

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Arrêt du 13 décembre 2021

Composition : M. PERROT, président
Mmes Fonjallaz et Byrde, juges
Greffière : Mme Desponds

Art. 29 et 36 Cst., 76 al. 4, 79 al. 1 LEI

Statuant sur le recours interjeté le 15 novembre 2021 par **O.**_____ contre l'ordonnance rendue le 3 novembre 2021 par le Tribunal des mesures de contrainte dans la cause n° **DA21.018452-CPB**, la Chambre des recours pénale considère :

En fait :

A. **a)** O._____, né le [...], au Nigéria, pays dont il est ressortissant, est célibataire et sans enfant. Sans profession, sans statut administratif et sans domicile fixe en Suisse, il est connu sous différents alias, soit [...], né le [...], [...], né le [...], [...], né le [...] et [...], né le [...].

b) En 2012, O._____ a déposé une demande d'asile en Suisse et a été attribué au canton des Grisons. Or, le premier Etat européen dans lequel l'intéressé a séjourné est l'Espagne. Conformément au Règlement Dublin (UE) n°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 d'un pays tiers ou un apatride du 26 juin 2013 (ci-après : Règlement Dublin III), l'intéressé a été refoulé à quatre reprises vers l'Espagne, pays responsable, les 28 mai 2013, 7 novembre 2013, 21 juillet 2015 et 15 janvier 2019. Il est systématiquement revenu en Suisse, en dépit de ces refoulements.

Le 14 mars 2018, le Secrétariat d'Etat aux migrations (ci-après : SEM) a prononcé une décision d'interdiction d'entrée en Suisse à l'encontre de O._____, courant jusqu'au 13 mars 2023, et valablement notifiée le 27 avril 2018.

c) Par jugement du 30 juin 2020, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne a notamment condamné O._____ pour infraction grave et contravention à la LStup (Loi fédérale sur les stupéfiants du 3 octobre 1951 ; RS 812.121) et infraction à la LEI (Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 ; RS 142.20) (I), l'a condamné à une peine privative de liberté de 18 mois (II) et a ordonné son expulsion du territoire suisse pour une durée de 10 ans (III).

Outre cette condamnation, l'extrait du casier judiciaire suisse de O._____ contient les inscriptions suivantes :

- 3 septembre 2013 : Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois, peine pécuniaire de 150 jours-amende à 30 fr. le jour avec sursis pendant 2 ans, révoqué le 26 septembre 2014, pour délit contre la LStup et séjour illégal ;

- 26 septembre 2013 : Ministère public cantonal Strada, peine privative de liberté de 60 jours et amende de 200 fr., pour séjour illégal, contravention et délit contre la LStup ;

- 20 janvier 2015 : Ministère public cantonal Strada, peine privative de liberté de 180 jours, pour recel, séjour illégal et délit contre la LStup ;

- 13 mai 2016 : Ministère public de l'arrondissement de Lausanne, peine privative de liberté de 65 jours, pour séjour illégal ;

- 26 avril 2017 : Ministère public cantonal Strada, peine privative de liberté de 180 jours, pour délit contre la LStup, séjour illégal et activité lucrative sans autorisation ;

- 19 janvier 2018 : Ministère public de l'arrondissement de Lausanne, peine pécuniaire de 20 jours-amende à 20 fr. le jour, pour séjour illégal ;

- 7 mai 2018 : Ministère public de l'arrondissement de Lausanne, peine privative de liberté de 30 jours, pour séjour illégal ;

- 17 juin 2019 : Ministère public de l'arrondissement de Lausanne, peine privative de liberté de 160 jours, pour séjour illégal.

En ce qui concerne sa condamnation la plus récente, O. _____ a purgé sa peine jusqu'à son terme, soit jusqu'au 5 août 2021.

d) Le 5 juillet 2020, la police a procédé à l'audition de O. _____ sur réquisition du Service de la population (ci-après : SPOP) et du SEM, concernant l'éventualité de la mise en œuvre d'un refoulement dans le cadre d'une procédure Dublin. A cette occasion, le prénommé, interrogé sur les circonstances de son retour en Suisse après son refoulement en janvier 2019, a déclaré : *« Je suis revenu en bus, sauf erreur en avril ou mai 2019 (...) J'ai uniquement séjourné en Espagne, à Madrid (...) je n'ai pas de visa ni de documents d'identité, je n'en ai jamais eu. Je précise que [ndr : je] n'ai aucun document d'identité africain, car mes parents sont morts quand j'avais 6 ans (...) Je n'ai pas demandé l'asile à mon arrivée en Espagne, car je voulais me rendre en France, en Suisse ou en Belgique. Cependant, les autorités espagnoles ont pris mes empreintes à mon arrivée. J'ai demandé l'asile à mon arrivée en Suisse, à Vallorbe. Cette demande m'a été refusée, car j'avais déjà déposé mes*

empreintes digitales lors de mon arrivée en Espagne (...) je n'ai jamais quitté l'Europe depuis que j'y suis arrivé. J'ai tenté de trouver du travail dans la région de Madrid mais sans succès, c'est pourquoi je suis revenu en Suisse à la recherche d'un avenir meilleur (...) J'ai compris que je risque de me faire renvoyer en Espagne, je suis reconnaissant de l'aide que ce pays m'a apporté à mon arrivée en Europe, mais malheureusement je ne parviens pas à [sic] avoir du travail pour pouvoir vivre là-bas (...) Je vais essayer encore une fois de trouver du travail dans l'agriculture dans une autre région d'Espagne ».

Par courriel du 4 août 2020, le chef de section suppléant du SEM a indiqué que les autorités espagnoles avaient refusé la réadmission de O._____, selon avis du jour même.

Le 6 août 2020, le SPOP a fixé un délai de départ immédiat à O._____ pour quitter la Suisse dès sa sortie de prison. A cette occasion, il a rendu attentif le prénommé quant au risque de se voir faire l'objet de mesures de contrainte à l'issue de son emprisonnement, à forme d'une détention administrative, et l'a enjoint à faire le nécessaire pour se procurer un document de voyage valable, de manière à permettre l'organisation de son départ de Suisse. Le jour même, O._____ a signé le procès-verbal de notification de cet envoi.

Le 24 mars 2021, O._____ a été soumis à une audition centralisée auprès de l'ambassade du Nigéria. Cette dernière l'a formellement reconnu comme l'un de ses ressortissants. Fort de ce qui précède, le SEM a indiqué, par avis du 25 mars 2021, qu'un vol à destination du Nigéria pourrait être réservé auprès de l'agence swissREPAT, moyennant un délai de quinze jours ouvrables.

Le 8 juin 2021, le SPOP a complété un formulaire swissREPAT afin qu'une place dans un vol vers le Nigéria soit réservée à O._____.

Le 18 juin 2021, une confirmation de vol prévu le 7 août 2021 à destination du Nigéria, pour O._____, a été émise.

e) Le 5 août 2021, le SPOP a ordonné la détention administrative de O._____ pour une durée d'une semaine, soit jusqu'au 12 août 2021, aux motifs qu'il avait franchi la frontière malgré une interdiction d'entrée en Suisse et que nonobstant les mesures déjà prises par le SPOP il ne pouvait pas être renvoyé immédiatement ; qu'il menaçait sérieusement d'autres personnes ou mettait gravement en danger leur vie ou leur intégrité physique ; qu'il avait été condamné pour crime et qu'il existait de nombreux indices concrets faisant craindre qu'il voulait se soustraire à son refoulement. L'intéressé a été transféré au Centre de détention administrative de Frambois le jour même.

Le même jour, le SPOP a notifié cet ordre de détention à l'intéressé et l'a transmis au Tribunal des mesures de contrainte.

Le 6 août 2021, le Tribunal des mesures de contrainte a procédé à l'audition de O._____. Celui-ci a notamment indiqué : « *Mon espoir était de retourner en Espagne (...) J'ai perdu mes parents à l'âge de 7 ans. Je suis fils unique. Je n'ai donc pas de famille ni au Nigéria ni en Europe. Je souhaite aller en Espagne (...) j'accepte de collaborer si on me renvoie en Espagne. Je refuse de collaborer si on me renvoie au Nigéria. Je n'ai pas de famille là-bas et c'est risqué pour moi* ». Interpelé sur les raisons pour lesquelles il était systématiquement revenu en Suisse, en dépit de quatre précédents renvois vers l'Espagne, il a déclaré : « *A cause de ma situation en Espagne. Là-bas, je mendie dans la rue. Je n'ai pas de travail. Je n'ai pas de famille. Maintenant, j'aimerais chercher quelqu'un qui m'adopte afin d'avoir un père* ».

Par ordonnance du 6 août 2021, le Tribunal des mesures de contrainte a confirmé que l'ordre du 5 août 2021 plaçant O._____ en détention administrative pour une durée d'une semaine, soit jusqu'au 12 août 2021, était conforme aux principes de la légalité et de l'adéquation (I) et a dit que les frais de la cause étaient laissés à la charge de l'Etat (II).

Il a constaté – au terme des faits rappelés ci-dessus – que celui-ci n'avait cessé de commettre des infractions durant ses séjours en

Suisse, pour lesquelles il avait été condamné à neuf reprises, notamment pour du trafic de stupéfiants. Il a ajouté que les actes pour lesquels il avait été condamné le 30 juin 2020 étaient constitutifs d'un crime, qu'il ne disposait d'aucun titre de séjour en Suisse ni de domicile fixe et qu'il avait démontré par le passé qu'il n'entendait pas respecter les décisions administratives rendues à son encontre puisque renvoyé en Espagne à quatre reprises, il n'avait pas hésité à revenir en Suisse, même après l'interdiction d'entrée qui lui avait été notifiée le 27 avril 2018. Enfin, il a relevé qu'il faisait l'objet d'une mesure d'expulsion judiciaire et qu'il n'était pas exclu que, s'il était libre, il disparaisse avant qu'elle ne puisse être mise en œuvre. Il en a conclu que la demande du SPOP, fondée sur l'art. 76 al. 1 let. b ch. 1, 3 et 4 LEI, était justifiée.

f) Le 6 août 2021, O._____ a refusé de se soumettre à un test PCR visant à établir l'absence du virus covid-19 dans son organisme. A défaut du résultat de ce test, il n'a pas pu embarquer le 7 août 2021 sur le vol réservé à son intention pour le Nigéria.

Le 10 août 2021, le SPOP a ordonné la détention administrative de O._____ pour une durée de cinq mois à compter du 12 août 2021, soit jusqu'au 12 janvier 2022. Le même jour, ledit service a requis de l'agence swissREPAT qu'un vol spécial à destination du Nigéria soit organisé.

Le lendemain, le SPOP a notifié cet ordre de détention à l'intéressé et l'a transmis au Tribunal des mesures de contrainte.

Par courrier de son avocate du 12 août 2021, O._____ a fait valoir que sa détention administrative était illégale et qu'il devait être libéré immédiatement. Il a déclaré que son renvoi au Nigéria était impossible. Pour des raisons matérielles d'abord, à savoir, en raison des circonstances induites par la pandémie de covid-19 et de l'obligation d'effectuer un test de dépistage avant d'embarquer qui devrait persister dans les six prochains mois. Pour des raisons juridiques ensuite, à savoir qu'il devrait retourner en Espagne, premier pays qu'il avait traversé dans

l'espace Dublin et où il aurait vécu de nombreuses années. Il a considéré à cet égard que le SPOP ne pouvait se satisfaire du refus de réadmission des autorités espagnoles relayé seulement dans un courriel du SEM du mois d'août 2020.

Par ordonnance du 12 août 2021, le Tribunal des mesures de contrainte a déclaré que le placement en détention administrative de O. _____ ordonné le 11 (recte : 10) août 2021 par le SPOP était conforme aux principes de la légalité et de l'adéquation de la détention (I) et a dit que les frais de la cause étaient laissés à la charge de l'Etat (II).

Il a considéré que les conditions légales d'un placement en détention administrative étaient remplies et a renvoyé à cet égard à son ordonnance du 6 août 2021 en indiquant qu'elle conservait sa pertinence puisqu'aucun élément nouveau n'était survenu susceptible de remettre en cause l'analyse faite alors sous l'angle des art. 75 al. 1 let. c, g et h et 76 al. 1 let. b ch. 1, 3 et 4 LEI . O. _____ ayant refusé de se soumettre à un test PCR le 6 août 2021, ce qui avait fait obstacle à son renvoi de Suisse pour le Nigéria prévu le 7 août 2021, le tribunal a en outre considéré, au vu de ce fait nouveau, que la détention se justifiait également en application de l'art. 75 al. 1 let. c LEI. Enfin, il a estimé que le placement ordonné par le SPOP pour une durée de cinq mois respectait le principe de proportionnalité et qu'en particulier, aucune mesure moins attentatoire à sa liberté personnelle n'était apte à assurer le renvoi de l'intéressé.

B. a) Par lettre du 22 octobre 2021, O. _____ a demandé au Tribunal des mesures de contrainte sa « *mise en liberté* », au motif que sa détention était « *disproportionnée, injuste et sans explication* ».

Sur requête de l'avocate de O. _____, le SPOP a produit la décision du Ministère de l'Intérieur espagnol du 4 août 2020, à laquelle le SEM s'était précédemment référé. Par cette décision, les autorités espagnoles ont refusé de donner suite à la demande de réadmission formée le 31 juillet 2020 par la Suisse, au motif que l'intéressé n'avait pas

déposé de demande d'asile en Espagne, d'une part, et qu'il avait déposé une telle demande en Suisse en 2018 et que, transféré en Espagne le 15 janvier 2019 en vertu du Règlement Dublin III, il n'avait pas déposé de demande dans ce pays depuis lors, d'autre part, si bien que la procédure Dublin avait été clôturée. Au surplus, il n'y avait pas de preuve que l'intéressé avait séjourné en Espagne durant plus de cinq mois.

b) Le 25 octobre 2021 dans le délai imparti à cet effet, le SPOP, répondant aux griefs émis par O._____ dans sa demande du 22 octobre 2021, a relevé que le principe et la durée de la détention administrative étaient directement imputables à l'absence de collaboration de O._____ avec ce service, de même qu'à son refus d'embarquer sur le vol réservé à son intention le 7 août 2021 dû à son refus de se soumettre à un test PCR. Quant au principe de son expulsion, c'est en vain que O._____ tentait de le remettre en cause. Enfin, le principe de célérité était respecté dans la mesure où des démarches en vue de l'exécution de l'expulsion se poursuivaient sans discontinuer puisqu'un vol à destination de Lagos, au Nigéria, serait organisé d'ici la fin de l'année 2021. Il a conclu au rejet de la demande de mise en liberté de O._____.

c) Le 1^{er} novembre 2021, ayant renoncé à être entendu par le Tribunal des mesures de contrainte, O._____, par son conseil d'office, a déposé des déterminations. En premier lieu, il s'est plaint du fait que dans son ordonnance du 12 août 2021, le Tribunal des mesures de contrainte s'était contenté de renvoyer aux considérants développés dans son ordonnance du 6 août 2021, sans se prononcer sur les différents griefs qu'il avait exprimés dans l'intervalle. Il a ensuite contesté le contenu de la décision du Ministère de l'Intérieur espagnol précitée ; en particulier, il a nié avoir déposé une demande d'asile en Suisse en 2018 et a affirmé avoir passé plus de cinq mois consécutifs en Espagne, notamment suite à son renvoi du 7 novembre 2013 ; il a en outre relevé que l'Espagne était le premier pays où il était arrivé dans l'espace Dublin, où il avait laissé ses empreintes digitales, où il avait vécu plusieurs années et dont il parlait la langue. Il a par ailleurs indiqué qu'il était en train de tenter de récupérer

des affaires personnelles permettant de démontrer qu'il avait vécu suffisamment de temps en Espagne pour y être renvoyé. Il s'est ainsi plaint du fait que le SPOP se soit contenté de la réponse du Ministère de l'Intérieur espagnol – datant de plus d'une année et intervenue durant une période où les renvois avaient drastiquement baissé du fait de la pandémie – pour entreprendre des démarches en vue d'une expulsion vers le Nigéria. Il a fait valoir que le SPOP aurait dû solliciter sa réadmission vers l'Espagne au moment de sa mise en détention administrative, soit en août 2021 ou durant les semaines qui avaient suivi. Le fait que ce service se soit abstenu d'une telle demande serait problématique et rendrait sa détention actuelle disproportionnée. O._____ a encore contesté n'avoir pas collaboré avec le SPOP, ayant toujours accepté d'être renvoyé en Espagne. S'il a admis qu'il avait effectivement refusé de se soumettre à un test PCR – prérequis indispensable à son embarquement sur un vol à destination du Nigéria – il a soutenu que c'était justifié car il n'était pas envisageable de le contraindre à effectuer ce test. A cet égard, il a estimé que son refoulement n'était matériellement pas possible dans un avenir proche. Il a enfin affirmé qu'il serait illégal de l'expulser au Nigéria, pays où il courrait un grave danger.

d) Par ordonnance du 3 novembre 2021, le Tribunal des mesures de contrainte a rejeté la demande de levée de la détention administrative formée par O._____ (I) et a dit que les frais de la procédure étaient laissés à la charge de l'Etat et que l'indemnité due au défenseur d'office serait arrêtée à l'issue de la procédure de renvoi (II).

