



## Arrêt du 23 novembre 2021

---

Composition

Claudia Pasqualetto Péquignot (présidente du collège)  
Christine Ackermann, Jérôme Candrian, juges,  
Julien Delaye, greffier.

---

Parties

**A.** \_\_\_\_\_,  
représentée par Maître Olivier Peter, avocat,  
Peter & Moreau,  
Rue des Pavillons 17,  
Case postale 90, 1211 Genève 4,  
recourante,  
contre

**Administration fédérale des douanes AFD**  
Domaine de direction Bases, Section Droit,  
Taubenstrasse 16, 3003 Berne,  
autorité inférieure.

---

Objet

Action en responsabilité de la Confédération.

**Faits :****A.**

A. \_\_\_\_\_ (ci-après : la requérante) est née le \*\*\* 1981. Le 10 janvier 2015, elle a été victime d'actes d'ordre sexuel sur une personne incapable de discernement ou de résistance de la part de son thérapeute, lequel a été condamné par défaut, par jugement du Tribunal d'arrondissement de la Côte du 1<sup>er</sup> novembre 2018, à une peine de trois ans de prison ferme.

**B.**

**B.a** Le 26 juillet 2017, aux alentours de 17h50, la requérante a été interpellée par les gardes-frontière à la douane de Collex-Bossy. Elle circulait dans un véhicule muni de plaques temporaires françaises et a indiqué aux gardes-frontière présents qu'elle venait de son lieu de travail en Suisse pour se rendre à son domicile en France.

**B.b** A la demande des gardes-frontière, la requérante a remis ses papiers d'identité et ceux du véhicule. A la question de savoir si elle consommait des stupéfiants, la requérante a répondu par l'affirmative en précisant qu'elle n'en avait toutefois pas sur elle. Lors de la fouille du véhicule, la moitié d'un joint a été trouvée dans la boîte à gants par les agents. La requérante a indiqué qu'elle ne se souvenait pas d'avoir laissé cette marchandise dans son véhicule.

**B.c** A la suite de cette découverte, une fouille du véhicule avec un chien et une fouille corporelle à la recherche de stupéfiants ont été effectuées. A la fin de la fouille corporelle, le porte-monnaie de la requérante a été contrôlé, porte-monnaie dans lequel se trouvait une carte d'invitation à un groupe de victimes de viols. Aucune substance illicite supplémentaire n'a été découverte lors de ce contrôle, qui a pris fin le 26 juillet 2017 vers 18h50. Les circonstances de la fouille corporelle seront reprises ultérieurement dans la mesure où cela s'avère nécessaire.

**B.d** La requérante a déposé une plainte pénale, le 27 août 2017, pour abus d'autorité et contrainte. Une procédure pénale militaire a été ouverte pour éclaircir les circonstances du contrôle douanier du 26 juillet 2017.

**C.**

**C.a** Par courrier du 17 juillet 2018, la requérante a déposé une demande d'indemnité pour tort moral de 5'000 francs avec intérêts à 5 % l'an dès le 27 juillet 2017 auprès du Département fédéral des finances DFF (ci-après : le DFF) pour atteinte illicite à sa personnalité. Le DFF a transmis cette

demande, le 23 juillet 2018, à l'Administration fédérale des douanes AFD (ci-après : l'AFD) pour objet de sa compétence.

**C.b** Par courrier du 22 août 2018, l'AFD a demandé à la requérante si elle était disposée à attendre le prononcé pénal avant que l'AFD se détermine sur sa demande d'indemnité. Par courrier du 26 août 2018, la requérante s'est opposée à toute suspension.

**C.c** L'AFD a invité le Commandement du Corps des gardes-frontière région VI (ci-après : le Commandement Cgfr VI) à se déterminer sur la demande d'indemnité de la requérante. Dans ses observations du 5 octobre 2018, le Commandement Cgfr VI a conclu que le contrôle douanier était conforme à la législation douanière.

**C.d** Par décision du 19 octobre 2018, l'AFD a rejeté la demande d'indemnité pour tort moral de la requérante, statué sans frais et renoncé à allouer des dépens.

#### **D.**

Le 15 novembre 2018, la requérante (ci-après également : la recourante) a formé recours contre cette décision devant le Tribunal administratif fédéral. Elle sollicite, à titre préalable, d'être mise au bénéfice de l'assistance judiciaire, d'obtenir de l'AFD (ci-après également : l'autorité inférieure) une copie des observations du Commandement Cgfr VI du 5 octobre 2018 et d'être autorisée à compléter son recours. A titre principal, elle conclut, sous suite de frais et dépens, à ce que la décision soit annulée, à ce qu'il soit constaté que la fouille du 26 juillet 2017 constitue un traitement dégradant et une atteinte illicite à sa personnalité et à ce que la Confédération suisse soit condamnée à lui verser une somme de 5'000 francs avec intérêts à 5 % l'an dès le 27 juillet 2017. A titre subsidiaire, elle conclut, en substance, à ce que la cause soit renvoyée à l'autorité inférieure pour nouvelle décision.

#### **E.**

Dans sa réponse du 6 décembre 2018, l'autorité inférieure a conclu, sous suite de frais, au rejet du recours. Elle a produit au dossier une copie des observations du Commandement Cgfr VI du 5 octobre 2018.

#### **F.**

**F.a** Par ordonnance du 8 janvier 2019, le Tribunal a invité les parties à se déterminer sur la suspension de la procédure jusqu'à droit connu dans la

procédure pénale militaire ouverte à la suite de la plainte de la recourante du 27 août 2017.

**F.b** Par courrier du 15 janvier 2019, la recourante s'est opposée à la suspension de la procédure au motif qu'il n'était pas nécessaire ou utile d'attendre l'issue de la procédure pénale militaire et que la suspension de la procédure impliquerait une violation des dispositions protégeant les victimes de mauvais traitements.

**F.c** Par décision incidente du 19 mars 2019, le Tribunal a suspendu la procédure jusqu'à droit connu dans la procédure pénale militaire ouverte par l'auditeur en chef.

**F.d** La recourante a formé recours, le 6 mai 2019, contre cette décision auprès du Tribunal fédéral, qui l'a déclaré irrecevable par arrêt du 7 mai 2019.

## **G.**

**G.a** La procédure pénale militaire ouverte par l'auditeur en chef à la suite de la plainte de la recourante du 27 août 2017 s'est soldée par une ordonnance de non-lieu le 10 février 2021.

**G.b** La recourante a formé recours, auprès du Tribunal militaire, contre cette ordonnance, qui, par arrêt du 28 mai 2021, l'a admis et a renvoyé la cause à l'auditeur.

**G.c** Le 3 juin 2021, le Tribunal militaire a communiqué au Tribunal administratif fédéral le dossier pénal militaire de l'enquête en complément de preuves, de l'enquête ordinaire, du non-lieu et de la procédure de recours.

## **H.**

Par décision incidente du 15 juin 2021, le Tribunal a repris la procédure, versé à la cause le dossier pénal militaire en l'état au 3 juin 2021 et rejeté la demande d'assistance judiciaire de la recourante.

## **I.**

Dans ses observations finales du 27 septembre 2021 et du 15 octobre 2021, la recourante a maintenu l'ensemble de ses conclusions et précisé les griefs formulés dans le cadre de son recours.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela s'avère nécessaire.

## **Droit :**

### **1.**

**1.1** Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître du présent recours (art. 31, 32, 33 let. d de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral [LTAF, RS 173.32] et art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA, RS 172.021]) en lien avec l'art. 10 al. 1 de la loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires [loi sur la responsabilité, LRFC, RS 170.32] et l'art. 2 al. 2 et 3 de l'ordonnance du 30 décembre 1958 relative à la loi sur la responsabilité [ORCF, RS 170.321]).

**1.2** La qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante (art. 48 al. 1 PA). Au surplus, les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme du mémoire, ainsi qu'à l'avance de frais (art. 11 al. 1, 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA) sont respectées.

