ATF 147 IV 232 | TF, 10.03.2021, 6B_1398/2020*

*L'infraction de rupture de ban (art. 291 CP) ne peut donner lieu à une condamnation pour peine privative de liberté à l'encontre d'un ressortissant d'un pays tiers qui est demeuré en Suisse malgré son expulsion que si les autorités ont suivi la procédure de renvoi prévue par la Directive sur le retour (cf. ég. RO 2010 5925) ou en ont été empêchées en raison du comportement de l'intéressé.*

Faits

Le 23 mai 2018, le Tribunal de police du canton de Genève condamne un ressortissant algérien pour plusieurs infractions, dont celle d'entrée illégale et de séjour illégal en Suisse. Il ordonne son expulsion pour une durée de cinq ans.

Le ressortissant algérien demeure néanmoins en Suisse et se fait derechef condamner à une peine privative de liberté pour rupture de ban en décembre 2018.

Après sa libération en janvier 2020, il demeure en Suisse et est interpellé quelques mois plus tard. Par jugement du 6 juillet 2020, confirmé en appel, le Tribunal de police le déclare coupable de rupture de ban et le condamne à une peine privative de liberté de neuf mois.

Le prévenu recourt alors au Tribunal fédéral. Il ne remet pas en cause sa condamnation, mais reproche aux tribunaux genevois d'avoir violé le droit fédéral et international en lui infligeant une peine privative de liberté alors qu'aucune mesure n'a été prise en vue de son renvoi effectif. Le Tribunal fédéral doit donc examiner si l'absence de mesures en vue du renvoi s'oppose au prononcé d'une peine privative de liberté pour réprimer une rupture de ban (art. 291 CP).

Droit

Le Tribunal fédéral commence par délimiter l'infraction de rupture de ban (art. 291 CP) de celle d'entrée illégale ou de séjour illégal (art. 115 al. 1 let. a et b LEI). En substance, il souligne que l'infraction réprimée par la LEI est subsidiaire à la rupture de ban, celle-ci n'étant applicable que lorsque l'auteur contrevient à une expulsion.

Il rappelle ensuite que la Suisse a repris la Directive européenne 2008/115/CE relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (Directive sur le retour ; cf. Arrêté fédéral du 18 juin 2020 [RS 0.362.380.042]). Cette directive 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. Une peine privative de liberté ne peut entrer en ligne de compte que lorsque les autorités ont entrepris toutes les mesures raisonnables pour l'exécution de la décision de retour.

En application de ce principe, le Tribunal fédéral a jugé qu'une peine privative de liberté ne pouvait sanctionner la violation d'une interdiction de pénétrer dans une région déterminée, prononcée en lien avec la mise en œuvre du renvoi ou de l'expulsion (art. 119 al. 1 *cum* 74 al. 1 let. b et c LEI) que si les mesures en vue du refoulement ont été prises conformément à la directive (ATF 143 IV 264 *in* LawInside.ch/488). En revanche, la Directive sur le retour n'exclut pas une peine privative de liberté pour violation d'une telle interdiction, prononcée en raison d'un comportement troublant ou menaçant la sécurité et l'ordre publics (art. 119 al. 1 *cum* 74 al. 1 let. a LEI).

D'après la jurisprudence, les juridictions suisses doivent faire leur possible pour mettre en œuvre la jurisprudence européenne relative à la Directive sur le retour. Selon la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), la Directive s'oppose à l'emprisonnement d'un ressortissant étranger en séjour irrégulier pour la seule raison qu'il continue de se trouver de manière irrégulière sur le territoire de l'Etat après qu'un ordre de quitter le territoire lui a été notifié et que le délai imparti dans cet ordre a expiré. En effet, condamner quelqu'un à une peine d'emprisonnement relativement longue retarde l'exécution de la décision de retour. Partant, une peine d'emprisonnement pour séjour illégal ne peut être infligée à un ressortissant étranger que si la procédure administrative de renvoi a été menée à son terme sans succès et que le ressortissant étranger demeure sur le territoire sans motif justifié.

Le Tribunal fédéral note que la CJUE s'est récemment prononcée sur la conformité à la Directive sur le retour d'une disposition pénale néerlandaise incriminant le « séjour irrégulier qualifié » (CJUE, 17.09.2020, C-806/18 *JZ*). A cette occasion, elle a jugé que la

Directive ne s'oppose pas à une réglementation nationale permettant l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers auquel la procédure de retour a été appliquée en vain et qui séjourne de ce fait de façon illégale et sans motif justifié sur le territoire national. En outre, les Etats peuvent prévoir une peine privative de liberté à l'encontre des ressortissants qui ont par exemple des antécédents pénaux ou qui représentent un danger.

S'agissant du cas présent, le Tribunal fédéral relève que le comportement appréhendé par la rupture de ban (art. 291 CP) est identique à celui du séjour illégal (art. 115 al. 1 let. a et b LEI) : il s'agit d'un séjour irrégulier sur le territoire après notification d'un ordre de quitter celui-ci. L'art. 291 CP s'apparente également à la disposition pénale néerlandaise qui a fait l'objet de l'arrêt *JZ* de la CJUE. Ainsi, la répression de cette infraction ne peut conduire à une peine privative de liberté que si toutes les mesures raisonnables ont été entreprises en vue de l'éloignement, respectivement si celui-ci a échoué en raison du comportement de l'intéressé. En d'autres termes, l'emprisonnement ne peut entrer en ligne de compte que lorsque la procédure de retour établie par la Directive a été appliquée.

En l'espèce, l'instance précédente ne fait mention d'aucune mesure de mise en œuvre de l'expulsion, ni d'un comportement du recourant qui en aurait empêché l'exécution. Le fait que l'Algérie ne collabore pas avec la Suisse en matière de vols spéciaux ne dispense pas les autorités administratives de toute démarche en vue du renvoi. Par conséquent, en l'absence de mesures de renvoi, respectivement d'échec de celles-ci, le Tribunal fédéral en conclut que les tribunaux genevois ne pouvaient condamner le recourant à une peine privative de liberté pour avoir séjourné illégalement en Suisse malgré une décision d'expulsion.

Au vu de ce qui précède, le Tribunal fédéral admet le recours, annule l'arrêt entrepris et renvoie la cause à la Cour de justice pour qu'elle fixe une peine compatible avec la jurisprudence et se prononce sur les prétentions relatives à l'indemnisation de la détention. Pour le cas où le recourant serait encore détenu, la Cour devra de surcroît s'assurer de sa libération.

Proposition de citation : CAMILLA JACQUEMOUD, Les limites au prononcé d'une peine privative de liberté en cas de rupture de ban (art. 291 CP), in: https://lawinside.ch/1039/