

**COUR D'APPEL PENALE**

---

---

Audience du 6 juin 2019

---

Composition : Mme FONJALLAZ, présidente  
MM. Winzap et Pellet, juges  
Greffière : Mme Maire Kalubi

\*\*\*\*\*

Parties à la présente cause :

**A.S.** \_\_\_\_\_, prévenu, représenté par Me Martine Dang, défenseur de choix  
à Lausanne, appelant,

et

**MINISTERE PUBLIC**, représenté par la Procureure de l'arrondissement de  
l'Est vaudois, intimé.

La Cour d'appel pénale considère :

**En fait :**

**A.** Par jugement du 7 janvier 2019, modifié par prononcé du 15 janvier 2019, le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne a constaté qu'A.S.\_\_\_\_\_ s'est rendu coupable d'incitation au séjour illégal et d'emploi d'étrangers sans autorisation (I), l'a condamné à une peine pécuniaire de 120 jours-amende, le montant du jour-amende étant arrêté à 10 fr. (II), a renoncé à révoquer le sursis accordé le 31 mai 2016 par la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal (II<sup>bis</sup>), et a mis les frais de justice, par 1'006 fr., à la charge d'A.S.\_\_\_\_\_ (III).

**B.** **a)** Par annonce du 7 janvier 2019, puis déclaration motivée du 5 mars suivant, A.S.\_\_\_\_\_ a formé appel contre ce jugement, concluant, avec suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens qu'il est libéré des chefs de prévention d'incitation au séjour illégal et d'emploi d'étrangers sans autorisation, les frais de justice, par 1'006 fr., étant laissés à la charge de l'Etat.

A titre de mesure d'instruction, A.S.\_\_\_\_\_ a requis la production, en mains du Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM), du dossier personnel de J.\_\_\_\_\_.

**b)** Le 18 avril 2019, la Présidente de la Cour de céans a requis du Ministère public de l'arrondissement de La Côte la production de l'ordonnance pénale rendue contre J.\_\_\_\_\_ le 29 novembre 2017 dans l'affaire [...], qu'elle a versée au dossier (P. 28/1).

**c)** Par courrier du 26 avril 2019, le Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois a implicitement conclu au rejet de l'appel, se référant aux considérants du jugement entrepris.

**d)** Le 7 mai 2019, la Présidente de la Cour de céans a notamment rejeté la réquisition de preuve d'A.S.\_\_\_\_\_, dès lors qu'elle n'apparaissait pas nécessaire au traitement de l'appel.

**e)** Le 6 juin 2019, la Présidente de la Cour de céans a versé d'office au dossier l'ordonnance pénale rendue le 4 août 2016 par le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne notamment à l'encontre d'A.S.\_\_\_\_\_ (P. 32).

**f)** A l'audience d'appel, A.S.\_\_\_\_\_ a produit le dispositif du jugement rendu par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne le 4 juin 2019 dans la cause dirigée contre lui (P. 33).

**C.** Les faits retenus sont les suivants :

**1.**

**1.1** A.S.\_\_\_\_\_ est né le [...] 1972 à [...] au Kosovo, pays dont il est ressortissant. Marié à Y.\_\_\_\_\_, il est père de quatre enfants âgés de vingt-sept, douze, dix et six ans, l'aîné, B.S.\_\_\_\_\_, étant issu d'un premier mariage. Employé en qualité d'ouvrier par la société dont son épouse est l'associée-gérante et l'unique actionnaire, A.S.\_\_\_\_\_ a déclaré percevoir, tout comme celle-ci, des revenus qu'il a estimés à environ 3'000 fr. bruts par mois. Aux débats de première instance, il a toutefois précisé n'avoir perçu son salaire que deux fois au cours des quatre dernières années. Cependant, dans son audition du 16 octobre 2018, A.S.\_\_\_\_\_ avait annoncé un salaire mensuel net d'environ 2'600 fr., auquel s'ajoutent 870 fr. d'allocations familiales. Le loyer du logement familial s'élève à 1'646 fr. et ses primes d'assurance-maladie à 372 fr. pour toute la famille compte tenu du subside cantonal dont celle-ci bénéficie. Il a en outre indiqué payer des impôts à concurrence de 1'571 fr. par an et être endetté à hauteur de 200'000 francs. Après avoir passé près de trente années en situation irrégulière en Suisse, A.S.\_\_\_\_\_ a obtenu un permis de séjour en date du 6 juillet 2017.

