

Arrêt N° 83/21 X.
du 10 mars 2021
(Not. 7524/20/CD)

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du trois mars deux mille vingt-et-un l'arrêt qui suit dans la cause

e n t r e :

le Ministère Public, exerçant l'action publique pour la répression des crimes et délits, **appelant**

e t :

P1.), né le (...) à (...) (Maroc), actuellement détenu au Centre Pénitentiaire de Luxembourg,

prévenu

FAITS :

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit d'un jugement rendu contradictoirement par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, chambre correctionnelle, le 23 avril 2020, sous le numéro 1076/2020, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit:

« Vu l'ensemble du dossier répressif constitué par le Ministère Public sous la notice 7524/20/CD et notamment les procès-verbaux et rapports dressés en cause.

Vu l'instruction diligentée par le Juge d'instruction.

Vu l'ordonnance de renvoi numéro 154/20 (XIXe) rendue en date du 13 mars 2020 par la chambre du conseil du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, renvoyant **PI.**), devant une chambre correctionnelle du même Tribunal du chef d'infractions aux articles 140 et 142 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration.

Vu la citation à prévenu du 26 mars 2020 régulièrement notifiée à **PI.**)

Le Ministère Public reproche à **PI.**) d'être, le 3 mars 2020 vers 06.40 heures dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, à Luxembourg, Place de la Gare, en tant que ressortissant marocain, partant en tant qu'étranger, après avoir été éloigné vers l'Italie en date du 9 décembre 2019, rentré au pays malgré une interdiction d'entrée sur le territoire du 24 octobre 2019 lui notifiée à la même date.

Il lui est encore reproché d'avoir, dans les mêmes circonstances de temps et de lieu, en tant que ressortissant marocain, partant en tant que ressortissant d'un pays tiers, séjourné irrégulièrement sur le territoire luxembourgeois, après avoir fait l'objet d'une mesure régulière de placement en rétention en date du 3 avril 2018, ayant pris fin sans qu'il ait pu être procédé à son éloignement.

En faits

Il résulte du dossier répressif qu'en date du 3 mars 2020 vers 6.40 heures, le prévenu **PI.**) s'est rendu au commissariat de police de Luxembourg Gare pour y déposer plainte au motif qu'il a été, selon ses déclarations, victime d'une agression.

Un examen plus approfondi de la situation d'**PI.**) a alors fait apparaître qu'il a été signalé à deux reprises par les autorités italiennes dans le Système d'Information Schengen avec la mention « *Refuser l'entrée sur le territoire* » et qu'il a d'ores et déjà fait l'objet d'un placement au Centre de Rétention de Luxembourg-Findel à deux reprises, à savoir en date du 3 avril 2018, ainsi qu'en date du 24 octobre 2019. Il s'est également avéré qu'à cette dernière date, le Ministre de l'Immigration et de l'Asile a, par arrêté ministériel, prononcé à son encontre une obligation de quitter le territoire luxembourgeois et une interdiction d'entrée pour une durée de trois ans, décision qui lui a été notifiée en personne, mais qu'il a refusé de signer. Aux termes d'un rapport de police intitulé « *rapport d'éloignement* » du 9 décembre 2019, **PI.**) a été renvoyé par voie aérienne vers l'Italie à cette date.

Après concertation avec le Ministère Public, il a été procédé à l'arrestation d'**PI.**) Un ticket de train pour le trajet Brussel-Luxembourg validé en date du 2 mars 2020 a été saisi sur sa personne.

Lors de son audition, **PI.**) a fait usage de son droit de se taire.

Lors de son interrogatoire par le Juge d'instruction, **PI.**) a, dans un premier temps, contesté qu'une interdiction du territoire lui a été notifiée pour indiquer ensuite qu'il n'en a pas compris le contenu à défaut de maîtriser la langue française, admettant toutefois avoir été reconduit en Italie où il serait resté deux jours avant de repartir de nouveau pour Bruxelles. Confronté au fait qu'il avait été placé au Centre de Rétention en date du 24 octobre 2019, il a déclaré avoir pensé que cela était dû au fait qu'il ne possédait pas de papiers d'identité.

A l'audience du 9 avril 2020, le prévenu a maintenu ses déclarations effectuées devant le Juge d'instruction. Il a expliqué ne pas avoir eu connaissance de l'interdiction d'entrée sur le territoire luxembourgeois émise à son égard et de s'être rendu au Luxembourg afin d'y déposer une demande d'asile. Selon lui, il aurait été reconduit vers l'Italie suite à son refus de signer certains papiers dont il n'aurait pas compris le contenu.

En droit

Le prévenu conteste les infractions lui reprochées.

A l'audience du 9 avril 2020, Maître Camille LEMAIRE a exposé son analyse en fait et en droit dans le cadre d'une note de plaidoiries et a versé une farde de pièces à l'appui de ses développements. Elle conclut principalement à l'acquittement de son mandant du chef des infractions lui reprochées dont les éléments constitutifs ne seraient pas réunis. A titre subsidiaire, le mandataire du prévenu a demandé au Tribunal de ne prononcer qu'une peine d'amende, sinon de s'abstenir de prononcer la peine d'emprisonnement la plus lourde et de l'assortir d'un sursis total. En tout état de cause, il y aurait lieu de prononcer la mise en liberté provisoire d'**PI.**) en attendant l'épuisement de toutes les voies de recours.

