

# **BVGer A-884/2020 vom 5. August 2020**

Bundesverwaltungsgericht, 2020-08-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-884\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-884_2020)

FR: TAF A-884/2020 du 5 août 2020

IT: TAF A-884/2020 del 5 agosto 2020

## **Regeste**

Obligations militaires

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

La procédure de recours est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), pour autant que la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) n'en dispose autrement (art. 37 LTAF). Le Tribunal examine d'office et librement sa compétence (art. 7 PA), ainsi que la recevabilité des recours qui lui sont soumis.

### **E. 1.2**

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. 1.3**

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. 1.4**

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. 1.5**

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 OMi, 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. 25 al. 1 de l'ordonnance du 22 novembre 2017 sur les obligations militaires (OMi, RS 512.21) dispose qu'une activité professionnelle est jugée principale lorsque la personne astreinte au service militaire est occupée sur la base d'un contrat de travail de durée

indéterminée ou de durée déterminée d'un an au minimum, et que l'activité indispensable doit être exercée en moyenne pendant 35 heures au moins par semaine. Au sens du second alinéa de cette disposition, aucune exemption de service n'est accordée pendant la formation préparant à exercer une activité indispensable (Für eine Ausbildung im Hinblick auf die Übernahme einer unentbehrlichen Tätigkeit wird keine Dienstbefreiung gewährt / Per una formazione in vista di un'attività indispensabile non è concessa alcuna esenzione dal servizio), à l'exception (ausgenommen / eccettuato) de l'accomplissement de l'école de recrues de police et du cours d'introduction I des gardes-frontière. Il ressort donc de l'art. 25 OMi, qui pose des conditions relatives à la personne astreinte pour obtenir une exemption de service, que le législateur a explicitement exclu les personnes astreintes en formation de l'exemption de service, insérant toutefois deux exceptions relatives au domaine sécuritaire. Etant donné que les exemptions de service sont par nature restrictives (consid. 3.3.4 infra), le choix de limiter l'exemption de service aux personnes formées ne prête pas flanc à la critique juridique et n'outrepasse pas la délégation législative de l'art. 150 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 (arrêt du TAF A-4396/2019 du 8 mai 2020 consid. 4.4). 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**

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, dans ses arrêts A-5834/2019 et A-5835/2019 du 27 avril 2020, le Tribunal de céans a considéré que la recourante, en raison de son mandat de prestations, remplissait les conditions pour requérir l'exemption de service pour ses employés. Aucun élément nouveau au dossier ne vient contredire ces arrêts, de sorte qu'il y a lieu de s'y référer.

### **E. 4.2**

S'agissant des conditions d'exemption relatives à l'employé, il est clairement établi par le dossier (voir contrat de travail du 27 septembre 2019 et la convention de formation y relative de la même date) que le recourant remplit, d'un point de vu contractuel, les conditions pour prétendre à une exemption de service. Toutefois, il n'a pas terminé sa formation de pilote de locomotive. Dans ses observations finales, la recourante ne conteste pas ce fait mais estime que l'art. 25 al. 2 OMi est trop restrictif et que les aspirants pilotes de locomotive devraient pouvoir bénéficier d'une telle exemption. Comme déjà mentionné (consid. 3.2.3 supra), l'art. 25 al. 2 OMi ne prête pas flanc à la critique juridique. Dès lors que le recourant est en formation, mais ni au sein de la police ni des gardes-frontière au sens de la disposition précitée, il ne remplit pas les conditions pour être exempté de service au sens de l'art. 18 LAAM. A l'instar d'autres professions, il appartient bien plutôt aux employeurs de requérir une modification de l'OMi que d'attendre d'un Tribunal qu'il statue contra legem. Enfin, force est de constater que si les conditions d'exemption de service au sens de l'art. 18 LAAM ne sont pas réalisées, l'employé peut toujours requérir une dispense de service au sens de l'art. 145 LAAM (consid. 3.3.5 supra).

### **E. 5.1**

Il ressort de ce qui précède que le recours doit être rejeté.

### **E. 5.2**

Conformément à l'art. 63 al. 1 PA, les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe. Dans le cas présent, la recourante doit être considéré comme succombant en ses conclusions. Les frais de procédure, par 1'000 francs, seront mis à la charge de la recourante qui en a fait l'avance. Ils sont prélevés sur le montant équivalent de l'avance de frais déjà versée le 10 mars 2020.

### **E. 5.3**

Dans la mesure où la recourante succombe, il n'y a pas lieu de lui allouer une indemnité à titre de dépens (art. 64 al. 1 PA a contrario). Conformément à l'art. 83 let. i LTF, le présent arrêt est définitif. (dispositif à la page suivante)