



Cour I

Case postale
CH-9023 St-Gall
Téléphone +41 (0)58 465 25 02
Fax +41 (0)58 465 29 80
www.tribunal-administratif.ch

Numéro de classement : A-127/2023
pac/dej

Décision incidente du 16 février 2023

En la cause

Parties

1. _____ à 24. _____,
tous représentés par
Maître Lionel Ducret, avocat,
Mattenberger & Associés,
recourants,
contre

Office fédéral de l'aviation civile OFAC,
autorité intimée,

Objet

Aviation (divers), déni de justice et retard à statuer,

Faits :**A.**

Le 12 août 2021, sur mandat de l'Office fédéral de l'aviation civile (ci-après : l'OFAC), Skyguide a publié les circulaires d'information aéronautiques AIC 003/2021 de série A (diffusion internationale) et de série B (importance nationale) en remplacement des AIC 002/2019 A et B du 31 janvier 2019.

B.

B.a Par courrier des 7 et 21 mars 2022, 1._____ à 24._____ (ci-après : les requérants) ont notamment demandé à l'OFAC qu'il justifie la modification de sa pratique publiée dans les AIC 003/2021 A et B, qu'il se positionne sur la possibilité pour les requérants de continuer à voler dans l'espace aérien suisse, sans autorisation ni restriction supplémentaire, avec des aéronefs ultralégers motorisés ULM étrangers, qu'il rende une décision sujette à recours, statue en constatation de leur situation légale ou déclare illicite toute restriction de vol d'ULM étrangers, et enfin qu'il publie une AIC corrective.

B.b Le 22 mars 2022, l'OFAC a répondu aux requérants en leur rappelant notamment que les AIC 003/2021 exposaient sa nouvelle pratique en matière d'autorisation spéciale, qu'ils avaient la possibilité d'obtenir, par voie de décision, une autorisation spéciale pour les aéronefs susmentionnés et qu'il était possible de faire recours contre les autorisations spéciales délivrées ou refusées, de sorte qu'il n'avait pas l'intention de statuer en constatation de la situation légale.

B.c Le 1^{er} juin 2022, les requérants ont informé l'OFAC de leur intention de déposer un recours en déni de justice s'il ne statuait pas en constatation de leur situation légale sous dix jours.

B.d Le 8 juin 2022, l'OFAC a indiqué aux requérants que sa pratique en matière d'autorisation spéciale était fondée sur la législation sur l'aviation et que la publication des AIC 003/2021 visait à communiquer ce changement de pratique aux intéressés.

B.e Sur mandat de l'OFAC, Skyguide a publié le 11 août 2022 les AIC 003/2022 A et 004/2022 B destinées à remplacer respectivement les AIC 003/2021 A et 003/2021 B.

B.f Dans le courant du mois de novembre 2022, certains requérants ont été sommés par l'OFAC d'entreprendre les démarches nécessaires pour

obtenir une autorisation spéciale de voler dans l'espace aérien suisse aux commandes d'un aéronef de la catégorie « Ultraléger » et ont été avertis que l'utilisation sans autorisation de l'espace aérien suisse était passible d'une amende.

C.

C.a Par mémoire du 9 janvier 2023, les requérants (ci-après également : les recourants) ont formé recours pour déni de justice contre l'OFAC (ci-après également : l'autorité intimée) auprès du Tribunal administratif fédéral. Ils concluent, en substance et à titre principal, qu'il lui soit fait ordre de statuer en constatation de la situation légale ou, à titre subsidiaire, de déclarer illicite toute restriction de vol d'aéronefs de type Ecolights et ULM, immatriculés à l'étranger, qui irait au-delà des restrictions prévues dans les AIC 002/2019, en cessant toute menace de sanctions.

C.b A titre de mesures provisionnelles, les recourants concluent, d'une part, à ce que l'autorité intimée soit contrainte de surseoir à l'application des AIC 003/2021 et AIC 004/2022 jusqu'à droit connu sur la situation légale en matière de survol par des ULM étrangers de l'espace aérien suisse et, d'autre part, à ce qu'elle soit contrainte de publier une AIC corrective rétablissant jusqu'à droit connu la situation qui était celle prévue par l'AIC 002/2019.

Les arguments avancés de part et d'autre seront repris plus loin dans la mesure où cela s'avère nécessaire.

Droit :

1.

La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), sauf disposition contraire de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) ou d'autres lois spéciales.

2.

L'objet de la présente décision porte uniquement sur la requête de mesures provisionnelles, formée par les recourants à l'appui de leur recours du 9 janvier 2023. Ils concluent, d'une part, à ce que le Tribunal de céans contraigne l'autorité intimée à surseoir à l'application des AIC 003/2021 et 004/2022, jusqu'à droit connu sur la situation légale

relative au survol par des ULM étrangers de l'espace aérien suisse (conclusion III du recours), et d'autre part, à ce qu'il la contraigne à publier une AIC corrective rétablissant, jusqu'à droit connu, la situation qui était celle prévue par l'AIC 002/2019 (conclusion IV du recours).

3.

Selon l'art. 56 PA, après le dépôt du recours, l'autorité de recours, son président ou le juge instructeur peut prendre d'autres mesures provisionnelles que celles de l'art. 55 PA, d'office ou sur requête d'une partie, pour maintenir intact un état de fait existant ou sauvegarder des intérêts menacés.

3.1. Les mesures provisionnelles ont ainsi exclusivement pour but le maintien de l'état de fait et la sauvegarde de ces intérêts, pour la durée de la procédure devant l'instance de recours (cf. ATF 139 IV 314 consid. 2.3.3 ; sur l'art. 104 LTF, cf. GRÉGORIE BOVEY, Commentaire de la LTF, 3^e éd, art. 104 LTF n° 16). Elles ne peuvent être prononcées que si elles se rapportent à l'objet du litige et sont en étroit lien de connexité avec le litige (cf. ATF 134 III 426 consid. 2.2 ; arrêt du TF 2E_2/2021 du 19 août 2021 consid. 3.4). En ce sens, elles doivent se trouver dans le champ de compétence fonctionnel et matériel de l'autorité de recours saisie.

En d'autres termes, il ne peut être accordé plus par mesure provisionnelle que ce qu'il est possible d'accorder dans la décision au fond, ni un droit dont l'octroi ne relève pas de la compétence de l'autorité appelée à statuer (cf. arrêt du TAF A-3270/2018 du 23 juin 2018 consid. 2.3.4). Il résulte du texte clair de l'art. 56 PA qu'elles ne peuvent, au surplus, avoir pour objet que des mesures conservatoires ou de réglementation, à l'exclusion de mesures d'exécution anticipée : si l'une des parties souhaite l'exécution anticipée de la décision attaquée, la question relève entièrement de l'art. 55 PA qui règle de manière exhaustive la question de l'effet suspensif (cf. sur la règle qui vaut de manière similaire devant le Tribunal fédéral, BOVEY, op. cit., art. 104 LTF n° 19). Enfin, ni la teneur de l'art. 55 PA, ni celle de l'art. 56 PA ne permettent au recourant d'obtenir, à titre de mesures provisionnelles, ce que l'instance inférieure n'a pas accordé et qui correspond à l'objet du litige (cf. ég. ATF 139 IV 314 consid. 2.3.3, 137 III 417 consid. 1.4 et 119 V 503 consid. 3).

Le prononcé de mesures provisionnelles est en outre conditionné à l'urgence ; il doit être nécessaire de prononcer la mesure immédiatement (cf. ATF 130 II 149 consid. 2.2) et son refus doit, à l'inverse, emporter un

désavantage considérable pour l'intéressé (cf. arrêt A-3270/2018 précité consid. 2.3.1). Il doit ensuite être conforme au principe de proportionnalité, compte tenu d'une pesée des intérêts en présence (cf. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER/MARTIN KEYSER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 3^e éd. 2022, n° 3.32). Il repose enfin sur un examen sommaire de la situation factuelle et juridique et doit être ordonné de manière restrictive.

Enfin, les mesures ordonnées tiennent tant que dure la procédure principale, une éventuelle modification desdites mesures, d'office ou sur demande, demeurant réservée (cf. arrêt A-3270/2018 précité consid. 2.2 ; décision incidente du TAF A-2766/2016 du 13 juin 2016 consid. 3).

3.2. Ne peut faire l'objet d'une procédure de recours que ce qui constituait déjà l'objet de la procédure devant l'instance inférieure ou ce qui, selon une interprétation correcte de la loi, aurait dû l'être (objet de la contestation ; *Streitgegenstand*). Les points sur lesquels l'autorité inférieure ne s'est pas prononcée et sur lesquels elle n'était pas non plus tenue de le faire ne peuvent être examinés par l'autorité supérieure. Celle-ci outrepasserait sinon ses compétences fonctionnelles. L'objet de la contestation résulte lui-même du dispositif de la décision attaquée et non de sa motivation. A cet égard, si des doutes demeurent quant à la portée du dispositif, il convient de l'interpréter, stade auquel la motivation de la décision peut servir d'aide. Par ailleurs, si le dispositif renvoie expressément aux considérants, ceux-ci font partie du dispositif dans la mesure du renvoi (cf. arrêts du TF 2C_642/2007 du 3 mars 2008 consid. 2.2 et 2A.121/2004 du 16 mars 2005 consid. 2.1 ; ATAF 2014/24 consid. 1.4.1 et 2010/12 consid. 1.2.1 ; arrêt du TAF A-1924/2012 du 31 mai 2013 consid. 2.4.1).

3.3. Ces principes valent également en cas de recours pour déni de justice ou retard injustifié. L'objet du litige est alors limité au point de savoir si un tel déni de justice ou retard injustifié est réalisé, le recourant ne pouvant, dans ce cadre, que conclure à l'accomplissement, par l'autorité dont il se plaint, de l'acte en lien avec lequel il dénonce un retard ou un refus de statuer ; de jurisprudence constante, l'objet du litige ne s'étend ainsi pas aux droits et obligations matériels pouvant résulter du fond de la cause (cf. arrêts du TF 8C_162/2022 du 9 août 2022 consid. 4.2, 9C_405/2017 du 3 août 2017 consid. 2.1 et 8C_23/2007 du 12 mars 2008 consid. 1 non publié in ATF 134 V 145). Il n'en va pas autrement lorsque ledit acte porte sur la constatation d'une situation légale (art. 25 PA) ou sur des actes matériels (art. 25a PA). Ainsi, dans le

cas où le recours pour déni de justice ou retard injustifié est admis, le Tribunal administratif fédéral en fera la constatation et renverra la cause avec des instructions impératives à l'autorité inférieure (art. 61 al. 1 PA) afin qu'elle statue sans délai. Sauf circonstances exceptionnelles, le Tribunal administratif fédéral ne peut pas statuer en lieu et place de l'autorité précédente, puisque cela outrepasserait sa compétence fonctionnelle et aurait pour conséquence que le recourant serait privé d'une instance de recours (cf. ATAF 2014/44 consid. 4.2).

3.4. En l'occurrence, les recourants concluent, au fond, à ce que le Tribunal administratif fédéral constate un déni de justice et, à titre principal, ordonne à l'autorité intimée de statuer en constatation de la situation légale, sur la base de l'art. 25 PA, par une décision sujette à recours (conclusion I du recours), ou à titre subsidiaire, lui ordonne de statuer sur la base de l'art. 25a PA en déclarant, par une décision sujette à recours, illicite toute restriction de vol d'aéronefs de type Ecolights et ULM immatriculés à l'étranger dans l'espace aérien suisse qui irait au-delà de celles précisées dans l'AIC 002/2019, et de cesser toutes menaces de sanctions qui ne seraient pas conformes au droit (conclusion II du recours).

Dans ces circonstances, le cadre de l'objet du litige est limité à la question de savoir s'il y a lieu de constater, dans le cas d'espèce, un déni de justice ou d'un retard injustifié de la part de l'autorité intimée. En outre, rien n'indique, sur la base d'un examen sommaire du dossier, que des circonstances exceptionnelles justifient une intervention supplémentaire du Tribunal. Partant, la requête de mesures provisionnelles des recourants (cf. supra consid. 2) dépasse le champ fonctionnel de la compétence du Tribunal de céans et le cadre de l'objet du litige. Vu ce qui précède, elles ne sauraient par conséquent être octroyées.

3.5. Cela étant, par surabondance de moyens, elles apparaissent à leur lecture bien plus relever d'une exécution anticipée d'une décision à rendre – ou non – par l'autorité intimée. Elles sont en effet destinées à rétablir la situation qui prévalait sous le régime des AIC 002/2019 A et B. Or, il ressort des échanges entre les recourants et l'OFAC que c'est en réalité ce que les recourants souhaitent par leur action puisqu'ils plaident notamment devant lui que les AIC ultérieures ne seraient pas conformes au droit supérieur. Dans pareil cas, il faut bien admettre que les mesures requises dépassent le champ d'application matériel de l'art. 56 PA limité aux seules mesures conservatoires et de réglementation (cf. supra consid. 3.1) et correspondent, en substance, à l'objet de la requête des

recourants devant l'autorité intimée. Il suit de là qu'elles ne sauraient, pour ce motif également, être octroyées.

3.6. Le Tribunal relève encore que les mesures provisionnelles requises – et plus particulièrement la publication d'une AIC corrective – présentent un caractère normatif, général et abstrait qui s'éloigne des caractéristiques de la décision en tant que mesure individuelle et concrète, prise dans un cas particulier. Dans ce contexte, elles dépassent le seul intérêt des recourants à la sauvegarde et au maintien de l'état de fait et s'inscrivent plutôt dans le cadre d'une action populaire que les règles de la procédure administrative fédérale proscrivent (art. 48 PA ; cf. not. ATF 139 II 499 consid. 2.2 et 137 II 30 consid. 2.2.3). Pour cette raison aussi, il y aurait lieu de refuser les mesures provisionnelles requises.

3.7. En dépit de tout ce qui précède, le Tribunal constate que les recourants font avant tout valoir qu'ils ne seraient plus en mesure d'emprunter l'espace aérien suisse avec des aéronefs de type Ecolights et ULM immatriculés à l'étranger pendant la durée de la procédure. Ils n'expliquent toutefois pas en quoi leur situation serait urgente et nécessiterait le prononcé d'une mesure immédiate, ni en quoi un refus emporterait à leur égard un désavantage considérable. Dans ces circonstances, leur intérêt privé apparaît plutôt faible.

A l'inverse, les AIC font partie – à côté des avis au personnel chargé des opérations aériennes (NOTAM) et de la publication d'information aéronautique suisse (AIP-Suisse) – des informations aéronautiques de l'OFAC. Elles portent avant tout sur l'établissement, l'état ou la modification d'installations pour la navigation aérienne, les services de la circulation, les procédures et les dangers pour la navigation aérienne, ainsi que sur les renseignements dont la communication à temps est importante pour le personnel aéronautique ; cette mission ressort sans équivoque du texte de l'art. 138 de l'ordonnance du 14 novembre 1973 sur l'aviation (OSAv, RS 748.01). Partant, leur respect – en toute circonstance – est avant tout une question de sécurité non seulement au sein de l'espace aérien suisse, mais également pour les installations et les personnes au sol.

Dans ce contexte, l'intérêt public apparaît particulièrement important et l'emporte sur l'intérêt privé des recourants, ce d'autant plus lorsque le Tribunal se doit de faire preuve de grande réserve lorsqu'il statue sur la base d'un examen sommaire du dossier et ne doit ordonner des mesures

provisionnelles que de manière restreinte (cf. supra consid. 3.1). Il suit de là qu'on ne saurait, dans le doute, imposer à l'OFAC qu'il renonce à appliquer ses dernières circulaires ou qu'il publie un correctif. Pour les mêmes motifs, il conviendrait également de refuser aux recourants la possibilité de les autoriser provisoirement à utiliser l'espace aérien suisse nonobstant l'existence de circulaires de l'OFAC qui continuerait à s'appliquer à des tiers ; une telle situation conduirait à une insécurité juridique et factuelle trop grande au sein de l'espace aérien suisse et pour les autorités chargées de sa surveillance, insécurité qu'il convient d'éviter. Compte tenu des intérêts en présence, seul un refus des mesures provisionnelles requises apparaît apte et nécessaire pour atteindre le but visé. Il suit de là que le rejet des mesures provisionnelles requises respecterait, quoiqu'il en soit, le principe de la proportionnalité.

3.8. Sur le vu de tout ce qui précède, rien n'abonde donc en faveur de la requête de mesures provisionnelles formulée par les recourants à l'appui de leur recours. Celle-ci s'éloigne de tous les principes légaux et jurisprudentiels pertinents, de sorte qu'elle apparaît manifestement mal fondée, eusse-t-elle été recevable.

Une telle conclusion s'appuie au demeurant sur l'ensemble des courriers des recourants et des réponses de l'OFAC qu'ils ont versé à la présente procédure. Dans ces circonstances, le Tribunal a pu consulter, par leur intermédiaire, l'ensemble des actes pertinents du dossier de l'autorité intimée, de sorte que rien ne s'oppose à ce que la requête de mesures provisionnelles soit rejetée sans échange d'écritures (art. 57 al. 1 PA).

4.

Par conséquent, il y a formellement lieu de rejeter la requête de mesures provisionnelles des recourants tendant à ce que le Tribunal contraigne l'OFAC à surseoir à l'application des AIC 003/2021 et 004/2022 jusqu'à droit connu sur la situation légale et à publier une AIC corrective rétablissant la situation qui était celle prévue par l'AIC 002/2009.

5.

Le sort des frais et dépens liés à la présente décision incidente sera réglé dans le cadre de l'arrêt final.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

La requête de mesures provisionnelles des recourants, formulée aux conclusions III et IV de leur recours du 9 janvier 2023, est rejetée dans la mesure de sa recevabilité.

2.

Les frais et dépens relatifs à la présente décision incidente seront réglés dans l'arrêt final.

3.

La suite de la procédure est réservée.

4.

La présente décision incidente est adressée aux recourants et à l'autorité inférieure.

(L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante).

Le juge instructeur :

Le greffier :

Claudia Pasqualetto Péquignot

Julien Delaye

Indication des voies de droit :

Pour autant que les conditions au sens des art. 82 ss, 90 ss et 100 ss LTF soient remplies, la présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification. Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition :