

COUR D'APPEL PENALE

Séance du 12 juillet 2017

Composition : Mme F O N J A L L A Z, présidente
M. Stoudmann, juge, et Mme Epard, juge suppléante
Greffier : M. Ritter

Parties à la présente cause :

N._____, prévenu, représenté par Me Arnaud Moutinot, à Genève,
défenseur d'office, appelant,

et

Ministère public, représenté par la Procureure de l'arrondissement du
Nord vaudois, intimé.

La Cour d'appel pénale prend séance à huis clos pour statuer sur l'appel formé par N. _____ contre le jugement rendu le 8 février 2017 par le Tribunal de police de l'arrondissement de La Côte dans la cause le concernant.

Elle considère :

En fait :

A. Par jugement du 8 février 2017, le Tribunal de police de l'arrondissement de La Côte a libéré N. _____ du chef de prévention d'exercice d'une activité lucrative sans autorisation (I), a constaté qu'il s'est rendu coupable de séjour illégal et de contravention à la Loi fédérale sur les stupéfiants (II), l'a condamné à 150 jours de peine privative de liberté, peine partiellement complémentaire à celles prononcées le 6 février 2012, le 20 avril 2013 et le 3 août 2013 (III), l'a condamné à une amende de 140 fr., convertible en deux jours de peine privative de liberté de substitution en cas de non-paiement fautif dans le délai qui sera imparti, amende payée (IV), a arrêté l'indemnité de Me Arnaud Moutinot, défenseur d'office de N. _____, à 1'538 fr. 20 (V), a mis l'entier des frais de la cause, par 2'449 fr. 20, y compris l'indemnité allouée à Me Arnaud Moutinot, à la charge de N. _____ (VI) et a dit que le remboursement de l'indemnité du conseil d'office ne sera exigible que pour autant que la situation financière de N. _____ le permette (VII).

B. Par annonce du 20 février 2017, puis déclaration du 13 mars 2017 et déclaration motivée du 10 mai 2017, N. _____, assisté d'un défenseur d'office, a formé appel, concluant à la réforme du jugement en ce sens qu'il est acquitté de l'accusation de séjour illégal. Il a requis que la procédure soit soumise à la forme écrite.

Le 21 mars 2017, le Ministère public a fait savoir qu'il renonçait à présenter une demande de non-entrée en matière.

Le 3 avril 2017, la Présidente de la Cour d'appel pénale a invité le Ministère public à faire savoir, dans un délai au 18 avril suivant, s'il consentait à ce que l'appel soit traité dans le cadre d'une procédure uniquement écrite, étant précisé que, faute d'accord des parties dans le délai imparti, l'appel serait traité en procédure orale.

Le 18 mai 2017, la Présidente de la Cour d'appel pénale a informé les parties que l'appel sera traité en procédure écrite.

Le défenseur d'office de l'appelant a produit une liste d'opérations le 19 mai 2017.

Le 23 mai 2017, le Ministère public a fait savoir qu'il renonçait à se déterminer sur l'appel.

C. Les faits retenus sont les suivants :

1. Le prévenu N._____, né en 1985, ressortissant de Guinée, est venu en Suisse en 2009 pour demander l'asile. Il a quitté son pays car le commerce qu'il exploitait « ne fonctionnait pas », que cela « devenait compliqué » et qu'il « ne gagnai[t] pas assez pour faire vivre [s]a famille » (jugement, p. 4). Sa demande a été rejetée. A compter du 30 avril 2009, le prévenu fait l'objet d'un "renvoi en force" du territoire suisse, auquel il n'a pas obtempéré car il voulait rester dans notre pays. Il a été détenu jusqu'à la fin du mois de février 2017 en exécution d'une peine privative de liberté de dix mois prononcée le 9 août 2016 par le Tribunal de police de Genève.

Avant sa détention, il a vécu environ deux ans avec une copine qui l'entretenait et qui lui donnait environ 120 fr. d'argent de poche par semaine.

Le casier judiciaire du prévenu comporte les inscriptions suivantes :

- 30 juin 2010, Juges d'instruction de Genève, délit contre la Loi fédérale sur les stupéfiants, peine pécuniaire de 180 jours-amende à 30 fr. le jour-amende avec sursis pendant 5 ans;
- 20 octobre 2010, Juges d'instruction de Genève, délit contre la Loi fédérale sur les stupéfiants, contravention à la Loi fédérale sur les stupéfiants et non-respect d'une assignation à un lieu de résidence ou interdiction de pénétrer dans une région déterminée, peine pécuniaire de 90 jours-amende à 30 fr. le jour-amende;
- 6 février 2012, Ministère public du canton de Genève, séjour illégal et délit selon l'art. 19 al. 1 de la loi sur les stupéfiants, contravention selon l'art. 19a de la loi sur les stupéfiants, peine privative de liberté de quatre mois et amende de 200 fr.;
- 20 avril 2013 Ministère public du canton de Genève, séjour illégal, peine privative de liberté de cinq mois;
- 3 août 2013 Ministère public du canton de Genève, séjour illégal et contravention selon l'art. 19a de la loi sur les stupéfiants, peine privative de liberté de trois mois et amende de 200 fr.;
- 9 août 2016, Tribunal de police de Genève, délit selon l'art. 19 al. 1 de la loi sur les stupéfiants, séjour illégal, activité lucrative sans autorisation et contravention selon l'art. 19a de la loi sur les stupéfiants, peine privative de liberté de dix mois et amende de 100 francs.

2.1 Malgré la décision administrative ordonnant son renvoi du territoire suisse à compter du 30 avril 2009, déjà mentionnée, le prévenu n'a jamais quitté la Suisse et y a séjourné illégalement. A Nyon, le 21 novembre 2015, le prévenu a été contrôlé par la gendarmerie vaudoise. Un nouveau délai au 1^{er} décembre 2015 lui a alors été imparti pour quitter la Suisse, auquel il n'a pas obtempéré.

2.2 A Nyon, le 21 novembre 2015, lors du contrôle déjà mentionné, le prévenu était porteur de six pastilles d'« Ecstasy » destinées à sa consommation personnelle. Ces stupéfiants ont été détruits avec son accord après avoir été saisis.

En droit :

1. Interjeté dans les formes et délais légaux (cf. art. 399 CPP) contre le jugement d'un tribunal de première instance ayant clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP), l'appel est recevable.

Vu l'accord des parties, l'appel est soumis à la procédure écrite (art. 406 al. 2 CPP).

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, pour constatation incomplète ou erronée des faits et 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. 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; TF 6B_78/2012 du 27 août 2012 consid. 3.1).

3.

3.1 Selon l'art. 115 al. 1 let. b de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; 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 non soumis à autorisation ou du séjour autorisé. A teneur de l'art. 115 al. 4 LEtr, en cas d'exécution immédiate du renvoi ou de l'expulsion, le juge

peut renoncer à poursuivre l'étranger sorti ou entré illégalement, à le renvoyer devant le tribunal ou à lui infliger une peine.

3.2 Contestant s'être rendu coupable de toute infraction au sens de l'art. 115 al. 1 let. b LEtr, l'appelant fait valoir que les autorités administratives suisses n'avaient « initié aucune démarche ensuite de leurs décision pour opérer (son) renvoi (...) de Suisse » et qu'il avait, depuis l'entrée en force de la décision de renvoi, été interpellé par la police à plusieurs reprises sans que les autorités administratives ne requièrent sa détention en vue de son renvoi (déclaration d'appel motivée du 10 mai 2017, ch. 8 et 9). Selon l'appelant, ces circonstances commanderaient sa libération du chef de prévention de séjour illégal. L'appelant limite expressément sa contestation à sa condamnation pour séjour illégal (déclaration d'appel du 13 mars 2017, p. 1).

3.3 La question des rapports entre la répression pénale du séjour illicite et l'expulsion administrative de l'étranger en séjour illicite, respectivement les mesures y tendant, a fait l'objet d'un arrêt récent du Tribunal fédéral, destiné à la publication (TF 6B_274/2016 du 15 mai 2017).

Par accord du 26 octobre 2004, entré en vigueur le 1^{er} mars 2008 (Accord entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen; RS 0.362.31), la Suisse s'est engagée à mettre en œuvre et appliquer l'acquis de Schengen.

Le 16 décembre 2008, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont adopté la Directive relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (Directive 2008/115/CE; ci-après: Directive sur le retour). Par arrêté fédéral du 18 juin 2010, la Suisse a repris le contenu de cette Directive en tant que développement de l'acquis de Schengen (Arrêté fédéral portant approbation et mise en

œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et la CE concernant la reprise de la Directive CE sur le retour; RO 2010 5925; cf. Message du 18 novembre 2009 sur l'approbation et la mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et la CE concernant la reprise de la directive CE sur le retour et sur une modification de la LEtr, *in* : FF 2009 p. 8043; échange de notes, *in* : FF 2009 p. 8085; arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et la CE concernant la reprise de la directive CE sur le retour, *in* : FF 2009 p. 8077). La mise en œuvre de cette directive a requis une adaptation de la LEtr et de la loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi; RS 142.31); l'art. 115 al. 1 LEtr n'a, à ce jour, pas été modifié, mais cela est prévu.

