

COUR D'APPEL PENALE

Audience du 19 août 2019

Composition : M. PELLET, président
Mme Fonjallaz et M. Winzap, juges
Greffière : Mme Villars

* * * * *

Parties à la présente cause :

Y._____, prévenu, représenté par Me Trimor Mehmetaj, défenseur de
choix à Fribourg, appelant,

et

MINISTERE PUBLIC, représenté par le Procureur de l'arrondissement du
Nord vaudois, intimé.

La Cour d'appel pénale considère :

En fait :

A. Par jugement du 7 mars 2019, le Tribunal de police de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois a constaté que Y. _____ s'était rendu coupable d'entrée illégale, de séjour illégal et d'exercice d'une activité lucrative sans autorisation (I), l'a condamné à une peine privative de liberté de 120 jours (II) et a mis les frais de la cause, par 600 fr., à la charge de Y. _____ (III).

B. Par annonce du 18 mars 2019, puis déclaration motivée du 15 avril 2019, Y. _____ a interjeté appel contre ce jugement, en concluant, avec suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens qu'il est condamné à une peine privative de liberté de 60 jours avec sursis pendant 3 ans et qu'une indemnité équitable lui est allouée à titre de dépens, les frais d'appel étant laissés à la charge de l'Etat.

Par acte du 3 mai 2019, le Ministère public a déclaré renoncer à déposer des conclusions motivées et se référer à la décision attaquée.

C. Les faits retenus sont les suivants :

1. Y. _____ est né le [...] 1992 au Kosovo, pays dont il est originaire. Il y a suivi sa scolarité primaire, mais il n'a pas réussi à terminer sa formation secondaire. Il a expliqué qu'il avait peu travaillé au Kosovo, car il n'était pas libre de sortir et de se rendre à son travail. Selon lui, sa famille serait en très mauvais termes avec une autre famille qui aurait tué ses oncles paternels. Le prévenu a quitté pour la première fois le Kosovo en 2012 pour venir en Suisse. Si l'on en croit ses déclarations, à l'exception d'une période de deux semaines au printemps 2017, il aurait depuis lors toujours vécu en Suisse. Il a admis qu'il lui arrivait de travailler

dans notre pays et qu'il était également aidé financièrement par sa sœur qui vit en Autriche. Lorsqu'il a travaillé, il gagnait environ 1'500 fr. par mois. Célibataire, il n'a pas de domicile fixe. Il a des dettes envers des proches de l'ordre de 5'000 à 6'000 francs.

Son casier judiciaire suisse fait état des sept inscriptions suivantes :

- 15 novembre 2013 : Ministère public de l'arrondissement du Nord vaudois, entrée illégale, séjour illégal et activité lucrative sans autorisation, peine pécuniaire de 80 jours-amende à 30 fr. le jour avec sursis pendant deux ans, sursis révoqué ;

- 16 avril 2014 : Ministère public de l'arrondissement du Nord vaudois, séjour illégal et activité lucrative sans autorisation, peine pécuniaire de 90 jours-amende à 30 fr. le jour avec sursis pendant trois ans, sursis révoqué ;

- 19 septembre 2014 : Ministère public du canton de Fribourg, séjour illégal et activité lucrative sans autorisation, peine privative de liberté de 20 jours ;

- 8 juillet 2015 : Ministère public de l'arrondissement du Nord vaudois, entrée illégale, séjour illégal et activité lucrative sans autorisation, peine pécuniaire de 90 jours-amende à 30 fr. le jour ;

- 21 juillet 2016 : Ministère public de l'arrondissement du Nord vaudois, séjour illégal et activité lucrative sans autorisation, peine privative de liberté de 75 jours ;

- 16 mai 2017 : Ministère public de l'arrondissement du Nord vaudois, entrée illégale et séjour illégal, peine privative de liberté de 30 jours ;

- 5 décembre 2017 : Ministère public de l'arrondissement du Nord vaudois, entrée illégale et séjour illégal, peine privative de liberté de 60 jours et amende de 100 francs.

2.