**1.2** Le casier judiciaire suisse d'A.S.\_\_\_\_\_ comporte les inscriptions suivantes :

- 25 octobre 2000, Tribunal correctionnel de La Broye et du Nord vaudois : peine privative de liberté de 2 ans et demi pour vol, tentative de vol, violation de domicile, violation d'une obligation d'entretien, contravention et infraction à la Loi fédérale sur les stupéfiants (LStup ; RS 812.121) et utilisation sans droit d'un cycle ou d'un cyclomoteur, sous déduction de 412 jours de détention provisoire, peine suspendue au profit d'un placement dans un établissement pour toxicomanes. Libération conditionnelle le 19 août 2002, avec délai d'épreuve de deux ans, assistance de probation et règles de conduite ;
- 22 juillet 2009, Tribunal de police de Lausanne : peine pécuniaire de 60 jours-amende à 10 fr. le jour avec sursis pendant trois ans, assorti de règles de conduite, pour lésions corporelles simples qualifiées, voies de fait qualifiées et violation du devoir d'assistance ou d'éducation ;
- 16 décembre 2010, Juge d'instruction de Lausanne : peine pécuniaire de 20 jours-amende à 30 fr. le jour pour violation grave des règles de la circulation routière ;
- 1<sup>er</sup> juin 2011, Ministère public de l'arrondissement de Lausanne : peine pécuniaire de 10 jours-amende à 30 fr. le jour pour séjour illégal ;
- 31 mai 2016, Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal vaudois : peine privative de liberté de 20 mois, dont 14 mois avec sursis et délai d'épreuve de cinq ans, sous déduction de 32 jours de détention provisoire, pour instigation et tentative d'instigation à escroquerie et séjour illégal ;
- 4 août 2016, Ministère public de l'arrondissement de Lausanne : peine pécuniaire de 40 jours-amende à 30 fr. le jour pour lésions corporelles simples et séjour illégal.

**2.** Entre le 22 avril 2015 et le 26 septembre 2017, A.S.\_\_\_\_\_ et son épouse Y.\_\_\_\_\_ ont logé à leur domicile J.\_\_\_\_\_, ressortissant du Kosovo, et l'ont rémunéré pour la garde de leurs enfants, alors que celui-ci n'était au bénéfice d'aucune autorisation de séjour et de travail en Suisse.

## **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 la qualité pour recourir contre le jugement d'un tribunal de première instance ayant clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP), l'appel d'A.S. \_\_\_\_\_ est recevable.

## **2.**

**2.1** 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<sup>e</sup> éd., Bâle 2014, n. 1 ad art. 398 CPP).

## **2.2**

**2.2.1** A titre de mesure d'instruction, le prévenu a requis la production, en mains du SEM, du dossier personnel de J. \_\_\_\_\_, afin de déterminer avec précision quand celui-ci serait arrivé en région lausannoise.

**2.2.2** Si la juridiction d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen sur tous les points attaqués du jugement (art. 398 al. 2 CPP précité), la procédure se fonde néanmoins sur les preuves administrées pendant la procédure préliminaire et la procédure de première instance (art. 389 al. 1 CPP).

Selon l'art. 389 al. 2 CPP, l'administration des preuves du tribunal de première instance n'est répétée que si les dispositions en matière de preuves ont été enfreintes (let. a), si l'administration des preuves était incomplète (let. b) ou si les pièces relatives à l'administration des preuves ne semblent pas fiables (let. c).

L'art. 389 al. 3 CPP règle les preuves complémentaires. Ainsi, la juridiction de recours administre, d'office ou à la demande d'une partie, les preuves complémentaires nécessaires au traitement du recours. Conformément à l'art. 139 al. 2 CPP, il n'y a pas lieu d'administrer des preuves sur des faits non pertinents, notoires, connus de l'autorité ou déjà suffisamment prouvés. Cette disposition codifie, pour la procédure pénale, la règle jurisprudentielle déduite de l'art. 29 al. 2 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101) en matière d'appréciation anticipée des preuves (TF 6B\_887/2017 du 8 mars 2018 consid. 1.1 et les références citées). Le magistrat peut ainsi refuser des preuves nouvelles, lorsqu'une administration anticipée de ces preuves démontre qu'elles ne seront pas de nature à modifier le résultat de celles déjà administrées (ATF 136 I 229 consid. 5.3). Ce refus d'instruire ne viole le droit d'être entendu des parties et l'art. 389 al. 3 CPP que si l'appréciation anticipée effectuée est entachée d'arbitraire (ATF 141 I 60 consid. 3.3 ; sur la notion d'arbitraire, cf. ATF 142 II 355 consid. 6 ; TF 6B\_1340/2016 du 29 décembre 2017 consid. 1.2).

**2.2.3** En l'espèce, les pièces au dossier, en particulier l'ordonnance pénale rendue par le Ministère public de l'arrondissement de La Côte le 29 novembre 2017, qui condamne J.\_\_\_\_\_ pour séjour illégal et activité lucrative sans autorisation, sont suffisantes pour renseigner la Cour de céans sur la période pendant laquelle celui-ci a séjourné illégalement en

Suisse, de sorte que la production du dossier personnel de J.\_\_\_\_\_ en mains du SEM est inutile.

Partant, les conditions de l'art. 389 al. 2 et 3 CPP n'étant pas réalisées, la mesure d'instruction sollicitée doit être rejetée.

### **3.**

**3.1** Se plaignant d'une constatation inexacte des faits, l'appelant, qui conclut à son acquittement, conteste l'intégralité des faits retenus à son encontre. Il soutient que les déclarations de J.\_\_\_\_\_, retenues par le premier juge, seraient invraisemblables d'un point de vue temporel, précisant qu'il ne serait pas possible de retenir que celui-ci aurait séjourné chez lui de septembre 2014 à septembre 2017, alors qu'il aurait déposé une demande d'asile en 2015. Il fait également valoir qu'au vu de la taille de son appartement, il n'aurait pas été possible qu'une personne y séjourne pendant trois ans et qu'il y aurait au contraire lieu de tenir compte des déclarations de son épouse et de son fils, selon lesquelles J.\_\_\_\_\_ n'aurait dormi qu'à deux ou trois reprises dans leur appartement.

