

2023 VII/7

Extrait de l'arrêt de la Cour VI
dans la cause A. contre Secrétariat d'Etat aux migrations
F-1776/2019 du 16 novembre 2022

Droit des étrangers. Compétence résiduelle du SEM pour prononcer une interdiction d'entrée lorsque les autorités pénales ont renoncé à prononcer une expulsion facultative.

Art. 62 al. 2, art. 63 al. 3, art. 67 LEI. Art. 66a^{bis} CP.

- 1. Absence de règles de concordance lorsque l'étranger ne dispose pas d'un titre de séjour en Suisse et qu'une expulsion facultative entre en ligne de compte (consid. 4).**
- 2. Les différentes méthodes d'interprétation ne permettent pas de définir de manière claire la volonté du législateur (consid. 5).**
- 3. Présence d'une lacune proprement dite que le Tribunal est appelé à combler par le biais de la jurisprudence. Admission d'une compétence résiduelle du SEM pour prononcer une interdiction d'entrée lorsque le volet pénal est clos par le biais de l'ordonnance pénale ou que le tribunal pénal ne s'est pas prononcé explicitement sur la question de l'expulsion facultative (consid. 6).**
- 4. Admission d'une compétence résiduelle du SEM dans le cas d'es-pèce (consid. 7).**

Ausländerrecht. Restkompetenz des SEM zur Verfügung eines Einreiseverbots, wenn die Strafbehörden von einer fakultativen Landesverweisung abgesehen haben.

Art. 62 Abs. 2, Art. 63 Abs. 3, Art. 67 AIG. Art. 66a^{bis} StGB.

- 1. Fehlen einer Kollisionsregelung für den Fall, dass der Ausländer keinen Aufenthaltstitel in der Schweiz hat und eine fakultative Landesverweisung in Frage kommt (E. 4).**
- 2. Die verschiedenen Auslegungsmethoden lassen den Willen des Gesetzgebers nicht eindeutig erkennen (E. 5).**
- 3. Vorliegen einer echten Lücke, die das Gericht durch Rechtsprechung zu füllen hat. Bejahung einer Restkompetenz des SEM zur Verfügung eines Einreiseverbots, wenn das Strafverfahren durch Strafbefehl abgeschlossen wurde oder das Strafgericht sich nicht**

explizit zur Frage der fakultativen Landesverweisung geäußert hat (E. 6).

4. Restkompetenz des SEM im vorliegenden Fall bejaht (E. 7).

Diritto degli stranieri. Competenza residua della SEM ad emanare un divieto d'entrata nei casi in cui le autorità penali hanno rinunciato a pronunciare un'espulsione non obbligatoria.

Art. 62 cpv. 2, art. 63 cpv. 3, art. 67 LStrI. Art. 66a^{bis} CP.

- 1. Assenza di regole di concordanza nei casi in cui lo straniero è sprovvisto di un titolo di soggiorno in Svizzera e che entra in considerazione un'espulsione non obbligatoria (consid. 4).**
- 2. I vari metodi d'interpretazione non consentono di risalire in modo chiaro alla volontà del legislatore (consid. 5).**
- 3. Presenza di una lacuna propriache il Tribunale deve colmare ricorrendo alla giurisprudenza. Competenza residua della SEM ad emettere un divieto d'entrata ammessa nei casi in cui la procedura penale è conclusa con un decreto d'accusa o che il tribunale penale non si è pronunciato espressamente sulla questione dell'espulsione non obbligatoria (consid. 6).**
- 4. Competenza residua della SEM ammessa nella fattispecie (consid. 7).**

A., ressortissant tunisien, est entré en Suisse entre octobre et novembre 2015. Dès lors qu'il résidait illégalement dans ce pays, le Service des migrations du canton de Neuchâtel (SMIG) a prononcé son renvoi par décision du 28 décembre 2016 et lui a imparti un délai au 13 janvier 2017 pour quitter la Suisse et le territoire des Etats membres de l'Espace Schengen. Le prénommé n'a pas donné suite à la décision de renvoi prononcée à son encontre et a commis diverses infractions en Suisse.

En date du 1^{er} avril 2019, le Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) a relevé que le recourant avait été condamné à quatre reprises entre octobre 2017 et octobre 2018, pour un total de 100 jours-amende, 285 jours de peine privative de liberté et 800 francs d'amende. Il faisait également l'objet de deux enquêtes pénales. Compte tenu de ces infractions, le SEM a prononcé une interdiction d'entrée en Suisse et au Liechtenstein d'une durée de 7 ans, valable du 10 avril 2019 au 9 avril 2026, à son encontre. Cette interdiction

d'entrée a été publiée dans le Système d'information Schengen (SIS II), étendant ainsi ses effets à l'ensemble du territoire des Etats membres de l'Espace Schengen. L'effet suspensif à un éventuel recours a été retiré.

Par mémoire du 9 avril 2019, A. a interjeté recours contre la décision du SEM auprès du Tribunal administratif fédéral, concluant à l'annulation de cette dernière.

Le recourant a été condamné à une peine privative de liberté de 20 mois avec sursis pendant trois ans (sous déduction de 315 jours de détention avant jugement) par jugement du 23 août 2017.

Il a également fait l'objet de trois nouvelles ordonnances pénales en date des 25 janvier 2019, 17 novembre 2020 et 7 août 2021

Au vu de la condamnation du 23 août 2017 et envisageant une éventuelle reformatio in peius à l'encontre du recourant, le Tribunal, par décision incidente du 14 avril 2022, a mis l'intéressé au bénéfice de l'assistance judiciaire totale, a invité ce dernier à désigner un ou une mandataire, à se prononcer sur une éventuelle reformatio in peius ou à retirer son recours.

Le recourant a répondu en date du 23 juin 2022 en concluant à l'admission du recours et à l'annulation de la décision du SEM du 1^{er} avril 2019.

Le Tribunal administratif fédéral rejette le recours.

Extrait des considérants:

4.

4.1 Dans sa prise de position du 22 juin 2022, le recourant se réfère aux art. 62 al. 2 et 63 al. 3 LEI (RS 142.20) ainsi qu'à l'ATF 146 II 321, lequel précise qu'en cas de renonciation, même implicite, du juge pénal à prononcer une expulsion pénale, les autorités migratoires ne peuvent plus fonder leur compétence sur les infractions déjà prises en compte par le juge pénal pour révoquer ou refuser l'octroi d'un titre de séjour. Sur cette base, il conclut à l'absence de compétence du SEM pour rendre une interdiction d'entrée dans la présente affaire ([...]). Il convient donc d'examiner en premier lieu si l'autorité inférieure était habilitée à rendre la décision entreprise.

4.2 Selon l'art. 67 LEI, le SEM peut notamment rendre une interdiction d'entrée lorsque l'ordre et la sécurité publics sont menacés. En parallèle, selon les art. 66a ss CP, les autorités pénales sont habilitées à prononcer une expulsion contre un étranger condamné pénalement en Suisse pour

des crimes et des délits commis après le 1^{er} octobre 2016 (sur les questions de droit intertemporel y afférentes cf. notamment ATF 146 II 321 consid. 5; arrêt du TF 2C_657/2020 du 16 mars 2021 consid. 2.3.1 et 2.4; MICHAEL SPRING, *Der Bewilligungswiderruf im schweizerischen Ausländerrecht*, 2022, n. 241-244, p. 144 ss et la jurisprudence citée). Le prononcé d'une expulsion est obligatoire en cas d'infractions listées à l'art. 66a CP, respectivement facultatif en lien avec d'autres infractions constituant des crimes ou délits. Cette expulsion a pour effet de mettre fin à un éventuel titre de séjour et va de pair avec une obligation de quitter la Suisse et une interdiction d'entrer dans ce pays pendant une certaine durée. Or, tant l'interdiction d'entrée au sens de l'art. 67 LEI que l'expulsion pénale au sens des art. 66a ss CP ont pour objectif primaire de maintenir l'ordre et la sécurité publics (sur les similitudes et les différences entre ces deux instruments cf. GONSETH/CHATTON/TAILLARD, *Les interdictions d'entrée dans tous leurs états, et leurs liens avec l'expulsion pénale*, *Sécurité & Droit* 2/2022 p. 111; ADANK-SCHÄRER/ANTONIAZZA-HAFNER, *Interdiction d'entrée prononcée à l'encontre d'un étranger délinquant*, PJA 7/2018 p. 894; POPESCU/WEISSENBERGER, *Expulsion pénale et droit des migrations: un casse-tête pour la pratique*, PJA 3/2018 p. 354 ss; Message du 4 avril 2012 relatif à la modification du code pénal et du code pénal militaire [Réforme du droit des sanctions], FF 2012 4385, 4400 s. [ci-après: Message 2012]). Afin d'éviter des décisions contradictoires entre les autorités pénales et celles des migrations, les art. 62 al. 2 et 63 al. 3 LEI précisent que toute révocation de titres de séjour par les autorités du droit des migrations est illicite si celle-ci est fondée uniquement sur des infractions pour lesquelles un juge pénal a déjà prononcé une peine ou une mesure mais a renoncé à une expulsion. Sur ce point, le législateur a ainsi choisi un système moniste par opposition à un système dualiste en cas de compétences parallèles du SEM et des autorités pénales (cf. à ce sujet Message 2012, FF 2012 4385, 4400; MICHAEL SPRING, *Das Verbot des Dualismus von ausländerrechtlichem Bewilligungswiderruf und strafrechtlicher Landesverweisung*, in: *Jahrbuch für Migrationsrecht 2021/2022*, p. 45 ss [ci-après: *Verbot des Dualismus*]).

4.3 Dans des arrêts de principe portant sur des étrangers disposant d'un titre de séjour en Suisse, le Tribunal fédéral a interprété les art. 62 al. 2 et 63 al. 3 LEI en ce sens qu'une renonciation, même implicite, du juge pénal à prononcer une expulsion pénale suffisait à mettre à néant toute compétence du SEM pour révoquer des titres de séjour (ATF 146 II 321 consid. 4 ss.), en soulignant que les autorités administratives n'étaient

pas supposées corriger les erreurs des autorités pénales (ATF 146 II 1 consid. 2.2).

4.4 Dans ce contexte, on rappellera que, de lege lata, seul le juge pénal est habilité à prononcer une expulsion, le ministère public n'ayant pas cette compétence (art. 352 al. 2 du Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 [CPP, RS 312.0]). Il s'ensuit que le ministère public est obligé de déférer l'affaire à un tribunal pénal s'il estime qu'une expulsion doit être prononcée (sur les propositions de changement législatif sur ce point, cf. motion 18.3408 [BO 2018 E 701 ss et BO 2019 N 12 ss], laquelle propose, notamment, de prévoir la possibilité de prononcer une expulsion pénale obligatoire par voie d'ordonnance à l'encontre des personnes ne disposant pas d'un droit de séjour; cf. également motion 21.3009 [BO 2021 N 1311 ss et BO 2021 E 1274]). Or, dès lors que les art. 62 al. 2 et 63 al. 3 LEI se réfèrent uniquement au « juge pénal » et non de manière plus générale aux autorités pénales dans leur ensemble, la question de savoir si ces normes de concordance sont également applicables par analogie, lorsque l'étranger dispose toujours d'un titre de séjour en Suisse mais qu'il a fait uniquement l'objet d'une ou de plusieurs ordonnances pénales entrées en force, n'a pas encore été jugée de manière définitive par le Tribunal fédéral (cf., pour comparaison, arrêt du TF 2C_728/2021 du 4 mars 2022 consid. 5 ne concernant toutefois pas un étranger disposant d'un titre de séjour; voir aussi GONSETH et al., op. cit., p. 111 ss).

4.5 Cela étant, lorsque l'étranger ne dispose d'aucun titre de séjour en Suisse et qu'une expulsion entre en ligne de compte, le législateur n'a prévu aucune règle spécifique régissant les compétences entre les autorités pénales et administratives. Ainsi, on ne trouve pas de dispositions de concordance y relatives que ce soit dans le CP, dans la LEI ou l'Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA, RS 142.201). L'absence de règles de collision et les conséquences juridiques que cela entraîne n'ont toutefois pas été thématiques de manière approfondie par la doctrine (cf. BRUN/FABBRI, Die Landesverweisung – neue Aufgaben und Herausforderungen für die Strafjustiz, recht 4/2017 p. 232 et 235 ss; GRODECKI/JEANNERET, L'expulsion judiciaire, in: Droit pénal – Evolution en 2018 n. 92 ss p. 170 ss; MÜNCH/DE WECK, Die neue Landesverweisung in Art. 66a ff StGB, Revue de l'avocat 4/2016 p. 167; FIOLKA/VETTERLI, Die Landesverweisung nach Art. 66a StGB als strafrechtliche Sanktion, plädoyer 5/16 p. 88; BUSSLINGER/UEBERSAX, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, plädoyer 5/16 p. 106 s.; NIKLAUS RUCKSTUHL,

Verfahrensfragen bei der strafrechtlichen Landesverweisung und der migrationsrechtlichen Aufenthaltsbeendigung, plädoyer 5/16 p. 113 et p. 115). Par conséquent, face à un étranger ne disposant pas d'un titre de séjour en Suisse, se pose la question de savoir si le SEM conserve une compétence parallèle entière de prononcer une interdiction d'entrée sur la base de l'art. 67 LEI ou si ses prérogatives doivent être limitées par le biais de la jurisprudence, par exemple en appliquant par analogie les règles de concordance ancrées aux art. 62 al. 2 et 63 al. 3 LEI. Il convient donc d'examiner ce point aux considérants qui suivent, étant précisé que, dans le cas d'espèce, le recourant n'a pas été condamné pour des infractions listées à l'art. 66a CP, de sorte que le Tribunal se limitera à une analyse portant sur l'expulsion facultative.

5.

5.1 Selon la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il sied de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique). Si plusieurs interprétations sont admissibles, il convient de choisir celle qui est conforme à la Constitution, à moins que le contraire ne résulte clairement de la lettre ou de l'esprit de la loi. L'interprétation de la loi peut conduire à la constatation d'une lacune. Une lacune authentique (ou lacune proprement dite) suppose que le législateur s'est abstenu de régler un point qu'il aurait dû régler et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi. Si le législateur a renoncé volontairement à codifier une situation qui n'appelait pas nécessairement une intervention de sa part, son inaction équivaut à un silence qualifié. Quant à la lacune improprement dite, elle se caractérise par le fait que la loi offre certes une réponse, mais que celle-ci est insatisfaisante. D'après la jurisprudence, seule l'existence d'une lacune proprement dite appelle l'intervention du juge, tandis qu'il lui est en principe interdit, selon la conception traditionnelle, de corriger les lacunes improprement dites, à moins que le fait d'invoquer le sens réputé déterminant de la norme ne soit constitutif d'un abus de droit, voire d'une violation de la Constitution (ATF 145 IV 17 consid. 1.2; 131 II 562 consid. 3.5).

5.2

5.2.1 Sous l'angle de l'interprétation historique, il ressort des travaux préparatoires qu'initialement, le Conseil fédéral avait prévu d'introduire, dans un premier temps, uniquement l'expulsion non obligatoire dans le code pénal (aussi appelée expulsion facultative; cf. ATF 146 II 321 consid. 4.2) et de reporter la mise en œuvre de l'expulsion automatique, résultant de l'adoption de l'art. 121 al. 3–6 Cst., à un stade ultérieur (Message 2012, FF 2012 4385, 4405; Message du 26 juin 2013 concernant une modification du code pénal et du code pénal militaire [Mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. relatif au renvoi des étrangers criminels], FF 2013 5373, 5393 [ci-après: Message 2013]). Ainsi, dans son Message de 2012 relatif à la réforme du droit des sanctions, il entendait permettre aux autorités pénales de ne prononcer une expulsion facultative que sous des conditions très restrictives, comme notamment la condamnation de la personne concernée à une peine privative de liberté de plus d'une année (Message 2012, FF 2012 4385, 4401; voir aussi le projet de modification du Code pénal suisse et code pénal militaire [Réforme du droit des sanctions], FF 2012 4419, 4421). Par la suite, dans son Message de 2013 relatif au renvoi des étrangers criminels, le Conseil fédéral proposait d'introduire dans le code pénal un catalogue d'infractions pour lesquelles une expulsion devait être prononcée de manière automatique. Toutefois, il prévoyait un correctif notamment pour les cas de figure où la sanction en cause ne dépassait pas une peine privative de liberté de 6 mois au plus ou de 180 jours-amendes au plus. Dans ce genre de constellations, les autorités pénales auraient été tenues de procéder à une pesée des intérêts en présence (Message 2013, FF 2013 5373, 5399; projet de modification du Code pénal et code pénal militaire [Mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. relatif au renvoi des étrangers criminels], FF 2013 5457, 5457 s.). Cela étant, dans les deux messages susmentionnés, le Conseil fédéral ne remettait pas en question la compétence du SEM de rendre des interdictions d'entrée sur la base de l'art. 67 LEI face à des étrangers ne remplissant pas les conditions données pour l'expulsion pénale du fait que les infractions en cause ne revêtaient pas une gravité suffisante (cf., pour comparaison, Message 2012, FF 2012 4385, 4409 et 4414; Message 2013, FF 2013 5373, 5410 et 5440).

5.2.2 Finalement, l'art. 66a^{bis} CP a été introduit par le Parlement. Selon cette disposition, le juge peut expulser un étranger du territoire suisse pour une durée de trois à quinze ans si, pour un crime ou un délit non visé à l'art. 66a, celui-ci a été condamné à une peine ou a fait l'objet d'une mesure au sens des art. 59 à 61 ou 64 CP. Elle a été élaborée par la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats et a été adoptée par les deux

Chambres sans véritable débat, de sorte qu'il est difficile de déceler la véritable intention du législateur (cf. BO 2014 CE 1253; BO 2015 CN 258; voir aussi, concernant l'historique de la norme, l'arrêt du TF 6B_770/2018 du 24 septembre 2018 consid. 1.1). Sur le vu des travaux préparatoires, on peut déduire que le législateur voulait permettre au juge pénal d'ordonner des expulsions en raison d'infractions non listées dans le catalogue de l'art. 66a CP et cela même pour des délits de peu de gravité, étant relevé que les autorités pénales ne peuvent pas prononcer d'expulsions sur la base de simples contraventions, à savoir les infractions passibles d'une amende (cf. art. 66a^{bis} CP en lien avec l'art. 10 al. 2 et 3 CP ainsi que l'art. 103 CP). Lors des débats parlementaires, le représentant de la Commission a cité à titre d'exemple le cas de « touristes criminels » qui commettent des vols de manière répétée (Engler, BO 2014 E 1237 et 1253). Le législateur a ainsi instauré une large compétence en faveur des autorités pénales pour prononcer des expulsions. Dans ce contexte, on relèvera que le SEM rend fréquemment des interdictions d'entrée d'une durée de 3 ans à l'encontre d'étrangers ne pouvant se prévaloir de l'ALCP (RS 0.142.112.681) et qui ont commis des délits de peu de gravité, indépendamment du fait qu'ils se soient trouvés en état de récidive ou non (cf. par exemple arrêt du TAF F-96/2021 du 25 mai 2022 consid. 6.8 [en lien avec des infractions à la LEI]; arrêt du TAF F-530/2017 du 1^{er} décembre 2017 consid. 5 ss [vol de montres dans un magasin]; ADANK-SCHÄRER/ANTONIAZZA-HAFNER, op. cit., p. 891 et 897). La question de savoir si, en corollaire à l'introduction de l'art. 66a^{bis} CP, le Parlement voulait également restreindre les compétences du SEM fondées sur l'art. 67 LEI ne ressort toutefois pas des travaux préparatoires.

5.2.3 Dans ce contexte, on relèvera que les directives d'exécution du SEM portant sur cette problématique ne sont pas claires et sèment le doute. Ainsi, le chiffre 8.4.2.5 des Directives LEI, état au 1^{er} octobre 2022, qui porte sur l'expulsion pénale et ses conséquences en lien avec les interdictions d'entrée, a la teneur qui suit: « si le juge a ordonné une expulsion pénale ou renoncé à en ordonner une (obligatoire ou non obligatoire) (jugement définitif), le SEM s'abstient en règle générale de prononcer une interdiction d'entrée en plus basée uniquement sur l'infraction qui a donné lieu au jugement (art. 67, al. 2, LEI). On évite ainsi tout dualisme entre les décisions de deux autorités distinctes ». Il semble ainsi *prima vista* que l'administration part de l'idée qu'une application par analogie des art. 62 al. 2 et 63 al. 3 LEI est en principe justifiée lorsque le juge pénal a renoncé à rendre une expulsion. Ce faisant, elle n'opère pas de distinction entre la

situation dans laquelle l'étranger dispose d'un titre de séjour et celle où tel n'est pas le cas.

5.3

5.3.1 D'un point de vue téléologique, il sied de relever que l'introduction du nouvel art. 66a^{bis} CP a été faite dans le cadre de la mise en œuvre du nouvel art. 121 al. 3 à 6 Cst. dont l'objectif était un durcissement du régime alors en vigueur (cf. Engler, BO 2014 E 1237; ATF 144 IV 332 consid. 3.3.3; voir aussi PERRIER DEPEURSINGE/MONOD, in: Commentaire romand, Code pénal I, Art. 1-110 CP, 2^e éd. 2021, art. 66a n° 1 ss). Or, cet élément plaide fortement en faveur d'une compétence résiduelle du SEM fondée sur l'art. 67 LEI. En effet, dans la pratique, il n'est pas rare que les autorités pénales renoncent à faire usage de l'expulsion facultative ancrée à l'art. 66a^{bis} CP. A titre d'exemple, on relèvera que les « recommandations art. 66a à 66d CP » de la Conférence des procureurs de Suisse (ch. 3, consultables sur le site < <https://www.ssk-cmp.ch/fr/dienstleistungen/empfehlungen> >) laissent une grande marge d'appréciation au ministère public pour solliciter ou non le prononcé d'une expulsion facultative. Dans ce contexte, certains auteurs estiment qu'il convient d'appliquer de manière restrictive l'art. 66a^{bis} CP. Aussi, selon PERRIER DEPEURSINGE/MONOD, une expulsion facultative serait en principe disproportionnée si la personne en cause n'avait pas déjà été condamnée par le passé (PERRIER DEPEURSINGE/MONOD, op. cit., ad art. 66a^{bis} n° 3 ss). Cette retenue des autorités pénales se trouve toutefois en porte-à-faux avec la pratique beaucoup plus rigoureuse des autorités des migrations (cf. consid. 5.2.2 supra). Elle ne se limite d'ailleurs pas uniquement aux expulsions facultatives mais touche également les expulsions obligatoires. Ainsi, il ressort de la motion 21.3009 « Expulsions par ordonnance pénale dans des cas mineurs, mais évidents » que, dans seulement 9 % des affaires concernant des peines privatives de liberté de moins de six mois, des expulsions pénales obligatoires sont requises par le Ministère public [BO 2021 N 1311]; SPRING, Verbot des Dualismus, p. 47 note 7).

5.3.2 Il n'en reste pas moins que le législateur, en introduisant les art. 66a ss CP, avait également comme objectif d'éviter les situations de dualisme qui pouvaient conduire à des décisions contradictoires entre différentes autorités (Message 2012, FF 2012 4385, 4415; Message 2013, FF 2013 5373, 5440; SPRING, Verbot des Dualismus, p. 47 s.). Il y a tout lieu de penser que cette volonté était également de mise en lien avec les expulsions facultatives et cela même lorsque l'étranger ne dispose pas d'un titre de séjour.

6.

6.1 Sur le vu de tout ce qui précède, il appert que les différentes méthodes d'interprétation ne permettent pas de déceler une volonté claire du législateur. Cela dit, l'examen a mis en évidence une volonté de ce dernier non seulement d'éviter un système dualiste mais également de durcir la pratique. Or, de lege lata, ces objectifs paraissent en partie antinomiques. Sous cet angle, reconnaître au SEM une compétence potentiellement illimitée pour prononcer une interdiction d'entrée indépendamment des décisions rendues par les tribunaux pénaux ne paraît pas compatible avec la ratio legis des nouvelles dispositions. Pour cette raison, il y a lieu de conclure que le législateur n'a pas pensé à fixer des règles de collision, alors qu'il était indispensable de le faire. L'absence de règles de concordance ne constitue donc pas un silence qualifié du législateur mais une lacune proprement dite qu'il convient de combler à l'aide de règles jurisprudentielles.

6.2 Compte tenu de la volonté (concomitante) du constituant et du législateur de durcir la pratique, il n'est également pas défendable d'appliquer sans autre par analogie les règles de collision ancrées aux art. 62 al. 2 et 63 al. 3 LEI aux étrangers ne disposant pas de titre de séjour dans le cadre de l'art. 66a^{bis} CP. En effet, le statut de ces derniers est par essence précaire et ne mérite pas la même protection qu'une personne au bénéfice d'un titre de séjour. Cette circonstance plaide pour introduire des règles de concordance topiques permettant un contrôle complémentaire des autorités des migrations si les autorités pénales n'ont pas prononcé d'expulsion facultative. Aussi, le Tribunal estime nécessaire d'adopter des règles de collision différenciées qui laissent certes en principe la préséance aux autorités judiciaires pénales mais qui ne privent pas les autorités des migrations de la compétence de prononcer des mesures prévues par la LEI lorsque certaines conditions sont remplies.

6.3 Ainsi, dans l'hypothèse où le tribunal pénal a prononcé une expulsion facultative, le principe de l'unité de l'ordre juridique fait obstacle à ce que les autorités administratives rendent, pour les mêmes infractions, des décisions parallèles plus sévères, alors que tant l'expulsion selon les art. 66a ss CP que l'interdiction d'entrée fondée sur l'art. 67 LEI sont de même nature et poursuivent le même objectif, à savoir protéger la sécurité publique. Il y a donc lieu de conclure que, dans ces cas de figure, le SEM ne dispose plus d'une compétence parallèle pour prononcer une interdiction d'entrée et cela même dans les cas où il serait d'avis que la durée de l'expulsion prononcée par les autorités pénales serait manifestement trop

courte. En effet, dans ce cas de figure, la personne en cause sera de toute façon interdite d'entrée en Suisse pour une durée d'au moins 3 ans, à savoir la durée minimale de l'expulsion facultative, de sorte que l'intérêt public à la mesure aura été à tout le moins pris en compte de manière partielle.

6.4 A l'opposé, les autorités pénales peuvent renoncer à l'expulsion facultative sans aucunement mentionner ce point dans leurs décisions. Ce renoncement implicite est sans autre en accord avec la loi, dès lors que le législateur a rédigé l'art. 66a^{bis} CP sous la forme potestative et que rien n'incite à penser qu'il entendait restreindre le pouvoir discrétionnaire des autorités pénales sur l'opportunité d'utiliser cet instrument ou non (au sujet des « Kann-Vorschriften » cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET; Droit administratif, vol. I, 2012 p. 740). Il ressort d'ailleurs des travaux préparatoires que le Parlement voulait avant tout donner aux autorités pénales la possibilité d'ordonner une expulsion facultative lorsque l'étranger concerné commettait de manière répétée des infractions relevant de la petite délinquance (Engler, BO 2014 E 1237; consid. 5.2.2 supra). Or, comme on l'a vu, selon la pratique du SEM, confirmée par le Tribunal administratif fédéral, il peut être conforme au droit de prononcer des interdictions d'entrée d'une durée de 3 ans même en l'absence de récidive en lien avec des délits de moindre gravité (sur ce point cf. consid. 5.2.2 et 5.3.1 supra). Aussi, nier une compétence parallèle du SEM fondée sur l'art. 67 LEI reviendrait dans les faits à permettre une pratique moins sévère que celle qui régnait sous le régime antérieur, ce qui apparaît inconciliable avec la volonté du législateur. Pour cette raison, il convient de retenir qu'un renoncement implicite des autorités pénales à prononcer une expulsion facultative (en ce sens que le procureur liquide l'affaire par une ordonnance pénale ou que le tribunal pénal ne traite pas cette question dans son jugement alors qu'il serait habilité à le faire) ne lie pas le SEM, ce qui correspond à la pratique du Tribunal administratif fédéral jusqu'à ce jour (concernant un jugement pénal cf. arrêt du TAF F-770/2020 du 12 juillet 2021 let. N et consid. 4.4; en lien avec des ordonnances pénales cf. notamment arrêts du TAF F-1187/2020 du 17 août 2020 consid. 6 ss; F-1356/2019 du 4 août 2020 consid. 5 ss; F-1656/2019 du 5 août 2020 consid. 6).

6.5 Qu'en est-il finalement lorsque les autorités pénales renoncent explicitement à l'expulsion facultative? Comme exposé ci-dessus, il devrait être rare que celles-ci prennent explicitement position sur ce point alors qu'elles n'ont aucune obligation de le faire. Si tel devait toutefois être le cas, le Tribunal considère qu'il convient de différencier. Un renoncement explicite dans une ordonnance pénale n'est pas de nature à lier

les autorités des migrations, dès lors que, de lege lata, le procureur n'a pas la compétence de prononcer une expulsion (cf. consid. 4.4 supra; arrêt 2C_728/2021 consid. 5; ADANK-SCHÄRER/ANTONIAZZA-HAFNER, op. cit., p. 894 ss; GONSETH et al., op. cit., p. 113 et 115; POPESCU/WEISSEBERGER, op. cit., p. 360 s.). En revanche, lorsque le juge pénal, à savoir l'autorité compétente pour prononcer l'expulsion facultative, renonce explicitement à rendre une telle mesure, il convient de retenir que le SEM perd toute compétence pour rendre une interdiction d'entrée d'une durée de trois ans ou plus sur la base des mêmes infractions. Cette jurisprudence permet ainsi de tenir compte de la volonté du législateur d'éviter des décisions contradictoires entre les autorités administratives et pénales. Dans ce contexte, il est utile de rappeler que, selon l'art. 66a^{bis} CP, le juge pénal est uniquement habilité à rendre des expulsions d'une durée de trois à quinze ans; pour sa part, le SEM peut également prononcer des interdictions d'entrée d'une durée inférieure au seuil des trois ans (cf. consid. 4.2 [...]). Cela étant, certaines infractions, de par leur nature, appellent certes la prise d'une mesure d'éloignement, tout en restant en-deçà d'une durée de 3 ans. Ce, pour être conforme au principe de proportionnalité, par exemple en cas de dépassement de la durée d'un visa Schengen (cf., parmi d'autres, arrêt du TAF F-3270/2021 du 12 novembre 2021 consid. 4 ss) ou d'infractions à la LEI qui peuvent être relativisées compte tenu des circonstances du cas concret (cf., notamment, arrêts du TAF F-6174/2020 du 21 juin 2021 consid. 5 ss [séjour illégal]; F-3451/2018 du 22 janvier 2020 consid. 4 ss [travail illégal]). Dans de telles constellations, un renoncement explicite du juge pénal ne saurait lier le SEM, car l'autorité pénale n'aurait de toute façon pas été habilitée, de par la loi, à rendre une telle mesure d'une durée inférieure à 3 ans.

6.6 Les principes développés ci-avant peuvent donc être résumés comme suit: dans la mesure où les tribunaux pénaux rendent une expulsion pénale sur la base de l'art. 66a^{bis} CP, le SEM perd la compétence de rendre une interdiction d'entrée fondée sur les mêmes infractions. En revanche, il conserve sa compétence dans les constellations où la question de l'expulsion non obligatoire n'a pas été traitée par les autorités pénales, à savoir lorsque celles-ci renoncent implicitement à faire usage de l'art. 66a^{bis} CP, respectivement omettent d'aborder cette question. Finalement, lorsque les autorités pénales renoncent explicitement à prononcer une expulsion non obligatoire, il sied de différencier. Si le procureur n'estime pas nécessaire de déférer l'affaire au juge pénal pour qu'il prononce une expulsion et en indique explicitement les raisons dans l'ordonnance pénale, cet acte ne sera néanmoins pas de nature à limiter les compétences du SEM en la matière.

En revanche, si une autorité judiciaire, à savoir le tribunal pénal appelé à se prononcer sur l'expulsion, retient explicitement qu'il n'y a pas lieu de rendre cette mesure, le SEM sera lié par cette décision et perdra toute compétence pour prononcer une interdiction d'entrée d'une durée de trois ans ou plus.

7.

7.1 En l'espèce, le recourant séjourne en Suisse depuis 2015 sans être au bénéfice d'une autorisation de séjour ([...]). Lors du prononcé de la décision attaquée, il avait fait l'objet d'un jugement pénal en date du 23 août 2017 et de cinq condamnations par ordonnances pénales rendues entre juin 2017 et octobre 2018 ([...]). On rappellera que, dans les condamnations précitées, aucun chef d'accusation retenu ne mentionnait des infractions conduisant à une expulsion obligatoire au sens de l'art. 66a CP.

7.2 En ce qui concerne le jugement pénal du 23 août 2017, il appert que l'acte d'accusation ne sollicitait pas d'expulsion (facultative) et il ne ressort pas du jugement que le procureur aurait requis une telle mesure lors de l'audience du 23 août 2017. Le recourant a par contre demandé à ce qu'il soit renoncé à une expulsion ([...]). Cela étant, le dispositif du jugement ne mentionne pas l'expulsion et il en va de même de la motivation de l'arrêt. Aussi, conformément aux principes développés ci-avant (cf. consid. 6 supra), il y a lieu de retenir que le jugement pénal du 23 août 2017 ne faisait pas obstacle à la mesure d'éloignement rendue par le SEM. Dans ces conditions, la question de savoir si, en l'espèce, le droit intertemporel aurait de toute façon permis de nier une compétence des autorités pénales pour prononcer une expulsion facultative en août 2017 peut rester ouverte (sur la jurisprudence y relative cf. consid. 4.2 supra).

7.3 Pour ce qui a trait aux cinq ordonnances pénales rendues par le ministère public et entrées en force, celles-ci pouvaient, comme on l'a vu (cf. consid. 6.4 s. supra), être prises en considération par les autorités administratives pour prononcer une interdiction d'entrée.

7.4 Ainsi, il ressort de tout ce qui précède que ni le jugement pénal du 23 août 2017 ni les cinq ordonnances pénales rendues après le 1^{er} octobre 2016 n'étaient de nature à limiter les compétences du SEM pour prononcer une interdiction d'entrée. Ce dernier était donc habilité à fonder la durée de l'interdiction d'entrée sur la base de l'ensemble des infractions pour lesquelles le recourant avait été condamné par les autorités pénales au moment du prononcé de l'acte attaqué en date du 1^{er} avril 2019.