2.1 A [...], le samedi 12 mai 2018, Y._____, ressortissant kosovar titulaire d'une carte d'identité, a fait l'objet d'un contrôle par la Police cantonale vaudoise. Il est alors apparu que celui-ci, dépourvu de passeport et de titre de séjour, et sous interdiction d'entrée notifiée, valable du 7 novembre 2014 au 6 novembre 2019, était en séjour illégal en Suisse depuis sa précédente interpellation du 15 octobre 2017. Pendant cette période, Y._____ a travaillé à plusieurs reprises pour le compte de différents employeurs.

2.2 Le 20 octobre 2018, lors d'un contrôle de la circulation à [...], il est apparu que Y._____, après avoir quitté le territoire suisse durant trois semaines après sa dernière interpellation, était entré illégalement en Suisse à la fin du mois de mai 2018 et y avait séjourné illégalement, à [...] et en tout autre lieu, depuis lors et jusqu'au 23 novembre 2018, date à laquelle il a à nouveau fait l'objet d'un contrôle de la circulation à [...].

En droit :

1. Interjeté dans les formes et délais légaux (art. 399 CPP [Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 ; RS 312.0]) par une partie ayant qualité pour recourir contre le jugement d'un tribunal de première instance qui a clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP), l'appel de Y._____ est recevable.

2. Aux termes de l'art. 398 CPP, la juridiction d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen sur tous les points attaqués du jugement (al. 2). L'appel peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus

du pouvoir d'appréciation, le déni de justice et le retard injustifié (al. 3 let. a), pour constatation incomplète ou erronée des faits (al. 3 let. b) et pour inopportunité (al. 3 let. c).

L'appel doit permettre un nouvel examen au fond par la juridiction d'appel. Celle-ci ne doit pas se borner à rechercher les erreurs du juge précédent et à critiquer le jugement de ce dernier ; elle doit tenir ses propres débats et prendre sa décision sous sa responsabilité et selon sa libre conviction, qui doit reposer sur le dossier et sa propre administration des preuves. L'appel tend à la répétition de l'examen des faits et au prononcé d'un nouveau jugement (Eugster, in : Niggli/Heer/Wiprächtiger [éd.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2^e éd., Bâle 2014, n. 1 ad art. 398 CPP).

3.

3.1 L'appelant conclut à la réduction de sa peine privative de liberté à 60 jours et à l'octroi du sursis avec un délai d'épreuve d'une durée de 3 ans. Invoquant une violation des art. 47, 48 et 48a CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; RS 311), il fait valoir qu'il vit sous la menace constante d'être abattu par une famille rivale au Kosovo où il ne peut plus vivre normalement, que son oncle a été abattu en Suisse en 2013 par des tueurs à gage de la famille rivale, qu'il a une peur constante d'être tué et que ces éléments justifient une baisse significative de la peine.

3.2

3.2.1 Aux termes de l'art. 47 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; RS 311), applicable en matière d'infractions à la LStup en vertu du renvoi de l'art. 26 de cette dernière loi, 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).

Selon cette disposition, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Celle-ci 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. 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. A ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même, 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 (ATF 141 IV 61 consid. 6.1.1).

L'art. 47 CP confère un large pouvoir d'appréciation au juge. Par conséquent, celui-ci ne viole le droit fédéral en fixant la peine que s'il sort du cadre légal, s'il se fonde sur des critères étrangers à l'art. 47 CP, s'il omet de prendre en considération des éléments d'appréciation prévus par cette disposition ou, enfin, si la peine qu'il prononce est exagérément sévère ou clémente au point de constituer un abus du pouvoir d'appréciation (ATF 136 IV 55 consid. 5.6 ; ATF 134 IV 17 consid. 2.1).

3.2.2 Selon l'art. 115 LEI (Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration, dénommée Loi fédérale sur les étrangers avant le 1^{er} janvier 2019 [LEtr] ; RS 142.20), est puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque (a) contrevient aux dispositions sur l'entrée en Suisse (art. 5), (b) séjourne illégalement en Suisse, notamment après l'expiration de la durée du séjour non soumis à autorisation ou du séjour autorisé ou (c) exerce une activité lucrative sans autorisation.

