Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Cour I
A-2266/2012

Arrêt du 25 mars 2013

Composition

Claudia Pasqualetto Péquignot (présidente du collège),
Christoph Bandli, Marianne Ryter, juges,
Jérôme Barraud, greffier.

Parties

A._____,

recourant,

contre

Service spécialisé chargé des contrôles de sécurité relatifs aux personnes, Protection des informations et des objets (PIO), Papiermühlestrasse 20, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

contrôle de sécurité des personnes.

Faits :

A.
Le Service spécialisé chargé des contrôles de sécurité relatif aux personnes dans le domaine Protection des informations et des objets (PIO) du Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports DDPS (ci-après le Service spécialisé) a été mandaté par le service du personnel de l'Etat-major de conduite de l'armée pour effectuer un contrôle de sécurité sur la personne de A._____, né le …, conscrit, en vue de son recrutement. Il ressort de l'extrait du casier judiciaire du 21 février 2012, consulté par le Service spécialisé, que A._____ a été condamné à deux reprises pour infractions à la loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (LCR; RS 741.01). Le 23 octobre 2009 pour violation simple de la LCR et conduite en incapacité de conduire (état d'ébriété qualifié) à 30 jours-amende avec sursis pendant deux ans ainsi qu'à une amende de 900 francs. Le sursis a été révoqué par la condamnation du 5 novembre 2011 à 15 jours-amende pour violation grave de la LCR.

B.
A._____ a été convoqué en tant que conscrit au centre de recrutement de Lausanne le 12 mars 2012. A cette occasion, un entretien avec un membre du Service spécialisé a eu lieu. Il a été expliqué à A._____ que son casier judiciaire avait été consulté et que, sur cette base, le Service spécialisé entendait émettre à son sujet une déclaration de risque ou assortie de réserves (cf. art. 22 al.1 let. b et c OCSP). A l'occasion de cet entretien, A._____ a reçu trois formulaires. Le premier intitulé "Contrôle de sécurité relatif aux personnes pour les conscrits". Le second portant le titre de "Droit d'être entendu" comportant notamment un espace libre pour une prise de position de la part de son destinataire. Enfin, le troisième document "Déclaration de renonciation", selon lequel la personne concernée renonce expressément à une prise de position ultérieure concernant le droit d'être entendu par rapport aux résultats des investigations effectuées par le Service spécialisé. A._____ a signé les trois documents le même jour sans apporter aucune remarque ou commentaire dans l'espace prévu pour la prise de position.

C.
Par décision du 12 mars 2012, le Service spécialisé a retenu que A._____ était considéré comme représentant un risque élevé pour la sécurité intérieure (ch. 1 du dispositif). Il a recommandé que A._____ ne soit pas incorporé dans l'armée suisse (ch. 2), que l'arme personnelle

de service ne lui soit pas remise (ch. 3) et qu'il n'ait pas accès à des documents classifiés CONFIDENTIEL/SECRET, à des zones protégées 2 et 3 et à du matériel de l'armée classifié CONFIDENTIEL/SECRET (ch. 4).

D.
A._____ (ci-après le recourant) a déposé un recours contre cette décision en date du 25 avril 2012. Il conclut à ce qu'il soit constaté qu'il ne représente aucun risque pour la sécurité intérieure.

E.
Le PIO (ci-après aussi: l'autorité inférieure) a pris position en date du 13 juillet 2012 en concluant au rejet du recours. Le recourant a déposé ses observations finales le 31 août 2012.

F.
Les autres faits et arguments des parties seront repris si nécessaire dans les considérants en droit qui suivent.

Droit :

1.

1.1 La procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral (ci-après le Tribunal) est régie par la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA, RS 172.021), à moins que la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) n'en dispose autrement (art. 37 LTAF). Le Tribunal examine d'office et librement sa compétence (art. 7 PA) et la recevabilité des recours qui lui sont soumis.

1.2 Conformément à l’art. 31 LTAF, et sous réserve des exceptions prévues à l’art. 32 LTAF, le Tribunal est compétent pour connaître des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En l'occurrence, l'acte satisfait aux conditions de l'art. 5 PA et n'entre pas dans le champ d'exclusion de l'art. 32 LTAF (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6275/2010 du 27 avril 2011 consid. 1.1). Le Service spécialisé est une autorité précédente au sens de l'art. 33 let. d LTAF (cf. ATAF 2009/43 consid. 1.1). Le Tribunal est ainsi compétent pour connaître du recours, comme le prévoit par ailleurs expressément l'art. 21 al. 3 de la loi fédérale du 21 mars 1997 instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI, RS 120).

1.3 Le recourant a qualité pour recourir (art. 48 al. 1 PA). Présentés dans le délai (art. 50 al. 1 PA) et les formes (art. 52 al. 1 PA) prescrites par la loi, le recours est recevable. Il convient dès lors d'entrer en matière.

1.4 En sa qualité d'autorité de recours, le Tribunal dispose d'un plein pouvoir de cognition. Il revoit librement l'application du droit par l'autorité inférieure, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation des faits et l'opportunité de la décision attaquée (art. 49 PA). Le Tribunal fait toutefois preuve de retenue dans certains cas. Il en va en particulier ainsi lorsqu'il revoit les aspects matériels des décisions en matière de contrôle de sécurité relatifs aux personnes qui font appel à des connaissances spéciales que le Service spécialisé est mieux à même de connaître et d'apprécier. S'agissant de l'opportunité, l'examen porte sur le point de savoir si une autre solution que celle que l'autorité spécialisée, dans le cas concret, a adoptée dans le cadre de son pouvoir d'appréciation et en respectant les principes généraux du droit n'aurait pas été plus judicieuse quant à son résultat. Le Tribunal n'annule alors le prononcé attaqué que si cette autorité se laisse guider par des considérations non objectives, étrangères au but visé par les dispositions applicables, ou viole des principes généraux du droit tels l'interdiction de l'arbitraire, l'égalité de traitement, la bonne foi ou la proportionnalité. Il ne peut en particulier, sans motif pertinent, substituer son appréciation à celle des spécialistes du PIO (arrêts du Tribunal fédéral 8C_788/2011 du 2 mai 2012 consid. 5.1.2, 2A.705/2004 du 16 mars 2005 consid. 3.1 et 2A.65/2004 du 26 juin 2004 consid. 2.3.3; arrêts du Tribunal administratif fédéral A-874/2012 du 16 août 2012 et A-2582/2010 du 20 janvier 2012 consid. 2 et les réf. cit.). En revanche, dans la mesure où le recourant conteste l'interprétation et l'application de prescriptions légales ou se plaint d'une violation formelle des règles de procédure, le Tribunal examine les griefs soulevés avec une pleine cognition (arrêt du Tribunal administratif fédéral A-874/2012, précité, consid. 2).

1.5 Le Tribunal 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 entreprise (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Bâle 2008, n. 2.165, p. 78). 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 (ATF 135 I 91 consid. 2.1, ATF 125 V 193 consid. 2, ATF 122 V 157 consid. 1a, ATF 121 V 204 consid. 6c; ATAF 2007/27 consid. 3.3).

2.
L'acte attaqué dispose que le recourant représente un risque selon la LMSI alors que le contrôle a été effectué sur la base de l'art. 113 al. 1 de la loi fédérale du 3 février 1995 sur l'armée et l'administration militaire (LAAM, RS 510.10). Par conséquent seront examinées ici les questions de savoir si c'est à bon droit et conformément à la LMSI et à la LAAM que le Service spécialisé a prononcé une déclaration de risque selon la LMSI (consid. 3 et 4 ci-après) et si le contrôle en vertu de la LAAM a été effectué conformément aux dispositions légales (consid. 5 ss).

3.

3.1 La LMSI vise à assurer le respect des fondements démocratiques et constitutionnels de la Suisse ainsi qu'à protéger les libertés de sa population (art. 1 LMSI). L'art. 2 LMSI définit les tâches qui incombent à la Confédération en cette matière. Celle-ci prend notamment des mesures préventives pour détecter précocement et combattre les dangers liés au terrorisme, au service de renseignements prohibé, à l'extrémisme violent et à la violence lors de manifestations sportives. Les renseignements obtenus doivent permettre aux autorités compétentes de la Confédération et des cantons d'intervenir à temps selon le droit applicable (art. 2 al. 1 LMSI). On entend notamment par mesures préventives au sens de l'art. 2 al. 1 LMSI les contrôles de sécurité relatifs aux personnes (art. 2 al. 4 let. c LMSI).

3.2 La section 4 de la LMSI traite de ce type de contrôles. De façon générale, les personnes ayant accès à des informations, à du matériel ou à des constructions classifiées doivent en principe se soumettre à un contrôle de sécurité. Cette mesure se justifie en raison du fait que la trahison d'une seule personne peut rendre, par exemple, une construction inutilisable (cf. Message du Conseil fédéral concernant la révision partielle de la loi fédérale sur la protection de la population et sur la protection civile du 8 septembre 2010, in: FF 2010 5526). De façon plus précise, il appartient au Conseil fédéral de prévoir de tels contrôles à l'égard notamment des militaires collaborant à des projets classifiés relatifs à la sûreté intérieure ou extérieure qui, dans leur activité, ont, en tant que militaire, accès à des informations, à du matériel ou à des installations classifiés (cf. art. 19 al. 1 let. c LMSI). Depuis le 1er janvier 2012, le champ d'application personnel de l'art. 19 al. 1 LMSI a été élargi aux personnes astreintes à servir dans la protection civile (RO 2011 5891; FF 2010 5526). Par ailleurs, l'art. 19 al. 3 LMSI a également été modifié et sa nouvelle teneur est en vigueur depuis le 16 juillet 2012. Cette der-

nière modification concerne uniquement les cas de nominations par le Conseil fédéral et ne s'applique par conséquent pas au cas d'espèce (RO 2012 3745; FF 2007 4773 et 2010 7147).

3.3 L'art. 20 LMSI détermine en quoi consiste le contrôle de sécurité. Il s'agit de recueillir des données pertinentes pour la sécurité touchant au mode de vie de la personne concernée, notamment à ses liaisons personnelles étroites et à ses relations familiales, à sa situation financière, à ses rapports avec l'étranger et à des activités illégales menaçant la sécurité intérieure et extérieure. Aucune donnée n'est recueillie sur l'exercice de droits constitutionnels (art. 20 al. 1 LMSI).

3.4 Selon l'art. 20 al. 2 LMSI, dans sa version en vigueur au moment du contrôle, les données peuvent être recueillies par l'entremise du service de renseignement de la Confédération (SRC), à partir des registres des organes de sûreté et de poursuite pénale de la Confédération et des cantons, ainsi que du casier judiciaire (let. a), à partir des registres des offices cantonaux des poursuites et des faillites, ainsi que des contrôles de l’habitant (let. b), par des enquêtes sur les personnes soumises au contrôle effectuées par les polices cantonales compétentes sur mandat du service spécialisé (let. c), en demandant des renseignements relatifs à des procédures pénales en cours aux organes de poursuite pénale compétents (let. d), par le biais de l'audition de tiers, si la personne concernée y a consenti (let. e), ainsi que par le biais de l'audition de la personne concernée (let. f).

3.5 Le Conseil fédéral désigne les autorités chargées de procéder aux contrôles de sécurité en collaboration avec le SRC (cf. art. 21 al. 1 LMSI). L'une de ces autorités de contrôle est donc le Service spécialisé du PIO, rattaché à l'Etat-major de l'armée. C'est notamment sur la base du résultat émanant du contrôle de sécurité relatif aux personnes que l'Etat-major de conduite de l'armée pourra décider de ne pas recruter un conscrit en raison d'une condamnation pénale (cf. art. 21 al. 1 et 23 al. 1 et 2 let. d de la LAAM).

3.6 Sur la base de la délégation prévue à l'art. 19 al. 1 LMSI, le Conseil fédéral a édicté l'ordonnance du 4 mars 2011 sur les contrôles de sécurité relatifs aux personnes (OCSP, RS 120.4), laquelle est entrée en vigueur le 1er avril 2011 (RO 2011 1031) et a abrogé l'ancienne ordonnance du 19 décembre 2001 (cf. art. 31 OCSP).

4.
L'armée a convoqué le recourant pour son recrutement le 12 mars 2012. A ce moment la fonction concrète que pourrait exercer le recourant au sein de l'armée n'est pas encore déterminée, c'est d'ailleurs l'une des finalités du recrutement, une fois l'aptitude au service établie, de définir la future fonction des conscrits (cf. art. 15 de l'ordonnance du 10 avril 2002 sur le recrutement [OREC; RS 511.11]).

4.1 En rapport avec des cas similaires – des contrôles de sécurité effectués lors du recrutement avant l'affectation à une fonction concrète – le Tribunal administratif fédéral a jugé que l'art. 19 LMSI n'autorisait un contrôle de sécurité des personnes que si certaines conditions sont remplies; en d'autres termes, ledit article n'est pas une base légale pour le contrôle systématique de tous les conscrits (arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5391/2011 du 5 avril 2012 confirmé entre autres dans l'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-2847/2012 du 20 décembre 2012 consid. 4.1). Les dispositions de l'OCSP doivent être interprétées en ce sens qu'avant qu'un conscrit ne fasse l'objet d'un contrôle selon la LMSI, son affectation à une fonction concrète doit être au moins prévue. Ainsi, obtenir de la part d'un conscrit un assentiment global pour un contrôle de sécurité selon la LMSI avant même qu'il ne soit prévu de l'affecter à une fonction sensible du point de vue de la sécurité est illicite.

4.2 Dans le cas d'espèce, force est de constater que, selon cette jurisprudence, c'est à tort que l'autorité inférieure a soumis le recourant à un contrôle de sécurité selon l'art. 19 LMSI alors qu'il n'était que convoqué au recrutement sans être encore pressenti pour une fonction sensible au niveau de la sécurité. Dans la mesure où le recours porte contre la constatation de l'autorité inférieure selon laquelle le recourant représente un risque élevé pour la sécurité intérieure au sens de l'art. 19 LMSI (ch. 1 du dispositif de la décision attaquée), il y a lieu de l'admettre. Il en va de même pour ce qui est de la recommandation établie sur cette base de ne pas l'incorporer dans l'armée (ch. 2 du dispositif de la décision attaquée) ainsi que de la recommandation relative à l'accès à des documents, des zones ou du matériel classifiés (ch. 4 du dispositif de la décision attaquée). Les chiffres 1, 2 et 4 du dispositif de la décision attaquée doivent donc être annulés (voir notamment les arrêts du Tribunal administratif fédéral A-1070/2012 du 17 octobre 2012 consid. 2.1 ainsi que A-874/2012 du 16 août 2012 consid. 4.1).

5.
C'est dès lors un contrôle selon l'art. 113 al.1 let. d LAAM qui devait être effectué.

5.1 Selon cette disposition, l'Etat-major de conduite de l'armée peut, afin d'examiner tout motif empêchant la remise de l'arme personnelle demander, sans l'approbation de la personne concernée, l'exécution d'un contrôle de sécurité relatif aux personnes dans le but d'évaluer son potentiel de violence. Le message initial du Conseil fédéral prévoyait simplement la faculté pour l'Etat-major de conduite de l'armée de demander un contrôle de sécurité (RO 2008 2921), le contrôle aurait donc été régi par la LMSI et ses dispositions d'application. Ce projet n'a cependant pas été retenu, car l'art. 19 al. 3 LMSI subordonne le contrôle à l'accord préalable de la personne contrôlée, ce qui impliquerait également le risque d'un refus de cette dernière et rendrait tout contrôle impossible. La possibilité d'un contrôle spécifique, sans approbation de la personne concernée, a donc été introduite lors des débats des chambres fédérales (propositions Hess, BO 2009 CE 1257). En contrepartie, les moyens à disposition de l'autorité pour recueillir les données ont été – du moins en apparence – quelque peu restreints par rapport à la LMSI (cf. arrêt du Tribunal fédéral administratif A-5324/2012 du 31 janvier 2013 consid. 3.2.1). Selon l'art. 113 al. 1 let. d. LAAM, ce contrôle se limite à:

1. la consultation du casier judiciaire automatisé, du système de traitement des données relatives à la protection de l'Etat et de l'index national de police, ainsi qu'à la demande de renseignements auprès des organes de poursuite pénale compétents concernant des procédures pénales en cours, closes ou suspendues,

2. l'audition individuelle de la personne concernée lorsque celle-ci est enregistrée dans un des registres visés au ch. 1 et que, pour cette raison, le service spécialisé chargé de procéder aux contrôles de sécurité a l'intention de ne pas délivrer la déclaration de sécurité.

5.2 L'OCSP règle aussi bien les contrôles selon la LMSI que selon l'art. 113 al.1 let. d LAAM (cf. art. 1 OCSP); en particulier, l'art. 5 al. 2 OCSP concrétise le champ d'application personnel du contrôle selon la LAAM (voir arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5391/2011, précité, consid. 4.1). L'OSCP a déjà été révisée plusieurs fois depuis son entrée en vigueur le 1er avril 2011, y compris l'art. 5 (R0 2011 5903, 5910). En raison de l'absence de toute pièce au dossier documentant la date exacte à laquelle le Service spécialisé a été mandaté, il n'est pas possible de déterminer la date de l'ouverture de la procédure, indispensable pour établir le droit applicable (voir à ce propos les dispositions transitoires de l'art. 32 al. 3 OCSP). A ce sujet, il est attendu de l'autorité inférieure qu'elle four-

nisse dans le futur une documentation complète et précise de la procédure (cf. également arrêt du Tribunal administratif fédéral A-4163/2012 du 16 janvier 2013 consid. 4.3)

La révision de l'art. 5 OCSP ne concernait cependant que son titre et l'al. 4bis si bien que la question de savoir quelle version doit s'appliquer peut rester ouverte. En effet, quelque soit la formulation de l'art. 5 OCSP, cette forme du contrôle de sécurité relatif aux personnes n'est pas limitée à certains membres de l'armée mais doit être effectué pour tous les conscrits (art. 5 al. 2 OCSP; voir parmi d'autres: arrêt du Tribunal administratif fédéral A-874/2012, précité, consid. 4.2 avec les références citées).

5.3 Dans le cas d'espèce, le fait que la déclaration de risque a été rendue uniquement sur la base des données obtenues conformément à l'art. 112 al. 1 let. d ch. 1 LAAM et que l'autorité inférieure a renoncé à une audition n'est pas contesté. Le recourant y voit une violation de son droit d'être entendu. A ce propos, l'autorité inférieure réplique, en résumé, que le droit d'être entendu ne doit pas être confondu avec l'audition et qu'il avait été respecté car le recourant aurait pu s'exprimer par écrit sur les formulaires adéquats. De plus, elle soutient qu'elle n'était pas obligée de procéder à une audition, selon ses termes "un outil de l'enquête administrative (contrôle de sécurité) à disposition du Service spécialisé au même titre que le recueil des données écrites" (réponse de l'autorité inférieure du 13 juillet 2012, § III ch. 1, p. 2 et 3).

5.4 La jurisprudence du Tribunal fédéral a déduit du droit d'être entendu, tel qu'il est garantit par l'art. 29 al. 2 Cst., notamment le droit pour le justiciable de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique (ATF 138 III 252 consid. 2.2, ATF 135 II 286 consid. 5.1; ATF 135 V 465 consid. 4.3.2). Lorsqu'un délai est fixé pour s'exprimer, celui-ci doit être approprié afin de permettre une défense efficace des droits (ATF 133 V 196 consid. 1.2). Le droit d'être entendu découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. ne comprend pas cependant pas le droit d'être entendu oralement (cf. ATF 134 I 140 consid. 5.3, ATF 130 II 425 consid. 2.1, ATF 125 I 209 consid. 9b; ATF 122 II 464 consid. 4c). En plus d'être un droit formel, le droit d'être entendu a une double fonction, il sert également à l'établissement des faits (ATF 135 I 187 consid. 2.2).

Il convient de rappeler, qu'en son temps, la Commission de recours du DDPS avait déjà clairement établi que l'audition de la personne concer-

née au sens de l'art. 20 al. 2 let. f LMSI est à distinguer de la possibilité de se prononcer par écrit sur le résultat des investigations lorsque l'autorité chargée du contrôle envisage de ne pas prononcer une déclaration de sécurité positive, telle qu'elle est prévue à l'art. 21 OCSP selon le droit en vigueur (cf. extrait du jugement de la Commission de recours du DDPS, I^{lème} Division, du 30 août 2002, consid. 2e, publié dans la Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 67.101). Si entre-temps l'OSCP a été totalement révisée, le système est similaire et la jurisprudence précitée reste valable. Il y a lieu de distinguer l'éclaircissement de l'état de fait et le respect du droit d'être entendu. Alors que l'audition personnelle sert avant tout l'instruction et l'établissement des faits, la possibilité de prendre position par écrit – telle qu'elle est prescrite par l'art. 21 OSCP – concrétise le droit d'être entendu en le formalisant (voir également ATF 130 II 473 consid. 3.1).

Ainsi, il n'y a pas eu de violation du droit d'être entendu du recourant dès lors que ce dernier ne peut se prévaloir d'un droit à s'exprimer oralement et dans la mesure où le droit d'être entendu est suffisamment garanti par la possibilité de se prononcer par écrit qui lui a été offerte sur les formulaires prévus à cet effet (voir ci-dessus let. B). Or, le recourant y a renoncé.

Si l'on peut admettre une renonciation anticipée du recourant à l'exercice de son droit d'être entendu, se pose en revanche la question de savoir si c'est à juste titre que l'autorité inférieure a renoncé à procéder à une audition en tant que moyen de preuve. En particulier, si les dispositions applicables au contrôle de sécurité selon l'art. 113 LAAM imposent une audition dans la phase d'établissement des faits.

5.5 Selon la jurisprudence, la loi – ou l'ordonnance – s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, respectivement si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles ou qu'il comporte des notions juridiques indéterminées, il faut rechercher la véritable portée de la norme en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment de sa relation avec d'autres dispositions et de son contexte (interprétation systématique), du but et de l'esprit de la règle – respectivement de la délégation législative pour une ordonnance dépendante –, des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) et de la volonté du législateur, respectivement du Conseil fédéral, telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique). Lors de cet examen, il sied de privilégier une approche pragmatique s'inspirant d'une

pluralité de méthodes, étant précisé que les différentes méthodes ne sont soumises à aucun ordre de priorité (ATF 132 III 226 consid. 3.3.5; ATAF 2011/21 consid. 4.1; ATAF 2007/48 consid. 6.1; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7126/2008 consid. 5.1; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. I, 2e éd., Berne 2006, p. 505 ss).

5.6 La loi soumet l'audition individuelle à deux conditions, d'une part la personne concernée doit être enregistrée dans l'un des registres visés au ch. 1 de l'art. 113 al. 1 let. d ch. 1 LAAM (voir ci-dessus consid. 5.1) et d'autre part, le service spécialisé doit avoir l'intention de ne pas délivrer la déclaration de sécurité. Les deux conditions sont réunies dans le cas d'espèce. La lettre de la loi à elle seule ne suffit cependant pas à établir si, dès lors que les deux conditions sont réunies, le Service spécialisé a l'obligation de procéder à une audition ou si la personne concernée a le droit d'en exiger une. Dans le cadre de la LMSI, la possibilité d'une audition de la personne concernée, en tant que moyen de récolte des données, est prévue à l'art. 20 al. 2 let. f LMSI (voir consid. 3.4 ci-dessus). Mise à part le but du contrôle qui est différent – appréciation du potentiel de violence et non des risques pour la sécurité intérieure – et les restrictions des moyens à disposition par rapport à un contrôle selon la LMSI, il ne semble pas que le législateur, s'agissant des modalités d'exécution, ait voulu imposer une solution différente des contrôles de sécurité effectués sur la base de la LMSI (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5324/2012, précité, consid. 3.3). En dehors des dérogations à la LMSI prévues par la LAAM (cf. également art. 19 al. 3 LMSI); c'est donc au Conseil fédéral de fixer les modalités du contrôle de sécurité (art. 21 al. 5 LMSI). En conclusion, s'agissant de l'audition individuelle, ni la lettre de la loi ni les travaux préparatoires ne permettent de déduire que le législateur entendait rendre l'audition obligatoire dès que les conditions étaient réunies. L'on peut donc considérer que, comme la LMSI, l'art. 113 LAAM se borne à définir les moyens à disposition de l'autorité pour recueillir les données tout en les soumettant à des conditions, mais renvoie pour le surplus aux dispositions d'application de la LMSI, en particulier l'OSCP.

5.7 Mis à part l'art. 5 al. 2 OSCP qui précise le champ d'application personnel des contrôles selon l'art. 113 al. 1 let. d LAAM, l'OCSP ne contient pas de dispositions spécifiques à ce type de contrôle. En revanche, s'agissant des contrôles en vertu de la LMSI, trois degrés sont définis (cf. art. 9 al. 1 OSCP). Seul le dernier degré, justement intitulé "contrôle de sécurité élargi avec audition", exige une audition (art. 9 al.1 let. c et

12 OCSP). Les deux autres niveaux, le contrôle de sécurité de base (art. 9 al. let. a et 10 OCSP) et le contrôle de sécurité élargi (art. 9 al. let. b et 11 OCSP), ne prévoient l'audition qu'à titre facultatif, en la soumettant à des conditions (voir. art. 10 al. 4 et 11 al. 4 OCSP). L'une de ces conditions prévoit en particulier que le Service spécialisé peut recourir à l'audition si les données fournies sont insuffisantes pour évaluer la personne (cf. art. 10 al. 4 let. b et art. 11 al. 4 let. b OCSP). A contrario, l'on peut donc en déduire que le Service spécialisé peut y renoncer si les autres données sont suffisantes pour évaluer la personne concernée. A cet égard, il convient encore de relever que ce n'était pas encore le cas sous l'empire de l'ancienne ordonnance sur les contrôles de sécurité relatifs aux personnes du 19 décembre 2001 (aOCSP; RO 2002 377, 2005 4571, 2006 4177 art. 13, 2006 4705 ch. II 1, 2008 4943 ch. I 3, 2008 5747 annexe ch. 2, 2009 6937 annexe 4 ch. II 2), en vigueur jusqu'au 31 mars 2011 (voir art. 31 al.1 et 33 OCSP). En effet, si les trois degrés de contrôle sont restés identiques, l'ancien droit prévoyait un système en cascade qui déclenchait l'exécution automatique d'un contrôle élargi avec audition dès que certaines conditions étaient remplies. Ainsi, si, à l'occasion d'un contrôle de sécurité de base (art. 10 aOCSP) ou élargi (art. 11 aOCSP), la personne concernée était inscrite dans les registres au sens de l'art. 20 al. 2 let a et d LMSI et que, pour ce motif, le Service spécialisé envisageait de prendre une décision négative ou une décision assortie de réserves, le Service spécialisé était tenu d'engager un contrôle de sécurité élargi avec audition (art. 10 al. 3 et 11 al. 3 aOCSP). L'art. 113 LAAM dans sa teneur actuelle est entré en vigueur simultanément avec la nouvelle OCSP. A l'évidence, la révision totale de cette dernière avait notamment pour but de limiter le recours à une audition personnelle aux cas dans lesquels cela s'avère nécessaire. Ceci n'est pas seulement conforme au principe d'économie de la procédure mais correspond également au principe de proportionnalité envisagé sous l'angle de la nécessité. L'audition représente en effet une intrusion non-négligeable dans la sphère privée de la personne concernée (ATF 130 II 473, précité, consid. 4.5 p. 479). Il convient donc de faire usage de l'audition uniquement dans les cas où cela s'avère strictement nécessaire. En résumé, dans le cadre d'un contrôle selon l'art. 113 LAAM, les dispositions légales n'obligent pas l'autorité à tenir une audition personnelle dès que les conditions de cet article sont remplies mais laisse le recours ou non à ce moyen de preuve à l'appréciation de l'autorité.

5.8 L'autorité n'est cependant pas complètement libre dans son appréciation. Elle est en particulier tenue de constater les faits d'office (art. 12 PA) et de motiver sa décision (art. 35 PA) sur la base de l'état de fait qu'elle

estime pertinent. Ainsi, la jurisprudence a établi que dans certains cas, une audition personnelle s'imposait à titre de preuve (ATF 122 II 464 consid. 4). L'autorité peut néanmoins mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (cf. ATF 130 II 425 consid. 2.1). L'appréciation anticipée des preuves consiste dans le fait, pour l'autorité de se demander si tel ou tel moyen de preuve doit effectivement être administré et donc si l'établissement de tel ou tel fait est de nature à influer sur le sort du litige. S'agissant de l'appréciation des preuves et de l'établissement des faits, il y a arbitraire lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables (ATF 136 III 552 consid. 4.2).

6.
Dans le cas d'espèce, cela revient donc à examiner si la motivation de l'autorité inférieure, qui se fonde uniquement sur les renseignements collectés par écrit, satisfait aux conditions de l'art. 35 PA et parallèlement si elle se fonde sur un état de fait suffisant.

6.1 Selon la jurisprudence, le fait qu'une personne a été reconnue coupable d'infractions au code pénal ne signifie pas en soi qu'elle constitue un risque pour la sécurité de l'Etat. Il y a lieu de ne pas étendre excessivement l'aspect de sûreté par une appréciation schématique des facteurs de risque d'un acte criminel (cf. décision de la Commission de recours du DDPS du 26 août 2003 consid. 7, publiée dans la JAAC 70.48). Par analogie, ceci est tout aussi valable pour l'appréciation du risque sous l'angle limité de l'art. 113 LAAM qui vise à prévenir le risque qu'une personne n'abuse de son arme de service pour tuer ou blesser quelqu'un (cf. arrêt du Tribunal administratif A-2847/2012 du 20 décembre 2012 consid. 5.1). On veut ici protéger l'intégrité corporelle de tiers ou de la personne concernée et non plus la sécurité de l'état. Il faut donc avant tout considérer le type de délit commis, les circonstances dans lesquelles il s'est déroulé, ainsi que les raisons de sa commission. Il importe d'examiner si l'on peut déduire de ces éléments des traits de caractère de l'intéressé qui laissent craindre qu'il utilise l'arme d'une manière dangereuse pour lui-même ou pour autrui. Lorsque l'autorité établit son pronostic, elle prend en compte l'ensemble des éléments, en particulier la personnalité du recourant, ses

antécédents, le milieu dans lequel il vit et les comportements qu'il pourrait adopter à l'avenir (arrêts du Tribunal administratif fédéral A-518/2012 du 15 août 2012 consid 5.3, A-5123/2011 du 21 juin 2012 consid. 6.4, A-3037/2011 du 27 mars 2012 consid. 6.2, A-5050/2011 du 12 janvier 2012 consid. 5.2, A-4673/2010 du 7 avril 2011 consid. 6.4). En d'autres termes, des considérations de prévention générale ne suffisent pas à elles seules pour établir la dangerosité d'un individu.

6.2 En l'espèce, l'autorité inférieure a renoncé à procéder à l'audition et se justifie en invoquant la complétude des données recueillies lors de la phase d'enquête. Elle motive sa décision en se fondant sur les deux condamnations pénales pour infractions à la LCR. Elle constate notamment que:

> "le Service spécialisé ne peut exclure des occasionnels abus d'alcool, ce qui peut constituer un sérieux risque pour la sécurité intérieure. En effet, le Service spécialisé ne peut écarter, qu'ayant agi deux fois de manière irresponsable au volant, dont une fois sous l'emprise de l'alcool, vous [le recourant] ne puissiez agir de manière identique avec l'arme personnelle de service ou d'autres armes ou équipement dans le cadre du service militaire, ce qui ferait peser un risque élevé sur les camarades de service ou la société civile[…]" (décision entreprise, § III p. 4.).

Dans le cadre du contrôle selon l'art. 113 LAAM, le Service spécialisé doit se prononcer, au cas par cas et de manière concrète, sur le risque d'un abus avec l'arme de service. La décision entreprise se contente cependant d'énoncer un risque potentiel sur la base d'une corrélation très générale. La motivation paraît ainsi avoir pour seule portée le rappel que sous l'emprise de l'alcool un risque d'abus de l'arme de service est toujours possible et qu'une violation grave des règles de circulation routière peut – théoriquement – exprimer un potentiel de violence. Si la pertinence des arguments invoqués par l'autorité ne sont pas mis en doute sur un plan général, il ne ressort en revanche ni de la motivation, ni des actes commis que le recourant ait une propension particulière à la violence ou des problèmes de dépendance. Sur cette base, l'on pourrait comprendre qu'il y a un risque de récidive au volant, et que le recourant ne devrait pas être autorisé à conduire des véhicules à l'armée. En revanche, aucun élément supplémentaire ne vient appuyer la thèse selon laquelle le recourant aurait une propension à la violence. L'autorité inférieure pose des axiomes, comme la corrélation statistique entre alcool et potentiel de violence, et applique ce schéma sans amener d'éléments qui expliqueraient pourquoi le recourant présente concrètement un tel potentiel. Faute d'avoir examiné plus avant la situation personnelle du recourant par le biais d'une audition, la décision n'étaye en rien si le recourant aurait réellement un pro-

blème d'alcool ou souffrirait d'une autre dépendance. L'on pourrait par exemple comprendre qu'en présence de délits contre la vie et l'intégrité corporelle, le Service spécialisé retienne un potentiel de violence. Dans le cas d'espèce cependant, s'agissant de délits de mise en danger abstraite, on ne comprend pas à la lecture de la motivation pourquoi le recourant serait particulièrement dangereux en dehors de la circulation routière. Sans vouloir en aucun cas nier la gravité des infractions commises ou minimiser la dangerosité des infractions à la LCR, force est de constater que l'établissement des faits est insuffisant et que logiquement la décision ne satisfait pas non plus aux exigences de motivation. Dans le cas d'espèce, seule une audition permet de récolter les éléments indispensables pour éclaircir la situation personnelle du recourant et établir un pronostic fiable sur sa dangerosité.

6.3 En l'espèce, le grief de la motivation insuffisante n'a donc pas de portée propre par rapport à celui tiré d'une constatation des faits d'office incomplète et d'une mauvaise appréciation des preuves (art. 49 PA). Sur la base d'un état de fait incomplet, la motivation ne pouvait être qu'insuffisante à moins que le constat de dangerosité du recourant puisse se justifier au vu des autres arguments invoqués dans la décision. Il convient donc encore d'examiner si une telle appréciation anticipée des preuves peut se fonder sur la législation civile sur les armes comme semble le penser l'autorité inférieure.

7.

Le Service spécialisé justifie également sa décision en se basant sur la législation civile sur les armes lorsqu'il estime que, "en toute bonne logique les conditions valables dans la société civile pour l'obtention d'un permis d'arme doivent s'appliquer, par analogie, à la remise d'une arme de service" (décision entreprise ch. III p. 4). Se faisant, il se réfère, à l'art. 8 al. 2 let. d de la loi sur les armes du 20 juin 1997 (LArm, RS 514.54), disposition aux termes de laquelle "Aucun permis d'acquisition d'armes n'est délivrés aux personnes qui sont enregistrées au casier judiciaire pour un acte dénotant un caractère violent ou dangereux ou pour la commission répétée de crimes ou de délits, tant que l'inscription n'est pas radiée." Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, cette disposition comprend deux motifs d'exclusion distincts, soit l'inscription au casier judiciaire premièrement pour un acte dénotant un caractère violent ou dangereux, deuxièmement pour la commission répété de crimes ou de délits (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_158/2011 du 29 septembre 2011 consid. 3.3). Alors que, dans le premier cas, l'autorité doit exercer son pouvoir d'appréciation pour déterminer concrètement le caractère violent

ou dangereux de la personne concernée (cf. PHILLIPE WEISSENBERGER, Die Strafbestimmungen des Waffengesetzes, in Pratique juridique actuelle [PJA] 2000 [2] p. 153 ss., p. 1639), la deuxième hypothèse désigne comme rédhibitoire en soi la commission répétée de crimes ou de délits, sans qu'il soit nécessaire d'analyser si des actes révèlent une attitude violente ou dangereuse (HANS WÜST, Schweizer Waffenrecht, Zurich, 1999, p. 77 s). La LAAM en revanche ne prévoit pas cette seconde hypothèse et le Service Spécialisé est donc tenu d'exercer son pouvoir d'appréciation. De plus l'art. 1 LArm exclut l'armée du champ d'application. Il n'y a donc pas de place pour une subsomption par analogie telle que veut la faire le Service spécialisé. Ainsi s'il n'est pas exclu que l'Etat-major de conduite de l'armée s'inspire de ces normes pour établir des critères dans son domaine de compétence et puisse considérer par exemple que des condamnations multiples pour des infractions contre l'intégrité corporelle et la vie, constituent d'emblée un motif empêchant la remise de l'arme personnelle, ce n'est précisément pas ce qui est demandé au Service spécialisé.

8.
C'est donc de manière contraire au droit que le Service spécialisé a renoncé à auditionner le recourant afin d'examiner si il présentait concrètement un potentiel de violence. Le dispositif de la décision recommandant de ne pas remettre l'arme personnelle au recourant doit donc être annulé (ch. 3).

8.1 Dans le cas d'espèce, une audition du recourant par le Service spécialisé comme mesure d'instruction complémentaire s'avère donc nécessaire. Dès lors qu'une audition s'imposait, la question de savoir si, par ailleurs, le droit d'être entendu du recourant n'a pas suffisamment été respecté par le Service spécialisé peut rester ouverte.

8.2 Il s'ensuit que le recours doit être admis et la cause renvoyée à l'autorité inférieure pour qu'elle procède à l'audition du conscrit et détermine, concrètement son potentiel de violence.

9.
Il ne sera pas perçu de frais de procédure, vu l'issue de la procédure. Le montant de l'avance de frais versé par le recourant lui sera restitué après l'entrée en force de la décision.

10.
Le DDPS, qui succombe, versera au recourant une indemnité de dépens

pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al.1 PA et art. 7 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). En l'occurrence, sur la base du dossier (art. 14 al. 2 FITAF), l'autorité inférieure versera une indemnité de dépens de 2'000 francs au recourant.

(dispositif page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Le recours est admis et la décision attaquée est annulée. La cause est renvoyée à l'autorité inférieure pour qu'elle procède conformément aux considérants qui précèdent.

2.
Il n'est pas perçu de frais de procédure. L'avance sur les frais de procédure de 1'500 francs sera restituée au recourant, sitôt l'entrée en force du présent arrêt.

3.
Une indemnité de 2'000 francs est allouée au recourant à titre de dépens, à la charge de l'autorité inférieure.

4.
Le présent arrêt est adressé :

– au recourant (Acte judiciaire)
– à l'autorité inférieure (Recommandé ;n° de réf. Nr. 533'197)
– au secrétariat général du DDPS (Acte judiciaire)

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

La présidente du collège : Le greffier :

Claudia Pasqualetto Péquignot Jérôme Barraud

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). Ce délai ne court pas du septième jour avant Pâques au septième jour après Pâques inclus (art. 46 al. 1 let. a 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 du recourant (art. 42 LTF).

Expédition :