

COUR D'APPEL PENALE

Séance du 1er novembre 2021

Composition : M. WINZAP, président
Mmes Rouleau et Bendani, juges
Greffière : Mme Neyroud

Parties à la présente cause :

P._____, prévenu, assisté de Me Stefan Disch, défenseur de choix à Lausanne, appelant,

et

MINISTERE PUBLIC, représenté par la Procureure du Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois, intimé.

La Cour d'appel pénale statue à huis clos sur l'appel formé par P._____ contre le jugement rendu le 13 juillet 2021 par le Tribunal de police de l'arrondissement de La Côte dans la cause le concernant.

Elle considère :

En fait :

A. Par jugement du 13 juillet 2021, le Tribunal de police de l'arrondissement de La Côte a constaté que P._____ s'était rendu coupable de rupture de ban (I), l'a condamné à une peine privative de liberté de 6 mois (II) et a mis les frais de la procédure, par 600 fr., à sa charge.

B. Par annonce du 26 juillet 2021, puis déclaration du 17 août 2021, P._____ a interjeté appel contre ce jugement, en concluant principalement à sa réforme en ce sens qu'il est libéré du chef de prévention de rupture de ban, qu'aucune peine n'est prononcée à son encontre, qu'une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure en première instance et en appel au sens de l'art. 429 al. 1 let. a CPP (Code de procédure pénale du 5 octobre 2007, RS 312.0) lui est allouée et que les frais de procédure sont laissés à la charge de l'Etat. Subsidiairement, il a conclu, sous suite de frais et dépens, à la réforme du jugement précité, en ce sens qu'il est condamné à une peine qui sera fixée à dire de justice, mais dont le genre sera compatible avec la Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

En parallèle, P._____ a sollicité que son appel soit traité en procédure écrite conformément à l'art. 406 al. 1 let. a CPP.

Le 16 septembre 2021, le Président de la Cour d'appel pénale a invité les parties à faire savoir si elles consentaient à ce que l'appel soit traité dans le cadre d'une procédure écrite.

Par plis séparés du 22 septembre 2021, le Ministère public et P._____ ont indiqué consentir à ce que l'appel soit traité en la forme écrite.

Le 4 octobre 2021, le Président de la Cour de céans a imparti à l'appelant un délai au 11 octobre suivant pour déposer un mémoire motivé.

Le 11 octobre 2021, l'appelant s'est référé à sa déclaration d'appel du 17 août 2021. Il a en outre produit un article de presse paru le 14 juillet 2021 dans le journal Le Monde Afrique faisant état de la fermeture de la frontière algérienne à compter du 17 mars 2020 pendant une durée de seize mois.

Invité à se déterminer sur l'écriture précitée, le Ministère public n'a pas procédé plus avant.

C. Les faits retenus sont les suivants :

1.

1.1 P._____ est né le 28 juin 1989 à [...] en Algérie, pays dont il a la nationalité et où il a vécu et effectué sa scolarité obligatoire, jusqu'à l'âge de 16 ans. Il n'y a jamais travaillé officiellement, mais a occasionnellement aidé son père. A l'âge de 17 ans, il est arrivé en Suisse, où il s'est établi à compter de 2004. Depuis cette date, il n'a plus quitté le territoire helvétique. Il a travaillé à Genève dans le domaine de la mécanique et en tant que peintre en bâtiment. Il a vécu de « petits boulots au noir ». En 2006, il a effectué une demande afin de régulariser sa situation de police des étrangers. Cette demande n'a pas abouti. En

2014, il a rencontré L._____ avec qui il a eu deux enfants nés en 2016 et 2021. Au moment de son interpellation, en janvier 2021, P._____ a déclaré ne pas travailler. Il vivait, ainsi que sa famille, grâce aux revenus réalisés par L._____, qui travaillait dans un établissement médico-social. Le prévenu a ajouté qu'il recevait également un montant de 1'000 fr. à 1'500 fr. tous les vingt jours d'Algérie.

P._____ aurait quitté la Suisse à la suite de son interpellation au mois de janvier 2021. Sa compagne serait sans nouvelle de sa part depuis lors.

1.2 L'extrait du casier judiciaire suisse de P._____ fait état des condamnations suivantes :

- 02.03.2011, Tribunal de police Genève, délit contre la loi sur les stupéfiants, séjour illégal, peine privative de liberté deux mois ;
- 26.11.2012, Tribunal de police Genève, séjour illégal, peine privative de liberté nonante-trois jours ;
- 14.01.2013, Tribunal de police Genève, séjour illégal, peine privative de liberté de quatre mois ;
- 17.07.2013, Tribunal correctionnel de La Côte, Nyon, vol, entrée illégale, séjour illégal, contravention à loi sur les stupéfiants, peine privative de liberté quinze mois, amende 300 fr. ;
- 06.02.2014 Ministère public du canton de Genève, conduite d'un véhicule sans le permis de conduire requis, peine privative de liberté trente jours ;
- 09.05.2014, Ministère public du canton de Genève, injure, peine pécuniaire dix jours-amende à 30 fr. ;
- 08.07.2015, Tribunal de police Genève, séjour illégal, lésions corporelles simples (commis à réitérées reprises), menaces, injure (commis à réitérées reprises), peine privative de liberté six mois, peine pécuniaire vingt jours-amende à 10 fr. ;

- 07.04.2016, Ministère public du canton de Genève, violence ou menace contre les autorités et les fonctionnaires, peine pécuniaire à trente jours-amende à 10 fr. ;
- 05.03.2019, Chambre pénale d'appel et de révision, Genève, dénonciation calomnieuse, conducteurs se trouvant dans l'incapacité de conduire (véhicule automobile, taux d'alcool qualifié dans le sang ou dans l'haleine), conduite d'un véhicule automobile sans le permis de conduire requis (commis à réitérées reprises), délit contre la loi sur les stupéfiants, entrée illégale au sens de la loi sur les étrangers et l'intégration, séjour illégal (commis à réitérées reprises), exercice d'une activité lucrative sans autorisation (commis à réitérées reprises), délit contre la loi sur les stupéfiants, peine privative de liberté deux ans et six mois, expulsion (CP 66a^{bis}) 3 ans, détention préventive 492 jours, peine partiellement complémentaire au jugement du 8 juillet 2015 du Tribunal de police de Genève, peine d'ensemble avec la libération conditionnelle du 12 janvier 2018 du Tribunal d'application des peines et mesure Genève, 15 juillet 2020, expulsion canton de Genève, début de l'expulsion pour départ volontaire.

2. P._____ a séjourné en Suisse entre le 15 juillet 2020 et le 23 janvier 2021, date de son interpellation, alors qu'il faisait l'objet d'une expulsion judiciaire d'une durée de trois ans prononcée par la Chambre pénale d'appel et de révision du canton de Genève le 5 mars 2019.

En droit :

1.

1.1 Interjeté dans les formes et délais légaux (art. 399 CPP) par une partie qui a la qualité pour recourir contre le jugement d'un tribunal de première instance ayant clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP), l'appel de P._____ est recevable.

1.2 L'appel est traité en procédure écrite, dès lors qu'il est dirigé contre un jugement rendu par un juge unique, que la présence du prévenu aux débats d'appel n'est pas indispensable et que celui-ci y a consenti (art. 406 al. 2 let. a et b 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 (a) violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, le déni de justice et le retard injustifié, (b) constatation incomplète ou erronée des faits et (c) 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, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2e éd., Bâle 2014, n. 1 ad art. 398 CPP).

3.

3.1 L'appelant conteste sa condamnation du chef de rupture de ban. Il fait valoir qu'en raison de la situation sanitaire liée au Covid-19 et de la fermeture des frontières algériennes qui en a résulté, il était dans l'impossibilité absolue de quitter le territoire suisse.

3.2 L'art. 291 CP dispose que celui qui aura contrevenu à une décision d'expulsion du territoire de la Confédération ou d'un canton prononcée par une autorité compétente sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (al. 1). La durée de cette peine ne sera pas imputée sur celle de l'expulsion (al. 2).

La rupture de ban suppose la réunion de trois conditions : une décision d'expulsion, la transgression de celle-ci et l'intention. L'infraction est consommée si l'auteur reste en Suisse après l'entrée en force de la décision, alors qu'il a le devoir de partir (ATF 147 IV 232 consid. 1.1 ; TF 6B_1191/2019 du 4 décembre 2019 consid. 5.1). Cette infraction est un délit continu qui est réalisé aussi longtemps que dure le séjour illicite (ATF 135 IV 6 consid. 3.2).

Dans la conception moderne du droit pénal, l'Etat n'est pas fondé à punir une personne du seul fait que son comportement contrevient objectivement à la norme pénale. Il faut encore que l'on puisse lui reprocher d'avoir violé la loi. La justification morale de la répression réside dans ce reproche. Il faut dès lors que l'auteur ait eu la liberté de se soumettre au droit. Le reproche résulte de ce que ledit auteur a fait un mauvais usage de sa liberté. Ce mésusage est qualifié de faute, sur laquelle est fondé le droit pénal moderne (L. Moreillon / N. Queloz / A. Macaluso / N. Dongois (éds), Commentaire romand, Code pénal I, art. 1-110 CP, 2^{ème} édition, Bâle 2020, n. 3 et 4 ad art. 12 CP).

En matière de rupture de ban, l'intention devra être niée lorsque la personne expulsée ne peut pas quitter la Suisse, notamment parce que son Etat d'origine ne l'accepte pas, étant précisé que l'on ne peut évidemment pas attendre d'une personne qu'elle enfreigne les lois d'autres pays pour quitter la Suisse ; il en va de même de celui qui risque sa vie en regagnant son pays d'origine, ce qui, au demeurant, imposerait le report de l'expulsion en application de l'art. 66d CP (S. Grodecki / Y. Jeanneret, L'expulsion judiciaire, in Droit pénal - évolutions en 2018, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Bâle 2017, pp. 167 ss, p. 182).

3.3 En l'espèce, l'appelant fait l'objet d'une mesure d'expulsion d'une durée de trois ans prononcée par la Chambre pénale d'appel et de révision du canton de Genève le 5 mars 2019. Il est toutefois constant que l'intéressé n'a pas quitté le territoire suisse après sa sortie de prison au

mois d'avril 2020, ce alors qu'il savait qu'il en était expulsé judiciairement, tel que cela ressort des déclarations qu'il a tenues durant l'enquête (PV Aud. 1 D. 6 et PV Aud. 2 p. 2). Il ne le conteste au demeurant pas dans le cadre de son appel.

Il fait en revanche valoir que son départ de la Suisse était impossible en raison de la fermeture des frontières de l'Algérie dans le contexte de la pandémie du Covid-19.

Durant l'enquête, il a allégué tour à tour différents facteurs qui l'auraient conduit à demeurer sur le sol helvétique. Devant la police, il a invoqué un ordre du Service d'application des peines et des mesures (SAPEM), selon lequel son expulsion était « non-obligatoire », puis la fermeture des frontières algériennes en lien avec le Covid-19, ainsi que des motifs d'ordres familiaux, la mère de sa compagne étant décédée avant sa sortie de prison (PV Aud. 1 D. 6). Devant le Ministère public, il a fait valoir que sa compagne était enceinte (PV Aud. 2 p. 2).

Nonobstant l'argumentation développée dans la déclaration d'appel du 17 août 2021, on relève que la présence du prévenu sur le territoire suisse ne résulte pas tant de la fermeture des frontières algériennes, que de son propre souhait de rester auprès de sa famille. L'argument de la crise sanitaire et de la fermeture des frontières qui en a découlé est de circonstance, l'appelant ayant déclaré qu'il voulait rester en Suisse pour voir grandir son fils et qu'il préférerait faire de la prison plutôt que de quitter le territoire (cf. PV Aud 1 p. 3).

En tout état de cause, même à retenir la thèse selon laquelle l'appelant serait rentré en Algérie si les frontières avaient été ouvertes, il ressort des déclarations de sa compagne et des démarches entreprises par son défenseur que l'appelant a quitté la Suisse *a priori* pour l'Espagne après son interpellation. Ce départ démontre à tout le moins qu'il lui était possible de quitter le territoire helvétique – comme il était tenu de le faire au vu de la mesure d'expulsion dont il faisait l'objet – et de se rendre dans un pays qui n'était pas le sien en pleine troisième vague de la pandémie.

Il s'ensuit que, contrairement à ce que soutient l'appelant, il peut lui être imputé à faute d'avoir séjourné en Suisse entre le 15 juillet 2020 et le 23 janvier 2021. Sa condamnation du chef de rupture de ban doit dès lors être confirmée.

4.

4.1 Dans un moyen subsidiaire, l'appelant conteste le genre de peine. Il fait valoir que seule une peine pécuniaire peut être prononcée, à l'exclusion d'une peine privative de liberté.

4.2.

4.2.1 L'art. 47 CP prévoit que 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).

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).

4.2.2 La Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (ci-après : Directive sur le retour), reprise par la Suisse, pose le principe de la priorité des mesures de refoulement sur le prononcé d'une peine privative de liberté du ressortissant d'un pays tiers qui est en séjour illégal (ATF 143 IV 249 consid. 1.4.3, consid. 1.5 et 1.9 ; TF 6B_1365/2019 du 11 mars 2020 consid. 2.3.1 et 2.3.4). Un tel genre de peine ne peut entrer en ligne de compte uniquement lorsque toutes les mesures raisonnables pour l'exécution de la décision de retour ont été entreprises (ATF 143 IV 249 consid. 1.9), respectivement si ce retour à échoué en raison du comportement de l'intéressé (TF 6B_1398/2020 du 10 mars 2021 consid. 1.6). Le prononcé d'une peine pécuniaire n'est en revanche pas incompatible avec la Directive sur le retour, pour autant qu'elle n'entrave pas la procédure d'éloignement. Une telle sanction peut être prononcée indépendamment de la mise en œuvre des mesures nécessaires au renvoi (ATF 143 IV 249 consid. 1.9).

4.2.3 Récemment le Tribunal fédéral a examiné l'application de ces principes en cas de condamnation pour rupture de ban. Il a à cet égard retenu que le comportement appréhendé par l'art. 291 CP était – hormis la transgression intentionnelle d'une décision d'expulsion – identique à celui du séjour illégal et ne pouvait être commis que par un étranger (art. 115 al. 1 let. b LEI [loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration ; RS 142.20). Il a ainsi établi que l'infraction de rupture de ban devait être interprétée conformément à la jurisprudence de l'Union européenne en rapport avec la Directive sur le retour précitée. Une peine privative de liberté pour ce chef d'infraction ne pouvait dès lors être infligée que si les autorités administratives avaient entrepris toutes les mesures raisonnables pour l'exécution de la décision de retour, mais que

la procédure y relative a échoué en raison du comportement de l'intéressé (ATF 147 IV 232 consid. 1.2 - 1.4 et 1.6).

4.3

4.3.1 En l'espèce, dans son appréciation de la culpabilité du prévenu, le Tribunal de police a retenu qu'elle n'était pas négligeable. L'intéressé avait neuf antécédents pénaux, notamment en matière de délits à la loi sur les stupéfiants, loi sur les étrangers et l'immigration, loi sur la circulation routière et d'infraction contre l'intégrité corporelle, contre la liberté, contre l'honneur, contre l'autorité public et enfin contre l'administration de la justice. Il avait persisté à rester en Suisse malgré la décision pénale d'expulsion. Aucun élément à décharge n'était retenu, hormis le fait que le prévenu avait sa compagne et son fils en Suisse, que le couple attendait un deuxième enfant et que sa compagne avait rencontré des problèmes durant sa grossesse. Le Tribunal a par ailleurs relevé que le prévenu semblait désormais respecter la décision d'expulsion puisqu'il disait avoir quitté la Suisse depuis sa dernière interpellation.

Ces éléments ne prêtent pas le flanc à la critique, le juge ayant tenu compte de l'ensemble des éléments à charge et à décharge.

Pour ces motifs, le Tribunal de première instance a condamné le prévenu à une peine privative de liberté de 6 mois.

Se pose la question de savoir si ce genre de peine est compatible avec la jurisprudence européenne en lien avec la Directive sur le retour.

4.3.2 Le jugement entrepris retient, en citant la condamnation de la Chambre pénale d'appel et de révision du canton de Genève : « expulsion pour départ volontaire ». Il faut comprendre de cette phrase que les autorités n'ont pas entrepris toutes les mesures raisonnables pour l'exécution de la décision d'expulsion. Il ne ressort en outre pas du dossier que l'appelant aurait fait obstacle à la mise en œuvre de telles mesures.

Par conséquent, faute de mise en œuvre de mesures de renvoi ou d'échec de celles-ci, la condamnation de l'appelant à une peine privative de liberté n'est pas conforme à la Directive sur le retour.

4.3.3 Il s'ensuit que la rupture de ban commise par l'appelant doit être réprimée par une peine pécuniaire.

La culpabilité de l'appelant, ainsi que sa situation personnelle justifient le prononcé d'une peine pécuniaire de 90 jours-amende à 30 fr. le jour.

Pour le surplus, l'appelant ne sollicite pas d'être mis au bénéfice du sursis. Compte tenu de ses antécédents judiciaires, les conditions objectives et subjectives de cette mesure ne sont en tout état de cause pas réalisées. La peine prononcée sera ferme.

5. En définitive, l'appel de P._____ doit être admis et le jugement entrepris réformé dans le sens des considérants qui précèdent.

6. Le fait que le prévenu obtienne gain de cause en appel quant au genre de la peine n'a pas d'effet sur le sort des frais de première instance. Les coûts d'enquête et de jugement auraient été les mêmes. Par ailleurs, l'appelant qui est à l'origine de l'action pénale, a été condamné. Il n'a pas droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice de ses droits de procédure en première instance.

7. Vu l'issue de la cause, les frais de la procédure d'appel, constitués en l'espèce de l'émolument de jugement et d'audience, par 1'390 fr. (art. 21 al. 1 TFIP [tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; BLV 312.03.1]), seront en revanche laissés à la charge de l'Etat (art. 423 CPP).

P._____, qui a procédé avec l'assistance d'un avocat de choix, se verra allouer une indemnité pour les dépenses occasionnées par

l'exercice raisonnable de ses droits de procédure en seconde instance. La liste des opérations produite par Me Stefan Disch fait état de 5h40 d'activité au tarif horaire de 350 francs. Ce temps est excessif. Il convient en effet de retrancher 45mn de recherches juridiques déjà effectuées en première instance, ainsi que 10mn pour la confection du bordereau de pièces, cette opération relevant d'un pur travail de secrétariat.

On obtient ainsi un total de 4h45. Au vu de la nature simple de la cause, il faut appliquer un tarif horaire de 300 francs. C'est ainsi une indemnité de 1'425 fr. (4h45 x 300) plus 2% de débours, par 28 fr. 50, plus la TVA au taux de 7.7%, par 111 fr. 90, soit au total de 1'566 fr. en chiffres arrondis, qui sera allouée à P. _____ pour ses frais de défense en appel, à la charge de l'Etat.

L'indemnité qui est allouée à P. _____ au titre de l'art. 429 al. 1 let. a CPP sera compensée, en vertu de l'art. 442 al. 4 CPP, avec la part des frais de première instance mise à sa charge (TF 6B_53/2013 du 8 juillet 2013 consid. 5.1, partiellement publié à l'ATF 139 IV 243 et résumé à la SJ 2014 I 161).

Par ces motifs,
la Cour d'appel pénale,
en application des art. 398 ss CPP ,
prononce :

- I. L'appel est admis.
- II. Le jugement rendu le 13 juillet 2021 par le Tribunal de police de l'arrondissement de La Côte est modifié comme il suit au chiffre II de son dispositif, le dispositif du jugement étant désormais le suivant :
 - I. *Constata que P. _____ s'est rendu coupable de rupture de ban ;*

II. Condamne P. _____ à une peine pécuniaire de 90 jours-amende à 30 fr. (trente francs) le jour ;

III. Met les frais de procédure à hauteur de 600 fr. (six cents francs) à la charge de P. _____."

III. Les frais de la procédure d'appel, par 1'320 fr. (mille trois cent vingt francs) sont laissés à la charge de l'Etat.

IV. Une indemnité de 1'566 fr. (mille cinq cent soixante-six francs) est allouée à P. _____ pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits dans la procédure d'appel.

V. L'indemnité prévue au chiffre IV ci-dessus est compensée à concurrence de 600 fr. par les frais de première instance mis à la charge de P. _____.

VI. Déclare le présent jugement exécutoire.

Le président :

La greffière :

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 Stefan Disch, avocat (pour P. _____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- Mme la Présidente du Tribunal de police de l'arrondissement de La Côte,
- Mme la Procureure de l'arrondissement de l'Est vaudois,

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 :