**3.2** La constatation des faits est incomplète au sens de l'art. 398 al. 3 let. b CPP lorsque toutes les circonstances de fait et tous les moyens de preuve déterminants pour le jugement n'ont pas été pris en compte par le tribunal de première instance. Elle est erronée lorsque le tribunal a omis d'administrer la preuve d'un fait pertinent, a apprécié de manière erronée le résultat de l'administration d'un moyen de preuve ou a fondé sa décision sur des faits erronés, en contradiction avec les pièces, par exemple (Kistler Vianin, in : Kuhn/Jeanneret [éd.], Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse [ci-après : CR CPP], Bâle 2011, n. 19 ad art. 398 CPP).

L'art. 10 CPP dispose que toute personne est présumée innocente tant qu'elle n'est pas condamnée par un jugement entré en force (al. 1). Le tribunal apprécie librement les preuves recueillies selon l'intime conviction qu'il retire de l'ensemble de la procédure (al. 2). Le

tribunal se fonde sur l'état de fait le plus favorable au prévenu lorsque subsistent des doutes insurmontables quant aux éléments factuels justifiant une condamnation (al. 3). La présomption d'innocence, ainsi que son corollaire, le principe *in dubio pro reo*, concernent tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves. En tant que règle relative au fardeau de la preuve, la présomption d'innocence signifie que toute personne prévenue d'une infraction pénale doit être présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité soit légalement établie et, partant, qu'il appartient à l'accusation de prouver la culpabilité de celle-là (ATF 127 I 38 consid. 2a). Comme règle d'appréciation des preuves, elle signifie que le juge ne doit pas se déclarer convaincu de l'existence d'un fait défavorable à l'accusé si, d'un point de vue objectif, il existe des doutes quant à l'existence de ce fait. Il importe peu qu'il subsiste des doutes seulement abstraits et théoriques, qui sont toujours possibles, une certitude absolue ne pouvant être exigée. Il doit s'agir de doutes sérieux et irréductibles, c'est-à-dire de doutes qui s'imposent à l'esprit en fonction de la situation objective. Dans cette mesure, la présomption d'innocence se confond avec l'interdiction générale de l'arbitraire, prohibant une appréciation reposant sur des preuves inadéquates ou sans pertinence (ATF 138 V 74 consid. 7 ; ATF 124 IV 86 consid. 2a ; ATF 120 I 31 consid. 2).

L'appréciation des preuves est l'acte par lequel le juge du fond évalue librement la valeur de persuasion des moyens de preuve à disposition et pondère ces différents moyens de preuve afin de parvenir à une conclusion sur la réalisation ou non des éléments de fait pertinents pour l'application du droit pénal matériel. Elle est dite libre, car le juge peut par exemple attribuer plus de crédit à un témoin, même prévenu dans la même affaire, dont la déclaration va dans un sens, qu'à plusieurs témoins soutenant la thèse inverse. Le juge peut fonder une condamnation sur un faisceau d'indices ; en cas de versions contradictoires, il doit déterminer laquelle est la plus crédible. En d'autres termes, ce n'est ni le genre ni le nombre des preuves qui est déterminant, mais leur force de persuasion (Verniory, in : CR CPP, n. 34 ad art. 10 CPP ; Kistler Vianin, in : CR CPP, nn. 19 ss ad art. 398 CPP et les références citées).

**3.3** Le premier juge a retenu les déclarations de J.\_\_\_\_\_ telles qu'elles ont été recueillies lors du contrôle de police du 26 septembre 2017 et a écarté les déclarations du prévenu, de son fils et de son épouse.

**3.3.1** Selon le rapport de police du 26 septembre 2017 (P. 4/11), J.\_\_\_\_\_, sans permis de séjour ensuite du rejet de la demande d'asile qu'il avait déposée en hiver 2015, a été interpellé alors qu'il était passager d'un véhicule de livraison de la société C.S.\_\_\_\_\_ Sàrl. Il a alors déclaré qu'il possédait une chambre chez A.S.\_\_\_\_\_, dans laquelle se trouvaient ses affaires personnelles, qu'il était logé chez le prévenu depuis son arrivée dans la région lausannoise « il y a environ trois ans », qu'il n'avait pas d'activité professionnelle en Suisse et qu'il s'occupait des enfants de son logeur.

Entendue par la Procureure le 4 avril 2018 (PV aud. 1), l'épouse du prévenu, Y.\_\_\_\_\_, a déclaré que J.\_\_\_\_\_ avait dormi à deux ou trois occasions à leur domicile, qu'il gardait les enfants du couple quand ils en avaient besoin, qu'ils lui donnaient en moyenne 50 fr. par jour pour acheter des cigarettes et de la nourriture et qu'il était de surcroît nourri et logé, précisant que cela avait duré à peine une semaine, dans le courant du mois de septembre 2017. Elle a affirmé qu'elle savait que J.\_\_\_\_\_ n'avait ni permis de séjour, ni permis de travail et qu'elle n'avait pas le droit de l'héberger, ni de le payer pour la garde de ses enfants.

