

BVGer A-3289/2010 vom 27. Juni 2011

Bundesverwaltungsgericht, 2011-06-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-3289_2010

FR: TAF A-3289/2010 du 27 juin 2011

IT: TAF A-3289/2010 del 27 giugno 2011

Regeste

Concessions

Erwägungen

E. 1.1

Le Tribunal administratif fédéral connaît, en vertu de l'art. 31 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) et sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 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 aux art. 33 et 34 LTAF. La procédure de recours est régie par la PA, à moins que la LTAF n'en dispose autrement (art. 37 LTAF). Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (art. 7 PA). En l'occurrence, l'autorité inférieure est l'une des autorités précédentes au sens de l'art. 33 let. d LTAF. Par ailleurs, l'acte attaqué, qui satisfait aux conditions de l'art. 5 PA, n'entre pas dans l'un des cas d'exclusion de l'art. 32 LTAF. Cela étant, le Tribunal est compétent pour connaître du litige.

E. 1.2

Déposé en temps utile par le destinataire de la décision attaquée (art. 22 ss, art. 48 et 50 PA), le recours répond par ailleurs aux exigences de forme et de contenu prévues à l'art. 52 PA. Il est donc recevable.

E. 2.1

Selon l'art. 49 PA, le recourant peut soulever les griefs de violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), de la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b) et de l'inopportunité (let. c). Le Tribunal administratif fédéral s'impose toutefois une certaine retenue lorsqu'il est question de juger, notamment, des questions techniques et lorsque la décision de l'autorité inférieure est conforme aux rapports et aux prises de position des autorités fédérales spécialisées. Les renseignements techniques donnés par les instances spécialisées ne sont vérifiés quant à leur contenu - et l'autorité judiciaire ne s'en écarte - que lorsqu'il existe de sérieux motifs pour cela, tels que des vices patents ou des contradictions internes (Alfred Kölz/Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2e éd., Zurich 1998, n. 290; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6728/2007 du 10 novembre 2008 consid. 2). Il faut toutefois garantir que l'autorité judiciaire puisse aussi procéder à un contrôle efficace des décisions de l'autorité administrative qui reposent essentiellement sur le pouvoir d'appréciation de celle-ci (arrêt du Tribunal fédéral 1C_309/2007 du 29 octobre 2008 consid. 2.1.1 et les réf. citées). Ainsi, l'autorité judiciaire ne limite pas de façon inadmissible son pouvoir de cognition lorsqu'elle s'impose une certaine retenue dans l'examen de

questions techniques, à tout le moins lorsqu'il n'existe aucun indice concret d'une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et que l'autorité inférieure spécialisée a analysé tous les arguments importants pour la décision et qu'elle a procédé à des vérifications minutieuses et complètes (ATF 136 I 184 consid. 2.2.1, ATF 131 II 680 consid. 2.3.2 et les réf. citées; arrêt du Tribunal fédéral 1C_544/2008, 1C_548/2008 et 1C_550/2008 du 27 août 2009 consid. 2.1).

E. 2.2

Le Tribunal administratif fédéral applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (Pierre Moor/Etienne Poltier, Droit administratif, vol. II, 3ème édition, Berne 2011, n. 2.2.6.5). La procédure 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). Ainsi, l'administré qui adresse une demande à l'administration dans son propre intérêt doit la motiver et apporter les éléments en sa possession permettant d'établir la preuve des faits dont il se prévaut (Moor/Poltier, op. cit., n. 2.2.6.3; ATF 132 III 731 consid. 3.5). 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 (ATF 122 V 157 consid. 1a, ATF 121 V 204 consid. 6c; Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 61.31 consid. 3.2.2).

E. 3

La décision attaquée du 1er avril 2010 est une décision par laquelle l'autorité inférieure octroie à la recourante une concession de radiocommunication pour la diffusion d'un programme radio par voie hertzienne terrestre sur ondes ultracourtes, dans la région Arc Lémanique, ceci en application des art. 22 ss de la loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC, RS 784.10), de l'art. 1 al. 1 let. a de l'ordonnance du 17 novembre 1997 de la Commission fédérale de la communication relative à la loi sur les télécommunications (RS 784.101.112), des art. 15 à 19 et 25 ss de l'ordonnance du 9 mars 2007 sur la gestion des fréquences et les concessions de radiocommunication (OGC, RS 784.102.1), de l'art. 38 let. a et de l'annexe 1 de l'ordonnance du 9 mars 2007 sur la radio et la télévision (ORTV, RS 784.401), des art. 2 et 23 de l'ordonnance du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) du 7 décembre 2007 sur les tarifs des émoluments dans le domaine des télécommunications (RS 784.106.12), ainsi que de l'art. 2 al. 1 de la concession de diffusion octroyée le 31 octobre 2008 par le DETEC à la recourante .

E. 4

Cela étant, il convient de commencer par rappeler brièvement le processus dans lequel s'inscrit la décision attaquée.

E. 4.1

Par décision du 31 octobre 2008, le DETEC a, conformément aux art. 43 et 45 al. 1 LRTV, octroyé à la recourante une concession de diffusion, assortie d'un mandat de prestations sans quote-part de la redevance, l'autorisant à diffuser un programme de radio local-régional dans la zone de desserte n° 2 (zone "Arc Lémanique") telle que définie au chiffre 4 de l'annexe 1 de l'ORTV. Les modalités de la diffusion de ce programme, notamment les modalités de la couverture de la zone de desserte par des moyens de télécommunication au

sens du chiffre 3.3 de l'annexe 1 de l'ORTV, devaient ensuite être fixées dans une concession de radiocommunication. La concession de diffusion confère à son titulaire le droit à une concession de radiocommunication pour la diffusion de son programme par voie hertzienne terrestre dans la zone de desserte concernée, conformément à l'art. 26 al. 1 OGC. Cette concession de radiocommunication est octroyée par l'OFCOM (art. 1 al. 1 de l'ordonnance du 17 novembre 1997 de la Commission fédérale de la communication relative à la loi sur les télécommunications). Elle est appelée à régler en particulier les modalités techniques - et si nécessaire l'agenda - de l'exploitation de la zone de desserte. Entre l'entrée en vigueur de la concession de diffusion et l'octroi de la concession de radiocommunication par l'OFCOM, un certain temps peut s'écouler. En l'espèce, le DETEC a ainsi, dans sa décision du 31 octobre 2008, prévu, afin que l'utilisation des fréquences OUC durant cette période de transition puisse s'appuyer sur une base solide, que la validité des éléments de l'ancienne concession de diffusion concernant la transmission technique du programme - en particulier le descriptif de réseau et ses fiches de données techniques - serait temporairement prolongée. La concession de radiocommunication a été octroyée le 1er avril 2010 à la recourante par l'autorité inférieure. Il s'agit de la décision attaquée.

E. 4.2

Le chiffre 3.3 al. 3 de l'annexe 1 de l'ORTV prévoit que, lorsque plusieurs diffuseurs émettent dans la même zone de desserte - ce qui est le cas ici, puisque la zone de desserte "Arc Lémanique" comporte quatre concessionnaires -, l'autorité inférieure est tenue d'éviter les disparités importantes dans la qualité de réception de leurs programmes dans la zone centrale de la zone de desserte. Cette "égalité des armes" implique donc que les différents concessionnaires disposent d'une desserte technique équivalente, raison pour laquelle une planification des fréquences par l'autorité inférieure est nécessaire. La décision attaquée est le reflet de cette planification.

E. 5

En un grief général, la recourante invoque que la décision attaquée est inexacte et incomplète car l'autorité inférieure y décide de supprimer des émetteurs sans en attribuer d'autres de remplacement. La recourante en déduit qu'elle n'est plus en mesure de remplir son mandat de prestations au motif qu'une très grande partie de sa zone de diffusion n'est plus couverte.

E. 5.1

Une telle interprétation n'a toutefois pas lieu d'être, et ce, non seulement au vu de la situation des sites concernés par la décision, mais déjà car elle ne tient pas compte du processus dynamique dans lequel s'inscrit la décision attaquée. En effet, dans cette dernière, l'autorité inférieure explique ce qui suit : "[l']octroi de la présente concession vise avant tout à vous fournir la base légale nécessaire pour la poursuite de la transmission technique de vos émissions. Il ne sera procédé qu'ultérieurement aux modifications complémentaires exigées par les impératifs de planification de l'OFCOM décrits ci-dessus. Les détails de mise en fonction des futurs sites vous seront ainsi communiqués en temps voulu et feront l'objet d'une modification de votre concession de radiocommunication". A cet égard, comme il sera vu ci-après (consid. 6), des solutions de remplacement sont bel et bien prévues pour les différents sites concernés, même si elles ne sont pas toutes encore définies. C'est d'ailleurs dans le but de laisser aux concessionnaires le temps de s'adapter que la mise hors fonction des différents sites a été annoncée à moyen terme. Il s'ensuit que le souci de

l'autorité inférieure d'annoncer assez à l'avance aux concessionnaires les changements à venir ne viole aucune disposition légale. Par extension, dans la mesure où les modifications à venir feront elles-mêmes l'objet d'une modification de concession et qu'elles pourront le cas échéant être contestées par la recourante à ce moment-là (cf. Rolf H. Weber, Rundfunkrecht, Berne 2008, n. 3 ad art. 49 LRTV), la décision attaquée ne saurait être considérée comme "incomplète". En effet, la décision ici attaquée n'a pas pour objet de régler la situation à venir dans sa totalité.

E. 5.2

Le grief d'incomplétude opposé à la décision de l'autorité inférieure ne peut ainsi être retenu.

E. 6

La recourante expose ensuite ses griefs relativement aux différents sites.

E. 6.1

Elle invoque ainsi qu'il ne lui est pas possible de se passer des sites de Cuarny Montéla (site 1) et de Vallorbe Day Rosier, car la couverture de la ville de Sainte-Croix et de l'autoroute entre Orbe et Vallorbe serait alors "mauvaise à très mauvaise". En effet, affirme la recourante en se référant au chiffre 3.3 de l'annexe 1 de l'ORTV, la zone de Sainte-Croix est une zone de desserte locale ou régionale où la qualité doit être "suffisante" et l'autoroute entre Orbe et Vallorbe est une zone centrale où la qualité doit être "bonne ou suffisante" (cf. la carte établie par l'OFCOM et figurant en annexe 2b des déterminations du 17 novembre 2010 de la recourante). Une qualité mauvaise à très mauvaise à ces endroits précis équivaudrait dès lors à une violation du chiffre 3.3 de l'annexe de l'ORTV.

E. 6.1.1

Il convient de retenir à cet égard que, selon le chiffre 3.1 al. 2 de l'annexe 1 de l'ORTV, lorsqu'elle planifie la desserte, l'autorité inférieure fait en sorte que les programmes radiophoniques bénéficiant d'une concession puissent être reçus de manière satisfaisante au moyen de récepteurs de moyen de gamme ou bon marché. Or il ressort du dossier que l'autorité inférieure a assuré que tel serait le cas tant pour la zone de Sainte-Croix que pour celle entre Orbe et Vallorbe. En effet, en ce qui concerne la région de Sainte-Croix, l'autorité inférieure a indiqué dans sa prise de position du 20 septembre 2010 que le parcours menant de Vuiteboeuf à Sainte-Croix était couvert de façon optimale par l'émetteur de Thollon Leucel, et elle a par ailleurs elle-même évoqué la possibilité de construire un émetteur d'appoint de faible portée dans l'agglomération de Sainte-Croix (cf. prise de position du 20 septembre 2010 de l'autorité inférieure, p. 3). Dans ces conditions, il y a lieu de retenir qu'une couverture suffisante de Sainte-Croix apparaît à ce stade assurée et que la décision de supprimer à terme l'émetteur de Cuarny Montéla n'empêchera pas les programmes de la recourante d'être reçus dans cette commune. En outre, en tant que l'autorité inférieure a d'ores et déjà donné son accord de principe quant à la construction d'un émetteur spécialement destiné à l'agglomération de Sainte-Croix, elle ne saurait se voir reprocher d'empêcher la recourante de remplir son mandat de prestations.

E. 6.1.2

La situation est analogue en ce qui concerne l'autoroute A9b entre Orbe et Vallorbe, puisque là également, l'autorité inférieure a clairement indiqué que la recourante y disposerait d'une couverture au moins aussi bonne - voire meilleure (cf. prise de position du

20 septembre 2010, p. 4) - qu'actuellement. En effet, l'émetteur de Vallorbe Day Rosier, qui couvre actuellement cette zone en association avec le site de Cuarny Montéla, sera remplacé par deux émetteurs qui couvriront deux tronçons. Le premier tronçon, entre Orbe et Lignerolle, sera couvert par l'émetteur Premier Trésillet, qui offre une couverture supérieure à celle actuellement offerte par l'émetteur de Vallorbe Day Rosier (cf. annexes 06 et 07 à la prise de position de l'autorité inférieure du 20 septembre 2010). Le second tronçon, entre Lignerolle et Vallorbe, est actuellement encore à l'étude par l'autorité inférieure. Celle-ci indique toutefois que l'un des sites à l'étude est celui de Vaultion Dent de Vaultion, lequel devrait offrir une meilleure couverture sur ce second tronçon que celle qui est actuellement offerte par l'émetteur de Vallorbe Day Rosier. En l'absence d'éléments susceptibles de mettre en doute les explications qui précèdent, et au vu de la retenue que le Tribunal de céans observe dans l'examen de questions d'ordre technique (cf. consid. 2.1 ci-avant), il y a donc lieu de rejeter également le grief de la recourante afférent à la qualité de la couverture entre Orbe et Vallorbe.

E. 6.2.1

La recourante affirme encore que le site de Saint-Gingolph Grand Devin (site 4) - censé remplacer celui de Port Valais Chalavornaire - a déjà fait l'objet de remontrances de la part de l'autorité inférieure quant à la construction de son mât (cf. annexe 4 du recours), et elle déclare douter que son propriétaire soit disposé à l'accueillir sur ce site. En l'occurrence, les doutes de la recourante sont en contradiction avec le contenu de la décision attaquée. En effet, il ressort clairement de celle-ci que l'autorité inférieure y assure que non seulement le propriétaire du site "s'est d'ores et déjà déclaré prêt à accueillir Rouge FM", mais également que celui-ci s'est engagé auprès d'elle à remplacer l'installation existante "par un mât plus robuste et correspondant aux exigences formulées par Rouge FM". Ce dernier élément à lui seul permet d'écarter la demande de la recourante du 20 août 2010 tendant à une expertise technique du mât actuel de Saint-Gingolph Grand Devin : il apparaît en effet inutile d'ordonner une expertise pour un mât qui est de toute manière appelé à être remplacé.

E. 6.2.2

La recourante indique par ailleurs que le sud de la commune de Villeneuve n'est pas au bénéfice d'une couverture satisfaisante depuis le site de Saint-Gingolph Grand Devin, alors que c'est le cas lorsque la couverture se fait depuis Port Valais Chalavornaire. En l'espèce, s'il est exact que la couverture de cette zone précise apparaît comme insatisfaisante en l'état (cf. annexes 09 et 11 de la prise de position du 20 septembre 2010 de l'autorité inférieure), l'autorité a toutefois spontanément proposé une solution à la recourante. Cette solution consisterait à couvrir cette zone depuis Thollon Leucel, en gardant les prescriptions techniques actuelles de la fréquence 106,5 MHz, et en posant un "émetteur de 10 watts sur un mât de téléphonie mobile" afin de couvrir la partie sud de la commune de Villeneuve (prise de position du 20 septembre 2010, p. 5). Ainsi, à l'instar de ce qui vaut pour Sainte-Croix (cf. consid. 6.1.1), il apparaît que la recourante ne sera manifestement pas empêchée de remplir son mandat de prestations par la décision attaquée. Il y a en outre lieu de retenir que la solution préconisée par l'autorité inférieure appelle d'autant moins la critique qu'il n'est pas contesté que le site actuel de Port Valais Chalavornaire fait bénéficier la recourante d'un dépassement indû en-dehors de la zone "Arc Lémanique", ceci sur la quasi totalité du Chablais vaudois et valaisan (cf. annexe 09 à la prise de position du 20 septembre 2010 de l'autorité inférieure). Dans ces conditions, le transfert de Port Valais Chalavornaire à Saint-Gingolph Grand Devin se justifie donc pleinement également sous

l'angle de l'opportunité (art. 49 let. c PA). Les griefs relatifs au site 4 doivent dès lors être rejetés.

E. 7.1

La recourante émet enfin des "doutes sur la validité et la pertinence" des mesures AO effectuées par l'autorité inférieure (cf. déterminations de la recourante du 17 novembre 2010, p. 3). Plus particulièrement, elle se plaint du fait que ni le type d'appareil utilisé, ni le respect des conditions de mesures, ni la date de validité de la calibration de l'appareil de mesure ne figurent sur les annexes à la prise de position du 20 septembre 2010 de l'autorité inférieure. Elle ne conteste toutefois formellement que trois essais de sites effectués par l'autorité inférieure et pour lesquels elle ne disposerait pas suffisamment d'informations, à savoir "Bonvillars Champs Lequet 94,0 MHz", "Vaulion Dent de Vaulion 97,0 MHz" et "Vaulion Dent de Vaulion 90,8 MHz".

E. 7.1.1

L'autorité inférieure a répondu à ce grief en déposant devant le Tribunal de céans les "constats de vérification" des 14 appareils constituant son équipement de mesure (cf. annexe 1 de la prise de position du 14 janvier 2011), ces documents attestant de l'étalonnage correct de ses appareils. En outre, elle affirme que la recourante s'était déjà vu remettre la fiche technique concernant Bonvillars Champs Lequet lors d'une séance du 22 septembre 2009.

E. 7.1.2

A cet égard, l'on retiendra que, l'autorité inférieure ayant remis le document intitulé "Résultats AO Essai du 11 juillet 2006" en annexe à sa prise de position du 14 janvier 2011 (cf. annexe 2), la recourante dispose des informations qu'elle souhaite concernant le site de Bonvillars Champs Lequet. Par ailleurs, la recourante n'avance aucun élément susceptible de remettre en cause la manière dont les mesures et les calculs ont été effectués s'agissant de ce site. Enfin, concernant le site de Vaulion Dent de Vaulion (97,0 Mhz ou 90,8 MHz), il y a lieu de retenir que ce site est encore à l'étude et pourra également, s'il est finalement confirmé, faire l'objet d'une contestation à l'occasion de la modification de la concession qui en découlera.

E. 7.2

Pour le surplus, la recourante affirme que les tests effectués à Bonvillars Champs Lequet et à Vaulion Dent de Vaulion datent de 2006 et qu'ils sont dès lors trop anciens pour servir de base de travail à la planification d'un réseau d'émetteurs qui prendra effet en 2012.

E. 7.2.1

L'autorité répond à cet égard ce qui suit : "[l]es essais de diffusion de l'OFCOM servent à vérifier la planification théorique et à évaluer si un site planifié permet d'obtenir une couverture de qualité suffisante avec les paramètres techniques de diffusion envisagés. Ce faisant, le champ radioélectrique est l'un des facteurs de propagation les plus importants à prendre en considération. Un essai - répété après un intervalle de 10 ans - fournit quasiment les mêmes résultats, notamment en ce qui concerne ce paramètre précis. Contrairement à ce qu'invoque la recourante (p. 3, paragraphe 9 et p. 4, paragraphes 1 et 2), il importe donc peu que plusieurs années se soient écoulées entre les essais effectués et la mise en oeuvre effective de la planification. En revanche, s'il s'agissait de tester la qualité d'une fréquence, un délai de cinq ans pourrait s'avérer trop long et une répétition de l'essai serait

recommandée. Or, dans la mesure où les essais de l'OFCOM ne se font que rarement avec la fréquence définitive (celle-ci n'est connue qu'après achèvement de la procédure de coordination internationale), il n'y a pas lieu de se rallier à l'avis de la recourante et de procéder à une répétition des essais " (prise de position du 14 janvier 2011, ch. 2.2).

E. 7.2.2

Comme cela a été relevé auparavant, l'autorité inférieure est une instance spécialisée et le Tribunal de céans ne s'écarte de l'analyse technique émise par celle-ci que lorsqu'il existe de sérieux motifs pour cela, tels que des vices patents ou des contradictions internes (cf. consid. 2.1). La recourante n'ayant pas démontré pour quelles raisons les calculs établis par l'autorité inférieure devraient être considérés comme obsolètes, le Tribunal fera preuve ici d'une certaine retenue et se rangera à l'avis de l'autorité spécialisée.

E. 8

Compte tenu de l'ensemble des considérants qui précèdent, le recours doit être rejeté et la décision entreprise confirmée. En tant qu'elle succombe, la recourante verra les frais de procédure, qui se montent à Fr. 1'500.-, mis à sa charge (art. 63 al. 1 PA). Ces frais sont compensés avec l'avance sur les frais de procédure, d'un même montant, déjà versée par elle. La recourante n'a en outre pas droit à des dépens (art. 7 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2] a contrario), pas plus que l'autorité inférieure (art. 7 al. 3 FITAF).

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