

# **BVGer A-5835/2019 vom 27. April 2020**

Bundesverwaltungsgericht, 2020-04-27, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-5835\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-5835_2019)

FR: TAF A-5835/2019 du 27 avril 2020

IT: TAF A-5835/2019 del 27 aprile 2020

## **Regeste**

Obligations militaires

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

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

### **E. 1.2**

Le Commandement de l'instruction (Cdmt Instr) est une unité de l'administration fédérale subordonnée au Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports DDPS (annexe I.B.IV ch. 1.4.5 de l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [OLOGA, RS 172.010.1], par renvoi de son art. 8 al. 1 let. a), dont les décisions non pécuniaires sont sujettes à recours devant le Tribunal administratif fédéral (art. 40 al. 1 LAAM).

### **E. 1.3**

La recourante a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, laquelle a rejeté la demande d'exemption du service militaire pour son employé. Etant la destinataire de la décision querellée, elle est particulièrement atteinte et a un intérêt digne de protection à requérir son annulation ou sa modification (art. 48 al. 1 PA). Elle 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**

La recourante 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 (Moser et

al., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2ème éd., Bâle 2013, n° 3.197). Aussi peut-il admettre ou rejeter le pourvoi pour d'autres motifs que ceux invoqués.

### **E. 3.1**

Selon le principe de l'art. 2 al. 1 LAAM, concrétisant l'art. 59 al. 1 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Constitution fédérale, RS 101), tout citoyen suisse est astreint au service militaire.

### **E. 3.2**

Les art. 17 et 18 LAAM prévoient des exceptions au principe du service militaire obligatoire général, à savoir l'exemption du service militaire pour les membres du parlement (art. 17) et pour les professionnels exerçant des activités indispensables (art. 18).

#### **E. 3.2.1**

L'art. 18 al. 1 let. h LAAM, dans sa version du 1er janvier 2018, dispose que sont exemptés du service militaire tant qu'ils exercent leur fonction ou leur activité les employés des services postaux, des entreprises de transport titulaires d'une concession fédérale ou de l'administration qui, en situation extraordinaire, sont indispensables au réseau national de sécurité.

#### **E. 3.2.2**

Au sens de l'art. 30 al. 1 let. b de l'ordonnance du 22 novembre 2017 sur les obligations militaires (OMi, RS 512.21), sont réputés indispensables pour le réseau national de sécurité dans les situations extraordinaires les employés de toutes les entreprises de chemins de fer, de funiculaires, de trolleybus, d'autobus et de navigation concessionnaires de la Confédération et ceux des entreprises de chemins de fer qui, sur la base d'une autorisation d'accès au réseau suisse conformément à l'art. 8c al. 1 de la loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer (LCdF, RS 742.101), assurent régulièrement les services de transport de marchandises servant à l'approvisionnement économique du pays en biens vitaux et dont le travail est indispensable pour l'accomplissement des missions des entreprises de transport concessionnaires ; le trafic d'excursion n'est pas pris en compte dans l'évaluation des prestations. Au sens de cette disposition sont donc concernés les employés des entreprises ferroviaires concessionnaires de la Confédération, d'une part, pour le trafic voyageur et, d'autre part, pour le trafic de marchandises. Afin de déterminer si le concessionnaire remplit les conditions pour que ses employés puissent être exemptés de service militaire, son mandat de prestation doit être examiné et le trafic d'excursion ne doit pas être pris en considération (art. 30 al. 1 let. b in fine OMi).

#### **E. 3.2.3**

L'art. 30 al. 1 OMi trouve également un écho aux art. 41 de la loi du 20 mars 2009 sur le transport de voyageurs (LTV, RS 745.1) et 3 al. 1 let. a de l'ordonnance du 28 août 2019 sur les transports prioritaires dans des situations exceptionnelles (OTPE, RS 531.40). L'art. 41 LTV dispose que les entreprises (au bénéfice d'une concession de transport de voyageurs) sont tenues, dans des situations particulières ou extraordinaires, d'effectuer les transports pour la Confédération et les cantons en priorité. Quant à l'art. 3 al. 1 let. a OTPE, celui-ci prescrit que les entreprises doivent bénéficier d'une concession de transport de voyageurs au sens de l'art. 6 LTV pour faire partie intégrante des entreprises amenées à fonctionner en cas de situation extraordinaire. Le législateur n'a donc pas imparti une obligation de transport de marchandises aux concessionnaires du trafic de voyageurs pour qu'ils fassent partie

intégrante du réseau national de sécurité. A cet égard, il serait fortement incongru que les concessionnaires de trolleybus se doivent de transporter des marchandises pour bénéficier d'une exemption de servir.

#### **E. 3.2.4**

Il n'existe ainsi pas de condition selon laquelle les entreprises de transports voyageurs doivent également transporter des marchandises pour bénéficier de l'art. 30 OMi et donc de l'art. 18 al. 1 let h LAAM.

#### **E. 3.3.1**

L'exemption de service au titre de l'art. 18 LAAM et la dispense ou le congé au titre de l'art. 145 LAAM reposent sur des concepts différents et doivent être distingués.

#### **E. 3.3.2**

La demande d'exemption est présentée conjointement par l'employeur et la personne astreinte au service militaire (art. 18 al. 3 LAAM). Il ne s'agit donc pas seulement d'une exemption de servir de la personne astreinte, mais aussi de l'employeur, qui doit ainsi pouvoir maintenir sa capacité de fonctionnement dans une situation extraordinaire (Message du 8 septembre 1993 relatif à la loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire et à l'arrêté fédéral sur l'organisation de l'armée, FF 1993 IV 1, 46 [Message LAAM]). Il en va autrement de l'art. 145 LAAM, selon lequel les personnes astreintes au service militaire peuvent être individuellement 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 (arrêt du TAF A-2884/2019 du 17 février 2020 consid. 6.3.1).

#### **E. 3.3.3**

Il existe un droit à l'exemption fondée sur l'art. 18 LAAM si les conditions sont réalisées ; en revanche, l'art. 145 LAAM est une norme potestative (Kann-Vorschrift), qui ne donne pas droit à une dispense (Message LAAM 1993 IV 1, 129 ; arrêt du TAF A-2884/2019 précité consid. 6.3.2).

#### **E. 3.3.4**

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

#### **E. 3.3.5**

L'art. 18 al. 1 let. h LAAM ne fait que mentionner les situations extraordinaires ("les employés [...] des entreprises de transport [...] qui, en situation extraordinaire, sont indispensables au réseau national de sécurité"). Il n'en ressort pas que la norme ne s'appliquerait que dans les situations extraordinaires (une situation où, dans de nombreux domaines et secteurs, les procédures ordinaires ne suffisent pas pour faire face aux tâches à accomplir, par exemple en cas de catastrophes et d'urgences touchant l'ensemble du pays ou

en cas de conflit armé), soit à l'exclusion de la situation ordinaire (la situation stratégique normale de paix relative ; arrêt du TAF A-2884/2019 précité consid. 6.3.4).

#### **E. 3.3.6**

Il n'existe pas de subsidiarité de l'art. 18 al. 1 let. h LAAM à l'art. 145 LAAM, les deux normes coexistant (arrêt du TAF A-2884/2019 précité consid. 6.3.5 et 6.3.6). Il semble au contraire que ce soit l'art. 145 LAAM qui soit subsidiaire à l'art. 18 al. 1 let. h LAAM puisque, selon le Conseil fédéral, si une exemption sur l'art. 18 al. 1 let. h LAAM est refusée, une dispense ou un congé fondé sur l'art. 145 LAAM peut être octroyé (consid. 3.3.4 supra), l'inverse n'étant guère envisageable.

#### **E. 4.1**

En l'espèce, l'autorité inférieure considère que les conditions légales des art. 18 al. 1 let. h LAAM et 30 al. 1 let. b de l'ordonnance du 22 novembre 2017 sur les obligations militaires (OMi, RS 512.21) ne sont pas réalisées pour exempter l'employé de la recourante de ses obligations militaires. En substance, une dispense de congé au sens de l'art. 145 LAAM devrait être octroyée avant d'envisager une exemption de service, laquelle ne peut être prononcée que dans le cadre d'une décision évoquant expressément une situation extraordinaire. Autrement dit, une application de l'art. 18 al. 1 let. h LAAM n'entrerait en considération que lorsqu'une situation extraordinaire survient. Ainsi, la fonction de mécanicien de locomotive ne serait pas une activité justifiant une demande d'exemption du service au sens de l'art. 18 al. 1 let. h LAAM. De même, un concessionnaire ferroviaire ne pourrait se prévaloir de ces articles que s'il transporte également des marchandises.

#### **E. 4.2**

La recourante considère quant à elle que les mécaniciens de locomotive peuvent être exemptés de service militaire sur la base de l'art. 18 al. 1 let. h LAAM, exception dont son employé avait bénéficié auprès de son ancien employeur (une autre compagnie ferroviaire) et qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 18 al. 1 let. h LAAM qu'en situation extraordinaire.

#### **E. 4.3.1**

Il n'est pas contesté que la recourante dispose d'une concession au sens de l'art. 6 LTV, de même que l'employé de la recourante est conducteur de locomotive et qu'il bénéficiait de l'exemption demandée lorsqu'il travaillait pour son employeur précédent. La fonction de conducteur de train est indéniablement une fonction indispensable au sein des entreprises ferroviaires.

#### **E. 4.3.2**

Comme mentionné (consid. 3.3.5 supra), l'art. 18 al. 1 let. h LAAM ne s'applique pas uniquement en cas de situation extraordinaire, mais également en situation ordinaire pour ceux qui sont indispensables en cas de situation extraordinaire. Il n'y a pas lieu de considérer qu'une application de l'art. 145 LAAM primerait sur l'art. 18 al. 1 let. f LAAM, au contraire (consid. 3.3.6 supra). L'interprétation de l'autorité inférieure sur ces points doit être écartée.

#### **E. 4.3.3**

L'appréciation de l'autorité inférieure, selon laquelle une entreprise concessionnaire doit également transporter des marchandises pour pouvoir bénéficier d'exemption au sens de l'art. 18 al. 1 let. h LAAM n'est pas fondée (consid. 3.2.3 supra). De plus, certes, la

recourante gère du trafic d'excursion avec son train historique. Cela étant, il appert du site internet de la recourante qu'il était planifié (avant que la pandémie du coronavirus n'éclate) que ce train historique circule cinq fois sur l'année 2020 ([www.tpc.ch](http://www.tpc.ch) > TransOrmonan ; site consulté le 20 avril 2020), ce qui est extrêmement marginal eu égard au nombre de mouvements réguliers exploités par la recourante. De plus, il ressort des conventions de prestations entre la Confédération suisse et le gestionnaire d'infrastructure Transports publics du Chablais SA pour les années 2017-2020 (documents publiés sur le site internet de l'Office fédéral des transports [www.oft.admin.ch](http://www.oft.admin.ch) Thèmes de A à Z Conventions sur les prestations CP conclues 2017 - 2020 TPC CP 2017-2020 et TPC CP 2017-2020 avenant 1 ; site consulté le 20 avril 2020), que seule la section Villars-Bretaye du tronçon Bex-Villars-Bretaye n'a pas de fonction de desserte ; le reste du tronçon et les autres tronçons étant soumis à l'obligation de desserte.

#### **E. 4.4**

Eu égard au mandat de prestation de la recourante et à la fonction de conducteur de locomotive de son employé, il doit être retenu que ceux-ci remplissent les conditions pour bénéficier d'un droit à l'exemption de servir. Il ressort de ce qui précède que par sa décision querellée, l'autorité inférieure a violé le droit fédéral. Le recours doit être admis en tant qu'il considère que l'art. 18 al. 1 let. h LAAM ne s'applique pas à la recourante et à son employé, ceux-ci bénéficiant du droit conféré par cette disposition.

#### **E. 5.1**

Le recours est admis et l'exemption de service militaire est accordée en application de l'art. 18 al. 1 let. h LAAM.

#### **E. 5.2**

Obtenant gain de cause, la recourante n'a pas à supporter de frais de procédure (art. 63 al. 1 a contrario et al. 3 PA). Aucun frais n'est mis à la charge de l'autorité inférieure déboutée (art. 63 al. 2 PA). En outre, la recourante 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]). Dans ses conclusions, la recourante n'a pas requis l'allocation d'une indemnité de dépens ; il n'y a pas lieu d'octroyer des dépens. Conformément à l'art. 83 lit. i de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110), le présent arrêt est définitif. (dispositif à la page suivante)

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