



Arrêt du 11 février 2020

Composition

Claudia Pasqualetto Péquignot (présidente du collège),
Jürg Steiger, Kathrin Dietrich, juges,
Manuel Chenal, greffier.

Parties

1. **B. _____ AG**,
(...),
représentée par Maître Gérard Brutsch, Woodtli & Associés,
Rue Prévost-Martin 5,
Case postale 60,
1211 Genève 4,

2. **Aéroport international de Genève (AIG)**,
Case postale 100,
1215 Genève 15,
recourants,

contre

Office fédéral de l'aviation civile OFAC,
3003 Bern,
autorité inférieure.

Objet

Dérogation de l'OFAC concernant la hauteur des obstacles à
la navigation aérienne.

Faits :**A.**

Par décision du 26 septembre 2017, l'Office des autorisations de construire du canton de Genève a autorisé M. _____ AG à construire un parking aérien avec toit carrossable situé à la route du (...), à proximité de l'aéroport de Genève. L'altitude maximale du parking est située à 444.61 mètres/mer. Le plafond aérien dans cette zone étant fixé à 444.70 mètres/mer, le bâtiment ne perce pas la zone de sécurité de l'aéroport de Genève.

B.

Le 21 juin 2018, l'architecte X. _____ du Groupe Z. _____ SA, agissant pour B. _____ AG, a rempli un formulaire intitulé « demande d'autorisation pour obstacle à la navigation aérienne » par lequel il sollicitait l'autorisation de stationner des véhicules utilitaires d'un gabarit maximal de 2,40 mètres sur le toit du parking précité, occasionnant ainsi un percement du plafond aérien de 120 centimètres. Conformément à la procédure prévue à cet effet, la demande a été adressée au service cantonal d'annonce, soit dans le canton de Genève à l'Aéroport International de Genève (ci-après aussi : AIG), lequel a transmis la demande à l'office fédéral compétent, soit l'Office fédéral de l'aviation civile (ci-après aussi : OFAC) par courrier du 28 juin 2018.

C.

Par courriel du 29 juin 2018, l'OFAC a contacté l'AIG au sujet de la demande de dérogation précitée et a sollicité son avis sur la question. Il s'en est suivi plusieurs E-mails. Par courriel du 3 juillet 2018, l'AIG a informé l'OFAC de sa position, à savoir qu'il fallait ne pas accorder de dérogation. Par courriel du 4 juillet 2018, l'OFAC a pris note de la position de l'AIG. Par courriel du 23 juillet 2018, l'OFAC a indiqué avoir effectué une analyse complémentaire de la demande de dérogation et a invité l'AIG à revoir sa position. Par courriel du 25 juillet 2018, l'AIG a maintenu sa position.

D.

Par décision du 28 août 2018, l'OFAC (ci-après aussi : l'autorité précédente ou inférieure), en application de l'art. 66 de l'ordonnance sur l'infrastructure aéronautique (OSIA, RS 748.131.1), a autorisé, moyennant le respect de différentes charges, l'accès au toit carrossable à des véhicules d'un gabarit maximal de 2 mètres engendrant un percement du plafond aérien de 81 cm. L'OFAC a motivé l'octroi de cette dérogation en raison de l'existence d'obstacles voisins, notamment du bâtiment sis (...), lequel ascende

à son point culminant à environ 447 mètres/mer et se trouve entre le parking litigieux et la piste d'aéroport. L'OFAC s'est en outre réservé la possibilité d'annuler ou de reconsidérer sa décision si des difficultés imprévues liées au dépassement de la zone de sécurité devaient survenir.

E.

Par mémoire du 28 septembre 2018, B. _____ AG (ci-après : la recourante 1) a interjeté recours auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après : le Tribunal ou le TAF) contre la décision de l'OFAC (procédure A-5616/2018). En substance, la recourante 1 conclut à l'annulation de ladite décision en tant qu'elle autorise l'accès au toit carrossable à des véhicules d'un gabarit maximal de 2 mètres, respectivement à ce qu'une dérogation autorisant l'accès au toit carrossable à des véhicules d'un gabarit d'une hauteur maximale de 3 mètres 40 lui soit accordée, subsidiairement à ce que B. _____ AG soit acheminée à rapporter par toutes voies de droit utiles la preuve des faits allégués dans le recours, le tout sous suite de frais et dépens.

Au niveau formel, la recourante 1 allègue que la demande de dérogation a été déposée par M. _____ AG, respectivement qu'elle intervient en qualité de recourante dans l'unique mesure où elle est, pour une raison qu'elle ignore, la destinataire de la décision attaquée. La recourante 1 précise également qu'elle accepterait que la société M. _____ AG, cas échéant, se substitue à elle.

Au niveau matériel, se prévalant notamment de l'existence d'autres obstacles perçant le plafond aérien aux alentours, elle invoque un abus du pouvoir d'appréciation et une violation du principe de l'égalité de traitement.

Les autres griefs relatifs au fond ne seront traités dans la partie en droit que dans la mesure nécessaire pour décider du sort de la cause.

F.

Par mémoire du 28 septembre 2018, l'Aéroport International de Genève (ci-après aussi : le recourant 2) a également interjeté recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre la décision de l'OFAC (procédure A-5618/2018).

Il conclut principalement au constat de la nullité de la décision querellée, subsidiairement à l'annulation de celle-ci et à ce qu'il soit ordonné à l'OFAC, d'une part, de solliciter le préavis formel du chef d'aérodrome de

l'AIG et, d'autre part, d'effectuer une étude aéronautique, plus subsidiairement encore à ce que l'AIG soit acheminé à rapporter par toutes voies de droit utiles la preuve des faits allégués dans le recours, le tout sous suite de frais et dépens.

Au niveau procédural, l'AIG fait notamment valoir que la dérogation aurait dû être demandée par le propriétaire de l'installation concernée, soit M. _____ AG, et non pas par la société B. _____ AG. Le recourant 2 en conclut que, l'autorité inférieure ayant à tort reconnu la qualité de partie à B. _____ AG, la décision rendue est nulle.

Le recourant 2 reproche également à l'autorité précédente de n'avoir pas sollicité le préavis formel du chef d'aérodrome et de ne pas avoir ordonné l'exécution d'une étude aéronautique avant de rendre sa décision.

Au niveau matériel, l'AIG reproche à l'autorité précédente d'avoir excédé son pouvoir d'appréciation. Il soutient que, pour des raisons de sécurité, la zone d'atterrissage doit en principe rester libre de tout obstacle afin de protéger les aéronefs en phase d'atterrissage.

Les autres griefs relatifs au fond ne seront traités dans la partie en droit que dans la mesure nécessaire pour décider du sort de la cause.

G.

Par décision incidente du 4 octobre 2018, le juge instructeur a joint les deux procédures (A-5616/2018 et A-5618/2018) et informé les parties que la procédure serait instruite sous le numéro A-5616/2018. L'avance sur les frais a été fixée à 1'500 francs pour chacun des recourants.

H.

Par courrier du 12 octobre 2018, Monsieur X. _____ a demandé au Tribunal à ce que la facture relative à l'avance de frais soit modifiée, respectivement soit établie non pas au nom de la recourante 1 mais au nom de M. _____ AG.

I.

Par ordonnance du 19 octobre 2018, le juge instructeur, considérant que M. _____ AG n'était pas partie à la présente procédure, a rejeté la demande du 12 octobre 2018 visant à modifier le destinataire de la facture relative à l'avance de frais. En outre, au vu des allégations des recourants dans leurs recours respectifs et de la demande précitée, et considérant que

des doutes quant à la qualité de partie de la recourante 1 existaient, le juge instructeur a invité l'autorité inférieure à se déterminer sur ce point.

J.

Par courrier du 25 octobre 2018, l'autorité précédente a pris position sur la qualité de partie de B. _____ AG. Elle a relevé que dans la demande de dérogation, c'est bien B. _____ AG qui figure comme propriétaire de l'installation concernée, et non pas M. _____ AG, raison pour laquelle sa décision du 28 août 2018 – soit la décision querellée – a été notifiée à la première et non pas à la seconde. L'autorité précédente a également affirmé qu'elle n'avait ni l'obligation ni la capacité de mener des recherches plus approfondies sur l'identité du demandeur, en particulier lorsqu'aucun indice concret permettant de conclure à ce que l'indication du propriétaire soit erronée ne ressort des pièces à disposition. En outre, l'autorité inférieure est d'avis que, la procédure aéronautique selon les art. 63 ss. OSIA étant guidée avant tout par des impératifs de sécurité publique et non des aspects spécifiques de droit civil, il n'est pas déterminant de savoir quelle société filiale d'une société-mère est indiquée comme partie à la procédure.

K.

Par courrier du 4 janvier 2019, le recourant 2 s'est déterminé sur le recours d'B. _____ AG. Il a réitéré ses conclusions prises dans son recours du 28 septembre 2018.

Au-delà des arguments déjà invoqués dans son recours du 28 septembre 2018, le recourant 2 a fait valoir que la qualité pour recourir devait être déniée à B. _____ AG au motif que, n'étant pas propriétaire de l'installation litigieuse, elle n'a pas d'intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision entreprise. En outre, le recourant 2 conteste la version de la recourante 1 selon laquelle c'est M. _____ AG qui aurait initié la procédure et que ça serait en raison d'une erreur de l'autorité précédente que la décision a été notifiée à B. _____ AG.

Les autres griefs relatifs au fond ne seront traités dans la partie en droit que dans la mesure nécessaire pour décider du sort de la cause.

L.

Par courrier du 7 janvier 2019, la recourante 1 s'est déterminée sur le recours de l'AIG.

La recourante 1 soutient qu'elle et M. _____AG font partie du même groupe de sociétés (ci-après : groupe R. _____), qu'elles sont incontestablement liées et que tant l'une que l'autre ne saurait ignorer ni la décision querellée ni celle qu'il adviendra au Tribunal de céans de prononcer. Elle en conclut que déclarer nulle la décision entreprise serait constitutif de formalisme excessif.

Les autres griefs relatifs au fond ne seront traités dans la partie en droit que dans la mesure nécessaire pour décider du sort de la cause.

M.

Par mémoire du 7 janvier 2019, l'autorité précédente a fait parvenir sa réponse concernant l'aspect matériel de sa décision. En réponse au recourant 2, elle a fait valoir que le bâtiment sis (...), lequel est situé entre le parking litigieux et la piste d'atterrissage, perce de manière bien plus importante le plafond que ne le feront les véhicules stationnés sur le toit carrossable du parking concerné. En réponse à la recourante 1, elle a affirmé que l'on ne saurait se prévaloir d'un shielding pour augmenter le percement du plafond aérien, car plus le percement est important, plus le risque augmente.

Les autres arguments relatifs au fond ne seront traités dans la partie en droit que dans la mesure nécessaire pour décider du sort de la cause.

N.

Le 17 janvier 2020, le recourant 2 a déposé ses observations finales. Pour l'essentiel, il a confirmé ses prises de position antérieures.

O.

Le 17 janvier 2020, la recourante 1 a déposé ses observations finales. Pour l'essentiel, elle a confirmé ses prises de position antérieures. Elle a également informé le Tribunal que, dans l'intervalle, la propriété du parking litigieux a été transférée par M. _____AG à P. _____AG.

Droit :

1.

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.

1.2 Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, qui ne sont pas réalisées ici, le Tribunal administratif fédéral est compétent, en vertu de l'art. 31 LTAF, pour connaître des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En l'espèce, l'acte attaqué du 28 août 2018 rendu par l'OFAC, satisfait aux conditions prévalant à la reconnaissance d'une décision au sens de l'art. 5 PA, de sorte que le présent Tribunal est compétent pour connaître de la contestation portée devant lui.

1.3 La recourante 1 a pris part à la procédure par-devant l'autorité inférieure. En sa qualité de destinataire de la décision querellée, il y a lieu de lui reconnaître la qualité pour recourir. On ne saurait ici suivre l'argumentaire de l'AIG selon lequel le recours d'B. _____ AG devrait être déclaré irrecevable, motif pris que la qualité de partie lui faisait défaut dès le début de la procédure en raison de l'absence d'un intérêt à agir. En effet, dans un pareil cas, soit lorsque l'autorité inférieure a ignoré qu'une condition mise à l'examen du fond du litige faisait défaut et a, par conséquent, statué à tort sur le fond, l'autorité saisie doit admettre le recours et annuler – au besoin d'office – la décision entreprise (cf. en particulier ATF 127 V 29 consid 4). Dans un arrêt relatif à une décision en constatation et revenant sur sa jurisprudence en la matière, le Tribunal fédéral (ci-après aussi : TF) a jugé que la juridiction qui voulait annuler une décision en raison de l'absence initiale d'un intérêt digne de protection devait nécessairement, pour ce faire, entrer en matière sur le recours (ATF 129 V 289 consid 3.3). On observera que même le rendu d'un prononcé constatant la nullité d'une décision présuppose la recevabilité du recours (THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 313 n° 922). Le Tribunal de céans observe en marge que même s'il fallait retenir la solution inverse, respectivement que même si le recours devait en pareil cas être déclaré irrecevable (en ce sens, BENOÎT BOVET, Procédure administrative, 2^e éd. 2015, p. 504,

n. 1771), les conséquences pratiques seraient identiques pour le recourant 2 – y compris sous l'angle de la répartition des frais – la décision entreprise devant dans chacune des deux hypothèses être annulée.

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 de B. _____ est ainsi recevable, de sorte qu'il convient d'entrer en matière.

1.5 L'Aéroport International de Genève est une entreprise de droit public créée par la loi cantonale sur l'Aéroport International de Genève (LAIG, RS GE H3 25). Etant au bénéfice de la concession fédérale d'exploitation de l'aéroport de Genève, et ayant pour mission de gérer, d'exploiter et d'assurer la sécurité de l'aéroport et de ses installations, l'AIG a un intérêt digne de protection à la modification, respectivement à l'annulation de la décision entreprise. L'AIG a en outre participé à la procédure par-devant l'instance précédente. L'AIG a par conséquent la qualité pour recourir.

1.6 Présenté dans le délai (art. 50 al. 1 PA) et les formes (art. 52 al. 1 PA) prévus par la loi, le recours de l'Aéroport International de Genève est ainsi recevable, de sorte qu'il convient également d'entrer en matière sur celui-ci.

2.

2.1 L'objet du litige est défini par les conclusions du recours, en l'espèce des recours de l'Aéroport International de Genève et de B. _____ AG, les procédures respectives ayant été jointes. L'AIG soutenant, au niveau formel, que l'autorité de première instance n'aurait pas dû entrer en matière sur la demande de dérogation, il y a d'abord lieu d'examiner si l'OFAC était habilitée à statuer sur le fond. En cas de réponse positive, il conviendra d'examiner si c'est à bon droit qu'elle a accordé la dérogation litigieuse.

2.2 La procédure de recours est régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que le Tribunal définit les faits et apprécie les preuves d'office et librement (art. 12 PA). Les parties doivent toutefois collaborer à l'établissement des faits (art. 13 PA) et motiver leur recours (art. 52 PA). En conséquence, l'autorité saisie 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 consid. 2.2 ; ATAF 2012/23 consid. 4).

2.3 Le recourant peut invoquer devant le Tribunal la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation

inexacte ou incomplète des faits pertinents ainsi que l'inopportunité de la décision entreprise, sauf lorsqu'une autorité cantonale a statué comme autorité de recours (art. 49 PA). L'autorité de recours n'est pas liée par les motifs invoqués par les parties (art. 62 al. 4 PA), ni par les considérants de la décision attaquée (cf. MOSER ET AL., *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2ème éd., Berne 2013, n° 3.197). Aussi peut-elle admettre ou rejeter le pourvoi pour d'autres motifs que ceux invoqués.

3.

3.1 La recourante 1 prétend que la demande de dérogation a été introduite par M. _____ AG et que c'est en raison d'une erreur de notification de l'autorité inférieure que la décision lui a été adressée. Dans la mesure où il s'agit d'une question relative à l'état de fait susceptible d'influencer les considérations juridiques à venir, en particulier la question de la qualité de partie de la recourante 1, il convient de traiter ce point en premier lieu.

3.2 En l'espèce, le Tribunal de céans constate qu'aucune pièce au dossier n'accrédite la version de la recourante 1. Or, si c'était bien M. _____ AG qui avait initié la procédure comme elle le prétend, on voit mal que la recourante 1 n'ait pas pu en apporter la preuve en produisant la demande idoine, et ce en particulier au vu des relations manifestement étroites qu'entretiennent les deux sociétés en question, non seulement sous l'angle juridique (société de groupe), mais également factuel (il est rappelé que la recourante 1 a demandé au Tribunal à ce que la facture d'avance de frais soit établie au nom de M. _____ AG). La recourante 1 a d'ailleurs fourni, dans la présente procédure, des pièces de M. _____ AG, telle la décision d'autorisation de construire le parking du 26 septembre 2017. En outre, la recourante 1 se contredit puisqu'elle affirme, dans la partie de son recours consacrée à la recevabilité, que « B. _____ AG a incontestablement pris part à la procédure devant l'autorité inférieure [...] ». Or, en l'espèce, on voit mal comment B. _____ AG aurait pu prendre part à la procédure par devant l'autorité précédente si elle ne l'avait pas elle-même initiée. Les pièces au dossier indiquent au contraire que c'est bien la recourante 1 qui est à l'origine de la procédure. En effet, d'une part, c'est son nom qui figure dans le formulaire de demande de dérogation, et non pas celui de M. _____ AG. D'ailleurs, dans ses observations finales du 17 janvier 2020, la recourante, qui semble changer de version, laisse entendre que c'est le l'architecte qui, au moment de remplir le formulaire en question, aurait commis une erreur de transcription en indiquant B. _____ AG en lieu et place de M. _____ AG. D'autre part – et il s'agit là d'un indice sup-

plémentaire dont la seule infirmation ne conduirait aucunement à une modification de l'état de fait tel qu'arrêté par le Tribunal – la lettre d'accompagnement jointe audit formulaire est signée de X._____, qui apparaît comme l'architecte compétent au sein du Z._____SA pour traiter de la demande de dérogation d'B._____AG. Au vu des pièces au dossier, l'architecte qui s'occupe de M._____AG semble en revanche être Y._____, également actif au sein du Z._____SA.

Au vu de ce qui précède, le Tribunal considère comme établi que c'est bien B._____AG qui a initié la procédure, et non pas M._____AG. Par conséquent, la décision querellée a été correctement notifiée d'un point de vue purement formel. Quant aux conséquences juridiques qu'il y a lieu d'en tirer, il est renvoyé aux considérants 4.3 et 5ss ci-dessous.

4.

4.1 Le recourant 2 fait valoir que la recourante 1, n'ayant jamais été propriétaire du parking en cause, n'était pas habilitée à déposer une demande de dérogation y relative, de sorte que l'OFAC n'aurait pas dû entrer en matière sur ladite demande. Il s'agit à présent d'examiner ce grief.

4.2 Selon la teneur de l'art. 41 al. 1 de la loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation (LA, RS 748.0) en vigueur au moment du dépôt de la demande d'autorisation, article qui n'a au demeurant pas substantiellement changé dans sa version actuelle, la création ou la modification d'obstacles à la navigation aérienne est soumise à autorisation de l'OFAC. Conformément à l'al. 1^{bis}, le Conseil fédéral peut édicter des prescriptions dans le but d'empêcher la création d'obstacles à la navigation aérienne, de les supprimer ou de les adapter aux nécessités de la sécurité. Selon la teneur de l'art. 63 let. c de l'ordonnance du 23 novembre 1994 sur l'infrastructure aéronautique (OSIA, RS 748.731.1) en vigueur au moment du dépôt de dite demande, le propriétaire doit solliciter l'autorisation de l'OFAC pour construire ou modifier des bâtiments, des installations et des plantations si l'objet perce une surface déterminante du cadastre des surfaces de limitation d'obstacles. Le nouvel art. 63 let. c OSIA prescrit lui aussi que c'est au propriétaire qu'il revient de solliciter la demande d'autorisation. L'art. 2 let. k OSIA définit, quant à lui, les obstacles comme les constructions, les installations et les plantes, y compris les objets temporaires, qui pourraient gêner, mettre en danger ou empêcher la circulation des aéronefs ou l'exploitation des installations de navigation aérienne.

4.3 En l'espèce, il n'est pas contesté que l'usage du parking prévu perce la zone de sécurité aérienne. La recourante 1 ne conteste pas non plus, à juste titre, que l'art. 63 OSIA doive s'appliquer. En effet, bien que la demande de dérogation ne porte pas sur la modification matérielle d'une construction, soit le parking, mais simplement sur son usage, une autorisation de l'OFAC était nécessaire, dès lors que le plafond aérien s'en trouverait percé et, par conséquent, la sécurité arienne – notion sous-jacente à cette disposition et devant servir de guide quant à son interprétation – potentiellement menacée. Il en résulte que l'usage prévu du parking en cause est bel et bien soumis à autorisation, respectivement devait faire l'objet d'une demande à l'OFAC selon l'art. 63 aOSIA. Or, cette disposition prescrit clairement que c'est le propriétaire qui doit la solliciter. Certes, cela n'interdit aucunement à un autre sujet de droit, pour peu qu'il y soit légitimé, de demander, pour le compte et au nom du propriétaire, ladite autorisation. Il importe néanmoins que le propriétaire soit clairement indiqué, non seulement parce que le droit le prescrit sans équivoque (cf. art. 63 OSIA précité, autant dans son ancienne que dans son actuelle teneur), mais aussi parce que le propriétaire se voit imputer des charges d'entretien (cf. notamment l'art. 66 OSIA, soit l'ancien art. 69 aOSIA). Par conséquent, il revenait à M. _____ AG, propriétaire du parking à l'époque, de solliciter la dérogation en question, et non pas à la recourante 1. Celle-ci n'étant pas légitimée à adresser ladite demande en son propre nom et pour son propre compte, l'OFAC n'aurait pas dû entrer en matière sur cette dernière.

4.4 Concernant une éventuelle substitution de partie que la recourante 1 mentionne dans son recours du 28 septembre 2018 pour le cas où la qualité de partie devrait lui être déniée, et avec laquelle elle se déclare par avance d'accord, il apparaît d'emblée douteux que cette institution puisse servir à corriger un vice initial comme c'est le cas en l'espèce (en ce sens cf. ISABELLE HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, 2000, n. marg. 381). L'institution de la substitution de partie sert bien plutôt à faire face aux situations où, en cours de procédure, à la suite d'une aliénation de l'objet du litige par exemple, l'intérêt à poursuivre la procédure est passé d'un sujet de droit à un autre. Or, la recourante 1 n'a jamais été propriétaire du parking litigieux, la propriété de ce dernier étant passée de M. _____ AG à P. _____ AG. En tout état de cause, il eût au moins fallu qu'une demande expresse ait été déposée en ce sens (arrêt du TAF A-3713/2008 du 15 juin 2011 consid. 2.4.2.1 et les réf. cit.), ce qui n'a jamais été fait en l'espèce – et ce alors même que le juge instructeur avait expressément soulevé ce point en cours de procédure – la recourante 1, au demeurant représentée par un mandataire professionnel,

se déclarant simplement par avance d'accord avec une éventuelle substitution de partie. Il eût en outre fallu que le sujet de droit s'apprêtant à reprendre la procédure – le substituant – en manifeste la volonté ; or, en l'espèce, ni M. _____ AG (propriétaire du parking litigieux à l'époque de la demande), ni P. _____ AG (devenue propriétaire du parking litigieux en cours de procédure), ne se sont jamais manifestées dans la présente procédure. A cet égard, il faut remarquer que la thèse de la recourante 1 émise dans ses observations finales du 17 janvier 2020, à savoir que l'architecte, au moment de remplir la demande d'autorisation, aurait, par simple erreur de transcription, inscrit la recourante 1 en lieu et place de M. _____ AG, ne lui est d'aucun secours, puisqu'il eût également dans cette hypothèse fallu que le sujet de droit omis manifeste à un moment donné sa volonté, laquelle ne saurait être présumée par le Tribunal. Au vu de ce qui précède, il est clair qu'aucune substitution de partie ne saurait avoir lieu.

La recourante 1, dans ses observations finales du 17 janvier 2020, soutient qu'une seconde substitution de partie, en raison du transfert de la propriété du parking de M. _____ AG à P. _____ AG, devrait avoir lieu entre ces deux sociétés. Certes, il y a ici bel et bien eu une aliénation du parking litigieux entre les deux sociétés en cours de procédure. Néanmoins, pour qu'une substitution de partie puisse se concevoir, il eût de toute évidence au moins fallu que l'une des deux – en l'occurrence M. _____ AG – soit partie à la procédure, ce qui n'a jamais été le cas, ainsi qu'il l'a été expliqué dans le paragraphe précédent.

5.

5.1 La qualité de partie ayant été reconnue à tort à B. _____ AG, il s'agit encore d'en examiner les conséquences, l'AIG faisant valoir qu'il s'agit d'un cas de nullité. Lorsque le vice affectant la décision est invoqué dans le délai de recours, tel que c'est le cas en l'espèce, le choix entre l'annulabilité et la nullité ne présente aucun intérêt pratique pour les parties, les conséquences – y compris sous l'angle de la répartition des frais – étant en principe identiques (THIERRY TANQUEREL, op. cit., p. 313, n° 922). Néanmoins, dans la mesure où le choix de la sanction doit figurer dans le dispositif, il y a lieu de trancher cette question.

5.2 Pour des raisons de sécurité du droit, l'annulabilité est la règle et la nullité l'exception. Selon la jurisprudence, la nullité sera prononcée si et seulement si trois conditions sont réunies (ATF 138 II 501 consid. 3.1 ; 137 I 273 consid. 3.1, 136 II 489 consid. 3.3, 133 II 366 consid. 3.2, 132 II 342 consid. 2.1, 132 II 21 consid. 3.1, 129 I 361 consid. 2.1 ; arrêt du TAF A-

11/2012 du 26 mars 2013, ATAF 2008/8 consid. 6.2). Premièrement, le vice doit être grave, en raison de l'importance de la norme violée, considérée sous l'angle des principes lésés. La violation d'une norme constitutionnelle fondamentale, portant atteinte à la dignité humaine, celle d'une règle d'organisation procédurale essentielle, seront des causes de nullité. Le vice doit être patent, manifeste. La règle semble paradoxale : les vices occultes doivent être invoqués dans le délai de recours, faute de quoi ils sont guéris. Elle s'explique par l'exigence de la sécurité du droit. La plupart des irrégularités ne sautent pas aux yeux : si précisément celles-ci, les plus nombreuses, donnaient lieu à une sanction qui peut être prononcée en tout temps par toute autorité, la stabilité juridique serait gravement compromise. La règle a au contraire pour effet que les conséquences préjudiciables de la nullité ne portent atteinte qu'à ceux qui n'ont pas veillé à temps à leurs intérêts ou qui n'ont pas déployé une attention normale. Enfin, l'admission de la nullité ne doit pas léser gravement la sécurité du droit. Amenant en chaîne l'invalidité de tous les actes qui avaient la décision pour fondement, la sanction serait souvent disproportionnée, en tout cas lorsqu'il n'y a aucune raison de penser que, sans le vice en cause, leur contenu eût été différent. Ou bien il importe d'assurer les intérêts d'autres administrés, qui ont adapté leur comportement à la décision viciée, en la faisant respecter jusqu'à ce que son irrégularité ait été prononcée et l'apparence de droit éliminée (MOOR/POLTIER, les actes administratifs et leur contrôle, vol. II, 3^e éd. 2011, p. 366-367).

5.3 En l'espèce, la décision litigieuse a été rendue par l'autorité compétente. Aucune partie n'a été privée d'un droit procédural fondamental – tel le droit d'être entendu. Au contraire, la qualité de partie ayant été reconnue à tort à B. _____ AG, celle-ci a pu exercer des droits dont elle ne devait en réalité pas jouir. Les garanties minimales d'un procès juste et équitable ne sont pas en cause. On observera que si la décision litigieuse n'avait pas été attaquée et que, n'étant pas nulle (thèse de l'annulabilité), elle était par conséquent entrée en force, cela n'aurait de toute évidence pas privé le véritable sujet de droit légitimé à agir – soit le propriétaire du parking – de la possibilité de demander subséquemment une nouvelle dérogation, cas échéant plus généreuse, avec ses propres arguments, déjà pour la seule raison que l'autorité de chose décidée ne peut pas être opposée à des tiers. Or, le propriétaire du parking, qui ne s'est jamais manifesté dans la présente procédure, est un tiers par rapport à la présente procédure.

Il faut néanmoins observer que l'octroi d'une dérogation, au-delà d'accorder des droits, engage la responsabilité du propriétaire – soit, à l'époque du dépôt de la demande, M. _____ AG et, actuellement, P. _____ AG –

tenu à certains devoirs particuliers (cf. notamment l'art. 66 OSIA). La décision entreprise fait, elle, supporter à son destinataire – soit B. _____ AG – le respect de certaines charges. Ce « dédoublement » – lequel est contraire au système légal – est susceptible d'entraîner une situation juridique complexe qui, en matière de sécurité, cas échéant de responsabilité, pourrait déboucher sur des problèmes juridiques délicats, ce qui pourrait plaider en faveur de la thèse de la nullité. L'on pourrait également soutenir que la recourante 1 a exercé un droit dont elle ne disposait pas, ce qui ne peut ni ne doit avoir aucun effet. Dans la mesure où la réponse à cette problématique n'a pas d'incidence pratique dans le cas qui nous occupe et où la nullité est l'exception, il convient de retenir l'annulabilité.

Il résulte de ce qui précède que la décision entreprise n'est pas nulle, respectivement qu'il convient d'annuler les chiffres 1 à 4 de son dispositif en tant qu'ils se prononcent sur le fond. Le chiffre 5 du dispositif – lequel met à charge de B. _____ AG des émoluments de CHF 900.- – est quant à lui entrée en force dès lors qu'il n'a pas été contesté par les parties. En tout état de cause, il est douteux que B. _____ eût pas pu se prévaloir que l'émolument – qui est fonction du temps consacré au traitement de la demande (art. 5 de l'ordonnance sur les émoluments de l'Office fédéral de l'aviation civile, RS 748.112.1) – eût été moindre si l'autorité inférieure avait rendu à juste titre une décision d'irrecevabilité, puisque c'est B. _____ AG elle-même qui l'a induite en erreur en se faisant passer faussement pour la propriétaire du parking.

6.

6.1 La recourante 1 argue que considérer la décision comme nulle serait faire preuve de formalisme excessif au regard des liens étroits qui l'unissent à M. _____ AG, propriétaire du parking à l'époque de la demande d'autorisation. Le Tribunal ne rendant pas un prononcé constant la nullité de la décision entreprise, le grief est sans objet. Néanmoins, dès lors que les effets pratiques de l'annulabilité et de la nullité sont identiques lorsque le vice est invoqué dans le délai de recours (cf. consid. 5.1 supra), tel que c'est le cas en l'espèce, il y a lieu de considérer que la recourante 1 fait en réalité valoir que priver la décision entreprise de ses effets au motif que B. _____ AG et M. _____ AG sont formellement des sujets de droits distincts est, au vu de leurs liens, constitutif de formalisme excessif. Il y a par conséquent lieu d'examiner ce grief.

6.2 Il y a formalisme excessif lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une

fin en soi et complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès à la justice (ATF 135 I 6 consid. 2.1 ; 132 I 249 consid. 5 ; ATAF 2007/13 consid. 3.2). L'autorité se rend notamment coupable de formalisme excessif lorsqu'elle s'obstine à appliquer une règle qui, dans le cas concret, ne sert aucunement la finalité qui lui est assignée et qui paraît ainsi être appliquée pour elle-même.

6.3 En faisant valoir que l'étroitesse des liens qui l'unissent à M. _____ AG – soit le sujet de droit qui eût été habilité à agir – est suffisante, respectivement qu'il serait excessif, dans cette constellation, de priver la décision entreprise de ses effets, la recourante 1 s'en prend en réalité à la règle posée par l'art. 63 OSIA, laquelle subordonne la qualité pour demander une dérogation à la qualité de propriétaire, considérée formellement, soit sous l'angle des droits réels. Or, cette règle se justifie notamment pour la raison déjà exposée ci-avant (cf. consid. 5.3 supra), à savoir qu'il importe que tant les obligations consacrées directement dans la loi (notamment art. 66 OSIA) que celles émanant de la décision d'autorisation soient – originairement à tout le moins – à la charge du même sujet de droit, afin d'éviter un dédoublement où une répartition de la responsabilité quant aux mesures de sécurité à prendre, potentielle source d'incertitude et de confusion, tant au plan logistique que juridique. En outre, il est dans l'intérêt de l'OFAC, qui contrôle le respect des mesures de sécurité prescrites (cf. notamment art. 65 al. 6 et 67 al. 1 OSIA), d'avoir un seul répondant.

Aussi, B. _____ AG et le propriétaire du parking – soit M. _____ AG au moment du dépôt de la demande, puis, actuellement, P. _____ AG – sont des sujets de droits distincts. Les personnes habilitées à engager chacune des deux sociétés ne sont pas les mêmes. Or, la volonté du propriétaire du parking (que ce soit celle de l'ancien ou du nouveau propriétaire) est inconnue du Tribunal, celui-ci ne s'étant pas manifestée, et ce alors même que le juge instructeur a expressément relevé en cours de procédure la problématique liée à la qualité de partie de B. _____ AG. Si le propriétaire du parking (soit M. _____ AG, ensuite P. _____ AG), avait manifesté sa volonté de reprendre la procédure, on pourrait se demander si refuser la substitution de partie au motif que cette institution n'a pas vocation à réparer un vice initial – soit en l'espèce l'absence initiale de la qualité de partie de B. _____ AG (cf. consid. 4.4 supra) – ne serait pas constitutif de formalisme excessif dans la présente constellation. Cette volonté n'ayant jamais été manifestée, cette question peut rester ouverte. Même s'il semble vraisemblable que l'octroi d'une dérogation soit dans l'intérêt du

propriétaire du parking, il n'appartient pas au Tribunal d'en préjuger, étant à rappeler que l'octroi d'une dérogation, au-delà d'accorder des droits, engage la responsabilité du propriétaire, tenu à certains devoirs particuliers.

Enfin, on observera que même s'il fallait interpréter très extensivement la notion de propriétaire figurant à l'art. 63 OSIA pour y faire entrer tous ceux qui ont des droits, de quelque nature que ce soit, en lien avec le parking, ou même aller jusqu'à englober tous les sujets de droit qui ont un intérêt digne de protection au sens de la loi (art. 6 PA par renvoi à l'art. 48 PA) à ce que la dérogation soit accordée, la recourante 1 n'eût pas été légitimée à déposer la demande en cause. En effet, la recourante 1 n'est pas exploitante du parking, ainsi que cela ressort de ses propres écritures. Elle ne justifie ni même n'allègue aucun droit propre – de quelque nature que ce soit – en lien avec celui-ci. La recourante 1 n'invoque même pas que ses propres véhicules ou ceux de ses employés devraient y être stationnés. Au contraire, elle précise que c'est E._____, gérée par une autre filiale du groupe R._____, soit F._____ (qui ne doit pas être confondue avec la recourante 1), et M._____ AG, à laquelle a succédé P._____ AG, qui ont prévu d'utiliser le parking. Par conséquent, la recourante 1 a, tout au plus, un intérêt indirect dans la présente affaire. Or, contrairement à ce qu'elle semble croire lorsqu'elle affirme que, puisqu'elle est « atteinte par la décision attaquée, ou à tout le moins le groupe R._____ [...], elle a un intérêt digne de protection à (son) annulation [...]», l'existence d'un intérêt indirect ne suffit pas à fonder un intérêt digne de protection au sens de la loi. L'administré doit au contraire démontrer qu'il s'agit d'un intérêt qui lui est propre, de sorte que, selon la jurisprudence déjà citée (arrêt 2 C_1158/2012 du 27 août 2013 consid. 2.3.3), l'actionnaire, même unique ou majoritaire, n'a pas la qualité pour recourir contre une décision adressée à la société, respectivement ne se verra pas reconnaître la qualité de partie en phase non contentieuse. Cette jurisprudence s'appliquerait d'autant plus au cas d'espèce que le lien entre M._____ AG et la recourante 1 ne consiste pas en un rapport d'actionariat direct, mais consiste en ceci que les deux sociétés sont détenues par un même actionnaire, de sorte que l'intérêt de la recourante 1 en est d'autant plus indirect. Quant au rapport d'actionariat entre P._____ AG (nouveau propriétaire du parking) et la recourante 1, le lien est encore plus lâche.

Le fait que la recourante 1 soit une société de services dont le but consiste notamment dans l'administration de biens immobiliers, ainsi qu'elle l'invoque dans ses différentes prises de position et que cela ressort de l'extrait du Registre du commerce de Zug qu'elle a produit, ne suffirait pas non plus

à fonder un intérêt digne de protection. En effet, il eût fallu démontrer que la recourante 1 avait charge d'administrer le parking en question, et non pas, d'une manière générale, abstraitement, certains biens immobiliers. Il est par ailleurs douteux que la seule qualité d'administratrice du bien eût suffi. Le fait allégué par la recourante 1 pour la première dans ses déterminations du 17 janvier 2020, à savoir qu'elle s'occupe notamment du développement des projets architecturaux du groupe R._____, ne permettrait pas d'avantage de fonder un intérêt digne de protection. Cette fonction ne se déduit pas du but de la société tel qu'il figure dans l'extrait du registre du commerce mentionné ci-avant ; d'ailleurs, la recourante 1 précise qu'elle intervient en qualité de mandataire du groupe R._____ (cf. p. 3, 5^{ème} paragraphe de ses déterminations du 17 janvier 2020), ce qui indique qu'elle intervient pour le compte d'autrui, et non pour le sien propre, de sorte que l'intérêt devrait encore être considéré comme indirect.

Il ressort de ce qui précède que l'autorité précédente n'aurait pas dû entrer en matière sur la demande de B._____AG. Il faut néanmoins observer que c'est la recourante 1 elle-même qui a induit l'autorité précédente en erreur, puisqu'elle s'est fait passer faussement, dans le formulaire de demande de dérogation, pour la propriétaire du parking, soit pour le sujet de droit habilité à agir.

7.

La décision entreprise devant être annulée, il n'y a pas lieu d'examiner plus en avant les autres griefs soulevés par les parties. Néanmoins, et dans l'optique d'une éventuelle demande de dérogation future déposée par le sujet de droit habilité à agir, le Tribunal observe que la décision de l'autorité précédente ne répond pas aux exigences minimales de motivation au sens de l'art 35 al. 1 PA. A cet égard, il faut rappeler que la question de fond consiste à savoir si l'octroi d'une dérogation était justifié et dans quelle mesure. Tant B._____AG, qui requiert la dérogation, que l'Aéroport International de Genève qui s'y oppose, ont consacré la majeure partie de leur écriture à justifier leur position sur le fond, se référant à différentes normes et à différents principes, produisant des plans et invoquant notamment l'existence d'autres bâtiments aux alentours. Or, la motivation de l'autorité précédente se réduit, dans sa décision querellée du 28 août 2018, à cette phrase « le percement en question est autorisé exceptionnellement après examen de la situation locale et des obstacles voisins existants comme le bâtiment sis (...), situé en direction de l'aéroport à proximité immédiate de l'axe de la piste ». Dans ses déterminations du 7 janvier 2019, l'autorité précédente a simplement précisé, en réponse à l'Aéroport International de

Genève, que « ledit bâtiment [sis (...)] perce de manière bien plus importante le plafond que celui de B. _____ » et, en réponse à B. _____ AG, que « nul ne peut se prévaloir d'un shielding pour augmenter le percement, car plus un percement est important, plus il y a une augmentation du risque ». Ces motivations succinctes ne permettent pas aux parties de suivre clairement le raisonnement de l'autorité précédente, cas échéant d'en contester le bien-fondé. En particulier, l'autorité n'explique pas pourquoi ni dans quelle mesure le parking litigieux ne saurait être considéré comme défilé par le bâtiment sis (...), qu'elle invoque. La motivation de l'autorité précédente paraît même contradictoire puisque l'argument qui est opposé à l'AIG pour justifier qu'une dérogation restreinte ait été accordé consiste à dire que le bâtiment sis (...), perce de manière plus important le plafond aérien que ne le ferait l'usage projeté du parking litigieux, alors que simultanément l'argument opposé à B. _____ AG pour justifier que la dérogation n'ait pas été totalement accordé consiste à dire que l'on ne saurait précisément se prévaloir d'un shielding (avec la bâtiment sis (...), en particulier) pour augmenter le percement du plafond aérien. Or, si c'est en raison du bâtiment sis (...), qu'une partie de la dérogation est accordée, l'autorité devrait expliquer pourquoi la dérogation n'est pas accordée au moins jusqu'à la hauteur dudit bâtiment, lequel ascende à environ 447 mètres/mer. Certes, l'autorité inférieure a indiqué que le shielding ne pouvait être réellement pris en compte que du côté de la piste d'atterrissage, ce qui peut se comprendre puisque de l'autre côté, le parking litigieux « déborde » le bâtiment sis (...), de sorte qu'il n'est plus défilé par ce dernier et constitue de ce fait, a priori, un véritable obstacle à la navigation aérienne. Mais alors dans ce cas, en toute bonne logique, l'autorité inférieure – pour peu que le Tribunal en suive bien le raisonnement succinct – aurait, d'une part, dû accorder la dérogation en totalité pour la partie du toit située côté piste (puisque le parking considéré est, sur ce côté, totalement défilé par le bâtiment sis (...), de sorte que le parking litigieux ne saurait être considéré comme un obstacle) et, d'autre part, renoncer à toute dérogation pour la partie du toit qui, elle, n'est pas défilée par ledit bâtiment et qui pourrait dès lors constituer un véritable obstacle. Ce défaut de motivation est d'autant plus étonnant que l'autorité inférieure, ainsi que cela ressort de la pièce n° 26 du mémoire de réponse de l'OFAC du 7 janvier 2019, avait d'abord rédigé un projet de décision qui accordait la dérogation en totalité.

Enfin, en réponse au grief de l'Aéroport International de Genève qui estime qu'une étude aéronautique aurait dû être commandée, l'autorité inférieure soutient qu'en raison de sa qualité d'autorité spécialisée – laquelle ne sau-

rait être mise en doute – elle est à même de produire elle-même une pareille étude. Elle rapporte qu'elle a, à cette fin, organisé deux séances internes avec des experts compétents, sans néanmoins qu'un procès-verbal aient été tenu. Aucune trace du contenu de ces séances internes, qui sont de l'aveu même de l'autorité inférieure « à la base de sa décision », ne se trouvent au dossier. Or, il faudrait, d'une manière ou d'une autre, que les parties puissent connaître la teneur des discussions desdits experts, à tout le moins le raisonnement final retenu, fût-ce par le biais de la motivation de la décision. Ainsi, et dans l'hypothèse où le sujet de droit habilité à agir déposerait dans la suite une demande de dérogation, l'autorité précédente devra motiver davantage sa décision.

8. Vu l'issue de la procédure, il y a lieu de mettre les frais de procédure à la charge de la recourante 1, conformément à l'art. 63 al. 1 PA en relation avec le règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2). Il faut ici observer que si l'autorité précédente, au lieu d'entrer en matière sur le fond, aurait dû rendre une décision d'irrecevabilité, cette erreur est en réalité imputable à la recourante 1 qui s'est fait passer faussement pour la propriétaire du parking litigieux, donc pour la personne habilitée à agir.

9. La recourante 1, dès lors qu'elle succombe, n'a pas droit à des dépens. De même, le recourant 2, dans la mesure où son représentant est lié à lui par un rapport de travail, n'a, en application de l'art. 9 al. 2 FITAF, pas droit à des dépens.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours du 28 septembre 2018 du recourant 2 est admis.

2.

Le recours du 28 septembre 2018 de la recourante 1 est rejeté.

3.

Les chiffres 1 à 4 du dispositif de la décision attaquée sont annulés.

4.

Les frais de procédure de 1'500 francs sont mis à la charge de la recourante 1.

5.

L'avance de frais de 1500 francs versée par le recourant 2 le 25 octobre 2018 lui sera restituée dès l'entrée en force du présent arrêt.

6.

Le présent arrêt est adressé :

- aux recourants (Acte judiciaire ; annexe : formulaire adresse de paiement)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. 270-GE-30914-LSGG ; Acte judiciaire)

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

La présidente du collège :

Le greffier :

Claudia Pasqualetto Péquignot

Manuel Chenal

Indication des voies de droit :

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 (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). 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 :