

# **NE\_GERICHTE CCP.2009.59 vom 3. April 2009**

NE Tribunal cantonal, 2009-04-03, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_CCP.2009.59\\_d20090403](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CCP.2009.59_d20090403)

FR: NE\_GERICHTE CCP.2009.59 du 3 avril 2009

IT: NE\_GERICHTE CCP.2009.59 del 3 aprile 2009

## **Regeste**

Distinction entre location de services et placement privé. Nécessité d'une autorisation fédérale délivrée par le SECO pour pratiquer la location de services transfrontalière. Faux intellectuel dans les titres, notion de garant.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté dans les formes et délai légaux (art. 244 CPP), le pourvoi est recevable.

### **E. 2**

a) Dans la location de services, un employeur (bailleur de services) met ses travailleurs à disposition d'un autre employeur (entreprise de mission) pour la fourniture de prestations de travail. Dans le cas du placement privé, une entreprise met en contact des demandeurs d'emploi et des employeurs afin qu'ils concluent entre eux des contrats de travail. Pour l'employeur suisse qui souhaite placer ou louer les services de travailleurs étrangers venant en Suisse pour la première fois ou ne disposant en Suisse que d'une autorisation de séjour de courte durée, une autorisation fédérale délivrée par le SECO est nécessaire, en plus de l'autorisation cantonale (art. 2 al. 3 et 12 al. 2 LSE). Ce n'est que lorsque l'étranger est déjà titulaire d'une autorisation de séjour durable qu'une autorisation fédérale n'est pas nécessaire. La même règle s'applique aux frontaliers. Pour qu'une autorisation puisse être délivrée, l'entreprise de placement et de location de service et les personnes responsables de sa gestion doivent remplir certaines conditions. Elles doivent être de nationalité suisse ou titulaires d'un permis d'établissement, posséder les qualifications nécessaires pour assurer le placement et la location de services conformément aux règles de la profession et jouir d'une bonne réputation (absence d'antécédents judiciaires, de procédures de poursuite et faillite, d'arriérés d'impôts, ou d'autres éléments remettant en cause l'aptitude à gérer une entreprise). Sont considérées comme ayant les compétences professionnelles nécessaires pour diriger une agence de placement ou une entreprise de location de services, les personnes jouissant d'une formation reconnue de placeur ou bailleur de services, et bénéficiant d'une expérience professionnelle de trois ans au moins dans le domaine et de connaissances spécifiques du droit suisse des étrangers si elles louent les services d'étrangers (art. 2 et 3, 12 et 13 LSE, 9 et 33 OSE). En matière de location de service, l'entreprise doit également déposer une caution, qui va de 50'000 à 150'000 francs selon les activités, auprès de l'autorité cantonale qui délivre l'autorisation en garantie des prétentions de salaire des travailleurs dont elle loue les services (art. 14 LSE, art. 6 OEmol-LSE, RS 823.113). Elle a l'obligation de fournir à l'autorité qui délivre l'autorisation tous les renseignements et documents utiles (FF 1985 III p.524ss, ch. 233.1 sous l'art. 17 et le renvoi à l'art. 6 pour les explications). Le nom que les parties donnent au contrat n'est pas déterminant et la distinction entre le placement privé et la location de services doit se faire

