

# **BVGer A-3728/2018 vom 27. August 2019**

Bundesverwaltungsgericht, 2019-08-27, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-3728\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-3728_2018)

FR: TAF A-3728/2018 du 27 août 2019

IT: TAF A-3728/2018 del 27 agosto 2019

## **Regeste**

Obligations militaires

## **Erwägungen**

### **E. 1**

La procédure de recours est régie par la PA, pour autant que la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32; art. 37 LTAF) n'en dispose pas autrement. Le Tribunal examine d'office et librement sa compétence (art. 7 al. 1 PA) et la recevabilité des recours qui lui sont soumis.

#### **E. 1.1**

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'espèce, l'acte attaqué n'entre pas dans le champ d'exclusion de l'art. 32 LTAF (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5984/2013 du 4 février 2015 consid. 1.1). Le Commandement de l'instruction (Personnel de l'armée) de l'armée suisse est une autorité précédente au sens de l'art. 33 let. d LTAF (annexe I/B/IV ch. 1.4.5 de l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [OLOGA, RS 172.010.1]). Le Tribunal est ainsi compétent pour connaître du recours.

#### **E. 1.2**

Etant destinataire de la décision attaquée qui refuse sa réintégration dans l'armée, le recourant est particulièrement atteint et a un intérêt digne de protection à requérir son annulation (cf. art. 48 al. 1 PA). La qualité pour recourir lui est donc reconnue.

#### **E. 1.3**

En outre, les dispositions relatives au délai, à la forme et au contenu du recours sont respectées (cf. art. 50 et 52 PA). Il est dès lors recevable, de sorte qu'il convient d'entrer en matière.

#### **E. 2.1**

Aux termes de l'art. 49 PA, le Tribunal contrôle les décisions qui lui sont soumises sous l'angle de la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), de la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b) et de l'inopportunité (let. c). Conformément à la maxime inquisitoire, le Tribunal vérifie d'office les faits constatés par l'autorité inférieure (art. 12 PA), sous réserve du devoir de collaborer des parties (art. 13 PA). Il 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. 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 142 I 135 consid. 2.3, 136 II 165 consid. 4.1 et 5.2, 135 I 91 consid. 2.1 ; ATAF 2014/24 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-3909/2016 du 30 janvier 2019 consid. 2.2).

## **E. 2.2**

Le pouvoir de cognition du Tribunal administratif fédéral doit cependant tenir compte du fait que l'autorité décisionnaire jouit d'un pouvoir d'appréciation étendu, en particulier lorsque la problématique concerne des questions que, de par sa proximité personnelle, locale ou matérielle ou ses meilleures connaissances techniques, elle est mieux en mesure de connaître et d'apprécier. Il en va de même en présence d'une notion juridique indéterminée qui fait appel à des éléments de nature technique ou à des circonstances locales dont l'autorité inférieure a une meilleure connaissance. En même temps, le Tribunal doit veiller à ce que dite autorité spécialisée ne s'est pas laissée guider par des considérations non objectives, étrangères au but visé par les dispositions applicables, ou violant des principes généraux du droit, tels l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 de la Constitution de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101]), l'égalité de traitement (art. 8 Cst.), la bonne foi (art. 5 al. 3 et art. 9 Cst.) ou la proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.). Cela signifie également que l'autorité précédente doit motiver sa décision de manière suffisamment circonstanciée afin de permettre au Tribunal d'assurer le contrôle judiciaire qui lui est confié (Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung ; cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral A-3703/2017 du 27 août 2018 consid. 1.4, A-5984/2013 du 4 février 2015 consid. 2.3).

## **E. 3**

L'objet du litige porte sur le point de savoir si l'autorité inférieure a refusé à bon droit, par décision du 28 mai 2018, la demande de réintégration au sein de l'armée formulée par le recourant en date du 24 avril 2018. Il s'inscrit dans le cadre juridique suivant.

### **E. 3.1**

Tout homme de nationalité suisse est astreint au service militaire ou au service civil de remplacement (art. 59 al. 1 Cst. ; art. 2 al. 1 LAAM). Les obligations militaires comprennent, notamment, le service militaire ou civil et le paiement, le cas échéant, de la taxe d'exemption (art. 2 al. 2 LAAM). L'art. 21 al. 1 LAAM prévoit toutefois que ne sont pas recrutés les conscrits dont la présence est incompatible avec les impératifs du service militaire parce que, par un jugement entré en force, ils ont été condamnés pour un crime ou un délit ou ont été soumis à une mesure privative de liberté. Ensuite, aux termes de l'art. 22 al. 1 let. a LAAM, sont exclus de l'armée les militaires dont la présence est incompatible avec les impératifs du service militaire parce que, par un jugement entré en force, ils ont été condamnés pour un crime ou un délit (ch. 1) ou ont été soumis à une mesure privative de liberté (ch. 2).

### **E. 3.2**

Conformément à l'art. 22 al. 2 LAAM, les personnes exclues de l'armée selon l'al. 1er de cette disposition peuvent, à leur demande, être réintégrées au sein de l'armée si, d'une part, elles ont subi avec succès la mise à l'épreuve en cas de condamnation avec sursis ou sursis partiel ou en cas de libération conditionnelle (art. 22 al. 2 let. a LAAM) et, d'autre part, si l'armée a besoin d'elles (art. 22 al. 2 LAAM). Ces deux conditions sont cumulatives, les versions allemande et italienne de la disposition l'indiquant toutefois plus clairement que la

version française. Il s'agit en outre d'une "Kann-Vorschrift", qui accorde à l'autorité décisionnaire une certaine marge d'appréciation (arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5984/2013 du 4 février 2015 consid. 4.2).

### **E. 3.3**

Selon la jurisprudence de céans, les conditions d'un non-recrutement au sens de l'art. 21 al. 1 LAAM et d'une exclusion de l'armée au sens de l'art. 22 al. 1 LAAM sont identiques. Il en va de même entre les conditions d'une non-réadmission au recrutement (art. 21 al. 2 LAAM) et celles d'une non-réintégration dans l'armée (art. 22 al. 2 LAAM ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5984/2013 du 4 février 2015 consid. 5.1). Dans le message du Conseil fédéral, le commentaire de l'art. 21 LAAM renvoie en outre expressément à celui de l'art. 22 LAAM (cf. Message du Conseil fédéral du 7 mars 2008 concernant la modification de la législation militaire [LAAM et la loi fédérale sur les systèmes d'information de l'armée], FF 2008 2841, p. 2856 s.). Il s'agit ainsi de deux dispositions parallèles, qui se répliquent certes, mais distinctement en leurs alinéas 1er (art. 21 al. 1 - non-recrutement - et art. 22 al. 1 LAAM - exclusion de l'armée), respectivement en leurs alinéa 2 (art. 21 al. 2 - réadmission au recrutement - et art. 22 al. 2 - réintégration au service militaire). Cela étant, la particularité du cas d'espèce tient au fait que l'autorité inférieure a traité la demande de réintégration en appliquant, de manière croisée, l'art. 22 al. 1 LAAM en lieu et place de l'art. 22 al. 2 LAAM, alors qu'il ne peut y avoir de parallélisme entre ces deux alinéas qui, quant à eux, réglementent des situations différentes.

### **E. 4**

Le premier grief est pris de la violation du droit d'être entendu.

#### **E. 4.1**

A cet égard, le recourant estime que l'autorité inférieure n'aurait pas tenu compte du texte légal, des arguments et des pièces produites par ses soins et que la motivation de la décision du 25 mai 2018 serait trop sommaire. Il considère que l'autorité inférieure a retenu que la condamnation de celui-ci était toujours inscrite au casier judiciaire, ce qui n'est pas le cas, et que celle-ci a omis de motiver sa décision en expliquant pourquoi les conditions de l'art. 22 al. 2 LAAM permettant sa réintégration dans l'armée ne seraient pas remplies. Pour sa part, l'autorité inférieure réitère que les conditions justifiant l'exclusion de l'armée sont remplies et considère que les faits pertinents permettant d'établir de manière suffisamment claire la commission d'un « délit de chauffard » découlent du jugement pénal. L'autorité inférieure précise subsidiairement qu'une éventuelle violation du droit d'être entendu serait réparée devant le Tribunal en tant qu'autorité de recours disposant d'un pouvoir d'appréciation complet.

#### **E. 4.2.1**

L'art. 29 al. 2 Cst. garantit le droit d'être entendu à toute personne avant qu'une décision soit prise à son détriment. Ce droit est confirmé par l'art. 29 PA. Ainsi l'administré a-t-il, en particulier, le droit d'être informé de l'ouverture d'une procédure, de son déroulement, de son contenu et de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment (cf. ATF 132 V 368 consid. 3.1, 129 II 497 consid. 2.2, 127 III 576 consid. 2c et les réf. cit. ; ATAF 2010/53 consid. 13.1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5307/2018 du 18 juin 2019 consid. 4.1.2). Son corollaire est l'obligation pour l'autorité de motiver ses décisions. L'administré doit en effet connaître les raisons pour lesquelles l'autorité lui a donné tort, afin d'être en mesure de juger de l'opportunité d'un recours. L'autorité de recours doit également

le savoir dans le but d'exercer son contrôle de manière optimale (cf. Felix Uhlmann/Alexandra Schilling-Schwank, in : Waldmann/Weissenberger [édit.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2ème éd., Zurich/Bâle/Genève 2016, Art. 35 n°10 ss). Dans le cadre du devoir de motivation, il suffit que l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que l'administré puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. En particulier, lorsque les parties font valoir des griefs pertinents, il doit ressortir de la motivation que l'administration s'est penchée sur les éléments évoqués et les a traités au regard des dispositions applicables. La question de savoir si une décision est suffisamment motivée est distincte de celle de savoir si la motivation adoptée est convaincante (cf. arrêt du TF 2C\_270/2015 du 6 août 2015 consid. 3.2 et les références citées ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-2569/2018 du 4 juin 2019 consid. 2.2.1).

#### **E. 4.2.2**

Pour autant qu'elle ne soit pas d'une gravité particulière, la violation du droit d'être entendu peut être réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen. Toutefois, une telle réparation doit rester l'exception et n'est admissible, en principe, que dans l'hypothèse d'une atteinte qui n'est pas particulièrement grave aux droits procéduraux de la partie lésée ; cela étant, une réparation de la violation du droit d'être entendu peut également se justifier, même en présence d'un vice grave, lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure, ce qui serait incompatible avec l'intérêt de la partie concernée à ce que sa cause soit traitée dans un délai raisonnable (cf. ATF 142 II 218 consid. 2.8.1, 137 I 195 consid. 2.3.2, 135 I 279 consid. 2.6.1 ; ATAF 2013/23 consid. 6.1.3 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-3390/2018 du 26 mars 2019 consid. 3.1.4).

#### **E. 4.3**

Il convient d'observer que l'autorité inférieure a déjà été confrontée au grief de manquer à son devoir de motivation, dans une occurrence toutefois différente de la présente. Ainsi, dans l'arrêt A-5984/2013 du 4 février 2015 rendu sur recours contre une décision refusant une demande de réintégration au recrutement, alors que la requête portait sur une réintégration au sein l'armée, le Tribunal de céans a jugé que la motivation de l'autorité inférieure pouvait encore être considérée comme respectant les exigences légales et jurisprudentielles à ce titre. En effet, il a été considéré que le recourant pouvait pleinement comprendre, à la lecture de la décision querellée, que l'autorité inférieure justifiait expressément son refus par le fait qu'elle estimait que l'armée n'avait pas besoin de lui, respectivement n'avait pas un besoin impératif de lui. Le Tribunal a ainsi rejeté le grief de violation du droit d'être entendu malgré le fait que l'autorité inférieure avait basé sa décision sur l'art. 22 al. 2 LAAM (réintégration dans l'armée) en lieu et place de l'art. 21 al. 2 LAAM (admission au recrutement suite à une décision précédente de non-recrutement). Ce faisant, il a estimé qu'il pouvait procéder à une substitution de motifs - ceux-ci étant les mêmes au sens des deux dispositions (le besoin) et l'absence de besoin étant explicitée - et que cette erreur ne représentait pas en soi une violation du droit d'être entendu mais tout au plus un motif de fond, justement soulevé par le recourant. Ce dernier avait en toute hypothèse pu recourir en pleine connaissance des raisons qui avaient conduit l'autorité inférieure à rejeter sa demande en raison du fait qu'elle n'avait pas besoin de lui (consid. 3.2.2). Il s'avère toutefois que la situation n'est manifestement pas la même en l'occurrence, dans la mesure où l'autorité inférieure n'a pas considéré la requête du recourant comme une demande de

réintégration (au sein de l'armée), mais l'a traitée comme un cas d'exclusion (de l'armée).

#### **E. 4.4**

Au cas d'espèce, le Tribunal est conduit à retenir ce qui suit quant au grief portant sur le défaut de motivation de la décision attaquée.

