a produit sa liste de frais en lien avec la cause B. \_\_\_\_\_ (501 2017 158) pour un montant total de CHF 2'635.70, dont 8 heures et 10 minutes d'honoraires. Il y est fait droit. Au taux horaire de CHF 250.-, les honoraires s'élèvent à CHF 1'541.70. Les débours (5%) sont arrêtés à CHF 77.10. La TVA (8%) se monte à CHF 42.- et (7.7%) à CHF 124.65. Partant, une indemnité entière correspondrait à CHF 2'310.45.

B. \_\_\_\_\_ obtenant partiellement gain de cause, l'indemnité au sens de l'art. 429 al. 1 let. a CPP qui lui est accordée correspond à la moitié de l'indemnité totale, soit un montant de CHF 1'155.25. Cette indemnité est compensée avec les frais de la procédure d'appel et de la procédure de première instance mis à la charge de B. \_\_\_\_\_ (art. 442 al. 4 CPP).

## la Cour arrête:

I. L'appel de A.\_\_\_\_\_ est partiellement admis.

L'appel de B.\_\_\_\_\_ est partiellement admis.

Partant, le dispositif du jugement rendu le 3 mars 2017 par la Juge de police de l'arrondissement de la Gruyère est modifié. Il a dorénavant la teneur suivante:

I. S'agissant de A.\_\_\_\_\_

1. A.\_\_\_\_\_ est reconnu coupable de délit contre la loi fédérale sur les étrangers (occuper un ou plusieurs étrangers sans autorisation, cas de récidive), au sens de l'art. 117 al. 2 LEtr.
2. En application des art. 34, 43, 44, 46 et 47 CP, il est condamné à une peine pécuniaire de 280 jours-amende, **dont 50 jours-amende fermes** et 230 jours-amende avec sursis pendant 5 ans; le montant du jour-amende est fixé à CHF 220.-.
3. Il est constaté que la révocation du sursis à l'exécution de la peine de travail d'intérêt général de 360 heures, octroyé le 12 juillet 2011 par le Ministère public de l'Etat de Fribourg, ne peut plus être ordonnée (art. 46 al. 5 CP).
4. En application des art. 421, 422 et 426 al. 1 CPP, les frais de procédure sont mis à la charge de A.\_\_\_\_\_ à raison des deux tiers.

II. S'agissant de B.\_\_\_\_\_:

1. B.\_\_\_\_\_ est reconnu coupable de délits contre la loi fédérale sur les étrangers (séjour et travail illégaux), au sens de l'art. 115 al. 1 lit. b et c LEtr.
2. En application des art. 34, 43, 44, 46, 47 et 49 CP, il est condamné à une peine pécuniaire de 250 jours-amende **avec sursis pendant 5 ans**; le montant du jour-amende est fixé à CHF 50.-.
3. Il est constaté que la révocation du sursis à l'exécution de la peine pécuniaire de 90 jours-amende à CHF 90.00, octroyé le 12 juillet 2011 par le Ministère public de l'Etat de Fribourg, ne peut plus être ordonnée (art. 46 al. 5 CP).
4. En application des art. 421, 422 et 426 al. 1 CPP, les frais de procédure sont mis à la charge de B.\_\_\_\_\_ à raison d'un tiers.

III. Frais de procédure

L'émolument est fixé à CHF 1'200.- (rédaction intégrale); les débours sont fixés à CHF 190.- (art. 421, 422 et 426 al. 1 CPP).

II. Dans la cause A.\_\_\_\_\_, les frais de procédure d'appel sont fixés à CHF 1'100.-. Ils sont mis à raison des  $\frac{3}{4}$  à charge de A.\_\_\_\_\_ (CHF 825.-) et sont laissés pour  $\frac{1}{4}$  à charge de l'Etat (CHF 275.-).

Dans la cause B. \_\_\_\_\_, les frais de procédure d'appel sont fixés à CHF 1'100.-. Ils sont mis pour ½ à charge de B. \_\_\_\_\_ (CHF 550.-) et sont laissés pour ½ à charge de l'Etat (CHF 550.-).

- III. Une indemnité réduite au sens de l'art. 429 al. 1 let. a CPP est accordée à A. \_\_\_\_\_ à la charge de l'Etat. Elle est fixée à CHF 943.-. Elle est compensée avec les frais de la procédure d'appel et de la procédure de première instance mis à la charge de A. \_\_\_\_\_.
- IV. Une indemnité réduite au sens de l'art. 429 al. 1 let. a CPP est accordée à B. \_\_\_\_\_ à la charge de l'Etat. Elle est fixée à CHF 1'155.25. Elle est compensée avec les frais de la procédure d'appel et de la procédure de première instance mis à la charge de B. \_\_\_\_\_.
- V. Notification.

Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière pénale au Tribunal fédéral dans les trente jours dès la notification de l'arrêt rédigé. 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 5 avril 2019/tgo/cst*

Le Président:

Le Greffier: