

# GE\_GERICHTE P/19704/2016 vom 15. Oktober 2018

GE Cour de justice, 2018-10-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_P\\_19704\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_P_19704_2016)

FR: GE\_GERICHTE P/19704/2016 du 15 octobre 2018

IT: GE\_GERICHTE P/19704/2016 del 15 ottobre 2018

## Regeste

PRINCIPE DE L'ACCUSATION; DROIT DES ÉTRANGERS; EMPLOI(TRAVAIL); AUTORISATION DE SÉJOUR; EMPLOYEUR ; ORGANE DE FAIT | CPP.9; CPP.325; CPP.10.al2; LEtr.116.al1.letb; LEtr.117.al1; LEtr.91

## Erwägungen

### E. 1

L'appel est recevable pour avoir été interjeté et motivé selon la forme et dans les délais prescrits (art. 398 et 399 CPP). La partie qui attaque seulement certaines parties du jugement est tenue d'indiquer dans la déclaration d'appel, de manière définitive, sur quelles parties porte l'appel (art. 399 al. 4 CPP). La Chambre limite son examen aux violations décrites dans l'acte d'appel (art. 404 al. 1 CPP), sauf en cas de décisions illégales ou inéquitables (art. 404 al. 2 CPP).

### E. 2

8. Les permis de séjour pour les non-ressortissants de l'UE/AELE sont les suivants : Livret Ci (autorisation de séjour avec activité lucrative, destiné aux membres de la famille de fonctionnaires des organisations intergouvernementales ou de membres des représentations étrangères), Livret G (autorisation frontalière), Livret F (pour étrangers admis provisoirement, qui font l'objet d'une décision de renvoi de Suisse mais pour lesquelles l'exécution du renvoi se révélerait illicite), Livret N (pour les requérants ayant déposé une demande d'asile en Suisse et faisant l'objet d'une procédure d'asile), Livret S (pour les personnes à protéger, ne permet ni de franchir la frontière ni de revenir en Suisse) ([https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/themen/aufenthalt/nicht\\_eu\\_efta.html](https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/themen/aufenthalt/nicht_eu_efta.html) [1 er octobre 2018]). L'autorisation frontalière G n'est valable que pour la zone frontalière du canton qui l'a délivrée ([https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/themen/aufenthalt/nicht\\_eu\\_efta/ausweis\\_g\\_grenzgaengerbewilligung.html](https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/themen/aufenthalt/nicht_eu_efta/ausweis_g_grenzgaengerbewilligung.html) [1 er octobre 2018]). À Fribourg, sa validité correspond à la durée du contrat de travail si ce contrat est conclu pour moins d'une année (<https://www.fr.ch/spomi/vie-quotidienne/demarches-et-documents/les-autorisations-de-sejour> [1 er octobre 2018]).

### E. 2.5

. 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 (art. 91 al. 1 LEtr). L'omission de procéder à l'examen constitue déjà une violation du devoir de diligence (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_357/2009 du 16 novembre 2009 consid. 5.1 et 5.3. 2.6.1. Est un organe celui qui participe effectivement et d'une façon décisive à la formation de la volonté sociale, durablement et dans un vaste

domaine dépassant les affaires courantes (ATF 128 III 29 consid. 3a ; ATF 122 III 225 consid. 4b ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_50/2009 du 26 mars 2009 consid. 2.3). L'organe est tout d'abord la personne ou le groupe de personnes qui, à l'instar des membres du conseil d'administration dans une société anonyme, sont chargés par la loi ou par les statuts de gérer et de représenter la personne morale ; on parle d'un organe formel (ATF 101 Ib 422 consid. 5a 435 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_544/2008 du 10 février 2009 consid. 2.3 = SJ 2009 1).

2.6.2. Est aussi un organe celui qui, sans en porter le titre, exerce effectivement la fonction de l'organe, à l'instar de l'actionnaire unique d'une société anonyme qui dirige lui-même sa société ; on parle d'un organe de fait (ATF 117 II 570 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_544/2008 du 10 février 2009 consid. 2.3). La jurisprudence et la doctrine ont ainsi admis que peut aussi être rangée au nombre des organes la personne qui exerce de facto des fonctions dirigeantes et qui, de par la situation qu'elle occupe dans l'affaire et les pouvoirs qui lui sont dévolus, participe effectivement et d'une façon décisive à la formation de la volonté sociale (organe de fait ou organe matériel) (ATF 128 III 29 = JdT 2003 I 18 consid. 3a ; ATF 101 Ib 422 consid. 5a ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_54/2008 du 28 avril 2008 consid. 3.2.1 et 3.2.2). Pour qu'une personne se voie reconnaître la qualité d'organe de fait, il faut qu'elle apparaisse durablement compétente pour prendre sous sa propre responsabilité certaines décisions qui aillent au-delà de la simple expédition des affaires courantes et déploient des effets perceptibles sur le résultat des affaires (ATF 128 III 29 = JdT 2003 I 18 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_54/2008 du 28 avril 2008 consid. 3.2.1 et 3.2.2). Il ne suffit pas qu'un collaborateur exécute de manière indépendante l'activité qui lui a été confiée dans un champ d'activité fortement restreint. On exige bien plus de lui qu'il puisse influencer la formation de la volonté de l'entreprise (ATF 121 III 453 = JdT 1997 199 consid. 4b).

## **E. 2.7**

À teneur de l'art. 4 al. 1 LEnTR, quiconque souhaite obtenir une licence d'entreprise de transport par route doit satisfaire aux critères d'honorabilité (art. 5) (let. a) ; avoir la capacité financière requise (art. 6) (let. b) ; et avoir la capacité professionnelle requise (art. 7) (let. c). Selon l'al. 2, pour qu'une entreprise puisse être admise, les conditions visées à l'al. 1, let. a et c doivent être remplies par un gestionnaire de transport : qui est employé de l'entreprise, ou mandaté par celle-ci (let. a) ; et qui est domicilié en Suisse ou dont le lieu de travail se trouve en Suisse (let. b). Pour qu'une personne physique puisse être admise, elle doit satisfaire aux conditions visées à l'al. 1 et exercer la fonction de gestionnaire de transport (al. 3). Les tâches et les responsabilités d'une personne employée ou mandatée comme gestionnaire de transport sont fixées dans une convention écrite (al. 4). Un gestionnaire de transport travaillant sur mandat peut diriger quatre entreprises au plus, avec une flotte ne dépassant pas 50 véhicules. Le Conseil fédéral peut décider de réduire le nombre d'entreprises ou de véhicules (al. 5).

## **E. 2.9**

.1. En l'espèce, il ressort de l'acte d'accusation que l'appelant était employé par D\_\_\_\_\_. Il y est cependant également précisé qu'il était responsable de l'engagement du personnel, ce que confirme son contrat de travail du 28 juillet 2015, versé au dossier. Que l'appelant fût co-responsable avec C\_\_\_\_\_, comme le mentionne l'acte d'accusation, ou seul responsable de l'engagement du personnel, ne change rien au fait qu'il avait parfaitement compris que le reproche portait sur le fait d'avoir engagé E\_\_\_\_\_, via une annonce dans le F\_\_\_\_\_. Il en découle que la maxime d'accusation n'a pas été violée. Au demeurant, le tribunal peut

s'écarter de l'appréciation juridique qu'opère le ministère public de l'état de faits, à condition de respecter le droit d'être entendu des parties, ce qui a été fait à l'ouverture de l'audience de jugement ( supra , g.). L'appel est rejeté sur ce point.

### **E. 2.9.2**

Même s'il est acquis que l'appelant était l'employé de D\_\_\_\_\_, cela ne dispense pas d'examiner son rôle dans cette société et les responsabilités concrètes qu'il y endossait. Or, un certain nombre d'éléments permettent de retenir que l'appelant revêtait la qualité d'employeur au sens de l'art. 117 LEtr, plus précisément d'organe de fait de celui-ci, quand bien même il n'était pas un organe formel de la Sàrl avant d'y être inscrit comme gérant le \_\_\_\_\_ 2017. Il ressort en effet du contrat de travail du prévenu qu'il était "directement responsable de tous les secteurs de l'entreprise", quand bien même il demeurait sous l'autorité de son employeur. À ce titre, il effectuait des tâches afférentes à des fonctions dirigeantes, participant de la sorte activement à la formation de la volonté sociale, de manière durable (contrat de durée indéterminée). Ainsi était-il responsable des ressources humaines et de l'engagement du personnel. C'est aussi à lui qu'il revenait de s'assurer que le personnel disposât des documents appropriés. Même s'il ne pouvait pas, seul, formaliser les embauches, à défaut de pouvoir de signatures, il n'en demeure pas moins qu'il sélectionnait les candidats et les présentait à son supérieur hiérarchique. Le contrat ne mentionne d'ailleurs pas de co-responsabilité de ce dernier. Le prévenu a de surcroît admis qu'il avait publié une annonce dans le F\_\_\_\_\_ et que C\_\_\_\_\_ n'avait pas participé au recrutement de E\_\_\_\_\_ en 2015 ( supra , f.). C'est également l'appelant qui revêtait la "fonction dirigeante" du gestionnaire de transport reconnue par l'OFT dans son courrier du 25 août 2015. Il s'agit d'une condition indispensable à l'octroi d'une licence d'entreprise au sens de l'art. 4 LEnTR, sans laquelle D\_\_\_\_\_ ne pourrait poursuivre son but statutaire. Il lui appartenait en outre de mettre en place des processus, afin d'optimiser les résultats de la société (" to achieve results ") et améliorer la rentabilité des horaires (" cost effective "). Il entraînait également dans ses attributions de décider qui pouvait ou non participer à l'exécution d'une tâche, puisque le prévenu a admis que c'est lui qui faisait les plannings des missions. Contrairement à ce que soutient l'appelant, il n'est pas pertinent de savoir qui versait la rémunération de l'appelant. Les décisions susmentionnées vont déjà au-delà de la simple expédition des affaires courantes et sont susceptibles d'influencer le résultat des affaires de la société, de sorte que la qualité d'organe de fait, et partant d'employeur, doit lui être reconnue. L'appel est rejeté sur ce point.

### **E. 2.9.3**

Il est établi et non contesté que E\_\_\_\_\_, ressortissant kosovare (pays hors UE/AELE) domicilié en France, ne bénéficiait d'aucun permis de séjour en Suisse et n'était dès lors pas autorisé à y exercer une activité lucrative. Ce nonobstant, il a travaillé pour D\_\_\_\_\_ durant deux périodes distinctes, soit de novembre 2015 à mars 2016, sur appel, et de juin à août 2016. Aucune demande d'autorisation de travail n'a été déposée auprès de l'OCPM pour la première période, alors que tel fut le cas pour la seconde, qui a d'ailleurs été refusée. Seule la première période fait toutefois l'objet de l'acte d'accusation. L'appelant a agi avec intention, à tout le moins par dol éventuel. En effet, ce dernier a admis ( supra , f.) qu'il avait demandé à E\_\_\_\_\_ de lui amener son permis de travail, ce qui était d'ailleurs en principe toujours exigé des employés de la société, mais que ce dernier ne l'avait pas fait. Au contraire, E\_\_\_\_\_ lui avait présenté des documents suisses valables, soit notamment son permis de conduire, sa carte de chauffeur professionnel et sa carte AVS, laquelle n'a

toutefois pas été versée au dossier. Compte tenu d'une surcharge de travail – plausible en saison hivernale –, il semblerait qu'il n'ait pas pris la peine d'insister pour que son employé, travaillant sur appel uniquement, ne lui amène son titre de séjour, ni de s'enquérir lui-même auprès des autorités compétentes du statut administratif de ce dernier. Dite omission constitue déjà une violation du devoir de diligence de l'employeur selon l'art. 91 LEtr, ce que l'appelant admet dans ses écritures d'appel. Les permis de conduire suisses que E\_\_\_\_\_ a montrés à l'appelant lors de l'embauche ne le dispensaient aucunement de vérifier qu'il disposât d'une autorisation de séjour en Suisse avec activité lucrative. En effet, l'appelant indique s'être basé sur lesdits permis pour conclure à la régularité de la situation de son employé. Cependant, l'examen de ceux-ci montre clairement l'origine kosovare de leur titulaire par la mention UNK qui y figure, ce qui n'a pu que d'emblée attirer son attention, étant relevé qu'il est lui-même né en Albanie. Le prévenu n'est à cet égard pas crédible lorsqu'il prétend ne pas s'être douté de la nationalité kosovare de E\_\_\_\_\_, ce qui conduit à considérer qu'il savait que dans un tel cas, les autorités devaient être saisies d'une demande d'autorisation de travail. Il n'est pas non plus crédible que l'appelant ait pensé que E\_\_\_\_\_ était français, son titre de séjour et son titre de voyage pour réfugié mentionnant son pays d'origine, tout comme les documents suisses. En sa qualité de responsable de l'engagement du personnel, l'appelant ne pouvait ignorer qu'un ressortissant d'un pays non membre de l'UE/AELE ne peut se voir octroyer un permis de séjour en Suisse avec activité lucrative qu'à des conditions strictes, ce qu'illustre d'ailleurs parfaitement les motifs du rejet de la demande de permis pour frontaliers du 14 décembre 2016. Il faut concéder qu'il est étrange que E\_\_\_\_\_ se soit vu délivrer son permis de conduire et ses cartes (de qualification) de conducteur dans le courant de l'année 2015, alors qu'il résidait en France, au profit d'un statut de réfugié, depuis 2012. Par hypothèse, si E\_\_\_\_\_ avait bénéficié d'un permis G à Fribourg durant cette période (les livrets Ci, F, N et S étant manifestement inapplicables à sa situation), ce qu'il ne prétend pas et qui est douteux vu son domicile à I\_\_\_\_\_, relevons qu'il se serait agi d'une autorisation cantonale, liée à l'employeur. Aussi, même à admettre que tel fût le cas, D\_\_\_\_\_ aurait dû solliciter un nouveau permis pour frontaliers auprès des autorités genevoises avant le mois de novembre 2015, ce que le prévenu, qui ne pouvait l'ignorer, n'a d'ailleurs pas manqué faire ensuite, en octobre 2016. Dans les circonstances qui précèdent, l'appelant n'a pu qu'envisager la possibilité que son employé ne soit pas autorisé à travailler en Suisse, encore moins à Genève, ce qu'il a accepté en remettant à une date ultérieure la régularisation de sa situation. L'appel est rejeté sur ce point.

2.10.1. Selon l'art. 47 a CP (lex mitior), 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). Ces principes valent aussi pour le choix entre plusieurs sanctions possibles, et non seulement pour la détermination de la durée de celle qui est prononcée (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_611/2014 du 9 mars 2015 consid. 4.2). Les peines privatives de liberté ne doivent être prononcées que lorsque l'État ne peut garantir d'une autre manière la sécurité publique (ATF 134 IV 97 consid. 4.2 p. 100 ss). À teneur de l'art. 34 a CP, sauf disposition contraire de la loi, la peine pécuniaire ne peut excéder 360 jours-amende. Le juge fixe leur nombre en fonction de la culpabilité de l'auteur (al. 1). Le jour-amende est de CHF 3'000.- au plus. Le juge en fixe le montant selon 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 (al. 2). 2.10.2. L'appelant ne critique ni le genre, ni la quotité de la peine qui lui a été infligée. Sa faute est légère. Alors qu'il était responsable du recrutement, de l'engagement et des formalités administratives des employés d'une société active dans le transport professionnel de voyageurs, il n'a pas voulu effectuer les démarches nécessaires à la régularité des conditions d'embauche de l'un d'eux, en raison d'un besoin urgent de personnel. À décharge, il sera retenu que la période pénale est courte (quatre mois), et que l'entreprise a cherché à régulariser la situation par la suite auprès de l'OCPM, en vain. Bien que cela ne saurait aucunement la justifier, sa faute peut en partie s'expliquer par une surcharge de travail momentanée au sein de l'entreprise, qui débutait alors la haute saison. Le prévenu a agi par désinvolture. Sa collaboration à la procédure et sa prise de conscience sont sans particularité. Son casier judiciaire compte une inscription non spécifique, et relativement ancienne. Partant, la peine pécuniaire de 20 jours-amende prononcée par le premier juge sera confirmée, de même que l'unité du jour-amende, fixée à CHF 80.-, compte tenu de la situation personnelle et financière de l'appelant. Le bénéfice du sursis, dont les conditions sont remplies, ainsi que la non révocation du sursis antérieur, sont acquis à l'appelant en vertu de l'interdiction de la reformatio in pejus (art. 391 al. 2 CPP). Le jugement est confirmé sur ce point.

### **E. 3**

L'appelant, qui succombe intégralement, supportera les frais de la procédure d'appel, comprenant un émolument de CHF 1'500.- (art. 428 al. 1 CPP ; art. 14 let. e du règlement fixant le tarif des frais en matière pénale du 22 décembre 2010 [RTFMP –E 4 10.03]).

### **E. 4**

Les prétentions en indemnisation de l'appelant sont rejetées, vu l'issue de la procédure (art. 429 al. 1 CPP a contrario). \* \* \* \* \*

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.