Le champ d'application personnel de l'art. 115 al. 1 let. c LEI s'étend à tous les travailleurs étrangers, à l'exception des bénéficiaires d'un permis d'établissement ou des ressortissants des Etats parties à l'Accord sur la libre circulation des personnes (Nägeli/Schoch, in : Uebersax et alii, Ausländerrecht, vol. III, Bâle 2009, n. 22.61 ad art. 115 LEI).

Le Tribunal fédéral a déduit de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après: CJUE) que la Directive sur le retour n'est pas applicable aux ressortissants des pays tiers qui ont commis, outre le séjour irrégulier, un ou plusieurs autres délits en dehors du droit pénal sur les étrangers (ATF 143 IV 264 consid. 2.4 et 2.6). En outre, la Directive sur le retour ne s'applique pas à l'infraction d'entrée illégale au sens de l'art. 115 al. 1 let. a LEI (Favre/Pellet/ Stoudmann, Droit pénal accessoire, Code annoté, Lausanne 2018, n. 1.11 ad art. 115 LEI et les réf. citées). Selon la jurisprudence de la CJUE, elle ne n'oppose pas à une réglementation qui prévoit une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers en situation de séjour irrégulier qui, après être retourné dans son pays d'origine dans le cadre d'une procédure de retour antérieure, entre de nouveau irrégulièrement sur le territoire dudit Etat en violation d'une interdiction d'entrée (ATF 143 IV 249, consid. 1.4.5).

3.2.3 Si, en raison d'un ou de plusieurs actes, l'auteur remplit les conditions de plusieurs peines de même genre, le juge le condamne à la peine de l'infraction la plus grave et l'augmente dans une juste proportion. Il ne peut toutefois excéder de plus de la moitié le maximum de la peine prévue pour cette infraction. Il est en outre lié par le maximum légal de chaque genre de peine (art. 49 al. 1 CP).

L'exigence, pour appliquer l'art. 49 al. 1 CP, que les peines soient de même genre, implique que le juge examine, pour chaque infraction commise, la nature de la peine à prononcer pour chacune d'elle. Le prononcé d'une peine d'ensemble en application du principe de l'aggravation contenu à l'art. 49 CP n'est ensuite possible que si le juge choisit, dans le cas concret, le même genre de peine pour sanctionner

chaque infraction commise (ATF 144 IV 217, JdT 2018 IV 335 ; ATF 142 IV 265 IV 2.3.2, JdT 2017 IV 129; ATF 138 IV 120 consid. 5.2 p. 122, JdT 2013 IV 43). Que les dispositions pénales applicables prévoient abstraitement des peines de même genre ne suffit pas (ATF 144 IV 217 consid. 2.2 ; ATF 138 IV 120 consid. 5.2 p. 123; plus récemment TF 6B_1394/2017 du 2 août 2018 consid. 8.3.1). Si les sanctions envisagées concrètement ne sont pas du même genre, elles doivent être prononcées cumulativement (ATF 142 IV 265 consid. 2.3.2; ATF 138 IV 120 consid. 5.2 p. 122; ATF 137 IV 57 consid. 4.3.1 p. 58). La peine privative de liberté et la peine pécuniaire ne sont pas des sanctions du même genre (ATF 144 IV 217 consid. 2.2 ; ATF 137 IV 57 consid. 4.3.1 p. 58).

Lorsqu'il s'avère que les peines envisagées concrètement sont de même genre, l'art. 49 al. 1 CP impose au juge, dans un premier temps, de fixer la peine pour l'infraction abstraitement – d'après le cadre légal fixé pour chaque infraction à sanctionner – la plus grave, en tenant compte de tous les éléments pertinents, parmi lesquels les circonstances aggravantes ou atténuantes. Dans un second temps, il augmentera cette peine pour sanctionner chacune des autres infractions, en tenant là aussi compte de toutes les circonstances y relatives (TF 6B_559/2018 du 26 octobre 2018 et les réf. citées). La jurisprudence avait admis que le juge puisse s'écarter de cette méthode concrète dans plusieurs configurations (cf. ATF 144 IV 217 précité consid. 2.4), notamment lorsque les différentes infractions étaient étroitement liées sur les plans matériel et temporel, de sorte qu'elles ne pouvaient être séparées et être jugées pour elles seules (TF 6B_1216/2017 du 11 juin 2018 consid. 1.1.1). Le Tribunal fédéral avait également considéré, exceptionnellement, conforme à l'art. 49 al. 1 CP une peine d'ensemble fixée sans qu'une peine hypothétique ait été préalablement arrêtée pour chaque infraction commise, dans un cas où aucune des infractions à trancher n'était clairement plus grave que les autres (ATF 144 IV 217, JdT 2018 IV 335, se référant à l'arrêt TF 6B_499/2013 du 22 octobre 2013 consid. 1.8). Au vu des critiques formulées quant à l'insécurité que ces exceptions créaient et afin d'assurer une application uniforme de l'art. 49 al. 1 CP, le Tribunal fédéral est toutefois revenu sur ce point en soulignant que cette disposition ne

prévoyait aucune exception (ATF 144 IV 217 précité consid. 3.5.4 ; TF 6B_559/2018 du 26 octobre 2018 et les réf. citées).

3.2.4 Dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2017, l'art. 42 al. 1 CP prévoit 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. Par ailleurs, en vertu de l'art. 43 al. 1 CP, le juge peut suspendre partiellement l'exécution 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.

Sur le plan subjectif, le juge doit poser, pour l'octroi du sursis, un pronostic quant au comportement de l'auteur. En l'absence de pronostic défavorable, il doit accorder le sursis. Celui-ci est ainsi la règle, dont le juge ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic défavorable ou hautement incertain (ATF 134 IV 1 consid. 4.2.2). En d'autres termes, la loi présume l'existence d'un pronostic favorable et cette présomption doit être renversée pour exclure le sursis. La question de savoir si le sursis serait de nature à détourner le prévenu 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 du prévenu et ses chances d'amendement (ATF 134 IV 1 consid. 4.2.1). A cet égard, la prise de conscience de sa faute par l'auteur doit permettre d'augurer d'un changement d'attitude face à ses actes (TF 6B_171/2007 du 23 juillet 2007 consid. 4). Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation en la matière (TF 6B_392/2016 du 10 novembre 2016 ; ATF 134 IV 1 consid. 5.2).

La nouvelle teneur de l'art. 42 al. 1 CP, modifié par la loi fédérale du 19 juin 2015 (Réforme du droit des sanctions) en vigueur

depuis le 1^{er} janvier 2018 (RO 2016 1249 ; FF 2012 4385), n'est pas plus favorable au prévenu que l'ancienne. Le principe de la *lex mitior* (art. 2 al. 1 CP) ne trouve donc pas à s'appliquer.

3.2.5 Le juge atténue la peine lorsque sont notamment réalisées les circonstances atténuantes prévues à l'art. 48 CP. Selon l'art. 48 let. a ch. 3 CP, le juge atténue la peine si l'auteur a agi sous l'effet d'une menace grave.

Aux termes de l'art. 48a CP, le juge qui atténue la peine n'est pas lié par le minimum légal de l'infraction (al. 1). Il peut prononcer une peine d'un genre différent de celui qui est prévu pour l'infraction mais il reste lié par le maximum et par le minimum légal de chaque genre de peine (al. 2).

3.3 En l'espèce, l'appelant s'est rendu coupable d'entrée illégale et de séjour illégal en Suisse, ainsi que d'exercice d'une activité lucrative sans autorisation, infractions qui entrent en concours (Sauthier, in : Nguyen/ Amarelle [éd.], Code annoté de droit de migrations, vol. II, Berne 2017, ch. 3 ad art. 115 LEI), de sorte que l'art. 49 al. 1 CP est applicable. Les infractions les plus graves sont celles concernant l'entrée illégale et le séjour illégal en Suisse, puisque l'appelant est revenu en Suisse pour y séjourner jusqu'en mai 2018 alors qu'il avait été expulsé en avril 2017 par le canton de Fribourg (jugement en p. 3) et qu'il faisait l'objet d'une interdiction d'entrée valable jusqu'au 6 novembre 2019. Il est encore revenu en Suisse à la fin du mois de mai 2018 pour y séjourner après avoir une nouvelle fois quitté le territoire helvétique durant ce même mois. Des motifs de prévention spéciale et la gravité des faits nécessitent que cette infraction soit réprimée par une peine privative de liberté, l'appelant ayant déjà été condamné à sept reprises pour des infractions du droit pénal des étrangers et les décisions d'expulsion et d'interdiction d'entrée sur le territoire suisse étant demeurées sans effet sur son comportement délictueux, l'appelant ayant persisté à revenir en Suisse pour y séjourner et y travailler. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, une peine d'emprisonnement peut être prononcée lorsque l'auteur revient sur