La Directive sur le retour prévoit à son art. 6 que les États membres prennent une décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire. Selon l'art. 7 par. 1, la décision de retour fixe un délai approprié allant de sept à trente jours pour le départ volontaire, sans préjudice des exceptions visées aux par. 2 et 4. Certaines obligations visant à éviter le risque de fuite, comme les obligations de se présenter régulièrement aux autorités, de déposer une garantie financière adéquate, de remettre des documents ou de demeurer en un lieu déterminé, peuvent être imposées pendant le délai de départ volontaire (art. 7 par. 3). S'il existe un risque de fuite, ou si une demande de séjour régulier a été rejetée comme étant manifestement non fondée ou frauduleuse, ou si la personne concernée constitue un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale, les États membres peuvent s'abstenir d'accorder un délai de départ volontaire ou peuvent accorder un délai inférieur à sept jours (art. 7 par. 4).

Sous le titre marginal "éloignement", l'art. 8 de la Directive sur le retour prévoit que les États membres prennent toutes les mesures nécessaires pour exécuter la décision de retour si aucun délai n'a été accordé pour un départ volontaire (cf. art. 7 par. 4), ou si l'obligation de retour n'a pas été respectée dans le délai accordé pour le départ volontaire conformément à l'art. 7. Les art. 15 ss de la Directive sur le retour règlent les conditions de rétention à des fins d'éloignement. En

principe, à moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier, les États membres peuvent uniquement placer en rétention le ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet de procédures de retour afin de préparer le retour et/ou de procéder à l'éloignement (art. 15).

Après avoir analysé la jurisprudence européenne en la matière, le Tribunal fédéral a considéré que la Directive sur le retour ne s'opposait pas à la pénalisation du séjour illégal. Celle-ci ne doit toutefois pas mettre en péril le renvoi effectif de l'intéressé. Or, le prononcé ou l'exécution d'une peine privative de liberté peuvent empêcher ou entraver le bon déroulement de la procédure de renvoi. Une telle sanction n'est compatible avec la Directive sur le retour qu'à condition que l'intéressé a été soumis aux mesures coercitives visées à l'art. 8 de la Directive sur le retour. Il a ajouté que la peine pécuniaire n'était quant à elle pas susceptible d'entraver la procédure de retour établie par la Directive, pour autant que l'État concerné respecte son obligation de prendre une décision de retour à l'encontre du ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier et que la sanction n'exclut pas l'éloignement de l'intéressé (TF 6B_274/2016 du 15 mai 2017 consid. 1.5).

Sous l'angle de l'art. 115 al. 1 let. b LETr, le Tribunal fédéral a considéré que, de jurisprudence constante, la punissabilité du séjour irrégulier suppose que l'étranger ne se trouve pas dans impossibilité objective - par exemple en raison d'un refus du pays d'origine d'admettre le retour de leurs ressortissants ou de délivrer des papiers d'identité - de quitter la Suisse et de rentrer légalement dans son pays d'origine. En effet, le principe de la faute suppose la liberté de pouvoir agir autrement (TF 6B_320/2013 du 29 août 2013 consid. 2.1 et les arrêts cités; cf. également TF 6B_139/2014 du 5 août 2014 consid. 2; TF 6B_482/2010 du 7 octobre 2010 consid. 3.2.2 et 3.2.3).

En substance, la Directive sur le retour n'exclut pas l'application des dispositions pénales nationales lorsque les autorités administratives ont entrepris toutes les mesures raisonnables pour

l'exécution de la décision de retour mais que la procédure de retour a échoué en raison du comportement de l'intéressé (TF 6B_139/2014 du 5 août 2014 consid. 2; TF 6B_173/2013 du 19 août 2013 consid. 1.4; TF 6B_188/2012 du 17 avril 2012 consid. 5 et les arrêts cités; cf. TF 6B_274/2016 du 15 mai 2017 consid. 1.6.2).

Dans des arrêts plus récents, le Tribunal fédéral a admis les recours formés contre la condamnation du chef de séjour illégal, faute pour les autorités administratives compétentes d'avoir entrepris les mesures de contrainte nécessaires en vue du renvoi (TF 6B_106/2016 du 7 décembre 2016; TF 6B_1172/2014 du 23 novembre 2015). En particulier, dans ce dernier arrêt, le Tribunal fédéral a considéré que la peine privative de liberté de 45 jours infligée au recourant contrevenait à la Directive sur le retour, la procédure de renvoi n'ayant pas été menée jusqu'à son terme sans succès. L'arrêt cantonal a été annulé et renvoyé à la cour cantonale pour nouvelle décision (cf. TF 6B_274/2016 du 15 mai 2017 consid. 1.6.2 in fine).

En définitive, compte tenu de la jurisprudence européenne et fédérale et conformément à l'opinion de la doctrine la plus récente, le Tribunal fédéral a constaté que, en l'état, l'art. 115 al. 4 LEtr - lequel ne vise pas expressément le séjour illégal - ne saurait être interprété comme un obstacle général à la poursuite pénale en cas de mise en œuvre d'une procédure administrative de renvoi. Ce d'autant que le législateur s'est saisi de la question sous forme potestative (*Kann-Vorschrift*) dans le projet de modification de la LEtr (TF 6B_274/2016 du 15 mai 2017 consid. 1.8.2).

Au vu de ce qui précède, le Tribunal fédéral a retenu que la Directive sur le retour ne s'opposait pas à ce que le droit pénal suisse réprime le séjour illégal lorsqu'une procédure de retour est mise en œuvre. En ce sens, elle ne s'oppose pas à ce que le séjour illégal soit érigé en infraction. Sur le plan de la sanction, une application de l'art. 115 al. 1 let. b LEtr conforme à la Directive sur le retour et à la jurisprudence européenne impose qu'il soit renoncé à prononcer et à exécuter une peine privative de liberté lorsque l'intéressé en séjour illégal fait l'objet d'une

décision de renvoi et que les mesures nécessaires pour procéder à l'éloignement n'ont pas encore été mises en œuvre. C'est la solution adoptée par l'arrêt du Tribunal fédéral le plus récent (antérieure à l'arrêt du 15 mai 2017 déjà mentionné) qu'il convient de suivre (TF 6B_106/2016 du 7 décembre 2016). En revanche, le prononcé d'une peine pécuniaire n'est pas incompatible avec la Directive sur le retour, pour autant qu'elle n'entrave pas la procédure de retour. Une telle sanction ne nécessite pas, à teneur de la jurisprudence européenne rendue à ce jour, que toutes les mesures nécessaires au renvoi aient préalablement été mises en œuvre (TF 6B_274/2016 du 15 mai 2017 consid. 1.9).

Enfin, le Tribunal fédéral a considéré que la question de savoir si la notion de "mesures nécessaires à l'exécution de retour" au sens de l'art. 8 de la Directive sur le retour correspondent à celles prévues par la LEtr pouvait souffrir de demeurer indéterminée en l'espèce (TF 6B_274/2016 du 15 mai 2017 consid. 3.1 in fine).

3.4 L'arrêt de principe du 15 mai 2017 résumé ci-dessus est postérieur au jugement dont est appel. Il est déterminant pour l'issue de la cause. Or, on ignore si, comme le plaide l'appelant, les mesures nécessaires pour procéder à son éloignement du territoire suisse n'ont pas encore été mises en œuvre en dépit d'un séjour de plusieurs années postérieur à une décision de renvoi. L'issue de la cause pénale pourrait aussi dépendre du point de savoir si les autorités administratives ont entrepris toutes les mesures raisonnables pour l'exécution de la décision de retour mais que la procédure de retour a échoué en raison du comportement de l'intéressé. Il ressort en effet de cet arrêt que le juge pénal doit, dans tous les cas, examiner si l'intéressé a été ou non soumis aux mesures coercitives prévues par l'art. 8 de la Directive sur le retour avant de prononcer une peine privative de liberté (TF 6B_274/2016 du 15 mai 2017 consid. 1.5).

Or le dossier du Service de la population n'a pas été versé au dossier pénal. La Cour de cassation ignore donc si les autorités administratives ont entrepris toutes les mesures raisonnables pour

l'exécution de la décision de retour. Certes, elle pourrait ordonner la production du dossier en procédure d'appel et statuer sur le sort de l'action pénale au vu du dossier ainsi complété. Une telle mesure aurait toutefois pour effet de priver l'appelant de la garantie de la double instance cantonale. Ce motif commande de renvoyer la cause au Tribunal de police, à charge pour cette autorité de déterminer si elle entend renvoyer à son tour la cause au Ministère public pour complément d'instruction.

3.5 Dès lors que le prononcé ou l'exécution d'une peine privative de liberté pouvaient empêcher ou entraver le bon déroulement de la procédure de renvoi (TF 6B_274/2016 du 15 mai 2017 consid. 1.5), il appartiendra au premier juge d'examiner si les conditions permettant d'infliger une peine pécuniaire sont réalisées et si une telle sanction n'entraverait pas la procédure de retour, étant précisé que la peine pécuniaire ne nécessite pas que toutes les mesures nécessaires au renvoi aient préalablement été mises en œuvre (TF 6B_274/2016 du 15 mai 2017 consid. 1.9).

3.6 L'appel doit donc être admis et le jugement annulé (art. 409 CPP). La cause est renvoyée au Tribunal de police pour qu'il procède dans le sens des considérants qui précèdent.

4. Enfin, la Cour relèvera d'office que la peine à prononcer par suite du présent renvoi ne peut être partiellement complémentaire à celles prononcées le 6 février 2012, le 20 avril 2013 et le 3 août 2013 (ch. III du dispositif), dès lors que les infractions ici en cause sont postérieures à ces dates. Elle sera en revanche entièrement complémentaire à celle prononcée le 9 août 2016 par le Tribunal de police de Genève, le contrôle de police (avec constat d'infraction et nouveau délai pour quitter la Suisse) à l'origine de la présente procédure étant antérieur à cette date.

5. Vu l'issue de l'appel, les frais d'appel (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]) seront laissés à la charge de l'Etat (art.

423 al. 1 CPP), l'appelant obtenant gain de cause nonobstant qu'il ne soit pas libéré du chef de prévention de séjour illégal.

Outre l'émolument, les frais d'appel comprennent l'indemnité en faveur du défenseur d'office de l'appelant (art. 422 al. 1 et al. 2 let. a CPP). Celle-ci doit être arrêtée, au vu de la liste d'opérations produite (P. 37), mais en retranchant toutefois la durée de l'audience devant le Tribunal de police, prise en compte à raison de trois heures et 40 minutes (y compris la suspension de l'audience). Le défenseur d'office disposait en effet de la voie du recours devant la Chambre des recours pénale pour contester l'indemnité allouée par le premier juge (art. 135 al. 3 let. a CPP), qu'il n'appartient dès lors pas à la Cour de céans de revoir, s'agissant tant des honoraires que de la vacation. Les honoraires afférents à une durée d'activité d'avocat-stagiaire de trois heures et 40 minutes doivent donc être portés en déduction du montant de 1'680 fr. figurant sur la liste, pour 403 fr. d'honoraires d'avocat stagiaire au tarif horaire de 110 francs. Les honoraires à indemniser se montent ainsi à 1'277 fr., hors TVA. L'indemnité doit en outre être arrêtée en prenant en compte 80 fr. de débours. Elle se monte donc à 1'465 fr. 55, TVA comprise.

Par ces motifs,
la Cour d'appel pénale,
en application des art. 115 al. 1 let. b et al. 4 LEtr;
398 ss, 409 CPP,
prononce :

- I. L'appel est admis.

- II. Le jugement rendu le 8 février 2017 par le Tribunal de police de l'arrondissement de La Côte est annulé et la cause renvoyée à cette autorité pour qu'elle procède dans le sens des considérants.

III. Une indemnité de défenseur d'office pour la procédure d'appel d'un montant de 1'465 fr. 55, débours et TVA compris, est allouée à Me Arnaud Moutinot.

IV. Les frais de la procédure d'appel, y compris l'indemnité mentionnée au chiffre III ci-dessus, sont laissés à la charge de l'Etat.

V. Le jugement motivé est exécutoire.

La présidente :

Le greffier :

Du

Le jugement qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Arnaud Moutinot, avocat (pour N. _____),
- Ministère public central,

une copie du dispositif est adressée à :

- Mme la Procureure de l'arrondissement du Nord vaudois,
- Mme la Présidente du Tribunal de police de l'arrondissement de La Côte,
- Service de la population (N. _____, 01.03.1985),

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).

En vertu de l'art. 135 al. 3 let. b CPP, le présent jugement peut, en tant qu'il concerne l'indemnité d'office, faire l'objet d'un recours au sens des art. 393 ss CPP devant le Tribunal pénal fédéral (art. 37 al. 1 et 39 al. 1 LOAP [Loi fédérale du 19 mars 2010 sur l'organisation des autorités fédérales; RS 173.71]. Ce recours doit être déposé devant le Tribunal pénal fédéral dans un délai de dix jours dès la notification de l'arrêt attaqué (art. 396 al. 1 CPP).

Le greffier :