Le Tribunal rappelle qu'en matière pénale, en cas de contestations émises par le prévenu, il incombe au Ministère Public de rapporter la preuve de la matérialité des infractions leur reprochées, tant en fait qu'en droit.

Dans ce contexte, la Chambre correctionnelle relève que le Code de procédure pénale adopte le système de la libre appréciation de la preuve par le juge qui forme son intime conviction librement sans être tenu par telle preuve plutôt que par telle autre. Il interroge sa conscience et décide en fonction de son intime conviction (Franchimont, Manuel de procédure pénale, p. 764).

Le juge répressif apprécie souverainement, en fait, la valeur probante des éléments sur lesquels il fonde son intime conviction (Cass. Belge, 31 décembre 1985, Pas. Belge 1986, I, 549).

Cependant, si le juge pénal peut fonder sa décision sur l'intime conviction, il faut cependant que cette conviction résulte de moyens de preuve légalement admis et administrés en la forme. En d'autres termes, sa conviction doit être l'effet d'une conclusion, d'un travail préliminaire de réflexion et de raisonnement, ne laissant plus de doute dans l'esprit d'une personne raisonnable.

L'article 142 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration (ci-après « loi modifiée du 29 août 2008 ») dispose : « *Est puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 251 à 3.000 euros ou d'une de ces peines seulement, tout étranger qui éloigné ou expulsé, est rentré au pays malgré une interdiction d'entrée sur le territoire* ».

Le mandataire du prévenu fait valoir que celui-ci n'a pas fait l'objet d'un éloignement sur base d'une décision de retour prise à son encontre au sens de l'article 142 de la loi modifiée du 29 août 2008 et de la Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (ci-après « Directive retour »), mais qu'il a fait l'objet d'un transfert sur base du Règlement (UE) n°604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (ci-après « Règlement Dublin III »). Au vu de ce transfert sur base du Règlement précité, la décision de retour et d'interdiction d'entrée prononcée à l'encontre du prévenu en date du 24 octobre 2019 serait devenue caduque et ne saurait partant lui être opposée. Le mandataire du prévenu en conclut que les éléments matériels relatifs à l'éloignement et à l'interdiction d'entrée sur le territoire feraient défaut, de sorte qu'**P1.**) serait à acquitter de la prévention à l'article 142 de la loi modifiée du 29 août 2008.

Le Tribunal relève qu'il ressort du procès-verbal n°50924 du 3 mars 2020 établi par la Police Grand-Ducale que le prévenu a été renvoyé (« *ausgewiesen* ») vers l'Italie en date du 9 décembre 2019. Il résulte des pièces versées par le mandataire du prévenu que celui-ci a introduit une demande d'asile au Luxembourg le 18 décembre 2017, mais que les autorités luxembourgeoises ont constaté qu'il avait déjà sollicité la protection internationale en Italie le 17 octobre 2017, de sorte qu'elles ont demandé aux autorités italiennes de reprendre en charge **P1.**) sur base des dispositions du Règlement Dublin III. Suite à l'acceptation tacite des autorités italiennes, le Ministre de l'Immigration et de l'Asile a, par arrêté du 12 novembre 2019, ordonné le transfert du prévenu vers l'Italie en vertu du Règlement Dublin III. Les autorités luxembourgeoises ont alors procédé au transfert du prévenu en date du 9 décembre 2019 tel qu'il ressort du rapport de police intitulé « *rapport d'éloignement* » établi le même jour et annexé au procès-verbal précité. Il y a encore lieu de relever que le rapport en question mentionne en son point 2 « *Déroulement du transfert Dublin* ».

Au vu des éléments qui précèdent, il est établi qu'**P1.**) a fait l'objet d'un transfert en date du 9 décembre 2019 vers un autre Etat membre, en l'occurrence l'Italie, réalisé en application du Règlement Dublin III.

Le règlement Dublin III consacre l'obligation des Etats membres de reprendre en charge l'étranger qui, après avoir introduit une demande d'asile sur leur territoire, se rend sur le territoire d'un second Etat membre. La loi du 18 décembre 2015 portant transposition du Règlement Dublin III prévoit ainsi que si « *le ministre estime qu'un autre Etat membre est responsable de l'examen de la demande, il sursoit à statuer sur la demande jusqu'à la décision du pays responsable sur la requête de prise ou de reprise en charge. Lorsque l'Etat membre requis accepte la prise en charge ou la reprise en charge du demandeur, le ministre notifie à la personne concernée la décision de la transférer vers l'Etat membre responsable et de ne pas examiner sa demande de protection internationale* ».

La question se pose dès lors si le transfert du prévenu hors du Luxembourg vers l'Italie en date du 9 décembre 2019 sur base des dispositions du Règlement Dublin III constitue une mesure d'éloignement au sens de l'article 142 de la loi modifiée du 29 août 2008.

Le Tribunal constate que la loi modifiée du 29 août 2008 ne fournit pas de définition de la notion d'« *éloignement* », de sorte qu'il y a lieu de se référer à celle fournie par la Directive retour dont l'objectif est notamment d'établir des règles communes applicables au retour, à l'éloignement et aux interdictions d'entrée.

Ladite directive définit la notion d'« *éloignement* » comme étant « *l'exécution de l'obligation de retour, à savoir le transfert physique hors de l'Etat membre* » et la notion de « *retour* » comme étant « *le fait, pour le ressortissant d'un pays tiers, de rentrer - que ce soit par obtempération volontaire à une obligation de retour ou en y étant forcé - dans son pays d'origine, ou un pays de transit conformément à des accords ou autres arrangements de réadmission communautaires ou bilatéraux, ou un autre pays tiers dans lequel le ressortissant concerné d'un pays tiers décide de retourner volontairement et sur le territoire duquel il sera admis* ».

Force est partant de constater qu'il existe une distinction nette entre le transfert d'un étranger vers un autre Etat membre réalisé en application du Règlement Dublin III et son éloignement du territoire européen réalisé en application de la Directive retour. L'un et l'autre relèvent d'instruments distincts et constituent des actes juridiques qui sont incompatibles, le transfert physique d'une personne ne pouvant à la fois constituer un « *transfert* » et un « *éloignement* » au sens des dispositions communautaires précitées.

Tel que retenu précédemment, les autorités luxembourgeoises ont procédé au transfert du prévenu en application du règlement Dublin III.

Il en découle que bien que le prévenu ait été transféré physiquement hors du Luxembourg en date du 9 décembre 2019, il n'a toutefois pas été « éloigné » du pays au sens de l'article 142 de la loi modifiée du 29 août 2008.

Au vu de ce qui précède et dans la mesure où le prévenu n'a d'ailleurs pas été expulsé, il est à **acquitter** de la prévention libellée *sub 1.* :

« Comme auteur, ayant commis lui-même l'infraction,

le 3 mars 2020 vers 06.40 heures dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, à Luxembourg, Place de la Gare,

en infraction à l'article 142 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration,

en tant qu'étranger éloigné ou expulsé, d'être rentré au pays malgré une interdiction d'entrée sur le territoire,

en l'espèce, en tant que ressortissant marocain, partant en tant qu'étranger, après avoir été éloigné vers l'Italie en date du 9 décembre 2019, d'être rentré au pays malgré une interdiction d'entrée sur le territoire du 24 octobre 2019 lui notifiée à la même date ».

En ce qui concerne l'infraction libellée *sub 2.*, l'article 140 de la loi modifiée du 29 août 2008 dispose: « *Est puni d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de 251 à 1.250 euros ou d'une de ces peines seulement, le ressortissant de pays tiers qui, sans motif justifié de non-retour, séjourne irrégulièrement sur le territoire après avoir fait l'objet d'une mesure régulière de placement en rétention ou d'assignation à résidence ayant pris fin sans qu'il ait pu être procédé à son éloignement* ».

Le mandataire du prévenu soutient que les éléments constitutifs du prédit article ne seraient pas donnés dans la mesure où **P1.)** aurait été transféré vers l'Italie en date du 25 avril 2018, tel qu'il ressortirait du rapport d'éloignement du même jour établi par la police judiciaire.

L'article 140 de la loi modifiée du 29 août 2008 vise à sanctionner le ressortissant de pays tiers auquel la procédure de retour a été appliquée, mais qui n'a pu être éloigné et qui continue malgré tout, et sans motif justifié de non-retour, à séjourner irrégulièrement sur le territoire Luxembourg.

L'application de cet article présuppose toutefois qu'il soit possible de procéder à l'éloignement de la personne en cause, mais que, pour une raison quelconque, la mesure d'éloignement n'a pas pu être exécutée matériellement.

Or, en application du règlement Dublin III, ce n'est que si l'Etat membre responsable de la demande d'asile a définitivement rejeté cette demande que l'Etat membre sur lequel se trouve la personne sans titre de séjour peut engager une procédure de retour conformément à la Directive retour.

Le Tribunal constate qu'il ne résulte d'aucune pièce du dossier que la demande d'asile effectuée en Italie par **P1.)** a été définitivement rejetée, de sorte qu'il n'est pas établi, à l'exclusion de tout doute, qu'**P1.)** aurait pu faire l'objet d'un éloignement.

Le prévenu est partant à **acquitter** de la prévention libellée *sub 2.* :

« Comme auteur, ayant commis lui-même l'infraction,

le 3 mars 2020 vers 06.40 heures dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, à Luxembourg, Place de la Gare,

en infraction à l'article 140 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration,

en tant que ressortissant d'un pays tiers, d'avoir séjourné irrégulièrement sur le territoire après avoir fait l'objet d'une mesure régulière de placement en rétention en rétention ayant pris fin sans qu'il ait pu être procédé à son éloignement,

en l'espèce, en tant que ressortissant marocain, partant en tant que ressortissant d'un pays tiers, d'avoir séjourné irrégulièrement sur le territoire luxembourgeois, après avoir fait l'objet d'une mesure régulière de placement en rétention en rétention en date du 3 avril 2018, ayant pris fin sans qu'il ait pu être procédé à son éloignement. »

PAR CES MOTIFS :

le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, **chambre de vacation**, siégeant en matière correctionnelle, statuant **contradictoirement**, le prévenu **P1.)** et son mandataire entendus en leurs explications et moyens de défense, et la représentante du Ministère Public entendue en ses réquisitions ;

a c q u i t t e P1.) du chef des infractions non établies à sa charge et le renvoie des fins de sa poursuite pénale sans frais ni dépens.

Par application des articles 140 et 142 de la loi du 29 août 2008 et des articles 179, 182, 184, 185, 189, 190, 190-1, 191, 194, 195 et 196 du Code de procédure pénale dont mention a été faite.

Ainsi fait et jugé par Lynn STELMES, premier juge-président, Jessica SCHNEIDER, juge, et Frédéric GRUHLKE, juge, et prononcé en audience publique au Tribunal d'arrondissement à Luxembourg, date qu'en tête, par Madame le juge, assistée du greffier Andy GUDEN, en présence d'Yves SEIDENTHAL, premier substitut du Procureur d'Etat, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public, ont signé le présent jugement. »

De ce jugement, appel fut relevé au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 26 mai 2020 au pénal par le représentant du ministère public.

En vertu de cet appel et par citation du 21 juillet 2020, le prévenu **P1.)** fut régulièrement requis de comparaître à l'audience publique du 25 novembre 2020 devant la Cour d'appel de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite de l'appel interjeté.

L'affaire fut décommandée.

Par nouvelle citation du 23 novembre 2020, le prévenu **P1.)** fut régulièrement requis de comparaître à l'audience publique du 1^{er} février 2021 devant la Cour d'appel de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle.

L'affaire fut décommandée et remise à l'audience du 3 février 2021.

A cette dernière audience, le prévenu **P1.)** fut assisté par l'interprète dûment assermentée à l'audience Nadia TLEMCANI et fut averti de son droit de garder le silence et de son droit de ne pas s'incriminer soi-même.

Monsieur l'avocat général Marc SCHILTZ, assumant les fonctions de ministère public, fut entendu en son réquisitoire.

Le prévenu **P1.)** fut entendu en ses explications et moyens de défense.

Maître Marc-Olivier ZARNOWSKI, avocat, en remplacement de Maître Ibtihal EL BOUYOUSFI, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg, développa plus amplement les moyens de défense du prévenu **P1.)**.

LA COUR

prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique du 10 mars 2021, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit:

Par déclaration au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 26 mai 2020, le procureur d'Etat de Luxembourg a relevé appel au pénal d'un jugement no 1076/2020 rendu le 23 avril 2020 par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, chambre de vacation, siégeant en matière correctionnelle,

jugement dont la motivation et le dispositif sont reproduits aux qualités du présent jugement.

L'appel introduit dans les formes et délai prévus par la loi est recevable.

Par le prédit jugement, **P1.)** a été acquitté des préventions lui reprochées suivant l'ordonnance de renvoi du 13 mars 2020, en l'espèce,

1) en infraction à l'article 142 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration, le 3 mars 2020, vers 06.40 heures, à Luxembourg, place de la Gare, d'être en tant que ressortissant marocain, partant en tant qu'étranger, après avoir été éloigné vers l'Italie en date du 9 décembre 2019, rentré au pays malgré une interdiction d'entrée sur le territoire du 24 octobre 2019 lui notifiée à la même date ;

2) en infraction à l'article 140 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration, d'avoir, dans les mêmes circonstances de temps et de lieu, en tant que ressortissant marocain, partant en tant que ressortissant d'un pays tiers, séjourné irrégulièrement sur le territoire luxembourgeois, après avoir fait l'objet d'une mesure régulière de placement en rétention en date du 3 avril 2018, ayant pris fin sans qu'il ait pu être procédé à son éloignement.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal a retenu, sur base des pièces du dossier, qu'il est établi qu'**P1.)** a fait l'objet d'un transfert en date du 9 décembre 2019 vers un autre Etat membre, en l'occurrence l'Italie, réalisé en application du Règlement (UE) no 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (ci-après : Règlement Dublin III), mais que ce transfert ne constitue pas une mesure d'éloignement au sens de l'article 142 de la loi modifiée du 29 août 2008. En l'absence d'une définition de la notion d'éloignement dans la loi luxembourgeoise, le tribunal s'est référé à celle fournie par la Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 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 retour) pour conclure qu'il existe une distinction nette entre le transfert d'un étranger vers un autre Etat membre réalisé en application du Règlement Dublin III et son éloignement réalisé en application de la Directive retour et que le transfert physique d'une personne ne pouvait à la fois constituer un « transfert » et un « éloignement » au sens des dispositions communautaires précitées. Comme **P1.)** n'aurait d'ailleurs pas été expulsé du Luxembourg, une infraction à l'article 142 laisserait d'être établie.

En ce qui concerne l'application de l'article 140 de la loi modifiée du 29 août 2008, le tribunal a relevé qu'il ne résulte d'aucune pièce du dossier que la demande d'asile effectuée en Italie par **P1.)** ait été définitivement rejetée, de sorte qu'il n'était pas établi à l'exclusion de tout doute, qu'**P1.)** aurait pu faire l'objet d'un éloignement.

Le représentant du ministère public, en se référant à la note de motivation d'appel du 10 juillet 2020, conclut à la réformation du jugement entrepris en ce qu'**P1.)** a été acquitté du chef d'infraction à l'article 142 de la loi modifiée du 29 août 2008. Il n'y aurait pas lieu de réformer la décision d'acquittement de l'infraction à l'article 140 de la même loi.

Il souligne qu'**P1.)** est revenu au Luxembourg, malgré un arrêté d'interdiction d'entrée sur le territoire du 24 octobre 2019. Ce serait à tort que les premiers juges auraient déduit que l'éloignement d'**P1.)** en Italie sur base du Règlement Dublin III ne constitue pas un « *éloignement* » au sens de l'article 142 de la loi modifiée du 29 août 2008. L'article 1^{er} de la Directive retour s'appliquerait en effet aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un Etat membre, ce indépendamment du fait que ce ressortissant serait susceptible de faire l'objet d'une réadmission, voire d'un transfert vers un autre Etat membre. La seule prémisses à l'applicabilité de la Directive retour consisterait pour un ressortissant d'un pays tiers, à se trouver en « *séjour irrégulier* » tel que défini à l'article 3, paragraphe 2 de la Directive retour, notamment de ne pas ou plus remplir les conditions d'entrée énoncées à l'article 5 du Code frontières Schengen. Tel aurait été le cas en l'espèce, alors qu'**P1.)** aurait été signalé aux fins de non-admission dans le système Schengen (SIS) par les autorités italiennes avec la mention « *refuser l'entrée sur le territoire* » et aurait fait l'objet, au Luxembourg, d'une interdiction du territoire pour une durée de trois ans. L'irrégularité du séjour du prévenu au Luxembourg le 3 mars 2020, vers 6.40 heures, place de la Gare, ne saurait pas être contestée.

Le représentant du ministère public donne encore à considérer que toute décision de retour vers le pays d'origine ou vers un pays de transit pourrait, conformément à l'article 11 de la Directive retour, être assortie d'une interdiction d'entrée sur le territoire.

Finalement et suivant la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne (ci-après : CJUE), la Directive retour ne s'opposerait aucunement à ce que des sanctions pénales soient infligées suivant les règles nationales et dans le respect des droits fondamentaux à des ressortissants de pays tiers auxquels la procédure de retour aurait, comme en l'espèce, déjà été appliquée et qui seraient en séjour irrégulier sans motif justifié de non-retour.

P1.) ayant été en infraction à l'article 142 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration, il y aurait lieu de le condamner à une peine d'emprisonnement de six mois, assortie d'un sursis total ou partiel ainsi qu'à une peine d'amende modeste, adaptée à ses revenus.

P1.) explique être revenu en 2019 au Luxembourg parce qu'il y avait des connaissances. Ce serait la deuxième fois qu'il serait revenu. La première fois aurait été en 2017 lorsqu'il aurait fait une demande de protection internationale. Il serait venu de la Libye en Italie où il aurait été arrêté, ensuite au Luxembourg, en Suisse, et de nouveau en Italie et au Luxembourg en attendant l'issue de la procédure de protection internationale. Il conteste avoir reçu une interdiction de territoire pendant trois ans. Il n'aurait pas compris le contenu des documents lui

notifiés. Il aurait été de passage au Luxembourg. Lorsqu'il aurait été agressé, il aurait voulu s'acheter un ticket de train pour rentrer sur Bruxelles.

Quant à sa situation personnelle, **P1.)** fait valoir qu'il avait deux commerces en Libye, mais qu'il aurait dû tout abandonner à cause de problèmes entre deux clans de famille. Tous ses papiers auraient été volés. Il lui aurait fallu un titre de séjour. Il aurait travaillé au noir en Belgique. Au Luxembourg, il aurait été récemment condamné pour une affaire de stupéfiants. Il aurait été traité de façon injuste en Libye et maintenant au Luxembourg.

Le mandataire d'P1.) conclut à la confirmation du jugement entrepris. Il fait valoir qu'en l'espèce, il n'y a pas eu de procédure d'éloignement au sens de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration, mais un transfert au sens du Règlement Dublin III. Cet éloignement n'impliquerait pas que son mandant n'ait pas pu circuler librement.

Il maintient pour le surplus sa note de plaidoirie de première instance. Il souligne que si le 24 octobre 2014, le Ministre de l'Immigration et de l'Asile avait pris une décision de retour et d'interdiction d'entrée à l'encontre d'**P1.)**, il aurait par après, plutôt fait le choix de le transférer vers l'Italie, rendant de facto caduque la décision de retour et d'interdiction d'entrée sur le territoire. Il en découlerait que les conditions de l'article 142 de la loi du 29 août 2008 en relation avec l'éloignement du prévenu et de l'interdiction d'entrée sur le territoire ne seraient pas données en l'espèce.

Finalement, l'approche du ministère public de reprocher à son mandant l'entrée au territoire malgré une interdiction d'entrée serait contraire au but et à la finalité du Règlement Dublin III.

Quant aux faits :

Il résulte des éléments du dossier pénal discutés à l'audience que les juges de première instance ont fourni une relation correcte des faits à laquelle la Cour peut se référer, les débats devant elle n'ayant apporté aucun fait nouveau par rapport à ceux soumis à l'examen des premiers juges.

Il s'en dégage qu'en date du 3 mars 2020, vers 6.40 heures, **P1.)** avait porté plainte au commissariat de police de Luxembourg pour avoir été, selon ses déclarations, victime d'une agression.