##### **E. 4.4.1**

Il appert clairement que la décision de l'autorité inférieure et ses mémoires en la présente procédure sont peu clairs et lacunaires. En effet, comme le relève le recourant, l'autorité inférieure fonde la quasi intégralité de son raisonnement juridique et de sa motivation sur l'art. 22 al. 1 LAAM, qui concerne l'exclusion de l'armée et non la réintégration des militaires. Malgré l'intitulé de sa décision du 25 mai 2018 citant la disposition relative à la réintégration (art. 22 al. 2 LAAM), l'autorité inférieure s'est en effet basée sur l'art. 22 al. 1 LAAM qui traite de l'exclusion. A aucun moment de la procédure, celle-ci n'a examiné de manière consolidée les deux conditions cumulatives relatives à la réintégration du recourant au sein de l'armée. Elle a persisté dans son erreur dans ses écritures devant le Tribunal de céans et cela, même après avoir été rendue attentive à cette incohérence. Sa motivation est ainsi défailante et il n'est pas possible d'y suppléer pour les raisons suivantes.

##### **E. 4.4.2**

S'agissant d'abord de la première condition de l'art. 22 al. 2 let. a ch. 1 LAAM (avoir subi avec succès la mise à l'épreuve en cas de condamnation avec sursis ou sursis partiel ou en cas de libération conditionnelle), l'autorité inférieure a affirmé que le casier judiciaire du recourant n'était pas vierge, en se basant sur l'extrait accessible aux autorités. Il importe toutefois peu ici que cette condamnation figure encore sur le casier judiciaire du recourant, dans le sens où la condition de l'art. 22 al. 2 let. a LAAM présuppose que le délai de mise à l'épreuve en cas de condamnation avec sursis ait été subi avec succès. Or, le Tribunal rappelle qu'en l'occurrence, le recourant a été condamné le 11 février 2015 à une peine privative de liberté de treize mois avec sursis pendant trois ans. Au moment de la demande de réintégration du 24 avril 2018, dit délai de trois ans s'était écoulé, sans aucune récidive ou autre condamnation du recourant. La condition de l'art. 22 al. 2 let. a ch. 1 LAAM est donc réunie, indépendamment du fait que la condamnation figure encore sur l'extrait du casier judiciaire du recourant accessibles aux autorités. Ce motif de l'autorité inférieure est ainsi mal fondé.

##### **E. 4.4.3**

Ainsi devait être examinée la seconde condition posée par l'art. 22 al. 2 LAAM, celle du besoin de l'armée. Comme il a été vu, et contrairement au cas A-5984/2013 précité, l'autorité inférieure n'a pas même examiné cette condition, qui découle pourtant de manière prépondérante de son pouvoir d'appréciation et en dépend. Le Tribunal, rappelle que son propre pouvoir d'appréciation en la matière est nécessairement restreint, ce qui laisse à l'autorité inférieure une importante marge d'appréciation, tout en devant s'assurer du respect du droit par cette dernière. Cela est notamment justifié par le fait que l'autorité inférieure connaît bien les besoins de l'armée et est mieux placée pour y répondre de manière cohérente (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-3277/2017 du 3 décembre 2018 consid. 2.1 et les réf. cit.). Or, non seulement l'autorité inférieure n'a pas traité cette condition dans la décision attaquée, mais elle a en plus persisté à l'ignorer en continuant à se référer à l'art. 22 al. 1 LAAM dans ses écritures en la présente cause. Pour ces raisons, le Tribunal considère que le vice n'est pas réparable et qu'il n'est pas possible de substituer son

appréciation à celle, défailante, de l'autorité inférieure concernant la notion de besoin de l'armée.

#### **E. 4.5.1**

En principe, le recours devant le Tribunal est de nature réformatoire, ce dont il s'évince qu'il statue lui-même sur la cause et ne renvoie celle-ci qu'exceptionnellement à l'autorité inférieure avec des instructions impératives (art. 61 al. 1 PA). Il est toutefois admis que le juge dispose d'une grande latitude, pour décider s'il entend procéder lui-même aux mesures à prendre ou s'il renvoie l'affaire à l'administration (cf. ATAF 2014/42 consid. 7.2 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-3496/2018 du 28 septembre 2018 consid. 6). Un renvoi peut néanmoins se justifier par les tâches différentes et les fonctions et moyens respectifs dont disposent les diverses instances appelées à se succéder au cours de la procédure. Les procédures dans lesquelles un renvoi se justifie au regard de l'intérêt des parties (afin de ne pas perdre un degré de juridiction) sont visées par l'art. 61 al. 1 PA. En font notamment parties les cas où les décisions de l'autorité inférieure comportent d'importants vices de procédure (cf. Madeleine Camprubi, in : Kommentar VwVG, op. cit., n. 11 ad art. 61). Tel est bien le cas en l'occurrence.

#### **E. 4.5.2**

Au cas d'espèce, le Tribunal estime qu'il ne convient pas d'admettre une réparation de la violation du droit d'être entendu à ce stade, puisque que dite réparation reviendrait en outre à priver le recourant d'un degré de juridiction (cf. ATAF 2010/35 consid. 4.3.2, arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5228/2016 du 25 avril 2017 consid. 4.2.3). Ce postulat est renforcé par le fait que les décisions en matière de service militaire ne peuvent faire l'objet d'un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral (cf. art. 83 let. i de la loi sur le Tribunal fédéral du 7 juin 2005 [LTF, RS 173.110] ; cf. également arrêt du Tribunal fédéral 1C\_647/2017 du 17 janvier 2018 consid. 3 en matière de contrôle de sécurité des personnes). En effet, dite disposition d'exception couvre toutes les décisions relatives au service en tant que tel ou à l'obligation de servir. Sont notamment concernés les cas de recrutement selon l'art. 21 LAAM (cf. notamment arrêt du Tribunal fédéral 2C\_221/2017 du 12 juin 2017 consid. 3.3) ou d'expulsion de l'armée selon l'art. 22 LAAM et, par conséquent, de réintégration (cf. Häberli Thomas, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3ème éd. 2018, no 183s. ad art. 83 LTF).

#### **E. 5.1**

Sur le vu de ce qui précède, le recours concluant à l'annulation de la décision du 25 mai 2018 doit être admis, la décision querellée annulée et l'affaire renvoyée à l'autorité inférieure, afin qu'elle procède dans le sens des considérants. Dans sa nouvelle décision, l'autorité inférieure veillera à respecter son devoir de motivation en relation avec le cas d'espèce et à examiner en détail les conditions liées à une éventuelle réintégration du recourant au sein de l'armée (selon l'art. 22 al. 2 LAAM), notamment celle se rapportant au besoin de cette dernière en effectif.

#### **E. 5.2**

Pour le surplus et par souci d'exhaustivité, le Tribunal considère que le renvoi ne représente pas, en l'occurrence, un formalisme excessif au sens de la jurisprudence précitée. En effet, l'autorité inférieure a négligé son devoir de motivation concernant un point crucial, à savoir le besoin en effectif de l'armée. Sans cette information, il était difficile pour le recourant de recourir en tout état de cause contre la décision querellée. Le renvoi permettra à l'autorité

inférieure de se pencher sur les conditions de l'art. 22 al. 2 LAAM et d'appliquer les bases légales correctes, dans l'optique de rendre une décision en adéquation avec le cas d'espèce.

### **E. 6.1**

En application de l'art. 63 al. 1 PA et de l'art. 4 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, les dépens et les indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2), les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe. Aucun frais de procédure n'est cependant mis à la charge des autorités inférieures déboutées (cf. art. 63 al. 2 PA). Selon la pratique, la partie bénéficiant d'un renvoi à l'autorité inférieure et pouvant encore obtenir une pleine admission de ses conclusions est en principe réputée, sous l'angle de la fixation des frais de procédure et des dépens, obtenir entièrement gain de cause (cf. arrêt du Tribunal administratif B-273/2019 du 11 juin 2019 consid. 7 et les jurisprudences citées). Vu l'issue de la procédure, il n'y a dès lors pas lieu de percevoir des frais de procédure. L'avance de frais de 1'000 francs versée par le recourant lui sera restituée dès l'entrée en force du présent arrêt.

### **E. 6.2**

L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, une indemnité de dépens à la partie ayant obtenu gain de cause (art. 64 al. 1 PA en lien avec l'art. 7 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]). Les dépens comprennent les frais de représentation et les éventuels autres frais nécessaires de la partie (cf. art. 8 FITAF). Les frais de représentation englobent notamment les honoraires d'avocat (cf. art. 9 al. 1 let. a FITAF), lesquels sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (cf. art. 10 al. 1 FITAF). Les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir au Tribunal, avant le prononcé de la décision, un décompte de leurs prestations ; à défaut, le Tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (cf. art. 14 FITAF). En l'espèce, la mandataire du recourant n'a pas fait parvenir de décompte de ses prestations au Tribunal. Compte tenu de ses actes (recours de 11 pages, réplique de 2 pages et 2 courriers simples), une indemnité de 2'000 francs est allouée au recourant, à charge de l'autorité inférieure. (le dispositif est porté à la page suivante)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.