**1.3** La recourante conclut, dans un premier temps, à ce qu'il soit constaté que la fouille corporelle du 26 juillet 2017 constitue un traitement dégradant et une atteinte illicite à sa personnalité.

Selon un principe général de procédure, les conclusions en constatation de droit ne sont recevables que lorsque des conclusions condamnatoires ou formatrices sont exclues. Sauf situations particulières, les conclusions constatatoires ont donc un caractère subsidiaire (cf. ATF 141 IV 349 consid. 3.4.2 et 141 II 113 consid. 1.7).

En l'occurrence, la recourante conclut également à l'annulation de la décision attaquée ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité pour tort moral ou au renvoi de la cause. Elle prend ainsi des conclusions tant condamnatoires que formatrices. Ainsi, sa conclusion en constatation est irrecevable. Elle relève, en réalité, davantage de la motivation de son recours.

**1.4** Sous cette réserve, le recours est partant recevable.

## 2.

Le recours peut être formé pour violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, ainsi que pour inopportunité, sauf si une autorité cantonale a statué comme autorité de recours (art. 49 PA).

**2.1** Le Tribunal administratif fédéral fait cependant preuve d'une certaine retenue dans l'exercice de son pouvoir d'examen, lorsque la nature des questions litigieuses qui lui sont soumises l'exige, singulièrement lorsque leur analyse nécessite des connaissances spéciales ou encore lorsqu'il s'agit de circonstances locales que l'autorité qui a rendu la décision connaît mieux (cf. ATF 131 II 680 consid. 2.3.3 ; arrêt du TAF A-379/2016 du 8 septembre 2016 consid. 2.2). Le Tribunal ne s'écartera alors pas sans nécessité de l'appréciation de l'autorité inférieure. En revanche, il vérifiera librement si l'autorité inférieure a établi complètement et exactement les faits pertinents et, sur cette base, si elle a correctement appliqué le droit, sans se laisser guider par des motifs étrangers aux normes appliquées et en tenant compte de manière adéquate de tous les intérêts en présence (cf. arrêt du TAF A-7143/2008 du 16 septembre 2009 consid. 5.4).

**2.2** La procédure fédérale est essentiellement régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que l'autorité administrative constate les faits d'office et procède, s'il y a lieu à l'administration de preuves par les moyens idoines (art. 12 PA). La maxime inquisitoire doit cependant être relativisée par son corollaire : le devoir de collaborer des parties (art. 13 PA ; cf. CLÉMENCE GRISEL, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, 2008, n° 142). La procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral est également régie par la maxime inquisitoire en vertu de l'art. 37 LTAF. Celle-ci est cependant quelque peu tempérée, notamment en raison du fait qu'il ne s'agit, dans ce cas, pas d'un établissement des faits *ab ovo*. Il convient de tenir compte de l'état de fait déjà établi par l'autorité inférieure. Dans ce sens, le principe inquisitoire est une obligation de vérifier d'office les faits constatés par l'autorité inférieure plus que de les établir (cf. arrêts du TAF A-5584/2008 du 11 juin 2010 consid. 1.2.1 et A-6120/2008 du 18 mai 2010 consid. 1.3.2).

**2.3** Le Tribunal administratif fédéral applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision attaquée (cf. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2<sup>e</sup> éd. 2013, n° 2.165). Il se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que

dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. ATF 135 I 91 consid. 2.1 ; ATAF 2014/24 consid. 2.2).

### **3.**

La LRFC règle la responsabilité de la Confédération pour le dommage causé sans droit à un tiers par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, sans égard à la faute du fonctionnaire (art. 3 al. 1 LRFC).

**3.1** Celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit, en cas de faute du fonctionnaire, à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement (art. 6 al. 2 LRFC).

Une atteinte est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi (art. 28 al. 2 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 [CC, RS 210]).

**3.2** Lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer ou à augmenter le dommage, l'autorité compétente peut réduire les dommages-intérêts ou même n'en point allouer (art. 4 LRFC).

### **4.**

L'objet du recours porte sur la décision du 19 octobre 2018 par laquelle l'autorité inférieure a rejeté la demande du 17 juillet 2018 de la recourante tendant à l'octroi d'une indemnité de 5'000 francs à titre de tort moral, avec intérêts à 5 % l'an dès le 27 juillet 2017.

Il s'agit de vérifier si c'est à bon droit que l'autorité inférieure a rejeté la demande d'indemnité de la recourante au motif principal que la fouille pratiquée dans le cadre du contrôle douanier du 26 juillet 2017 était licite et conforme aux prescriptions douanières.

### **5.**

La recourante se plaint, dans un premier temps, d'une violation de son droit d'être entendue.

**5.1** Elle rappelle que la prise de position du Commandement Cgfr VI du 5 octobre 2018 ne lui a pas été remise préalablement à la décision du 19 octobre 2018. Elle n'aurait ainsi pas pu se déterminer sur son contenu avant son prononcé. Elle requiert, en lien avec ce grief, que les échanges intervenus entre l'autorité inférieure et le Commandement Cgfr VI lui soient

communiqués et qu'elle puisse bénéficier d'un délai pour compléter son recours et se déterminer sur les éléments qu'ils contiennent.

L'autorité inférieure confirme bien qu'elle n'a pas transmis à la recourante la prise de position du Commandement Cgfr VI du 5 octobre 2018 préalablement à sa décision du 19 octobre 2018. Elle estime toutefois qu'elle n'était pas tenue de le faire, dans la mesure où son contenu a été repris dans la décision litigieuse. Dans tous les cas, elle considère que, dans la mesure où elle a produit cette prise de position dans le cadre de la procédure de recours, une violation du droit d'être entendu serait, en tout état de cause, réparée.

**5.2** Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (cf. ATF 143 IV 380 consid. 1.4.1 et 142 II 218 consid. 2.8.1). Selon la jurisprudence, sa violation peut cependant être réparée, pour autant qu'elle ne soit pas d'une gravité particulière et que la partie lésée ait la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen (cf. ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; arrêts du TAF A-769/2017 du 23 avril 2019 consid. 1.5.3, A-5647/2017 du 2 août 2018 consid. 1.5.2 et A-4572/2015 du 9 mars 2017 consid. 4.1). Toutefois, la réparation de la violation du droit d'être entendu doit rester l'exception. Elle se justifie lorsqu'un renvoi de la cause à l'autorité inférieure représenterait une vaine formalité et conduirait à des retards inutiles qui ne seraient pas conciliables avec l'intérêt de la partie concernée à un examen diligent du cas. Si, par contre, l'atteinte est importante, il n'est pas possible de remédier à la violation (cf. ATF 135 I 279 consid. 2.6.1, 133 I 201 consid. 2.2 et 132 V 387 consid. 5.1).

La jurisprudence a, en particulier, déduit du droit d'être entendu le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (cf. ATF 142 II 218 consid. 2.3, 142 III 48 consid. 4.1.1, 141 V 557 consid. 3 et 135 I 279 consid. 2.3; arrêts du TAF A-2519/2019 du 2 juin 2021 consid. 3.1.2, A-5647/2017 du 2 août 2018 consid. 1.5.1.1 et A-2523/2015 du 9 avril 2018 consid. 3.1). En tant que droit de participation, le droit d'être entendu englobe ainsi tous les droits qui doivent être attribués à une partie pour qu'elle puisse faire valoir efficacement son point de vue dans une procédure (cf. ATF 132 II 485

consid. 3.2 et 129 II 497 consid. 2.2). L'étendue du droit de s'exprimer ne peut pas être déterminée de manière générale, mais doit être définie au regard des intérêts concrètement en jeu. L'idée maîtresse est qu'il faut permettre à une partie de pouvoir mettre en évidence son point de vue de manière efficace (cf. ATF 111 Ia 273 consid. 2b et 105 Ia 193 consid. 2b/cc).

Selon le Tribunal fédéral, le droit d'être entendu constitue un aspect important de la garantie d'un procès équitable ancrée à l'art. 29 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) et à l'art. 6 par. 1 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101). Ainsi, pour interpréter l'art. 29 al. 2 Cst., il convient de tenir compte de la jurisprudence que la Cour européenne des droits de l'homme a développée à propos de la garantie d'un procès équitable, et cela même dans les procédures administratives qui n'entreraient pas dans le champ d'application de cette disposition. Selon le Tribunal fédéral, il n'y a, en effet, pas de raison de concevoir un droit d'être entendu plus restrictif dans ces procédures que dans celles qui tombent sous la protection de l'art. 6 par. 1 CEDH (cf. ATF 133 I 100 consid. 4.5 s.).

**5.3** En l'occurrence, l'autorité inférieure a invité le Commandement Cgfr VI à se déterminer sur la demande d'indemnité pour tort moral de la recourante. Cette démarche devait lui permettre, selon ses propres dires, de « rendre une décision en toute connaissance de cause ». Le 5 octobre 2018, le Commandement Cgfr VI a estimé que la fouille corporelle était conforme au droit et à l'usage en vigueur au sein de l'AFD, dans la mesure où la recourante était en possession de la moitié d'un joint. Il a précisé que les agentes n'étaient pas au courant du fait que la recourante avait été victime d'une agression à caractère sexuel et que, si tel avait été le cas, elles n'auraient vraisemblablement pas effectué la fouille corporelle. Il a ajouté que la fouille corporelle n'avait pas pour but de découvrir des objets dangereux, mais des stupéfiants et que, lors de la palpation, l'agente n'avait pas touché les zones intimes de la recourante. Enfin, la recourante n'aurait jamais été totalement dénudée. Le Commandement Cgfr VI n'a, en revanche, pas contesté que la fouille avait porté atteinte à l'état de santé de la recourante, mais a estimé qu'elle était licite.

Dans sa décision, l'autorité inférieure a conclu, notamment sur la base de cette prise de position, que la fouille corporelle était conforme à la législation douanière, que la recourante était une fumeuse occasionnelle de joints, qu'elle avait menti en indiquant qu'elle n'était pas en possession

de stupéfiants et qu'il n'y avait pas de raison de douter de la véracité des propos concordants des agentes douanières.

Le Tribunal constate ainsi que l'autorité inférieure s'est fondée essentiellement sur la prise de position du Commandement Cgfr VI pour motiver sa décision. Partant, en privant la recourante de la possibilité de se déterminer sur cet élément clé du dossier, l'autorité inférieure a violé le droit d'être entendu de la recourante.

**5.4** Reste à déterminer si une telle violation pouvait être réparée en procédure de recours.

A cet égard, il y a lieu de rappeler que l'autorité inférieure considère que, dès lors que la prise de position du Commandement Cgfr VI pouvait être produite dans le cadre d'une procédure de recours, elle n'avait pas à la communiquer séparément à la recourante avant de rendre sa décision.

Un tel raisonnement ne résiste pas à la critique. Le droit d'être entendu ne s'exerce pas, pour la première fois, en procédure de recours. Il doit permettre à l'administré de s'exprimer avant qu'une décision ne soit rendue, peu importe qu'il s'agisse d'une décision sur recours ou d'une décision de première instance. Ce n'est que de cette façon que l'administré peut comprendre la décision et choisir, en toute connaissance de cause, s'il y a lieu de l'attaquer ou de s'y soumettre. A bien suivre le raisonnement de l'autorité inférieure, l'administré serait nécessairement contraint de recourir contre une décision pour avoir accès au dossier et pour pouvoir prendre connaissance des éléments de fait sur lesquels repose la décision. Ce n'est que dans le cadre de l'instruction du dossier par l'autorité de recours que l'administré pourrait se forger une opinion et choisir s'il y a lieu ou non de maintenir son recours.

Telle n'est manifestement pas l'intention du législateur. Il n'appartient, en effet, pas au Tribunal administratif fédéral d'être le premier garant du droit d'être entendu. Ce rôle est dévolu aux autorités précédentes. L'institution de la réparation n'est pas là pour remédier à toute violation du droit d'être entendu et elle ne donne en aucun cas un blanc-seing aux autorités administratives pour violer le droit d'être entendu de leurs administrés. Chaque autorité fédérale doit, en toute circonstance, faire preuve d'un comportement exemplaire dans le traitement de ses procédures. On ne saisit, au demeurant, pas en quoi il eût été compliqué pour l'autorité inférieure de transmettre la prise de position du Commandement Cgfr VI et de permettre à la recourante de se déterminer avant de rendre sa décision.

L'attitude *in casu* de l'autorité inférieure et surtout la justification qu'elle fournit au Tribunal de céans ne sauraient ainsi être suivies.

**5.5** Nul doute qu'en temps normal une telle attitude justifierait le renvoi de la cause à l'autorité inférieure sans possibilité de réparation. Toutefois, la recourante ne tire pas comme conséquence de la violation de son droit d'être entendue le renvoi de la cause. Elle sollicite, dans le cadre de la procédure de recours, un accès à la prise de position du Commandement Cgfr VI et la possibilité de se déterminer. Par conséquent, elle considère, ne serait-ce qu'implicitement, que la violation mérite d'être réparée.

Il suit de là que, à titre exceptionnel, le Tribunal renonce au renvoi de la cause. Il a transmis à la recourante la prise de position du Commandement Cgfr VI et lui a donné la possibilité de se déterminer. Par conséquent, la violation de son droit d'être entendue est réparée.

## **6.**

A titre principal, la recourante fait valoir que la fouille corporelle litigieuse aurait porté gravement atteinte à sa personnalité, dans la mesure où elle aurait subi un traitement inhumain et dégradant. Cette atteinte conduit la recourante à demander une indemnité pour tort moral. Il y a lieu, dans un premier temps, de préciser les principes sur lesquels repose la responsabilité de la Confédération en cas de violation du droit au respect de la dignité humaine par les autorités douanières.

**6.1** En vertu de l'art. 3 al. 1 LRCF, la Confédération répond du dommage causé sans droit à un tiers par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, sans égard à la faute du fonctionnaire.

**6.1.1** Cette disposition consacre une responsabilité primaire, exclusive et causale, en ce sens que le tiers lésé ne peut rechercher que l'Etat, à l'exclusion du fonctionnaire ou de l'agent responsable, et qu'il n'a pas à établir l'existence d'une faute. Il lui suffit de faire la preuve d'un acte illicite, d'un dommage, ainsi que d'un rapport de causalité entre ces deux éléments, ces conditions devant être comprises cumulativement (cf. ATF 139 IV 137 consid. 4.1 ; ATAF 2014/43 consid. 3.1 ; arrêts du TAF A-1072/2014 du 8 mars 2016 consid. 4.1 et A-5172/2014 du 8 janvier 2016 consid. 4.1). L'acte – ou l'omission – en cause doit ressortir à l'exercice de l'autorité publique, c'est-à-dire se rattacher au service et à l'exécution d'une tâche publique, comme le précise l'art. 3 al. 1 LRCF en se référant à la notion de « l'exercice des fonctions » (cf. ATAF 2009/57

consid. 2.2). Il ne doit donc s'agir ni d'une activité privée de l'Etat ni d'actes que l'agent public accomplit en sa qualité de simple particulier (cf. arrêt du TAF A-6802/2009 du 20 juillet 2020 consid. 3.1). A cet égard, l'agent de l'Etat agit dans l'exercice de ses fonctions, lorsque, comme en l'espèce, il a la faculté d'imposer à l'administré des mesures de contrainte au sens de la loi du 18 mars 2005 sur les douanes (LD, RS 631.0) – qui renvoie à cet égard, et sauf dispositions spéciales, à la loi du 20 mars 2008 sur l'usage de la contrainte et de mesures policières dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération (loi sur l'usage de la contrainte, LUSC, RS 364) –, notamment en contrôlant son identité (art. 10 al. 1 let. a ch. 1 LD).

**6.1.2** L'art. 6 LRFC exige en plus de celui qui subit une atteinte à sa personnalité qu'il démontre la faute commise par le fonctionnaire pour avoir droit à une somme d'argent à titre de réparation morale pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement. L'indemnité pour tort moral suppose ainsi que l'atteinte à la personnalité revête une certaine gravité, objective et subjective. Savoir si l'atteinte est suffisamment importante pour justifier une somme d'argent dépend des circonstances du cas concret ; le juge dispose à cet égard d'un vaste pouvoir d'appréciation (cf. ATF 129 III 715 consid. 4.4 et 115 II 156 consid. 1 ; arrêts du TF 4A\_123/2020 du 30 juillet 2020 consid. 6 et 4A\_482/2017 du 17 juillet 2018 consid. 4.1). N'importe quelle atteinte légère ne suffit pas. La réparation du préjudice n'est ainsi admise que si celui-ci dépasse par son intensité les souffrances morales que l'individu doit pouvoir supporter dans la vie sociale (cf. ATF 128 IV 53 consid. 7a ; arrêt du TF 5A\_639/2014 du 8 septembre 2015 consid. 11.2.2), sans l'intervention de l'autorité (cf. arrêts du TAF A-5973/2015 du 1<sup>er</sup> septembre 2017 consid. 6.3 et A-7101/2014 du 16 février 2017 consid. 3.2). Le juge doit porter une appréciation d'ensemble intégrant les critères objectifs et subjectifs, en prenant en compte le ressenti de la personne lésée. Il pondérera toutefois celui-ci en fonction de la réaction qu'aurait eu une personne lambda placée dans les mêmes circonstances (cf. ATF 120 II 97 consid. 2b ; arrêt du TF 5A\_376/2013 du 29 octobre 2013 consid. 8.1). L'existence d'un tort moral ne découle ainsi pas du seul fait que l'atteinte à la personnalité est illicite (cf. ATF 120 II 97 consid. 2b).

**6.1.3** L'illicéité suppose que l'Etat, au travers de ses organes ou de ses agents, ait violé des prescriptions destinées à protéger un bien juridique. La jurisprudence a également considéré comme illicite la violation de principes généraux du droit, ou encore, selon les circonstances, un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation conféré par la loi. L'illicéité peut

d'emblée être réalisée si le fait dommageable consiste dans l'atteinte à un droit absolu (cf. arrêt du TF 2C\_227/2020 du 21 août 2020 consid. 7). C'est ce qu'on appelle l'illicéité par le résultat (*Erfolgsunrecht*). Si, en revanche, le fait dommageable constitue une atteinte à un autre intérêt, l'illicéité suppose qu'il existe un « rapport d'illicéité », soit que l'auteur ait violé une norme de comportement ayant pour but de protéger le bien juridique en cause ; c'est ce qu'on appelle l'illicéité par le comportement (*Verhaltensunrecht* ; cf. ATF 139 IV 137 consid. 4.2, 135 V 373 consid. 2.4 et 132 II 305 consid. 5.1 ; arrêt du TF 2C\_34/2017 du 24 août 2018 consid. 5.5). L'illicéité peut être levée en présence de motifs justificatifs, tels que la légitime défense, le consentement du lésé ou l'accomplissement d'un devoir légal (cf. ATF 139 IV 137 consid. 4.2 et 139 V 176 consid. 8.2).

**6.2** Les droits absolus comprennent les droits de la personnalité, parmi lesquels figurent en particulier le droit au respect de la dignité humaine (art. 7 Cst. et 3 CEDH). Le droit au respect de la dignité humaine est un droit personnel absolu et toute atteinte qui lui est portée est en soi illicite, à moins qu'elle résulte d'un motif justificatif au bénéfice de l'autorité (cf. ATF 118 Ib 473 consid. 2c). Selon les art. 28 al. 2 CC, l'illicéité est exclue quand l'acte considéré est exercé conformément à la loi (cf. ATF 134 III 193 consid. 4.6).

**6.2.1** Au niveau conventionnel, en application de l'art. 15 let. b du Statut du Conseil de l'Europe (RS 0.192.030), le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté, le 11 janvier 2006, la Recommandation Rec(2006)2 sur les Règles pénitentiaires européennes (ci-après : les RPE). Ces règles prennent notamment en compte le travail mené par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (ci-après : le CPT), ainsi que les normes qu'il a développées dans ses rapports généraux. Elles visent à garantir des conditions de détention qui ne portent pas atteinte à la dignité humaine. La règle 54 traite plus particulièrement des fouilles et des contrôles. Ainsi, le personnel doit suivre des procédures détaillées lorsqu'il fouille des détenus (règle 54.1 let. b). Les situations dans lesquelles ces fouilles s'imposent, ainsi que leur nature, doivent être définies par le droit interne (règle 54.2). Le personnel doit être formé à mener ces fouilles en vue de détecter et de prévenir les tentatives d'évasion ou de dissimulation d'objets entrés en fraude, tout en respectant la dignité des personnes fouillées et leurs effets personnels (règle 54.3). Les personnes fouillées ne doivent pas être humiliées par le processus de fouille (règle 54.4). Les personnes peuvent uniquement être fouillées par un membre du personnel du même sexe (règle 54.5). Aucun examen des cavités corporelles ne peut être effectué par le personnel

pénitentiaire (règle 54.6). Un examen intime dans le cadre d'une fouille ne peut être réalisé que par un médecin (règle 54.7).

Les RPE ont été précisées dans un Commentaire établi par le CPT (cf. Commentaire de la Recommandation Rec(2006)2 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les Règles pénitentiaires européennes, in : Règles pénitentiaires européennes, Strasbourg 2006, p. 41 ss). Celui-ci précise que la règle 54 énonce le principe selon lequel chaque prison doit disposer d'un ensemble de procédures bien comprises décrivant en détail les situations dans lesquelles des fouilles s'imposent, les méthodes à employer et leur fréquence. Le Commentaire précise également que les détenus ne devraient jamais avoir à se dévêtir complètement pour les besoins d'une fouille (cf. Commentaire, p. 81 s. ; ég. ATF 141 I 141 consid. 6.3.3).

Les RPE – et a fortiori leur commentaire – ont le caractère de simples directives à l'intention des Etats membres du Conseil de l'Europe. Cependant, en tant que reflet des traditions juridiques communes à ces Etats, le Tribunal fédéral en a toujours tenu compte dans la concrétisation de la liberté personnelle et des autres droits fondamentaux garantis constitutionnellement et conventionnellement. Elles relèvent de la « soft law », mais n'en demeurent pas moins relativement contraignantes pour les autorités (cf. ATF 140 I 125 consid. 3.2). Si elles s'appliquent principalement à la détention de personnes privées de liberté, il ne saurait en être fait abstraction dans le cadre de fouilles ordonnées dans le cadre d'un contrôle douanier.

**6.2.2** La Cour européenne des droits de l'homme a également été amenée à statuer sur les conditions relatives aux fouilles corporelles des détenus. Elle a notamment considéré comme parfaitement concevable qu'un individu qui se trouve soumis à un traitement de cette nature se sente de ce seul fait atteint dans son intimité et sa dignité, tout particulièrement lorsque cela implique qu'il se dévêtisse devant autrui, et plus encore lorsqu'il lui fait adopter des postures embarrassantes. Un tel traitement n'est pourtant pas illégitime en soi : des fouilles corporelles, même intégrales, peuvent se révéler nécessaires pour assurer la sécurité dans une prison, défendre l'ordre ou prévenir des infractions pénales. Il n'en reste pas moins que ces fouilles doivent, en sus d'être nécessaires pour parvenir à l'un de ces buts, être menées selon des modalités adéquates, de manière à ce que le degré de souffrance ou d'humiliation subi par les détenus ne dépasse pas celui que comporte inévitablement cette forme de traitement. A défaut, elles enfreignent l'art. 3 CEDH. Il va en outre de soi

que plus importante est l'intrusion dans l'intimité du détenu fouillé à corps, notamment lorsque ces modalités incluent l'obligation de se dévêtir devant autrui ou lorsque le détenu doit en sus prendre des postures embarrassantes, plus grande est la vigilance qui s'impose (cf. arrêt de la CourEDH Frérot contre France du 12 juin 2007 par. 38). Prise isolément, une fouille au corps qui se déroule selon des modalités adéquates et qui est concrètement nécessaire pour assurer la sécurité dans une prison, défendre l'ordre ou prévenir des infractions pénales, n'est pas incompatible avec l'art. 3 CEDH ; sauf spécificités tenant à la situation de la personne qui en fait l'objet, l'on ne saurait dire que, par principe, une telle fouille implique un degré de souffrance ou d'humiliation dépassant l'inacceptable. Cela vaut même lorsqu'il est fait obligation au détenu de se pencher et de tousser en vue d'une inspection anale visuelle dans les cas précis de recherches d'objet ou de substance prohibés, étant entendu qu'une telle mesure n'est admissible que si elle est absolument nécessaire au regard des circonstances particulières dans lesquelles elle s'inscrit et s'il existe des soupçons concrets et sérieux que l'intéressé dissimule de tels objets ou substances dans cette partie du corps (cf. arrêt de la CourEDH Frérot contre France précité par. 41). A l'inverse, même isolée, une fouille corporelle peut s'analyser comme un traitement dégradant eu égard à la manière dont elle est pratiquée, aux objectifs d'humiliation et d'avilissement qu'elle peut poursuivre et à son caractère injustifié (cf. arrêt de la CourEDH Valasinas contre Lituanie du 24 juillet 2001 par. 117).

**6.2.3** En droit interne, l'art. 102 al. 1 LD précise que l'AFC peut faire pratiquer une fouille corporelle ou un examen corporel sur une personne si elle est soupçonnée d'être dangereuse ou de transporter avec elle des objets devant être mis en sûreté (let. a) ou si les conditions d'une arrestation provisoire sont remplies (let. b). Celle-ci doit, sauf exception, être pratiquée par une personne du même sexe (al. 2). D'après l'art. 225 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> novembre 2006 sur les douanes (OD, RS 631.01), la fouille corporelle consiste en la recherche de choses, de moyens de preuve ou d'indices sur toute la surface du corps et dans les ouvertures corporelles situées en dehors de la zone intime (zone vaginale et anale ; al. 1). Elle doit avoir lieu, en principe, à huis clos (al. 3) et avec le plus de ménagement possible (al. 4). Les art. 102 al. 1 LD et 225 OD concrétisent ainsi, au niveau législatif, le droit au respect de la dignité humaine garanti constitutionnellement et conventionnellement.

Au surplus, l'AFD a établi, à l'attention de ses agents, un ordre de service DBC 6 du 1<sup>er</sup> février 2014 régissant l'usage de la contrainte directe, des armes et d'autres moyens d'autodéfense et de contrainte (cf. pièce 8/131

du dossier d'enquête ordinaire de la Justice militaire ; ci-après : l'ordre DBC 6). Ce dernier décrit notamment que, par palpation au sens de l'art. 101 al. 2 LD, on entend la fouille des vêtements de dessus, en particulier des poches des vêtements. Le but est de découvrir des objets cachés, notamment des armes, des documents, des marchandises de contrebande ou d'autres moyens de preuve. Dès qu'il est nécessaire d'enlever un vêtement de dessus ou d'utiliser un détecteur de métaux, il ne s'agit plus d'une simple palpation, mais d'une fouille au sens de l'art. 102 LD. Le corps des gardes-frontière est habilité à palper une personne lorsqu'elle est soupçonnée d'être dangereuse ou de transporter avec elle des armes ou d'autres objets devant être mis en sûreté ou si les conditions d'une arrestation provisoire sont remplies. La palpation doit autant que possible avoir lieu à l'abri des regards de tiers et en principe être effectuée par une personne de même sexe que la personne fouillée. Des exceptions ne sont autorisées que pour les palpations qui ne peuvent souffrir d'aucun retard, par exemple pour des motifs de sécurité. Il faut en plus qu'aucune personne du même sexe que la personne fouillée ne soit disponible sur le moment pour exécuter la mesure (ch. 5.3 de l'ordre DBC 6).

Au surplus, est réputée fouille corporelle tout processus de recherche sur la surface du corps humain vivant et dans les vêtements qui l'habillent. Dans certaines conditions, les membres du corps des gardes-frontière peuvent également chercher des objets étrangers au corps, des informations ou des traces dans les ouvertures corporelles visibles situées en dehors de la zone intime. Sont réputées ouvertures corporelles visibles les oreilles, la bouche et les aisselles. Est réputée zone intime la zone vaginale et anale. Les membres du corps des gardes-frontière peuvent faire pratiquer une fouille corporelle sur une personne si elle est soupçonnée d'être dangereuse ou de transporter avec elle des objets devant être mis en sûreté, ou si les conditions d'une arrestation provisoire sont remplies. Une fouille corporelle peut être pratiquée aux mêmes conditions et dans les mêmes modalités qu'une palpation (ch. 5.4 de l'ordre DBC 6).

**6.3** Il y a dès lors lieu d'examiner si, en l'espèce, les gardes-frontière ont agi de manière licite lors de la fouille corporelle de la requérante. Tel est le cas si la fouille était nécessaire au sens de l'art. 102 al. 1 LD et si elle a été réalisée selon les modalités prescrites à l'art. 225 OD et au chiffre 5.4 de l'ordre DBC 6, soit avec le plus de ménagement possible, de manière à ce que, conformément à l'art. 3 CEDH, le degré de souffrance ou d'humiliation

subi par la recourante ne dépasse pas celui que comporte inévitablement cette forme de traitement.

## 7.

Ceci étant dit, la recourante s'en prend d'abord à la constatation des faits lors du déroulement de la fouille corporelle.

**7.1** Elle allègue qu'elle aurait présenté des signes clairs d'énervement, qu'elle se serait assise sur les escaliers devant l'entrée du poste de frontière et qu'elle se serait mise à pleurer. Elle prétend également avoir fait part aux agents de sa qualité de victime dans le cadre d'une procédure pénale pour tentative de viol, que l'une des garde-frontière aurait passé sa main dans son entrejambe avant de débiter la fouille et qu'elle se serait ensuite trouvée entièrement nue lors de la fouille.

L'autorité inférieure a, quant à elle, retenu que les gardes-frontière présentes lors du contrôle et de la fouille corporelle avaient certifié que la fouille s'était déroulée en deux temps, de manière à ce que la recourante ne se retrouve pas entièrement nue, qu'elles n'étaient pas au courant de la qualité de victime d'actes d'ordre sexuel de la recourante et que cette dernière leur a uniquement dit qu'il y avait une procédure sans en révéler la nature. Ce ne serait qu'à la fin du contrôle qu'une carte d'invitation à un groupe aurait été découverte.

**7.2** En l'occurrence, il y a lieu de préciser que les faits se sont déroulés à huis clos, de sorte que les moyens de preuve à disposition du Tribunal se résument essentiellement aux déclarations de la recourante et à celles des deux agentes présentes lors de la fouille. Certes, la plupart des étapes du déroulement du contrôle douanier et de la fouille a fait l'objet d'un consensus. En particulier, la recourante ne conteste pas que la fouille a eu lieu à huis clos et a été effectuée par des agentes de sexe féminin. Toutefois, certains aspects ne sont pas décrits de la même manière par la recourante et par les agentes présentes lors de la fouille. C'est d'ailleurs pour cette raison que le Tribunal militaire a annulé l'ordonnance de non-lieu rendue par l'auditeur en date du 10 février 2021 (cf. supra consid. G).

**7.3** Ceci étant, la présente procédure relève du droit administratif et ne repose pas sur les mêmes principes que la procédure pénale militaire. Comme considéré (cf. supra consid. 2.2), la procédure administrative fait prévaloir la maxime inquisitoire, selon laquelle l'autorité dirige la procédure, définit les faits qu'elle considère comme pertinents, dans la mesure où l'exige la correcte application du droit et les établit d'office (art. 12 PA), sans

être limitée par les allégués et les offres de preuves des parties. Le principe inquisitoire oblige l'autorité à déterminer également les faits favorables aux intérêts de l'administré, dans la mesure de ses possibilités. Si ce dernier n'apporte pas la preuve requise et que l'autorité a la possibilité d'éclaircir la situation, elle doit le faire (cf. ATF 130 I 258 consid. 5 ; arrêts du TAF A-4345/2019 du 8 avril 2021 consid. 2.2.1, A-2176/2020 du 20 janvier 2021 consid. 2.2.1 et A-5884/2012 du 27 mai 2013 consid. 3.2.3 et 4.3 ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., n° 1.52 ; RAPHAËL BAGNOUD, La théorie du carrefour - Le juge administratif à la croisée des chemins, in : Mélanges Mollard, 2020, p. 493 ; GRISEL, op. cit., n° 159 ss). L'autorité ne saurait donc attendre que l'administré lui fournisse spontanément les renseignements et preuves adéquats. C'est au contraire à elle qu'incombe la charge de définir les faits considérés comme pertinents et d'ordonner l'administration des preuves nécessaires à l'établissement de ceux-ci. En conséquence, il lui appartient également de juger s'il y a lieu de requérir la collaboration de l'administré (art. 13 PA), quand et sous quelle forme. Lorsque tel est le cas, l'autorité impartit, en principe, un délai à l'intéressé pour qu'il s'exécute et l'avertit des conséquences d'un défaut de collaboration, conformément à l'art. 23 PA (cf. ATF 130 I 258 consid. 5 ; arrêt du TF 5A\_43/2019 du 16 août 2019 consid. 4.2 ; arrêts du TAF A-4345/2019 précité consid. 2.2.1, A-2176/2020 précité consid. 2.2.1 et A-2902/2014 du 29 août 2016 consid. 2.3). L'autorité ne saurait, ainsi, faire supporter à l'administré l'absence de la preuve d'un fait déterminé si elle n'a pas pleinement satisfait à son devoir d'instruction (cf. arrêt du TF 2C\_964/2016 du 5 avril 2017 consid. 2.2 et 2.4 ; arrêts du TAF A-4345/2019 précité consid. 2.2.1, A-2902/2014 précité consid. 7.3 et A-5884/2012 précité consid. 4.3 ; BAGNOUD, op. cit., p. 493).

Toutefois, après une libre appréciation des preuves en sa possession (cf. art. 40 de la loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale [PCF, RS 273], applicable par analogie par le renvoi de l'art. 19 PA), l'autorité se trouve à un carrefour. Si elle estime que l'état de fait est clair et que sa conviction est acquise, elle peut rendre sa décision. Dans cette hypothèse, elle renoncera à des mesures d'instruction et à des offres de preuve supplémentaires, en procédant si besoin à une appréciation anticipée de celles-ci. Un rejet d'autres moyens de preuve est également admissible s'il lui apparaît que leur administration serait de toute façon impropre à entamer la conviction qu'elle s'est forgée sur la base de pièces écrites ayant une haute valeur probatoire. Une telle manière de procéder n'est pas jugée contraire au droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. (cf. ATF 144 II 427 consid. 3.1.3 ; arrêt du TF 2C\_426/2020 du 23 juillet 2020 consid. 4.1 ; arrêts du TAF A-4345/2019

précité consid. 2.3.1, A-3841/2018 précité consid. 2.3 et du 1<sup>er</sup> juillet 2020 consid. 2.3 ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, n° 3.140 ss). En revanche, si elle reste dans l'incertitude après avoir procédé aux investigations requises, l'autorité applique les règles sur la répartition du fardeau de la preuve. Dans ce cadre et à défaut de dispositions spéciales, elle s'inspire de l'art. 8 CC, en vertu duquel quiconque doit prouver les faits qu'il allègue pour en déduire un droit (cf. arrêt du TAF A-481/2021 du 9 août 2021 consid. 5.1.2 ; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2<sup>e</sup> éd. 2018, n° 1563). Cette règle ne s'applique toutefois que s'il se révèle impossible, dans le cadre de la maxime inquisitoire et en application du principe de la libre appréciation des preuves, d'établir un état de fait qui correspond, avec un degré de vraisemblance suffisant, à la réalité (cf. ATF 139 V 176 consid. 5.2 ; arrêts du TAF A-3841/2018 précité consid. 2.3 et A-2648/2019 du 27 mai 2020 consid. 1.4 ; BAGNOUD, op. cit., p. 506).

**7.4** En l'occurrence, la recourante a plaidé, en début de procédure, qu'il n'était pas nécessaire d'attendre l'issue de la procédure pénale militaire et que le dossier était en l'état d'être jugé. Toutefois, par décision incidente du 19 mars 2019, le Tribunal a ordonné la suspension de la procédure jusqu'à droit connu dans la procédure pénale militaire ouverte par l'auditeur en chef. Il a estimé, en application du principe inquisitoire, qu'une suspension se justifiait dans la mesure où les éléments de fait constatés dans le cadre de la procédure pénale militaire pouvaient être de nature à amener des éléments d'appréciation pertinents. La recourante a formulé recours, sans succès, auprès du Tribunal fédéral contre cette décision (cf. supra consid. F.d). Par la suite, une copie du dossier pénal militaire de l'enquête en complément de preuves, de l'enquête ordinaire, du non-lieu et de la procédure de recours devant le Tribunal militaire a été versée, en l'état au 3 juin 2021, au dossier de la cause et le Tribunal a ainsi ordonné la reprise de la procédure. Il ressort du dossier pénal militaire les éléments de fait suivants.

**7.4.1** L'agente B. \_\_\_\_\_ a déclaré, devant la Justice militaire, qu'elle n'était pas présente en début de contrôle, mais qu'elle était là pour faire la fouille corporelle. Elle a indiqué n'avoir rien remarqué de spécial, hormis le fait que la recourante a pleuré dans le local destiné à la fouille et qu'elle semblait un peu énervée. Elle a précisé que la recourante s'est ensuite calmée, que la fouille ne l'a pas plus dérangée que ça et qu'elle a obtempéré aux instructions des agentes. La recourante n'aurait pas expliqué pourquoi elle était dans cet état. Elle aurait précisé être en procédure, sans donner plus de détails. L'agente n'a pas relevé que la

recourante était particulièrement stressée, ni en état de choc, à part le fait qu'elle avait pleuré. L'agente a indiqué ne pas lui avoir demandé pourquoi elle pleurait et quelle était cette procédure. Elle a estimé que cela relevait du domaine privé. Elle a indiqué que, selon les techniques instruites, une fouille est précédée par une palpation de sécurité, que la personne enlève ensuite le haut, puis le bas, et que les agents ne touchent jamais la personne. Elle a précisé que les agents informent la personne concernée de la palpation de haut en bas et passent la main au niveau de l'entrejambe pour voir s'il y a une arme cachée à cet endroit. Ensuite, pendant qu'un agent contrôle les habits, l'autre agent surveille la personne et maintient un contact visuel avec cette dernière. Elle a enfin précisé qu'une fouille corporelle n'est jamais agréable, même si elle se déroule selon les règles.

