2019 VII/6

Extrait de l'arrêt de la Cour VI
dans la cause B. contre Office fédéral de la police
F-1954/2017 du 8 avril 2019

Expulsion Fedpol. Droit de consulter le dossier. Violation du droit d'être entendu.**Art. 26–28 PA**

1. **Droit de consulter le dossier. Obligation d'établir un bordereau avec mention d'éventuelles pièces confidentielles (consid. 4.1–4.3).**
2. **Devoir d'effectuer, pour chaque pièce, une pesée des intérêts en cause et de respecter le principe de proportionnalité (consid. 4.2 et 4.3.3).**
3. **Violation du droit d'être entendu guérie en procédure de recours (cas limite; consid. 4.4).**

Ausweisung Fedpol. Akteneinsichtsrecht. Verletzung des rechtlichen Gehörs.**Art. 26–28 VwVG.**

1. **Akteneinsichtsrecht. Pflicht zur Erstellung eines Aktenverzeichnisses mit Bezeichnung vertraulicher Aktenstücke (E. 4.1–4.3).**
2. **Pflicht, für jedes einzelne Aktenstück die sich gegenüberstehenden Interessen abzuwägen und den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu respektieren (E. 4.2 und 4.3.3).**
3. **Heilung der Gehörsverletzung im Beschwerdeverfahren (Grenzfall; E. 4.4).**

Espulsione Fedpol. Diritto di consultare gli atti. Violazione del diritto di essere sentito.**Art. 26–28 PA.**

1. **Diritto di consultare gli atti. Obbligo di allestire un indice che menzioni eventuali atti confidenziali (consid. 4.1–4.3).**
2. **Obbligo di effettuare una ponderazione degli interessi in presenza e di rispettare il principio di proporzionalità per ogni singolo atto (consid. 4.2 e 4.3.3).**

3. Violazione del diritto di essere sentito sanata in sede di ricorso (caso limite; consid. 4.4).

Le Tribunal administratif fédéral rejette le recours.

Extrait des considérants:

4.

4.1 Dans son mémoire de recours, la recourante a fait valoir une violation de son droit d'être entendue, reprochant à l'Office fédéral de la police (fedpol) de ne pas lui avoir transmis le contenu essentiel de toutes les pièces pertinentes pour l'issue de la cause. Elle n'a ainsi pas contesté l'intérêt public prépondérant mis en avant par l'autorité inférieure pour lui refuser la consultation desdites pièces.

Vu la nature formelle du droit d'être entendu, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond, ce moyen doit être examiné en premier lieu ([...]).

4.2 Le droit d'être entendu, inscrit à l'art. 29 al. 2 Cst., comprend notamment le droit de s'exprimer, le droit de consulter le dossier, le droit de faire administrer des preuves et de participer à leur administration, le droit d'obtenir une décision motivée et le droit de se faire représenter ou assister (pour la procédure administrative: art. 26–35 PA).

Aux termes de l'art. 26 al. 1 PA, la partie et son mandataire ont le droit de consulter les mémoires des parties et les observations responsives des autorités (let. a), tous les actes servant de moyens de preuve (let. b) et la copie des décisions notifiées (let. c). Il n'est pas nécessaire que la pièce ait effectivement servi de preuve dans le cas d'espèce (KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3^e éd. 2013, n° 494 p. 174). Aussi, l'autorité inférieure ne saurait se contenter de transmettre à l'autorité de recours uniquement les pièces qu'elle estime nécessaires et pertinentes pour l'issue de la cause. Le droit constitutionnel à la tenue d'un dossier respectant les droits procéduraux des parties oblige les autorités à veiller à ce que tous les actes établis et produits en cours de procédure soient classés de manière claire et ordonnée; il lui appartient en principe également de paginer son dossier et d'effectuer un bordereau au plus tard lors du prononcé de la décision (cf. arrêt du TF 8C_725/2012 du 27 mars 2013 consid. 4.1.2 et réf. cit.). L'établissement d'un bordereau

sera d'une importance particulière, si un intérêt public prépondérant s'oppose à donner une quelconque indication quant au contenu d'une pièce. En effet, les indications contenues dans celui-ci servent à signaler aux parties de manière transparente les éventuelles restrictions en rapport avec leur droit de consulter le dossier et permettent à ces dernières de mieux cibler leur recours auprès de l'instance judiciaire (cf., pour comparaison, arrêts du TAF C-518/2013 du 17 mars 2015 consid. 7 et C-1507/2015 du 10 juin 2016 consid. 3.3.3; arrêts du TF 8C_319/2010 du 15 décembre 2010 consid. 2.2, 2C_327/2010 du 19 mai 2011 consid. 3.2).