au regard de son contenu, de la description du poste ou de la situation concrète de l'employé dans l'entreprise. Un critère important permettant de distinguer le placeur du bailleur de services concerne leur rémunération. Le placeur de services se fait en principe rémunérer par la personne en quête d'emploi sous forme de taxe d'inscription ou de commission si cette dernière lui a demandé par mandat de lui trouver un emploi (art. 9 LSE). En matière de location de services, le bailleur de services facture les heures de missions de ses travailleurs à l'entreprise locataire de service (art. 22 al. 1 let. f LSE). Il établit ainsi un contrat de travail, appelé contrat de mission, avec le travailleur et un contrat de location de services avec l'entreprise cliente (FF 1985 III p.524ss, ch.122.1). b) En l'espèce, c'est à juste titre que le recourant a indiqué que son activité devait être examinée au regard du contrat du 16 avril 2008, lequel prévoyait un contrat entre Y. SA et La société T. SA, ainsi qu'un contrat de mission entre Y. SA et H. (D.28 et 29). De plus, X. a admis qu'il n'avait jamais eu l'intention d'engager H. pour son propre compte. Au demeurant, les salaires des mois de mai et juin 2008, ainsi que les charges sociales de l'employée ont été acquittés par la société Y. SA. Ainsi, les prestations offertes par Y. SA à La société T. semblent bien relever de la location de services, plus précisément du travail temporaire, puisqu'H. a été engagée dans l'unique but de louer ses services à l'entreprise horlogère. Toutefois, la question de la qualification juridique du contrat peut être laissée ouverte. D'abord, il n'est pas certain que le premier juge ait mal qualifié le contrat, puisqu'il parle à plusieurs reprises de placement au service de la société T., ce qui laisse penser qu'il faisait référence à de la location de services. Au demeurant, contrairement à ce que pense le recourant, cette distinction entre placement privé et location de services (chapitre 2 ou 3 LSE) est sans importance en ce qui concerne le régime des autorisations fédérales. Le recourant relève, certes à juste titre, que le premier juge ne lui a pas reproché d'avoir loué les services de personnel vers l'étranger, mais d'avoir recruté H. à l'étranger. Il en déduit, au vu de l'article 12 al. 2 (2<sup>ème</sup> phrase) LSE selon lequel "la location en Suisse de services de personnel recruté à l'étranger n'est pas autorisée", qu'il n'était pas autorisé à recruter H. à l'étranger et qu'en conséquence, il n'était pas juridiquement pertinent de déterminer s'il devait être titulaire d'une autorisation. L'argument est biaisé. Cette 2<sup>ème</sup> phrase de la disposition précitée signifie non pas que la location de service de personnel étranger est dans tous les cas interdite, mais que la location de services de l'étranger en Suisse par un bailleur de services étranger n'est pas autorisée. Ce sont donc uniquement les entreprises étrangères établies à l'étranger qui sont visées par cette disposition; celle-ci ne concerne donc pas le recourant. La ratio legis de cet article tient dans la difficulté pour les autorités suisses de contrôler les entreprises de location de services à l'étranger et sert avant tout à prévenir le détournement, par des bailleurs étrangers, des mesures d'accompagnement dans le domaine du travail temporaire et des conventions collectives de travail ayant force obligatoire générale (FF 1985 III p. 524ss, ch.233.1). C'est du reste ce raisonnement qu'a tenu la Commission de politique extérieure du Conseil des États, dans son rapport du 22 août 2005, lorsqu'elle a adopté une motion du Conseil national, ce qui a amené le Conseil fédéral à abroger l'art. 30 OSE qui prévoyait une exception en faveur des entreprises à l'étranger (BO 2005 CE, annexes p.44-45; RO 2006 2487; Rehbindler, Arbeitsvermittlungs-gesetz, Zürich 1992, p.49). En l'espèce, Everest RH AG est une entreprise suisse située à [...]. Si donc l'article 12 al. 2 (2<sup>ème</sup> phrase) LSE ne concerne pas le recourant, en revanche l'article 12 al. 2 (1<sup>ère</sup> phrase) lui est applicable. Que l'entreprise Y. SA loue les services de personnel de l'étranger ou vers l'étranger, elle devait dans tous les cas être au bénéfice d'une autorisation fédérale, puisque seules les entreprises qui opèrent à l'intérieur de la Suisse ont besoin uniquement d'une autorisation cantonale

(cons.2a ci-dessus). Ainsi, même si le premier juge avait mal qualifié le contrat en utilisant le terme de placement, la solution juridique retenue n'aurait pas été différente, de ce point de vue. c) Dans une deuxième partie de son argumentation, le recourant conteste avoir recruté H. à l'étranger, au motif que cette dernière se serait présentée elle-même dans les locaux de sa société et qu'elle était alors domiciliée à La Chaux-de-Fonds. Ce grief n'est pas fondé. Tout d'abord, il n'est pas pertinent de déterminer si X. a déployé une activité à l'étranger pour recruter du personnel. Ce qui importe c'est le titre de séjour dont était titulaire la travailleuse qu'il voulait engager. Avant la signature du premier contrat en date du 16 avril 2009, H. était effectivement domiciliée en France et devait être considérée comme une travailleuse frontalière, ce que le recourant ne conteste pas. Il affirme cependant qu'après un premier refus de l'Office de la main d'œuvre, il aurait repris le dossier de H. et aurait alors constaté qu'elle était domiciliée en Suisse (D.45). Il en déduit à tort qu'une autorisation cantonale était suffisante ; même si H. a déposé ses papiers en Suisse avant la signature du deuxième contrat, elle n'était pas au bénéfice d'une autorisation de séjour durable ni n'était autorisée à exercer une activité lucrative en Suisse. On était dès lors toujours dans un cas de location de services intéressant l'étranger qui nécessitait une autorisation du SECO (FF 1985 III p. 524ss, ch 222 et 233.1). En effet, la location de services de ressortissants UE/AELE qui sont engagés en Suisse pour une période inférieure à trois mois et qui n'ont de ce fait pas besoin d'une autorisation de séjour puisqu'ils sont uniquement soumis à une obligation d'annonce est assimilée à la location de services de primo-immigrants et par conséquent à la location de services transfrontalière soumise à autorisation fédérale (Directive commune SECO – ODM du 1<sup>er</sup> juillet 2008 sur les incidences de l'Accord sur la libre circulation des personnes avec l'UE et de l'Accord AELE sur les prescriptions régissant le placement et la location de services [1]). Même domiciliée en Suisse, H. était assimilée à une travailleuse résidant encore à l'étranger. d) Le recourant soutient que le premier juge a abusé de son pouvoir d'appréciation, en retenant qu'il avait eu l'intention de contourner l'exigence d'une autorisation fédérale en élaborant le contrat du 29 avril 2009 (D. 20-23), faisant valoir qu'aucune pièce du dossier ne permettait d'arriver à une telle conclusion. Il prétend s'être fié de bonne foi aux déclarations de H., qui lui aurait dit être domiciliée à La Chaux-de-Fonds, si bien que, le cas échéant, une autorisation cantonale suffisait pour pouvoir l'engager. Ce grief n'est pas fondé. Le premier juge a retenu sans arbitraire que le recourant avait été averti à plusieurs reprises par le Service des migrations, en particulier par U. (D.63), au sujet de l'engagement de personnel étranger et du fait qu'il ne disposait pas des autorisations fédérales nécessaires, ceci à une date antérieure à l'engagement de H.. Entendu comme témoin, U. a confirmé au premier juge " que cette discussion a eu lieu bien avant l'engagement " (jugement, p. 3 in initio). Ce fait, décisif, n'est pas contesté. C'est donc en connaissance de cause que le recourant a choisi de contourner les dispositions légales en vigueur dans le but de ne pas déposer la caution de 50'000 francs nécessaire à l'octroi de l'autorisation. C'est pour cette même raison qu'il a élaboré un second contrat en date du 29 avril 2008, en demandant expressément à H. de ne pas mentionner qu'elle travaillerait pour la société T. Au demeurant, un bailleur de services au sens de l'article 12 LSE doit être considéré comme un employeur, soumis comme tel à l'obligation de diligence qu'impose l'article 91 LEtr. Ainsi, même si le recourant avait pu croire de bonne foi que H. était domiciliée en Suisse et qu'il était autorisé à procéder comme il l'a fait, il devait s'assurer, avant de l'engager pour louer ses services, qu'elle était autorisée à exercer une activité lucrative en Suisse en examinant son titre de séjour ou en se renseignant auprès des autorités compétentes. La simple omission de vérification constitue

déjà une violation du devoir de diligence. Le recourant ne pouvait en aucun cas s'exonérer de cette obligation en se réfugiant derrière une tromperie du travailleur (arrêt du TF du 16.11.2009 [2C\_357/2009] cons. 5.2). Cette obligation de diligence découle également de l'obligation de renseigner définie à l'article 17 LSE, qui impose au bailleur de services de fournir tous les renseignements nécessaires et tous les documents requis à l'autorité qui délivre les autorisations, voir le cons. 2a ci-dessus). e) Le recourant soutient finalement (ch. 11 du pourvoi) que le premier juge a retenu à tort que la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant les ressortissants CE-17/AELE (ATF 134 IV 57 ) ne s'appliquait pas et que le défaut d'autorisation de travail restait pénalement punissable. Sur ce point également la motivation du premier juge ne prête pas flanc à la critique. La jurisprudence citée fait en effet référence – comme le cas neuchâtelois - à un contrat de travail ordinaire, alors que dans le cas d'espèce, il s'agit d'un pseudo contrat de travail ordinaire qui devait masquer une véritable location de services, soit une activité soumise à une réglementation particulière. C'est donc à juste titre que le premier juge a retenu que le recourant s'est rendu coupable d'une violation de l'article 39 al. 1 lit. a LSE , pour avoir intentionnellement loué les services de H., sans posséder l'autorisation nécessaire.

### **E. 3**

Le recourant reproche aussi au premier juge une fausse application de l'article 251 CP , subsidiairement un abus de son pouvoir d'appréciation, en retenant à tort que le contrat qu'il a établi 29 avril 2009 constitue un faux dans les titres. a) Aux termes de l'article 251 CP , se rend coupable de faux dans les titres celui qui, dans le dessein de porter atteinte aux intérêts pécuniaires ou aux droits d'autrui, ou de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite, constate ou fait constater faussement, dans un titre, un fait ayant une portée juridique. Sont réputés titres notamment tous écrits destinés ou propres à prouver un fait ayant une portée juridique (art. 110 ch. 5 al. 1er CP; ATF 101 IV 278 , Jdt 1976 IV 135). A l'article 251 CP , le législateur a voulu réprimer aussi bien la falsification d'un document (faux matériel) que l'établissement d'un écrit constatant un fait faux (faux intellectuel). Dans sa jurisprudence la plus récente, le Tribunal fédéral rappelle que l'article 251 CP doit être interprété restrictivement en matière de faux intellectuel (ATF 117 IV 35, JT 1993 IV 84). Par opposition au simple mensonge écrit, la fausse constatation est réprimée lorsqu'une garantie objective s'attache au document, en raison par exemple de la qualité de celui qui l'établit (fonctionnaire, vérificateur, etc.) ou de la valeur que la loi attribue à cet écrit (art. 958 CO relatif au bilan par exemple). De simples faits découlant de l'expérience générale de la vie, telle que la confiance qu'inspire habituellement une allégation défavorable à celui qui l'énonce, ne suffisent pas. Peu importe que dans la vie des affaires, on s'attende généralement à ce que de telles allégations soient exactes (ATF 120 IV 122 , JT 1996 IV 98). Lorsque, comme dans le cas d'espèce, la force probante ne découle pas de la loi, c'est en considération de la personne de son auteur, du but et des circonstances de son élaboration qu'il s'agit d'examiner si le document, pour un destinataire vigilant, a une valeur probante, ou si, au contraire, il s'agit d'un document naturellement sujet à vérification ou discussion ( Bernard Corboz , les principales infractions, Berne 1997-1999 p.311) . Ont par exemple été considérés comme des faux dans les titres une feuille de maladie mensongère, établie par un médecin, et une approbation écrite inexacte émanant d'un architecte chargé de vérifier des factures (ATF 117 IV 165 , JT 1993 IV 120; ATF 119 IV 54 , JT 1995 IV 69). De tels écrits sont en effet l'œuvre de professionnels bénéficiant d'une confiance particulière, raison pour laquelle une vérification n'est en principe pas nécessaire. Un contrat passé en la forme écrite est propre à prouver que deux personnes ont exprimé leur