Le tribunal a d'abord constaté que depuis l'ordonnance du 12 août 2021, les autorités espagnoles avaient refusé de réadmettre O._____ sur leur territoire et que, pour sa part, le SPOP poursuivait ses démarches en vue du renvoi de l'intéressé puisqu'un vol à destination du Nigéria serait organisé avant la fin de l'année 2021. Le tribunal a ensuite considéré que « *tous les arguments soulevés par le conseil du concerné ne sont pas pertinents et ne remettent pas en question l'appréciation faite par le tribunal de céans dans son ordonnance précitée, de sorte qu'il convient de pleinement s'y référer* ». Le tribunal a enfin relevé que c'était le

prénommé qui ne collaborait pas avec les autorités, ce qui ne faisait que retarder son départ de Suisse.

C. Par acte du 15 novembre 2021, O._____, par son conseil d'office, a recouru auprès de la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal contre cette ordonnance, en concluant, sous suite de frais et dépens, à son annulation, à l'admission de sa demande de levée de la détention administrative du 22 octobre 2021 et à sa libération immédiate.

A l'appui de son recours, O._____ a produit un onglet de neuf pièces sous bordereau, toutes étant néanmoins déjà versées au dossier.

Le 24 novembre 2021, dans le délai imparti à cet effet, le SPOP a relevé que malgré les arguments invoqués par le recourant, la détention administrative ordonnée le 10 août 2021 demeurait justifiée et proportionnée aux circonstances, de sorte que le recours devrait être rejeté et l'ordonnance du 3 novembre 2021 confirmée. Ce service a précisé encore qu'un vol spécial à destination du Nigéria était prévu à très brève échéance.

Par courriel du 26 novembre 2021, le SPOP a informé la Cour de céans que la réquisition pour l'organisation d'un vol spécial avait été effectuée le 19 novembre 2021.

Le 29 novembre 2021, O._____, par son avocate, a déclaré persister à contester que des démarches s'agissant de son renvoi aient été entreprises sans discontinuer par le SPOP à satisfaction du devoir de diligence et de célérité. Il a de plus relevé qu'aucune information précise et aucune pièce n'avait été communiquée en ce sens par le SPOP, malgré sa contestation répétée. Il en a déduit qu'il apparaissait clairement que ledit service était resté inactif durant plus de quatre mois, ce qui était inadmissible et rendait sa détention illégale.

Par courriel du 8 décembre 2021, la Cour de céans a donné connaissance au recourant du courriel du SPOP du 26 novembre 2021 en lui impartissant un délai au 10 décembre 2021 pour se déterminer, s'il le souhaitait.

Par courriel de son conseil du 9 décembre 2021, le recourant a derechef invoqué la violation du principe de célérité et requis sa libération immédiate.

Par courriel du 9 décembre 2021, la Cour de céans a invité le SPOP à préciser quelles démarches avaient été effectuées entre août et novembre 2021 en vue de l'exécution du renvoi et de l'expulsion judiciaire de O._____.

Par courriel du 10 décembre 2021, le SPOP a informé la Cour de céans que O._____ avait quitté la Suisse en date du 9 décembre 2021 à destination du Nigéria.

En droit :

1.

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

La personne détenue peut demander au Tribunal des mesures de contrainte sa mise en liberté en tout temps dès la fin du premier mois de détention administrative conformément à l'art. 80 al. 5 LEI (art. 18 al. 1 LVLEI).

Les décisions prononcées par le Tribunal des mesures de contrainte peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal cantonal

(art. 30 al. 1 LVLEI), soit la Chambre des recours pénale (art. 26 al. 1 ROTC [règlement organique du Tribunal cantonal du 13 novembre 2007 ; BLV 173.31.1]), dans les dix jours dès la notification de la décision attaquée. L'acte de recours est signé et sommairement motivé (art. 30 al. 2 LVLEI). La procédure est régie par l'art. 31 LVLEI, qui renvoie pour le surplus aux dispositions de la LPA-VD (loi sur la procédure administrative du 28 octobre 2008 ; BLV 173.36).

1.2 En l'espèce, déposé en temps utile et auprès de l'autorité compétente par une personne placée en détention administrative ayant un intérêt digne de protection à la modification ou à l'annulation de l'ordonnance attaquée, le recours de O. _____ est recevable.

Par courriel du 10 décembre 2021, le SPOP a informé la Cour de céans que le recourant avait quitté la Suisse le 9 décembre 2021. En principe, le recours de O. _____ a ainsi perdu son objet. Toutefois, dans la mesure où le recourant faisait valoir la violation d'un droit constitutionnel, la question peut se poser de savoir s'il n'a pas encore un intérêt à voir la Cour de céans statuer sur son recours. Cette question peut demeurer indécise, dans la mesure où celui-ci doit de toute manière être rejeté, pour les motifs suivants.

1.3 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 utile (art. 31 al. 1 et 2 LVLEI). Elle peut en particulier tenir compte de faits postérieurs à la décision attaquée (CREP 9 novembre 2020/844 ; CREC 25 septembre 2015/346). Le Tribunal statue à bref délai (art. 31 al. 4 LVLEI).

2.

2.1 Le recourant invoque en premier lieu une violation de son droit d'être entendu. Il estime qu'en se contentant de se référer à sa précédente décision, l'autorité intimée n'a pas suffisamment motivé sa décision. Il ajoute qu'en procédant de la sorte, l'autorité ne lui permet pas de comprendre pour quelles raisons les griefs qu'il a soulevés ont été

écartés. Il ajoute encore que la décision du Tribunal des mesures de contrainte du 12 août 2021 comprenait elle aussi des aspects problématiques sous l'angle du droit d'être entendu, puisqu'elle renvoyait intégralement à la décision du 6 août 2021. Il invoque en outre une constatation incomplète et erronée des faits. Il considère en effet que l'autorité intimée a retenu à tort que depuis le 12 août 2021, les autorités espagnoles avaient refusé de le réadmettre sur leur territoire. Il met par ailleurs en doute le fait qu'un renvoi à destination du Nigéria puisse effectivement survenir à la fin de l'année 2021, considérant que la seule affirmation du SPOP dans ce sens est insuffisante. Il invoque pour le surplus une violation du principe de proportionnalité. Il reproche en particulier au SPOP une inactivité de plus de quatre mois, laps de temps durant lequel aucune démarche concrète n'aurait été entreprise. De surcroît, il conteste l'absence de faisabilité d'un refoulement en Espagne, et conclut que le SPOP ne pouvait se contenter de la décision du Ministère de l'Intérieur espagnol datant du mois d'août 2020 et qu'avant d'ordonner un placement en détention administrative, il aurait dû tout mettre en œuvre pour tenter de procéder à un renvoi vers l'Espagne. Il considère qu'en s'étant abstenu d'agir de la sorte, le SPOP ne saurait se prévaloir d'un prétendu refus de collaborer. Enfin, le recourant considère que le SPOP n'a entrepris aucune démarche visant à l'exécution de l'expulsion vers le Nigéria.

2.1.1 Le droit d'être entendu, garanti à l'art. 29 al. 2 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101), comporte celui de recevoir une décision suffisamment motivée, c'est-à-dire permettant à la personne visée de la contester à bon escient (ATF 143 III 65 consid. 5.2 ; ATF 129 I 232 consid. 3.2 ; ATF 125 II 369 consid. 2c) et à l'autorité de recours d'exercer utilement son contrôle (ATF 143 IV 40 consid. 3.4.3 ; ATF 142 I 135 consid. 2.1). Pour satisfaire à ces exigences, l'autorité doit mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, afin que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause ; elle n'est cependant pas tenue de discuter tous les arguments soulevés par les parties mais peut se limiter aux questions

décisives (ATF 143 III 65 précité ; ATF 142 III 433 consid. 4.3.2 ; TF 6B_946/2018 du 15 novembre 2018 consid. 1.1). La motivation peut d'ailleurs être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 ; TF 6B_817/2020 du 23 décembre 2020 consid. 1.2).

La jurisprudence rendue en matière de prolongation de la détention provisoire admet une motivation par renvoi à de précédentes décisions, pour autant que l'intéressé ne fasse pas valoir de faits ou d'arguments nouveaux et que les motifs auxquels il est renvoyé soient développés de manière suffisante au regard des exigences déduites de l'art. 29 al. 2 Cst. (ATF 123 I 31 consid. 2c ; TF 1B_252/2020 du 11 juin 2020 consid. 2.1 ; TF 1B_49/2016 du 25 février 2016 consid. 2 et les arrêts cités).

Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation doit entraîner l'annulation de la décision, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (ATF 143 IV 380 consid. 1.4.1 ; ATF 142 II 218 consid. 2.8.1). Une violation du droit d'être entendu peut toutefois être réparée dans le cadre de la procédure de recours lorsque l'irrégularité n'est pas particulièrement grave et pour autant que la partie concernée ait la possibilité de s'exprimer et de recevoir une décision motivée de la part de l'autorité de recours disposant d'un pouvoir d'examen complet en fait et en droit. Une réparation du vice procédural est également possible lorsque le renvoi à l'autorité inférieure constituerait une vaine formalité, provoquant un allongement inutile de la procédure, incompatible avec l'intérêt de la partie concernée à ce que sa cause soit tranchée dans un délai raisonnable (ATF 145 I 167 consid. 4.4 ; ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 et les références citées ; TF 6B_860/2019 du 18 septembre 2019 consid. 2.1). La Chambre des recours pénale dispose d'un pouvoir d'examen complet en fait et en droit, permettant de guérir un tel vice procédural (art. 389 al. 3 et 391 al. 1 CPP ; CREP 29 avril 2021/174 ; CREP 19 mai 2020/378 ; CREP 20 août 2013/530).

2.1.2 En l'espèce, c'est à tort que le recourant soutient que son droit d'être entendu a été violé par le renvoi à la motivation de l'ordonnance du 12 août 2021. En effet, comme exposé plus haut (cf. consid. 2.1.1), sur le principe, une motivation par un renvoi à de précédentes décisions est admissible, la jurisprudence rendue en matière de détention provisoire s'appliquant « *mutatis mutandis* » à la détention administrative. En outre, s'il est vrai que l'ordonnance attaquée est motivée par référence à l'ordonnance du 12 août 2021 et que, pour les faits survenus depuis lors, elle mentionne : 1) que les autorités espagnoles refusent de réadmettre le recourant, 2) que le SPOP poursuit ses démarches en vue d'organiser un renvoi vers le Nigéria, un vol devant être organisé avant la fin de l'année, et 3) que la durée de la procédure a pour cause le fait que O._____ ne collabore pas avec les autorités, ce qui ne fait que retarder son départ de Suisse, cette motivation respecte pleinement les exigences déduites par la jurisprudence de l'art. 29 al. 2 Cst. En effet, les motifs auxquels il est renvoyé, qui figurent dans les ordonnances des 6 et 12 août 2021 sont complets, notamment au sujet des motifs pour lesquels O._____ a été mis en détention administrative, à savoir qu'il a été condamné pour crime et qu'il existait des éléments concrets laissant craindre qu'il entendait se soustraire à son renvoi administratif et à son expulsion judiciaire (cf. art. 75 al. 1 let. c, g et h et 76 al. 1 let. b ch. 1, 3 et 4 LEI). Quant aux faits nouveaux survenus depuis lors, résumés ci-dessus, l'ordonnance attaquée en mentionne trois et en tient compte dans son appréciation. Enfin, s'il est vrai que celle-ci contient une erreur de fait en ce sens que ce n'est pas depuis l'ordonnance du 12 août 2021 que les autorités espagnoles ont refusé la réadmission du recourant, mais depuis cette date que la décision espagnole a été produite au dossier, on ne voit pas en quoi cette inexactitude pourrait avoir une influence sur le sort de la demande de levée de la détention déposée par le recourant, et celui-ci ne le précise pas. Enfin, il est vrai que l'ordonnance traite, de manière trop succincte, des autres arguments invoqués par O._____, notamment ceux ayant trait au bien-fondé de la décision des autorités espagnoles de refus de réadmission. Elle se contente de déclarer que ceux-ci ne sont « *pas relevants et ne remettent pas en question l'appréciation faite par le tribunal de céans dans son*

ordonnance précitée », sans essayer de le démontrer. Dans cette mesure, et uniquement sur ce point précis, il faut admettre que l'ordonnance attaquée souffre d'un défaut de motivation, que la Chambre de céans peut cependant pallier, au vu du caractère complet de son pouvoir d'examen (cf. infra consid. 2.1.1 et 2.2.5 in fine).

2.2

2.2.1 Le recourant invoque en second lieu la violation du principe de la proportionnalité. Il fait valoir qu'il est détenu depuis plus de quatre mois et que, durant ce laps de temps, l'autorité n'a rien entrepris en vue de l'exécution de son renvoi. Il reproche en outre au SPOP de ne pas avoir demandé sa réadmission auprès des autorités espagnoles depuis sa mise en détention administrative en août 2021 et invoque que la décision espagnole refusant sa réadmission en Espagne est fondée sur des faits erronés. Il considère que, dès lors que le SPOP n'aurait pas entrepris les démarches qui rendraient possible son renvoi en Espagne, on ne saurait lui reprocher son refus de collaborer. Enfin, il invoque que le SPOP n'a entrepris aucune démarche en vue de son renvoi au Nigéria.

2.2.2 A teneur de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 1 LEI, après notification d'une décision de première instance de renvoi ou d'expulsion au sens de la présente loi 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), l'autorité compétente peut, afin d'en assurer l'exécution, mettre en détention la personne concernée pour les motifs cités à l'art. 75 al. 1 let. a, b, c, f, g ou h LEI - à savoir notamment lorsqu'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 a été condamnée pour ce motif (art. 75 al. 1 let. g LEI) ou lorsqu'elle a été condamnée pour crime (art. 75 al. 1 let. h LEI).

En vertu de l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEI, l'autorité compétente peut également mettre en détention la personne concernée si des éléments concrets font craindre qu'elle entend 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 de la présente loi ou de l'art. 8 al. 1 let. a, ou al. 4, LAsi (Loi fédérale sur l'asile du 26 juin 1998 ; RS 142.31) (ch. 3) ou si son comportement permet de conclure qu'elle se refuse à obtempérer aux instructions des autorités (ch. 4). Ces deux chiffres décrivent des comportement permettant de conclure à l'existence d'un risque de fuite ou de disparition et peuvent donc être envisagés ensemble (Zünd, Kommentar Migrationsrecht, 4^e éd., Zurich 2015, n. 6 ad. Art. 76 LEI).

Selon la jurisprudence, ces motifs 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_105/2016 du 8 mars 2016 consid. 5.2 ; TF 2C_1139/2012 du 21 décembre 2012 consid. 3.2). Il faut qu'il existe des éléments concrets en ce sens (ATF 140 II 1 consid. 5.3 ; TF 2C_951/2015 du 17 novembre 2015 consid. 2.2).

2.2.3 L'art. 76 al. 4 LEI prévoit que les démarches nécessaires à l'exécution du renvoi ou de l'expulsion doivent être entreprises sans tarder. Il s'agit du principe de la célérité : il faut se demander si la détention prononcée et sa durée demeurent nécessaires et restent dans une mesure proportionnée au but poursuivi (TF 2C_18/2016 du février 2016 consid. 4.2 ; TF 2C_218/2013 du 26 mars 2013 consid. 2.3 ; Chatton/Merz, Code annoté de droit des migrations, vol. II, Berne 2017, n. 30 ad art. 76 LEI). Selon la jurisprudence, le devoir de célérité est violé lorsque, pendant plus de deux mois, aucune démarche n'est plus accomplie en vue de l'exécution du renvoi par les autorités compétente, sans que cette inaction soit en première ligne causée par le comportement des autorités étrangères ou celui du détenu lui-même (ATF 139 I 206 consi. 2.1 et les arrêts cités).

Lorsqu'un étranger se trouve en détention provisoire ou exécute une peine de prison, les autorités, qui comptent le maintenir par

la suite en détention administrative, doivent en principe entreprendre des démarches en vue du refoulement déjà avant d'ordonner la détention administrative, s'il est clair que l'étranger devra subséquemment quitter le pays (ATF 130 II 488 consid. 4 ; Chatton/Merz, op. et loc. cit.).

2.2.4 L'art. 79 al. 1 LEI dispose que la détention en phase préparatoire et la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion visées aux art. 75 à 77 ainsi que la détention pour insoumission visée à l'art. 78 ne peuvent excéder six mois au total. Toutefois, lorsque la personne concernée ne coopère pas avec l'autorité compétente, la durée maximale de la détention peut être prolongée de douze mois au plus (art. 79 al. 2 let. a LEI), pour atteindre un maximum de dix-huit mois. La durée de la détention administrative, envisagée dans son ensemble, doit toujours respecter le principe de la proportionnalité (ATF 145 II 313 consid. 3.1.2 et 3.5).

La détention administrative doit, conformément à l'art. 36 al. 3 Cst., apparaître dans son ensemble comme proportionnée pour rester acceptable. Tant sur le plan général que concret, il faut qu'elle demeure dans un rapport raisonnable avec le but visé, qu'elle soit adaptée et nécessaire (ATF 145 II 313 consid. 3.1.2 et 3.5 ; ATF 143 I 147 consid. 3 ; ATF 142 I 135 consid. 4.1).

Le maintien en détention en vue du renvoi ou de l'expulsion est disproportionné et donc illicite s'il y a des raisons sérieuses de penser que l'exécution ne puisse pas avoir lieu dans un délai raisonnable (TF 2C_1182/2014 du 20 janvier 2015 consid. 3.3.1 ; ATF 130 II 56 consid. 4.1.3 et les références citées ; TF 2C_637/2015 du 16 octobre 2015 consid. 7.1 et les références citées, rendu sous l'égide de l'ancienne LEtr mais toujours actuel).

2.2.5 En l'espèce, le recourant ne conteste pas qu'il remplit les motifs de détention administrative prévus à l'art. 76 al. 1 let. b ch. 1 en lien avec l'art. 75 al. 1 let. h LEI, d'une part, et à l'art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEI, d'autre part, retenus par le Tribunal des mesures de contrainte

pour justifier sa mise en détention administrative afin d'assurer l'exécution non seulement de son renvoi mais aussi de son expulsion judiciaire vers le Nigéria. A raison, dès lors qu'il a été condamné pour crime à une peine privative de liberté de 18 mois notamment pour infraction grave à la LStup, et qu'il existe des éléments concrets faisant craindre qu'il entende se soustraire au renvoi et à l'expulsion judiciaire, et qu'il se refuse d'obtempérer aux instructions des autorités, notamment du fait qu'il a été renvoyé de Suisse à quatre reprises, qu'il y est revenu en dépit d'une interdiction d'entrée, qu'il a refusé de se soumettre à un test PCR et, ainsi, n'a pas embarqué sur le vol qui avait été réservé à son intention à destination de son pays d'origine, et qu'il a déclaré lors de son audition qu'il refuserait de collaborer à un renvoi ou à une expulsion vers le Nigéria.

Seul doit donc être examiné le grief du recourant portant sur la violation du principe de la proportionnalité.

Il ressort de l'ordonnance attaquée que, dès avant la fin de l'exécution de la peine privative de liberté de 18 mois à laquelle le recourant avait été condamné par jugement du 30 juin 2020, les autorités ont entrepris avec diligence des démarches en vue de l'exécution du renvoi ou de l'expulsion judiciaire. Ainsi, le 31 juillet 2020, le SPOP a adressé au SEM une demande de réadmission pour l'Espagne. Puis, constatant que, par décision du 4 août 2020 devenue définitive et exécutoire, les autorités espagnoles compétentes avaient refusé de réadmettre l'intéressé, le SPOP a, le 6 août 2020, fixé à celui-ci un délai de départ dès sa sortie de prison, en le rendant attentif au fait qu'il pourrait faire l'objet de mesures de contrainte à sa sortie et qu'il devait faire le nécessaire pour se procurer des documents de voyage valables, de manière à permettre l'organisation de son départ de Suisse. Puis, après qu'en mars 2021 l'ambassade du Nigéria eut reconnu le recourant comme l'un de ses ressortissants, le SPOP a sollicité de SwissREPAT l'organisation d'un vol pour le Nigéria, lequel a été confirmé le 18 juin 2021 pour le 7 août 2021. L'exécution de la peine privative de liberté s'est terminée le 5 août 2021. Le 6 août 2021, le recourant a refusé de se soumettre au test

PCR nécessaire à son embarquement dans le vol qu'il devait prendre le lendemain. De ce point de vue et jusqu'à cette date, on ne discerne aucun manquement de l'autorité au principe de célérité. En outre, si le recourant a dû être maintenu en détention administrative au-delà du 7 août 2021, date à laquelle il était prévu qu'il prenne ledit vol, c'est en raison de son refus de collaborer.

Pour la période subséquente, il ressort de l'ordonnance et du dossier que, le 10 août 2021, une demande de soutien en vue du renvoi de l'intéressé a été adressée au SEM. Dans les déterminations qu'il a adressées le 25 octobre 2021 au Tribunal des mesures de contrainte, le SPOP a indiqué que les démarches entreprises en vue de l'exécution du renvoi se poursuivaient sans discontinuer, et qu'un vol à destination de Lagos, au Nigéria, serait organisé d'ici à la fin de l'année 2021. Dans ses déterminations à l'attention de la Cour de céans, du 24 novembre 2021, le SPOP a derechef déclaré que de telles démarches se poursuivaient sans discontinuer, et qu'un vol à destination de Lagos, au Nigéria, était prévu à très brève échéance. A la demande de la Cour de céans, le SPOP a précisé dans un formulaire-type que « *La réquisition pour l'organisation du vol spécial a été effectuée le 19.11.21* ». Hormis les assurances non documentées données dans ces courriers des 25 octobre et 24 novembre 2021, la Cour de céans ne dispose pas d'autres éléments émanant du SPOP permettant de se convaincre que des démarches ont été entreprises – par le SEM ou le SPOP – entre le 10 août et le 19 novembre 2021 en vue de l'exécution du renvoi ou de l'expulsion judiciaire de l'intéressé au Nigéria. Interpellé sur ce point, le SPOP a informé la Cour de céans, par courriel du 10 décembre 2021, que le recourant avait quitté la Suisse le 9 décembre 2021, mais n'a pas exposé les démarches qui avaient été entreprises.

Une telle durée de trois mois, si elle a effectivement été inutilisée – ce qui peut rester indécis –, contreviendrait, pour un mois environ, au principe de célérité posé à l'art. 79 al. 4 LEI, étant précisé que s'il est vrai que le recourant a refusé de se soumettre à un test PCR le 6

août 2021, ce fait n'a pas pu avoir d'incidence sur la durée de la période de trois mois en cause, celle-ci étant subséquente.

L'éventuelle violation du principe de célérité ne saurait, toutefois, signifier que le principe de proportionnalité a été violé. En effet, il ressort de l'ordonnance que, reconnu par le Nigéria comme ressortissant de ce pays, le recourant ne disposait pas d'un passeport de son pays ni titre de séjour lui permettant de séjourner en Suisse ou en Espagne, pays dans lequel il souhaitait retourner, refusant pour ce motif d'être renvoyé ou expulsé au Nigéria. Sa détention administrative faisait suite à neuf condamnations pénales depuis 2013, dont la dernière pour un crime contre la LStup, et au prononcé de son expulsion de Suisse pour une durée de dix ans. Le recourant représentait ainsi une menace pour la sécurité, de sorte qu'il existait un intérêt public évident à ce que les autorités suisses puissent s'assurer que son renvoi et son expulsion de Suisse seraient bien exécutés. Dès lors que le recourant, originaire du Nigéria, affirmait qu'il ne voulait pas retourner dans son pays, qu'il n'avait fait aucune démarche pour obtenir des documents d'identité mais qu'il avait été reconnu par ce pays comme l'un de ses ressortissants, il n'était pas disproportionné de le maintenir en détention le temps qu'un nouveau vol soit organisé. S'il est possible que l'organisation d'un vol à destination du Nigéria ait pu prendre quelque retard, il n'apparaissait pas, à la date de la décision, qu'il ne pouvait pas avoir lieu avant la fin de l'année, ou à bref délai, comme indiqué par le SPOP dans ses déterminations des 25 octobre et 24 novembre 2021. Du reste, un tel vol a été organisé pour le 9 décembre 2021.

Quant à un renvoi en Espagne, il était exclu, ce pays ne s'estimant pas être l'Etat Dublin responsable, selon une décision définitive et exécutoire acceptée par la Suisse, et qu'il n'appartient pas à la Cour de céans de revoir ou de remettre en cause. De toute manière, l'argument du recourant à cet égard n'aurait pas été de nature à justifier une libération, dès lors qu'il n'avait aucun permis de séjour dans ce pays et qu'il était dépourvu de papiers d'identité valables qui lui permettraient d'entrer sur le territoire espagnol. Enfin, le recourant perd de vue qu'il ne devait pas

seulement être renvoyé de Suisse en vertu du droit d'asile, mais qu'il devait également être expulsé en vertu du droit pénal. Or, l'exécution d'une expulsion pénale prime l'exécution d'une décision de renvoi prononcée dans le cadre d'une procédure d'asile (cf. art. 26g al. 1 OERE [ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers du 11 août 1999 ; RS 142.281]). C'est dire que, indépendamment de la question de savoir si l'Espagne pourrait être l'Etat Dublin responsable du recourant – ce qui est démenti par la décision que ce pays a rendue le 4 août 2020, devenue définitive et exécutoire –, la Suisse était en droit d'exécuter l'expulsion pénale du recourant vers son pays d'origine.

Dans ce contexte, on ne voit pas que la détention du recourant ait été contraire au principe de proportionnalité, mais au contraire qu'elle a été adaptée et nécessaire, et qu'elle est demeurée dans un rapport raisonnable avec le but visé. Au surplus, la durée de la détention a été inférieure aux durées prévues par l'art. 79 LEI.

Mal fondé, l'argument du recourant tiré de la violation du principe de la proportionnalité doit être rejeté.

3. Il résulte de ce qui précède que le recours doit être rejeté dans la mesure où il a encore un objet et l'ordonnance attaquée confirmée.

S'agissant de la requête du recourant tendant à l'octroi de l'assistance judiciaire pour la procédure de recours, il y a lieu de relever à cet égard que la désignation du 12 août 2021 de Me Charlotte Palazzo en qualité de conseil d'office de O. _____ vaut également pour la procédure de recours (CREP 25 juillet 2013/454 et les références citées).

Me Charlotte Palazzo a produit une liste de ses opérations, estimant avoir consacré cinq heures et trente-sept minutes à la cause. Au vu des moyens invoqués et de la nature de la cause, cette durée apparaît toutefois trop élevée et il convient de la réduire à quatre heures, laps de temps suffisant pour une activité raisonnable d'avocat. L'indemnité allouée au conseil d'office du recourant sera donc fixée à 790 fr. 95, montant arrondi à 791 fr., au tarif horaire de 180 fr., par 720 fr., plus des

débours forfaitaires à concurrence de 2 %, par 14 fr. 40 (art. 2 al. 1 let. a et 3bis al. 1 RAJ [Règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010 ; BLV 211.02.3], applicable par analogie par renvoi de l'art. 26b TFIP [Tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; BLV 312.03.1]), et la TVA sur le tout au taux de 7,7 %, par 56 fr. 55. Elle sera laissée à la charge de l'Etat.

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 dans la mesure où il a encore un objet.
- II.** L'ordonnance du 3 novembre 2021 est confirmée.
- III.** L'indemnité allouée à Me Charlotte Palazzo conseil d'office de O._____, est fixée à 791 fr. (sept cent nonante et un francs), 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 Charlotte Palazzo, avocate (pour O._____),
- Service de la population, Secteur départs,

et communiqué à :

- Mme la Présidente du Tribunal des mesures de contrainte,
- Etablissement de Frambois,

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 pénales ; 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 :