L'art. 27 al. 1 PA précise que la consultation d'une pièce peut être refusée si des intérêts publics importants (let. a), des intérêts privés importants (let. b) ou l'intérêt d'une enquête officielle non encore close (let. c) l'exigent. Le droit de consulter le dossier n'est pas absolu; son étendue doit être définie de cas en cas, en tenant compte des intérêts en présence et de toutes les circonstances du cas d'espèce; il peut être restreint, voire supprimé, lorsque l'intérêt public ou l'intérêt prépondérant de tiers exige que des documents soient tenus secrets, du moins partiellement (ATF 126 I 7 consid. 2b). Cela dit, l'autorité doit dûment motiver son refus (ATAF 2014/38 consid. 7.1; arrêt du TAF D-5684/2007 du 26 octobre 2007 consid. 4.3).

En outre, l'art. 28 PA prévoit qu'une pièce dont la consultation a été refusée à la partie ne peut être utilisée à son désavantage que si l'autorité lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de fournir des contre-preuves (voir, parmi d'autres, ATAF 2013/23 consid. 6.4; et aussi arrêt du TAF C-1118/2006 du 2 juillet 2010 consid. 4.2; arrêt du TF 2C_980/2013 du 21 juillet 2014 consid. 4.1).

Les restrictions au droit de consulter le dossier doivent cependant respecter le principe de la proportionnalité (cf. p. ex. STEPHAN BRUNNER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, art. 27 n° 6 ss p. 403). Il requiert qu'en limitant le droit de consulter une pièce du dossier, l'autorité opte pour la mesure qui soit la moins invasive possible, en préférant, par exemple, l'anonymisation (« caviardage ») de certains passages d'un texte au refus de divulguer le texte intégral en n'en résumant que les éléments essentiels (arrêt 2C_980/2013 consid. 4.1). Elle est dès lors tenue de procéder à un examen des intérêts en cause pour *chaque pièce*; en cas de limitation du droit d'être entendu, elle motive dûment un éventuel refus; le cas échéant elle a l'obligation – sous réserve d'intérêts prépondérants contraires – de communiquer le contenu essentiel

de chaque pièce, en veillant à respecter les intérêts en cause de manière idoine (voir arrêt C-1118/2006 consid. 4). Dans ce contexte, on précisera que, selon la jurisprudence du TF, la collecte d'information par le Service de renseignement de la Confédération (SRC) nécessite une protection particulière en ce sens que la confidentialité des sources, des collaborateurs et des méthodes de travail doit être garantie. Aussi, l'autorité judiciaire fera preuve de retenue et laissera une large marge d'appréciation à l'administration dans ce domaine (cf. en ce sens, arrêt du TF 1C_522/2018 du 8 mars 2019 consid. 3.3).

4.3

4.3.1 En l'espèce, la recourante a demandé la consultation du dossier fedpol par courrier du 6 octobre 2016 ([...]). Par lettre du 15 décembre 2016, fedpol lui a transmis sa propre lettre datée de juillet 2016, l'annonce d'arrivée dans le canton F. et une copie de la note d'information de la police cantonale F. de novembre 2016 ([...]) et a renvoyé à son courrier du 4 octobre 2016 ([...]). La recourante a alors répondu par envoi du 20 janvier 2017 que son droit d'être entendue avait été gravement violé, dès lors que fedpol lui avait refusé la consultation de la requête du SRC et des autres informations dont disposait cette autorité, a demandé d'en connaître le contenu essentiel conformément à l'art. 28 PA et de pouvoir s'exprimer à son sujet ([...]).

4.3.2 Force est ainsi de constater que fedpol a violé le droit à plusieurs égards. En effet, tout d'abord, il n'a pas envoyé de bordereau de pièces à la recourante, de sorte qu'elle ne pouvait même pas savoir si tous les documents au dossier fedpol lui avaient été transmis. Cela n'a d'ailleurs pas été le cas en l'espèce, puisqu'il existait alors au dossier fedpol à tout le moins une pièce confidentielle supplémentaire non thématifiée, à savoir la pièce [1], ce que fedpol ne conteste pas. Ensuite, dans ses courriers d'octobre et de décembre 2016, fedpol n'a pas motivé les raisons pour lesquelles il ne permettait pas la consultation de toutes les pièces dans leur version originale et ne s'est pas posé la question de savoir par quels moyens il pouvait concilier les intérêts publics et privés en cause (art. 27 PA). Enfin, fedpol n'a pas non plus respecté l'art. 28 PA, ni n'a indiqué une base quelconque qui lui eût permis le cas échéant d'y déroger compte tenu de la situation spécifique. Ainsi, concernant la pièce [1], dont la recourante ne pouvait même pas connaître l'existence, il n'a pas transmis de contenu essentiel, sans toutefois indiquer ne pas en tenir compte dans la décision qu'elle. Cependant, en procédure de recours, il a transmis des informations à la recourante sur la pièce [1] ([...]), sans faire valoir qu'il n'aurait pas pu

les transmettre auparavant ([...]). S'agissant de la pièce [2] (requête du SRC), il a estimé en avoir donné le contenu essentiel dans son courrier du 4 octobre 2016. Or, indépendamment de savoir si cela était effectivement suffisant, il n'a pas respecté le principe de proportionnalité qui commande d'opter pour la mesure la moins invasive possible (cf. consid. 4.2 5^e par.). Ce n'est donc qu'en procédure de recours, après que le Tribunal administratif fédéral lui avait rappelé les principes applicables, qu'il a, de son propre gré, versé en cause un exemplaire caviardé de la pièce [2] – en admettant d'ailleurs le faire pour respecter le principe de proportionnalité, ce qui, contrairement à ce qu'il semble croire, ne devrait pas constituer l'exception, mais la règle ([...]) – à nouveau sans faire valoir ne pas avoir pu procéder de la sorte auparavant ([...]).

Au surplus, fedpol n'a même pas estimé utile de répondre au courrier de la recourante du 20 janvier 2017 demandant justement de telles informations, mais a rendu rapidement la décision querellée; il a de la sorte empêché la recourante de prendre position sur le fond de l'affaire. Contrairement à ce qu'il veut faire accroire, il n'appartenait pas à l'intéressée de contester en bloc les reproches formulés de manière générale dans le courrier du 4 octobre 2016 ([...]), mais celle-ci était en principe en droit d'attendre d'être en possession des informations sur lesquelles fedpol allait baser sa décision.

4.3.3 En conséquence, dès lors que le dossier fedpol dont la consultation était demandée contenait des informations utilisées au désavantage de la recourante, les art. 27 et 28 PA commandaient à fedpol de procéder à une appréciation des intérêts en cause pour chaque pièce et de respecter, à nouveau pour chacune d'entre elles, le principe de proportionnalité, ce qu'il n'a pas fait.

4.4 Selon la jurisprudence, une violation du droit d'être entendu, même grave, peut exceptionnellement être réparée en procédure judiciaire, aux conditions que la partie lésée ait eu la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen et que le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure [en allemand: « formalistischer Leerlauf »] (cf., parmi d'autres, arrêt 2C_980/2013 consid. 4.3; ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 et réf. cit.).

Or, une telle exception se justifie dans la présente affaire. En effet, suite à plusieurs mesures d'instruction de la part du Tribunal administratif fédéral, fedpol a versé en cause des versions caviardées de la pièce [2] ainsi que de

la pièce [3], pièce nouvellement créée pour la procédure devant le Tribunal administratif fédéral, et qui contient pour l'essentiel un résumé d'informations ressortant d'autres pièces du dossier ayant été données pour consultation à la recourante. Il a en outre pu donner des informations utiles quant à la pièce [1], à savoir que si la recourante voulait en savoir plus, elle devait agir devant une certaine autorité française ([...]). Il s'ensuit que la recourante a pu se déterminer par la suite sur tous les éléments pertinents devant le Tribunal administratif fédéral – lequel (quand bien même il lui incombe de faire preuve de retenue dans un domaine aussi sensible touchant à la sécurité de l'Etat) dispose de la même cognition que l'autorité inférieure –, étant précisé qu'il n'a pas été tenu compte de la pièce [1] ([...]). En outre, comme on le verra par la suite, les arguments que la recourante a développés au fond ne changent rien à l'issue de la cause, de sorte qu'une cassation aboutirait à un allongement inutile de la procédure. A cela s'ajoute un intérêt public prépondérant au maintien sans discontinuité de la mesure d'éloignement qui serait mise en question en cas de renvoi de la cause à fedpol.

Ainsi, au vu du temps écoulé et de tous les éléments susmentionnés, il n'y a pas lieu d'annuler la décision entreprise pour violation du droit d'être entendu (cf. ATF 137 I 195 consid. 2.3.2), étant précisé qu'il s'agit d'un cas limite. Il conviendra cependant de tenir compte de cette circonstance lors de la fixation des frais et dépens ([...]).