

# **BVGer A-4396/2019 vom 8. Mai 2020**

Bundesverwaltungsgericht, 2020-05-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-4396\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-4396_2019)

FR: TAF A-4396/2019 du 8 mai 2020

IT: TAF A-4396/2019 del 8 maggio 2020

## **Regeste**

Obligations militaires

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Sous réserve des exceptions - non pertinentes en l'espèce - prévues à l'art. 32 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal de céans connaît, en vertu de l'art. 31 LTAF, des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. L'acte ici entrepris est une décision au sens de l'art. 5 PA.

### **E. 1.2**

Le Commandement de l'instruction (Cdmt Instr) est une unité de l'administration fédérale subordonnée au Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports DDPS (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], par renvoi de son art. 8 al. 1 let. a), dont les décisions non pécuniaires sont sujettes à recours devant le Tribunal administratif fédéral (art. 40 al. 1 LAAM).

### **E. 1.3**

Les recourants ont pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, laquelle a rejeté leur demande d'exemption du service militaire. Etant les destinataires de la décision querellée, ils sont particulièrement atteints et ont un intérêt digne de protection à requérir son annulation ou sa modification (art. 48 al. 1 PA). Ils ont donc qualité pour recourir.

### **E. 1.4**

Présenté dans le délai (art. 50 al. 1 PA) et les formes (art. 52 al. 1 PA) prévus par la loi, le recours est ainsi recevable, de sorte qu'il convient d'entrer en matière.

### **E. 2.1**

Les recourants peuvent invoquer devant le Tribunal la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et, à moins qu'une autorité cantonale n'ait statué comme autorité de recours, l'inopportunité de la décision entreprise (art. 49 PA).

### **E. 2.2**

Le Tribunal, qui applique d'office le droit fédéral, n'est pas lié par les motifs invoqués à l'appui du recours (art. 62 al. 4 PA), ni par les considérants de la décision attaquée (Moser et al., *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2ème éd., Bâle 2013, n° 3.197). Aussi

peut-il admettre ou rejeter le pourvoi pour d'autres motifs que ceux invoqués.

### **E. 3**

Au préalable, le Tribunal relève que les recourants ont invoqué une violation de leur droit d'être entendus, en ce sens que l'autorité inférieure n'avait pas pris en compte le courrier du 23 juillet 2019 (let. D supra) et n'avait pas suffisamment motivé sa décision ni interrogé l'employé lui-même.

#### **E. 3.1.1**

Vu la nature formelle de la garantie constitutionnelle du droit d'être entendu, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond, ce moyen doit être examiné en premier lieu (ATF 137 I 195 consid. 2.2 ; 135 I 279 consid. 2.6.1).

#### **E. 3.1.2**

Le droit d'être entendu est inscrit à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) et consacré, en procédure administrative fédérale, par les art. 26 à 28 (droit de consulter les pièces), les art. 29 à 33 (droit d'être entendu stricto sensu) et l'art. 35 PA (droit d'obtenir une décision motivée). L'art. 30 al. 1 PA prévoit en particulier que l'autorité entend les parties avant qu'une décision ne soit prise touchant leur situation juridique, soit le droit d'exposer leurs arguments de droit, de fait ou d'opportunité, de répondre aux objections de l'autorité et de se déterminer sur les autres éléments du dossier (ATF 143 V 71 consid. 4.1 ; 135 I 279 consid. 2.3 ; 132 II 485 consid. 3 ; ATAF 2010/53 consid. 13.1).

#### **E. 3.1.3**

Selon la jurisprudence et l'art. 35 PA, l'autorité a l'obligation de motiver sa décision afin que l'intéressé puisse la comprendre ainsi que l'attaquer ultérieurement s'il y a lieu, et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle. La motivation d'une décision est suffisante lorsque l'intéressé est en mesure d'en apprécier la portée et de la déférer à une instance supérieure en pleine connaissance de cause. L'objet et la précision des indications que l'autorité doit fournir dépendent de la nature de la décision à rendre et des circonstances particulières du cas. Néanmoins, en règle générale, il suffit que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée, sans qu'elle ne soit tenue de répondre à tous les arguments présentés. Elle peut passer sous silence ce qui, sans arbitraire, lui paraît à l'évidence non établi ou sans pertinence (ATF 138 IV 81 consid. 2.2 ; 134 I 83 consid. 4.1 ; arrêt du TF 2C\_263/2014 du 21 janvier 2015 consid. 4.1.1).

#### **E. 3.1.4**

En cas de violation avérée du droit d'être entendu, l'affaire doit en principe être renvoyée à l'autorité précédente. Ce principe doit toutefois être relativisé, dès lors qu'une éventuelle violation du droit d'être entendu en première instance peut exceptionnellement être réparée lorsque l'administré a eu la possibilité de s'expliquer librement devant une autorité de recours dont la cognition est aussi étendue que celle de l'autorité précédente (ATF 134 I 140 consid. 5.5 ; 133 I 201 consid. 2.2 ; 130 II 530 consid. 7.3). Le droit d'être entendu n'est par ailleurs pas une fin en soi ; il constitue un moyen d'éviter qu'une procédure judiciaire ne débouche sur un jugement vicié en raison de la violation du droit des parties de participer à la procédure, notamment à l'administration des preuves. Lorsque le renvoi de la cause à l'autorité précédente en raison de cette seule violation n'aurait pas de sens et conduirait seulement à prolonger la procédure, en faisant fi de l'intérêt des parties à un règlement

rapide du litige, il n'y a pas lieu d'annuler la décision attaquée (ATF 138 I 97 consid. 4.1.6.1 et réf. cit.).

### **E. 3.2.1**

L'employeur a été l'interlocuteur unique de l'autorité inférieure, l'employé n'intervenant que pour contresigner le formulaire de demande d'exemption. La personne gérant le dossier au nom de l'employeur n'a pas de pouvoir de signature selon l'extrait du registre du commerce de la recourante. La question pourrait donc ici déjà se poser de savoir si la demande a été valablement introduite. Cette question n'ayant toutefois pas fait l'objet de réserves de l'autorité inférieure, elle peut souffrir de rester ouverte. Lorsque l'autorité inférieure a exprimé son intention de rejeter la demande d'exemption (let. B supra), l'employeur a réagi et requis le prononcé d'une décision susceptible de recours (let. C supra). Dans son pli du 19 juillet 2019 (let. D supra), l'autorité inférieure a annoncé qu'elle allait prononcer une décision, ce à quoi l'employeur a répondu par son pli du 23 juillet 2019 (let. E supra). Il n'appert aucunement de ces échanges que l'employé aurait demandé à être entendu personnellement ou que l'employeur avait requis l'autorité d'entendre son employé. Les échanges laissent plutôt penser que, malgré l'absence de procuration, l'employé s'en était remis à son employeur et que ce dernier le représentait valablement. Dans leur recours, il est uniquement fait mention de ce que l'employé n'a pas été entendu personnellement, sans toutefois alléguer qu'il aurait été empêché de déposer une écriture ou qu'une telle demande lui aurait été refusée. De plus, la situation militaire du recourant (qui ne pouvait qu'être connue de l'autorité inférieure) n'était pas un élément pertinent pour sa cause (consid. 6.2.1 infra), les conditions d'exemption ici en cause n'étant soumises qu'à des aspects ayant trait à l'activité professionnelle dans la vie civile. Enfin, l'employeur était suffisamment qualifié pour expliquer la fonction de son employé au sein de l'entreprise. Dès lors, il y a lieu d'écarter le premier grief d'une violation du droit d'être entendu du recourant.

### **E. 3.2.2**

Avant le prononcé de la décision querellée, la recourante avait requis l'autorité inférieure de se déterminer sur une application de l'art. 29 let. c de l'ordonnance du 22 novembre 2017 sur les obligations militaires (OMi, RS 512.21). Dans sa décision querellée, l'autorité inférieure a cependant uniquement examiné l'application de l'art. 29 let. a OMi. L'autorité inférieure n'a ainsi pas donné suite à la demande de l'employeur. Toutefois, il ressort de la décision querellée que l'autorité inférieure a considéré que seule une application de l'art. 29 let. a OMi entrait en considération, de sorte qu'elle n'était pas contrainte d'examiner d'autres dispositions légales. Il n'y a donc pas lieu d'y voir une violation du droit d'être entendue de la recourante, le grief relevant bien plutôt d'une éventuelle violation du droit fédéral.

### **E. 3.3**

Il résulte de ce qui précède que les griefs de violation du droit d'être entendu soulevés par les recourants sont infondés.

### **E. 4.1**

Selon le principe de l'art. 2 al. 1 LAAM, concrétisant l'art. 59 al. 1 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Constitution fédérale, RS 101), tout citoyen suisse est astreint au service militaire. Les art. 17 et 18 LAAM prévoient des exceptions au principe du service militaire obligatoire général, à savoir l'exemption du service militaire pour les membres du parlement (art. 17) et pour les professionnels exerçant des activités indispensables (art. 18).

## **E. 4.2**

L'art. 18 al. 1 LAAM, dans sa version du 1er janvier 2018, dispose que sont exemptés du service militaire, tant qu'ils exercent leur fonction ou leur activité, les membres professionnels des services de sauvetage qui ne sont pas indispensables à l'armée pour ses propres services de sauvetage (let. d) et les membres professionnels des sapeurs-pompiers et des services de défense reconnus par l'État (let. i).

### **E. 4.2.1**

Cette disposition est développée aux art. 25 à 31 OMi.

### **E. 4.2.2**

L'art. 25 OMi dispose qu'une activité professionnelle est jugée principale lorsque la personne astreinte au service militaire est occupée sur la base d'un contrat de travail de durée indéterminée ou de durée déterminée d'un an au minimum, et que l'activité indispensable doit être exercée en moyenne pendant 35 heures au moins par semaine.

### **E. 4.2.3**

L'art. 29 OMi définit le cercle des personnes réputées être membres notamment des services de sauvetage, du corps des sapeurs-pompiers et des services d'intervention.

#### **E. 4.2.3.1**

Ainsi, l'art. 29 let. a OMi précise que sont concernés les membres des services de sauvetage qui, conformément à l'art. 56 de l'ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance maladie (OAMal, RS 832.102), exercent une fonction au sens de l'art. 28 en tant qu'ambulanciers titulaires d'un diplôme reconnu par la Confédération. L'art. 56 OAMal précité dispose que celui qui est admis en vertu du droit cantonal et qui conclut un contrat sur les transports et le sauvetage avec un assureur-maladie est autorisé à exercer son activité à la charge de cet assureur.

#### **E. 4.2.3.2**

Au sens de l'art. 29 let. c OMi, sont concernés les membres des corps de sapeurs-pompiers professionnels et des centres de renfort d'incendie et de secours, ainsi que les personnes exerçant la fonction de commandant des sapeurs-pompiers et de remplaçant du commandant, d'officier sapeurs-pompiers, de chef d'engins, de chef des détachements spéciaux, de porteurs d'appareil de protection respiratoire, de préposés aux appareils de protection respiratoire, de spécialistes de défense contre les produits chimiques et contre la radioactivité des corps de sapeurs-pompiers et des services d'intervention reconnus par l'État.

## **E. 4.3**

La demande d'exemption est présentée conjointement par l'employeur et la personne astreinte au service militaire (art. 18 al. 3 LAAM). Il ne s'agit donc pas seulement d'une exemption de servir de la personne astreinte, mais aussi de l'employeur, qui doit ainsi pouvoir maintenir sa capacité de fonctionnement dans une situation extraordinaire (arrêt du TAF A-5834/2019 du 27 avril 2020 consid. 3.3.2 ; Message du 8 septembre 1993 relatif à la loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire et à l'arrêté fédéral sur l'organisation de l'armée, FF 1993 IV 1, 46 [Message LAAM]).

## **E. 4.4**

La liste applicable à une exemption de service actif doit être aussi courte que possible, car elle constitue une certaine brèche dans l'obligation générale de servir et doit donc être utilisée de manière restrictive. En ce qui concerne le maintien de la fonctionnalité des institutions dans des situations extraordinaires, ce but peut souvent être atteint par une dispense moins étendue de l'assistance et du service actif (Message LAAM 1993 IV 1, 48). Si les conditions d'exemption du service militaire ne sont pas réalisées, une dispense du service actif au sens de l'art. 145 LAAM peut être accordée (Message LAAM 1993 IV 1, 47 ; arrêts du TAF du 27 avril 2020 consid. A-2884/2019 du 17 février 2020 consid. 6.3.3).

## **E. 5**

En l'espèce, les positions des parties peuvent ainsi être résumées.

### **E. 5.1**

L'autorité inférieure considère en substance que les art. 18 al. 1 let. d LAAM et 29 let. a OMi ne s'appliquent qu'aux ambulanciers au bénéfice d'un diplôme reconnu par la Confédération. Le recourant, en tant que pilote d'hélicoptère dans une société de sauvetage, ne répond pas à cette définition dans la mesure où il ne bénéficie pas du diplôme précité.

### **E. 5.2**

Les recourants allèguent que l'autorité inférieure a mal établi les faits pertinents puisqu'elle a exclu l'employeur du champ d'application de l'OMi sans examiner la situation particulière d'Air-Glacières en Valais. L'activité de pilote dans une société de sauvetage est régie par l'art. 29 let. c OMi et non pas par la let. a de cette disposition. La décision consacrerait une inégalité de traitement puisqu'un autre employé de la recourante avait bénéficié d'une exemption en 2005. Enfin, la décision serait inopportune.

## **E. 6.1**

Dans un premier temps, il sied d'examiner le statut de l'employeur.

### **E. 6.1.1**

Dans son arrêt C-6521/2015 du 18 juillet 2017 consid. 6.2, le Tribunal de céans a notamment retenu qu'Air-Glacières SA était au bénéfice d'une autorisation du canton du Valais et intégrée à l'organisation cantonale valaisanne des secours au sens de la loi sur l'organisation des secours du 27 mars 1996 (RSVS 810.8) et l'ordonnance sur l'organisation des secours du 20 novembre 1996 (RSVS 810.800). Cet examen intervenait afin de déterminer si Air-Glacières SA pouvait se prévaloir de l'art. 56 OAMal dans le cadre de remboursement des frais de transport de sauvetage à charge de l'assurance maladie.

### **E. 6.1.2**

Toutefois, l'arrêt C-6521/2015 précité ne s'intéressait qu'à l'activité d'Air-Glacières SA en lien avec ses prestations de sauvetage dans le canton du Valais. Or, il ressort du site internet de dite compagnie ([www.air-glaciers.ch](http://www.air-glaciers.ch) > site consulté le 29 avril 2020) que le sauvetage n'est qu'une partie de ses activités dans lesquelles elle engage ses hélicoptères et donc ses pilotes, de même qu'elle est active dans d'autres cantons. Il doit ainsi être relevé que la compagnie utilise ses hélicoptères notamment à des fins de transports (pylônes, antennes-relais, climatiseurs, piscines, enseignes, toutes charges diverses ; génie civil ; déroulage de câbles ; mise en place de matériaux ; déroulage de filets pare-pierres ; travaux forestiers ; ravitaillement de cabanes ; montage de précision ; déclenchement d'avalanches ; travaux agricoles ; ...), d'héliski, de vols panoramiques, de largages aériens de parachutistes,

de taxi, de traitements phytosanitaires et de blanchiment de serres et tunnels. Or, de telles activités ne sont pas de nature à fonder une exemption de service.

### **E. 6.1.3**

Il ressort de ce qui précède que la recourante développe certes une partie de son activité qui peut être de nature à fonder une exemption de service dans le canton du Valais. Cela étant, elle est également active dans de nombreux domaines qui ne sont pas couverts par une éventuelle exemption de servir et dans d'autres cantons pour lesquels Air-Glacières SA n'allègue pas avoir un mandat de prestation étatique tel que celui existant pour le canton du Valais. Cette analyse ne ressort pas de la décision querellée ni du dossier, laquelle ne s'intéresse qu'à l'employé mais pas à l'employeur. Or, un employé ne peut se prévaloir d'une exemption de servir que si son employeur lui-même peut s'en prévaloir, l'inverse ne semblant guère envisageable. L'autorité inférieure aurait dû instruire cette question, les éléments au dossier ne lui permettant pas de statuer sur la question de savoir si Air-Glacières SA peut se prévaloir de l'exemption de servir dans le cadre de son activité de sauvetage. En particulier, il doit être établi qu'Air-Glacières SA sépare ses activités de sauvetage de ses autres domaines d'activité, autrement dit si l'organisation interne de l'entreprise attribue ses employés avec la fonction de pilote actif dans le domaine du sauvetage qu'à des activités de sauvetage. Les faits n'ont ainsi pas été établis à suffisance et le grief des recourants à ce propos doit être partiellement admis.

### **E. 6.2**

Dans un second temps, la situation de l'employé doit être examinée.

#### **E. 6.2.1**

Le fait que l'employé a déjà effectué de nombreux jours de service n'est en rien relevant. L'exemption du service militaire ne vise en effet pas à récompenser le respect d'obligations légales. Son statut d'officier (premier-lieutenant) n'est en rien pertinent pour déterminer quelle est son activité professionnelle dans la vie civile, laquelle fonde le motif d'exemption du service militaire. Le fait que l'employé se sente plus utile à ses manches cyclique et collectif que dans son unité militaire peut en soi être possible. Cela étant, il ne diffère en rien de nombreux autres militaires soumis aux obligations militaires et ne saurait donc fonder une exemption de servir.

#### **E. 6.2.2**

Il n'appert toutefois pas du dossier que l'autorité inférieure aurait instruit la question de savoir si l'employé n'est attribué qu'à des activités de sauvetage dans le canton du Valais et ce à titre d'activité principale telle que définie à l'art. 25 OMi, à savoir en moyenne pendant 35 heures hebdomadaires. Les 35 heures par semaine doivent bien entendu être considérés sous l'angle contractuel et non pas d'heures effectives de vol. Ce point doit être examiné conjointement avec l'organisation de l'entreprise. Dès lors, sur cette question également les faits n'ont pas été suffisamment instruits.

### **E. 6.3**

Il ressort de ce qui précède que l'autorité inférieure n'a pas établi les faits à suffisance pour déterminer, d'une part, si Air-Glacières SA peut, eu égard à son statut spécifique pour la région du Valais, se prévaloir d'une exemption de servir. D'autre part, les faits au dossier ne permettent pas d'évaluer si l'employé exerce son activité de pilote d'hélicoptère en moyenne 35 heures par semaine à des fins de sauvetage et uniquement dans le canton du Valais ; les

heures effectuées dans les autres domaines d'activité (consid. 6.1.2 supra) d'Air-Glacières SA ne devant pas être prises en compte. Certes, les recourants sont tenus au devoir de collaboration (art. 13 PA). Cela étant, il appartient à l'autorité, en vertu de la maxime d'office, de requérir les informations dont elle a besoin pour statuer. Etant donné que le Tribunal de céans statue à titre d'autorité définitive (art. 83 let. i de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]), il y a lieu de renvoyer la cause à l'autorité inférieure afin qu'elle établisse les faits pertinents et prononce une nouvelle décision.

#### **E. 6.4**

Enfin, le recourant allègue que la décision viole le principe de l'égalité de traitement, un autre employé de la compagnie ayant obtenu une exemption en 2005. Force est toutefois de constater que la décision de l'autorité inférieure se fonde sur des normes juridiques qui ne sont plus les mêmes que celles appliquées en 2005, de sorte que cet argument doit sans autre être écarté. De même, en alléguant l'inopportunité de la décision attaquée, les recourants perdent de vue qu'une application de l'art. 18 LAAM est par nature restrictive, mais n'est pas la seule permettant d'obtenir ce qu'ils désirent (consid. 4.4 supra), de sorte que le grief de l'inopportunité est manifestement infondé.

#### **E. 7.1**

Le recours est admis au sens des considérants, la décision du 30 juillet 2019 est annulée et la cause est renvoyée à l'autorité inférieure à des fins d'instruction et de nouvelle décision.

#### **E. 7.2**

Obtenant gain de cause, les recourants n'ont pas à supporter de frais de procédure (art. 63 al. 1 a contrario et al. 3 PA). Aucun frais n'est mis à la charge de l'autorité inférieure déboutée (art. 63 al. 2 PA). L'avance de frais de 2'000 francs versée le 5 septembre 2019 doit être restituée aux recourants.

#### **E. 7.3**

En outre, les recourants ont droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA en relation avec l'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]). Dans les conclusions du recours, le mandataire a requis l'allocation en faveur de ce dernier d'une indemnité de dépens. Dit mandataire n'a toutefois fourni aucun décompte comportant la liste des frais. Conformément à l'art. 14 al. 2 FITAF, le Tribunal, en l'absence de décompte de prestations, fixe l'indemnité sur la base du dossier. Au vu de l'ensemble des circonstances du cas, de l'importance de l'affaire, du degré de difficulté de cette dernière et de l'ampleur du travail accompli par la mandataire du recourant, le Tribunal estime, au regard des art. 8 FITAF et ss, que le versement d'un montant global de 1'500 francs à titre de dépens (y compris supplément TVA selon l'art. 9 al. 1 let. c FITAF) apparaît comme équitable en la présente cause. (dispositif à la page suivante)

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