

# **BVGer A-4602/2012 vom 22. August 2013**

Bundesverwaltungsgericht, 2013-08-22, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-4602\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-4602_2012)

FR: TAF A-4602/2012 du 22 août 2013

IT: TAF A-4602/2012 del 22 agosto 2013

## **Regeste**

Radio et télévision (divers)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

La procédure 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 pas 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.

### **E. 1.2**

D'après l'art. 31 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, le prononcé attaqué satisfait aux conditions qui prévalent à la reconnaissance d'une décision et aucune exception de l'art. 32 LTAF n'est réalisée. L'autorité inférieure est une unité de l'administration fédérale centrale (cf. annexe 1 de l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [OLOGA, RS 172.010.1], par renvoi de son art. 8 al. 1 let. a). Elle constitue dès lors une autorité précédente au sens de l'art. 33 let. d LTAF.

### **E. 1.3**

La recourante a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure. Etant le destinataire de la décision attaquée, elle est particulièrement atteinte et a un intérêt digne de protection à requérir son annulation ou sa modification (art. 48 al. 1 PA). Elle a donc qualité pour recourir.

### **E. 1.4**

Présenté dans le délai (art. 50 al. 1 PA) et les formes (art. 52 al. 1 PA) prescrits par la loi, le recours est ainsi recevable.

### **E. 2.1**

En sa qualité d'autorité de recours, le Tribunal dispose d'une pleine cognition. Il revoit librement l'application du droit par l'autorité inférieure, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (art. 49 let. a PA), la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 49 let. b PA) et l'opportunité de la décision attaquée (art. 49 let. c PA). Ces motifs peuvent tous trois constituer des griefs à l'appui du recours.

### **E. 2.2**

Le Tribunal vérifie d'office les faits constatés par l'autorité inférieure (art. 12 PA), sous réserve du devoir de collaborer des parties (art. 13 PA). Le Tribunal 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 (André Moser/michael Beusch/Lorenz Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, Bâle 2008, n° 2.165). Il 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 135 I 91 consid. 2.1; ATAF 2007/27 consid. 3.3)

### **E. 3.1**

L'autorité saisie sur recours doit déterminer l'objet du litige. Celui-ci est défini par le contenu de la décision attaquée - plus particulièrement son dispositif - en tant qu'il est effectivement contesté par le recourant (ATF 133 II 135 consid. 2, ATF 125 V 413 consid. 1; ATAF 2009/54 consid. 1.3.3, arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6331/2010 du 3 février 2012 consid. 3.1; Moser/Beusch/Kneubühler, *op. cit.*, n° 2.7 ss). Il est fixé par les conclusions du recours, qui doivent rester dans le cadre de l'acte attaqué (objet de la contestation) (Jérôme Candrian, *Introduction à la procédure administrative fédérale*, Bâle 2013, n° 182 p. 108 s. et réf. cit.).

### **E. 3.2**

Dans la présente affaire, la recourante fait valoir que la décision de l'autorité inférieure serait inopportune et conclut, à titre principal, à l'octroi d'une contribution au sens de l'art. 57 al. 1 de la loi fédérale du 24 mars 2006 sur la radio et la télévision (LRTV, RS 784.40). Subsidiairement, elle conclut - selon ses termes - à un réexamen des critères retenus pour la fixation du seuil de 0.57 francs et à la révision à la baisse et rétroactive de ladite limite. Il faut en déduire - comme l'autorité inférieure dans sa réponse - que, par sa condition subsidiaire, la recourante fait valoir que l'art. 10 al. 1 de l'ordonnance du DETEC du 5 octobre 2007 sur la radio et la télévision (RS 784.401.11; ci après: O-DETEC) prévoyant le seuil à 0.57 francs ne serait pas conforme au droit supérieur et exige ainsi du Tribunal le contrôle de cette disposition. Il s'agit en l'espèce, au même titre que l'inopportunité, d'un grief de la recourante et non d'une conclusion. A cet égard, et bien que la recourante paraisse pour l'essentiel fonder son raisonnement sur l'inopportunité, il convient d'examiner, à titre préjudiciel, la conformité de la disposition prise par le DETEC au droit supérieur.

### **E. 4.1**

D'après l'art. 57 al. 1 LRTV, l'office accorde une contribution aux concessionnaires ayant droit à une quote-part de la redevance selon l'art. 38 al. 1 let. a LRTV lorsque la diffusion par voie hertzienne terrestre de leurs programmes de radio dans les régions de montagne occasionne des frais supplémentaires. L'art. 57 al. 2 LRTV prévoit que le Conseil fédéral détermine les conditions et les critères de calcul selon lesquels l'office accorde les contributions. Sur ce fondement, le Conseil fédéral a édicté l'art. 49 de l'ordonnance du 9 mars 2007 sur la radio et la télévision (ORTV, RS 784.401). Cette disposition prévoit notamment que les diffuseurs de programmes de radio ayant droit à une quote-part de la redevance reçoivent une contribution selon l'art. 57 al. 1 LRTV, lorsque les coûts d'exploitation annuels pour la diffusion du programme et le transport du signal vers l'émetteur, calculés au prorata des personnes desservies, sont particulièrement élevés (al. 1); et que le DETEC détermine la dépense minimale par personne desservie donnant droit à une contribution ainsi que les prestations imputables en tant que coûts (al. 2). Aussi, si le mode

de calcul à appliquer figure dans l'ORTV, la détermination de la dépense minimale, soit la condition - c'est à dire le seuil à partir duquel une contribution au sens de l'art. 57 al. 1 LRTV doit être octroyée -, fait l'objet d'une délégation en faveur du DETEC. L'art. 10 al. 1 O-DETEC prévoit ensuite qu'un diffuseur a droit à une contribution visée à l'art. 57 al. 1 LRTV lorsque la diffusion du programme et le transport du signal vers l'émetteur engendrent des coûts d'exploitation annuels supérieures à 0.57 francs par personne desservie (al. 1). Selon l'alinéa 2 de cette même disposition, les coûts d'exploitation comprennent les coûts assumés par le diffuseur pour le transport du signal du studio aux stations émettrices (let. a), l'exploitation et l'entretien des stations émettrices (let. b), ainsi que la location et l'amortissement des stations émettrices (let. c).

#### **E. 4.2.1**

La jurisprudence et la doctrine opèrent une distinction entre les ordonnances dépendantes d'exécution et celles de substitution. Alors que les premières précisent et détaillent le sens et le contenu de la loi, les secondes établissent de manière originaire des règles de droit (Pierre Moor/Alexandre Flückiger/Vincent Martenet, *Droit administratif*, vol. I, Berne 2012, n° 2.5.5.3 p. 251 ss; Thierry Tanquerel, *Manuel de droit administratif*, Zurich 2011, n° 323 s. p. 107 s.). Si la compétence du Conseil fédéral d'édicter des ordonnances d'exécution trouve son fondement à l'art. 182 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), cette disposition n'est en revanche pas une base suffisante pour les ordonnances de substitution, dont la création nécessite une clause de délégation dans une loi au sens formel et qui ne doit pas être exclue par la Constitution (cf. art. 164 al. 2 Cst.; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3ème éd., Berne 2009, § 14 n° 27; Moor/Flückiger/Martenet, vol. I, op. cit., n° 2.5.5.5 p. 255). En matière de sous-délégation, il convient de souligner que le Conseil fédéral est habilité à déléguer à son tour une compétence législative qui lui a été déléguée par le législateur fédéral ordinaire (Moor/Flückiger/Martenet, vol. I, op. cit., n° 2.5.5.5 p. 260 s.). Quand bien même elle ne figurerait pas dans la clause de délégation, cette possibilité de sous-délégation en faveur des départements existe, puisqu'elle est expressément prévue à l'art. 48 al. 1 de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010).

#### **E. 4.2.2**

En l'espèce, l'art. 57 al. 2 LRTV délègue au Conseil fédéral la compétence de déterminer les conditions et les critères de calcul selon lesquels l'office accorde les contributions. La tâche qui est ainsi déléguée va plus loin que la simple définition ou concrétisation d'une notion formulée dans la loi. En effet, il est exigé du Conseil fédéral qu'il crée des règles ne figurant pas dans la loi, qui seront utilisées pour déterminer si un diffuseur a droit ou non à la contribution de l'art. 57 al. 1 LRTV. Par conséquent, il ne fait pas doute qu'il s'agit en l'espèce d'une ordonnance dépendante de substitution que le Conseil fédéral est habilité à édicter. Au surplus, cette délégation législative n'est pas exclue au sens de l'art. 164 al. 2 Cst. et trouve son fondement, comme indiqué ci avant, dans une loi fédérale. Enfin, la délégation porte sur un point précis. S'agissant de la sous-délégation faite par le Conseil fédéral au DETEC à l'art. 49 al. 2 ORTV pour ce qui concerne la condition à laquelle le diffuseur a droit à la contribution, soit la fixation de la dépense minimale par personne desservie donnant droit à une contribution ainsi que les prestations imputables en tant que coûts, celle-ci ne pose pas problème en vertu de l'art. 48 al. 1 LOGA qui l'autorise expressément.

#### **E. 4.3.1**

Conformément à l'art. 190 Cst., le juge ne peut examiner la constitutionnalité des lois fédérales et, par voie de conséquence, des normes de délégation qu'elles contiennent. Ainsi, lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, d'une ordonnance dépendante de substitution fondée sur une délégation législative prévue dans la loi, le juge examine si les normes issues de la délégation restent dans les limites de la délégation législative (Pascal Mahon, in: Aubert/Mahon [éd.], Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich 2003, n° 13 ad art. 190 Cst.; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6ème éd., Zurich 2010, n° 408a p. 93). Autrement dit, le juge se contente d'examiner si le but fixé par la loi peut être atteint par la réglementation adoptée et si le Conseil fédéral, et/ou son sous-déléataire, a usé de son pouvoir d'appréciation conformément au principe de la proportionnalité. Dans le cas où ladite délégation est relativement imprécise et que, par la force des choses, elle donne au Conseil fédéral - voire, en cas de sous-délégation, au département - un large pouvoir d'appréciation qui lie le Tribunal (art. 190 Cst.), celui-ci doit en outre se limiter à examiner si les dispositions incriminées sortent manifestement du cadre de la délégation de compétence donnée par l'autorité exécutive ou si, pour d'autres raisons, elles sont contraires à la loi ou à la Constitution. Dans l'examen auquel il procède à cette occasion, le juge ne doit pas substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité dont émane la réglementation en cause. Il doit au contraire se borner à vérifier si la disposition litigieuse est propre à réaliser objectivement le but visé par la loi sans se soucier, en particulier, de savoir si elle constitue le moyen le mieux approprié pour atteindre ce but. Ce contrôle se confond pratiquement avec le contrôle de l'arbitraire de la réglementation ou de la disposition proposée (ATF 131 II 562 consid. 3.2, ATF 129 II 160 consid. 2.3 et réf. cit.; ATAF 2007/43 consid. 4.4.1 et réf. cit.; plus récent: arrêt du Tribunal administratif fédéral C 1827/2012 du 1er octobre 2012 consid. 2.4 et réf. cit.; cf. ég. Häfelin/Müller/Uhlmann, op. cit., n° 408a p. 93).

#### **E. 4.3.2**

Donnant suite à la délégation législative de l'art. 57 al. 2 LRTV, le Conseil fédéral a choisi et fixé le critère de calcul, qui consiste à déterminer les coûts d'exploitation annuels pour la diffusion du programme et le transport du signal vers l'émetteur au prorata des personnes desservies. La condition, soit en l'espèce la dépense minimale par personne desservie donnant droit à une contribution, n'a pas été réglée par le Conseil fédéral qui a sous-délégué la réglementation de cette question au DETEC (l'art. 49 al. 2 ORTV). A son art. 10 al. 1 O DETEC, le DETEC a édicté qu'un diffuseur a droit à une contribution pour autant que ses coûts d'exploitation par personne desservie soient supérieurs à 0.57 francs. Compte tenu de ces développements, il n'est pas contestable que les normes issues de la délégation restent dans les limites posées par la délégation législative. En outre, la formulation des art. 57 al. 2 LRTV et 49 al. 2 ORTV laissait au Conseil fédéral et, respectivement, au DETEC un large pouvoir d'appréciation dans le choix du critère de calcul et, respectivement, dans la détermination du seuil minimal donnant droit à l'octroi d'une contribution. Il ressort ainsi de ces considérations d'espèce que les normes de délégation sont couvertes par l'art. 190 Cst.

#### **E. 4.3.3**

Dans le cadre de son recours, la recourante ne fait pas valoir en quoi l'art. 10 al. 1 O DETEC violerait la loi ou la Constitution. Quoiqu'il en soit, le Tribunal ne constate aucune violation du principe de la proportionnalité de la part du DETEC - pas davantage que de la part du

Conseil fédéral - dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation. En effet, s'il est exact que le rapport explicatif prévoit que la dépense moyenne minimale doit être fixée sur la base des valeurs empiriques issues de la pratique en matière de répartition des quotes-parts de la redevance, de sorte que les diffuseurs radio dans les régions de montagne puissent bénéficier du soutien ( [www.bakom.admin.ch](http://www.bakom.admin.ch) Documentation Législation Parlement Révision RLTV Nouvelle loi sur la radio et la télévision [révision totale du 9 mars 2007] Document intitulé "ORTV - Rapport explicatif", consulté le 24.07.2013), rien ne permet au Tribunal de retenir que le DETEC ne se serait pas fondé sur ces éléments pour fixer le seuil de 0.57 francs. A ce propos, l'autorité inférieure a fourni au Tribunal une explication circonstanciée de la manière dont ce seuil a été arrêté, de sorte qu'il ne saurait s'en écarter sans motifs suffisants. De plus, en soutenant être la juste bénéficiaire de la contribution prévue par l'art. 57 al. 1 LRTV au motif qu'elle est une radio soumise à des contraintes topologiques importantes, la recourante ignore que l'octroi de ladite contribution est également subordonné au fait que la diffusion par voie hertzienne terrestre des programmes de radio occasionne des frais supplémentaires, dont le montant minimal figure à l'art. 10 al. 1 O DETEC. L'autorité inférieure a d'ailleurs attesté en cours d'instruction que cette contribution ne constituait pas un automatisme, mais se fondait au contraire sur les frais effectivement supportés par les diffuseurs. Dans cette configuration, l'autorité inférieure a précisé que des diffuseurs aux caractéristiques similaires de la recourante se sont également vus refuser l'octroi d'une contribution certaines années.

#### **E. 4.4**

Au regard des développements qui précèdent, l'art. 10 al. 1 O DETEC est une disposition propre à réaliser objectivement le but visé par la loi et n'est pas contraire à la loi ou à la Constitution. Cela étant, force est de constater que le grief soulevé par la recourante - de la manière dont il pouvait et devait juridiquement être compris par le Tribunal - est infondé.

#### **E. 5**

La recourante fondant l'essentiel de son recours sur l'inopportunité de la décision attaquée au sens de l'art. 49 let. c PA, il sied d'examiner - préalablement à la question même de l'opportunité - si l'autorité inférieure disposait ou non d'une liberté d'appréciation dans l'octroi des contributions au sens de l'art. 57 al. 1 LRTV.

#### **E. 5.1**

L'éventuelle liberté d'appréciation dont l'autorité inférieure pourrait disposer se détermine en interprétant la norme qui fonde sa compétence (Tschannen/Zimmerli/Müller, op. cit., Berne 2009, § 26 n° 4). C'est d'ailleurs cette même interprétation de la norme qui fixe le cadre légal et donne ainsi les limites de l'éventuelle liberté d'appréciation à ne pas franchir, faute de quoi son exercice est illégal (cf. art. 49 let. a PA; Moor/Flückiger/Martenet, vol. I, op. cit., n° 4.3.2.2 p. 740 s.). Pour sa part, le contrôle de l'opportunité au sens de l'art. 49 let. c PA intervient à l'intérieur même du cadre légal dans lequel l'autorité dont l'acte est attaqué a exercé sa liberté d'appréciation. Lorsque ce grief est soulevé, l'autorité supérieure ne vérifie pas si des normes juridiques ont été violées, mais s'assure que la décision en cause est bien la meilleure que l'autorité inférieure pouvait prendre (Pierre Moor/Etienne Poltier, Droit administratif, vol. II, 3ème éd., Berne 2011, n° 5.7.4.5 p. 797; cf. aussi ATF 136 V 351 consid. 5.1.2; Häfelin/Müller/Uhlmann, op. cit., n° 460 p. 105; Benjamin Schindler, in: Auer/Müller/Schindler [éd.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Berne 2008, n° 33 ss ad art. 49 PA). Aussi, dans la mesure où

l'opportunité concerne le choix entre plusieurs solutions valables du point de vue juridique, cette question ne peut-elle constituer un grief que lorsque l'administration dispose d'un pouvoir d'appréciation (arrêt du Tribunal administratif fédéral B 6455/2008 du 31 juillet 2009 consid. 8 et réf. cit.; Candrian, op. cit., n° 179 p. 107; Tanquerel, op. cit., n° 892 p. 306).

### **E. 5.2**

En l'espèce, pour déterminer si la recourante avait droit ou non à une contribution au sens de l'art. 57 al. 1 LRTV, l'autorité inférieure a appliqué l'art. 10 al. 1 O DETEC. Cette disposition - dont la conformité au droit supérieur a été examinée plus avant (cf. consid. 4) - prévoit que le diffuseur a droit à cette contribution lorsque la diffusion du programme et le transport du signal vers l'émetteur engendrent des coûts d'exploitation annuels supérieures à 0.57 francs par personne desservie. Pour déterminer les coûts d'exploitation relatifs à la diffusion du programme et le transport du signal vers l'émetteur par personne desservie, l'autorité inférieure assure s'être fondée sur les coûts de diffusion imputables qui lui ont été présentés par la recourante dans son rapport annuel (cf. art. 27 LRTV) et, respectivement, la statistique de la population établie par l'Office fédéral de la statistique. Ces chiffres qui ont été pris en compte par l'autorité inférieure n'ont pas été contestés par la recourante, pas davantage que le calcul effectué. L'autorité inférieure a ainsi comparé le résultat obtenu de 0.55 francs de coûts d'exploitation annuels par personne desservie au seuil de 0.57 francs figurant à l'art. 10 al. 1 O DETEC, et a conclu que la recourant n'aurait pas droit à une contribution au sens de l'art. 57 al. 1 LRTV pour l'année 2012.

### **E. 5.3**

A cet égard, il convient de considérer que le seuil fixé à l'art. 10 al. 1 O DETEC définit un cadre légal clair où seuls les diffuseurs supportant des coûts d'exploitation annuels par personne desservie supérieurs à 0.57 francs ont droit à une contribution. Dès lors, force est de constater que l'autorité inférieure ne dispose pas d'une liberté d'appréciation dans l'application de cette disposition. Par conséquent, la question de l'inopportunité de la décision attaquée ne se pose tout simplement pas en l'espèce. Aussi, dans la présente affaire, le Tribunal ne peut-il que contrôler le respect de la loi et la constatation des faits par l'autorité inférieure (cf. arrêt du Tribunal fédéral B 6455/2008 précité consid. 8), ce que la recourante n'a cependant pas fait valoir dans le cadre de son recours, hormis la conformité de l'art. 10 al. 1 O DETEC au droit supérieur (cf. consid. 4). En conclusion, le recours doit également être rejeté sur ce point.

### **E. 6**

En résumé, l'art. 10 al. 1 O-DETEC est conforme au droit supérieur et, au vu de sa teneur, l'autorité inférieure ne disposait d'aucune liberté d'appréciation dans son application. Faute de liberté d'appréciation, la décision rendue par l'autorité inférieure ne peut être inopportune. C'est pourquoi le recours est mal fondé et doit être rejeté.

### **E. 7.1**

Selon l'art. 63 al. 1, 1ère phrase PA, les frais de procédure comprenant l'émolument d'arrêté, les émoluments de chancellerie et les débours sont en général mis, dans le dispositif, à la charge de la partie qui succombe. En l'occurrence, la recourante doit prendre à sa charge les frais de procédure qui se montent à 1'000 francs, lesquels seront prélevés sur l'avance de frais du montant de 2'000 francs déjà effectuée. L'excédent de 1'000 francs versé par la recourante à titre d'avance de frais lui sera restitué.

### **E. 7.2**

Le Tribunal peut allouer d'office ou sur requête à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA, art. 7 ss du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Les autorités fédérales et, en règle générale, les autres autorités parties n'ont pas droit aux dépens (art. 7 al. 3 FITAF). Aucune indemnité pour dépens ne sera donc allouée en l'espèce. (dispositif à la page suivante)

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