Entendu par la Procureure le 16 octobre 2018 (PV aud. 2), A.S.\_\_\_\_\_ a soutenu n'avoir jamais logé ni employé J.\_\_\_\_\_, précisant que celui-ci vivait et travaillait partout où il pouvait, notamment dans des véhicules. Il a ajouté l'avoir aidé en lui achetant de la nourriture ou des cigarettes et lui avoir donné des vêtements. S'il a admis que J.\_\_\_\_\_ était déjà venu chez lui, A.S.\_\_\_\_\_ n'a pas pu préciser à quelle fréquence. Il a indiqué que son épouse avait demandé à J.\_\_\_\_\_ de garder leurs enfants, ce qu'il ignorait sur le moment, étant souvent absent de la maison en raison de son travail. Il a ajouté qu'il ignorait que

J.\_\_\_\_\_ n'avait pas de papiers, pensant qu'il avait un statut de réfugié dans le canton de Berne.

Entendu aux débats de première instance en qualité de témoin, B.S.\_\_\_\_\_, fils aîné d'A.S.\_\_\_\_\_, a déclaré qu'il connaissait J.\_\_\_\_\_ depuis quelques années et que celui-ci était venu quelques fois à la maison, mais qu'il n'avait pas habité à leur domicile et qu'il n'avait en tout cas pas dormi chez eux lorsqu'il était là, soit jusqu'au mois de mai 2018. Il a admis que lui et son père lui achetaient parfois à manger et qu'il lui avait donné des vêtements.

Aux débats d'appel, A.S.\_\_\_\_\_ a confirmé les déclarations faites pendant l'enquête et aux débats de première instance. Il a indiqué avoir rencontré J.\_\_\_\_\_ en 2017 environ et a affirmé, confronté aux déclarations de son fils selon lesquelles ceux-ci se connaîtraient depuis quelques années, ne pas savoir d'où ils se connaîtraient, précisant que son fils serait une « racaille » qui l'aurait beaucoup fait souffrir.

**3.3.2** En l'espèce, il y a lieu de retenir que l'appelant connaissait bien J.\_\_\_\_\_ et qu'il ne s'agit pas seulement d'un « compatriote », comme il l'affirme. Son fils B.S.\_\_\_\_\_ a en effet déclaré qu'il le connaissait depuis quelques années et il est difficilement imaginable que les enfants de l'appelant aient été gardés par une vague connaissance. Sur ce point, les déclarations du prévenu manquent de franchise. Le prévenu et son fils ne sont pas non plus crédibles lorsqu'ils affirment qu'il n'était pas possible que J.\_\_\_\_\_ dorme chez eux pendant trois ans, car la famille était composée déjà de trois adultes et de trois enfants et que l'appartement de 4,5 pièces, qui ne comprend que trois chambres à coucher, ne serait pas suffisamment grand. Or, tant le prévenu que son épouse sont visiblement accueillants, dès lors qu'ils ont, selon les déclarations de l'appelant, logé un autre compatriote, H.\_\_\_\_\_, durant deux jours, mais également, selon B.S.\_\_\_\_\_, une amie de l'épouse du prévenu, L.\_\_\_\_\_, durant trois semaines. Par ailleurs, il y a lieu de relever que le fils aîné du prévenu, qui occupait, selon ses déclarations du 19 juillet 2017 à la police, une chambre seul dans l'appartement familial

jusqu'au mois de mai 2018, dormait parfois chez sa mère et non chez son père. Il apparaît ainsi que plusieurs personnes occupaient la même chambre, de sorte que la petitesse de l'appartement relativement au nombre de personnes qui l'occupaient n'est pas un élément permettant de disculper l'appelant.

Au vu de ce qui précède, la Cour de céans retient que J.\_\_\_\_\_ a dormi chez l'appelant, fait qui ressort des déclarations de celui-ci et d'Y.\_\_\_\_\_, cette dernière n'ayant de surcroît pas fait opposition à l'ordonnance pénale du 31 mai 2018 la condamnant à une peine pécuniaire de 120 jours-amende à 30 fr. le jour avec sursis pendant deux ans pour incitation au séjour illégal et emploi d'étrangers sans autorisation. En effet, les déclarations du prévenu et de son fils manquent de crédibilité et il paraît totalement invraisemblable qu'A.S.\_\_\_\_\_ n'ait pas été au courant que J.\_\_\_\_\_ ait dormi à son domicile, quand bien même il travaillerait beaucoup. La Cour de céans retient également que J.\_\_\_\_\_ a gardé les enfants du prévenu, fait qui ressort des déclarations de J.\_\_\_\_\_, mais aussi de celles de la mère des enfants, étant précisé qu'il était alors nourri et logé et que de l'argent lui était remis. Là encore, le prévenu n'est pas crédible quand il affirme qu'il n'était pas au courant.

Partant, c'est à juste titre que le premier juge a retenu qu'A.S.\_\_\_\_\_ avait logé et employé J.\_\_\_\_\_. Il convient dès lors de déterminer combien de temps J.\_\_\_\_\_, dont les déclarations ne sont pas claires sur ce point, a logé chez l'appelant et gardé ses enfants.

Le rapport de police du 26 septembre 2017 indique que J.\_\_\_\_\_ serait entré en Suisse le 8 février 2015 et qu'il aurait déposé une demande d'asile en hiver 2015. Il aurait ensuite fui du centre pour requérants d'asile dans lequel il était hébergé pour se rendre dans la région lausannoise, où il aurait séjourné pendant « environ trois ans » chez A.S.\_\_\_\_\_. A cet égard, par ordonnance pénale du 29 novembre 2017, J.\_\_\_\_\_ a été condamné pour avoir séjourné et occasionnellement effectué des petits travaux rémunérés pour des compatriotes en divers endroits de Suisse du 22 avril 2015 au 26 septembre 2017.

Au vu de ce qui précède, l'on ne saurait retenir que l'infraction d'incitation au séjour illégal puisse couvrir une période où J.\_\_\_\_\_ n'aurait pas été en Suisse et une période où il aurait séjourné dans un centre pour requérants d'asile. Bien plutôt, il y a lieu de retenir que la durée de l'activité délictueuse de l'appelant couvre la même durée que le séjour illégal de J.\_\_\_\_\_, soit qu'A.S.\_\_\_\_\_ a logé J.\_\_\_\_\_ à son domicile du 22 avril 2015 au 26 septembre 2017, période à laquelle il l'a également rémunéré pour la garde ponctuelle de ses enfants.

#### **4.**

**4.1** L'appelant soutient que l'art. 116 al. 1 let. a LEI (Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 ; RS 142.20) ne lui serait pas applicable, dans la mesure où il n'aurait en tous les cas pas hébergé J.\_\_\_\_\_ pendant une durée suffisante pour être punissable. S'agissant de l'infraction d'emploi d'étrangers sans autorisation, il fait valoir qu'il n'était pas au courant que son épouse avait demandé à J.\_\_\_\_\_ de garder leurs enfants à quelques reprises et soutient que l'intéressé n'était pas rémunéré pour cette activité, la modeste somme d'argent versée étant une simple aide ponctuelle pour lui permettre de subvenir à ses besoins les plus élémentaires.

#### **4.2**

**4.2.1** Sous le titre « Incitation à l'entrée, à la sortie ou au séjour illégaux », l'art. 116 al. 1 let. a LEI punit d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui, en Suisse ou à l'étranger, facilite l'entrée, la sortie ou le séjour illégal d'un étranger ou participe à des préparatifs dans ce but.

L'infraction consistant à inciter ou à faciliter un séjour illégal d'une personne en Suisse, est difficile à circonscrire. En effet, l'étranger qui séjourne illégalement dans notre pays noue de nombreuses relations avec d'autres personnes. Il prend par exemple un moyen de transport, achète de la nourriture ou va au restaurant. Tout contact avec cet étranger, qui rend plus agréable le séjour de celui-ci en Suisse, ne saurait

être punissable au sens de l'art. 116 al. 1 let. a LEI. Sinon, le champ d'application de cette disposition serait illimité. Aussi, le comportement de l'auteur doit-il rendre plus difficile le prononcé ou l'exécution d'une décision à l'encontre de l'étranger en situation irrégulière ou restreindre, pour les autorités, les possibilités de l'arrêter (TF 6B\_128/2009 du 17 juillet 2009 consid. 2.2 concernant l'art. 116 al. 1 let. a LEtr [Loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 ; RS 142.20, renommée LEI depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019] ; ATF 130 IV 77 consid. 2.3 concernant l'ancien art. 23 LSEE [Loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 ; abrogée le 1<sup>er</sup> janvier 2008]).

En règle générale, il est admis que celui qui héberge une personne séjournant illégalement en Suisse facilite le séjour illégal de celle-ci, qu'il agisse en tant qu'hôtelier, que bailleur ou qu'employeur qui loue une chambre (ATF 118 IV 262 consid. 3a ; ATF 112 IV 121 consid. 1 ; Roschacher, *Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer*, thèse, Zurich 1991, pp. 87 ss). Le logement est alors susceptible de devenir une cachette pour l'étranger en situation irrégulière, lui permettant ainsi de se soustraire à l'intervention des autorités administratives (ATF 130 IV 77 précité).

L'incitation à un séjour illégal suppose toutefois que l'auteur mette un logement à disposition de l'étranger sans autorisation pendant une certaine durée (ATF 130 IV 77 précité ; TF 6B\_426/2014 du 18 septembre 2014 consid. 4 et les références citées ; TF 6B\_128/2009 précité). La mise à disposition d'un logement pour seulement quelques jours ne suffit pas, car un tel comportement n'est pas de nature à entraver l'action administrative. L'octroi d'un gîte pour quelques jours ne témoigne pas d'une volonté délictueuse, car un toit est nécessaire pour vivre et cette contribution ne vise donc pas à favoriser l'auteur (TF 6B\_128/2009 précité et les références citées).

A défaut de mention expresse de la négligence, l'incitation au séjour illégal, qui constitue un délit, ne peut être commise

qu'intentionnellement ; le dol éventuel suffit (TF 6B\_128/2009 précité et la référence citée).

**4.2.2** Aux termes de l'art. 117 LEI, quiconque, intentionnellement, emploie un étranger qui n'est pas autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse ou a recours, en Suisse, à une prestation de services transfrontaliers d'une personne qui n'a pas l'autorisation requise, est puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire. Dans les cas graves, la peine sera une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire. En cas de peine privative de liberté, une peine pécuniaire est également prononcée (al. 1). La négligence est à nouveau punissable depuis le 1<sup>er</sup> février 2014, date d'entrée en vigueur de l'art. 117 al. 3 LEI, qui prévoit que si l'auteur agit par négligence, il est puni d'une amende de 20'000 fr. au plus.

Le terme « employer » doit être compris de manière large, comme consistant non seulement à conclure et exécuter un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO (Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse ; RS 220), mais également à faire exécuter une activité lucrative à quelqu'un, quelle que soit la nature du rapport juridique entre l'auteur et la personne employée. Il doit s'agir d'un comportement actif ; une simple permission ou tolérance ne suffit pas. Il n'est en revanche pas nécessaire que l'auteur ait la compétence de donner des instructions à la personne employée. Il suffit qu'il entre dans ses attributions de décider qui peut, ou ne peut pas, participer à l'exécution de la tâche et qu'ainsi sa décision conditionne l'activité lucrative de l'intéressé (ATF 137 IV 153 consid. 1.5 et les références citées). Celui qui bénéficie effectivement des services d'un travailleur est un employeur nonobstant l'intervention d'un intermédiaire. Peu importe qu'une rémunération soit versée et par qui (ATF 99 IV 110 consid. 1).

**4.3** Il résulte des faits retenus ci-dessus que l'appelant a logé J.\_\_\_\_\_ du 22 avril 2015 au 26 septembre 2017, de sorte que la condition de durée suffisante de l'hébergement prévue par la

jurisprudence est manifestement réalisée en l'espèce. La condamnation de l'appelant pour incitation au séjour illégal doit donc être confirmée.

Il en va de même pour l'infraction d'emploi d'étrangers sans autorisation, dans la mesure où la Cour de céans n'a pas tenu pour vraisemblable que l'appelant n'ait pas été au courant du fait que J. \_\_\_\_\_ ait ponctuellement gardé ses enfants. En outre, compte tenu de la jurisprudence précitée, le fait de savoir si l'intéressé a été rémunéré pour cette activité, par qui et sous quelle forme, n'est pas déterminant.

Par conséquent, la condamnation de l'appelant pour incitation au séjour illégal et emploi d'étrangers sans autorisation doit être confirmée.

## **5.**

**5.1** L'appelant, qui conclut à son acquittement, ne conteste pas la quotité de la peine en tant que telle. Il convient néanmoins d'examiner d'office si la peine infligée par le premier juge est adéquate au regard des art. 47 ss CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; RS 311.0).

## **5.2**

**5.2.1** Le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur (art. 47 CP). 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). La culpabilité de l'auteur 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 ; TF 6B\_144/2019 du 17 mai 2019 consid. 4.1).

Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de la fixation de la peine. Le Tribunal fédéral n'intervient que lorsque l'autorité cantonale a fixé une peine en dehors du cadre légal, si elle s'est fondée sur des critères étrangers à l'art. 47 CP, si des éléments d'appréciation importants n'ont pas été pris en compte ou, enfin, si la peine prononcée est exagérément sévère ou clémente au point de constituer un abus du pouvoir d'appréciation (ATF 136 IV 55 consid. 5.6 ; TF 6B\_293/2019 du 29 mars 2019 consid. 1.1).

**5.2.2** Aux termes de l'art. 49 al. 1 CP, 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 (ATF 144 IV 313).

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. Que les dispositions pénales applicables prévoient abstraitement des peines de même genre ne suffit pas. Si les sanctions envisagées concrètement ne sont pas du même genre, elles

doivent être prononcées cumulativement. La peine privative de liberté et la peine pécuniaire ne sont pas des sanctions du même genre (ATF 144 IV 313 précité ; ATF 144 IV 217, JdT 2018 IV 335 ; ATF 142 IV 265 consid. 2.3.2, JdT 2017 IV 129).

La peine pécuniaire constitue la sanction principale dans le domaine de la petite et moyenne criminalité, les peines privatives de liberté ne devant être prononcées que lorsque l'Etat ne peut garantir d'une autre manière la sécurité publique. Lorsque tant une peine pécuniaire qu'une peine privative de liberté entrent en considération et que toutes deux apparaissent sanctionner de manière équivalente la faute commise, il y a en règle générale lieu, conformément au principe de la proportionnalité, d'accorder la priorité à la première, qui porte atteinte au patrimoine de l'intéressé et constitue donc une sanction plus clémente qu'une peine privative de liberté, qui l'atteint dans sa liberté personnelle. Le choix de la sanction doit être opéré en tenant compte au premier chef de l'adéquation de la peine, de ses effets sur l'auteur et sur sa situation sociale ainsi que de son efficacité du point de vue de la prévention. La faute de l'auteur n'est en revanche pas déterminante (ATF 144 IV 313 précité consid. 1.1.1 ; ATF 137 II 297 consid. 2.3.4 ; ATF 134 IV 97 précité).

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 (ATF 144 IV 313 précité consid. 1.1.2). La jurisprudence avait admis que le juge puisse s'écarter de cette méthode concrète dans plusieurs configurations, 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. 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. 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 313 précité ; ATF 144 IV 217 précité consid. 3.5.4).

**5.2.3** Si le juge doit prononcer une condamnation pour une infraction que l'auteur a commise avant d'avoir été condamné pour une autre infraction, il fixe la peine complémentaire de sorte que l'auteur ne soit pas puni plus sévèrement que si les diverses infractions avaient fait l'objet d'un seul jugement (art. 49 al. 2 CP).

Face à plusieurs condamnations antérieures, il faut rattacher chacune des infractions anciennes à la condamnation qui suit la commission de l'acte délictueux ; en effet, un jugement pénal doit en principe sanctionner tous les actes répréhensibles commis avant son prononcé. Le rattachement des actes anciens à la condamnation qui les suit permet de former des groupes d'infractions (ATF 116 IV 14 consid. 2c ; TF 6B 144/2019 précité consid. 4.3.1 ; TF 6B\_911/2018 du 5 février 2019 consid. 1.2.2).

Le Tribunal fédéral a récemment clarifié la jurisprudence en matière de concours rétrospectif partiel (ATF 145 IV 1). Au lieu de recourir conjointement aux deux premiers alinéas de l'art. 49 CP – comme le préconisait jusqu'ici la jurisprudence –, le juge amené à sanctionner des infractions commises antérieurement et postérieurement à un jugement précédent doit procéder en deux temps. Tout d'abord, il doit s'attacher aux infractions commises avant ledit jugement. Le juge doit examiner si, eu égard au genre de peine envisagé, une application de l'art. 49 al. 2 CP entre en ligne de compte (ATF 145 IV 1 consid. 1.3 ; ATF 142 IV 265 consid. 2.3.2 et les références citées ; TF 6B\_144/2019 précité). Si tel est le cas, il doit fixer une peine complémentaire (Zusatzstrafe) à la peine de

base (Grundstrafe) en tenant compte du principe de l'aggravation découlant de l'art. 49 al. 1 CP (ATF 145 IV 1 précité ; ATF 142 IV 265 précité consid. 2.4.4-2.4.6).

Si, en revanche, l'art. 49 al. 2 CP ne peut être appliqué, ainsi parce que le genre de peine envisagé pour sanctionner les infractions antérieures au jugement diffère de celui de la sanction déjà prononcée, le juge doit retenir une peine cumulative. Ensuite, le juge considère les infractions commises postérieurement au jugement précédent, en fixant pour celles-ci une peine indépendante, le cas échéant en faisant application de l'art. 49 al. 1 CP. Il additionne enfin la peine complémentaire ou la peine cumulative retenue pour sanctionner la ou les infractions commises antérieurement au jugement précédent à celle retenue pour sanctionner les infractions commises postérieurement à cette décision (ATF 145 IV 1 précité ; TF 6B\_144/2019 précité ; TF 6B\_911/2018 précité).

**5.3** A l'instar du premier juge, la Cour de céans considère que la culpabilité du prévenu est importante, celui-ci ayant déjà été condamné à de multiples reprises, en particulier en matière de législation sur les étrangers, de sorte qu'il connaissait parfaitement les règles applicables en la matière, ce qui rend son comportement d'autant plus répréhensible. En outre, il ne se remet absolument pas en question, persistant à nier les faits qui lui sont reprochés. A l'instar du premier juge, la Cour de céans ne voit pas d'élément à décharge.

A.S.\_\_\_\_\_ est condamné pour incitation au séjour illégal et emploi d'étrangers sans autorisation, infractions toutes deux passibles d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire. Ces infractions ont été commises entre le 22 avril 2015 et le 26 septembre 2017, soit en partie avant le jugement de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal du 31 mai 2016 le condamnant à vingt mois de privation de liberté avec sursis portant sur quatorze mois pendant cinq ans pour instigation et tentative d'instigation à escroquerie et séjour illégal, en partie postérieurement à ce jugement et antérieurement à la

condamnation du Ministère public de l'arrondissement de Lausanne du 4 août 2016 à quarante jours-amende à 30 fr. le jour pour lésions corporelles simples et séjour illégal, et en partie postérieurement à ces deux décisions.

S'agissant des faits commis avant le 31 mai 2016, soit l'emploi d'étrangers sans autorisation et l'incitation au séjour illégal entre le 22 avril 2015 et le 31 mai 2016, il y a lieu de relever, compte tenu de la jurisprudence précitée, qu'ils auraient dû faire l'objet d'une peine pécuniaire, dans la mesure où une telle peine paraissait adéquate et suffisante en termes de prévention spéciale, s'agissant de la première condamnation de l'appelant pour de tels faits. Ainsi, c'est une peine cumulative qui doit être retenue, les sanctions étant de genres différents. Toutefois, force est de constater avec le premier juge, compte tenu de l'importance de la sanction infligée au prévenu par jugement du 31 mai 2016, que celui-ci n'aurait pas été puni plus sévèrement si toutes les infractions commises à cette date avaient été connues, de sorte qu'il convient de renoncer à prononcer une peine cumulative pour les faits antérieurs au jugement de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal du 31 mai 2016. Le fait que la durée de l'incitation au séjour illégal et de l'emploi d'étrangers sans autorisation retenue par la Cour de céans soit finalement moindre que celle retenue par le premier juge n'a dès lors aucun impact sur la peine y relative.

S'agissant des faits commis entre le 1<sup>er</sup> juin 2016 et le 4 août 2016, date de la condamnation de l'appelant par le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne pour lésions corporelles simples et séjour illégal, il convient de fixer une peine complémentaire à celle de quarante jours-amende à 30 fr. le jour prononcée à cette occasion, les peines étant de même genre. En effet, au vu de la nature des faits reprochés à l'appelant et de la courte durée à sanctionner, ces infractions n'auraient pas justifié le prononcé d'une peine privative de liberté, malgré la situation de récidive spéciale dans laquelle se trouvait A.S.\_\_\_\_\_. Ainsi, concrètement, si les infractions de lésions corporelles simples et de séjour illégal avaient été jugées simultanément à celles d'incitation au séjour

illégal et d'emploi d'étrangers sans autorisation entre le 1<sup>er</sup> juin et le 4 août 2016, c'est une peine pécuniaire d'ensemble de l'ordre de 80 jours-amende qui aurait été prononcée.

Il y a ensuite lieu d'augmenter cette peine pour sanctionner l'incitation au séjour illégal et l'emploi d'étrangers sans autorisation entre le 5 août 2016 et le 26 septembre 2017, passibles d'une peine pécuniaire de l'ordre de 80 jours-amende (soit 40 jours-amende pour sanctionner l'incitation au séjour illégal et 40 jours-amende pour l'emploi d'étrangers sans autorisation, ces deux infractions entrant en concours et étant d'égale gravité), de sorte qu'il convient d'infliger à A.S. \_\_\_\_\_ une peine complémentaire de 120 jours-amende.

La peine pécuniaire de 120 jours-amende prononcée par le premier juge est dès lors adéquate et doit être confirmée, étant précisé que cette peine est partiellement complémentaire à celle prononcée par le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne le 4 août 2016. A cet égard, il y a lieu de relever que le dispositif du jugement de première instance ne précise pas la complémentarité de cette peine avec celle prononcée le 4 août 2016. Dans la mesure où il s'agit d'une erreur manifeste, le dispositif sera rectifié d'office. Compte tenu de la situation financière du prévenu, le montant du jour-amende sera arrêté à dix francs.

Enfin, c'est à juste titre que le premier juge a considéré que les récidives multiples de l'appelant et son absence de reconnaissance des faits excluaient l'octroi du sursis, appréciation que l'appelant ne conteste au demeurant pas. La renonciation à la révocation du sursis accordé le 31 mai 2016 doit également être confirmée, compte tenu du genre et de la quotité de la peine infligée à cette occasion, et de l'effet que la peine ferme prononcée à son encontre ne manquera pas d'avoir sur l'appelant.

**6.** En définitive, l'appel d'A.S. \_\_\_\_\_, qui a conclu à son acquittement, doit être rejeté et le jugement entrepris confirmé.

Vu l'issue de la cause, les frais de la procédure d'appel, constitués du seul émolument de jugement, par 2'490 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 d'A.S.\_\_\_\_\_, qui succombe (art. 428 al. 1 CPP).

Par ces motifs,  
la Cour d'appel pénale,  
statuant en application des art. 34, 46 al. 2, 47, 49 al. 1 et 2, 50 CP, 116  
al. 1 let. a, 117 al. 1 LEI et 398 ss CPP,  
prononce :

- I. L'appel est rejeté.
  
- II. Le jugement rendu le 7 janvier 2019 par le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne et modifié par prononcé du 15 janvier 2019 est confirmé selon le dispositif suivant, son chiffre II étant rectifié d'office comme suit :

*I. constate qu'A.S.\_\_\_\_\_ s'est rendu coupable d'incitation au séjour illégal et d'emploi d'étrangers sans autorisation ;*

*II. condamne A.S.\_\_\_\_\_ à une peine pécuniaire de 120 (cent-vingt) jours-amende, le montant du jour-amende étant arrêté à 10 (dix) francs, peine partiellement complémentaire à celle prononcée par le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne le 4 août 2016 ;*

*II<sup>bis</sup>. renonce à révoquer le sursis accordé le 31 mai 2016 par la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal ;*

*III. met les frais de justice, par 1'006 fr., à la charge d'A.S.\_\_\_\_\_."*

**III.** Les frais d'appel, par 2'490 fr., sont mis à la charge d'A.S.\_\_\_\_\_.

**IV.** Le jugement motivé est exécutoire.

La présidente :

La greffière :

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué par écrit aux intéressés le **7 juin 2019**, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Martine Dang, avocate (pour A.S.\_\_\_\_\_),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- M. le Président du Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne,
- Mme la Procureure de l'arrondissement de l'Est vaudois,
- Service de la population,
- Secrétariat d'Etat aux Migrations,
- Secrétariat à l'économie,

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 :