volonté commune de s'obliger réciproquement. Son caractère de titre est incontestable en tant qu'il sert à prouver la réalité des déclarations. En revanche, un contrat ne prouve pas que les déclarations communes expriment la volonté réelle des parties au contrat. Il peut servir à créer l'apparence d'un acte juridique à l'égard des tiers (acte simulé, ATF 120 IV 25, JdT 1996 IV 15). Pour qu'un contrat écrit fasse preuve de la véracité de l'acte juridique apparemment conclu, il faut qu'il bénéficie d'une crédibilité particulière. Pour qu'on admette que l'acte constitue un faux, il faut que le ou les signataires du contrat se trouvent dans une position de garant par rapport aux tiers induits en erreur. b) En l'espèce, X., en tant que responsable d'une agence de placement bénéficiant d'une autorisation cantonale de pratiquer, ne pouvait pas être considéré comme un simple employeur. Il est un professionnel qui dispose de connaissances et de compétences particulières dans son domaine d'activité et qui, de ce fait, bénéficie d'une position privilégiée qui inspire une confiance particulière. C'est pour pouvoir se fier aux déclarations des agences de placement que leur activité est soumise à autorisations, lesquelles sont délivrées à des conditions strictes. A teneur de l'aide-mémoire du SECO résumant les Directives et commentaires relatifs à la loi sur le service de l'emploi et à la location de services et au tarif des émoluments de la loi sur le service de l'emploi [2], la personne responsable de la gestion doit, entre autres conditions décrites précédemment, être présente au moins à 50 pour cent du temps à son agence, afin d'assumer sa fonction de garant conformément aux règles de la profession. Il est en effet indispensable que les Offices puissent compter sur la véracité des informations fournies par les agences de placement afin de garantir un fonctionnement normal des procédures d'octroi d'autorisation de travail. Pour cette raison, une vérification de l'authenticité du contrat et de la véracité de son contenu par l'Office des migrations n'était pas exigée. Ce n'est que lors de la procédure d'échange d'informations, alors que l'autorisation de travail avait déjà été octroyée sur la base des déclarations et des documents fournis par le recourant, que l'Office de surveillance a constaté au cours d'une visite auprès de l'agence de placement Everest RH AG qu'H. ne travaillait pas à l'endroit indiqué par le recourant. En l'espèce, le contrat offrait une garantie suffisante, en vertu de la personne l'ayant établi, pour pouvoir constituer une pièce revêtue d'une force probante particulière, destinée et propre à prouver les renseignements qu'il fournissait (ATF 117 IV 165, JdT 1993 IV 122). c) L'infraction étant ainsi réalisée d'un point de vue objectif, il faut encore se demander, sur le plan subjectif, si le recourant a agi intentionnellement et dans le dessein prévu par la loi, soit pour se procurer ou procurer à un tiers un avantage illicite, ou pour porter atteinte aux intérêts pécuniaires ou aux droits d'autrui. Le recourant a certes répété à plusieurs reprises avoir agi à son sens de manière conforme à la loi, prétendant qu'après un premier refus de l'Office des migrations de recruter une personne venant de l'étranger, il aurait tout simplement renoncé à louer les services de H. Ce n'est qu'ultérieurement, en constatant que cette dernière résidait à La Chaux-de-Fonds, qu'il aurait établi un nouveau contrat aux termes duquel il engageait H. pour le compte de sa propre entreprise, toujours avec l'intention de louer ses services à la société T. Au vu des pièces du dossier et comme exposé précédemment (cons. 2c et d), le recourant ne pouvait pas se croire autorisé à établir un tel contrat, qui ne mentionnait pas le nom de l'entreprise locataire de services. C'est donc volontairement que le recourant a établi un deuxième contrat en date du 29 avril 2008 qui indiquait faussement qu'H. travaillait en tant qu'employée de sa propre entreprise selon un contrat de travail ordinaire, alors que ses services étaient toujours destinés à être loués à la société T. Il a agi ainsi dans le but de s'affranchir du paiement d'une caution de 50'000 francs, nécessaire à l'octroi d'une autorisation fédérale de travail, ou encore - comme le