S'agissant de la recourante, l'agente a confirmé l'avoir palpée de haut en bas, mais sans passer sa main sur son sexe. Elle a, en effet, estimé qu'il n'était pas nécessaire de procéder à une palpation plus approfondie étant donné que la recourante ne présentait pas de risques particuliers. Elle a indiqué que, quand elle a palpé les jambes, la recourante avait les jambes écartées, et qu'elle n'avait pas touché les parties intimes, mais uniquement les régions à proximité au niveau des cuisses. Durant le contrôle du bas du corps, l'agente a demandé à la recourante de se tourner, de se pencher en avant et d'écartier les fesses. Elle a précisé qu'il s'agit d'une procédure standard apprise durant la formation. Elle a confirmé que, à ce moment, la recourante pleurait, mais que son geste n'avait duré qu'une fraction de seconde. Elle a rappelé qu'il est impératif de vérifier aussi à ces endroits si un objet dangereux est caché.

L'agente a indiqué que, après le contrôle, elle avait trouvé une carte dans le porte-monnaie de la recourante où il était mentionné qu'elle était victime d'abus sexuel. Elle a précisé que, si elle avait vu cela avant, elle aurait renoncé au contrôle, respectivement remis la recourante à la police. Elle a déclaré qu'elle ne savait pas si le porte-monnaie de la recourante avait été contrôlé avant la fouille par un autre agent.

**7.4.2** De son côté, l'agente C.\_\_\_\_\_, qui a également participé à la fouille corporelle, a confirmé que l'agente B.\_\_\_\_\_ avait fait la palpation de sécurité et que la fouille s'était déroulée comme elles l'avaient appris durant leur formation. Elles ont invité la recourante à retirer ses vêtements du haut, les ont contrôlés et les lui ont rendus. Elles ont ensuite procédé à l'examen du bas du corps, au cours duquel la recourante a été invitée à se pencher en avant pour permettre aux agentes de s'assurer qu'elle ne cachait rien entre ses fesses.

L'agente a indiqué que la fouille corporelle s'était déroulée de manière standard, mais qu'elle ignorait comment s'étaient passés le début du contrôle douanier et la fouille du véhicule. Elle a relevé que la recourante n'avait pas l'air bien et a indiqué qu'elle avait pleuré. Celle-ci aurait toutefois uniquement mentionné que la situation était difficile pour elle. En revanche, l'agente n'a pas eu l'impression que la recourante était particulièrement stressée ou en état de choc. L'agente a encore précisé que cela arrivait que des gens pleurent et tremblent durant les fouilles et que ce n'était jamais facile à vivre pour les personnes contrôlées. Elle a confirmé que la recourante n'avait jamais été entièrement nue et que ses vêtements du haut lui avaient été restitués avant le contrôle du bas du corps. Elle a conclu en indiquant que, malgré le recul sur cette affaire, il s'agissait d'un contrôle tout à fait normal du début à la fin.

**7.5** Comme considéré (cf. supra consid. 7.3), l'art. 8 CC régit le fardeau de la preuve lorsque, après avoir procédé aux investigations requises, l'autorité reste dans l'incertitude sur la version des faits qu'elle doit retenir. En l'occurrence, les allégués de la recourante selon lesquels elle se serait retrouvée entièrement nue, qu'elle aurait expressément fait savoir aux agentes qu'elle avait été victime d'abus sexuels, qu'elle se serait trouvée dans un état de choc objectivement reconnaissable et qu'elle aurait manifesté un stress émotionnel important, des crises, des suffocations et des tremblements ne sont corroborés par aucun élément au dossier. De telles allégations se heurtent, au contraire, aux déclarations claires et fermes des deux agentes ayant procédé à la fouille corporelle. Ces dernières ont été d'ailleurs entendues de manière séparée et leurs versions concordent en tout point. En tant que la fouille s'est déroulée à huis clos et qu'il n'existe aucun élément supplémentaire qui permettrait objectivement de soutenir la description des faits présentée par la recourante, force est bien d'admettre que, dès lors qu'elle en déduit un droit, elle supporte les conséquences de l'absence de preuve.

Par conséquent, il y a lieu de retenir que la fouille corporelle s'est déroulée de la manière décrite par les agentes B. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_ (cf. supra consid. 7.4.1 et 7.4.2) dans le cadre de leur audition devant la justice militaire, la recourante ayant failli à remettre en cause la crédibilité de leurs dires.

Par surabondance, il y a lieu de rappeler que la recourante a, dès le dépôt de son recours, estimé que la cause était en état d'être tranchée et que le résultat de la procédure pénale militaire n'avait pas d'influence sur le sort de la présente procédure. Ainsi, elle serait bien peu avisée, sans tomber

dans l'abus de droit, de prétendre qu'il faille maintenant attendre le complément d'enquête de l'auditeur. Le Tribunal a, au surplus, eu accès au dossier pénal militaire en l'état au 3 juin 2021. Il en a retiré l'ensemble des éléments de fait pertinents pour l'issue du litige et n'est pas lié par l'appréciation de ces faits par la justice militaire.

## **8.**

Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu d'examiner si, en l'espèce, les gardes-frontière ont, en procédant à une fouille corporelle de la recourante, commis un acte illicite.

**8.1** Comme considéré (cf. supra consid. 6.3), l'autorité peut faire pratiquer une fouille corporelle sur une personne notamment si elle est soupçonnée d'être dangereuse ou de transporter avec elle des objets devant être mis en sûreté. A cet égard, il convient de retenir que le fait de voyager avec des produits stupéfiants, ne serait-ce que la moitié d'un joint, suffit à fonder le soupçon d'un danger ou du transport d'autres objets devant être mis en sûreté au sens de l'art. 102 al. 1 let. a LD. Selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le fait que la recourante ait déclaré consommer des stupéfiants et qu'elle en transportait dans son véhicule s'inscrit en effet dans la perspective de commettre des actes contraires à l'ordre public, notamment des infractions pénales et donc de mettre en danger celui-ci. Le fait que la recourante déclare fumer uniquement de manière occasionnelle pour tenir et dormir ne justifie pas son comportement.

Il suit de là que les conditions pour procéder à une fouille corporelle sur la recourante étaient dès lors remplies. A cet effet, le Tribunal tient à préciser qu'il ne minimise en rien la gravité des actes d'ordre sexuel subis par la recourante. Son agresseur a d'ailleurs été condamné en ce sens. Il s'agit d'une situation en aucun cas facile à vivre et le Tribunal en est plus que conscient. Cela étant, il y a lieu de souligner que le fait que la recourante ait été victime d'abus sexuels ne signifie pas qu'une fouille ne peut plus jamais être effectuée sur sa personne. Comme tout citoyen, la recourante doit se conformer à l'ordre juridique suisse. En étant en possession de stupéfiants, elle l'a enfreint. Comme considéré, cette infraction justifiait à elle seule qu'il soit procédé à une fouille corporelle à son endroit. Il en va du maintien de la sécurité nationale dont la mission incombe notamment au corps des gardes-frontière.

Au surplus, la recourante ne conteste pas que la fouille a été pratiquée par une personne de même sexe conformément à l'art. 102 al. 2 1<sup>re</sup> phrase LD

et qu'elle a été effectuée à huis clos dans le respect de l'art. 225 al. 3 1<sup>re</sup> phrase OD. Reste ainsi uniquement à déterminer si la fouille a été pratiquée avec tout le ménagement possible conformément à l'art. 225 al. 4 OD, de manière à ce que le degré de souffrance ou d'humiliation subi par la recourante ne dépasse pas celui que comporte inévitablement cette forme de traitement dans le respect de l'art. 3 CEDH.

**8.2** Dans un premier temps, il y a lieu de relever que la pratique des fouilles corporelles est enseignée dans le cadre de la formation des membres du corps des gardes-frontière. La recourante ne le conteste pas et les personnes interrogées dans le cadre de la procédure pénale militaire ont confirmé que les agentes ayant procédé à la fouille corporelle de la recourante avaient été formées à cette pratique.

