

BVGer A-4559/2011 vom 21. Juni 2013

Bundesverwaltungsgericht, 2013-06-21, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-4559_2011

FR: TAF A-4559/2011 du 21 juin 2013

IT: TAF A-4559/2011 del 21 giugno 2013

Regeste

Radio et télévision (divers)

Erwägungen

E. 1.1

La procédure de recours est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), à moins 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) et la recevabilité des recours qui lui sont soumis.

E. 1.2

En vertu de l'art. 31 LTAF, et sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, le Tribunal connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En l'occurrence, l'autorité inférieure est une autorité précédente au sens de l'art. 33 let. d LTAF, l'acte attaqué satisfait aux conditions de l'art. 5 PA et n'entre pas dans l'un des cas d'exclusion de l'art. 32 LTAF. Le Tribunal est ainsi compétent pour connaître du litige.

E. 1.3

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

E. 2.1

Conformément à 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 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 ; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundes-verwaltungsgericht*, Bâle 2008, n° 2.165 p. 78). 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 ; cf. ATAF 2009/57 consid. 1.2). Le Tribunal 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 125 V 193 consid. 2 ; ATAF 2007/27 consid. 3.3).

E. 2.2

En sa qualité d'autorité de recours, le Tribunal dispose d'un plein pouvoir d'examen à l'égard des griefs qui peuvent être portés devant lui au titre de l'art. 49 PA. Le Tribunal fait toutefois preuve de retenue dans certains cas. Il en va ainsi lorsque la nature litigieuse des questions qui lui sont soumises l'exige, en particulier lorsque leur analyse nécessite des connaissances techniques ou spéciales. Le Tribunal n'annule alors le prononcé attaqué que si l'autorité spécialisée s'est laissée guider par des considérations non objectives, étrangères au but visé par les dispositions applicables, ou violant des principes généraux du droit, tels l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 de la Constitution de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101]), l'égalité de traitement (art. 8 Cst.), la bonne foi (art. 5 al. 3 et art. 9 Cst.) ou la proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.). Il ne peut donc substituer sa propre appréciation à celle de spécialistes sans motifs sérieux (ATF 133 II 35 consid. 3 et réf. cit. ; arrêts du Tribunal administratif fédéral A 7111/2010 du 11 avril 2012 consid. 2, B 4888/2010 du 8 décembre 2010 consid. 3.2; Moser/Beusch/Kneubühler, op. cit., n° 2.154 ; Jérôme Candrian, Introduction à la procédure administrative fédérale, Bâle 2013, n. 189, p.111-112).

E. 3

L'objet du litige revient à examiner si l'autorité inférieure est fondée à retenir à dire de droit que les charges d'exploitation déterminantes de la recourante pour l'année 2008 se sont élevées à 1'644'828 francs, et à calculer sur cette base le montant de la quote-part de la redevance 2008 à verser à la recourante (25 % de ce montant).

E. 4

Il convient de commencer par déterminer le droit applicable.

E. 4.1

En s'appuyant sur les dispositions transitoires de la loi fédérale du 24 mars 2006 sur la radio et la télévision (LRTV, RS 784.40), entrée en vigueur le 1er avril 2007, l'autorité inférieure, retenant que la recourante est titulaire d'une concession de télévision locale renouvelée le 7 septembre 1999, considère que le droit du diffuseur à la quote-part de la redevance est prorogé pour une période transitoire -ici jusqu'au 31 décembre 2008 - après l'entrée en vigueur de la LRTV (art. 109 al. 1 et al. 4 LRTV). L'art. 109 al. 1 LRTV prévoit en effet que les diffuseurs qui, au moment de l'entrée en vigueur de la loi, touchent une quote-part de la redevance de réception selon l'art. 17 al. 2 de la loi fédérale du 21 juin 1991 sur la radio et la télévision (LRTV 1991, RO 1992 601) peuvent faire valoir leur droit jusqu'à l'expiration de la durée de validité de leur concession (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral A 1351/2011 du 8 mars 2012 consid. 4.1, A-6009/2008 du 26 août 2009 consid. 4, A-1278/2008 du 3 août 2008 consid. 4). Les critères relatifs au droit au subventionnement et au calcul du montant en vigueur jusqu'au 1er avril 2007 restent par conséquent valables pour ces diffuseurs (cf. Message du Conseil fédéral du 18 décembre 2002 relatif à la révision totale de la loi fédérale sur la radio et la télévision, publié in FF 2003 1425, spéc. p. 1591 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A 3343/2007 du 5 décembre 2007 consid. 4.3). La recourante n'en disconvient pas.

E. 4.2.1

Cela étant, la recourante retient d'abord que l'autorité inférieure s'est méprise lorsqu'elle affirme que la LRTV et ses dispositions d'application s'appliquent pour le surplus. A son

sens, c'est en particulier à tort que l'autorité inférieure a ordonné des mesures d'instruction en se référant à l'art. 42 al. 1 LRTV, disposition aux termes de laquelle l'Office peut exiger des renseignements du concessionnaire ainsi que des personnes soumises à l'obligation de renseigner selon l'art. 17 al. 2 let. a à c LRTV, et effectuer des contrôles financiers sur place. La recourante voit dans cette disposition une élévation des exigences en matière de surveillance et d'information par rapport à l'ancien droit. Elle relève que l'autorité inférieure n'a jamais posé de telles exigences les années précédentes.

E. 4.2.2

Selon la jurisprudence, les dispositions transitoires apportent des allègements aux situations nées antérieurement en lieu et place d'une application pleine et entière du nouveau régime ; elles entendent permettre aux personnes concernées de s'adapter à la nouvelle réglementation et non pas de profiter le plus longtemps possible de l'ancien régime (ATF 134 I 23 consid. 7.6.1, ATF 123 II 385 consid. 9). A ce titre, si la nouvelle loi ne contient aucune disposition transitoire relative au droit de procédure, les nouvelles règles s'appliquent pleinement dès leur entrée en vigueur aux causes qui sont encore pendantes à la date de leur mise en application (ATF 137 II 409 consid. 7.4.5). Cela présuppose néanmoins que l'ancien et le nouveau droit s'inscrivent dans la continuité du système de procédure en place et que les modifications procédurales demeurent ponctuelles. L'ancien droit de procédure continue ainsi à gouverner les situations dans lesquelles le nouveau droit de procédure marque une rupture par rapport au système procédural antérieur et apporte des modifications fondamentales à l'ordre procédural (ATF 137 II 409 consid. 7.4.5, ATF 130 V 1 consid. 3.3.2, ATF 112 V 356 consid. 4a et 4b). Il est en particulier exclu que des droits de procédure périmés, selon le droit ancien, renaissent ultérieurement (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2P.278/2002 du 2 octobre 2003 consid. 3).

E. 4.2.3.1

En l'espèce, le caractère prétendument nouveau de l'obligation de renseigner dont se prévaut la recourante repose sur une prémisse erronée de sa part. Il est en effet de jurisprudence constante que la quote-part du produit de la redevance constitue une aide financière de la Confédération au sens de l'art. 3 al. 1 de la loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les aides financières et les indemnités (LSu, RS 616.1 ; cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral A-1351/2011 du 8 mars 2012 consid. 4.4, A 1570/2007 du 23 janvier 2008 consid. 6, A-2347/2006 du 24 septembre 2007 consid. 3). Les dispositions du chapitre 3 de la LSu sont directement applicables aux différents régimes de subventionnement, dans la mesure où elles sont compatibles avec la loi sectorielle. Selon la jurisprudence, les obligations incombant aux concessionnaires qui ont droit à une quote-part de la redevance sont par conséquent déterminées à la lumière des dispositions de la LSu (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A 7520/2006 précité consid. 3.1.3), comme cela ressort d'ailleurs expressément de la décision attaquée. Aux termes de l'art. 11 al. 2 et al. 3 LSu, en lien avec l'art. 56 al. 1 LRTV 1991, les allocataires sont tenus "de fournir à l'autorité compétente tous les renseignements nécessaires. [Ils doivent] l'autoriser à consulter les dossiers et lui donner accès aux lieux. [Ces obligations] subsistent même après l'octroi de l'aide ou de l'indemnité, de manière à ce que l'autorité compétente puisse opérer les contrôles nécessaires et élucider les cas de restitution". Déjà sous l'empire de l'ancien droit, l'OFCOM pouvait donc exiger du diffuseur, sur le fondement de l'art. 11 LSu, tous les renseignements nécessaires au but assigné à la surveillance des régimes de subventionnement. Contrairement à ce que laisse entendre la recourante, cette obligation de fournir des renseignements ne saurait en outre se

limiter aux seules informations fournies spontanément par le diffuseur ou aux seuls budgets et comptes annuels soumis à l'approbation de l'autorité compétente (art. 56 al. 2 LRTV 1991). Il n'est d'ailleurs pas rare, au fur et à mesure de l'avancement de ses examens, que l'autorité de contrôle découvre des éléments qui l'amènent à élargir le champ de ses investigations ou à déployer une nouvelle énergie. Compte tenu des buts poursuivis, elle doit donc s'autosaisir en cas de soupçons d'irrégularités dans les comptes annuels d'un diffuseur et apprécier si les renseignements qui lui sont soumis et la collaboration de l'allocataire sont suffisants. Elle possède un large pouvoir d'appréciation dans ce domaine. Les contrôles de pure opportunité ne sont en revanche pas autorisés (art. 56 al. 1 LRTV 1991).

E. 4.2.3.2

En l'occurrence, la recourante ne prétend pas, sur ce point, que l'autorité inférieure a requis des éléments qui s'écarteraient du but assigné à la surveillance des régimes de subventionnement. L'autorité inférieure ne s'est en outre pas adressée directement à C. _____, mais bien à la recourante qui est soumise à l'obligation de collaborer. Dans ces circonstances, il y a lieu de retenir que, à défaut d'une rupture avec l'ancien système ou d'une disposition transitoire qui prévoirait le maintien de l'ancien droit de procédure, c'est à raison que l'autorité inférieure a fait usage des art. 17 et 42 LRTV. En effet, ces dispositions ne sont en rien révolutionnaires, et viennent plutôt fixer un mode d'investigation que les règles générale de la PA permettaient à l'autorité inférieure de mettre déjà en oeuvre sous l'empire de l'ancienne LRTV. Différente est par ailleurs la question de savoir selon quelles situations de fait l'autorité inférieure entend procéder à des investigations concernant des tiers - cette question relève du pouvoir d'appréciation de l'autorité inférieure (cf. consid. 5 ci-après). Ce premier moyen doit par conséquent être rejeté.

E. 4.3

La recourante objecte, ensuite, qu'elle a reçu l'assurance, de la part de l'autorité inférieure, que l'approbation de ses comptes serait soumise aux "exigences" de l'ancien droit. Dès lors, elle estime qu'elle était légitimement en droit de penser que la seule remise de ses comptes annuels 2008 suffisait pour que lui soit octroyée la quote-part en question.

E. 4.3.1

Posé à l'art. 9 Cst. et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi confère à l'administré, à certaines conditions, le droit d'exiger des autorités qu'elles se conforment aux promesses ou assurances précises qu'elles lui ont faites et ne trompent pas la confiance qu'il a légitimement placée dans ces dernières (cf. ATF 137 II 182 consid. 3.6.2, ATF 131 II 627 consid. 6.1 ; cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A 6331/2010 du 3 février 2012 consid. 12.2.1 et les réf. cit.). Ce principe, qui ne peut avoir qu'une influence limitée dans les matières dominées par le principe de la légalité lorsqu'il entre en conflit avec celui-ci, suppose notamment que celui qui s'en prévaut ait, en se fondant sur les assurances ou le comportement de l'administration, pris des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice (ATF 131 II 627 consid. 6.1 ; cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6864/2010 du 20 décembre 2011 consid. 8.5 et les réf. cit.).

E. 4.3.2

En l'occurrence, l'autorité inférieure a attiré l'attention de la recourante, dans sa décision du 7 février 2008, sur la circonstance que l'année 2008 "est une année transitoire, au cours de laquelle les concessions de diffusion seront octroyées en application de la nouvelle loi sur la

radio et la télévision". Elle a ensuite ajouté que "[l]es conditions relatives à la répartition des quotes-parts de la redevance subiront également des modifications. Toutefois, jusqu'à ce qu'ils reçoivent une concession selon la LRTV révisée, les titulaires d'une concession attribuée selon l'ancien droit restent soumis aux exigences actuelles (selon la LRTV 1991)". Elle a enfin précisé, au chiffre 6 du dispositif de la décision, que "[s]i la concession existante, qui a été attribuée selon l'ancien droit, est encore valable le 31 décembre 2008, l'OFCOM effectue le décompte définitif après approbation des comptes annuels 2008, lesquels doivent être établis conformément à la directive de l'OFCOM. Le bilan et le compte résultat 2008, ainsi que le rapport annuel d'activités et le rapport des réviseurs de comptes, seront présentés à l'Office jusqu'au 30 avril 2009 au plus tard. Le paiement de la somme restante pour 2008 sera effectué au printemps ou en été 2009, après examen des comptes précédemment mentionnés". Sur cette base, l'on ne voit pas que la recourante aurait reçu des assurances ou des renseignements erronés de l'autorité inférieure et qui l'auraient amenée à prendre des dispositions préjudiciables à ses intérêts. Elle accorde d'ailleurs une trop grande importance au terme « exigences », dont elle soutient qu'il ne peut signifier qu'une application pleine et entière de l'ancien régime. Si l'autorité s'est bel et bien prononcée dans une situation concrète, il s'agissait uniquement d'explicitier le régime transitoire instauré par l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. L'autorité inférieure n'a en revanche fourni aucune assurance quant aux modalités liées à l'approbation des comptes 2008 de la recourante et l'utilisation du terme « exigences » ne permet aucunement de retenir la thèse défendue par la recourante. Ce terme indique uniquement que la recourante reste soumise, en vertu de l'art. 109 LRTV, aux conditions de l'art. 17 al. 2 LRTV 1991 et peut à ce titre bénéficier d'une aide financière pour l'année 2008. Le principe de la confiance -voire de la bonne foi - ne trouve donc pas application en l'espèce. En réalité, ce dont la recourante se plaint est d'avoir été soumise pour la première fois à un contrôle. Il ne ressort toutefois nullement du dossier une quelconque assurance selon laquelle l'autorité inférieure renoncerait à une telle intervention. Au contraire, cette autorité a expressément réservé dans la décision du 8 février 2008 l'examen des comptes 2008 de la recourante avant le versement du solde du montant de la quote-part de la redevance. Ce deuxième moyen doit donc également être rejeté.

E. 4.4

Il s'ensuit que l'autorité inférieure pouvait, d'une part, appliquer les nouvelles dispositions de procédure litigieuses, et, d'autre part, mettre en oeuvre les critères du droit au subventionnement et de calcul du montant de la quote-part en vigueur jusqu'au 1er avril 2007, conformément à l'art. 109 al. 1 LRTV.

E. 5

Avant d'entrer dans le détail des griefs se rapportant aux comptes de la recourante, il convient encore de déterminer si, au cas d'espèce, l'autorité inférieure était en droit de requérir certains renseignements complémentaires et de se fonder sur un bilan consolidé des comptes de deux sociétés, alors qu'elle n'avait pas procédé de cette manière précédemment à l'égard de la recourante (cf. consid. 4.2.3.2 ci-avant).

E. 5.1

L'attribution d'une quote-part du produit de la redevance radiotélévision constitue, comme nous l'avons vu (cf. consid. 4.2.3.1), une subvention fédérale au sens de l'art. 3 al. 1 LSu, de nature discrétionnaire et pour laquelle il n'existe pas de droit à l'allocation (cf. arrêts du

Tribunal administratif fédéral A-1570/2007 du 23 janvier 2008 consid. 6, A-2347/2006 du 24 septembre 2007 consid. 3 ; Michel Grandjean, Symptômes de fraude dans le milieu des diffuseurs privés de radio et de télévision suisse, in : La lutte contre la criminalité économique, Genève 2010, p. 194). Dans la mesure où le diffuseur souhaite une aide financière de la Confédération, il est tenu de fournir à l'autorité compétente tous les renseignements qu'elle est en droit de requérir. Il lui incombe donc de collaborer avec l'autorité compétente et de répondre aux demandes d'éclaircissements. Cela peut impliquer qu'il obtienne de tiers les autorisations et les informations nécessaires (cf. aussi ATF 108 Ib 513 consid. 2b).

E. 5.2

Dans un premier temps, l'autorité inférieure a requis les comptes annuels 2008 - qu'elle a obtenus tardivement, les 2 juin 2009 et 6 avril 2010 (dates de réception). La recourante ne prétend pas que, sur ce point, l'autorité inférieure aurait abusé de son pouvoir. La remise de ces documents est d'ailleurs expressément prévue par la loi. Ensuite, lors d'un contrôle par épreuve (ou par sondage), il est apparu que les comptes présentés par la recourante présentaient certaines irrégularités, et un complément d'information a été requis le 24 juin 2010. Avec raison, la recourante ne conteste pas que l'autorité inférieure a eu, en l'espèce, un motif suffisant pour intervenir et qu'il ne s'agit pas d'un contrôle de pure opportunité. Sur la base des informations récoltées, il est apparu que la recourante collaborait avec C._____ et formait un groupe de sociétés avec elle. Il est dès lors légitime que l'autorité inférieure soit intervenue pour obtenir plus d'informations sur la nature de cette collaboration et la répartition de leurs charges. Elle a alors appris que cette société de production avait aidé financièrement B._____ et qu'un montant de 1'288'990 francs correspondait à un parrainage diffusé sur B._____, à des frais de production et à une indemnisation au titre de la valorisation de la diffusion (cf. p.-v. de la séance du 11 janvier 2011 ; pièce OFCOM n° 16, et les renvois aux écritures comptables produites le 3 juillet 2010 ; cf. pièce OFCOM n° 13), y compris la comptabilisation d'une marge virtuelle de 25 % (cf. pièces OFCOM n° 17 et 20). Elle a ensuite exigé que la recourante produise des comptes consolidés, en raison de la nature des explications reçues et de l'inconsistance des données mises à sa disposition par la recourante. Cette exigence n'est qu'une précision de la précédente et elle est tout aussi justifiée. Elle est d'ailleurs en elle-même légitime, car elle tend à obtenir une meilleure image de la situation économique de la recourante (cf. Jessica Aeschbach Florez, La liquidation forcée des groupes de sociétés, thèse Bâle 2012, n. 656 p. 225). Ce n'est enfin qu'après avoir constaté que les comptes consolidés remis par la recourante présentaient toujours des lacunes que l'autorité inférieure a rendu sa décision en corrigeant légèrement - mais sur des points substantiels - les chiffres établis par B._____, et non sans avoir offert l'opportunité à la recourante de se déterminer au préalable sur ces corrections.

E. 5.3

Il s'ensuit que dans le choix de la mesure, l'autorité inférieure n'a pas excédé son pouvoir d'appréciation ni n'en a abusé.

E. 6.1

Selon l'art. 17 al. 2 LRTV 1991, "[u]n diffuseur local ou régional peut bénéficier exceptionnellement d'une quote-part du produit de la redevance de réception, lorsque sa zone de diffusion n'offre pas les ressources nécessaires au financement de ses programmes,

et que la diffusion de ceux-ci répond à un intérêt public particulier". L'art. 10 al. 2 de l'ordonnance du 6 octobre 1997 sur la radio et la télévision (ORTV 1997, RO 1997 2903) prévoit que la quote-part du produit de la redevance s'élève au maximum à un quart des coûts d'exploitation du diffuseur de télévision locale ou régionale (cf. DENIS BARRELET, Droit de la communication, Berne 1998, n° 619 p. 183 ; GRANDJEAN, op. cit., ch. 4, p. 194). En l'espèce, l'autorité inférieure a limité le cadre financier de la quote-part de la redevance à un montant de 464'011 francs, par décision du 7 février 2008, dont 80 % ont déjà été versés à la recourante. Après avoir pris connaissance des comptes annuels 2008 de la recourante et des informations subséquentes, l'autorité inférieure a nourri des doutes sur le caractère adéquat de ce montant. Ces doutes reposent, pour l'essentiel, sur l'affirmation de la recourante selon laquelle elle a comptabilisé une marge virtuelle de 25 % sur certaines émissions qui lui étaient facturées par C._____ (cf. consid. 5.2 ci-avant).

E. 6.2

La question des "dépenses effectivement supportées" au sens l'art. 14 LSu est par conséquent au centre de la décision de l'autorité inférieure. Celle-ci a considéré, pour ce faire, que la recourante et C._____ constituaient un groupe de sociétés "de fait". Elle a donc demandé à la recourante de regrouper les comptes de clôture propres aux deux sociétés, en indiquant notamment les charges et les produits par type d'activités (concessionnées ou non concessionnées), d'éliminer toutes les transactions internes au groupe (chiffres d'affaires, prestations de service, paiements d'intérêts et de dividendes, créances de dettes et participation au capital notamment) afin que ne subsistent que leurs relations vis-à-vis des tiers, et de réévaluer les actifs et les passifs sous l'angle d'un groupe. En procédant ainsi, les comptes individuels des deux sociétés ont été regroupés et les transactions internes éliminées. Les chiffres dégagés après consolidation révèlent donc les charges effectivement supportées par le groupe pour l'ensemble de ses activités (cf. Conrad Meyer, Konzernrechnung, Aussagekräftige konsolidierte Abschlüsse unter Beachtung nationaler und internationaler Accountingstandards, Zurich 2007, ch. 1.3 p. 35 ; Aeschbach Florez, op. cit., n. 651 p. 223 et la réf. cit.).

E. 7

A cet égard, les parties sont en désaccord sur le compte de résultat consolidé établi par l'autorité inférieure, sur quatre points.

E. 7.1.1

Les deux premières divergences soulevées par la recourante concernent, de première part, la circonstance que l'autorité inférieure a appliqué une clé de répartition entre activités concessionnées et non concessionnées à l'ensemble des charges du groupe, et, de deuxième part, le fait que le taux de pondération a été fixé à 81.62 % (et non à 90.39 % comme la recourante le souhaite). Selon la recourante, en effet, étant donné que toutes les charges de B._____ sont liées à l'activité concessionnée, la pondération devrait être appliquée uniquement aux charges de C._____ (dont elle admet qu'une partie seulement de l'activité se trouve en lien avec la concession). Pour sa part, l'autorité inférieure relève qu'elle a réparti les charges des deux sociétés entre activités concessionnées et non concessionnées au sein du groupe et cela conformément aux indications fournies par la recourante. Elle a ensuite appliqué un taux de pondération à l'ensemble des charges du groupe pour permettre de déterminer le montant exact des charges liées à l'activité concessionnée.

E. 7.1.2

En l'espèce, il est de jurisprudence constante que l'autorité inférieure est tenue, sur la base de l'art. 14 al. 1 LSu, de déterminer la quote-part de la redevance conformément aux charges que le diffuseur a effectivement supportées. Les coûts abandonnés par une société tierce ne peuvent être considérés comme tels (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-1351/2011 précité consid. 5.1), et il est donc exclu que l'autorité prenne en compte une marge virtuelle pour rétablir la capacité concurrentielle de la société de diffusion. Les charges reconnues comme déterminantes par l'autorité inférieure ne préjugent d'ailleurs, à cet égard, aucunement de la rentabilité de la recourante. Elles résultent simplement de l'application des principes généraux de la LSu qui visent à ne pas allouer de subventions fédérales sur la base de charges non effectives (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-1351/2011 précité consid. 6.1). Sur cette base, l'autorité inférieure souligne, à raison, que les comptes consolidés ont pour fonction de présenter la situation financière d'un groupe de sociétés vis-à-vis de tiers. Les transactions intragroupes ne doivent par conséquent pas y figurer. Il y a donc lieu de regrouper les états financiers des différentes sociétés comme si elles formaient une seule entité ; il faut éliminer l'ensemble des transactions intragroupes, à savoir les créances et dettes intragroupes (au niveau du bilan consolidé), les produits et charges intragroupes (au niveau du compte de résultat consolidé) et les flux monétaires intragroupes (au niveau du tableau des flux de trésorerie consolidé) (cf. Aeschbach Florez, op. cit., n. 668 p. 228). C'est bien ce qu'a fait l'autorité inférieure lorsqu'elle a éliminé, notamment, les factures de B._____ à C._____ pour un montant de 1'279'000 francs. En d'autres termes, pour qu'un taux de pondération appliqué à un groupe de société ait un sens, il faut qu'il soit appliqué de façon cohérente à toutes les parties à la consolidation (Conrad Meyer, Consolidated Financial Statements, Zurich 2009, ch. 3 p. 55). Ce point ne souffre pas la critique.

E. 7.1.3

La division des activités concessionnées ou non concessionnées est ensuite généralement réalisée au moyen d'une clé de répartition. En fonction de la situation, elle peut être exprimée sous forme numérique, ou sous forme d'une variable. En général, elle s'appuie sur des données comparables lorsqu'elles sont disponibles. Il peut s'agir, par exemple, des prestations de services, des dépenses de développement, du capital investi ou du temps consacré aux prestations. Ce sont ensuite les circonstances du cas d'espèce et les informations disponibles qui déterminent la clé de répartition. L'objectif est de se rapprocher autant que possible de la répartition des activités concessionnées et non concessionnées à laquelle il aurait été procédé si les sociétés du groupe avaient été des entités totalement indépendantes. En pratique, lorsque l'on utilise - comme en l'espèce - une clé de répartition basée sur les données du compte de résultat des différentes sociétés du groupe, il est fréquent que l'on doive établir des comptes intermédiaires et indiquer les charges liées à l'activité concessionnée et celles qui doivent en être exclues. Un certain travail analytique est donc nécessaire.

E. 7.1.4

C'est ainsi à juste titre que l'autorité inférieure a réparti les charges des deux sociétés entre activités concessionnées et non concessionnées au sein du groupe, et cela conformément aux indications fournies par la recourante. L'autorité inférieure a ensuite appliqué, comme elle l'indique expressément, un taux de pondération à l'ensemble des charges du groupe pour permettre de déterminer le montant exact des charges liées à l'activité concessionnée. A cet égard, toutes les charges de B._____, après élimination des transactions internes,

ont été considérées comme relevant de l'activité concessionnée, à l'exception de copies réalisées pour 3'192 francs. Cette manière de procéder, compte tenu également de la retenue qui s'impose au Tribunal, est conforme à la méthode choisie par l'autorité inférieure. La recourante ne remet enfin pas véritablement en question que ce taux de pondération résulte de la comparaison arithmétique entre les produits du groupe en relation avec une activité concessionnée (en l'espèce : 1'268'755 fr. 50) et la totalité des produits du groupe (en l'espèce : 1'554'448 fr. 77). Sa fiduciaire a d'ailleurs procédé de la même manière lors de l'établissement de sa proposition visant à arrêter le montant de la quote-part à 438'407 fr. 57 (cf. bordereau des pièces du 30 janvier 2012, n° 15). Le taux en lui-même ne peut toutefois être arrêté sans examiner les autres divergences soulevées par la recourante.

E. 7.2

Une troisième divergence porte sur trois montants soustraits par l'autorité inférieure des produits de B._____.

E. 7.2.1

La recourante reproche à l'autorité inférieure d'avoir soustrait, à tort, les montants de la redevance téléspectateurs (41'411 fr. 85), de la quote-part de la redevance (464'011 fr.) et les subventions communales (140'852 fr. 20) des produits du groupe. Elle affirme que ces montants sont des produits découlant de transactions avec des tiers et doivent, à ce titre, être comptabilisés en tant que tels. Dans ces conditions, elle est d'avis que l'autorité inférieure ne saurait être autorisée, sauf insécurité juridique, à effectuer elle-même le tri entre les revenus qui lui semblent pertinents et ceux qui ne le seraient pas, ce d'autant moins que les montants relatifs aux subventions communales et téléspectateurs sont en rapport direct et exclusif avec l'activité concessionnée. Sa position reviendrait implicitement à exclure contra legem tous les revenus n'entraînant pas directement des frais de production. Il est d'ailleurs erroné d'affirmer que ces revenus n'entraînent aucune charge pour la recourante. En effet, un média ne peut obtenir des subventions communales, respectivement des redevances téléspectateurs que s'il s'engage à produire et à diffuser des informations d'intérêt public. Or, ce type de contenu génère des charges (frais de production) beaucoup plus importantes que pour des émissions de divertissement, alors que les revenus qui en résultent sont moindres. Pour l'autorité inférieure, ces montants ne sauraient être pris en considération dans le calcul du ratio entre les produits liés à l'activité concessionnée et ceux qui ne le sont pas. Elle motive sa position par le fait que ce genre de revenus n'entraînent aucuns frais de production et parce que les taxes dont s'acquittent les téléspectateurs ne sauraient avoir pour conséquence de faire baisser les charges liées à l'activité concessionnée. Il s'agit donc de produits sans rapport avec les charges, car ils n'occasionnent aucuns frais de production correspondants.

E. 7.2.2

En l'occurrence, il convient tout d'abord d'observer que ces différents montants ont été soustraits des produits du groupe afin d'éviter qu'ils n'influencent le calcul de la clé de répartition entre activités concessionnées et non concessionnées. Cela n'a donc aucune influence directe sur la détermination des charges et le calcul de la quote-part de la redevance. C'est ensuite à raison que l'autorité inférieure n'en a pas tenu compte dans le cadre de la clé de répartition des activités concessionnées ou non, afin d'éviter une subvention croisée en faveur de l'activité non concessionnée. C'est d'ailleurs l'objectif de l'art. 14 al. 1 LSu que de permettre de ne tenir compte que des charges effectivement supportées. La recourante admet d'ailleurs qu'il convient, dans cette optique, de ne pas tenir

compte du montant relatif aux abandons de créances, par 52'260 francs (cf. bordereau des pièces de la recourante du 30 janvier 2012, pièce n° 15). Il convient dès lors de se rallier aux explications convaincantes de l'autorité inférieure. Une subvention ou une taxe dont s'acquittent les téléspectateurs ne peuvent ainsi avoir pour conséquence de faire baisser les charges liées à l'activité non concessionnée. Par conséquent, et compte tenu de la retenue qui s'impose au Tribunal dans le choix de la méthode, il n'y a pas lieu de s'écarter de l'appréciation de l'autorité inférieure.

E. 7.3

Une dernière divergence porte sur le ducroire (13'100 fr.). La recourante relève que l'autorité inférieure l'a additionné alors qu'il devait être soustrait. L'autorité inférieure s'oppose vigoureusement à cet argument et souligne qu'il est exclu de tenir compte d'une diminution de recette. L'argumentation de l'autorité inférieure est pertinente. Le ducroire est un compte sans mouvement qui doit apparaître au bilan en tant que compte d'actif négatif (cf. Franz Carlen/Franz Gianini/Anton Riniker, *Pratique de la comptabilité financière*, vol. 1, 2ème éd., Zurich 2002, n. 42 p. 49). Le moyen doit par conséquent être rejeté.

E. 7.4

Il s'ensuit que c'est à juste titre que le taux de pondération a été arrêté à 81.62 % (soit la division entre les produits se rapportant à des activités concessionnées du groupe, par 1'268'755 fr. 50, et le montant arrêté par l'OFCOM des produits des activités du groupe, par 1'554'448 fr. 77). La quote-part de la redevance s'élève dès lors au montant arrondi de 411'207 fr. (soit 2'015'203 fr. 73 x 81.62 % x 25 %).

E. 8.1

Dans un ultime grief, la recourante estime être victime d'une inégalité de traitement. Elle affirme avoir été la seule à avoir été soumise à une obligation de consolidation et avoir été traitée différemment de deux de ses concurrentes, D. _____ et E. _____, dont les postes "téléspectateurs/subvention communale" n'ont pas été déduits. La société D. _____ aurait en particulier procédé aux mêmes écritures comptables, mais ses comptes ont été approuvés sans difficulté. Pour l'autorité inférieure, le contrôle et les déductions se sont imposées en raison des comptes présentés par la recourante et ceux-ci ne sauraient aboutir à une inégalité de traitement. Les chiffres de D. _____ ont en outre été remis à temps et ils lui sont apparus plausibles et fiables. La recourante ne saurait enfin se prévaloir d'une non-intervention de l'OFCOM pour justifier sa manière de procéder dans le passé.

E. 8.2

D'après la jurisprudence, une décision viole le principe de l'égalité posé à l'art. 8 Cst., lorsqu'elle ne traite pas ce qui est semblable de manière identique ou ce qui est dissemblable de manière différente. Pour qu'on admette une violation de ce principe, il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante (ATF 134 I 257 consid. 3.1, ATF 129 I 113 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6992/2010 du 12 juillet 2012 consid. 4.4.1). Sauf exception, le principe de la légalité de l'activité administrative (art. 5 al. 1 Cst.) l'emporte sur celui de l'égalité (ATF 126 V 390 consid. 6a). En conséquence, l'administré ne peut généralement pas se prétendre victime d'une inégalité devant la loi, lorsque celle-ci est correctement appliquée à son cas, alors qu'elle aurait été faussement, voire pas du tout, appliquée dans d'autres cas (cf. ATF 132 II 485 consid. 8.6 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_805/2007 du 13 juin 2008 consid. 3.6 non publié in ATF 134 IV 229 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A 3216/2011 du 8

mars 2012 consid. 7.1). Cela présuppose cependant, de la part de l'autorité dont la décision est attaquée, la volonté d'appliquer correctement à l'avenir les dispositions légales en question ; en effet, le citoyen ne peut prétendre à l'égalité dans l'illégalité que s'il y a lieu de prévoir que l'administration persévérera dans l'inobservation de la loi (ATF 127 I 1 consid. 3a, ATF 122 II 446 consid. 4a et les réf. cit.). En principe, si l'autorité ne s'exprime pas sur ses intentions futures, l'autorité judiciaire présume qu'elle se conformera à la loi à l'avenir (ATF 115 Ia 81 consid. 2). Il est également nécessaire que l'autorité n'ait pas respecté la loi, non pas dans un ou quelques cas isolés, mais selon une pratique constante (ATF 132 II 485 consid. 8.6 et réf. cit.). Enfin, il faut qu'aucun intérêt public (ou privé) prépondérant au respect de la légalité n'impose de donner la préférence à celle-ci au détriment du principe d'égalité de traitement (ATF 123 II 248 consid. 3c, ATF 115 Ia 81 consid. 2 et les réf. cit.). C'est seulement lorsque toutes ces conditions sont remplies que l'administré est en droit d'exiger, à titre exceptionnel, le bénéfice de l'égalité dans illégalité.

E. 8.3

En l'occurrence, l'autorité inférieure procède à des contrôles par sondage et il n'est pas impossible que l'une ou l'autre irrégularité lui échappe. Il n'est toutefois pas établi qu'elle se serait consciemment une fois ou l'autre écartée du droit en vigueur en faveur de l'un des concurrents mentionnés par la recourante. Rien n'indique au reste que l'application prétendument erronée de la loi dans les quelques affaires citées par la recourante reflètent une pratique généralisée ou admise par l'autorité inférieure. L'affirmation non étayée de la recourante semble d'ailleurs plutôt reposer sur une prémisse erronée. Les différentes subventions soustraites des produits du groupe de sociétés de fait l'ont été lors du calcul de la clé de répartition entre activités concessionnées et non concessionnées. Cela n'a donc aucune influence directe sur la détermination des charges et le calcul de la quote-part de la redevance (cf. consid. 7.2.2 ; cf. pièce OFCOM n° 23/4). Quoi qu'il en soit, ce sont bien les irrégularités commises par la recourante qui ont conduit l'autorité inférieure à contrôler ses comptes et à requérir une consolidation. On ne saurait déduire de ce contrôle une volonté délibérée de l'autorité inférieure de ne pas appliquer correctement la loi à l'avantage ou au détriment de certains diffuseurs ou de certaines catégories d'entre eux. Le moyen soulevé par la recourante n'est dès lors manifestement pas fondé.

E. 9

Ainsi donc, la décision attaquée s'avère conforme au droit. Les réquisitions de la recourante tendant à la mise en oeuvre d'une expertise comptable seront rejetées. En effet, une telle expertise n'est pas nécessaire à une correcte application de la loi au vu des considérations qui précèdent, et compte tenu de la retenue qui s'impose au Tribunal (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-623/2010 du 1er juillet 2010 consid. 3). La décision attaquée sera par conséquent confirmée et le recours rejeté.

E. 10.1

Conformément à l'art. 63 al. 1 PA, les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe, en l'espèce la recourante. Ces frais sont fixés à 5'000 francs (cf. art. 4 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Ils seront entièrement prélevés sur l'avance de frais du même montant déjà versée par la recourante.

E. 10.2

Enfin, en tant qu'elle n'obtient pas gain de cause, la recourante n'a pas droit à des dépens (art. 7 al. 1 FITAF a contrario). L'autorité inférieure n'y a elle-même pas droit (art. 7 al. 3 FITAF). (dispositif page suivante)

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