retient le premier juge – pour obtenir l'attestation d'annonce d'une activité lucrative avec prise d'emploi auprès d'un employeur suisse établie par le service des migrations et figurant au dossier (jugement p. 4 cons. 5 in fine) . Ce dernier grief doit être écarté.

#### **E. 4**

Entièrement mal fondé, le pourvoi sera rejeté, avec suite de frais.

#### **E. 30**

OSE qui prévoyait une exception en faveur des entreprises à l'étranger (BO 2005 CE, annexes p.44-45; RO 2006 2487;Rehbinder, Arbeitsvermittlungs-gesetz, Zürich 1992, p.49). En l'espèce, Everest RH AG est une entreprise suisse située à [...]. Si donc l'article 12 al. 2 (2ème phrase) LSE ne concerne pas le recourant, en revanche l'article 12 al. 2 (1ère phrase) lui est applicable. Que l'entreprise Y. SA loue les services de personnel de l'étranger ou vers l'étranger, elle devait dans tous les cas être au bénéfice d'une autorisation fédérale, puisque seules les entreprises qui opèrent à l'intérieur de la Suisse ont besoin uniquement d'une autorisation cantonale (cons.2a ci-dessus). Ainsi, même si le premier juge avait mal qualifié le contrat en utilisant le terme déplacement, la solution juridique retenue n'aurait pas été différente, de ce point de vue.

c) Dans une deuxième partie de son argumentation, le recourant conteste avoir recruté H. à l'étranger, au motif que cette dernière se serait présentée elle-même dans les locaux de sa société et qu'elle était alors domiciliée à La Chaux-de-Fonds. Ce grief n'est pas fondé. Tout d'abord, il n'est pas pertinent de déterminer si X. a déployé une activité à l'étranger pour recruter du personnel. Ce qui importe c'est le titre de séjour dont était titulaire la travailleuse qu'il voulait engager. Avant la signature du premier contrat en date du 16 avril 2009, H. était effectivement domiciliée en France et devait être considérée comme une travailleuse frontalière, ce que le recourant ne conteste pas. Il affirme cependant qu'après un premier refus de l'Office de la main d'œuvre, il aurait repris le dossier de H. et aurait alors constaté qu'elle était domiciliée en Suisse (D.45). Il en déduit à tort qu'une autorisation cantonale était suffisante ; même si H. a déposé ses papiers en Suisse avant la signature du deuxième contrat, elle n'était pas au bénéfice d'une autorisation de séjour durable ni n'était autorisée à exercer une activité lucrative en Suisse. On était dès lors toujours dans un cas de location de services intéressant l'étranger qui nécessitait une autorisation du SECO (FF 1985 III p. 524ss, ch 222 et 233.1). En effet, la location de services de ressortissants UE/AELE qui sont engagés en Suisse pour une période inférieure à trois mois et qui n'ont de ce fait pas besoin d'une autorisation de séjour puisqu'ils sont uniquement soumis à une obligation d'annonce est assimilée à la location de services de primo-immigrants et par conséquent à la location de services transfrontalière soumise à autorisation fédérale (Directive commune SECO ■ ODM du 1er juillet 2008 sur les incidences de l'Accord sur la libre circulation des personnes avec l'UE et de l'Accord AELE sur les prescriptions régissant le placement et la location de services[1]). Même domiciliée en Suisse, H. était assimilée à une travailleuse résidant encore à l'étranger.

d) Le recourant soutient que le premier juge a abusé de son pouvoir d'appréciation, en retenant qu'il avait eu l'intention de contourner l'exigence d'une autorisation fédérale en élaborant le contrat du 29 avril 2009 (D. 20-23), faisant valoir qu'aucune pièce du dossier ne permettait d'arriver à une telle conclusion. Il prétend s'être fié de bonne foi aux déclarations de H., qui lui aurait dit être domiciliée à La Chaux-de-Fonds, si bien que, le cas échéant, une autorisation cantonale suffisait pour pouvoir l'engager.

