



Cour I
A-2879/2024

Arrêt du 27 février 2025

Composition

Jérôme Candrian (président du collège),
Maurizio Greppi, Jürg Marcel Tiefenthal, juges,
Frédéric Lazeyras, greffier.

Parties

Direction générale de l'office cantonal de la détention,
Route des Acacias 78-82,
1227 Carouge GE,
recourante,

contre

Commandement de l'instruction (Cdmt Instr),
Personnel de l'armée,
Rodtmattstrasse 110, 3003 Bern,
autorité inférieure.

Objet

Obligations militaires ; exemption du service militaire
(concernant A._____).

Faits :**A.**

A.a A._____ (ci-après : l'employé) travaille depuis le (...) 2022 au sein de l'Office cantonal de la détention du canton de Genève (ci-après : l'employeur), en qualité d'agent de sécurité public III (ci-après : ASP III) de la brigade de sécurité des audiences (ci-après : BSA), à un taux d'activité de 100%.

Selon le cahier des charges de l'employé, les ASP III assument, d'une part, les tâches de gestion des convoys entre les établissements pénitentiaires et les centres d'activités judiciaires, policières ou médicales et, d'autre part, les tâches de surveillance interne et externe, de maintien de l'ordre et de sécurité dans les centres d'activités judiciaires, policières ou médicales durant leur mission.

A.b Le 12 février 2024, l'employé et l'employeur ont déposé conjointement une demande d'exemption du service militaire selon l'art. 18 LAAM en faveur du premier.

A.c Par courrier du 21 février 2024, le Commandement de l'Instruction a transmis à l'employeur un avis de rejet de la demande d'exemption en lui impartissant un délai de 14 jours pour prendre position. Dans ce cadre, l'employeur a, par écriture du 7 mars 2024, persisté dans sa demande d'exemption et requis une décision sujette à recours. Par courrier du 6 mars 2024, l'employé a également requis une décision sujette à recours, renvoyant pour le surplus aux arguments développés par son employeur.

B.

Par décision du 3 avril 2024 adressée à l'employeur, le Commandement de l'Instruction a rejeté la demande d'exemption pour A._____. En substance, il a retenu que l'employé n'était titulaire ni du brevet fédéral d'agent de détention ni de celui de policier, de sorte qu'il ne pouvait être exempté à titre de membre du personnel de surveillance d'établissements, de prisons ou de foyers, ou de membre des services de police. Du reste, il ne satisfaisait pas aux conditions de la réglementation d'exception pour bénéficier d'une exemption.

C.

C.a Par écriture du 7 mai 2024, la Direction générale de l'Office cantonal de la détention (ci-après : la recourante) a formé un recours à l'encontre de la décision du 3 avril 2024 du Commandement de l'Instruction (ci-après : l'autorité inférieure). Principalement, elle conclut à l'octroi d'une exemption

du service militaire des ASP III de la BSA, subsidiairement à l'annulation de la décision et au renvoi de la cause à l'autorité inférieure.

En résumé, la recourante reproche à l'autorité inférieure d'avoir réalisé une appréciation rigide des normes en lien avec l'exemption de servir, abusant de son pouvoir d'appréciation et créant une inégalité de traitement entre les ASP III de la BSA et les agents travaillant au sein de la police ou des prisons. De plus, en admettant uniquement une exemption à l'égard des ASP chargés de la protection d'ambassades et/ou d'objets, et non à d'autres ASP, l'autorité inférieure a vidé la clause de sauvegarde de sa substance. Enfin, la recourante estime que l'autorité inférieure a violé l'autonomie des cantons car sa décision les contraignait à confier les missions de convoyage à la police.

C.b Par écriture responsive du 12 juin 2024, l'autorité inférieure conclut à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet.

L'autorité inférieure estime en préalable que la recourante n'a pas qualité pour recourir seule, respectivement que le recours aurait dû être interjeté de manière conjointe par le militaire concerné et son employeur. Sur le fond, l'autorité inférieure retient que la distinction opérée entre les policiers brevetés et les ASP III de la BSA respectait le principe d'égalité de traitement, tandis que l'exception à l'égard des ASP chargés de la protection des ambassades et/ou d'objets était justifiée par les obligations internationales de la Suisse. En outre, l'employé concerné n'occupait pas une fonction qui permettait son exemption en tant que membre du personnel pénitentiaire et ne possédait pas le brevet fédéral d'agent de détention. Enfin, l'autorité inférieure réfute toute ingérence dans l'organisation interne des cantons.

C.c Dans leur échange d'écritures subséquent, les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives en les développant.

C.d Dans ses déterminations finales du 17 septembre 2024, la recourante a persisté dans ses conclusions.

C.e En réponse à une ordonnance du Tribunal du 2 octobre 2024, la recourante a confirmé qu'elle avait donné suite à son ordonnance du 26 août 2024 en tant que cette dernière l'invitait à porter les écritures de la cause à connaissance de l'employé.

Les autres faits et arguments pertinents seront repris, en tant que besoin, dans les considérants en droit qui suivent.

Droit :

1.

La procédure de recours est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (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 (cf. art. 37 LTAF). Le Tribunal examine d'office et librement sa compétence (cf. art. 7 PA) et la recevabilité des recours qui lui sont soumis.

1.1 Sous réserve des exceptions – non pertinentes en l'espèce – prévues à l'art. 32 LTAF, le Tribunal de céans connaît, en vertu de l'art. 31 LTAF, des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF.

1.2 Le Commandement de l'instruction est une unité de l'administration fédérale, au sens de l'art. 33 let. d LTAF (applicable par renvoi de l'art. 40 al. 1 de la loi fédérale du 3 février 1995 sur l'armée et l'administration militaire [LAAM ; RS 510.10] et de l'art. 47 al. 1 let. b PA), subordonné au Groupement Défense, lequel est un domaine du Département fédéral de la défense de la protection de la population et des sports (ci-après : DDPS ; annexe 1/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. Tel est le cas de la décision de refus d'exemption du service militaire litigieuse, qui satisfait en outre aux conditions de l'art. 5 al. 1 PA.

1.3 Le Tribunal est ainsi compétent pour connaître du présent recours.

1.4

1.4.1 Dans un grief liminaire, l'autorité inférieure invoque l'irrecevabilité du recours au motif que la recourante ne dispose pas de la qualité pour recourir seule. Selon elle, le recours aurait dû être interjeté conjointement par la recourante et son employé, ces derniers formant, conformément à l'art. 18 al. 3 LAAM, une consorité matérielle nécessaire. Celle-ci permettait de s'assurer que le militaire concerné, satisfait du refus de la demande d'exemption, ne se voie privé de la possibilité d'accomplir le service militaire et des avantages qui en découlaient en cas d'admission du recours.

1.4.2 En l'espèce, le Tribunal estime que la question de la consorité de la recourante et son employé et les conséquences qui en découlent sur sa qualité pour recourir peuvent rester indéçises, compte tenu de ce qui suit.

1.4.3

1.4.3.1 Selon l'art. 18 al. 3, 2^{ème} phrase, LAAM, la demande d'exemption est déposée en commun par la personne astreinte et son employeur ou le service auquel elle est subordonnée. Selon le 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 (Message LAAM 1993, FF 1993 IV 1, 48), cette disposition permet de mettre en valeur la qualité de partie des personnes concernées et d'assurer qu'une requête n'est pas présentée sans l'assentiment de l'employé.

1.4.3.2 En vertu de l'art. 34 al. 1 PA, l'autorité notifie ses décisions aux parties par écrit. Une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties (art. 38 PA). La jurisprudence n'attache pas nécessairement la nullité à l'existence de vices dans la notification ; la protection des parties est suffisamment réalisée lorsque la notification irrégulière atteint son but malgré cette irrégularité. Il y a lieu d'examiner, d'après les circonstances du cas concret, si la partie intéressée a réellement été induite en erreur par l'irrégularité de la notification et a, de ce fait, subi un préjudice. Il convient à cet égard de s'en tenir aux règles de la bonne foi qui imposent une limite à l'invocation du vice de forme. Ainsi, la partie intéressée doit agir dans un délai raisonnable dès qu'elle a connaissance, de quelque manière que ce soit, de la décision qu'elle entend contester (cf. ATF 132 II 21 consid. 3.1 ; arrêts du Tribunal fédéral [TF] 1C_255/2016 du 14 octobre 2016 consid. 4.2, 8C_664/2015 du 13 juin 2016 consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral [TAF] A-527/2017 du 15 février 2018 consid. 2.4.3).

1.4.4 En l'espèce, le Tribunal constate que la demande d'exemption de service a valablement été déposée conjointement par la recourante et son employé, qui ont également conjointement requis le prononcé d'une décision sujette à recours. Puis, l'autorité inférieure a notifié un courrier du 14 mars 2024 et sa décision du 3 avril 2024 uniquement à la recourante, à l'exclusion de l'employé concerné. La notification de la décision doit donc être qualifiée d'irrégulière. Il sied également de relever que la décision litigieuse s'intitule : « *Décision susceptible de recours rendue à votre demande d'exemption du service (...) pour A._____* ». Quant aux moyens de droit, ils indiquent que « (...) *le mémoire de recours doit (...) porter la signature du recourant ou celle de son représentant* ». Cette formulation

était de nature à suggérer à la recourante, en tant qu'unique destinataire de la décision, qu'elle pouvait recourir seule. Partant, au regard des règles de la bonne foi, la position de l'autorité inférieure, qui s'est adressée uniquement à la recourante durant toute la procédure de première instance et qui invoque désormais la consorité nécessaire des parties, ne saurait être suivie.

A toute fins utiles, le Tribunal souligne que la recourante a confirmé au Tribunal, par courrier du 14 octobre 2024, avoir porté à connaissance de l'employé les écritures de la cause. Il convient ainsi de considérer que ce dernier disposait du temps nécessaire pour manifester son éventuelle opposition au recours dans l'éventualité où il n'aurait jusqu'alors pas eu connaissance de la décision litigieuse. Partant, le risque que le recours ait été formé sans l'assentiment de l'employé peut être écarté.

1.4.5 Dans ces circonstances, la recourante était en l'espèce légitimée à déposer le recours sans le concours de son employé.

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

2.

2.1 En sa qualité d'autorité de recours, le Tribunal dispose d'une pleine cognition. Il revoit librement l'application du droit par l'autorité inférieure (cf. art. 49 PA), y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), la constatation des faits (let. b) et l'opportunité de la décision attaquée (let. c), tous griefs que le recourant peut soulever à l'appui de son recours. Le Tribunal fait cependant preuve d'une certaine retenue dans l'exercice de son libre pouvoir d'examen lorsque la nature des questions litigieuses qui lui sont soumises l'exige, singulièrement lorsque leur analyse nécessite des connaissances spéciales ou encore lorsqu'il s'agit de circonstances que l'autorité qui a rendu la décision connaît mieux (cf. ATF 142 II 451 consid. 4.5.1 ; arrêts du TAF A-1268/2021 du 31 mai 2022 consid. 2.1, A-3102/2017 du 3 décembre 2018 consid. 2.1). Dans de tels cas, le Tribunal ne substituera son appréciation à celle de l'autorité inférieure que s'il a de bonnes raisons de le faire (cf. arrêts du TAF A-3426/2024 du 18 décembre 2024 consid. 2.1, A-941/2021 du 18 août 2021 consid. 2.2).

2.2 Conformément à la maxime inquisitoire, le Tribunal vérifie d'office les faits constatés par l'autorité inférieure (cf. art. 12 PA), sous réserve du devoir de collaborer des parties (cf. art. 13 PA). Le Tribunal applique le droit

d'office, sans être lié par les motifs invoqués (cf. 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 135 I 91 consid. 2.1 ; ATAF 2014/24 du 27 février 2014 consid. 2.2, 2012/23 du 15 juin 2011 consid. 4).

3.

L'objet du présent litige porte sur la question de savoir si l'autorité inférieure a rejeté la demande d'exemption de service militaire de la recourante et son employé à dire de droit.

A cette fin, il conviendra d'analyser si, au regard du droit applicable (cf. consid. 4) et des arguments des parties (cf. consid. 5), l'autorité inférieure a considéré à bon droit que l'activité exercée par l'employé de la recourante ne constituait pas un motif d'exemption du service militaire au sens de l'art. 18 LAAM (cf. consid. 6), et si elle a respecté l'autonomie des cantons (cf. consid. 7).

4.

Le litige s'inscrit dans le cadre légal général suivant.

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

4.2

4.2.1 L'art. 18 al. 1 let. c LAAM prévoit notamment que sont exemptés du service militaire tant qu'ils exercent leur fonction ou leur activité, les professionnels occupés à titre principal suivants : les directeurs et les membres du personnel de surveillance d'établissements, de prisons ou de foyers dans lesquels sont exécutées des détentions préventives, des peines ou des mesures (ch. 3), ainsi que les membres des services de police qui ne sont pas indispensables à l'armée pour l'accomplissement de ses tâches de police (ch. 4). L'art 18 al. 2 LAAM dispose que, exceptionnellement et si les circonstances le justifient, le DDPS peut exempter d'autres professionnels occupés à titre principal auprès d'institutions ou de services publics ou privés qui exercent des activités vitales ou indispensables pour l'aide d'urgence ou en cas de catastrophe, dans la mesure où

ils ne sont pas absolument nécessaires à l'armée pour des tâches analogues. L'art. 18 al. 4 LAAM charge le Conseil fédéral de régler les détails, notamment en ce qui concerne les institutions, les personnes et les activités, ainsi que la compétence de décider en la matière.

A ce titre, l'art. 25 al. 1 de l'ordonnance du 22 novembre 2017 sur les obligations militaires (OMi, RS 512.21) précise 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 correspond à un taux d'occupation moyen d'au moins 80 %. Conformément à l'art. 25 al. 2 OMi, aucune exemption de service n'est accordée pendant la formation préparant à exercer une activité indispensable, à l'exception notamment de l'accomplissement de l'école de police (let. a) ou de la formation d'agent de détention (let. b). L'art. 29 let. b OMi mentionne encore que sont réputés membres des services de police les membres des services de police de la Confédération, des cantons, des villes et des communes, qui sont indispensables pour l'accomplissement de tâches de police judiciaire, de police de sûreté et de police de la circulation et qui disposent au moins d'un brevet fédéral de policier.

4.2.2 La liste applicable à une exemption de service actif est appelée à être aussi courte que possible, car elle constitue une certaine brèche dans l'obligation générale de servir, et doit être utilisée de manière restrictive afin de ne pas violer le principe de l'égalité de traitement. En ce qui concerne le maintien de la fonctionnalité des institutions dans des situations extraordinaires, ce but peut souvent être atteint au moyen de la dispense du service ou d'un congé au sens de l'art. 145 LAAM, dont la portée est moins étendue. Cette disposition prévoit que les personnes astreintes au service militaire peuvent être dispensées du service d'appui ou du service actif ou mises en congé afin qu'elles puissent remplir des tâches importantes dans les domaines civils du Réseau national de sécurité. Si les conditions d'exemption du service militaire au sens de l'art. 18 LAAM ne sont pas réalisées, une dispense au sens de l'art. 145 LAAM peut ainsi être accordée, les deux normes coexistant (cf. arrêts du TAF A-4705/2022 du 27 juin 2022 consid. 4.2.2, A-5954/2019 du 26 juillet 2021 consid. 3.3.3.4, A-884/2020 du 5 août 2020 consid. 3.3.4 ; Message du 1^{er} septembre 2021 relatif à une modification de la loi sur l'armée et de l'Organisation de l'armée [Message LAAM 2021], FF 2021 2198, 34/59 ; Message LAAM 1993, FF 1993 IV 1, 48).

5.

Les parties sont divisées par les arguments suivants.

5.1

5.1.1 Dans un premier grief, la recourante considère que l'autorité inférieure a apprécié de manière rigide les normes en lien avec l'exemption de service, abusant de son pouvoir d'appréciation et créant une inégalité de traitement entre les agents de police et de détention qui bénéficient de l'exemption, et les ASP III de la BSA à qui celle-ci est refusée. Les activités de la BSA constituaient pourtant un pont indispensable et vital entre les activités des policiers et des agents de détention, et un rouage indispensable pour le bon fonctionnement du système carcéral.

En particulier, la recourante reconnaît que les ASP III de la BSA ne sont pas titulaires du brevet fédéral de policier exigé par l'art. 29 let. b OMi. Elle estime toutefois que les activités des policiers et des ASP III de la BSA sont liées de très près et cite à ce titre plusieurs dispositions cantonales. De plus, les ASP III de la BSA sont formés dans la même école que les policiers, sont aussi armés, et leurs tâches sont tout autant indispensables pour la sécurité du canton de Genève. Les convois de détenus sont d'ailleurs assurés par la police dans plusieurs autres cantons, et l'étaient également dans le canton de Genève avant le 1^{er} avril 2016 et l'externalisation du service au profit d'une société de sécurité privée, qui dispose d'effectifs importants lui permettant de suppléer aisément l'absence de certains collaborateurs. La mission des ASP III de la BSA représente à présent une fonction à part entière : il ne s'agit en aucun cas d'un soutien ou d'une délégation de fonction de la police.

5.1.2 La recourante est également d'avis que l'autorité inférieure exige à tort d'être au bénéfice du brevet d'agent de détention pour prétendre à une exemption de service. Les directeurs d'établissements pénitentiaires n'étaient pas soumis à cette exigence alors qu'ils bénéficiaient de l'exemption. L'autorité inférieure perdait également de vue que la loi employait le terme large de « *membres de personnel de surveillance* » et ne visait ainsi pas uniquement les agents de détention brevetés. Du reste, certains cantons engageaient des personnes non-brevetées pour assurer la surveillance des personnes détenues. En tout état, l'inextricable juxtaposition des fonctions des agents de détention et des ASP III de la BSA suffisait à démontrer que l'activité de ces derniers était indispensable au suivi des personnes détenues. En effet, ils travaillaient directement avec l'ensemble des établissements de privation de liberté et leur activité était dévolue à la surveillance des personnes détenues.

5.1.3 En outre, de l'avis de la recourante, rien ne justifiait la distinction que l'autorité inférieure réalisait, dans l'application de l'art. 18 al. 2 LAAM, entre les ASP III de la BSA et les ASP affectés à la protection des ambassades et/ou d'objets, qui étaient les seuls ASP autorisés à bénéficier de l'exemption de service. Ces derniers ne disposaient toutefois pas de la formation et de toutes les compétences d'un policier diplômé. Ayant pris note des obligations internationales de la Suisse rattachées à la garde d'ambassade et/ou d'objets, la recourante relève que l'accès aux soins médicaux des personnes détenues, assuré par les ASP III de la BSA, et les standards en matière de transfèrement des détenus constituaient aussi des obligations internationales.

5.1.4 Par ailleurs, la possibilité, évoquée par l'autorité inférieure, de recourir à l'art. 145 LAAM posait des soucis organisationnels d'importance car elle se heurtait au dépôt systématique d'une demande individuelle et sans garantie pour chaque sollicitation de l'armée, et n'offrait pas la même visibilité pour l'organisation des services de la BSA, qui devaient pouvoir compter en tout temps sur la présence de ses agents. En définitive, la position de l'autorité inférieure vidait de sa substance l'art. 18 al. 2 LAAM.

5.2

5.2.1 En réponse à ces arguments, l'autorité inférieure commence par rappeler qu'elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer les fonctions qui entrent dans les catégories d'exemption. Compte tenu de la volonté du législateur de restreindre le catalogue d'exemptions aux activités réellement indispensables, la création d'une possibilité "hybride" d'exemption, à cheval entre le statut de policier et d'agent de détention, n'entraîne pas en considération. En ce qui concernait les membres de la police judiciaire, de sûreté et de la circulation, seuls ceux qui disposaient au moins du brevet fédéral de policier pouvaient être exemptés. Il se justifiait de traiter de manière différente un policier breveté, qui pouvait assumer un large éventail de tâches, d'un ASP qui n'avait pas la même formation et ne disposait que d'une fraction des compétences du premier cité. Il ressortait de la loi genevoise que les ASP III de la BSA agissaient en qualité d'auxiliaires de la police, la déchargeant de certaines tâches. De telles tâches de soutien ne donnaient pas lieu à une exemption de service. Le fait que les employés concernés soient armés ne jouait aucun rôle. Les agents de la société de sécurité privée qui assurait les convois jusqu'au 1^{er} janvier 2016 n'avaient pas non plus été exemptés. La différence en termes d'effectifs de cette entreprise et ceux de la recourante était dénuée de pertinence, car une exemption fondée sur le nombre de travailleurs dans une entreprise serait constitutive d'une inégalité de traitement entre militaires.

5.2.2 En ce qui concerne l'exemption de l'employé en qualité de membre du personnel de surveillance pénitentiaire, l'autorité inférieure relève tout d'abord que les ASP III de la BSA ne travaillent pas dans les lieux de détention visés par la loi. En effet, les lieux d'audiences dont les ASP III de la BSA devaient assurer la sécurité ne faisaient pas partie des établissements pénitentiaires genevois. Le cahier des charges de l'employé précisait bien que ses activités se déroulaient hors desdits établissements. De plus, dans le canton de Genève, le personnel pénitentiaire était exclusivement composé d'agents de détention, tenus de poursuivre une formation sanctionnée d'un brevet fédéral, et de directeurs d'établissements. A défaut de détenir le brevet fédéral d'agent de détention, les ASP III de la BSA ne faisaient donc pas partie du personnel de surveillance pouvant bénéficier d'une exemption. De l'avis de l'autorité inférieure, la non-exemption n'empêcherait pas le bon fonctionnement de l'ensemble du système pénitentiaire en temps de crise, dès lors qu'une telle situation entraînerait obligatoirement une réorganisation du fonctionnement des autorités du domaine pénitentiaire.

5.2.3 Quant à l'art. 18 al. 2 LAAM, qui octroyait au DDPS la faculté – et non l'obligation – d'exempter d'autres professionnels, l'autorité inférieure affirme qu'il devait être appliqué de manière encore plus restrictive que l'art. 18 al. 1 LAAM. L'autorité inférieure souligne que les ASP III de la police ne sont pas non plus exemptés, de sorte qu'une exemption de la BSA constituerait précisément une inégalité de traitement entre ASP. Les ASP III affectés à la protection d'ambassades faisaient figure d'exception, vu les engagements internationaux de la Suisse lui imposant l'obligation d'assurer la protection des représentations étrangères sur son sol. A l'inverse, l'autorité inférieure qualifie les « *Règles Nelson Mandela* » invoquées par la recourante de *soft law*. En tout état, la recourante n'expliquait pas en quoi la non-exemption de service des collaborateurs concernés empêchait le respect de ces règles. Hormis les ASP, d'autres exceptions restaient possibles ; la recourante soutenait ainsi de manière erronée que sa pratique vidait de sa substance l'art. 18 al. 2 LAAM.

5.2.4 Enfin, l'autorité inférieure estime que la recourante n'a pas saisi la portée de la dispense de service au sens de l'art. 145 LAAM. Pour cause, une demande de dispense ne pouvait être déposée qu'en cas d'engagement de l'armée, situation exceptionnelle qui ne concernait pas les services d'instruction représentant l'écrasante majorité des convocations. Contrairement à ce que la recourante alléguait, la dispense de service ne pouvait donc pas constituer un obstacle à son organisation interne. L'autorité inférieure rappelle également la faculté de tout militaire de demander,

conformément à l'art. 90 OMi, un déplacement de service d'instruction, si sa situation professionnelle revêt une importance telle qu'elle ne peut passer au second plan.

6.

A titre liminaire, le Tribunal constate que la recourante invoque les ch. 3 et 4 de l'art. 18 al. 1 let. c LAAM pour justifier l'exemption du service militaire de son employé. Il s'agit des motifs d'exemption réservés aux membres du personnel de surveillance d'établissements, de prisons et de foyers, ainsi qu'aux membres des services de police. En l'occurrence, d'autres fonctions citées à l'art. 18 al. 1 LAAM n'entrent pas en ligne de compte et l'autorité inférieure souligne à juste titre que la création d'une autre catégorie d'exemption, dans le prolongement des deux catégories professionnelles précitées, est exclue, eu égard à l'interprétation restrictive de la liste applicable à une exemption (cf. *supra* consid. 4.2.2). Cet aspect a été souligné lors des débats parlementaires et par le Conseil fédéral lors de la révision de cette disposition, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023 (cf. Message LAAM 2021, 24/59 et 34/59 ; BO 2021 N 2594, BO 2022 E 29).

Il résulte de ce qui précède que l'art. 18 al. 1 LAAM contient une liste exhaustive des personnes exerçant une activité indispensable. Il revient donc au Tribunal de déterminer si les ASP III de la BSA entrent dans une des deux catégories professionnelles précitées. La question de leur exemption en application de la clause de sauvegarde prévue à l'art. 18 al. 2 LAAM, également invoquée par la recourante, sera traitée dans un second temps.

6.1 En ce qui concerne l'exemption des membres des services de police, la recourante ne conteste pas que les ASP III de la BSA ne sont pas titulaires du brevet fédéral de policier qui fait obstacle, selon l'autorité inférieure, à l'admission d'une exemption fondée sur l'art. 18 al. 1 let. c ch. 4 LAAM. Compte tenu du fait que cette exigence figure dans une ordonnance du Conseil fédéral (cf. art. 29 let. b OMi) adoptée en application de l'art. 18 al. 4 LAAM, il convient d'examiner la validité de cette disposition.

6.1.1 Alors que les ordonnances dépendantes – soit celles résultant d'une loi et non pas de la Constitution – d'exécution précisent et détaillent le sens et le contenu de la loi, les ordonnances dépendantes de substitution établissent de manière originare des règles de droit. Les ordonnances présentent toutefois le plus souvent un contenu mixte, constitué à la fois de simples règles d'exécution et de règles dites primaires. Si la compétence du Conseil fédéral d'édicter des ordonnances d'exécution trouve son fondement à l'art. 182 al. 2 Cst., cette disposition n'est en revanche pas une

base suffisante pour les ordonnances de substitution, dont la création nécessite, vu le principe de la séparation des pouvoirs, une clause de délégation soumise, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, au respect de quatre conditions ayant elles-mêmes valeur constitutionnelle. La délégation législative doit ne pas être exclue par la Constitution fédérale et figurer dans une loi formelle fédérale (cf. art. 164 al. 2 et art. 182 al. 1 Cst.), se limiter à une matière déterminée et bien délimitée ainsi qu'énoncer elle-même les points essentiels sur lesquels doit porter la matière à régler (cf. ATF 141 V 688 consid. 4.2.1, 140 I 218 consid. 6.5, 134 I 322 consid. 2.4 ; ATAF 2016/29 consid. 4.1 ; arrêts du TAF A-501/2021 du 19 janvier 2022 consid. 7.3.4, A-6043/2016 du 10 octobre 2017 consid. 4.1.1).

6.1.2 Dans le cadre d'un contrôle concret de la norme, le Tribunal administratif fédéral, s'agissant des ordonnances fédérales dépendantes, vérifie si le Conseil fédéral s'en est tenu aux limites des compétences que la loi lui a attribuées. En outre, dans la mesure où la loi n'autorise pas le délégataire à s'écarter de la Constitution, respectivement que la réglementation du Conseil fédéral ne reprend pas purement et simplement un élément contraire à la Constitution inscrit dans la loi au sens formel, le Tribunal administratif fédéral juge non seulement de la légalité de ladite réglementation, mais aussi de sa constitutionnalité. Lorsque le Conseil fédéral dispose d'une très large marge d'appréciation, comme cela est le cas en l'espèce, celle-ci lie alors le Tribunal (cf. art. 190 Cst.). Dans de telles circonstances, le Tribunal n'est pas en droit de substituer sa propre appréciation à celle du Conseil fédéral. Il doit au contraire se limiter au contrôle consistant à savoir si la réglementation en cause outrepassé manifestement le cadre de la délégation de compétence prévue par la loi ou si, pour d'autres raisons, cette réglementation apparaît contraire à la loi ou à la Constitution. Dans ce contexte, il peut notamment examiner si une disposition de l'ordonnance repose sur des motifs sérieux ou si elle contrevient aux art. 8 (Egalité) ou 9 Cst. (Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi), parce qu'elle est vide de sens ou inutile, opère des distinctions juridiques sans motif raisonnable, ou encore parce qu'elle omet de faire des distinctions qui auraient dû être faites. La responsabilité concernant l'opportunité de la mesure prescrite incombe au Conseil fédéral ; il ne revient pas au Tribunal de s'exprimer au sujet de son caractère approprié du point de vue économique ou politique (cf. ATF 147 IV 439 consid. 3.3.1, 145 V 278 consid. 4.1, 144 II 313 consid. 5.2 ; arrêts du TAF A-1414/2022 du 22 novembre 2022 consid. 7.3.1, A-3712/2021 du 2 novembre 2022 consid. 6.1, A-1666/2019 du 8 octobre 2020 consid. 5.2.1).

6.1.3 En l'espèce, les conditions que doit respecter la clause de délégation législative sont remplies, la recourante ne contestant pas ce point. L'art. 18 al. 4 LAAM figure dans une loi fédérale au sens formel et la Constitution ne la prohibe pas. Elle est limitée à une matière déterminée et délimitée et édicte les points essentiels sur lesquels doivent porter les dispositions d'exécution du Conseil fédéral, à savoir les institutions, les personnes et les activités concernées par l'exemption de l'obligation de servir. Ensuite, l'art. 29 let. b OMi n'outrepasse pas le cadre de la délégation législative, ce qui n'est pas non plus allégué par la recourante. La délégation autorise bien le Conseil fédéral à définir quelles activités et fonctions de police, au sens de l'art. 18 al. 1 let. c ch. 4 LAAM, sont indispensables à la défense nationale (cf. Message LAAM 1993, FF 1993 IV 1, 47), ce qu'il a fait en indiquant que sont réputés membres des services de police, au sens de l'art. 18 al. 1 let. c LAAM, les membres des services de police disposant au moins d'un brevet fédéral de policier et exerçant dans la police judiciaire, la police de sécurité ou la police de la circulation.

Il reste à déterminer si l'exigence d'un brevet fédéral de policier telle que prévue est contraire au principe constitutionnel de l'égalité de traitement, comme l'affirme la recourante.

6.1.4

6.1.4.1 Tout d'abord, il ressort de la législation genevoise que les ASP et les policiers brevetés n'obéissent pas au même statut. L'art. 19 al. 1 let. c et al. 3 de la loi genevoise du 9 septembre 2014 sur la police (LPol, rsGE F 1 05), complété par l'art. 3 let. d du règlement général du 26 juin 2024 sur le personnel de la police (RGPPol, rsGE F 1 05.07), différencie explicitement ces deux professions, en disposant que les ASP appartiennent au personnel non policier. Selon les débats parlementaires, le législateur genevois a explicitement voulu éviter que les ASP III de la BSA soient intégrés au personnel de la police au sens de l'art. 19 al. 1 let. b LPol (cf. Mémorial des séances du Grand conseil de la République et canton de Genève [En ligne], séance du vendredi 18 octobre 2019 à 16h, consulté le 4 février 2025 à l'adresse suivante : « <https://ge.ch/grandconseil/memorial/seances/020205/25/19/> »). Partant, le droit cantonal opère, tout comme le droit fédéral, une distinction entre le statut juridique des agents de police (brevetés) et celui des autres catégories du personnel de police – y compris les ASP III de la BSA.

6.1.4.2 En ce qui concerne les activités des ASP III de la BSA, l'art. 2 al. 1 de la loi genevoise du 19 octobre 2019 sur le convoyage et la surveillance des détenus hors des établissements pénitentiaires (LCSO, rsGE F 1 51)

dispose que les tâches de convoyage et de surveillance des personnes détenues hors des établissements pénitentiaires sont effectuées par des assistants de sécurité publique armés. Plus précisément, l'art. 3 du règlement du 18 avril 2018 sur la brigade de sécurité et des audiences (RBSA, rsGE F 1 51.03) prévoit que la brigade a pour missions principales le convoyage des détenus, les conduites accompagnées, la surveillance des détenus lors des audiences et dans le milieu hospitalier, ainsi que la gestion des lieux de privation de liberté de la police ou du pouvoir judiciaire, dits «violons» (al. 1). A titre subsidiaire, la brigade peut être engagée en soutien à des missions de sécurité de l'office cantonal de la détention, sur décision de la direction générale. Elle peut également être engagée, à titre subsidiaire, en soutien à des opérations de police, à la demande de cette dernière et sur décision de la direction générale (al. 2). Il ressort de cette disposition que les ASP III de la BSA n'effectuent des missions dévolues à la police qu'à titre subsidiaire, sur demande et sur décision préalable. Le cahier des charges de l'employé va dans le même sens lorsqu'il prévoit que ce n'est qu'à titre d'activité complémentaire qu'il peut appuyer la police lors d'événements particuliers. Les activités des ASP III de la BSA ne sont donc ni comparables ni assimilables à celles de la police (en ce sens : arrêt ATA/130/2022 de la Cour de justice du canton de Genève du 8 février 2022 consid. 4b). Le fait que les ASP III de la BSA soient formés au sein de la même école que les policiers ne constitue pas un argument pertinent, puisque le diplôme respectif obtenu n'est pas le même. En tout état, seule la fonction professionnelle exercée à titre principale et le cahier des charges qu'elle implique constitue le critère déterminant, et non la formation acquise (cf. arrêt du TAF A-4705/2022 du 27 juin 2023 consid. 6.2).

6.1.4.3 Surtout, les tâches de convoyage et de surveillance dévolues à la BSA peuvent, en cas de besoin, être exécutées par du personnel de police assermenté et soumis à la LPol (art. 2 al. 3 LCSD). Par conséquent, un policier breveté, outre ses activités de police administrative, de police de sécurité et de police judiciaire (cf. art. 1 al. 3 LPol), peut être amené à assumer les tâches habituellement dévolues aux ASP III de la BSA. Il est ainsi en mesure d'accomplir un éventail de missions beaucoup plus large que celui des ASP III de la BSA, ce que reconnaît explicitement la recourante à propos des ASP III affectés à la garde d'ambassades et/ou d'objets. La capacité des policiers brevetés à assumer l'ensemble de ces tâches explique leur rôle indispensable en situation de crise, à l'inverse des ASP III de la BSA. Contrairement à l'opinion de la recourante, le fait que l'activité des ASP III de la BSA est essentielle au fonctionnement du système carcéral ne suffit pas à admettre leur exemption. En effet, d'autres membres indispensables à ce domaine, à commencer par les magistrats chargés de

juger les personnes convoyées par la BSA, ne profitent, eux, pas d'une exemption. A l'instar de l'autorité inférieure, il faut convenir qu'en situation extraordinaire, le système pénitentiaire connaîtrait nécessairement une réorganisation de ses effectifs et ses priorités. Dans ce cadre, il est aisément concevable que des policiers assument, si nécessaire, des tâches de convoyage, comme cela était d'ailleurs le cas auparavant (cf. rapport du 9 juillet 2019 de la commission judiciaire et de la police chargée d'étudier le projet de loi et le rapport du Conseil d'Etat au Grand conseil concernant la loi sur le convoyage et le transport des détenus [PL 11662-D et RD 1198-A], pp. 45-46). Partant, il paraît justifié d'opérer une distinction entre les policiers brevetés et les autres membres du personnel de police sur le plan de leur exemption de service.

6.1.4.4 Le présent cas ne contient pas d'éléments permettant d'adopter une solution différente de celle retenue dans l'arrêt A-4705/2022 du 27 juin 2023, au terme duquel le Tribunal a considéré qu'un ASP communal de la Ville de Neuchâtel ne saurait bénéficier de l'exemption de service car « *les activités et compétences de l'agent de sécurité publique communal n'entraient pas dans la catégorie des services de police organisés de l'art. 18 al. 1 let. f aLAAM* » (consid. 6.3.2). La recourante soutient que la fonction principale de l'ASP neuchâtelois était le maintien du lien social avec la population, ce qui n'est pas le cas des ASP III de la BSA. S'il est vrai que cette proximité à la population était soulignée, il était également relevé que l'ASP neuchâtelois assumait certaines tâches de police judiciaire et de police de circulation, activités pouvant donner lieu à une exemption conformément à l'art. 29 let. b OMi, qui n'ont toutefois pas été jugées vitales en situation de crise (consid. 6.3.1 s.). L'avis de la recourante, selon lequel, à l'inverse de l'ASP neuchâtelois, la mission des ASP III de la BSA consiste en une tâche à part entière et non une délégation des fonctions de la police, tend précisément à démontrer que leur mission n'est pas comparable aux activités policières indispensables requises pour admettre une exemption. En outre, le fait qu'en l'espèce, les ASP III de la BSA portent des armes à feu ne prouve pas qu'ils jouiraient de prérogatives plus étendues que celles de l'ASP neuchâtelois, puisque ce dernier avait le droit de porter d'autres armes et d'appréhender des contrevenants (consid. 6.3.1). Au même titre, le fait qu'il s'agissait d'un ASP communal n'est pas un critère pertinent dans le cadre d'une potentielle exemption, comme le rappelle l'art 29 let. b OMi.

6.1.5 Il résulte de ce qui précède que la distinction opérée à l'art. 29 let. b OMi entre les policiers brevetés, qui peuvent prétendre à l'exemption de l'obligation de servir, et les autres membres du personnel policier, n'est pas contraire au droit. Par conséquent, c'est à bon droit que l'autorité inférieure

a appliqué l'art. 29 let. b OMi et considéré que les ASP III de la BSA, qui ne sont pas titulaires du brevet fédéral de policier, ne peuvent prétendre à l'exemption au titre de membres des services de police.

6.2 En ce qui concerne l'exemption de l'employé au titre de membre du personnel de surveillance d'établissements, de prisons ou de foyers, le Tribunal retient ce qui suit.

6.2.1 La loi genevoise du 3 novembre 2016 sur l'organisation des établissements et le statut du personnel pénitentiaires (LOPP, rsGE F 1 50) règle l'organisation des établissements pénitentiaires ainsi que le statut du personnel pénitentiaire qui y est affecté (art. 1 al. 1). Selon l'art. 3, par établissement pénitentiaire (al. 1), on entend : tout établissement de privation de liberté pour adultes, jeunes adultes ou mineurs, qu'il s'agisse d'un régime de détention avant jugement, d'exécution de peine à titre anticipé ou d'exécution de peine (let. a) ; tout établissement d'exécution de mesures pour adultes ou jeunes adultes, qu'il s'agisse d'un régime d'exécution de mesure à titre anticipé ou d'exécution de mesure (let. b). Par personnel pénitentiaire (al. 2), on entend : le directeur de l'établissement et son suppléant (let. a) ; les agents de détention (let. b). En ce qui concerne ces derniers, une école de formation de trois ans est organisée, conduisant à l'obtention du brevet fédéral d'agent de détention (art. 18 al. 1 et 2 LOPP). Enfin, selon l'art. 7 al. 1 du règlement genevois du 30 septembre 1985 sur le régime intérieur de la prison et le statut des personnes incarcérées (RIPP, rsGE F 1 50.04), le personnel pénitentiaire est chargé des missions suivantes : assurer les tâches de surveillance interne et externe, de maintien de l'ordre, de conduite et de sécurité intérieure au sein des établissements (let. a) ; garantir les tâches d'accompagnement et d'encadrement nécessaires aux personnes détenues dans le respect des droits fondamentaux et des principes en matière de privation de liberté, en particulier l'accompagnement à la réinsertion (let. b).

Pour sa part, l'art. 1 LCSD, intitulé « Tâches de convoyage et de surveillance des détenus hors des établissements pénitentiaires », dispose que le département chargé de la sécurité (ci-après : département) exécute les tâches de convoyage des personnes détenues, consistant en leur transport sécurisé de ou vers un établissement pénitentiaire ou un autre lieu de privation de liberté (al. 1). Le département exerce également la surveillance des personnes détenues lors des audiences, dans le milieu hospitalier et dans les autres lieux de privation de liberté. La surveillance peut également consister en l'accompagnement sécurisé de personnes détenues lors d'allègements dans l'exécution de la sanction pénale (al. 2). Comme déjà

mentionné (cf. *supra* consid. 6.1.4.2), les tâches de convoyage et de surveillance des personnes détenues hors des établissements pénitentiaires sont effectuées par des ASP III (art. 2 al. 1 LCSD).

6.2.2 Il ressort de ce qui précède que les ASP III de la BSA sont certes hiérarchiquement et structurellement rattachés à l'Office cantonal de la détention, mais ne font pas partie du personnel pénitentiaire. En effet, la législation genevoise ne leur a pas attribué des tâches de surveillance et de déplacement de détenus dans les établissements pénitentiaires, celles-ci étant exclusivement réservées aux agents de détention au bénéfice d'un brevet fédéral ou en cours de formation. En outre, la BSA œuvre exclusivement *hors* des établissements pénitentiaires, tant lors du convoyage que de la surveillance des détenus. Elle n'est pas affectée à un établissement pénitentiaire au sens de l'art. 1 al. 1 LOPP (en ce sens : art. 1 LCSD ; PL 11662-D et RD 1198-A, annexe 3, p. 4). En effet, les lieux de privation de liberté dont les ASP III de la BSA assurent la gestion, soit les « violons » du Vieil Hôtel de Police et du Palais de justice, ne comptent pas parmi les établissements pénitentiaires genevois, si l'on excepte les violons du Palais de justice entre 18h00 et 07h00 (cf. art. 1 al. 2 ROPP et art. 51a RRIP). Les activités de surveillance de détenus dans d'autres milieux, que ce soit lors d'hospitalisations, d'audiences ou des parloirs d'avocats, ne peuvent pas davantage être considérés comme des établissements pénitentiaires. Compte tenu de ces éléments, il n'est pas possible de retenir que les ASP III de la BSA entrent dans la catégorie des membres du personnel de surveillance au sens de l'art. 18 al. 1 let. c ch. 3 LAAM.

6.2.3 Compte tenu de ce résultat, il n'est pas nécessaire d'approfondir les arguments des parties relatifs à l'exigence du brevet fédéral d'agent de détention pour jouir d'une exemption de service. Le Tribunal attire toutefois leur attention sur l'ATAF 2023 I/3, au terme duquel a été accordée, en application de l'art. 18 al. 1 let. c ch. 3 LAAM, une exemption du service civil à un accompagnant socio-professionnel dans l'exécution de mesures au sein de foyers pour jeunes. A cette occasion, le Tribunal a écarté l'interprétation restrictive défendue par l'autorité inférieure selon laquelle le « *personnel de surveillance essentiel* » visé à l'art. 18 al. 1 let. c ch. 3 LAAM comprendrait exclusivement les « *agents pénitentiaires* » qui « *assurent la sécurité et la surveillance des détenus* ». Il a souligné qu'avec l'évolution du droit des sanctions, l'agent de détention (cf. art. 25 let. b OMI) était désormais chargé tant de la surveillance que de l'encadrement des détenus en vue de leur réinsertion (cf. consid. 5.2.3). La question de l'exigence du brevet fédéral d'agent de détention n'a toutefois pas été posée par les parties ou le Tribunal. En tout état, ces développements ne peuvent pas être

transposés au cas d'espèce. En effet, dans le canton de Genève, seuls les agents de détention ont une mission d'accompagnement à la réinsertion. Pour leur part, les ASP III de la BSA ne sont pas formés à une telle mission et exercent exclusivement des tâches de convoyage et de surveillance des personnes privées de liberté (cf. en ce sens : ATA/665/2021 de la Cour de justice du canton de Genève du 29 juin 2021 consid. 17 ; question laissée ouverte dans l'arrêt du TF 8D_4/2021 du 29 mars 2022 consid. 7.3).

6.2.4 En conclusion, l'employé de la recourante n'entre pas non plus dans la catégorie d'exemption de l'art. 18 al. 1 let. c ch. 3 LAAM.

6.3 Il convient encore de déterminer si, comme le soutient la recourante, l'autorité inférieure a commis une inégalité de traitement et abusé de son pouvoir d'appréciation en refusant l'exemption de l'employé en application de l'art. 18 al. 2 LAAM.

6.3.1 Il y a abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité, tout en restant dans les limites du pouvoir d'appréciation qui est le sien, se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables ou viole des principes généraux du droit, tels que l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.), 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.). Commet un excès positif de son pouvoir d'appréciation, l'autorité qui exerce son appréciation alors que la loi l'exclut ou qui, au lieu de choisir entre les deux solutions possibles, en adopte une troisième. Commet en revanche un excès négatif de son pouvoir d'appréciation, l'autorité qui considère qu'elle est liée, alors que la loi l'autorise à statuer selon son appréciation, ou qui renonce d'emblée en tout ou partie à exercer son pouvoir d'appréciation (cf. ATF 145 I 52 consid. 3.6, 140 I 257 consid. 6.3.1, 137 V 71 consid. 5.1).

6.3.2 En l'espèce, l'autorité inférieure doit être suivie lorsqu'elle justifie la distinction opérée entre les ASP III de la BSA et ceux affectés à la protection d'ambassades et/ou d'objets par les engagements internationaux de la Suisse. A ce titre, elle fait en particulier référence à la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques (RS 0.191.01), dont l'art. 22 al. 2 prévoit que la Suisse a l'obligation spéciale de prendre toutes mesures appropriées afin d'empêcher que les locaux d'une mission diplomatique ne soient envahis ou endommagés, la paix de la mission troublée ou sa dignité amoindrie. De plus, en cas de rupture des relations diplomatiques entre deux États, ou si une mission est rappelée définitivement ou temporairement, la Suisse est tenue de respecter et de protéger les locaux

de la mission, ainsi que ses biens et ses archives, même en cas de conflit armé (art. 45 al. 1 let. a). Aux yeux du Tribunal, cette obligation de droit international, valable en temps de paix comme en cas de conflit qui mobiliserait les effectifs de l'armée suisse, justifie le traitement différencié dont font l'objet les ASP affectés à la garde d'ambassades et/ou d'objets par rapport aux autres ASP, *a fortiori* dans le canton de Genève où sont établies un nombre important de missions diplomatiques (cf. « <https://www.geneve.ch/themes/geneve-internationale/institutions-internationales-missions-permanentes-organisations-non-gouvernementales> », consulté le 4 février 2025). A l'inverse, l'obligation internationale régissant le transfèrement des détenus citée par la recourante (i.e la « Règle Nelson Mandela » n° 73) fait partie du *soft law* du domaine pénitentiaire, qui ne revêt pas un caractère contraignant pour les autorités (cf. arrêt du TF 6B_925/2022 du 29 mars 2023 consid. 6.4 ; « <https://www.skjv.ch/fr/execution-des-sanctions-penales/vue-densemble-de-la-soft-law-en-matiere-penitentiaire> », consulté le 4 février 2025).

Certes, le droit international comme le droit interne garantissent l'accès des détenus à des soins médicaux (cf. art. 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 [CEDH, RS 0.101] ; art. 75 al. 1 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 [CP, RS 311.0] ; ATF 140 I 125 consid. 3.1 ; arrêts du TF 6B_30/2022 du 21 février 2022 consid. 4.2, 1B_268/2021 du 29 juin 2021 consid. 3.1 ; BRÄGGER/ZANGGER, *Freiheitsentzug in der Schweiz*, 2020, n° 1128). Dans le canton de Genève, les droits et les obligations des détenus sont définis dans le RRIP (ATF 140 I 125 consid. 3.1) : le service médical est assuré par la division de médecine pénitentiaire, qui prodigue des soins en permanence (art. 29). En cas d'urgence ou de nécessité, le détenu peut être transféré au quartier cellulaire des Hôpitaux universitaires de Genève ou à l'unité hospitalière de psychiatrie pénitentiaire (art. 30 al. 2). Dans ses écritures, la recourante n'explique cependant pas pourquoi l'accès aux soins, respectivement les droits fondamentaux des prisonniers, ne pourraient être garanti(s) faute d'exemption des ASP III de la BSA. On notera en particulier que ce n'est qu'en cas d'urgence que ces derniers sont sollicités pour convoier les détenus qui nécessitent des soins médicaux, ce qui limite la fréquence de leur intervention à cet égard. En tout état, comme indiqué ci-dessus (cf. *supra* consid. 6.1.4.3), rien n'empêche de faire appel à des policiers pour réaliser cette tâche de convoyage en cas de situation extraordinaire.

6.3.3 Pour terminer, l'affirmation de la recourante selon laquelle l'autorité inférieure aurait vidé de sa substance l'art. 18 al. 2 LAAM n'est pas fondée.

D'une part, certains collaborateurs exerçant des professions indispensables restent susceptibles d'être exemptés à l'aune de cette disposition, comme dans le secteur de l'électricité (cf. Message LAAM 2021, FF 2021 2198, 24/59). D'autre part, en renvoyant à l'art. 145 LAAM, l'autorité inférieure n'a fait que rappeler à la recourante que la dispense du service d'appui ou du service actif, dont la portée est moins étendue que l'exemption, permettait souvent de garantir le maintien de la fonctionnalité des institutions dans des situations extraordinaires (cf. *supra* consid. 4.2.2). En ce qui concerne les craintes en termes organisationnels émises par la recourante en cas de recours à l'art. 145 LAAM, l'autorité inférieure rétorque à juste titre que la dispense des employés concernés n'interviendrait qu'en cas d'engagement de l'armée (cf. art. 65 ss. LAAM), situation rare et imprévisible par définition. Hors situation de crise, la recourante dispose de la visibilité nécessaire pour anticiper les obligations militaires de ses collaborateurs (cours de répétition, service d'instruction des cadres, etc.) et ainsi organiser ses services de manière à disposer d'effectifs suffisants, comme tout employeur du pays ne bénéficiant pas de l'exemption de service pour ses employés.

6.4 Il résulte de ce qui précède que l'autorité inférieure n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation ni créé une inégalité de traitement en refusant d'appliquer l'art. 18 al. 2 LAAM à l'employé concerné.

7.

Dans un ultime grief, la recourante soutient que l'autorité inférieure a violé l'autonomie des cantons. Cette dernière, en rejetant les demandes d'exemption des ASP III de la BSA, contraignait en effet les cantons à confier le convoyage des personnes privées de liberté à la police. Elle s'ingérerait ainsi sans motif légitime dans leur organisation interne.

7.1 L'autorité inférieure conteste toute ingérence dans l'organisation interne des cantons. Ceux-ci conservaient toute latitude pour confier toute mission aux collaborateurs qu'ils souhaitaient, notamment à des policiers brevetés. Le choix d'augmenter les effectifs de la BSA pour se passer de l'appui d'une société de sécurité privée appartenait au canton de Genève ; il lui revenait également de supporter les conséquences de ce choix.

7.2

7.2.1 La Constitution fédérale garantit aux cantons une large autonomie en matière d'organisation et de procédure. Ceux-ci sont en principe libres de s'organiser comme ils l'entendent et de répartir le pouvoir cantonal entre les organes qu'ils instituent (art. 1, 3 et 47 Cst.). L'autonomie

constitutionnelle des cantons n'est cependant pas absolue. Elle est limitée par la Constitution fédérale elle-même, les lois fédérales et la jurisprudence. S'agissant de la mise en œuvre du droit fédéral, la Confédération doit certes laisser aux cantons "une marge de manœuvre aussi large que possible" et tenir compte de "leurs particularités" (art. 46 al. 3 Cst.) : elle ne doit pas limiter sans nécessité la liberté d'action des cantons et, partant, restreindre leur souveraineté (cf. ATF 130 II 65 consid. 5.1 ; arrêt du TF 2C_755/2010 du 10 décembre 2010 consid. 2.2.1). Les interventions dans l'autonomie d'organisation cantonale ne sont admissibles que si elles sont nécessaires et proportionnées pour garantir une mise en œuvre correcte et opportune du droit fédéral par les cantons. Cela présuppose une pesée des intérêts entre, d'une part, l'obligation de la Confédération de veiller à l'exécution adéquate des tâches et, d'autre part, la souveraineté des cantons en matière d'organisation et de procédure (cf. ATF 128 I 254 consid. 3.8.2).

7.2.2 La Constitution confère à la Confédération la compétence exclusive de la législation militaire ainsi que de l'organisation, de l'instruction et de l'équipement de l'armée (art. 60 al. 1 Cst. ; cf. arrêt du TAF A-2884/2019 du 17 février 2020 consid. 4.1). Partant, il n'existe plus de « souveraineté cantonale » en la matière (cf. KASTRIOT LUBISHTANI, in : Martenet/Dubey (éd.), Commentaire romand, Constitution fédérale, 2021, art. 60 n° 10). Tout au plus la loi fédérale délègue-t-elle aux cantons certaines tâches, telles qu'en matière de recrutement (art. 11 al. 2 LAAM ; MALINVERNI [et al.], Droit constitutionnel suisse, vol. I, 4^e éd. 2021, n° 1097).

7.3 En l'espèce, l'autorité inférieure n'a pas empiété de manière inadmissible sur l'autonomie des cantons en appliquant l'art. 18 LAAM. La recourante ne peut être suivie lorsqu'elle affirme que le rejet de la demande d'exemption contraindrait le canton de Genève à confier à la police le convoyage des personnes privées de liberté. Au contraire, en concrétisant la compétence exclusive de la Confédération en matière de législation militaire, l'autorité inférieure a laissé toute latitude au canton de Genève pour confier les missions de convoyage et de surveillance des détenus aux agents de son choix, qu'il s'agisse de personnes soumises ou non aux obligations militaires, de policiers brevetés ou encore d'agents de détention. C'est ainsi que, pendant de nombreuses années, le canton de Genève a fait le choix de déléguer les tâches de convoyage à une société de sécurité privée dont les employés ne bénéficiaient d'aucune exemption de service. D'autres cantons ont, pour leur part, confié ces tâches à des agents de police. Faisant le choix de confier cette mission exclusivement à des ASP III de la BSA, le canton de Genève dispose désormais d'agents

spécifiquement formés à ces tâches, mais sans prérogative sur le plan de leurs obligations militaires.

7.4 En conclusion, le grief de la violation de l'autonomie des cantons soulevé par la recourante doit être écarté. Cela scelle le sort du recours, qui sera intégralement rejeté.

8.

Demeure la question des frais et dépens.

8.1 Conformément à l'art. 63 PA, les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe (al. 1, 1^{ère} phrase). Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures, ni des autorités fédérales recourantes et déboutées ; si l'autorité recourante qui succombe n'est pas une autorité fédérale, les frais de procédure sont mis à sa charge dans la mesure où le litige porte sur des intérêts pécuniaires de collectivités ou d'établissements autonomes (al. 2).

En l'espèce, l'intérêt de la recourante – qui n'est pas une autorité fédérale – à l'exemption de son employé réside dans le maintien de sa capacité de fonctionnement en situation extraordinaire (cf. arrêts du TAF A-4705/2022 du 27 juin 2023 consid. 1.2 et 4.3, A-884/2020 du 5 août 2020 consid. 3.3.2, A-5835/2019 du 27 avril 2020 consid. 3.3.2). La décision entreprise doit ainsi être qualifiée de non-pécuniaire (cf. *supra* consid. 1.2). Aucuns frais de procédure ne sera mis à sa charge (cf. en ce sens : JEAN-MAURICE FRÉ-SARD, in : Bellanger/Candrian/Hirsig-Vouilloz (éd.), Commentaire romand, Loi fédérale sur la procédure administrative, 2024, art. 63 n° 36 ; GRÉGORY BOVEY, Commentaire de la LTF, 3^e éd. 2022, art. 66 n° 30).

8.2 Le Tribunal peut allouer d'office ou sur requête à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (cf. art. 64 al. 1 PA, art. 7 ss du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Les autorités fédérales et, en règle générale, les autres autorités parties n'ont pas droit aux dépens (art. 7 al. 3 FITAF).

Compte tenu du rejet de recours, il n'y a pas lieu de prononcer des dépens, l'autorité inférieure n'y ayant elle-même pas droit.

9.

Cet arrêt n'est pas attaqué devant le Tribunal fédéral (cf. art. 83 let. i de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). Il entre en force dès sa notification.

(Le dispositif est porté à la page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Il n'est pas perçu de frais de procédure.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé à la recourante et à l'autorité inférieure.

Le président du collège :

Le greffier :

Jérôme Candrian

Frédéric Lazeyras

Expédition :