

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Arrêt du 30 novembre 2018

Composition : M. MEYLAN, président
MM. Perrot et Oulevey, juges
Greffière : Mme Aellen

Art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4, 80 al. 2 LEtr ; 30 al. 1 et 31 LVLEtr

Statuant sur le recours interjeté le 19 novembre 2018 par **X.**_____ contre l'ordonnance rendue le 8 novembre 2018 par le Tribunal des mesures de contrainte dans la cause n° **DA18.021657-SDE**, la Chambre des recours pénale considère :

En fait :

A. **a)** Par décision du 2 novembre 1999, l'ancien Office fédéral des réfugiés (actuellement, le Secrétariat d'Etat aux migrations - SEM) a rejeté la demande d'asile présentée le 28 décembre 1998 par X._____, né le [...] 1955, ressortissant de Serbie, a ordonné son renvoi de Suisse et

a ordonné l'exécution de cette mesure, le Canton d'Argovie étant chargé de l'exécution du renvoi.

Cette décision est entrée en force le 7 décembre 1999, sans recours.

b) Dès le 27 avril 2000, X. _____ a vécu dans la clandestinité. Il se serait rendu quelques fois dans son pays, sans que l'on ne connaisse la durées de ses séjours ; il a notamment obtenu un passeport serbe valable jusqu'au 26 avril 2020. Il est ensuite revenu en Suisse à une date indéterminée.

Entre le 29 octobre 2010 et le 7 novembre 2016, X. _____ a fait l'objet de trois condamnations pénales, à des peines pécuniaires comprises entre 100 et 120 jours-amende, notamment pour séjour illégal, activité lucrative sans autorisation et faux dans les certificats.

c) Par décision du 23 novembre 2016, le Service de la population du Canton de Vaud (SPOP) a prononcé le renvoi de Suisse de X. _____ et lui a imparti un délai de départ au 8 décembre 2016.

Par arrêt du 7 décembre 2016, la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal (CDAP) a confirmé cette décision de renvoi.

d) Par lettre du 23 mars 2017, le SPOP a fixé à l'intéressé un nouveau délai pour quitter la Suisse, à savoir un délai immédiat. X. _____ a été informé qu'en cas de non-respect du délai de départ, des mesures de contrainte au sens des art. 76 ss LEtr (loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 ; RS 142.20) pourraient être requises contre lui.

e) Alors que le SPOP tentait d'organiser son renvoi, X. _____ ne s'est présenté pour aucun des deux vols de retour respectivement organisés les 17 mai 2017 et 19 juin 2017, un laisser-passer ayant été obtenu par le SEM en vue de l'exécution de son renvoi. L'intéressé a ensuite disparu sans laisser d'adresse dès le 19 juin 2017.

X._____ a été signalé au RIPOL le 20 juin 2017. Il est finalement réapparu le 18 juillet 2018, lorsqu'il s'est présenté au SPOP, accompagné de sa curatrice, afin d'obtenir l'aide d'urgence, qui lui a été octroyée à quatre reprises les 18 juillet, 17 août, 20 septembre et 5 octobre 2018.

f) Le 25 septembre 2018, le Service d'aide juridique aux exilés (SAJE) a déposé une demande d'admission provisoire au nom de X._____; il s'est prévalu de problèmes de santé et de l'absence de structures médicales appropriées et suffisantes dans son pays d'origine.

Le 2 novembre 2018, le SPOP a informé l'intéressé qu'il refusait de transmettre sa demande d'admission provisoire au SEM et que les démarches en vue de l'exécution de son renvoi allaient se poursuivre.

Par arrêt du 29 novembre 2018, la CDAP a déclaré irrecevable le recours interjeté par X._____ contre le préavis négatif du SPOP du 2 novembre 2018.

B. **a)** Par ordre de détention administrative du 6 novembre 2018, notifié le même jour, le SPOP a ordonné la mise en détention de X._____ pour une durée de trois mois, pour le motif qu'il existait des indices concrets qui faisaient craindre que l'intéressé entende se soustraire à l'exécution de son renvoi.

b) Saisi par le SPOP, le Tribunal des mesures de contrainte a entendu, le 8 novembre 2018, X._____, en présence d'un interprète. L'intéressé a déclaré qu'il savait devoir quitter la Suisse, mais qu'il n'avait pas d'autre solution que d'y rester, car il ne pouvait pas se faire soigner dans son pays (P. 4)

Par ordonnance du 8 novembre 2018, le Tribunal des mesures de contrainte a confirmé que l'ordre de détention notifié le 6 novembre

2018 par le SPOP à X. _____ était conforme aux principes de la légalité et de l'adéquation.

d) Le 13 novembre 2018, la Présidente du Tribunal des mesures de contrainte a désigné Me Hélène Weidmann en qualité de conseil d'office de X. _____.

C. **a)** Par acte du 19 novembre 2018, X. _____ a recouru contre l'ordonnance du 8 novembre 2018, en concluant, avec suite de frais et de dépens, à son annulation, sa libération immédiate étant ordonnée.

b) Dans ses déterminations du 26 novembre 2018, le SPOP a conclu au rejet du recours. Il relevait toutefois qu'un recours était alors pendant devant la CDAP contre le préavis négatif du 2 novembre 2018 par lequel le SPOP avait refusé de transmettre le dossier de X. _____ au SEM pour admission provisoire. Pour le surplus, le SPOP précisait que, selon lui, la situation de l'intéressé et la situation médicale de la Serbie ne justifiaient en aucun cas une admission provisoire sous l'angle de l'illicéité de l'exécution du renvoi.

En droit :

1. Le Tribunal des mesures de contrainte statue sur la légalité et l'adéquation de la détention administrative, conformément à l'art. 80 al. 2 LEtr (art. 16a al. 1 LVLEtr [loi du 18 décembre 2007 d'application dans le canton de Vaud de la législation fédérale sur les étrangers ; RSV 142.11]).

Les décisions prononcées par le Tribunal des mesures de contrainte peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal cantonal (30 al. 1 LVLEtr), soit la Chambre des recours pénale (art. 26 al. 1 ROTC

[règlement organique du Tribunal cantonal du 13 novembre 2007 ; RSV 173.31.1]), dans les 10 jours dès la notification de la décision attaquée. L'acte de recours est signé et sommairement motivé (art. 30 al. 2 LVLEtr).

Déposé en temps utile par X. _____ qui a un intérêt digne de protection, le recours est recevable (art. 30 al. 2 LVLEtr).

2. La Chambre des recours pénale revoit librement la décision de première instance ; elle établit les faits d'office et peut ordonner à cet effet toutes les mesures d'instruction qu'elle juge utiles (art. 31 al. 1 et 2 LVLEtr). Elle peut en particulier tenir compte de faits postérieurs à la décision attaquée (cf. CREP 6 décembre 2017/800 consid. 1.2). Le Tribunal statue à bref délai (art. 31 al. 4 LVLEtr).

3.

3.1 Le recourant fait valoir que la décision de renvoi datant du 23 novembre 2016 ne tiendrait pas compte de la récente détérioration de son état de santé. A cet égard, il se prévaut d'un rapport médical établi le 22 août 2018 par un médecin de la Policlinique Médicale Universitaire au terme d'un séjour de X. _____ d'un peu plus d'un mois à l'Hôpital de Cery en août 2018. Le recourant considère qu'au vu de la mauvaise qualité du système de soins serbe et de ses graves problèmes de santé, son expulsion le mettrait dans une situation de danger réel et concret.

En substance, il ressort du dossier, en particulier du rapport médical établi 22 août 2018 par la Dresse Merandon de la Policlinique Médicale Universitaire, que le recourant souffre d'un trouble dépressif récurrent, épisode actuel moyen avec syndrome somatique, d'une gonarthrose post-traumatique bilatérale, d'une hépatite virale chronique C, de cophose (surdité) totale de l'oreille gauche et acouphène suite à un accident de travail en 2005, de trouble cognitif léger, de probable macro adénome hypophysaire et de céphalées chroniques type « de tension » (céphalées secondaires à un acouphène gauche). Selon le médecin, l'évolution du patient depuis 2014 n'est pas favorable et montre un

important dysfonctionnement psychiatrique et possiblement neurologique ceci malgré un suivi et de multiples traitements entrepris. Les traitements médicaux nécessaires consistent notamment en un traitement médicamenteux et une psychothérapie (pour le trouble dépressif), la pose d'une prothèse totale du genou bilatérale (pour la gonarthrose bilatérale) et la pose d'un appareil acoustique par un audioprothésiste (pour la cophose), le traitement concernant l'hépatite C ayant été achevé. Pour le médecin, le pronostic est mauvais sans traitement.

3.2

3.2.1 Selon l'art. 76 al. 1 LETr, après notification d'une décision de première instance de renvoi ou d'expulsion au sens de la LETr ou d'une décision de première instance d'expulsion au sens des art. 66a ou 66a^{bis} CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; RS 311.0) ou 49a ou 49a^{bis} CPM (Code pénal militaire du 13 juin 1927 ; RS 321.0), l'autorité compétente peut, afin d'en assurer l'exécution, (let. b) mettre en détention la personne concernée notamment si elle menace sérieusement d'autres personnes ou met gravement en danger leur vie ou leur intégrité corporelle et fait l'objet d'une poursuite pénale ou si elle a été condamnée pour ce motif (ch. 1), si des éléments concrets font craindre que la personne concernée entende se soustraire au renvoi ou à l'expulsion, en particulier parce qu'elle ne se soumet pas à son obligation de collaborer en vertu de l'art. 90 LETr ou de l'art. 8 al. 1 let. a ou al. 4 LAsi (Loi sur l'asile du 26 juin 1998 ; RS 142.31) (ch. 3), ou encore si son comportement permet de conclure qu'elle se refuse à obtempérer aux instructions des autorités (ch. 4). Les chiffres 3 et 4 décrivent des comportements permettant de conclure à l'existence d'un risque de fuite ou de disparition (Untertauchensgefahr) et peuvent donc être envisagés ensemble (Zünd, Kommentar Migrationsrecht, 4^e éd., Zurich 2015, n. 6 ad art. 76 LETr).

Selon la jurisprudence, les motifs prévus à l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LETr sont réalisés lorsque l'étranger a déjà disparu une première fois dans la clandestinité (ATF 140 II 1 consid. 5.3), lorsqu'il tente d'entraver les démarches en vue de l'exécution du renvoi en donnant des indications manifestement inexactes ou contradictoires ou encore s'il

laisse clairement apparaître, par ses déclarations ou son comportement, qu'il n'est pas disposé à retourner dans son pays d'origine (ATF 130 II 56 consid. 3.1; TF 2C_1139/2012 du 21 décembre 2012 consid. 3.2; TF 2C_984/2010 du 20 janvier 2011 consid. 2; TF 2C_206/2009 du 29 avril 2009 consid. 4.1). Il faut qu'il existe des éléments concrets en ce sens (TF 2C_256/2013 du 10 avril 2013 consid. 4.2; TF 2C_142/2013 du 1^{er} mars 2013 consid. 4.2; CREP 14 novembre 2017/775 consid. 2.2).

3.2.2 Le principe de la proportionnalité exige que les mesures mises en œuvre soient propres à atteindre le but visé (règle de l'aptitude) et que celui-ci ne puisse être atteint par une mesure moins contraignante (règle de la nécessité); il doit en outre y avoir un rapport raisonnable entre ce but et les intérêts compromis (principe de la proportionnalité au sens étroit, impliquant une pesée des intérêts) (ATF 135 I 233 consid. 3.1 p. 246).

3.2.3 L'art. 80 LEtr dispose notamment que, lorsqu'elle examine la décision de détention, de maintien ou de levée de celle-ci, l'autorité judiciaire tient compte de la situation familiale de la personne détenue et des conditions d'exécution de la détention (al. 4); la détention est levée – respectivement la prolongation refusée – notamment lorsque l'exécution du renvoi ou de l'expulsion s'avère impossible pour des raisons juridiques ou matérielles (al. 6 let. a).

La jurisprudence a rappelé que ces raisons doivent être importantes (« triftige Gründe ») et que l'exécution du renvoi doit être qualifiée d'impossible lorsque le rapatriement est pratiquement exclu, même si l'identité et la nationalité de l'étranger sont connues et que les papiers voulus peuvent être obtenus (TF 2C_386/2010 du 1^{er} juin 2010 consid. 4 ; TF 2C_473/2010 du 25 juin 2010 consid. 4.1 et les réf. citées). Tel est par exemple le cas si le déplacement de la personne concernée n'est pas concevable pour des raisons de santé ou qu'un Etat refuse de reprendre certains de ses ressortissants (ATF 125 II 217 consid. 2 ; Göksu, Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Berne 2010, n. 21 ad art. 80 LEtr).

D'après la jurisprudence, le juge de la détention est lié par la décision de renvoi. Au demeurant, il ne peut revoir la légalité d'une décision de renvoi que lorsque celle-ci est manifestement contraire au droit ou clairement insoutenable au point d'apparaître nulle. S'il existe des faits nouveaux, postérieurs à la décision de renvoi, le juge de la détention peut en tenir compte. La procédure liée à la détention administrative ne permet pas, sauf cas exceptionnels, de remettre en cause le caractère licite de la décision de renvoi. Ce n'est que si une décision de renvoi apparaît manifestement inadmissible, soit arbitraire ou nulle, qu'il est justifié de lever la détention en application de l'art. 80 al. 6 let. a LETr, étant donné que l'exécution d'un tel ordre illicite ne doit pas être assurée par les mesures de contrainte (TF 2C_206/2014 du 4 mars 2014 consid. 3 et les réf. citées).

3.2.4 L'art. 74 al. 1 LETr régit l'assignation à un lieu de résidence d'un étranger lorsqu'une décision de renvoi ou d'expulsion de première instance lui a été notifiée ; le but de cette disposition consiste dans le contrôle de la localisation de l'étranger tenu au départ, ainsi que de sa disponibilité pour la préparation et l'exécution du départ (Zünd, Kommentar Migrationsrecht, 4^e éd., 2015, n. 5 ad art. 74 LETr).

3.3 En l'espèce, s'agissant tout d'abord des questions liées à l'état de santé du recourant, celui-ci invoque que son renvoi dans son pays d'origine ne lui permettrait pas de bénéficier des soins appropriés.

A cet égard, on constate tout d'abord que les maux dont se prévaut le recourant étaient préexistants à la décision de renvoi du 23 novembre 2016, définitive et exécutoire. Or, la péjoration de l'état de santé intervenue depuis lors et relevée dans le rapport médical du 22 août 2018 ne remet, en l'état, pas en question la possibilité d'exécuter le renvoi du recourant. En effet, de jurisprudence constante, s'agissant de personnes en traitement médical en Suisse, l'exécution du renvoi ne devient inexigible que dans la mesure où elles ne pourraient plus recevoir les soins essentiels garantissant des conditions minimales d'existence. Or,

la Cour de céans fait siens les arguments du SPOP et de la CDAP dans son arrêt du 7 décembre 2016 – qui demeurent d’actualité – selon lesquels rien n’indique que les problèmes de santé du recourant soient susceptibles de l’empêcher de voyager ou ne puissent être traité dans son pays d’origine. A ce stade, la décision de renvoi du 23 novembre 2016 n’apparaît donc pas manifestement inadmissible, soit arbitraire ou nulle.

Au vu de ce qui précède, le moyen tiré de l’état de santé du recourant doit être rejeté.

3.4 Pour le surplus, X. _____ fait l’objet d’une décision de renvoi définitive. Bien qu’il ait été averti qu’il ferait l’objet de mesures de contrainte s’il ne quittait pas la Suisse, il est demeuré dans notre pays. Depuis le printemps 2017, et alors que les mesures tendant à exécuter son renvoi étaient devenues concrètes, le recourant est devenu difficilement joignable : il n’a pas répondu à plusieurs convocations du SPOP, il ne s’est pas présenté pour les vols prévus les 17 mai 2017 et 19 juin 2017 et a disparu dans la clandestinité. Il n’a finalement pu être localisé qu’au moment où il a demandé l’aide d’urgence. Durant cette période, il a fait l’objet de plusieurs condamnations pénales, notamment pour séjour illégal. Il n’a aucune attache en Suisse. A cela s’ajoute qu’à l’audience devant le Tribunal des mesures de contrainte, il a clairement laissé apparaître qu’il n’était pas disposé à retourner en Serbie.

Vu ce qui précède, l’intéressé ne souhaite manifestement pas quitter la Suisse et se soumettre aux mesures de renvoi dont il fait l’objet.

3.5 Le recourant ajoute que sa mise en détention serait disproportionnée dès lors que, même s’il était libéré, il serait dans l’impossibilité de se soustraire à son renvoi dès lors notamment qu’il est dépendant de l’aide d’urgence qui lui est octroyée par le SPOP et que son état de santé ne lui permettrait pas de disparaître dans la clandestinité.

Cet argument n’est pas pertinent. En effet, même s’il est vrai que le recourant s’est présenté à quatre reprises au SPOP ces derniers

mois pour bénéficier de l'aide d'urgence, on ne saurait voir dans cette démarche une volonté de collaborer à l'exécution de son renvoi. Le recourant a déjà prouvé dans un passé récent qu'il était capable de disparaître dans la clandestinité pendant plusieurs mois et malgré un signalement RIPOL, expérience qu'il est largement susceptible de renouveler. Par ailleurs, le recourant a déclaré à diverses reprises, notamment lors de son audition devant le Tribunal des mesures de contrainte, qu'il ne voulait pas rentrer dans son pays d'origine.

Pour le surplus, la détention du recourant n'est pas contraire à la loi, apparaît appropriée et nécessaire, et demeure dans le cadre du délai ordinaire prévu par la loi (art. 79 al. 1 LEtr). L'exécution de cette mesure a par ailleurs lieu dans un établissement adéquat, soit à l'Etablissement de Favra, où les conditions de détention sont adéquates – des prestations médicales y étant notamment assurées – et proportionnée en vue d'assurer l'exécution du renvoi, aucune mesure moins attentatoire à la liberté personnelle n'étant apte à assurer le renvoi de l'intéressé dans un pays où il a le droit de séjourner. Au demeurant, rien ne permet de penser que le SPOP et le SEM ne respecteront pas leur devoir de diligence dans le cadre de l'organisation du renvoi ; enfin l'exécution de celui-ci ne s'avère pas d'emblée impossible pour des raisons juridiques ou matérielles, étant rappelé qu'un laissez-passer a d'ores et déjà été obtenu (cf. art. 80 al. 6 let. a LEtr *a contrario*), et devrait avoir lieu dans un délai raisonnable, respectueux de l'art. 79 LEtr (cf. TF 2C_381/2016 du 23 mai 2016 consid. 4.4).

4. Il résulte de ce qui précède que le recours doit être rejeté et l'ordonnance entreprise confirmée.

Selon l'art. 25 al. 1 LVLEtr, lorsque la personne détenue est indigente, le conseil d'office reçoit une indemnité à la charge de l'Etat, les dispositions relatives à la rémunération des défenseurs d'office en matière pénale étant applicables.

L'indemnité allouée au conseil d'office du recourant sera fixée à 360 fr., plus la TVA, par 27 fr. 70, ce qui porte le montant alloué 387 fr. 70.

L'arrêt sera rendu sans frais judiciaires (art. 50 LPA-VD ; CREP 14 novembre 2017/775 consid. 3).

Par ces motifs,
la Chambre des recours pénale
prononce :

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** L'ordonnance du 8 novembre 2018 est confirmée.
- III.** L'indemnité allouée à Me Hélène Weidmann, conseil d'office de X._____, est fixée à 387 fr. 70 (trois cent huitante-sept francs et septante centimes), à la charge de l'Etat.
- IV.** L'arrêt, rendu sans frais, est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Hélène Weidmann, avocate (pour X._____),
- Service de la population, Secteur Départs,

et communiqué à :

- Mme la Présidente du Tribunal des mesures de contrainte,
- Etablissement de Favra,
- Mme Rachel Breton, Office des curatelles et tutelles professionnelles,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des art. 78 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

En vertu de l'art. 135 al. 3 let. b CPP, le présent arrêt peut, en tant qu'il concerne l'indemnité d'office, faire l'objet d'un recours au sens des art. 393 ss CPP devant le Tribunal pénal fédéral (art. 37 al. 1 et 39 al. 1 LOAP [Loi fédérale du 19 mars 2010 sur l'organisation des autorités fédérales; RS 173.71]. Ce recours doit être déposé devant le Tribunal pénal fédéral dans un délai de dix jours dès la notification de l'arrêt attaqué (art. 396 al. 1 CPP).

La greffière :