

COUR D'APPEL PENALE

Audience du 22 novembre 2022

Composition : M. SAUTEREL, président
Mme Rouleau et M. de Montvallon, juges
Greffière : Mme Japona-Mirus

Parties à la présente cause :

H._____, prévenu, représenté par Me Etienne Monnier, défenseur de
choix à Nyon, appelant,

et

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

La Cour d'appel pénale considère :

En fait :

A. Par jugement du 17 juin 2022, le Tribunal de police de l'arrondissement de l'Est vaudois a constaté que H._____ s'est rendu coupable de séjour illégal et d'exercice d'une activité lucrative sans autorisation (I), a condamné H._____ à une peine pécuniaire de 50 jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 10 fr. (II), a suspendu l'exécution de la peine prononcée sous chiffre II ci-dessus et fixé à H._____ un délai d'épreuve de 2 ans (III), a condamné également H._____ à une amende de 500 fr. à titre de sanction immédiate et dit que la peine privative de liberté de substitution sera de 5 jours en cas de non-paiement fautif de celle-ci (IV) et a mis les frais de la cause, par 600 fr., à la charge de H._____ (V).

B. Par annonce du 30 juin 2022, puis déclaration motivée du 26 juillet 2022, H._____ a formé appel contre ce jugement, en concluant, avec suite de frais et dépens, préalablement, à l'octroi de l'assistance judiciaire et, principalement, à son acquittement, les frais étant laissés à la charge de l'Etat. A l'audience d'appel, H._____ a retiré sa requête d'assistance judiciaire et expressément renoncé à l'octroi d'une indemnité au sens de l'art. 429 CPP.

Une copie du rapport de dénonciation concernant F._____, ainsi qu'une copie de l'ordonnance pénale rendue le 22 mars 2022 à l'encontre de ce dernier, ont été versées au dossier.

Le dossier du Service de la population concernant H._____ a été versé au dossier.

Les parties ont été avisées de ces mesures d'instruction.

C. Les faits retenus sont les suivants :

1. Né le 7 avril 1973 en Albanie, pays dont il est ressortissant, H._____ y a fait ses écoles, puis une académie militaire. Par la suite, il a travaillé dans le domaine de la construction, puis a été chef de la sécurité pour une entreprise de téléphonie. Il a ensuite été détenu pendant une dizaine d'années à partir de fin 2002, en raison d'un meurtre qu'il a commis, dit-il, pour se défendre. En février 2013, il a rejoint en Suisse sa femme, ainsi que sa fille et son fils, actuellement âgés de respectivement vingt et dix ans. Depuis son arrivée, le prévenu a eu deux autres enfants, soit un garçon âgé de huit ans et une fille âgée de quatre ans. A son arrivée en Suisse, il a fait une demande d'asile et a bénéficié d'un permis N jusqu'au 31 mai 2020, date à laquelle sa demande d'asile a été rejetée. Jusqu'à cette date, il a alterné des périodes d'emploi et de chômage. Le 12 mai 2020, il a déposé une demande de permis B, qui est toujours en cours d'examen. La fille aînée du prévenu a obtenu un permis B. Le prévenu et sa famille sont actuellement pris en charge par l'EVAM, qui paie leur loyer et leurs assurances-maladies. Pour l'alimentation et les dépenses courantes, le prévenu, ses trois enfants cadets et sa femme perçoivent un montant de 1'425 francs. Le prévenu dispose d'environ 1'000 fr. d'économies.

Le casier judiciaire suisse de H._____ est vierge de toute inscription.

2. H._____ a été interpellé sur un chantier à Ollon, le 23 juillet 2021. Les vérifications d'usage ont permis d'établir qu'il avait séjourné illégalement en Suisse du 1^{er} juin 2020 au 23 juillet 2021 et que, de surcroît, il avait travaillé pour le compte de F._____ le 23 juillet 2021 à tout le moins, sans être au bénéfice des autorisations requises.

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 H. _____ 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 (a) pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, le déni de justice et le retard injustifié, (b) pour constatation incomplète ou erronée des faits et (c) pour inopportunité (al. 3).

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: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2^e éd., Bâle 2014, n. 1 ad art. 398 CPP). L'immédiateté des preuves ne s'impose toutefois pas en instance d'appel. Selon l'art. 389 al. 1 CPP, la procédure d'appel se fonde sur les preuves administrées pendant la procédure préliminaire et la procédure de première instance. La juridiction d'appel administre, d'office ou à la demande d'une partie, les preuves complémentaires nécessaires au traitement de l'appel (art. 389 al. 3 CPP).

3. Séjour illégal

3.1 L'appelant ne conteste pas avoir séjourné de manière illégale en Suisse, mais invoque une erreur de droit. Il explique que, depuis son arrivée en Suisse il y a une dizaine d'années, il est suivi par Z._____, juriste au sein du Service d'aide aux réfugiés (ci-après : SAJE). Or, ce dernier lui aurait juste précisé qu'il n'avait plus le droit de travailler en Suisse et l'aurait rassuré par rapport à une éventuelle procédure de renvoi. A aucun moment, le prénommé ne lui aurait fait savoir qu'il se trouvait désormais en Suisse de manière illégale et encore moins qu'il encourait une condamnation. Il soutient en outre que le fait qu'il bénéficie aujourd'hui encore des aides d'urgence et, en particulier, d'un appartement mis à disposition par un service de l'Etat, l'aurait induit en erreur quant à son statut.

3.2

3.2.1 Aux termes de l'art. 115 al. 1 let. b LEI (Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 ; RS 142.20), est puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque séjourne illégalement en Suisse, notamment après l'expiration de la durée du séjour autorisé.

3.2.2 L'art. 17 LEI, intitulé « Règlementation du séjour dans l'attente d'une décision » prévoit que l'étranger entré légalement en Suisse pour un séjour temporaire qui dépose ultérieurement une demande d'autorisation de séjour durable doit attendre la décision à l'étranger (al. 1). L'autorité cantonale compétente peut autoriser l'étranger à séjourner en Suisse durant la procédure si les conditions d'admission sont manifestement remplies (al. 2).

L'art. 17 al. 1 LEI vaut aussi pour l'étranger résidant illégalement en Suisse qui tente de légaliser son séjour par le dépôt ultérieur d'une demande d'autorisation de séjour durable. Selon le message du Conseil fédéral, le requérant ne peut pas se prévaloir, déjà durant la procédure, du droit de séjour qu'il sollicite ultérieurement, à

moins qu'il remplisse " très vraisemblablement " les conditions d'admission. Le seul dépôt d'une demande d'autorisation de séjour durable ne rend pas le séjour légal, puisque l'étranger doit en principe attendre la décision à l'étranger (TF 6B_173/2013 du 19 août 2013 consid. 2.4 et les références citées ; Favre et alii, Droit pénal accessoire, code annoté, éd. bis et ter, Lausanne 2018, n. 1.14. ad art. 115 LEtr).

3.2.3 Conformément à l'art. 21 CP, quiconque ne sait ni ne peut savoir au moment d'agir que son comportement est illicite n'agit pas de manière coupable. Le juge atténue la peine si l'erreur était évitable.

L'erreur sur l'illicéité vise le cas où l'auteur agit en ayant connaissance de tous les éléments constitutifs de l'infraction, et donc avec intention, mais en croyant par erreur agir de façon licite (ATF 129 IV 238 consid. 3.1; cf. ATF 141 IV 336 consid. 2.4.3 et les références). Les conséquences pénales d'une erreur sur l'illicéité dépendent de son caractère évitable ou inévitable. L'auteur qui commet une erreur inévitable est non coupable et doit être acquitté (art. 21, première phrase, CP). Tel est le cas s'il a des raisons suffisantes de se croire en droit d'agir (ATF 128 IV 201 consid. 2). Une raison de se croire en droit d'agir est "suffisante" lorsqu'aucun reproche ne peut être adressé à l'auteur du fait de son erreur, parce qu'elle provient de circonstances qui auraient pu induire en erreur toute personne consciencieuse (ATF 128 IV 201 consid. 2 ; ATF 98 IV 293 consid. 4a). En revanche, celui dont l'erreur sur l'illicéité est évitable commet une faute, mais sa culpabilité est diminuée. Il restera punissable, mais verra sa peine obligatoirement atténuée (art. 21, seconde phrase, CP). L'erreur sera notamment considérée comme évitable lorsque l'auteur avait ou aurait dû avoir des doutes quant à l'illicéité de son comportement (ATF 121 IV 109 consid. 5) ou s'il a négligé de s'informer suffisamment alors qu'il savait qu'une réglementation juridique existait (ATF 120 IV 208 consid. 5b). Savoir si une erreur était évitable ou non est une question de droit (cf. ATF 75 IV 150 consid. 3 ; TF 6B_428/2021 du 18 novembre 2021 consid. 2.1 et les références citées). La réglementation relative à l'erreur sur l'illicéité repose sur l'idée que le justiciable doit faire tout son possible pour connaître la loi et que

son ignorance ne le protège que dans des cas exceptionnels (ATF 129 IV 238 consid. 3.1).

3.3 En l'espèce, durant la longue procédure de demande d'asile de H._____, de sa femme et de ses quatre enfants, l'intéressé a bénéficié d'un permis N. Sa demande d'asile a été rejetée et son permis N a pris fin le 31 mai 2020. Pour lui et les membres de sa famille, H._____ a demandé, le 12 mai 2020, un permis B pour cas de rigueur (art. 84 al. 5 LEI). Le 24 janvier 2022, le Service de la population est entré en matière pour l'enfant aînée et a proposé au Service d'Etat aux migrations de lui octroyer une autorisation de séjour. Tout en étant pris en charge par l'EVAM qui le logeait et l'assistait, H._____ a ainsi séjourné illégalement en Suisse du 1^{er} juin 2020 au 23 juillet 2021, date de son contrôle par la police à Ollon, soit durant environ 14 mois, ce qu'il ne conteste du reste pas.

Cela étant, la loi, la jurisprudence et la doctrine sont claires. Celui qui tente de légaliser son séjour illégal en déposant une demande d'autorisation doit attendre la décision à l'étranger, à moins d'avoir expressément sollicité une tolérance auprès de l'autorité compétente (cf. art. 17 al. 2 LEI). Tant le juriste du SAJE que l'appelant connaissaient ces principes notoires. C'est vraisemblablement à dessein que l'autorité n'a pas été sollicitée : attendre la décision à l'étranger aurait ruiné l'argumentation du cas de rigueur à demeurer en Suisse et solliciter une tolérance aurait généré le risque d'un refus, alors que plus la durée du séjour, même illégal, en Suisse augmente, meilleures sont les perspectives d'obtenir une autorisation de séjour.

L'appelant prétend avoir commis une erreur, mais en réalité il n'en a pas commise, dès lors qu'il savait pertinemment que la licéité de sa présence en Suisse nécessitait une décision de l'autorité. De plus, à supposer même que son conseiller juridique ne lui ait pas signalé un risque de condamnation, tout en écartant un risque concret d'expulsion, il ne pouvait en rester là et devait se renseigner avec précision sur son statut auprès de l'autorité.

L'erreur sur l'illicéité doit donc être écartée et la condamnation pour séjour illégal confirmée.

4. Exercice d'une activité lucrative sans autorisation

4.1 L'appelant conteste le raisonnement du premier juge, qui a considéré que l'activité déployée sur le chantier constituait une activité lucrative, dès lors qu'il s'agissait d'une activité salariée procurant normalement un gain et qu'il est indifférent que l'employé soit ou non payé. Pour lui, il s'agissait d'un service entre amis, dès lors qu'il n'est pas établi que l'activité en question est normalement effectuée contre rémunération. Il n'aurait fait qu'aider, à une seule reprise, un voisin, qui l'avait beaucoup aidé.

4.2 Selon l'art. 115 al. 1 let. b LEI, est puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque exerce une activité lucrative sans autorisation.

L'art. 11 al. 2 LEI dispose qu'est considérée comme activité lucrative toute activité salariée ou indépendante qui procure normalement un gain, même si elle est exercée gratuitement. Ainsi, sauf dans le cas d'un parent proche, une activité de gardiennage d'enfant en échange d'un hébergement gratuit répond à cette définition (Favre et alii, op. cit., n. 1.30 ad art. 115 LEI).

4.3 En l'espèce, l'activité de monteur auxiliaire en échafaudage exercée sur un chantier, en compagnie d'un monteur en échafaudage indépendant, qui œuvrait professionnellement dans ce chantier, constitue à l'évidence une activité procurant normalement un gain. Or, H._____ a indiqué qu'il montait un échafaudage (hisser onze panneaux d'échafaudage d'un étage à l'autre) avec F._____, qui exerce la profession de monteur en échafaudage indépendant, qui avait été

mandaté pour ce chantier par [...] et qui avait demandé à l'appelant de l'aider gratuitement durant 20 minutes ou 2 heures, tout en lui précisant que cela allait lui éviter de devoir payer un tiers. L'activité déployée par H. _____ répond dès lors à la définition d'activité lucrative prévue par l'art. 11 LEI. F. _____ a d'ailleurs été condamné pour ces faits, soit pour avoir employé l'appelant en qualité d'ouvrier, alors que celui-ci ne se trouvait au bénéfice d'aucune autorisation de travail en Suisse (emploi d'étrangers sans autorisation au sens de l'art. 117 al. 1 LEI), à une peine pécuniaire de 30 jours-amende à 30 fr. le jour (cf. P. 24). On ne saurait, comme l'a fait l'appelant, comparer les faits de la cause à l'aide apportée à un ami en cas de déménagement, puisque les faits se sont déroulés sur un chantier, respectivement sur un lieu de travail, dans le but d'éviter de payer un ouvrier. L'infraction d'exercice d'une activité lucrative sans autorisation, bien que d'importance réduite, est ainsi réalisée.

5. Vérifiée d'office, la peine pécuniaire – non contestée – de 50 jours-amende, soit 25 jours-amende pour sanctionner l'infraction de séjour illégal et 25 jours-amende pour sanctionner l'infraction d'exercice d'une activité lucrative sans autorisation, est adéquate. Elle répond aux exigences de l'art. 47 CP et à la jurisprudence y relative (ATF 141 IV 61 consid. 6.1.1). La Cour de céans fait donc sienne la motivation complète et convaincante du premier juge telle qu'exposée dans le jugement entrepris (art. 82 al. 4 CPP ; jugement, p. 13). Il y a donc lieu de la confirmer et de renvoyer aux considérants du jugement, qui sont pertinents. S'agissant de la valeur du jour-amende, le montant de 10 fr. retenu par le premier juge peut être confirmé. Enfin, l'appelant remplit les conditions d'octroi du sursis, dont la durée doit être arrêtée à deux ans. En revanche, il convient de supprimer l'amende prononcée par le premier juge à titre de sanction immédiate, dès lors que l'intéressé n'est pas en mesure de la payer avec ses propres ressources. De plus, le sursis suffira à l'amender. L'appel doit donc être admis dans cette mesure.

6. La condamnation de l'appelant ayant été confirmée, il convient de rejeter sa conclusion tendant à sa libération des frais de première instance.

7. En définitive, l'appel doit être partiellement admis et le dispositif du jugement attaqué modifié à son chiffre IV qui doit être supprimé.

Vu l'issue de la cause, les frais d'appel, constitués de l'émolument de jugement (art. 21 al. 1 et 2 TFIP [Tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; RSV 312.03.1]), par 1'390 fr., seront partiellement mis à la charge de H._____, qui succombe sur l'essentiel (art. 428 al. 1 CPP).

La Cour d'appel pénale,
appliquant les art. 34, 42, 47, 49 al. 1 CP ;
115 al. 1 let. a et c LEI ; 398 ss CPP,
prononce :

I. L'appel est partiellement admis.

II. Le jugement rendu le 17 juin 2022 par le Tribunal de police de l'arrondissement de l'Est vaudois est modifié comme il suit au chiffre IV de son dispositif, le dispositif du jugement étant désormais le suivant :

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

II. condamne H._____ à une peine pécuniaire de 50 jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 10 fr. ;

III. suspend l'exécution de la peine prononcée sous chiffre II ci-dessus et fixe à H._____ un délai d'épreuve de 2 ans ;

IV. supprimé ;

V. met les frais de la cause, par 600 fr., à la charge de H._____."

III. Les frais d'appel, par 1'390 fr., sont mis par trois quarts, soit par 1'042 fr. 50, à la charge de H._____, le solde étant laissé à la charge de l'Etat.

IV. Le jugement motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué par écrit aux intéressés le **24 novembre 2022**, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Etienne Monnier, avocat (pour H._____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- Mme la Présidente du Tribunal de police de l'arrondissement de l'Est vaudois,
- M. le Procureur de l'arrondissement de l'Est vaudois,
- Service de la population,

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 :