Ce grief n'est pas fondé. Le premier juge a retenu sans arbitraire que le recourant avait été averti à plusieurs reprises par le Service des migrations, en particulier par U. (D.63), au sujet de l'engagement de personnel étranger et du fait qu'il ne disposait pas des autorisations fédérales nécessaires, ceci à une date antérieure à l'engagement de H.. Entendu comme témoin, U. a confirmé au premier juge "que cette discussion a eu lieu bien avant l'engagement" (jugement, p. 3 in initio). Ce fait, décisif, n'est pas contesté. C'est donc en connaissance de cause que le recourant a choisi de contourner les dispositions légales en vigueur dans le but de ne pas déposer la caution de 50'000 francs nécessaire à l'octroi de l'autorisation. C'est pour cette même raison qu'il a élaboré un second contrat en date du 29 avril 2008, en demandant expressément à H. de ne pas mentionner qu'elle travaillerait pour la société T. Au demeurant, un bailleur de services au sens de l'article 12 LSE doit être considéré comme un employeur, soumis comme tel à l'obligation de diligence qu'impose l'article 91 LEtr. Ainsi, même si le recourant avait pu croire de bonne foi que H. était domiciliée en Suisse et qu'il était autorisé à procéder comme il l'a fait, il devait s'assurer, avant de l'engager pour louer ses services, qu'elle était autorisée à exercer une activité lucrative en Suisse en examinant son titre de séjour ou en se renseignant auprès des autorités compétentes. La simple omission de vérification constitue déjà une violation du devoir de diligence. Le recourant ne pouvait en aucun cas s'exonérer de cette obligation en se réfugiant derrière une tromperie du travailleur (arrêt du TF du 16.11.2009 [2C\_357/2009] cons. 5.2). Cette obligation de diligence découle également de l'obligation de renseigner définie à l'article 17 LSE, qui impose au bailleur de services de fournir tous les renseignements nécessaires et tous les documents requis à l'autorité qui délivre les autorisations, voir le cons. 2a ci-dessus).

e) Le recourant soutient finalement (ch. 11 du pourvoi) que le premier juge a retenu à tort que la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant les ressortissants CE-17/AELE (ATF 134 IV 57) ne s'appliquait pas et que le défaut d'autorisation de travail restait pénalement punissable. Sur ce point également la motivation du premier juge ne prête pas flanc à la critique. La jurisprudence citée fait en effet référence ■ comme le cas neuchâtelois - à un contrat de travail ordinaire, alors que dans le cas d'espèce, il s'agit d'un pseudo contrat de travail ordinaire qui devait masquer une véritable location de services, soit une activité soumise à une réglementation particulière.

C'est donc à juste titre que le premier juge a retenu que le recourant s'est rendu coupable d'une violation de l'article 39 al. 1 lit. a LSE, pour avoir intentionnellement loué les services de H., sans posséder l'autorisation nécessaire.

3. Le recourant reproche aussi au premier juge une fausse application de l'article 251 CP, subsidiairement un abus de son pouvoir d'appréciation, en retenant à tort que le contrat qu'il a établi 29 avril 2009 constitue un faux dans les titres.

a) Aux termes de l'article 251 CP, se rend coupable de faux dans les titres celui qui, dans le dessein de porter atteinte aux intérêts pécuniaires ou aux droits d'autrui, ou de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite, constate ou fait constater faussement, dans un titre, un fait ayant une portée juridique. Sont réputés titres notamment tous écrits destinés ou propres à prouver un fait ayant une portée juridique (art. 110 ch. 5 al. 1er CP; ATF 101 IV 278, Jdt 1976 IV 135). A l'article 251 CP, le législateur a voulu réprimer aussi bien la falsification d'un document (faux matériel) que l'établissement d'un écrit constatant un fait faux (faux intellectuel). Dans sa jurisprudence la plus récente, le Tribunal fédéral rappelle que l'article 251 CP doit être interprété restrictivement en matière de faux

intellectuel (ATF 117 IV 35, JT 1993 IV 84). Par opposition au simple mensonge écrit, la fausse constatation est réprimée lorsqu'une garantie objective s'attache au document, en raison par exemple de la qualité de celui qui l'établit (fonctionnaire, vérificateur, etc.) ou de la valeur que la loi attribue à cet écrit (art. 958 CO relatif au bilan par exemple). De simples faits découlant de l'expérience générale de la vie, telle que la confiance qu'inspire habituellement une allégation défavorable à celui qui l'énonce, ne suffisent pas. Peu importe que dans la vie des affaires, on s'attende généralement à ce que de telles allégations soient exactes (ATF120 IV 122, JT 1996 IV 98).

Lorsque, comme dans le cas d'espèce, la force probante ne découle pas de la loi, c'est en considération de la personne de son auteur, du but et des circonstances de son élaboration qu'il s'agit d'examiner si le document, pour un destinataire vigilant, a une valeur probante, ou si, au contraire, il s'agit d'un document naturellement sujet à vérification ou discussion (Bernard Corboz, les principales infractions, Berne 1997-1999 p.311). Ont par exemple été considérés comme des faux dans les titres une feuille de maladie mensongère, établie par un médecin, et une approbation écrite inexacte émanant d'un architecte chargé de vérifier des factures (ATF117 IV 165, JT 1993 IV 120; ATF119 IV 54, JT 1995 IV 69). De tels écrits sont en effet l'œuvre de professionnels bénéficiant d'une confiance particulière, raison pour laquelle une vérification n'est en principe pas nécessaire.

Un contrat passé en la forme écrite est propre à prouver que deux personnes ont exprimé leur volonté commune de s'obliger réciproquement. Son caractère de titre est incontestable en tant qu'il sert à prouver la réalité des déclarations. En revanche, un contrat ne prouve pas que les déclarations communes expriment la volonté réelle des parties au contrat. Il peut servir à créer l'apparence d'un acte juridique à l'égard des tiers (acte simulé, ATF120 IV 25, JdT 1996 IV 15). Pour qu'un contrat écrit fasse preuve de la véracité de l'acte juridique apparemment conclu, il faut qu'il bénéficie d'une crédibilité particulière. Pour qu'on admette que l'acte constitue un faux, il faut que le ou les signataires du contrat se trouvent dans une position de garant par rapport aux tiers induits en erreur.

b) En l'espèce, X., en tant que responsable d'une agence de placement bénéficiant d'une autorisation cantonale de pratiquer, ne pouvait pas être considéré comme un simple employeur. Il est un professionnel qui dispose de connaissances et de compétences particulières dans son domaine d'activité et qui, de ce fait, bénéficie d'une position privilégiée qui inspire une confiance particulière. C'est pour pouvoir se fier aux déclarations des agences de placement que leur activité est soumise à autorisations, lesquelles sont délivrées à des conditions strictes. A teneur de l'aide-mémoire du SECO résumant les Directives et commentaires relatifs à la loi sur le service de l'emploi et à la location de services et au tarif des émoluments de la loi sur le service de l'emploi[2], la personne responsable de la gestion doit, entre autres conditions décrites précédemment, être présente au moins à 50 pour cent du temps à son agence, afin d'assumer sa fonction de garant conformément aux règles de la profession. Il est en effet indispensable que les Offices puissent compter sur la véracité des informations fournies par les agences de placement afin de garantir un fonctionnement normal des procédures d'octroi d'autorisation de travail. Pour cette raison, une vérification de l'authenticité du contrat et de la véracité de son contenu par l'Office des migrations n'était pas exigée. Ce n'est que lors de la procédure d'échange d'informations, alors que l'autorisation de travail avait déjà été octroyée sur la base des déclarations et des documents fournis par le recourant, que l'Office de surveillance a constaté au cours d'une visite auprès de l'agence de placement Everest RH AG qu'H. ne

travaillait pas à l'endroit indiqué par le recourant. En l'espèce, le contrat offrait une garantie suffisante, en vertu de la personne l'ayant établi, pour pouvoir constituer une pièce revêtue d'une force probante particulière, destinée et propre à prouver les renseignements qu'il fournissait (ATF 117 IV 165, JdT 1993 IV 122).

c) L'infraction étant ainsi réalisée d'un point de vue objectif, il faut encore se demander, sur le plan subjectif, si le recourant a agi intentionnellement et dans le dessein prévu par la loi, soit pour se procurer ou procurer à un tiers un avantage illicite, ou pour porter atteinte aux intérêts pécuniaires ou aux droits d'autrui. Le recourant a certes répété à plusieurs reprises avoir agi à son sens de manière conforme à la loi, prétendant qu'après un premier refus de l'Office des migrations de recruter une personne venant de l'étranger, il aurait tout simplement renoncé à louer les services de H. Ce n'est qu'ultérieurement, en constatant que cette dernière résidait à La Chaux-de-Fonds, qu'il aurait établi un nouveau contrat aux termes duquel il engageait H. pour le compte de sa propre entreprise, toujours avec l'intention de louer ses services à la société T.

Au vu des pièces du dossier et comme exposé précédemment (cons. 2c et d), le recourant ne pouvait pas se croire autorisé à établir un tel contrat, qui ne mentionnait pas le nom de l'entreprise locataire de services. C'est donc volontairement que le recourant a établi un deuxième contrat en date du 29 avril 2008 qui indiquait faussement qu'H. travaillait en tant qu'employée de sa propre entreprise selon un contrat de travail ordinaire, alors que ses services étaient toujours destinés à être loués à la société T. Il a agi ainsi dans le but de s'affranchir du paiement d'une caution de 50'000 francs, nécessaire à l'octroi d'une autorisation fédérale de travail, ou encore - comme le retient le premier juge ■ pour obtenir l'attestation d'annonce d'une activité lucrative avec prise d'emploi auprès d'un employeur suisse établie par le service des migrations et figurant au dossier (jugement p. 4 cons. 5 in fine) . Ce dernier grief doit être écarté.

4. Entièrement mal fondé, le pourvoi sera rejeté, avec suite de frais.

Par ces motifs, LA COUR DE CASSATION PENALE

1. Rejette le pourvoi.

2. Condamne le recourant au frais de la cause, arrêtés à 880 francs.

Neuchâtel, le 16 juin 2010

AU NOM DE LA COUR DE CASSATION PENALE

Le greffier

Le président

1 Les employeurs (bailleurs de services) qui font commerce de céder à des tiers (entreprises locataires de services) les services de travailleurs doivent avoir obtenu une autorisation de l'office cantonal du travail.

2 Outre l'autorisation cantonale, une autorisation du SECO est nécessaire pour louer les services de travailleurs vers l'étranger. La location en Suisse de services de personnel recruté à l'étranger n'est pas autorisée.

3 Si une succursale n'a pas son siège dans le même canton que la maison mère, elle doit avoir obtenu une autorisation; si elle est établie dans le même canton que la maison mère, elle doit être déclarée à l'office cantonal du travail.

1 Sera puni d'une amende de 100 000 francs au maximum celui qui, intentionnellement,

a.

aura procuré du travail ou loué des services sans posséder l'autorisation nécessaire;

b.

aura placé des étrangers ou les aura engagés pour en louer les services sans observer les prescriptions légales en matière de main-d'oeuvre étrangère. Est réservée une sanction supplémentaire en application de l'art. 23 de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers<sup>1</sup>.

<sup>2</sup>Sera puni d'une amende de 40 000 francs au maximum celui qui, intentionnellement,

a.

aura recouru en sa qualité d'employeur, aux services d'un placeur ou d'un bailleur de services qu'il savait ne pas posséder l'autorisation requise;

b.

aura enfreint l'obligation d'annoncer et de renseigner (art. 6, 7, 17, 18 et 29);

c.

n'aura pas communiqué par écrit, en sa qualité de bailleur de services, la teneur essentielle du contrat de travail ou ne l'aura fait qu'incomplètement ou encore aura conclu un arrangement illicite (art. 19 et 22);

d.

aura contrevenu, en sa qualité de placeur, aux dispositions concernant le calcul de la commission de placement (art. 9) ou, en sa qualité de bailleur de services, aura exigé du travailleur le paiement d'émoluments ou de prestations financières préalables (art. 19, al. 5);

e.

se sera livré à une propagande fallacieuse en matière d'émigration de personnes actives (art. 30);

f.

aura enfreint l'obligation de garder le secret (art. 7, 18 et 34).

<sup>3</sup>Sera puni d'une amende de 20 000 francs au maximum celui qui, par négligence, aura enfreint l'al. 1 ou 2, let. b à f. Dans les cas de peu de gravité, la peine pourra être remise.

<sup>4</sup>Est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque obtient une autorisation en donnant des indications inexactes ou fallacieuses ou en taisant des faits importants.<sup>2</sup>

<sup>5</sup>Si des infractions sont commises dans la gestion d'entreprises ou d'autres établissements analogues, les art. 6 et 7 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif<sup>3</sup>sont applicables.

<sup>6</sup>La poursuite pénale incombe aux cantons.

<sup>1</sup>[RS1113; RO1949225,19871665,1988332,19901587 art. 3 al. 2,1991362 ch. II 11 1034 ch. III,1995146,19991111 2253 2262 annexe ch. 1,20001891 ch. IV 2,2002685 ch. I 1 701 ch. I 1 3988 annexe ch. 3,20034557 annexe ch. II 2,20041633 ch. I 1 4655 ch. I 1,20055685 annexe ch. 2,2006979 art. 2 ch. 1 1931 art. 18 ch. 1 2197 annexe ch. 3 3459 annexe ch. 1

4745 annexe ch. 1, 2007359 annexe ch. 1. RO20075437 annexe ch. I]. Voir actuellement la LF du 16 déc. 2005 sur les étrangers (RS142.20).<sup>2</sup>Nouvelle teneur selon l'art. 333 du code pénal (RS311.0), dans la teneur de la LF du 13 déc. 2002, en vigueur depuis le 1er janv. 2007 (RO20063459).<sup>3</sup>RS313.0

<sup>1</sup>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.

<sup>2</sup>Quiconque sollicite, en Suisse, une prestation de services transfrontaliers doit s'assurer que la personne qui fournit la prestation de services est autorisée à exercer une activité en Suisse en examinant son titre de séjour ou en se renseignant auprès des autorités compétentes.

Faux dans les titres

1. Celui qui, dans le dessein de porter atteinte aux intérêts pécuniaires ou aux droits d'autrui, ou de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite,

aura créé un titre faux, falsifié un titre, abusé de la signature ou de la marque à la main réelles d'autrui pour fabriquer un titre supposé, ou constaté ou fait constater faussement, dans un titre, un fait ayant une portée juridique,

ou aura, pour tromper autrui, fait usage d'un tel titre,

sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

2. Dans les cas de très peu de gravité, le juge pourra prononcer une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire.

<sup>1</sup>Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 17 juin 1994, en vigueur depuis le 1er janv. 1995 (RO19942290 2309; FF1991III 933).

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