
2017 I/5

Extrait de l'arrêt de la Cour I
dans la cause A., B. & C. contre Département fédéral des finances
A-7042/2015 du 12 décembre 2017

Responsabilité de la Confédération. Signalement dans le SIS II. Décision d'interdiction d'entrée. Notification de la décision. Indemnité pour détention illicite. Indemnité pour des mineurs détenus avec leurs parents.

Art. 19a LRCF. Art. 5 par. 1 let. f, art. 5 par. 5 CEDH. Art. 431 CPP. Art. 5, art. 38 PA. Art. 4 CC. Art. 43 CO.

1. Examen de l'application de l'art. 5 CEDH (consid. 3).
2. Notification de la décision. La notification irrégulière d'une décision ne doit entraîner aucun préjudice pour les parties. Protection des parties réalisée lorsque la notification atteint son but malgré son irrégularité. Distinction avec l'absence totale de notification. Une décision n'existe légalement qu'une fois qu'elle a été officiellement communiquée aux parties (consid. 4).
3. Conditions d'application de l'art. 19a LRCF. Un agent de la Confédération agit sans droit lorsqu'il signale une interdiction d'entrée dans le SIS II sur la base d'une décision qui n'a pas été régulièrement notifiée. Condition de l'acte illicite réalisée et existence d'un lien de causalité adéquate admise lorsque la personne concernée est mise en détention sur la seule base de ce signalement illégal (consid. 5.3–5.5).
4. Existence d'un tort moral objectivé (consid. 5.6).
5. Fixation de l'indemnité pour détention illicite (consid. 5.8–5.9).

Haftung des Bundes. Ausschreibung im SIS II. Einreiseverbot. Eröffnung der Verfügung. Entschädigung für unrechtmässige Haft. Entschädigung für Minderjährige, die mit ihren Eltern inhaftiert werden.

Art. 19a VG. Art. 5 Abs. 1 Bst. f, Art. 5 Abs. 5 EMRK. Art. 431 StPO. Art. 5, Art. 38 VwVG. Art. 4 ZGB. Art. 43 OR.

1. Prüfung der Anwendbarkeit von Art. 5 EMRK (E. 3).
2. Eröffnung der Verfügung. Aus mangelhafter Eröffnung einer Verfügung darf den Parteien kein Nachteil erwachsen. Dem Schutz

der Parteien wird Genüge getan, wenn die Eröffnung trotz ihres Mangels ihren Zweck erreicht. Abgrenzung zur gänzlich fehlenden Eröffnung. Eine Verfügung wird erst mit der offiziellen Mitteilung an die Parteien rechtswirksam (E. 4).

3. Anwendungsvoraussetzungen von Art. 19a VG. Ein Angestellter des Bundes handelt widerrechtlich, wenn er gestützt auf eine nicht ordnungsgemäss eröffnete Verfügung ein Einreiseverbot im SIS II ausschreibt. Die Bedingung der Widerrechtlichkeit ist erfüllt und der adäquate Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn die betroffene Person einzig auf der Grundlage dieser widerrechtlichen Ausschreibung inhaftiert wird (E. 5.3–5.5).
4. Vorhandensein einer objektivierten seelischen Unbill vorliegend bejaht (E. 5.6).
5. Festsetzung der Entschädigung für unrechtmässige Haft (E. 5.8–5.9).

Responsabilità della Confederazione. Segnalazione nel SIS II. Decisione di divieto d'entrata. Notificazione della decisione. Indennità per detenzione ingiustificata. Indennità per dei minorenni detenuti insieme ai genitori.

Art. 19a LResp. Art. 5 par. 1 lett. f, art. 5 par. 5 CEDU. Art. 431 CPP. Art. 5, art. 38 PA. Art. 4 CC. Art. 43 CO.

1. Esame dell'applicazione dell'art. 5 CEDH (consid. 3).
2. Notificazione della decisione. La notificazione irregolare di una decisione non deve causare alcun pregiudizio alle parti. La tutela delle parti è garantita se la notificazione, benché irregolare, raggiunge comunque il proprio scopo. Distinzione rispetto all'assenza totale di notificazione. Una decisione esiste legalmente soltanto se è stata comunicata ufficialmente alle parti (consid. 4).
3. Condizioni di applicazione dell'art. 19a LResp. Un funzionario della Confederazione agisce illecitamente se segnala un divieto d'entrata nel SIS II basandosi su una decisione che non è stata notificata regolarmente. La condizione dell'atto illecito è realizzata e l'esistenza del nesso causale adeguato è ammessa se la persona in causa viene incarcerata esclusivamente sulla base di questa segnalazione illegale (consid. 5.3–5.5).

4. **Esistenza di un torto morale oggettivato (consid. 5.6).**
5. **Calcolo dell'indennità per detenzione ingiustificata (consid. 5.8–5.9).**

Par décision du 14 mars 2012, l'Office fédéral des migrations (ODM, aujourd'hui Secrétariat d'Etat aux migrations [SEM]) a prononcé une interdiction d'entrée en Suisse d'une durée de trois ans à l'encontre de A., ressortissante brésilienne. Cette décision précisait qu'elle entraînait une publication de refus d'entrée dans le Système d'information Schengen (SIS II), ayant pour effet d'étendre l'interdiction d'entrée à l'ensemble du territoire des Etats Schengen. Elle n'a toutefois pas pu être notifiée à l'intéressée.

Le 13 mai 2014, A. et ses deux enfants B. et C. ont voyagé depuis Sao Paulo pour gagner la Suisse, en effectuant une escale à Paris. A leur arrivée à l'aéroport, les autorités françaises leur ont interdit l'entrée dans l'espace Schengen, au vu de leur signalement dans le SIS II. Ils ont été arrêtés et placés en détention dans la zone d'attente de l'aéroport. A. et ses enfants ont été libérés le 18 mai 2014, par ordonnances judiciaires du 17 mai 2014.

Le 4 juin 2014, la décision du 14 mars 2012 a finalement pu être notifiée à A. Par arrêt du 26 février 2015, le Tribunal administratif fédéral a admis le recours interjeté le 2 juillet 2014 contre cette décision et a annulé celle-ci.

En date du 11 mai 2015, A. et ses deux enfants ont déposé une demande d'indemnité pour tort moral auprès du Département fédéral des finances (DFF) pour la détention illégale dont ils avaient fait l'objet entre le 13 et le 18 mai 2014. Par décision du 30 septembre 2015, le DFF a rejeté cette demande.

Par mémoire du 2 novembre 2015, les intéressés ont interjeté recours contre la décision du DFF du 30 septembre 2015. Ils ont conclu à titre principal à l'annulation de ladite décision et à l'octroi d'une indemnité de 6 000 francs à titre de réparation morale, sous suite de frais et dépens.

Le Tribunal administratif fédéral admet partiellement le recours.

Extrait des considérants:

2.4 (...) dans un premier temps, le Tribunal administratif fédéral commencera par traiter la question de l'application de l'art. 5 CEDH au cas d'espèce (consid. 3). Par la suite, il s'agira de déterminer si la décision de l'ODM du 14 mars 2012 a été notifiée valablement au moment de la détention des recourants. En outre, le Tribunal administratif fédéral rappellera les règles générales applicables en matière de responsabilité de la Confédération (consid. 5) et examinera la règle spéciale du traitement des données dans le SIS II (consid. 5.3), et, enfin, déterminera si la prétention des recourants est fondée (consid. 5.4 ss).

3. Les recourants invoquent une violation de l'art. 5 CEDH à la charge de la Confédération.

3.1 Aux termes de l'art. 5 CEDH toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas expressément prévus par la Convention et selon les voies légales.

3.1.1 Consacrant un droit fondamental qui participe de l'essence de l'Etat de droit (habeas corpus), le but de cette disposition est d'empêcher que des personnes soient détenues par l'Etat de manière arbitraire et sans fondement légal (cf. arrêt de la CourEDH McKay contre Royaume-Uni du 3 octobre 2006, 543/03, Recueil CourEDH 2006-X p. 351 § 30). La notion de privation de liberté à ce titre comporte un aspect objectif et subjectif (cf. arrêt de la CourEDH Storck contre Allemagne du 16 juin 2015, 61603/00, Recueil CourEDH 2005-V p. 165 § 74). Il s'agit d'une part du fait d'interner une personne dans un endroit fermé pendant une période conséquente; et, d'autre part, du fait que cette personne n'ait pas consenti à cette situation (cf. arrêt de la CourEDH Stanev contre Bulgarie du 17 janvier 2012, 36760/06, Recueil CourEDH 2012-I p. 1 § 117).

Selon la Cour européenne des droits de l'homme, les termes « selon les voies légales », qui ressortent de l'art. 5 par. 1 CEDH, renvoient pour l'essentiel à la législation nationale et consacrent l'obligation d'en observer les normes de fond comme de procédure lorsqu'une personne doit être mise en détention (cf. arrêt de la CourEDH Del Río Prada contre Espagne du 21 octobre 2013, 42750/09, Recueil CourEDH 2013-VI p. 63 § 125). S'il incombe au premier chef aux autorités nationales, notamment aux tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne, il en est autrement lorsque l'inobservation de ce dernier est susceptible d'emporter violation de la Convention. Tel est le cas, notamment, des affaires dans lesquelles l'art. 5

par. 1 CEDH est en jeu et la Cour doit alors exercer un certain contrôle pour rechercher si le droit interne – dispositions législatives ou jurisprudence – a été respecté de manière à se conformer à la CEDH (cf. arrêts de la CourEDH Minjat contre Suisse du 28 octobre 2003, 38223/97, § 39; Baranowski contre Pologne du 28 mars 2000, 28358/95, Recueil CourEDH 2000-III p. 265 § 50 et § 54).

Enfin, les mesures de confinement dans les zones de transit d'aéroports entrent dans le champ d'application de l'art. 5 par. 1 CEDH (cf. arrêts de la CourEDH Riad et autres et Idiab et autres contre la Belgique du 21 septembre 2006, 29787/03 et 29810/03, p. 28; Shamsa contre Pologne du 27 novembre 2003, 45355/99 et 45357/99, § 44 ss). Une telle détention, pour qu'elle soit considérée comme régulière, doit reposer sur une décision judiciaire conforme au droit national du pays dans lequel la personne est incarcérée (cf. arrêt Del Río Prada § 125).

3.1.2 Pour sa part, le Tribunal fédéral a précisé, au sujet de l'art. 5 par. 5 CEDH, que la personne victime d'une détention illicite ne peut pas en déduire des garanties plus étendues que celles prévues par l'art. 431 du Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP, RS 312.0) et n'accorde pas un droit particulier de choisir le mode de dédommagement (cf. ATF 142 IV 245 consid. 4.2). Toutefois, il n'est pas exclu de s'inspirer des règles générales des art. 41 ss CO pour en déterminer le montant.

3.2

3.2.1 Les recourants allèguent que l'unique raison de leur détention découlerait de l'introduction à tort dans le SIS II de l'interdiction d'entrée prononcée à leur égard. Ainsi, l'art. 5 par. 5 CEDH qui concerne l'indemnisation des victimes en cas de détention illicite serait directement applicable et leur donnerait droit à une réparation pour les six jours de détention subis indépendamment de toutes autres règles.

3.2.2 L'autorité inférieure, quant à elle, indique que l'art. 5 CEDH permettrait uniquement d'actionner l'Etat qui a procédé à l'arrestation, respectivement qui a mis les recourants en détention, à savoir la France.

3.3 Le Tribunal administratif fédéral retient que l'affaire relèverait de l'art. 5 par. 1 let. f CEDH (arrestation ou détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours). Toutefois, il s'agit de déterminer si cette disposition trouve application ou non dans le cas d'espèce.

En effet, les recourants ont été placés en détention pendant six jours par les autorités françaises. En principe, les Etats condamnés sur la base de cette disposition dans les affaires portées par devant la Cour sont ceux qui ont effectivement mis en détention des personnes sans fondement légal, et non un éventuel Etat tiers qui aurait effectué un signalement, ce qui vaut également pour la Suisse (cf. arrêt de la CourEDH H.M. contre Suisse du 26 février 2002, 39187/98, Recueil CourEDH 2002-II, p. 27 § 10 ss). De plus, comme indiqué précédemment (consid. 3.1.1), la condition « selon les voies légales » s'applique au pays qui a placé une personne en détention. Enfin, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral précitée, l'art 5 CEDH ne donne pas droit à des garanties plus étendues que l'art. 431 CPP, lequel s'applique aux personnes mises en détention en Suisse. Certes, en référence à la jurisprudence de la Cour relative à l'application de l'art. 3 CEDH (cf. arrêt de la CourEDH Al-Adsani contre Royaume-Uni du 21 novembre 2001, 35763/97, Recueil CourEDH 2001-XI p. 117 § 39), la question peut se poser d'une application indirecte de l'art. 5 CEDH, même s'il ne s'agit pas d'une norme de jus cogens, au pays contractant dont l'acte/le signalement a eu pour résultat direct le fait d'exposer quelqu'un à une détention illicite dans un autre pays.

Cela étant, la question d'une application indirecte de l'art. 5 CEDH dans le cas d'espèce peut demeurer ouverte au vu des considérants qui suivent, dans la mesure où cette disposition ne constitue pas le fondement de la responsabilité de la Suisse.

4. A ce stade, il convient de déterminer si, lors de l'arrestation des recourants par les autorités françaises, la décision de l'ODM du 14 mars 2012 leur avait été notifiée valablement.

4.1 La notion de décision présente deux acceptions, l'une matérielle et l'autre formelle (cf. MOOR/POLTIER, *Droit administratif*, vol. II, 3^e éd. 2011, p. 344; JÉRÔME CANDRIAN, *Introduction à la procédure administrative fédérale*, 2013, n° 28).

Matériellement, la décision, en tant que mesure qui s'impose par la seule volonté de son auteur, est définie par l'art. 5 al. 1 PA. Au sens de cette disposition, sont considérées comme décisions les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral et qui ont pour objet, respectivement, de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations (let. a); de constater l'existence, l'inexistence ou l'éten-

due de droits ou d'obligations (let. b); ou de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (let. c; cf. aussi art. 25 PA). Les conditions formelles d'une décision sont régies par les art. 34 ss PA. Elles doivent être désignées comme telles, être motivées et indiquer les voies de droit (art. 35 al. 1 PA). Les décisions doivent être notifiées aux parties par écrit (art. 34 al. 1 PA). La notification est seule susceptible de déclencher le délai de recours à l'égard de leur destinataire (art. 50 al. 1 PA).

En l'espèce, si l'existence d'une décision préalable n'est pas contestée, sa notification constitue l'objet du litige.

4.2 D'après la jurisprudence, la nullité d'une décision n'est admise que si le vice dont elle est entachée est particulièrement grave, est manifeste ou du moins facilement décelable et si, en outre, la constatation de la nullité ne met pas sérieusement en danger la sécurité du droit (cf. ATF 132 II 342 consid. 2.1; 122 I 97 consid. 3a/aa). Des vices de fond n'entraînent qu'à de rares exceptions la nullité d'une décision; en revanche, de graves vices de procédure, ainsi que l'incompétence qualifiée de l'autorité qui a rendu la décision sont des motifs de nullité (cf. ATF 132 II 342 consid. 2.1; 122 I 97 consid. 3a/aa; 116 Ia 215 consid. 2c). Lorsqu'une décision est entachée de vices de forme, en particulier de notification, celle-ci est en principe considérée comme irrégulière. Conformément à un principe général du droit administratif, la notification irrégulière d'une décision ne doit entraîner aucun préjudice pour les parties (art. 38 PA). Cependant, la jurisprudence n'attache pas nécessairement la nullité à l'existence de vices dans la notification; la protection des parties est suffisamment réalisée lorsque la notification irrégulière atteint son but malgré cette irrégularité. Il y a donc lieu d'examiner, d'après les circonstances du cas concret, si la partie intéressée a réellement été induite en erreur par l'irrégularité de la notification et a, de ce fait, subi un préjudice (cf. ATF 122 I 97 consid. 3a/aa). Il convient toutefois de distinguer la notification irrégulière de l'absence totale de notification. En tant que manifestation de volonté du juge ou d'une autorité, la décision doit être déclarée. Elle n'existe légalement qu'une fois qu'elle a été officiellement communiquée aux parties. Tant qu'elle ne l'a pas été, elle est inexistante (cf. ATF 142 II 411 consid. 4.2; 141 I 97 consid. 7.1; 122 I 97 consid. 3a/bb; UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, in: Praxiskommentar VwVG, 2^e éd. 2016, n° 2 ad. art. 34; CANDRIAN, op. cit., n° 32).

4.3

4.3.1 La recourante avance que la décision de l'ODM du 14 mars 2012 ne lui a jamais été notifiée quand bien même l'autorité inférieure disposait des informations nécessaires pour lui adresser ladite décision. A cet égard, la recourante précise que l'ODM avait reçu une copie de l'ordonnance pénale du Ministère public (...) du 30 janvier 2012, qui avait été notifiée à son domicile (...). Les recourants estiment ainsi que l'inscription de l'interdiction d'entrée dans le SIS II a été effectuée en toute connaissance de cause qu'ils n'en seraient pas informés.

4.3.2 L'autorité inférieure, quant à elle, invoque que la décision a été notifiée en date du 4 juin 2014. En outre, elle précise que la recourante a recouru contre ladite décision et obtenu son annulation par décision du Tribunal administratif fédéral (cf. arrêt du TAF C-3694/2014 du 26 février 2015).

4.4 Le Tribunal administratif fédéral retient que la décision du 14 mars 2012 n'a pas été notifiée avant le 4 juin 2014, alors que l'ODM disposait pourtant des coordonnées de la recourante lors de son prononcé (cf. arrêt C-3694/2014 consid. 4.4). Or, l'arrestation des recourants en date du 13 mai 2014 à l'aéroport (...) est survenue avant la notification de ladite décision. Par ailleurs, il ne fait aucun doute que le signalement dans le SIS II découle de la décision de l'ODM.

Il convient ainsi d'admettre que le signalement dans le SIS II a eu lieu sur la base d'une décision qui n'avait pas été notifiée. Le Tribunal administratif fédéral relève enfin qu'il incombait à l'autorité qui a rendu la décision d'interdiction d'entrée, d'apporter la preuve de sa notification (cf. ATF 142 IV 125 consid. 4.3; MOOR/POLTIER, op. cit., p. 352), ce que l'ODM n'a pas pu démontrer vu la notification du 4 juin 2014.

4.5 Il résulte de ce qui précède, et quand bien même la recourante a obtenu de la part du Tribunal administratif fédéral l'annulation de la décision de l'ODM du 14 mars 2012 pour violation du droit d'être entendu (cf. arrêt C-3694/2014), que, au moment de la détention des recourants en France, la décision de l'ODM n'avait pas fait l'objet d'une notification de sorte qu'elle était inexistante. Ainsi, cette constatation soulève la question du fondement de la condition de l'illicéité à la base de la responsabilité de la Confédération invoquée (consid. 5.4.3).

5. Les conditions auxquelles la responsabilité de la Confédération est engagée sont déterminées par la loi sur la responsabilité du 14 mars 1958 (LRCF, RS 170.32).

5.1 Aux termes de l'art. 3 al. 1 LRFC, la Confédération répond du dommage causé sans droit à un tiers par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions. La responsabilité de la Confédération fondée sur cette disposition est de nature causale, ce qui signifie que le lésé n'a pas à établir l'existence d'une faute de l'agent responsable (arrêt du TAF A-7101/2014 du 16 février 2017 consid. 3.1); il lui suffit de faire la preuve d'un dommage, d'un acte illicite, ainsi que d'un rapport de causalité adéquate entre ces deux éléments. Ces conditions sont cumulatives; si l'une d'elles fait défaut, l'action en responsabilité doit être rejetée (cf. arrêt du TF 2C_518/2008 du 15 octobre 2008 consid. 2.1; ATAF 2010/4 consid. 3; arrêts du TAF A-112/2017 du 31 août 2017 consid. 3.2; A-7101/2014 consid. 3.1; A-1072/2014 du 8 mars 2016 consid. 4.1).

5.1.1 *L'acte illicite*, au sens de l'art. 3 al. 1 LRFC, ne se distingue fondamentalement pas de l'illicéité au sens de l'art. 41 al. 1 CO. Il présuppose soit la lésion d'un droit absolu, soit un dommage économique résultant d'une atteinte à un (autre) droit protégé par une norme de protection spécifique. Le patrimoine comme tel n'est pas un droit absolu et, dès lors, un préjudice économique n'est pas en soi illicite; il y a illicéité seulement si l'atteinte est consécutive à la violation d'une norme destinée à protéger de telles atteintes (cf. ATF 133 III 323 consid. 5.1; 132 II 305 consid. 4.1; arrêts du TF 2C_1059/2014 du 25 mai 2016 consid. 6.2; 2C_834/2009 du 19 octobre 2010 consid. 2.2; arrêts du TAF A-112/2017 consid. 3.3; A-1072/2014 consid. 5.1.1 et A-5172/2014 du 8 janvier 2016 consid. 9.1.1). Non seulement un acte mais également une omission de l'autorité peuvent fonder une responsabilité de l'Etat. Dans ce cas, l'illicéité présuppose que l'Etat ait eu une obligation d'agir basée sur une norme protectrice (arrêts du TAF A-1072/2014 consid. 5.1.2; A-5172/2014 consid. 9.1.1 et A-2526/2011 du 7 août 2012 consid. 7.1.1). Il en va ainsi lorsqu'une norme prévoit un devoir de garant de l'Etat à l'égard du lésé, concrétisé par des mesures à adopter en faveur de ce dernier (cf. ATF 132 II 305 consid. 4.1). Une obligation d'agir n'est ainsi pertinente que si elle vise la protection des intérêts du lésé (cf. ATF 118 Ib 473 consid. 2b; arrêts 2C_834/2009 consid. 2.2; A-5172/2014 consid. 9.1.1).

L'illicéité est envisagée de manière restrictive lorsqu'elle est invoquée en relation avec la décision d'un fonctionnaire. D'une part, selon l'art. 12 LRFC, la légalité des décisions ayant force de chose jugée ne peut pas être revue dans une procédure en responsabilité. L'idée à la base de cette disposition est d'éviter que le destinataire d'une décision qui lui est défavorable, mais qui est entrée en force, utilise la voie d'une action en responsabilité

pour l'attaquer à nouveau. Celui qui a recouru sans succès contre une décision jusque devant les instances supérieures, ou qui n'a pas recouru, ou alors qui a déposé un moyen irrecevable, ne peut la contester une nouvelle fois et faire vérifier le bien-fondé de cette décision dans un procès en responsabilité dont ce n'est pas l'objet (cf. ATAF 2009/57 consid. 2.3.3 et les réf. cit.; arrêt A-112/2017 consid. 3.4).

D'autre part, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, toute illégalité ne peut pas être qualifiée d'acte illicite lorsque l'on a affaire non pas à un acte matériel, mais à une décision administrative ou judiciaire. La responsabilité d'une collectivité publique en raison de l'illicéité d'une décision n'est admise qu'à des conditions restrictives. Ainsi, le comportement d'un magistrat ou d'un agent n'est illicite que lorsque celui-ci viole un devoir essentiel à l'exercice de sa fonction ou commet une erreur grave et manifeste qui n'aurait pas échappé à un homologue consciencieux (cf. ATF 132 II 449 consid. 3.3; arrêt du TF 2C_1135/2012 du 23 janvier 2013 consid. 4.3.1; arrêt A-112/2017 consid. 3.4). Si l'autorité a interprété la loi, fait usage de son pouvoir d'appréciation ou de la latitude que lui laisse une notion juridique imprécise, d'une manière conforme à ses devoirs, son activité ne peut pas être tenue pour illicite du seul fait que son appréciation ou son interprétation n'est pas retenue par une autorité supérieure ou de recours saisie du cas par la suite (ATAF 2009/57 consid. 2.3.3). Le simple fait qu'une décision se révèle par la suite inexacte, contraire au droit ou même arbitraire ne suffit pas (cf. ATF 123 II 577 consid. 4d/dd; arrêts du TF 2C_275/2012 du 11 décembre 2012 consid. 3.2; 2C_852/2011 du 10 janvier 2012 consid. 4.3.1; arrêt A-112/2017 consid. 3.4).

5.1.2 Le *dommage* se définit comme la diminution involontaire de la fortune nette; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce même patrimoine atteindrait si l'événement dommageable ne s'était pas produit (cf. ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 et réf. cit.; arrêt A-7101/2014 consid. 3.4). Il peut se présenter sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif (cf. ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 et réf. cit.; arrêt A-7101/2014 consid. 3.4).

5.1.3 Comme en droit de la responsabilité civile – la jurisprudence relative à l'art. 41 CO est applicable par analogie (ATAF 2010/4 consid. 3) –, l'exigence de causalité comporte deux volets. Tout d'abord, il faut qu'il existe entre l'acte du fonctionnaire et le dommage causé un lien de causali-

té naturelle, en ce sens que le second ne se serait pas produit sans le premier, qui en constitue l'une des conditions nécessaires (condition sine qua non; cf. ATF 133 III 462 consid. 4.4.2; arrêt A-7101/2014 consid. 3.5). Lorsque la relation de causalité naturelle entre un comportement donné et un certain résultat est retenue, il faut encore se demander si le rapport peut être qualifié d'adéquat, c'est-à-dire si le comportement en question était propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit, de sorte que la survenance de ce résultat paraît de façon générale favorisée par le fait en question (cf. ATF 139 V 176 consid. 8.4.2; 123 III 110 consid. 3a; arrêts du TAF A-7101/2014 consid. 3.5; A-5172/2014 consid. 10.1; A-7063/2007 du 28 mai 2008 consid. 5.1.2).

5.2 Ces conditions (de base) sont également applicables à la réparation du *tort moral* (art. 6 LRFC). Selon cette disposition, une telle réparation peut être réclamée, d'une part, selon les circonstances, par la victime de lésions corporelles ou par les membres de la famille en cas de mort d'homme (al. 1); d'autre part, par celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité due à une faute d'un fonctionnaire, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement (al. 2). Autrement dit, pour qu'une réparation morale soit due, il faut, non seulement que l'auteur ait commis une faute dans l'exercice de ses fonctions, mais encore que le dommage causé prenne la forme d'une grave atteinte à la personnalité; à savoir, d'une atteinte à l'intégrité psychique (p. ex. forte souffrance) dépassant, par son intensité, celle qu'une personne ordinaire est en mesure de supporter seule sans l'intervention de l'autorité (arrêts du TAF A-7101/2014 consid. 3.2; A-845/2007 du 17 février 2010 consid. 10.1.1).

5.3 Aux termes de l'art. 19a al. 1 LRFC, la Confédération répond du dommage causé sans droit à un tiers lors de l'exploitation du Système d'information Schengen par une personne au service de la Confédération ou d'un canton. Cette disposition a été adoptée sur la base de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, JO L 239 du 22.09.2000 p. 19; et, en particulier, sur les art. 96 par. 1, art. 111 par. 1 et art. 116 par. 1, dont la teneur est respectivement la suivante:

96.1. Les données relatives aux étrangers qui sont signalés aux fins de non-admission sont intégrées sur la base d'un signalement national résultant de décisions prises, dans le respect des règles de procédure prévues par la législation nationale, par les autorités administratives ou les juridictions compétentes.

111.1. Toute personne peut saisir, sur le territoire de chaque Partie Contractante, la juridiction ou l'autorité compétentes en vertu du droit national d'une action, notamment, en rectification, en effacement, en information ou en indemnisation en raison d'un signalement la concernant.

116.1. Toute Partie Contractante est responsable, conformément à son droit national, de tout dommage causé à une personne du fait de l'exploitation du fichier national du Système d'Information Schengen. Il en est également ainsi lorsque les dommages ont été causés par la Partie Contractante signalante, celle-ci ayant intégré des données entachées d'erreur de droit ou de fait.

L'art 19a LRCF prévoit donc que la Suisse répond des dommages causés lorsque la légalité ou l'exactitude des signalements ne sont pas donnés (cf. Message du 1^{er} octobre 2004 relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords [« accords bilatéraux II »], FF 2004 5593, 5881). Bien qu'il s'agisse d'une norme spécifique, les art. 3 et 6 al. 2 LRCF sont également applicables pour déterminer la responsabilité en rapport avec l'exploitation du SIS II (cf. FF 2004 5593, 5882; MAX B. BERGER, in: *Haftpflichtkommentar*, 2016, n° 12 ss ad. art. 19a LRCF; PETERS/JUNG, *Öffentlich-rechtlicher Rechtsschutz im Zusammenhang mit den Bilateralen II*, PJA 2005 p. 965).

5.4 En l'espèce, le Tribunal administratif fédéral commencera par déterminer si l'inscription dans le SIS II a été faite sans droit, avant de se prononcer sur les autres conditions découlant de la LRCF.

5.4.1 Les recourants avancent que l'art. 19a LRCF est une *lex specialis* qui traite de l'exploitation du SIS. De ce fait, la faute ne serait pas une condition nécessaire pour retenir la responsabilité. Par ailleurs, ils affirment que la condition de l'illicéité est donnée dès qu'un signalement a été effectué dans le SIS II sans fondement légal. Ceux-ci estiment encore qu'il s'agirait d'un régime juridique analogue à la responsabilité objective aggravée existant en droit civil.

5.4.2 L'autorité inférieure ne conteste pas l'existence d'un acte illicite. Elle indique toutefois que le signalement dans le SIS II a été effectué sur la base de la décision de l'ODM du 14 mars 2012 qui a fait l'objet d'une annulation par le Tribunal administratif fédéral (arrêt C-3694/2014).

5.4.3 Comme le Tribunal administratif fédéral l'a relevé précédemment (consid. 4.5), la décision de l'ODM du 14 mars 2012 n'existait pas, faute d'avoir été régulièrement notifiée, lors de l'arrestation des recourants. Il en découle que l'agent de l'Etat qui a signalé l'interdiction d'entrée dans le SIS II l'a fait sans fondement légal, de sorte que la condition de l'acte illicite est établie. Bien que l'autorité inférieure ait également reconnu l'existence d'un acte illicite, le fondement de celui-ci découle non pas de l'annulation de la décision de l'ODM, mais bien du fait que cette décision était inexistante lors de la mise en détention des recourants.

5.5 L'art. 19a LRCF est complété par les autres conditions de responsabilité, celles-ci étant cumulatives. Il convient en premier lieu de déterminer l'existence du lien de causalité entre l'acte illicite et la détention des recourants en France. La question du dommage respectivement du tort moral sera traité ci-après (consid. 5.6 ss).

5.5.1 L'autorité inférieure allègue que le lien de causalité serait rompu. En substance elle indique que les recourants ont refusé de prendre l'un des vols proposés par les autorités françaises, soit les 14, 15 et 16 mai 2014. Elle relève également que la recourante a attendu le 15 mai 2014 avant de déposer une demande pour régulariser sa situation en Suisse, alors que sa condamnation pénale, pour séjour et travail illégal, remonte au 30 janvier 2012, soit à plus de deux ans. L'autorité inférieure estime ainsi que ces deux éléments contribueraient à la rupture du lien de causalité.

5.5.2 Pour les recourants, l'argumentation de l'autorité inférieure n'est pas pertinente. A l'appui de leur position, ils allèguent notamment que depuis le Brésil il n'y a pas besoin de visa pour voyager en Suisse et en France et que, de ce fait, la recourante ne doit pas obligatoirement s'annoncer. En outre, selon le cours ordinaire des choses, les recourants n'auraient jamais fait l'objet d'une détention en France si aucun signalement n'avait été effectué par un agent de l'Etat suisse dans le SIS II sur la base d'une décision inexistante.

5.5.3 Le Tribunal administratif fédéral retient que, sans le signalement dans le SIS II, les recourants n'auraient pas été arrêtés le 13 mai 2014 à l'aéroport (...). En effet, lorsqu'une personne fait l'objet d'une interdiction d'entrée introduite dans le SIS par un agent de l'Etat, il est d'ordinaire

qu'elle risque de se faire arrêter si elle se rend dans un Etat Schengen (condition sine qua non), d'autant plus si elle fait l'objet d'un contrôle d'identité. Concernant la causalité adéquate, les autorités françaises ont expressément indiqué que le motif de l'arrestation de la recourante et de ses enfants était exclusivement lié au signalement de l'interdiction d'entrée dans le SIS II ([...]). Ainsi, il ne fait aucun doute, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, que la détention des recourants n'aurait jamais eu lieu sans le signalement dans le SIS II.

Ainsi, et contrairement aux allégations de l'autorité inférieure, le lien de causalité est établi. En effet, le lien de causalité n'a pas été rompu du seul fait que la recourante ait refusé de retourner au Brésil avec ses enfants, alors que sa résidence était en Suisse, et ce indépendamment de sa situation de séjour en Suisse.

5.6 A ce stade, il convient encore de déterminer si les recourants ont subi une atteinte donnant droit à une réparation pour tort moral, respectivement s'il y a lieu de retenir l'existence d'un dommage.

5.6.1 Les recourants indiquent que le dommage découle non pas d'une atteinte à leur personnalité, mais d'une privation de liberté injustifiée et qu'ils détiendraient ainsi un droit direct à réparation sur la base de l'art. 5 par. 5 CEDH comme exposé ci-dessus (consid. 3). En outre, ils estiment qu'en retournant dans leur pays d'origine, les recourants auraient subi un dommage financier conséquent du fait qu'ils ne disposaient pas de logement au Brésil. Enfin, les enfants de la recourante se seraient retrouvés loin de leur père qui se trouvait en Suisse.

5.6.2 L'autorité inférieure avance, quant à elle, que les recourants n'ont pas subi d'atteinte grave à leur personnalité. A cet égard, celle-ci précise que le refus de la recourante de prendre l'un des vols proposés par les autorités françaises, les 14, 15 et 16 mai 2014, démontrerait que la souffrance était supportable. En outre, par ce refus, la recourante n'a pas mis fin à sa détention et celle de ses enfants de son propre chef. L'autorité inférieure ajoute que la recourante avait, cependant, explicitement indiqué aux autorités françaises, lors de son arrestation, qu'elle souhaitait repartir au plus vite.

5.6.3 Le Tribunal administratif fédéral relève qu'il s'agit d'un cas particulier. En effet, selon la jurisprudence une détention injustifiée ouvre en principe le droit à une indemnité de ce chef, dès lors que la Confédération encourt une responsabilité causale face à une personne qui a subi une

détention injustifiée (cf. ATF 118 IV 420 consid. 2b; arrêts du TF 2C_397/2012 du 19 novembre 2012 consid. 5.2; 1C_239/2008 du 15 septembre 2008 consid. 2.2). Toutefois, les recourants n'ont pas fait l'objet d'une détention en Suisse de sorte qu'on pourrait difficilement appliquer directement cette jurisprudence. Cependant, il ne fait aucun doute que les recourants ont fait l'objet d'une détention illicite en France, qui résulte uniquement du signalement dans le SIS II par la Suisse de l'interdiction d'entrée prononcée à l'encontre de la recourante. Ainsi, même dans l'hypothèse où le Tribunal administratif fédéral retiendrait qu'il n'y a pas de grave atteinte à la personnalité, il y a lieu de retenir l'existence d'un tort moral objectif en s'inspirant de la jurisprudence précitée propre à la détention illicite.

A toutes fins utiles, il convient encore d'observer qu'un retour au Brésil aurait entraîné un dommage financier pour la recourante. En effet, celle-ci aurait notamment dû déployer des moyens supplémentaires pour pouvoir se loger. Ainsi, elle a même contribué à diminuer son dommage en refusant de retourner au Brésil. Cet argument est également pertinent s'agissant de l'établissement du lien de causalité, respectivement pour rejeter les allégations de l'autorité inférieure selon lesquelles celui-ci aurait été rompu (consid. 5.5.3).

5.7 *En résumé*, le Tribunal administratif fédéral tient la Confédération pour responsable de la détention illicite subie par les recourants par suite de l'introduction dans le SIS II de l'interdiction d'entrée prononcée à l'égard de la recourante en date du 14 mars 2012.

5.8 Les conditions de la responsabilité étant ainsi remplies, il convient enfin de déterminer le montant du tort moral objectif ainsi reconnu, sans renvoyer la cause à l'autorité inférieure, qui s'est prononcée sur la question en cas d'admission du recours par le Tribunal administratif fédéral.

5.8.1 Afin de fixer le montant de l'indemnité, il convient de se référer à la jurisprudence du Tribunal fédéral en lien avec les art. 429 ss CPP. Selon cette jurisprudence, la fixation d'une indemnité en cas de détention illicite s'inspire de raisons d'équité, en particulier pour ce qui a trait au versement d'une indemnité pour tort moral et donc des art. 41 ss CO (cf. ATF 128 IV 53 consid. 7a; 118 IV 420 consid. 2b; arrêt 2C_397/2012 consid. 5.3). Selon la jurisprudence rendue déjà avant l'entrée en vigueur du CPP, le montant de l'indemnité en matière de détention injustifiée doit être fixé en fonction de la gravité de l'atteinte portée à la personnalité (cf.

ATF 135 IV 43 consid. 4.1; 113 IV 93 consid. 3a; arrêts du TF 6B_437/2014 du 29 décembre 2014 consid. 3; 6B_111/2012 du 15 mai 2012 consid. 4.2; 6B_574/2010 du 31 janvier 2011 consid. 2.3; arrêt du TPF RR.2013.368 du 5 juin 2014 consid. 2.3). Il faut tenir compte de toutes les circonstances, notamment des effets négatifs de la détention sur l'intégrité physique, psychique ou encore sur la réputation de l'intéressé (cf. ATF 112 Ib 446 consid. 5b/aa; arrêt 6B_437/2014 consid. 3). L'activité professionnelle du lésé doit également être prise en compte dans cette appréciation (cf. ATF 113 IV 93 consid. 3a; arrêt 6B_437/2014 consid. 3). Il appartient au demandeur d'invoquer et de prouver les atteintes subies (cf. ATF 135 IV 43 consid. 4.1; 117 IV 209 consid. 4b; arrêt 6B_437/2014 consid. 3).

Le Tribunal fédéral considère en principe qu'un montant de 200 francs par jour en cas de détention injustifiée de courte durée constitue une indemnité appropriée, dans la mesure où il n'existe pas de circonstances particulières qui pourraient fonder le versement d'un montant inférieur ou supérieur (cf. arrêts du TF 6B_437/2014 consid. 3; 6B_133/2014 du 18 septembre 2014 consid. 3.2 et réf. cit.). Par ailleurs, les mineurs pourraient également prétendre à une telle indemnité, sous certaines conditions, sur la base de l'art. 431 CPP (cf. ATF 142 IV 389 consid. 5).

5.8.2 Les recourants ont conclu à ce que l'autorité inférieure soit condamnée au paiement de 6 000 francs à titre d'indemnité. A l'appui de leur conclusion, ceux-ci se fondent sur une jurisprudence de la CourEDH (arrêt JUSIC contre Suisse du 2 décembre 2010, 4691/06), dans lequel la Suisse a été condamnée à verser 10 000 euros pour 20 jours de détention d'une personne seule, ce qui revient à un montant journalier de 500 euros.

5.8.3 Pour sa part, l'autorité inférieure estime que le montant maximum qui peut être octroyé aux recourants serait de 250 francs par jour en se référant à la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. arrêt 2C_397/2012 consid. 5.3), soit un montant bien inférieur au montant demandé.

A cet égard, il convient de se référer à la jurisprudence de la CEDH quant à la détermination des indemnités pour les mineurs en lien avec l'art. 5 CEDH, notamment les enfants en bas âge (cf. arrêts de la CourEDH A.B. et autres contre France du 12 juillet 2016, 11593/12, § 122 ss; R.K. et autres contre France du 12 juillet 2016, 68264/14, § 84 ss; R.M. et autres contre France du 12 juillet 2016, 33201/11, § 85 ss; Popov contre France du 19 janvier 2012, 39472/07 et 39474/07, § 111 ss; Mubilanzila Mayeka

et Kaniki Mitunga contre Belgique du 12 octobre 2006, 13178/03, Recueil CourEDH 2006-XI p. 223 § 102 ss). En effet, dans ces différentes affaires, les enfants étaient notamment âgés de moins d'une année, lorsqu'ils ont fait l'objet d'une détention avec leurs parents. A cet égard la Cour souligne que le cadre dans lequel se trouvent alors les enfants est source d'angoisse et de tensions pouvant leur être gravement préjudiciable.

Au cas d'espèce, les enfants recourants ont été détenus pendant six jours avec la recourante, de sorte qu'il sied également de leur attribuer une indemnité compensatrice. A tout le moins, une telle indemnité pour détention illicite des enfants de la recourante découlerait de raisons d'équité, conformément à l'art. 4 CC, au vu des circonstances déterminantes selon l'art. 43 al. 1 CO (consid. 5.8.1). La détention doit être qualifiée de courte durée, de sorte qu'il n'y a pas lieu de s'écarter de la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière qui prévoit une indemnité journalière de 200 francs.

5.9 Ainsi, il y a lieu d'allouer une indemnité en réparation du tort moral objectif pour détention illicite du 13 au 18 mai 2014, d'un montant journalier de 200 francs par personne, soit un total de 3 600 francs.