Lors de son contrôle d'identité, il s'est avéré qu'**P1.)** était dépourvu de documents d'identité ou de voyage. Un examen plus approfondi de sa situation, a fait apparaître qu'**P1.)** avait été signalé, à deux reprises, par les autorités italiennes dans le Système d'Information Schengen avec la mention « *refuser l'entrée sur le territoire* » et qu'il avait fait l'objet, à deux reprises, d'un placement au Centre de Rétention de Luxembourg à Findel, à savoir le 3 avril 2018 et le 24 octobre 2019.

Il s'est encore avéré qu'en date du 24 octobre 2019, le Ministre de l'Immigration et de l'Asile avait pris à son encontre, sur base de la loi modifiée du 29 août 2008

portant sur la libre circulation des personnes et l'immigration (ci-après : la loi du 29 août 2008), un arrêté d'interdiction de séjour avec l'obligation de « *quitter le territoire sans délai à destination du pays dont il a la nationalité, le Maroc, ou à destination du pays qui lui aura délivré un document de voyage en cours de validité, ou à destination d'un autre pays dans lequel il est autorisé à séjourner* ». Le même arrêté a prononcé une interdiction d'entrée au territoire pour une durée de trois ans. Il résulte de l'annexe du rapport no 50924 du 3 mars 2020 qu'une copie de cette décision avait été notifiée le même jour à **P1.)** qui a refusé de signer le récépissé. Il en ressort également que l'intéressé n'avait pas été éloigné, alors qu'il était retenu au Centre de Rétention.

Le 12 novembre 2019, le Ministre de l'Immigration et de l'Asile a pris un arrêté de transfert d'**P1.)**, cette fois-ci sur base du Règlement Dublin III. Il résulte de la motivation de cet arrêté que la demande de reprise en charge du 12 novembre 2019 d'**P1.)** par les autorités italiennes avait été tacitement acceptée, alors qu'**P1.)** avait déjà sollicité le 17 octobre 2017 la protection internationale en Italie.

Il résulte, par ailleurs, du rapport d'éloignement du 9 décembre 2019 du Service de police judiciaire, Criminalité Organisée-Police des Etrangers, qu'à cette date **P1.)** a fait l'objet d'un transfert Dublin par avion à destination de Milan/Linate (Italie). Il ne ressort d'aucune pièce du dossier que la demande d'asile effectuée en Italie par **P1.)** ait été définitivement rejetée.

Quant aux infractions reprochées au prévenu :

En ce qui concerne la prévention libellée sub I de la citation à prévenu, la question litigieuse demeure celle de savoir si les conditions d'application de l'article 142 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation et l'immigration sont remplies, le prévenu contestant qu'il ait effectivement fait l'objet d'un éloignement sur base d'une décision de retour prise à son encontre au sens de la Directive retour et qu'il soit entré sur le territoire luxembourgeois malgré une interdiction d'entrée au territoire.

Aux termes de l'article 142 de la loi modifiée du 29 août 2008 relative à la libre circulation des personnes et l'immigration, « *est puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 251 à 3.000 euros ou d'une de ces peines seulement, tout étranger qui éloigné ou expulsé, est rentré au pays malgré une interdiction d'entrée sur le territoire* ».

Il est constant en cause qu'en date du 2 mars 2020, **P1.)** est entré de nouveau au territoire du Luxembourg malgré une décision d'interdiction de séjour et d'entrée prise à son encontre le 24 octobre 2019 par le Ministre de l'Immigration et de l'Asile sur base de la loi du 29 août 2008 et après qu'il eut été transféré le 9 décembre 2019 vers l'Italie en exécution d'une décision prise le 12 novembre 2019 par le Ministre de l'Immigration et de l'Asile.

Il est vrai que le transfert d'un étranger vers un autre Etat membre réalisé en application du Règlement Dublin III et son éloignement du territoire européen effectué en application de la loi nationale du 29 août 2008 ayant transposé la

Directive retour ne se confondent pas et que l'un et l'autre relèvent d'instruments européen distincts.

Tandis que le Règlement Dublin III « *établit les critères et les mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou par un apatride* » (cf. article 1) les procédures de prise en charge et de reprise en charge, les garanties procédurales relatives à la notification d'une décision de transfert et aux voies de recours, les conditions relatives au placement en rétention aux fins de transfert ainsi que les modalités et délais des transferts vers l'Etat membre responsable, la Directive retour « *fixe les normes et procédures communes à appliquer au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, conformément aux droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit communautaire ainsi qu'au droit international, y compris les obligations en matière de protection des réfugiés et des droits de l'homme* » (cf. article 1). La légitimité de la pratique du retour par les Etats membres des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier est reconnue, sous réserve qu'une décision de retour soit adoptée à l'égard de tout ressortissant d'un pays tiers à l'Union Européenne en séjour irrégulier, décision qui ouvre en principe, une période de retour volontaire suivie, si nécessaire, de mesures d'éloignement forcé.

La Directive retour prévoit en son article 2 qu'elle s'applique aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un Etat membre. La notion de « *séjour irrégulier* » est définie à l'article 3, paragraphe 2, de la Directive retour comme étant « *la présence sur le territoire d'un Etat membre d'un ressortissant d'un pays tiers qui ne remplit pas, ou ne remplit plus, les conditions d'entrée énoncées à l'article 5 du Code frontières Schengen, ou d'autres conditions d'entrée, de séjour ou de résidence dans cet Etat membre* ».

Ayant pour objectif d'assurer aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un Etat membre une procédure d'éloignement équitable et transparente, la mise en œuvre des garanties minimales instaurées par la Directive retour n'est cependant pas inconciliable avec des décisions prises sur base du Règlement Dublin III relatives à la procédure d'octroi d'une protection internationale.

Dans son arrêt du 7 juin 2016 (affaire A. C-47/15) la CJUE a retenu qu'un ressortissant d'un pays tiers se trouve en séjour irrégulier sur le territoire d'un Etat membre et relève, à ce titre, du champ d'application de la Directive 2008/15 lorsque, sans remplir les conditions d'entrée, de séjour ou de résidence, il se trouve en transit en provenance d'un autre Etat membre, faisant partie de l'espace Schengen ou lorsqu'il est repris, en application d'un accord ou d'un arrangement au sens de l'article 6, paragraphe 3, de la Directive, par un Etat membre autre que celui dans lequel il a été appréhendé.

La Directive retour a été transposée au Luxembourg par la loi du 1^{er} juillet 2011 ayant modifié les articles 100 et 111 à 116 de la loi du 29 août 2008 relative à la libre circulation des personnes et l'immigration.

En l'absence de définition de la notion « *d'éloignement* » auquel fait référence le chapitre 5 de la loi modifiée du 29 août 2008, c'est à bon droit que les premiers juges se sont référés à la Directive retour qui définit l'« *éloignement* » comme étant l'exécution de l'obligation de retour, à savoir le transfert physique hors de l'Etat membre.

C'est cependant à tort que les juges de première instance ont conclu qu'en l'espèce, le prévenu, bien que transféré physiquement hors du Luxembourg le 9 décembre 2019, n'avait toutefois pas été « *éloigné* » du pays au sens de l'article 142 de la loi modifiée du 29 août 2008.

En l'espèce, la décision retour et d'interdiction d'entrée sur le territoire qui a été prise à l'encontre d'**P1.)** avant son transfert en Italie est de la teneur suivante :

Luxembourg, le 24 octobre 2019

Le Ministre de l'Immigration et de l'Asile,

Vu les articles 100 et 109 à 115 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration ;

Vu le procès-verbal n° 54353 du 24 octobre 2019 établi par la Police grand-ducale, Commissariat Luxembourg – Groupe Gare ;

Attendu que l'intéressé n'est pas en possession d'un passeport ou d'un document d'identité en cours de validité ;

Attendu que l'identité de l'intéressé n'est par conséquent pas établie ;

Attendu que l'intéressé n'est pas en possession d'un visa en cours de validité ;

Attendu que l'intéressé n'est ni en possession d'une autorisation de séjour valable pour une durée supérieure à trois mois ni d'une autorisation de travail ;

Arrête :

Art. 1er.- La personne déclarant se nommer **P1.)**, être née le (...), être de nationalité marocaine, est en séjour irrégulier sur le territoire luxembourgeois.

Art. 2.- L'intéressé devra quitter le territoire sans délai à destination du pays dont il a la nationalité, le Maroc, ou à destination du pays qui lui aura délivré un document de voyage en cours de validité, ou à destination d'un autre pays dans lequel il est autorisé à séjourner.

Art. 3.- Une interdiction d'entrée sur le territoire pour une durée de trois ans est prononcée à l'égard de l'intéressé.

Art. 4.- Copie du présent arrêté est remise à l'intéressé.

La présente décision est susceptible d'un recours devant le Tribunal administratif, recours qui doit être intenté dans les 3 mois de la notification par requête signée d'un avocat à la Cour.

Pour le Ministre de l'Immigration et de l'Asile

En vertu de cette décision, **P1.)** était tenu de s'éloigner sans délai et était interdit du territoire pour une durée de trois ans.

Cette décision a été prise sur base des dispositions de la loi préqualifiée du 1^{er} juillet 2011 ayant modifié les articles 100 et 109 à 115 de la loi du 29 août 2008.

Suivant l'article 111, paragraphe 3, de la loi modifiée du 29 août 2008, l'étranger est obligé de quitter le territoire sans délai s'il existe un danger de fuite dans le chef de l'étranger et que le risque de danger de fuite est présumé au cas où il ne peut justifier de la possession de documents d'identité.

L'article 112, paragraphe 1, de la loi modifiée du 29 août 2008 prévoit que les décisions de retour sont assorties d'une interdiction d'entrée si aucun délai n'a été accordé pour le départ.

Finalement, la Cour constate que la décision litigieuse du 24 octobre 2009 a été régulièrement notifiée à P1.).

Il résulte de l'annexe 1 du procès-verbal no 50924 du 3 mars 2020 du Commissariat de police Luxembourg-Gare qu'P1.) avait reçu communication de l'arrêté du 24 octobre 2019 le même jour, mais qu'il a refusé de signer le récépissé de notification. Il en appert également qu'P1.) a été informé qu'il fera l'objet d'un signalement aux fins de non admission dans le système d'information Schengen conformément à l'article 112, paragraphe 21, de la loi modifiée du 29 août 2008.

Il résulte, par ailleurs, du procès-verbal no 50924 du 3 mars 2020 qu'P1.) a déclaré maîtriser la langue française et qu'il a refusé l'assistance d'un interprète jusqu'au moment de son arrestation, de sorte qu'il est malvenu de contester avoir compris la décision lui notifiée.

Il découle de l'ensemble des considérations qui précèdent que les conditions d'application de l'article 142 de la loi modifiée du 29 août 2008 étaient remplies en l'espèce. En effet, P1.) était éloigné du pays, ce qu'il ne pouvait ignorer au vu de la notification de la décision du 24 octobre 2019.

Il y a partant lieu de réformer le jugement entrepris quant à la prévention libellée sub I de la citation à prévenu.

P1.) est dès lors convaincu :

« Comme auteur, ayant commis lui-même l'infraction,

le 3 mars 2020 vers 06.40 heures dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, à Luxembourg, Place de la Gare,

en infraction à l'article 142 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration,

en tant qu'étranger éloigné, d'être rentré au pays malgré une interdiction d'entrée sur le territoire,

en l'espèce, en tant que ressortissant marocain, partant en tant qu'étranger, après avoir été éloigné par arrêté du 24 octobre 2019, avoir été transféré vers l'Italie en date du 9 décembre 2019, d'être rentré au pays malgré une

interdiction d'entrée sur le territoire du 24 octobre 2019 lui notifiée à la même date ».

Il est encore reproché sub II de la citation à prévenu à **P1.)** d'avoir, en tant que ressortissant d'un pays tiers, séjourné irrégulièrement sur le territoire luxembourgeois, après avoir fait l'objet d'une mesure régulière de placement en rétention en date du 8 avril 2018, ayant pris fin sans qu'il n'ait pu être procédé à son éloignement.

L'article 140 de la loi du 29 août 2008 sanctionne le ressortissant de pays tiers qui « *sans motif justifié de non-retour, séjourne irrégulièrement sur le territoire après avoir fait l'objet d'une mesure régulière de placement en rétention ou en assignation à résidence ayant pris fin, sans qu'il ait pu être procédé à son éloignement* ».

En l'espèce, **P1.)** s'est trouvé éloigné du territoire luxembourgeois à partir du 9 décembre 2019.

Les éléments constitutifs de l'infraction prévus à l'article 140 de la loi du 29 août 2008 ne sont partant pas réunis.

Le jugement entrepris est, dès lors, à confirmer, quoi que pour d'autres motifs en ce que **P1.)** a été acquitté de la prévention libellée sub II. de la citation à prévenu.

Quant à la peine :

L'article 142 de la loi modifiée du 29 août 2008 prévoit une peine d'emprisonnement de six mois à trois ans et une amende de 251 à 3.000 euros ou une de ces peines seulement.

Dans son arrêt du 1^{er} octobre 2015 (affaire C. C-290/14), la CJUE a retenu que la Directive retour ne s'oppose pas à ce que des sanctions pénales soient infligées suivant les règles nationales et dans le respect des droits fondamentaux à des ressortissants de pays tiers auxquels la procédure de retour a été appliquée et qui sont en séjour irrégulier sans motif justifié de non-retour.

Il résulte des considérations qui précèdent que tel a été le cas en l'espèce.

Dans l'appréciation de la peine, il y a lieu de tenir compte, d'une part, de la gravité des faits et du trouble causé à l'ordre public, mais d'autre part, également de la situation personnelle difficile et précaire du prévenu.

La Cour décide partant de ne prononcer qu'une peine d'emprisonnement de six mois. Le casier judiciaire du prévenu étant néant, le bénéfice d'un sursis intégral est de droit.

PAR CES MOTIFS,

la Cour d'appel, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, le prévenu **P1.)** entendu en ses explications et moyens de défense et le représentant du ministère public en son réquisitoire,

reçoit l'appel du ministère public ;

le **déclare** partiellement fondé ;

réformant :

condamne le prévenu **P1.)** du chef de l'infraction retenue à son encontre à une peine d'emprisonnement de 6 (six) mois ;

dit qu'il sera sursis à l'exécution de l'intégralité de cette peine d'emprisonnement ;

confirme pour le surplus le jugement entrepris ;

condamne le prévenu **P1.)** aux frais de sa poursuite en instance d'appel, ces frais liquidés à 3,25 euros.

Par application des textes de loi cités par la juridiction de première instance en y ajoutant l'article 142 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et de l'asile ainsi que les articles 199, 202, 203, 209, 211, 626, 627, 628 et 628-1 du Code de procédure pénale.

Ainsi fait et jugé par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, composée de Madame Théa HARLES-WALCH, président de chambre, Madame Nathalie JUNG, premier conseiller, et Monsieur Jean ENGELS, premier conseiller, qui ont signé le présent arrêt avec Monsieur Christophe WAGENER, greffier assumé.

La lecture de l'arrêt a été faite en présence d'**P1.)**, assisté de l'interprète dûment assermenté à l'audience Abdelmajid TLEMCANI, en audience publique à la Cité Judiciaire, bâtiment CR, plateau du St. Esprit, par Madame Théa HARLES-WALCH, président de chambre, en présence de Madame Elisabeth EWERT, avocat général, et de Monsieur Christophe WAGENER, greffier assumé.