

BVGer A-7918/2016 vom 24. August 2017

Bundesverwaltungsgericht, 2017-08-24, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-7918_2016

FR: TAF A-7918/2016 du 24 août 2017

IT: TAF A-7918/2016 del 24 agosto 2017

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 de reconsidération au sens de l'art. 5 PA.

E. 1.2

L'EM Cond A est une unité de l'administration fédérale subordonnée au Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports DDPS (cf. annexe I/B/IV ch. 1.4.2 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 relatives à l'application de la Convention-F sont sujettes à recours devant le Tribunal administratif fédéral (cf. art. 40 al. 1 LAAM ; arrêt du TAF A-4348/2007 du 12 mars 2008 consid. 1.1). Tel est le cas de la décision attaquée, qui constate que le recourant a déclaré vouloir effectuer ses obligations militaires en France après avoir effectué son recrutement en Suisse.

E. 1.3

Le recourant a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, laquelle a rejeté sa demande. Etant le destinataire de la décision querellée, il est particulièrement atteint et a un intérêt digne de protection à requérir son annulation ou sa modification (art. 48 al. 1 PA). Il a 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

Le recourant peut 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 (cf. 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. 2.3.1

L'objet du litige est défini par les conclusions du recours, lesquelles doivent rester dans le cadre de l'acte attaqué. Partant, le recourant ne peut que réduire l'objet du litige par rapport à l'objet de la contestation, puisque son élargissement ou sa modification mènerait à une violation de la compétence fonctionnelle de l'autorité supérieure (cf. ATF 136 II 457 consid. 4.2 ; 136 II 165 consid. 5 ; arrêt du TAF A-6810/2015 du 13 septembre 2016 consid. 1.3 ; Moser et al., *op. cit.*, n° 2.7 ss).

E. 2.3.2

Le grief du recourant concernant sa convocation au recrutement avant l'année de ses 19 ans (cf. recours p. 9) ne fait pas l'objet de la décision attaquée. Au surplus, il convient d'observer que c'est le recourant lui-même qui avait demandé d'accomplir son recrutement de manière anticipée en été 2016 (cf. formulaire "planification recrutement/école de recrues" du 21 janvier 2016). Il lui appartenait de contester sa convocation en temps utiles et non pas de faire valoir ceci dans la présente procédure. Ce grief est donc irrecevable.

E. 2.4

Le litige porte sur le prononcé du 21 novembre 2016, par lequel l'autorité inférieure est entrée en matière sur une demande de réexamen du recourant, a procédé à un examen matériel et, sur cette base, rendu une nouvelle décision aux termes de laquelle elle a maintenu sa décision initiale. Le Tribunal doit par conséquent déterminer si c'est à bon droit que l'EM Cond A a considéré que le recourant était astreint au service militaire en Suisse malgré sa double nationalité et sa déclaration d'option. En revanche, la question de savoir si la première décision - soit celle rendue à l'issue du recrutement (quant à l'aptitude et l'affectation du recourant) le 1er septembre 2016 - était justifiée ne fait pas l'objet de la présente procédure (cf. ATAF 2008/24 consid. 2.2).

E. 3.1

Le recourant reproche à l'autorité inférieure d'avoir violé le droit fédéral en n'ayant apporté "aucune argumentation claire et incontestable" à l'appui de sa décision. Le recourant n'a cependant pas évoqué une violation de son droit d'être entendu ou pris de conclusions en lien avec son grief. Il n'est ainsi pas clair de déterminer ce que le recourant reproche exactement à l'autorité inférieure. Une éventuelle violation du droit d'être entendu du recourant doit toutefois être examinée d'office par le Tribunal (cf. ATF 120 V 357 consid. 2a). Vu le grief invoqué, le Tribunal examinera brièvement si l'autorité inférieure a failli à son devoir de motivation.

E. 3.2

Vu la nature formelle de cette garantie constitutionnelle, 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.

E. 3.3

Le droit d'être entendu, inscrit à l'art. 29 al. 2 Cst. et garanti à l'art. 29 PA, comprend notamment le droit de faire administrer des preuves et de participer à leur administration et le droit d'obtenir une décision motivée (cf. art. 25 à 33 et 35 PA). Concernant le 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. 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 Tribunal fédéral [TF] 2C_270/2015 du 6 août 2015 consid. 3.2). Le devoir de motivation est plus accru lorsque l'autorité dispose d'une marge de manoeuvre et lorsque l'état des faits et la situation juridique sont complexes (cf. ATF 137 II 266 consid. 3.2 ; ATF 136 I 229 consid. 5.2 ; ATF 133 I 270 consid. 3.1 ; ATAF 2012/24 consid. 3.2.1). En vertu de l'art. 32 al. 1 PA, l'autorité apprécie tous les allégués importants qu'une partie a avancés en temps utile avant de prendre sa décision. La motivation doit être d'autant plus détaillée que les parties ont fait valoir leur point de vue de manière circonstanciée (cf. Lorenz Kneubühler in : Auer/Müller/Schindler (éd.), VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, art. 35 n° 15).

E. 3.4.1

En l'espèce, la structure de la décision querellée est un peu confuse, notamment eu égard au mélange des considérants des titres "jugement" et "justification".

E. 3.4.2

Cela étant, le recourant n'a pas allégué - et encore moins démontré - que l'absence d'une "argumentation claire et incontestable" l'aurait empêché d'être en mesure d'apprécier la portée de la décision querellée et de la déférer à une instance supérieure en pleine connaissance de cause. Un éventuel grief d'une violation de son droit d'être entendu pourrait ainsi déjà à ce stade être écarté en raison de son défaut de pertinence (cf. art. 52 PA ; voir aussi arrêt du TAF A-3713/2008 du 15 juin 2011 consid. 3 [partiellement publié dans l'ATAF 2012/23]).

E. 3.4.3

De plus, le recourant a pu comprendre la portée de la décision, son fondement et déposer un recours motivé répondant à l'appréciation de l'autorité inférieure. Il appert notamment de son recours et de ses observations finales que le recourant considère la motivation de l'autorité inférieure comme étant erronée, respectivement que sa propre interprétation de la Convention-F est plus convaincante que celle de l'autorité inférieure. Il ressort de ce qui précède que le recourant estime uniquement que les arguments de l'autorité inférieure ne sont pas convaincants.

E. 3.5

Il y a donc lieu de rejeter le grief d'une violation de son droit d'être entendu, dans la mesure où le recourant s'en serait prévalu.

E. 4.1

Tout homme de nationalité suisse est astreint au service militaire ou au service civil de remplacement (art. 59 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101] ; art. 2 al. 1 LAAM). Les obligations militaires comprennent,

notamment, le service militaire ou civil et, cas échéant, le paiement de la taxe d'exemption (art. 2 al. 2 LAAM). La possession d'une autre nationalité n'a en principe aucune influence sur les obligations militaires d'un citoyen suisse (cf. arrêt du Tribunal fédéral [TF] 2A.184/2005 du 10 janvier 2006 consid. 2.1).

E. 4.2

A teneur de l'art. 5 al. 1 LAAM, les Suisses qui possèdent la nationalité d'un autre Etat et dans lequel ils ont accompli leurs obligations militaires ou des services de remplacement ne sont pas astreints au service militaire en Suisse. L'art. 5 al. 3 LAAM prescrit que le Conseil fédéral peut conclure des conventions avec d'autres Etats concernant la reconnaissance réciproque de l'accomplissement du service militaire par les double-nationaux. En d'autres termes, les hommes double-nationaux sont astreints au service militaire, en Suisse, s'ils ne remplissent pas les conditions de l'art. 5 al. 1 LAAM ou s'ils ne sont pas au bénéfice d'une convention conclue avec un autre Etat, conformément à l'art. 5 al. 3 LAAM (cf. art. 2 de l'ordonnance du 24 septembre 2004 concernant les obligations militaires des Suisses et des Suissesses de l'étranger ainsi que des doubles nationaux [OOMSED, RS 511.13]).

E. 4.3.1

La Suisse a conclu des conventions avec les Etats-Unis d'Amérique en 1937 (RS 0.141.133.6) et la Colombie en 1959 (RS 0.141.126.3) lesquelles ne font mention que du service au sein d'une armée ou d'une autre et ne donnant aucune définition des obligations militaires.

E. 4.3.2

Plus récemment, la Suisse a conclu une convention avec l'Autriche en 1999 (RS 0.141.116.3), dont l'art. 2 définit la notion d'obligations militaires ainsi : "pour la Suisse : le recrutement, le service militaire, le service civil et la taxe d'exemption de l'obligation de servir". Une convention similaire de 2007 lie également la Suisse avec l'Italie (RS 0.141.145.42) dont la notion d'obligations militaires est ainsi définie à l'art. 1 let. b : "pour la Suisse, le service militaire effectif, le service civil effectif et la taxe d'exemption de l'obligation de servir". Enfin, en 2009, la Suisse et l'Allemagne ont conclu une convention (RS 0.141.113.6) dont l'art. 2 n° 1 let. b décrit la notion d'obligations militaires ainsi : "pour la Confédération suisse, le service militaire effectif, le service civil effectif et le paiement de la taxe d'exemption de l'obligation de servir".

E. 4.4

S'agissant des double nationaux franco-suisses, la France et la Suisse ont signé une première convention en 1958 (RO 1959 II 223) laquelle - de même que ses instruments d'interprétation (RO 1959 II 227) - ne définissait pas la notion d'obligations militaires. Cette convention a été remplacée par celle du 16 novembre 1995 (cf. let. E supra) dans un souci d'améliorer le fonctionnement du régime fondé sur la convention de 1958 (cf. préambule de la Convention-F). Par un échange de notes des 28/29 décembre 1999 entre la Suisse et la France portant sur l'interprétation commune de la Convention de 1995 relative au service militaire des doubles nationaux (ci-après : échange de notes 1999 ; RO 2002 4076), la France a défini le régime transitoire suite à l'entrée en vigueur de la loi française n° 97-1019 du 28 octobre 1997 portant réforme du service national (ci-après : Loi n° 97-1019 ; accessible sous : www.legifrance.gouv.fr > Les autres textes législatifs et réglementaires > LOI no 97-1019 du 28 octobre 1997 portant réforme du service national, site consulté en août 2017). Cet échange de notes a été abrogé par l'échange de notes des 15 janvier/16

février 2010 (ci-après : échange de notes 2010 ; RO 2012 6035).

E. 4.4.1

L'art. 2 de la Convention-F définit que la notion d'obligations militaires s'entend, pour la France, du service national dans toutes ses formes (let. a) et, pour la Suisse, du service militaire, du service civil et du paiement de la taxe d'exemption de ces services (let. b).

E. 4.4.1.1

Selon l'échange de notes 2010, la France interprète la notion d'obligations militaires comme suit : Selon l'art. 2, let. a de la Convention, l'expression "obligations militaires" s'entend, pour la France, du service national dans toutes ses formes, selon la loi française. Ainsi, la participation à la "Journée d'appel de préparation à la défense (JAPD)" est reconnue comme forme du service national français et correspond aux "obligations militaires" exposées à l'art. 2, let. a, de la Convention. Un double national qui opte pour servir en France plutôt qu'en Suisse et qui participe à ladite "Journée d'appel de préparation à la défense (JAPD)" est alors libéré de l'obligation de servir dans l'armée suisse et ne sera pas assujéti au paiement de la taxe d'exemption de l'obligation de servir.

E. 4.4.1.2

Quant à la Suisse, elle n'a pas précisé comment interpréter la notion d'obligations militaires dans l'échange de notes 2010. De même, l'échange de notes 1999, pas plus que la convention de 1958, ne précisait comment la Suisse interprétait la notion d'obligations militaires autrement que littéralement, soit limitée au service militaire, au service civil ou paiement de la taxe d'exemption.

E. 4.4.2

Selon les termes de l'art. 3 de la Convention-F, le double-national franco-suisse n'est tenu d'accomplir ses obligations militaires qu'à l'égard d'un seul des deux Etats (par. 1). Il accomplit ses obligations militaires dans l'Etat où il a sa résidence permanente (au sens de l'art. 6 de la Convention-F) au 1er janvier de l'année au cours de laquelle il atteint l'âge de 18 ans (par. 2 al. 1). Enfin, le double-national qui, conformément aux règles prévues aux par. 2 et 4, aura satisfait à ses obligations militaires à l'égard d'un Etat, dans les conditions prévues par la législation de cet Etat, sera considéré comme ayant satisfait aux obligations militaires à l'égard de l'autre Etat (par. 6).

E. 4.4.3

Selon l'art. 3 par. 2 al. 2 de la Convention-F, le binational franco-suisse peut néanmoins déclarer vouloir accomplir ses obligations militaires à l'égard de l'autre Etat avant d'avoir atteint l'âge de 19 ans. Cette faculté d'option s'exerce au moyen d'une déclaration conforme d'un modèle annexé à la Convention-F ; elle est souscrite auprès des autorités compétentes de l'Etat où réside le double-national. Une copie de cette déclaration d'option est transmise aux autorités compétentes de l'autre Etat (cf. art. 3 par. 5 de la Convention-F).

E. 4.4.4

A relever encore que la Convention-F détermine une limite d'âge (19 ans) à partir de laquelle il n'est plus possible de faire une déclaration d'option. La Convention-F ne contient par contre aucune disposition définissant un délai pour remettre la déclaration d'option aux autorités (par exemple à l'instar de l'art. 4 n° 3 ch. 2 de la convention conclue avec l'Allemagne qui prévoit que "le droit d'option s'éteint suite à la création de rapports de

service dans l'Etat de résidence").

E. 5.1

Au préalable, il peut être constaté que les parties ont des appréciations différentes de la notion de "service militaire" au sens de l'art. 2 let. b de la Convention-F qui peuvent ainsi être résumées.

E. 5.1.1

Selon le recourant, les art. 3 et 4 LAAM, de même que les art. 81 et 82 du code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM, RS 321.0), font des distinctions entre recrutement et service militaire. La notion de service militaire n'englobe donc pas celle de recrutement et le service militaire s'entend ainsi au sens étroit. Le recourant estime en conséquence que, en accomplissant son recrutement, il n'a pas commencé à effectuer son service militaire en Suisse au sens de la Convention-F et sa déclaration d'option doit en conséquence être acceptée.

E. 5.1.2

Selon l'autorité inférieure, le recrutement fait partie du service d'instruction de base et l'accomplir revient à effectuer son service militaire. L'autorité inférieure retient donc que le service militaire s'entend au sens large. Dès lors que le recourant a effectué son recrutement, il a commencé son service militaire au sens de la Convention-F et il ne peut plus demander à faire l'armée en France.

E. 5.2

Le recourant possède concurremment les nationalités suisse et française et il entre par conséquent dans le champ d'application de la Convention-F (cf. art. 1). Au 1er janvier de l'année au cours de laquelle il a atteint l'âge de 18 ans, soit en 2016, il avait sa résidence en Suisse et il doit donc en principe accomplir ses obligations militaires en Suisse (cf. art. 3 al. 2 1er par. ; cf. consid. 4.4.2 supra). Par plis des 7 et 9 novembre 2016, soit avant ses 19 ans, le recourant a remis la déclaration d'option à l'EM Cond A. Il sied dès lors uniquement de déterminer si le recourant, en effectuant son recrutement les 31 août et 1er septembre 2016, a commencé à accomplir son service militaire en Suisse au sens de l'art. 2 let. b de la Convention-F, auquel cas il ne pourrait plus demander à effectuer son service (soit la journée d'appel de préparation à la défense) en France.

E. 5.3

Au sens de l'art. 31 de la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (CV, RS 0.111 ; voir aussi l'arrêt du TF 9C_602/2015 du 7 janvier 2016 consid. 3.4), les traités doivent être interprétés de bonne foi. Il énonce ensuite les méthodes qui doivent être suivies, à savoir prendre en compte les termes du texte dans leur sens ordinaire, tenir compte du contexte, de l'objet et du but du traité. Cette disposition fixe un ordre de prise en compte des éléments de l'interprétation, sans toutefois établir une hiérarchie juridique obligatoire entre ces différents éléments. Il serait donc contraire à l'art. 31 CV de favoriser, en soi, l'analyse textuelle, au détriment des autres méthodes proposées (cf. arrêt du TF 4A_736/2011 du 11 avril 2012 consid 3.3.2 et les réf. cit.). Selon l'art. 31 al. 2 CV, aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus, tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité (let. a), ainsi que tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en

tant qu'instrument ayant rapport au traité (let. b).

E. 5.4.1

L'art. 2 let. b de la Convention-F dispose que la notion d'obligations militaires pour la Suisse concerne le service militaire (Militärdienst / servizio militare), le service civil (Zivildienst / servizio civile) ou le paiement de la taxe d'exemption de ces services (die Bezahlung des Ersatzes für die Befreiung von diesen Diensten / il pagamento della tassa d'esenzione dall'obbligo di servire).

E. 5.4.1.1

La définition des obligations militaires de l'art. 2 let. b de la Convention-F ne fait ainsi pas expressément référence au recrutement.

E. 5.4.1.2

En comparant la définition faite par la Suisse de la notion d'obligations militaires dans les conventions "modernes" - soit les conventions conclues avec la France, l'Autriche, l'Italie et l'Allemagne - dont les buts et objets sont strictement identiques, il ressort que la notion d'obligations militaires pour la Suisse n'est pas définie de manière uniforme avec nos plus proches voisins (cf. consid. 4.3.2 et 4.4 supra). Cependant, dites conventions ont été conclues après l'adoption des réformes Armée 95 et/ou Armée XXI. Ainsi, il doit donc être admis que les conventions font, dans leur terminologie, référence aux mêmes composantes des obligations militaires suisses. Les notions de service militaire, de service civil et de paiement de la taxe d'exemption sont les mêmes dans trois conventions précitées (à l'exception de l'ajout de l'adjectif "effectif" pour l'Italie et l'Allemagne). Toutefois, seule la convention conclue avec l'Autriche précise, outre les trois services précités, que le recrutement (Aushebung [terme qui n'existe toutefois plus dans la LAAM] / reclutamento) fait partie des obligations militaires (cf. consid. 4.3.2 supra). Il n'est pas possible de déterminer les raisons de ces différences de formulation, les arcanes diplomatiques n'ayant produit aucuns travaux préparatoires accessibles et les conventions ne contenant aucun instrument d'interprétation pour la Suisse.

E. 5.4.1.3

Les obligations militaires - lesquelles trouvent leur fondement à l'art. 59 Cst (cf. consid. 4.1 supra) - commencent, pour le jeune homme suisse, le 1er janvier de l'année de son 18ème anniversaire par la conscription (cf. art. 7 LAAM). Il est alors tenu de participer à une journée d'information obligatoire (cf. art. 8 LAAM et 5 de l'ordonnance du 10 avril 2002 sur le recrutement [OREC, RS 511.11]).

E. 5.4.1.4

Puis, au cours de l'année de son 19ème anniversaire, le conscrit effectue son recrutement (cf. art. 9 al. 1 LAAM et 8 OREC). Celui-ci consiste à traiter au moyen d'examens, de tests et de questionnaires les données nécessaires pour déterminer le profil de prestations du conscrit, apprécier son aptitude à effectuer le service militaire ou le service de protection civile et décider de son affectation, donner des informations sur l'instruction des cadres et les fonctions de cadres dans l'armée et la protection civile, affecter les conscrits à l'armée ou à la protection civile, les transférer aux autorités d'admission au service civil ou les déclarer inaptes au service, déterminer le début et le lieu de l'instruction militaire, de l'instruction dans la protection civile ou du premier service civil (cf. art. 10 al. 1 LAAM et 11 OREC). Contrairement à la séance d'information obligatoire (cf. art. 8 LAAM), lors du recrutement,

le conscrit est déjà soumis au droit militaire (cf. art. 2 du règlement de service de l'armée suisse [RS 04, RS 510.107.0]), est couvert par l'assurance militaire (cf. art. 1a al. 1 let. d ch. 1 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire [LAM, RS 833.1]) et perçoit une allocation perte de gain (cf. art. 1a al. 2bis de la loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité [LAPG, RS 831.1]). Le conscrit présente ainsi un rapport de service avec la Suisse plus étroit lors du recrutement que lors de la journée d'information. Toutefois, "le recrutement et l'aptitude au service qui est déterminée à ce moment sont uniquement deux conditions permettant effectivement de convoquer le citoyen concerné pour accomplir le service militaire" (cf. Message du 7 mars 2008 concernant la modification de la législation militaire, FF 2008 2841, 2856). Ainsi, selon le Conseil fédéral, qui est le législateur en matière de convention bilatérale relative aux obligations militaires des binationaux (cf. art. 5 al. 3 LAAM), le recrutement est une condition préalable à réaliser par le conscrit pour convoquer celui-ci au service militaire à proprement parler.

E. 5.4.1.5

Une fois le recrutement terminé, le conscrit déclaré apte peut être convoqué au service militaire (école de recrue ou cours préparatoire) ou au service civil (sur requête de la personne astreinte, cf. art. 1 LSC). En cas de décision d'inaptitude, le conscrit, bien que restant astreint au service militaire, ne peut toutefois pas, en raison de son inaptitude, être appelé pour effectuer ledit service (cf. Message précité, *ibid.*) et est alors soumis à l'obligation de payer la taxe d'exemption (dès l'âge de 20 ans, soit après l'échéance du délai pour déposer une déclaration d'option ; cf. art. 3 al. 1 LTEO) et, selon les cas, à celle de faire de la protection civile. Au sens du droit interne, le recrutement est ainsi une étape dans l'exécution des obligations militaires et son rôle est de déclarer les conscrits aptes ou inaptes au service militaire et d'aiguiller les conscrits sur le service à effectuer à titre d'obligations militaires. Ce qui précède peut être résumé par le schéma qui suit (cf. Message du 22 juin 1994 concernant la loi sur le service civil, FF 1994 III 1597, 1617) :

E. 5.4.1.6

L'imputation des jours du recrutement à titre d'obligations militaires ne saurait être déterminante pour qualifier le recrutement de service militaire. Les jours de recrutement sont imputés sur la durée totale des services d'instruction (cf. art. 10 al. 2 LAAM et 9 al. 1 de l'ordonnance du 19 novembre 2003 concernant les obligations militaires [OOMi, RS 512.21]), dont le recrutement fait partie (cf. art. 14 OOMi et appendice 3 de l'OOMi). Il en va de même s'agissant du service civil (cf. art. 8 LSC). Ainsi, il pourrait être considéré qu'effectuer le recrutement revient à accomplir son service (militaire ou civil) par l'imputation de sa durée dans les obligations du milicien. Cela étant, ce raisonnement méprend deux autres considérations qui ne sauraient être ignorées. Premièrement, selon l'art. 15 OOMi, les services d'instruction de base, les cours d'entraînement, les cours de reconversion, les cours préparatoires, les cours de spécialistes et les services d'instruction complémentaire à accomplir pendant la durée de l'obligation de servir sont énumérés à l'appendice 4 (OOMi). Au sens de cet appendice, le recrutement n'est pas considéré comme service d'instruction de base à accomplir pendant la durée de l'obligation de servir. Il ressort ainsi du droit interne que le recrutement fait partie du service d'instruction de base, mais n'est pas un service d'instruction de base à accomplir pendant la durée de l'obligation de servir. Secondement, l'imputation des jours du recrutement ne se fait rétroactivement qu'avec la réalisation d'une condition, à savoir lorsque l'astreint au service militaire a

commencé l'étape suivant le recrutement, soit son école de recrue ou une formation/affectation du service civil. En effet, au sens de l'art. 7 al. 3 let. a de la loi fédérale du 12 juin 1959 sur la taxe d'exemption de l'obligation de servir (LTEO, RS 661), la participation au recrutement n'est pas considérée comme service militaire ou civil. En conséquence, les jours de recrutement ne sont pas imputés dans l'exécution des obligations militaires lorsque le conscrit a été déclaré apte mais n'a pas commencé son service militaire ou service civil ou a été déclaré inapte lors du recrutement. Il en va de même si le conscrit devient inapte suite au recrutement, mais avant de commencer son école de recrue ou son service civil. Dès lors, le critère de l'imputation des jours de recrutement au titre de "service militaire" au sens de l'art. 2 let. b de la Convention-F ne saurait être retenu. Enfin, selon l'autorité inférieure, le recourant aurait pu encore s'annoncer comme double national pendant son recrutement. Cet argument est contradictoire avec l'interprétation de la Convention-F faite par cette autorité. En effet, selon l'interprétation de l'autorité inférieure, le conscrit en cours de recrutement serait déjà en train d'accomplir son service militaire en Suisse et ne pourrait plus exercer son droit d'option. A tout le moins, cet argument met en évidence que la Convention-F manque de clarté également pour l'autorité chargée de son application quant à un autre moment que la limite d'âge jusqu'auquel le double-national peut introduire sa déclaration d'option.

E. 5.4.1.7

Sous l'angle du droit suisse, le recrutement fait indiscutablement partie intégrante du service militaire au sens (large) de l'art. 59 Cst. Sa fonction - soit un examen pour déterminer si le conscrit est convocable au service militaire (ou civil) ou, cas échéant, le soumettre au paiement de la taxe d'exemption - le différencie toutefois des services militaires et civils à proprement parler (soit le sens étroit) et du paiement de la taxe d'exemption. Le critère de l'imputation des jours du recrutement à titre de service ne saurait être déterminant pour considérer qu'accomplir son recrutement revient à effectuer son service militaire à proprement parler. Enfin, le Conseil fédéral a fait la distinction entre le recrutement et le service militaire au sens du droit interne (cf. consid. 5.4.1.4 supra) de même que dans d'autres conventions (cf. consid. 5.4.1.2 supra). De la sorte, le droit interne n'est pas suffisamment précis pour déterminer si le recrutement fait partie du service militaire au sens étroit selon le droit suisse, la question pouvant toutefois souffrir de rester ouverte en l'espèce.

E. 5.4.1.8

Une interprétation littérale de la Convention-F à l'aune du droit interne ne permet donc pas, en raison du manque de précision de ce dernier, de déterminer si l'accomplissement du recrutement entre dans la notion d'obligations militaires de l'art. 2 let. b de la Convention-F. Or, ce manque de précision de la loi ne saurait être opposé au recourant.

E. 5.5

Selon son préambule, la Convention-F suit deux buts. Le premier est le désir d'épargner des difficultés en matière d'obligations militaires aux personnes qui possèdent conjointement les nationalités suisse et française. Le second est le souci d'améliorer le fonctionnement du régime fondé sur la Convention-F entre la Suisse et la France relative au service militaire des double-nationaux du 1er août 1958.

E. 5.5.1

Afin d'épargner des difficultés en matière d'obligations militaires aux citoyens franco-suisse, la Convention-F établit que le double national n'effectue son service que dans un des deux Etats dont il possède la nationalité, qu'en principe le double national accomplit ses obligations militaires dans l'Etat où il a sa résidence permanente au 1er janvier de l'année au cours de laquelle il atteint l'âge de 18 ans et qu'une fois ses obligations militaires accomplies dans un Etat, il est réputé avoir accompli ses obligations dans l'autre Etat (cf. consid. 4.4.2 supra). Le double national n'a ainsi aucune déclaration d'intention ni démarche à entreprendre dans son pays de résidence pour y effectuer ses obligations militaires, il y est en principe tenu. Par contre, si le double-national veut effectuer dites obligations dans l'autre Etat dont il possède la nationalité, il lui appartient à ce moment-là d'entreprendre les démarches en temps utiles pour ne pas les effectuer dans son pays de résidence. Or, la Convention-F impartit une seule condition à respecter par le binational pour exercer son droit d'option, à savoir le dépôt de sa déclaration d'option avant son 19ème anniversaire (cf. art. 3 par. 2 al. 2 de la Convention-F ; consid. 4.4.4 supra).

E. 5.5.2

Quant au second but, il s'agissait d'adapter la convention de 1995 aux réformes militaires en France et en Suisse. D'une part, la France a abandonné le principe d'une armée de milice avec sa Loi n° 97-1019 (cf. consid. 4.4 supra) et ainsi réformé ses obligations militaires. D'autre part, la Suisse a décriminalisé les objecteurs de conscience avec pour corollaire la reconnaissance d'un service de remplacement. Dès lors, la Convention-F avait pour but d'adapter le régime conventionnel de 1958 à la nouvelle réalité militaire, géopolitique et sociale consécutive à la chute du mur de Berlin et la dissolution de l'URSS. S'il n'est pas possible de déterminer la volonté du Conseil fédéral, il peut être constaté que, lors des négociations, de la ratification et des échanges de notes diplomatiques, la définition des obligations militaires reprend celle des réformes Armée 95 et Armée XXI. Les distinctions entre taxe d'exemption de servir, service civil et service militaire ont donc été sciemment introduites dans la Convention-F. De même, l'absence du recrutement à l'art. 2 let. b de la Convention-F ne saurait relever de l'oubli, le Conseil fédéral ayant, avec ses voisins germanophones, soit introduit la notion recrutement dans la définition des obligations militaires (cf. art. 2 n° 1 let. b de la convention conclue avec l'Autriche) soit déterminé un moment à partir duquel il n'est plus possible de déposer une déclaration d'option bien que la limite d'âge ne soit pas atteinte (soit après la création d'un rapport de service [cf. art. 4 n° 3 de la convention conclue avec l'Allemagne], ce qui pourrait éventuellement concerner le recrutement, la question pouvant rester ouverte en l'espèce). Or, rien de tel ne figure dans la Convention-F (cf. consid. 4.4.4 supra). Dès lors, en l'absence d'instruments d'interprétation ou de clause déterminant que l'accomplissement du recrutement éteint le droit d'option du recourant, force est de constater que le but de la convention ne permet pas de retenir que l'accomplissement du recrutement éteindrait le droit d'option du recourant.

E. 5.6

Il ressort de ce qui précède que la Convention-F mentionne - à titre d'obligations militaires - le service militaire, le service civil et la taxe d'exemption de servir mais n'inclut pas expressément le recrutement. Le droit interne n'est pas suffisamment précis pour considérer que le recrutement fait partie du service militaire au sens de la Convention-F. Aucun élément ne laisse penser que les services mentionnés à l'art. 2 let. b de la Convention-F devraient être considérés dans un sens plus large que leur sens littéral, lequel correspond à la terminologie du droit interne (cf. titres précédents les art. 7 et 12 LAAM), notamment eu

égard au fait que la Convention-F a été conclue justement pour répondre à la nouvelle organisation de l'armée suite aux la réformes Armée 95 et Armée XXI. En raison de la terminologie et du but de la convention, et considérant l'absence d'instruments d'interprétation ou de clauses relative à l'extinction du droit d'option, le Tribunal ne saurait reconnaître que le recrutement fait partie du service militaire au sens de l'art. 2 let. b de la Convention-F si le conscrit astreint au service militaire n'a pas commencé son service (militaire ou civil) à proprement parler.

E. 5.7

A des fins de sécurité du droit et du respect du principe de l'égalité de traitement, en particulier entre les suisses qui ont également la nationalité d'un pays voisin lié par une convention, il serait hautement souhaitable que le droit interne soit plus précis, respectivement que les échanges de notes diplomatiques relatives aux conventions indiquent clairement le moment à partir duquel il est considéré que le double national a commencé son service en Suisse ou que les conventions contiennent des clauses à partir de quand il ne peut plus introduire une déclaration d'option indépendamment de la notion de l'âge.

E. 5.8

Au vu de ce qui précède, le recourant a été déclaré apte au service militaire lors de son recrutement, mais n'a pas commencé son service militaire au sens de la convention et a introduit sa déclaration d'option avant son 19ème anniversaire. Il y a donc lieu de retenir que, en l'état de la législation, sa déclaration d'option était valable. En conséquence, le recours est admis.

E. 6.1

Bien qu'elle succombe, l'autorité inférieure n'a pas à supporter de frais de procédure (art. 63 al. 2 PA). Obtenant gain de cause, le recourant n'en supporte pas non plus (art. 63 al. 1 a contrario et al. 3 PA) et a 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]).

E. 6.2

Au vu de l'issue de l'affaire, le recourant - qui est représenté par un mandataire - a droit à des dépens. En l'absence de note d'honoraires produite, le Tribunal de céans est fondé à estimer ceux-ci. Compte tenu de l'importance de l'affaire, du degré de difficulté de cette dernière et de l'ampleur du travail accompli par le mandataire le Tribunal retient, au regard des art. 8 ss FITAF, que le versement d'un montant de 1'200 francs à titre de dépens 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.