En effet, dans le cadre de la procédure devant la Justice militaire, plusieurs personnes ont été également entendues en qualité de témoin. L'agente D.\_\_\_\_\_ (cf. pièce 7/36 du dossier d'enquête ordinaire de la Justice militaire) a notamment décrit, sous serment, les étapes qui doivent être suivies dans le déroulement d'une fouille corporelle. Celles-ci concordent avec les faits relatés par les agentes ayant procédé à la fouille corporelle de la recourante et rien au dossier n'indique qu'elles n'auraient pas respecté la procédure prévue à cet effet. La recourante ne s'est notamment jamais retrouvée entièrement nue. Il y a lieu de rappeler, à cet égard, qu'en vertu des règles sur le fardeau de la preuve, la version décrite par la recourante ne résiste pas aux déclarations concordantes des agentes ayant procédé à la fouille (cf. supra consid. 7.5). Il ne ressort pas du dossier que ces dernières aient eu l'intention d'humilier ou d'avilir la recourante et elles ont toutes deux déclaré ne prendre aucun plaisir à effectuer une fouille corporelle. Elles n'ont procédé à aucun examen corporel interne des cavités situées dans la zone intime.

On peut toutefois s'interroger, dans la mesure où l'examen des cavités corporelles situées dans la zone intime ne peut être effectué par le corps des gardes-frontière (art. 225 OD), si les agentes pouvaient demander à la recourante de se pencher en avant et d'écarter les fesses afin d'inspecter visuellement la zone anale. A cet effet, les travaux préparatoires ne sont d'aucune utilité. Le message du 15 décembre 2003 relatif à une nouvelle loi sur les douanes se contente de préciser les cas dans lesquels une fouille corporelle peut être réalisée (FF 2004 517, p. 568). D'un point de vue systématique et téléologique, le fait d'adopter une position embarrassante, notamment lorsque la personne doit se pencher en avant et écarter les fesses en vue d'une inspection anale visuelle, ne constitue

pas encore à lui seul un traitement dégradant au sens de l'art. 3 CEDH (cf. arrêt de la CourEDH Frérot contre France précité par. 41). De plus, il ressort des déclarations concordantes des agentes ayant procédé à la fouille corporelle de la recourante et des divers témoignages entendus dans le cadre de la procédure pénale militaire que cette façon de procéder est conforme à la procédure enseignée et que les membres du corps des gardes-frontière bénéficient d'un certain pouvoir d'appréciation lors de la réalisation des fouilles corporelles. La manière employée par les agentes lors de la fouille de la recourante ne s'écarte ainsi pas des directives et instructions du Commandement du corps des gardes-frontière. Le seul fait que la recourante se soit sentie humiliée et dégradée et qu'elle ait pleuré à cet instant de la procédure ne suffit pas, à lui seul, à conclure que le traitement auquel elle a été soumis atteint à sa dignité.

Il suit de là que, compte tenu du déroulement des faits retenu (cf. supra consid. 7.5), le ressenti de la recourante ne dépasse pas celui que comporte inévitablement la réalisation d'une fouille corporelle. Cela étant, le Tribunal relève que, si la recourante a paru énervée et a pleuré dans le cadre de la fouille, elle a pleinement coopéré et rien au dossier n'indique qu'elle y aurait, d'une façon ou d'une autre, été contrainte. Les agentes ayant procédé à la fouille ont certes été surprises de la réaction de la recourante. Toutefois, comme elles l'ont également déclaré, la recourante n'est pas la première personne à pleurer lors d'une fouille corporelle et force est d'admettre que la réaction de la recourante s'inscrit dans le cadre de ce que comporte inévitablement la réalisation de ce genre de traitement. Au surplus, la recourante a renoncé à indiquer la nature de la procédure contre son agresseur et force est bien d'admettre que c'est à bon droit que les agentes ont renoncé à insister sur ce point. En effet, d'un point de vue objectif et selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, la nature de cette procédure était sans pertinence et relevait de la sphère privée de la recourante. Les agentes ont certes déclaré que, si elles avaient connu la situation de la recourante, elles n'auraient probablement pas effectué la fouille de la façon dont elle s'est déroulée. Toutefois, il y a lieu de rappeler que, compte tenu des infractions commises par la recourante (cf. supra consid. 8.1), une fouille était nécessaire et que, si les agentes n'avaient pas pu la réaliser parce que l'état de la recourante ne le permettait pas ou que celle-ci avait refusé de collaborer, elles auraient sans doute dû solliciter l'appui des forces de police. Leurs déclarations dans le cadre de la procédure pénale militaire abondent d'ailleurs en ce sens. Il suit de là qu'une fouille corporelle à l'endroit de la recourante aurait, selon toute vraisemblance, été nécessairement réalisée, soit par les agentes du corps des gardes-frontière, soit par des agentes du corps de police.

Partant, la question de savoir si les agentes ayant procédé à la fouille auraient dû connaître la situation de la recourante, notamment en s'assurant préalablement que son porte-monnaie avait bien été contrôlé, peut demeurer ouverte.

**8.3** Ainsi, aucun élément concret ne laisse à penser que la fouille corporelle aurait eu lieu sans tout le ménagement possible, en violation de l'art. 225 al. 4 OD et du chiffre 5.4 de l'ordre DBC 6 et que le degré de souffrance ou d'humiliation subi par la recourante aurait dépassé celui que comporte inévitablement cette forme de traitement, en violation de l'art. 3 CEDH. Partant, les prétentions de la recourante sont mal fondées, faute d'acte illicite à reprocher aux agentes de l'Etat.

## **9.**

Le constat fait de la licéité de l'activité des agentes de l'Etat conduit, par économie de procédure, à ne pas examiner si les autres conditions prévues par la loi pour l'obtention d'une indemnité sont réalisées *in casu*, étant donné que celles-ci doivent l'être cumulativement (cf. supra consid. 6.1). Partant, le recours doit être intégralement rejeté.

## **10.**

Vu l'issue de la cause, les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, doivent être fixés à 1'000 francs et mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Ils sont compensés par l'avance de frais de 1'071.50 francs versée par la recourante le 9 juillet 2021. Le solde de 71.50 francs lui sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt. Enfin, la recourante n'a pas droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 1 FITAF *a contrario*).

## **11.**

La présente décision rendue dans le domaine de la responsabilité de l'Etat peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral, pourvu qu'il s'agisse d'une contestation pécuniaire dont la valeur litigieuse s'élève à 30'000 francs au minimum ou qui soulève une question juridique de principe (art. 85 al. 1 let. a et al. 2 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). Le délai de recours est de trente jours (art. 100 al. 1 LTF). Le Tribunal fédéral est seul habilité à décider du respect de ces conditions.

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

**2.**

Les frais de procédure, d'un montant de 1'000 francs, sont mis à la charge de la recourante. Ils sont compensés par l'avance de frais de 1'071.50 francs déjà prestée. Le solde de 71.50 francs lui sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt.

**3.**

Il n'est pas alloué de dépens.

**4.**

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. [...] ; acte judiciaire)
- au Département fédéral des finances DFF (acte judiciaire)
- à l'Office de l'auditeur en chef, Maulbeerstrasse 9, 3003 Berne (courrier A)

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

La présidente du collège

Le greffier :

Claudia Pasqualetto Péquignot

Julien Delaye

**Indication des voies de droit :**

Les décisions du Tribunal administratif fédéral en matière de responsabilité de l'Etat peuvent être contestées auprès du Tribunal fédéral, pourvu qu'il s'agisse d'une contestation pécuniaire dont la valeur litigieuse s'élève à 30'000 francs au minimum ou qui soulève une question juridique de principe (art. 85 al. 1 let. a et al. 2 LTF). Si le recours en matière de droit public est ouvert, il doit être déposé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, dans un délai de 30 jours dès la notification de la décision contestée (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Ce délai ne court notamment pas du 18 décembre au 2 janvier inclus (art. 46 al. 1 LTF). Il est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle et doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition :