

# **BVGer A-5375/2023 vom 6. Dezember 2023**

Bundesverwaltungsgericht, 2023-12-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-5375\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-5375_2023)

FR: TAF A-5375/2023 du 6 décembre 2023

IT: TAF A-5375/2023 del 6 dicembre 2023

## **Regeste**

Installations aéroportuaires

## **Erwägungen**

### **E. 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.

### **E. 2**

L'objet de la présente décision porte uniquement sur la requête de restitution de l'effet suspensif et en mesures provisionnelles formée par la recourante à l'appui de son recours du 2 octobre 2023 contre la décision incidente du 31 août 2023 de l'OFAC. La recourante conclut, d'une part, à ce que le Tribunal restitue l'effet suspensif au recours. D'autre part, elle formule les conclusions suivantes : - Interdire à l'OFAC de transmettre tout ou partie du dossier de la procédure à Dnata ou Swissport jusqu'à ce que le Tribunal administratif fédéral ait statué sur ses conclusions principales tendant à l'accès de Dnata et de Swissport au dossier, - Ordonner à l'AIG de conclure sans délai une convention de concession pour les services d'assistance en escale du trafic aérien de ligne et charter avec la recourante conformément à l'adjudication, étant précisé que le début des activités ne devra pas excéder six mois après la notification de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral, - Ordonner à Dnata de prendre toutes les mesures nécessaires pour que la recourante puisse débiter ses activités au plus vite après la signature de la convention de concession, respectivement de s'abstenir de toute mesures qui pourrait retarder le début des activités de la recourante, - Dire que l'AIG est autorisé à conclure un contrat ou d'autres actes juridiques avec Dnata uniquement dans la mesure nécessaire pour que des services d'assistance en escale soient offerts par deux prestataires à l'aéroport de Genève jusqu'au début des activités de la recourante, - Retirer, enfin, l'effet suspensif à un éventuel recours contre toute décision du Tribunal de céans portant sur les conclusions susmentionnées.

### **E. 3**

A titre liminaire, il sied de préciser que, dans le cadre d'une procédure concernant des mesures provisoires, l'art. 29 al. 2 Cst. n'a pas la même portée que s'agissant de la procédure au fond (cf. arrêts du TF 2C\_598/2012 du 21 novembre 2012 consid. 2.3, 2C\_215/2011 du 26 juillet 2011 consid. 3.4, 2C\_631/2010 du 8 septembre 2010 consid. 3.2 et 2P.103/2006 du 29 mai 2006 consid. 3.1).

### **E. 3.1**

Ainsi, les décisions judiciaires concernant l'effet suspensif doivent par nature être rendues rapidement et sans de longues investigations complémentaires (ce que prévoit du reste expressément l'art. 55 al. 3 PA [RS 172.021]). La Cour européenne des droits de l'homme admet d'ailleurs que « dans des cas exceptionnels - par exemple lorsque l'effectivité de la mesure sollicitée dépend de la rapidité du processus décisionnel - il peut se révéler impossible de respecter dans l'immédiat toutes les exigences prévues à l'article 6. Ainsi, dans certaines hypothèses précises, tandis que l'indépendance et l'impartialité du tribunal ou du juge concerné constituent des garanties indéniables qu'il est indispensable de respecter dans pareille procédure, d'autres garanties procédurales peuvent ne s'appliquer que dans la mesure où le permettent la nature et le but de la procédure provisoire considérée » (cf. arrêt de la CourEDH Micallef contre Malte du 15 octobre 2009, par. 86).

### **E. 3.2**

L'autorité qui statue peut donc, sauf circonstances spécifiques, se dispenser d'entendre de manière détaillée les intéressés ou de procéder à un second échange d'écritures. Le droit d'être entendu du requérant est en principe déjà garanti par le dépôt de sa demande en matière d'effet suspensif (cf. ATF 139 I 189 consid. 3.3 ; arrêts du TF 2C\_215/2011 du 26 juillet 2011 consid. 3.4, 2C\_631/2010 du 8 septembre 2010 consid.3.2 et 2D\_40/2008 du 19 mai 2008 consid. 2.3 et 2A.619/2002 du 10 mars 2003 consid. 3, non publié in ATF 129 II 232).

### **E. 3.3**

Dans ces circonstances, la recourante a déjà pu se déterminer dans son recours sur la question de la restitution de l'effet suspensif et de ses conclusions incidentes. Le Tribunal est donc fondé à statuer sans inviter la recourante à répliquer (cf. supra consid. E.a à E.d), cette dernière pourra, en tout état de cause, se déterminer dans le cadre de l'instruction au fond.

### **E. 4**

Au terme de l'art. 55 al. 1 PA, le recours a effet suspensif. Conformément à l'art. 55 al. 2 PA, sauf si la décision porte sur une prestation pécuniaire, l'autorité inférieure peut y prévoir qu'un recours éventuel n'aura pas d'effet suspensif ; après le dépôt du recours, l'autorité de recours, son président ou le juge instructeur a la même compétence. L'autorité de recours, son président ou le juge instructeur peut restituer l'effet suspensif à un recours auquel l'autorité inférieure l'avait retiré (art. 55 al. 3 PA). En l'occurrence, par décision du 31 août 2023, l'OFAC a levé l'effet suspensif à un éventuel recours. Il sied donc d'examiner s'il convient de le restituer.

### **E. 4.1**

Selon la jurisprudence, le législateur fédéral a fait du retrait de l'effet suspensif prévu à l'art. 55 al. 2 PA une règle exceptionnelle (cf. arrêt du TF 1C\_88/2009 du 31 août 2009 consid. 3.1 ; décision incidente du TAF A-3224/2017 du 10 juillet 2017 du consid. 1.2). Une telle décision doit dès lors reposer sur des motifs clairs et convaincants, résultant d'une pesée des intérêts publics et privés en présence, sans que ne soit toutefois nécessaire la réalisation de circonstances extraordinaires (cf. arrêt du TAF A-828/2012 du 10 mai 2012 consid. 3.1). Dans ce cadre, l'autorité n'a pas à tenir compte de l'issue probable du recours, à moins qu'aucun doute n'existe à ce sujet (cf. ATF 130 II 149 consid. 2.2 et 127 II 132 consid. 3 ; ATAF 2009/57 consid. 4.1.4.3) ; elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation permettant de tenir compte des circonstances du cas d'espèce (cf. ATAF 2009/57 consid. 4.1.4.1).

#### **E. 4.2**

L'autorité de recours n'est pas liée par le fait que l'autorité précédente ait retiré l'effet suspensif à un éventuel recours dans le cadre de sa décision. Cela ressort clairement, et sans ambiguïté, du texte de l'art. 55 al. 3 PA. La restitution peut, en effet, être prononcée par l'autorité de recours d'office ou sur requête. Il n'est dès lors pas strictement nécessaire qu'une requête ait été déposée à cette fin, possibilité qui est offerte non seulement aux destinataires matériels de la décision mais également à des tiers habilités à recourir.

#### **E. 4.3**

L'examen de la question de l'effet suspensif est une question qui doit être traitée *prima facie*, sur la base d'un examen du dossier en l'état et sans que ne soient nécessaires des mesures d'instruction particulières de la part de l'autorité de décision (cf. arrêt du TF 2C\_293/2013 du 21 juin 2013 consid. 3.3).

#### **E. 4.4**

En l'espèce, les services d'assistance en escale à l'aéroport de Genève faisaient l'objet de deux concessions octroyées, d'une part à Swissport, d'autre part à Dnata. Ces concessions ont pris fin au 30 octobre 2023 et la procédure menée au fond par l'OFAC a pour objectif de les réattribuer pour la période 2023-2030, l'AIG souhaitant - en substance - que celles-ci soient octroyées, d'une part à Swissport qui continuerait son activité, et d'autre part à Aviapartner qui remplacerait Dnata comme second prestataire de services d'assistance en escale. L'objet de la décision du 31 août 2023 de l'OFAC est d'assurer la période transitoire qui doit s'écouler entre le 1er novembre 2023 et l'entrée en force de la décision définitive sur le renouvellement des deux concessions. Dans ces circonstances, la décision du 31 août 2023 a un caractère incident au sens des art. 45 et 46 PA. Par son recours au Tribunal administratif fédéral contre dite décision, Aviapartner souhaite, en substance, que le Tribunal annule l'interdiction faite à l'AIG de conclure tout contrat ou acte juridique avec elle pour la nouvelle concession. Le temps que dure la procédure de recours, elle sollicite d'abord la restitution de l'effet suspensif, c'est-à-dire que dite interdiction soit temporairement levée.

#### **E. 4.5**

En l'occurrence, comme considéré par décision incidente du 4 octobre 2023 sur mesures superprovisionnelles, il est évident qu'une certaine urgence existe, dans la mesure où les concessions actuelles se sont terminées au 31 octobre 2023 et que l'AIG doit pouvoir envisager l'exploitation des services d'assistance en escale du trafic aérien de ligne et charter au-delà de cette date tant que dure la présente procédure.

##### **E. 4.5.1**

Selon l'annexe B du Manuel de l'Organisation internationale de l'aviation civile sur les services d'assistance en escale (International Civil Aviation Organization Doc 10121 : Manual on Ground Handling, disponible sur [www.bazl.admin.ch](http://www.bazl.admin.ch) Thèmes Bases légales Annexes à la Convention de l'OACI Manuels associés à l'Annexe 14 de l'OACI, OACI Doc 10121 : Manual on Ground Handling.pdf, consulté le 6 décembre 2023) associé à la Convention de Chicago du 7 décembre 1944 relative à l'aviation civile internationale, de tels services incluent, entre autres, l'assistance au sol et la supervision, soit les services de représentation et de liaison avec les autorités, le contrôle du chargement, l'assistance aux passagers, soit le contrôle des billets, des documents de voyage, l'enregistrement des

bagages, leurs transports, l'assistance aux bagages, soit leur traitement, leur tri, leur préparation en vue du départ, leur chargement et leur déchargement, l'assistance aux opérations de piste, soit le guidage de l'avion à l'arrivée ou au départ, l'assistance au stationnement de l'avion et la fourniture des moyens appropriés, le chargement et le déchargement de l'avion, l'assistance au démarrage de l'avion, le transport, le chargement et le déchargement de l'avion, l'assistance au nettoyage et aux services de l'avion, soit le nettoyage extérieur et intérieur de l'avion, l'assistance au carburant et à l'huile, soit l'organisation et l'exécution du plein et de la reprise du carburant, le stockage, le contrôle de la qualité et de la quantité des livraisons, l'assistance d'entretien en ligne, soit les opérations régulières effectuées avant le vol, la fourniture et l'administration du matériel d'entretien et des pièces de rechange, l'assistance aux opérations aériennes et à l'administration des équipages, l'assistance au transport au sol et l'assistance au service d'hôtellerie et de catering.

#### **E. 4.5.2**

Du pont de vue de la pesée des intérêts, il existe un intérêt public manifeste à ce que l'AIG puisse continuer de bénéficier de tels services de la part de deux entreprises différentes. La recourante ne le conteste d'ailleurs pas. Il convient, en effet, d'assurer en toute circonstance la disponibilité et la continuité de l'exploitation de l'aéroport de Genève. Il est évident qu'un « grounding » de l'ensemble de la flotte aérienne basée à l'aéroport de Genève aurait des conséquences dramatiques non seulement d'un point de vue économique, mais également pour la sécurité de la Suisse et l'approvisionnement du pays. L'ensemble des vols à destination et au départ de Genève devrait être simplement annulés ou déroutés. Or, l'aéroport de Genève constitue, non seulement pour la Confédération, mais également pour toute l'agglomération transfrontalière du Grand Genève, une infrastructure essentielle et il convient en tout temps de s'assurer de son bon fonctionnement. Ces intérêts surpassent, de loin, l'ensemble des intérêts privés de toutes les autres parties à la procédure.

#### **E. 4.5.3**

Au surplus, il ne ressort pas du dossier que la recourante serait en mesure d'être opérationnelle immédiatement pour reprendre les services fournis jusque-là par Dnata. Bien au contraire, elle sollicite expressément que, dans l'intervalle, le Tribunal administratif fédéral autorise l'AIG à conclure un contrat ou d'autres actes juridiques avec Dnata pour que des services d'assistance en escale soient offerts par deux prestataires à l'aéroport jusqu'au début de ses propres activités. Il appartiendra au Tribunal administratif fédéral de déterminer, dans le cadre de la présente procédure, dans quelle mesure le régime mis en place par l'autorité inférieure dans le cadre de sa décision incidente du 31 août 2023 est conforme au droit et l'OFAC devra, in fine, déterminer si une concession doit être octroyée à Aviapartner à l'issue de sa procédure au fond ou si, au contraire, celle-ci doit être octroyée à Dnata. Il existe donc aussi un intérêt à ce que l'objet du litige soit préservé jusqu'à ce que le Tribunal statue dans sa composition ordinaire.

#### **E. 4.5.4**

Dans ces circonstances, la requête de la recourante - qui sollicite, au stade des mesures provisionnelles dans le cadre d'une procédure de recours portant elle-même sur le bien fondé de mesures provisionnelles, qu'elle soit autorisée à passer les contrats et actes juridiques dont elle sollicite la conclusion au fond dans une procédure encore pendante devant l'OFAC - intervient à un stade beaucoup trop peu avancé de la procédure, stade dans

lequel son issue est encore largement incertaine et discutée. Quoi qu'en pense la recourante, il n'est absolument pas certain que la seconde concession lui soit finalement octroyée à l'issue de la procédure pendante devant l'OFAC. Il convient donc aussi d'éviter une situation où l'exploitant des services en escale devrait changer à plusieurs reprises dans un court laps de temps.

#### **E. 4.5.5**

Dans ces circonstances, les principes d'économie de la procédure et de sécurité du droit commandent aussi que l'effet suspensif ne soit pas restitué au présent recours et que le statu quo - consistant à ce que les services en escale soient assurés par Swissport et Dnata pendant que dure la présente procédure - soit maintenu.

#### **E. 4.6**

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il convient donc de confirmer la décision incidente du 4 octobre 2023 sur ce point et de rejeter formellement la requête de la recourante en restitution de l'effet suspensif.

#### **E. 5**

Reste à examiner les autres conclusions de la recourante formulées à titre de mesures provisionnelles.

#### **E. 5.1**

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.

#### **E. 5.1.1**

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. GRÉGORY BOVEY, Commentaire de la LTF, 3e éd, art. 104 LTF no 16). Elles ne peuvent être prononcées que si elles se rapportent à l'objet du litige et sont en étroit lien de connexité avec celui-ci (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.

#### **E. 5.1.2**

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 no 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 (cf. ég. ATF 139 IV 314 consid. 2.3.3, 137 III 417

consid. 1.4 et 119 V 503 consid. 3).

### **E. 5.1.3**

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*, 3e éd. 2022, no 3.32). Il repose enfin sur un examen sommaire de la situation factuelle et juridique et doit être ordonné de manière restrictive.

### **E. 5.1.4**

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).

### **E. 5.1.5**

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).

### **E. 5.2**

Ces principes valent également en cas de recours contre des mesures provisionnelles. L'objet du litige est alors limité au point de savoir si ces mesures sont conformes au droit, le recourant ne pouvant, dans ce cadre, que conclure à ce que ces mesures soient supprimées, modifiées ou complétées ; il ne s'étend pas aux droits et obligations matériels pouvant résulter du fond de la cause. Le Tribunal administratif fédéral ne peut en effet pas statuer en lieu et place de l'autorité précédente, puisque cela outrepasserait sa compétence fonctionnelle et aurait pour conséquence que le recourant et les autres parties à la procédure seraient privés d'une instance de recours (cf. ATAF 2014/44 consid. 4.2).

### **E. 5.3**

En l'occurrence, le sort des différentes requêtes formulées par la recourante est en quelque sorte lié par le sort de ce qui précède. Comme considéré, le cadre de l'objet du litige est limité à la question de savoir si le régime mis en place par l'OFAC dans le cadre de sa décision incidente du 31 août 2023 est conforme au droit. Il ne s'agit pas de se déterminer sur la question du renouvellement de la concession, ce que l'OFAC devra examiner au fond

dans le cadre de sa décision finale.

#### **E. 5.4**

Dans ces conditions, les conclusions incidentes de la recourante - selon lesquelles elle requiert qu'il soit ordonné à l'AIG de conclure avec elle une convention de concession pour les services d'assistance en escale, qu'il soit ordonné à Dnata de prendre toutes les mesures nécessaires pour qu'elle puisse débiter ses activités au plus vite après la signature de la convention et que l'AIG soit autorisé à conclure avec Dnata que dans la mesure nécessaire pour que des services d'assistance en escale soient offerts par deux prestataires différents jusqu'au début de ses activités - préjugent déjà de l'issue de la procédure au fond devant l'OFAC ; elles tendent à régler déjà le sort du renouvellement de la concession au fond et dépassent donc l'objet du présent litige.

#### **E. 5.5**

En outre, sur le vu également de l'ensemble de ce qui précède (cf. supra consid. 4, et surtout 4.4 et 4.5), rien n'indique, sur la base d'un examen sommaire du dossier, que des circonstances exceptionnelles justifient une intervention supplémentaire du Tribunal et il convient, vu les intérêts en présence déjà discutés, de maintenir le statu quo.

#### **E. 5.6**

Partant, les requêtes de la recourante, qui dépassent le champ fonctionnel de la compétence du Tribunal de céans et le cadre de l'objet du litige, ne sauraient être octroyées. Elles sont par conséquent rejetées dans la mesure de leur recevabilité.

#### **E. 6**

La recourante sollicite encore qu'interdiction soit faite à l'OFAC de transmettre tout ou partie du dossier de la procédure à Dnata ou Swissport jusqu'à ce que le Tribunal administratif fédéral ait statué sur ses conclusions principales tendant à l'accès de Dnata et de Swissport au dossier de l'OFAC.

#### **E. 6.1**

Cela étant, la décision de l'OFAC du 31 août 2023 ne se détermine pas sur la question de la consultation des pièces sous l'angle des art. 26 ss PA. Dans ces circonstances, les conclusions principales de la recourante portant sur ce point sont a priori irrecevables de sorte que le Tribunal, dans sa composition à trois ou cinq juges, ne se déterminera vraisemblablement pas sur la question de l'accès de Dnata et de Swissport au dossier. Il appartenait, en effet, à la recourante de solliciter de l'OFAC que ce dernier statue sur l'accès au dossier avant de saisir l'instance supérieure.

#### **E. 6.2**

Pour les motifs exposés ci-avant, la requête provisionnelle formulée par la recourante tendant à ce que l'accès au dossier soit refusé jusqu'à ce que le Tribunal statue au fond sur ses conclusions principales dépasse donc, elle-aussi, le cadre de l'objet du litige ; le Tribunal est fonctionnellement incompétent pour entrer en matière sur cette question et ne saurait être la première autorité à statuer sur ce point. Elle doit donc être déclarée irrecevable (art. 7 al. 1 PA).

#### **E. 7**

Enfin, la recourante conclut que l'effet suspensif soit retiré à un éventuel recours au Tribunal fédéral contre la présente décision.

#### **E. 7.1**

Cela étant, conformément à l'art. 103 al. 1 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110), le recours en matière de droit public n'a pas d'effet suspensif. Seul le juge instructeur (du Tribunal fédéral) peut, d'office ou sur requête d'une partie, statuer différemment sur l'effet suspensif (art. 103 al. 3 LTF).

#### **E. 7.2**

Ainsi, contrairement au régime de l'art. 55 al. 2 PA qui prévaut devant les autorités administratives, le Tribunal administratif fédéral n'a pas la possibilité de s'éloigner du texte de l'art. 103 al. 1 LTF et de statuer de lui-même sur la question de l'effet suspensif d'un éventuel recours contre ses propres décisions. Pour ce motif, la requête de la recourante est manifestement irrecevable.

#### **E. 8**

Il suit de l'ensemble de ce qui précède que la requête de restitution de l'effet suspensif doit être rejetée. Ses autres conclusions incidentes sont soit irrecevables, soit rejetées dans la mesure de leur recevabilité.

#### **E. 9**

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

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