le territoire suisse en violation d'une interdiction d'entrée. C'est donc à juste titre que l'appelant ne conteste pas le genre de peine.

Compte tenu de ses nombreux antécédents durant ces six dernières années et du concours d'infractions, la Cour de céans considère, à l'instar du premier juge, que la culpabilité de l'appelant est relativement importante. A décharge, il sera tenu compte des aveux de l'appelant. Ainsi, à elles seules, les infractions d'entrée illégale et de séjour illégal, qui sont étroitement liées, doivent être réprimées d'une peine privative de liberté de l'ordre de 80 jours. Compte tenu du concours d'infractions, le prononcé d'une peine privative de liberté de 120 jours telle qu'arrêtée par le premier juge s'avère adéquate pour sanctionner le comportement délictueux de l'appelant.

En tout état de cause, l'appelant ne peut être suivi dans son argumentation et le motif de sa venue et de son séjour en Suisse invoqué ne constitue pas une circonstance à décharge. D'abord, les menaces dont il prétend faire l'objet ne sont étayées par aucun élément au dossier, même indirect, autre que ses propres affirmations. De toute manière, il est établi par les différents séjours récents de l'appelant à l'étranger, qu'il peut résider hors de la Suisse, puisqu'il a séjourné en 2017 au Kosovo et en 2018 en France (P. 9).

Au vu des circonstances évoquées ci-dessus, seul un pronostic défavorable peut être posé et l'appelant ne peut bénéficier de l'octroi d'un sursis.

Partant, les moyens de l'appelant sont mal fondés et la peine privative de liberté ferme de 120 jours prononcée par le premier juge doit être confirmée.

4. L'appelant réclame une indemnité au sens de l'art. 429 CPP. Dans la mesure où sa condamnation est confirmée, sa conclusion sur ce point doit être rejetée.

5. En définitive, l'appel interjeté par Y._____ doit être rejeté et le jugement entrepris confirmé.

Vu l'issue de la cause, les frais de la procédure d'appel, constitués en l'espèce du seul émolument du présent jugement, par 1'500 fr. (art. 21 al. 1 et 2 TFIP [Tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010; BLV 312.03.1]), seront mis à la charge de Y._____ qui succombe (art. 428 al. 1 CPP).

Par ces motifs,
la Cour d'appel pénale,
statuant en application des art. 40 CP,
115 al. 1 let. a à c LEI et 398 ss CPP,
prononce :

I. L'appel est rejeté.

II. Le jugement rendu le 7 mars 2019 par le Tribunal de police de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois est confirmé selon le dispositif suivant :

I. constate que Y._____ s'est rendu coupable d'entrée illégale, de séjour illégal et d'exercice d'une activité lucrative sans autorisation ;

II. condamne Y._____ une peine privative de liberté de 120 (cent vingt) jours ;

III. met les frais de la cause par 600 fr. (six cents francs) à la charge de Y._____."

III. Les frais d'appel, par 1'500 fr., sont mis à la charge de Y._____.

Le président :

La greffière :

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué par écrit aux intéressés le **21 août 2019**, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Trimor Mehmetaj, avocat (pour Y. _____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- M. le Président du Tribunal de police de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois,
- M. le Procureur de l'arrondissement du Nord vaudois,
- Office d'exécution des peines,
- Service de la population, Secteur étrangers,
- Office fédéral des migrations,

par l'envoi de photocopies.

Le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des art. 78 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :