

# **BGer 6B\_1495/2022 vom 12. Mai 2023**

Bundesgericht, 2023-05-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_1495\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_1495_2022)

FR: TF 6B\_1495/2022 du 12 mai 2023

IT: TF 6B\_1495/2022 del 12 maggio 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Le recourant ne conteste pas l'expulsion à vie prononcée à son encontre, mais uniquement son inscription dans le registre SIS. Il fait valoir, dans la mesure où il est ressortissant britannique, que le "Brexit" est intervenu le 31 janvier 2020, que le Royaume-Uni n'est plus membre de l'espace Schengen depuis le 1er janvier 2021 et que les faits pour lesquels il a été condamné sont, en partie, antérieurs au "Brexit", et, en totalité, antérieurs à la sortie du Royaume-Uni de l'espace Schengen, il ne devrait pas être considéré comme un ressortissant d'un Etat tiers. En confirmant l'inscription de son expulsion dans le registre SIS, la cour cantonale a violé l'interdiction de la rétroactivité proprement dite, respectivement l'exception de la

lex mitior ( art. 2 al. 1 et 2 CP ) et, partant, les principes d'égalité ( art. 8 al. 1 Cst. ), de légalité ( art. 5 al. 1 Cst ; art. 1 CP et 7 CEDH) ainsi que les principes de l'interdiction de l'arbitraire et de la protection de la bonne foi ( art. 9 Cst. ). L'arrêt entrepris violait en outre les art. 3 ch. 4 et 24 al. 1 et 2 du Règlement (UE) 2018/1861.

### **E. 1.2.1**

Conformément à l' art. 2 al. 1 CP , la loi pénale ne s'applique qu'aux faits commis après son entrée en vigueur (principe de la non-rétroactivité de la loi pénale). Cependant, en vertu de l' art. 2 al. 2 CP , une loi nouvelle s'applique aux faits qui lui sont antérieurs si, d'une part, l'auteur est mis en jugement après son entrée en vigueur et si, d'autre part, elle est plus favorable à l'auteur que l'ancienne (exception de la

lex mitior ). Il en découle que l'on applique en principe la loi en vigueur au moment où l'acte a été commis, à moins que la nouvelle loi ne soit plus favorable à l'auteur ( ATF 147 IV 241 consid. 4.2.1).

Les principes de la non-rétroactivité et de la

lex mitior s'appliquent à toutes les dispositions légales qui définissent les conditions de la répression ainsi que les conséquences pénales de cette dernière (cf. ATF 117 IV 369 consid. 4d; 68 IV 60 consid. 1b). Ainsi, l' art. 2 CP vise les lois d'incrimination mais aussi les lois de sanction (Dongois/Lubishtani, Commentaire romand, Code pénal I, 2e éd., 2021, n° 13 ad. art. 2; Hurtado Pozo/Godel, Droit pénal général, 3e éd. 2019, n° 230). L'interdiction de la rétroactivité s'applique donc en principe également aux mesures. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a retenu que le juge ne peut ordonner l'expulsion que si l'auteur a commis l'infraction qui y donne lieu après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions sur l'expulsion ( ATF 146 IV 311 consid. 3.2.2).

### **E. 1.2.2**

En tant que développement de l'acquis de Schengen, la Suisse a adopté le Règlement (UE) 2018/1861 du Parlement européen et du Conseil du 28 novembre 2018 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen (SIS) dans le domaine des vérifications aux frontières, modifiant la convention d'application de l'accord de Schengen et modifiant et abrogeant le Règlement (CE) n° 1987/2006 (ci-après: Règlement-SIS-II; JO L 381 du 28 décembre 2006, p.4), en vigueur au moment où le jugement attaqué a été rendu (ci-après: Règlement (UE) 2018/1861; JO L 312 du 7 décembre 2018, p.14; arrêts 6B\_403/2022 du 31 août 2022 consid. 3.1; 6B\_628/2021 du 14 juillet 2022 consid. 2.2.1).

Conformément à l'art. 3 ch. 4 du Règlement (UE) 2018/1861, on entend par " ressortissant de pays tiers " toute personne qui n'est pas citoyen de l'Union au sens de l'article 20, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, à l'exception des personnes qui sont bénéficiaires, en vertu d'accords conclus entre l'Union, ou l'Union et ses États membres, d'une part, et des pays tiers, d'autre part, de droits en matière de libre circulation équivalents à ceux des citoyens de l'Union.

L'introduction d'un signalement de ressortissants de pays tiers aux fins de non-admission ou d'interdiction de séjour dans le SIS s'examine, en l'espèce, à l'aune des dispositions des art. 20 ss du Règlement (UE) 2018/1861. L'art. 24 § 1 du Règlement (UE) 2018/1861 pose deux conditions alternatives (à l'instar de ce qui était prévu sous l'empire du Règlement-SIS-II) aux termes desquelles les États membres introduisent un signalement aux fins de non-admission et d'interdiction de séjour. Tel est le cas lorsque l'État membre a conclu, sur la base d'une évaluation individuelle comprenant une appréciation de la situation personnelle du ressortissant de pays tiers concerné et des conséquences du refus d'entrée et de séjour, que la présence de ce ressortissant de pays tiers sur son territoire représente une menace pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale et l'État membre a, par conséquent, adopté une décision judiciaire ou administrative de non-admission et d'interdiction de séjour conformément à son droit national et émis un signalement national aux fins de non-admission et d'interdiction de séjour (let. a), ou lorsque l'État membre a émis une interdiction d'entrée conformément à des procédures respectant la directive 2008/115/CE au sujet d'un ressortissant de pays tiers (let. b). Aux termes de l'art. 24 § 2 du même règlement, les situations couvertes par le § 1 let. a de cet article se produisent notamment lorsqu'un ressortissant de pays tiers a été condamné dans un État membre pour une infraction passible d'une peine privative de liberté d'au moins un an (let. a); s'il existe des raisons sérieuses de croire qu'un ressortissant de pays tiers a commis une infraction pénale grave, y compris une infraction terroriste, ou il existe des indications claires de son intention de commettre une telle infraction sur le territoire d'un État membre (let. b); ou lorsqu'un ressortissant de pays tiers a contourné ou tenté de contourner le droit national ou de l'Union relatif à l'entrée et au séjour sur le territoire des États membres (let. c).

### **E. 1.2.3**

Le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne a été décidé le 31 janvier 2020 ("Brexit"; cf. ATF 147 III 491 consid. 6.1.1). Les modalités de cette sortie ont été réglées par l'Accord du 24 janvier 2020 sur le retrait du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de l'Union européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique (JO L 29 du 31 janvier 2020, p.7 ss), lequel prévoyait notamment une période de transition jusqu'au 31 décembre 2020. Conformément à l'Échange de notes des 28/30 juin 2020 entre la Suisse et l'Union européenne concernant la continuation de l'application des accords entre la Suisse et

l'Union européenne au Royaume-Uni pendant la période de transition après son retrait de l'Union européenne au 31 janvier 2020 (RS 0.122.1), il a été convenu qu'en ce qui concernait la législation suisse, le terme " Etat membre de l'UE " continuerait d'inclure le Royaume-Uni durant la période de transition (cf. ATF 147 III 491 consid. 6.1.1).

Le Royaume-Uni n'est plus " membre " de l'espace Schengen depuis l'entrée en vigueur définitive du Brexit, le 1er janvier 2021. Cela signifie en particulier que l'accès provisoire du Royaume-Uni au SIS, qui existait depuis le 13 avril 2015, a été définitivement coupé et que les données ont été complètement effacées du système central C-SIS. Bien que l'accord conclu entre l'Union européenne et le Royaume-Uni prévoit une poursuite ponctuelle de la coopération dans le domaine " justice et affaires intérieures " (p. ex. dans le cadre de la coopération de Prüm), il ne prévoit pas de participation (totale ou partielle) à Schengen ou Dublin (rapport du Département fédéral de justice et de police [DJJP] à l'attention de la CdG-DFJP/ChF concernant l'état de la mise en oeuvre de Schengen/Dublin 2020/21 du 28 mai 2021, p. 6).

### **E. 1.3**

La cour cantonale a considéré que le but de la réglementation sur l'inscription dans le registre SIS était de protéger les Etats membres de la présence d'un ressortissant d'un pays tiers qui représenterait une menace pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale sur son territoire. Dans ce sens, c'était donc bien au moment où l'expulsion sur le plan national était prononcée que devait se faire l'évaluation de la nécessité de l'inscription au registre SIS et il n'y avait pas de place pour la

lex mitior. Il ne s'agissait en effet pas de comparer la situation au moment des faits et celle au moment du prononcé de la mesure, seule cette dernière étant déterminante pour procéder à l'évaluation individuelle comprenant une appréciation de la situation personnelle du condamné et de se déterminer sur la nécessité de le signaler aux autres Etats membres. Prononcée en 2022, l'expulsion à vie du recourant, ressortissant britannique, devenu " Etat tiers " à tout le moins depuis le 1er janvier 2021, devait donc bien être inscrite au registre SIS (jugement entrepris, consid. 7.3).

### **E. 1.4**

Le recourant relève que le principe de non-rétroactivité s'applique pleinement aux dispositions pénales régissant l'expulsion pénale.

A majore ad minus, ce même principe devait trouver application s'agissant de l'inscription de cette même expulsion au registre SIS. L'argument de la cour cantonale selon laquelle l'inscription au registre SIS poursuit un but sécuritaire était vain, car l'ensemble du droit pénal poursuivait un tel but. Ainsi, sauf à violer l'interdiction de la rétroactivité proprement dite, il n'était pas possible de le considérer comme un ressortissant d'un Etat tiers, puisque le dernier acte commis avait eu lieu lorsque le Royaume-Uni faisait encore partie de l'espace Schengen. A supposer, par impossible, que la date déterminante ne soit pas celle du 1er janvier 2021 (sortie de l'espace Schengen), mais celle du 31 janvier 2020 (Brexit), le principe de

lex mitior trouverait alors pleinement application et commandait également d'appliquer le droit le plus favorable au condamné, soit celui le considérant comme un ressortissant européen, ce qui excluait en ce cas son inscription dans le registre SIS.

### **E. 1.5**

Conformément à la jurisprudence, le signalement de l'expulsion dans le SIS relève du droit d'exécution, respectivement du droit de police ( ATF 146 IV 172 consid. 3.3.4; voir aussi: Commentaire de l'Office fédéral de la justice [OFJ] du 20 décembre 2016 concernant l'ordonnance sur la mise en oeuvre de l'expulsion pénale, p.7 [ci- après: Commentaire de l'OFJ]). Il a sans aucun doute des conséquences importantes dans la mesure où les personnes concernées sont interdites d'entrer dans les Etats Schengen sans décision préalable. Néanmoins, le signalement dans le SIS n'est pas une sanction - contrairement au prononcé d'expulsion lui-même prévu aux art. 66a s. CP (cf. art. 4 al. 1er let . e bis de l'ordonnance du 29 septembre 2006 sur le casier judiciaire [ordonnance VOSTRA; RS 331]). Lors de l'adoption de l'ordonnance sur la mise en oeuvre de l'expulsion pénale, il a donc été largement admis que, d'un point de vue législatif, le signalement de l'expulsion dans le SIS n'était pas nécessairement réservé au tribunal pénal jugeant la cause au fond, mais que le législateur aurait également pu déléguer la compétence correspondante dans l'ordonnance N-SIS (ordonnance du Conseil fédéral du 8 mars 2013 sur la partie nationale du Système d'information Schengen (N-SIS) et sur le bureau SIRENE [RS 362.0]) au SEM en tant qu'autorité d'exécution, qui décide déjà du signalement dans le SIS des interdictions d'entrée prononcées en vertu du droit des étrangers. Comme le montre le Commentaire de l'OFJ, des raisons pratiques, respectivement d'économie de la procédure, plaident finalement en faveur de la compétence du tribunal jugeant la cause au fond. Toutefois, cette compétence ne modifie en rien le fait que le signalement de l'expulsion dans le SIS relève de l'exécution ( ATF 146 IV 172 consid. 3.3.4). Il en découle en particulier que l'interdiction de la

reformatio in pejus au sens de l' art. 391 al. 2 CPP , dont le but est d'empêcher le prononcé d'une sanction plus sévère dans la procédure d'appel, ne s'applique pas à la question, relevant purement du droit d'exécution, respectivement du droit de police, du signalement de l'expulsion dans le SIS ( ATF 146 IV 172 consid. 3.3.5 et les références citées).

En droit administratif, le fait qu'une décision d'interdiction d'entrée sur le territoire ( art. 67 LEI ) se base sur des condamnations pénales prononcées avant l'entrée en vigueur de la LEtr (et de la LEI) ne constitue pas une violation du principe de la non-rétroactivité des lois. En effet, la mesure d'interdiction d'entrée ne vise pas à sanctionner un comportement déterminé comme, par exemple, des infractions commises antérieurement. Celles-ci doivent toutefois être prises en compte afin d'établir un pronostic au moment où la décision est rendue (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral F-848/2019 du 27 octobre 2020 consid. 3.3; F-1356/2019 du 4 août 2020 consid. 3.3).

### **E. 1.6**

Selon ce qui précède, le signalement dans le SIS n'est pas une sanction et il se distingue dans cette mesure du prononcé d'expulsion lui-même. L'argument du recourant selon lequel il convient d'appliquer à la décision de signalement dans le SIS les mêmes principes qu'à l'expulsion tombe ainsi à faux. Puisque le signalement dans le registre SIS relève du droit d'exécution, respectivement du droit de police, la nécessité de cette inscription doit être évaluée selon le droit en vigueur au moment où l'expulsion est prononcée par le juge pénal. En l'espèce, au moment du prononcé pénal, soit en 2022, le Royaume-Uni n'était plus un Etat Schengen, de sorte que c'est à juste titre que le recourant a été considéré comme un "ressortissant de pays tiers" au sens de l'art. 3 ch. 4 du Règlement (UE) 2018/1861, peu importe que les infractions aient été commises avant la sortie de ce pays de l'espace Schengen, le 1er janvier 2021. Les principes de non-rétroactivité de la loi pénale et de

lex mitior ( art. 2 CP ) ne trouvent pas application dans ce contexte.

**E. 1.7**

Pour le surplus, le recourant n'invoque pas d'autre grief à l'encontre de son inscription dans le registre SIS.

**E. 2**

Sur le vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté. Comme le recourant est dans le besoin et que ses conclusions ne paraissent pas d'emblée vouées à l'échec, sa demande d'assistance judiciaire doit être admise ( art. 64 al. 1 LTF ). Par conséquent, il y a lieu de le dispenser des frais et d'allouer une indemnité à son mandataire, désigné comme avocat d'office ( art. 64 al. 2 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.