

BVGer A-5622/2016 vom 12. April 2018

Bundesverwaltungsgericht, 2018-04-12, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-5622_2016

FR: TAF A-5622/2016 du 12 avril 2018

IT: TAF A-5622/2016 del 12 aprile 2018

Regeste

Concessions

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), pour autant que la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) n'en dispose autrement (art. 37 LTAF). Le Tribunal examine d'office et librement sa compétence (art. 7 PA), ainsi que la recevabilité des recours qui lui sont soumis.

E. 1.2

Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, qui ne sont pas réalisées ici, le Tribunal administratif fédéral est compétent, en vertu de l'art. 31 LTAF, pour connaître des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En l'espèce, l'acte attaqué du 15 août 2016, rendu par le DETEC, satisfait aux conditions prévalant à la reconnaissance d'une décision au sens de l'art. 5 PA, de sorte que le présent Tribunal est compétent pour connaître de la contestation portée devant lui.

E. 1.3

La recourante a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure. Etant le destinataire de la décision de résiliation, il est particulièrement atteint et a un intérêt digne de protection à requérir son annulation ou sa modification (art. 48 al. 1 PA). Il 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) prévus par la loi, le recours est ainsi recevable, de sorte qu'il convient d'entrer en matière.

E. 2.1

La procédure de recours est régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que le Tribunal définit les faits et apprécie les preuves d'office et librement (art. 12 PA). Les parties doivent toutefois collaborer à l'établissement des faits (art. 13 PA) et motiver leur recours (art. 52 PA). En conséquence, l'autorité saisie se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. ATF 135 I 91 consid. 2.1 ; ATAF 2014/24 consid. 2.2 ; ATAF 2012/23 consid. 4).

E. 2.2

La recourante peut invoquer devant le Tribunal la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits

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

E. 2.3

Dans son arrêt 2C_224/2010 du 27 avril 2010, le Tribunal fédéral n'a aucunement déclaré que la loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les aides financières et les indemnités (Loi sur les subventions, [LSu, RS 616.1]) n'était pas applicable en matière de quote-part de la redevance. En effet, la Haute Cour a analysé la recevabilité du recours interjeté par la recourante contre l'arrêt du TAF A-5779/2008 précité et estimé que l'art. 83 let. p LTF primait sur l'art. 83 let. k LTF. Ainsi, la LSu s'applique, ce d'autant plus qu'une base légale formelle (art. 40 al. 3 LRTV), le prévoit expressément. Toutefois les voies de droit ne sont pas ouvertes contre les arrêts du TAF rendu en la matière conformément à l'art. 83 let. p LTF.

E. 2.4

L'objet du litige est défini par les conclusions du recours, lesquelles doivent rester dans le cadre de l'acte attaqué. Partant, la recourante ne peut que réduire l'objet du litige par rapport à l'objet de la contestation, puisque son élargissement ou sa modification mènerait à une violation de la compétence fonctionnelle de l'autorité supérieure (cf. ATF 136 II 457 consid. 4.2 ; 136 II 165 consid. 5 ; arrêt du TAF A-6810/2015 du 13 septembre 2016 consid. 1.3 ; Moser et al., *op. cit.*, n° 2.7 ss).

E. 3.1

La recourante conteste en substance la méthode de calcul appliquée par le DETEC pour établir le nouveau montant de base de la quote-part octroyée aux radios régionales commerciales. En particulier, elle estime que le montant de base alloué aux radios commerciales doit être multiplié par un coefficient propre à chaque concessionnaire et que pour elle, le coefficient s'élève à 2.5. Elle reproche ainsi au DETEC de ne pas avoir procédé à cette multiplication et d'avoir en conséquence sous-évalué le montant de base auquel elle a - selon elle - droit.

E. 3.2

Quant au DETEC, en substance également, il a estimé ne pas avoir modifié sa méthode de calcul, mais avoir uniquement alloué un montant unique s'ajoutant au montant de base.

E. 3.3

Il ressort de ce qui précède que seul le calcul du montant de base de la quote-part de la redevance allouée aux radios régionales commerciales est litigieux, les deux autres facteurs (économiques et de diffusion) de répartition et les deux autres catégories de concessionnaires bénéficiaires de la redevance (radios régionales complémentaires et télévisions régionales) ne sont pas concernés. Ces notions seront développées dans les considérants qui suivent. En conséquence, le Tribunal n'examinera que la méthode de calcul appliquée par le DETEC pour déterminer le nouveau montant de base des radios régionales commerciales suite à l'augmentation de la quote-part de 4 à 5% de la redevance pour les radios et télévisions régionales. Il ne sera donc ni traité des télévisions régionales ni des

radios complémentaires.

E. 4.1

La loi du 24 mars 2006 sur la radio et la télévision (LRTV, RS 784.40) est entrée en vigueur le 1er avril 2007, remplaçant celle du 21 juin 1991 et accompagnée de l'ORTV. Dans la mesure où la présente cause est régie par le droit entré en vigueur le 1er juillet 2016, le recours portant sur l'application de ces normes, les normes de la LRTV et de l'ORTV appliquées avant cette date sont mentionnées aLRTV et aORTV.

E. 4.2

Il sied dans un premier temps de rappeler les règles qui régissaient, d'une part, l'octroi des concessions et, d'autre part, le calcul de la quote-part de la redevance radios et télévisions liée à de telles concessions, ceci depuis que la recourante est devenue concessionnaire et a perçu une quote-part de la redevance.

E. 4.2.1.1

L'art. 38 aLRTV stipule que des concessions assorties d'un mandat de prestations et donnant droit à une quote-part de la redevance peuvent être octroyées aux diffuseurs locaux et régionaux qui diffusent, dans une région ne disposant pas de possibilités de financement suffisantes, des programmes de radio qui, en fournissant une large information portant notamment sur les réalités politiques, économiques et sociales et contribuant à la vie culturelle dans la zone de desserte considérée, tiennent compte de ses particularités (al. 1 let. a). Ces concessions donnent droit à la diffusion du programme dans une zone de desserte déterminée (droit d'accès), ainsi qu'à une quote-part de la redevance de réception (al. 2). Une seule concession donnant droit à une quote-part de la redevance est octroyée par zone de desserte (al. 3). Selon le quatrième alinéa, la concession fixe au moins la zone de desserte et le mode de diffusion (let. a) ; les prestations exigées en matière de programmes et les exigences en matière d'exploitation et d'organisation (let. b) ; les autres exigences et charges (let. c).

E. 4.2.1.2

Le nombre et l'étendue des zones de desserte locales et régionales pour lesquelles des concessions radio sont octroyées, ainsi que le mode de diffusion, sont fixés à l'annexe 1 aORTV, par renvoi de l'art. 38 let. a aORTV. Le Conseil fédéral y définit 34 zones de desserte, comprenant 12 zones de desserte au sein desquelles est prévu l'octroi d'une concession donnant droit à une quote-part de la redevance.

E. 4.2.2.1

L'art. 40 aLRTV règle le mode de calcul de la quote-part de la redevance. L'alinéa premier de cette disposition fixe la somme globale à répartir entre les diffuseurs de programmes radio, correspondant à 4% du produit total de la redevance radio. Il y est également stipulé que le Conseil fédéral, lorsqu'il fixe le montant de la redevance de réception (cf. art. 70 aLRTV), détermine la part qui doit être affectée aux ayants droit, ainsi que le pourcentage maximal qu'elle doit représenter par rapport à leurs coûts d'exploitation. A cet égard, à l'art. 39 al. 1 aORTV, le Conseil fédéral a fixé à 50% la part maximale que doit représenter la quote-part annuelle reçue par le diffuseur par rapport aux coûts d'exploitation de ce dernier et déterminé que le montant maximal de la quote-part qui peut être attribué au diffuseur est précisé dans la concession.

E. 4.2.2.2

Avec l'entrée en vigueur précitée de l'aLRTV, l'Office fédéral de la communication (ci-après : OFCOM) s'est vu confier le mandat de procéder à un appel d'offre pour attribuer, entre autres, les 12 concessions en matière de radios pour la diffusion de programmes privés, assorties d'un mandat de prestation et donnant droit à une quote-part de la redevance pour la radio et la télévision. Dans ce cadre, l'OFCOM était tenu, conformément aux dispositions précitées, de communiquer aux candidats à la concession, à titre d'information, non seulement le montant de la quote-part annuelle de la redevance qui lui sera allouée s'il obtient la concession, mais également la part maximale de la quote-part accordée au titre des coûts d'exploitation assumés par le diffuseur (art. 45 al. 1 aLRTV et art. 43 al. 2 let. c aORTV).

E. 4.2.2.3

Le DETEC est l'autorité compétente pour l'octroi de la concession et la fixation du montant de la quote-part de la redevance de réception, attribuée à chaque concessionnaire pour une période déterminée (art. 40 al. 2 et art. 45 al. 1 aLRTV). En règle générale, le DETEC examine la quote-part de la redevance des diffuseurs après cinq ans et la redéfinit le cas échéant (art. 39 al. 2 aORTV). Afin de fixer la quote-part de la redevance de réception attribuée à chaque concessionnaire pour une période déterminée, le DETEC tient compte « de la taille et du potentiel économique de la zone de desserte ainsi que des frais que le concessionnaire doit engager pour exécuter son mandat de prestations, y compris les frais de diffusion » (art. 40 al. 2 aLRTV). Selon le Message du Conseil fédéral du 18 décembre 2002 relatif à la révision totale de la LRTV, la quote-part de la redevance allouée à un diffuseur doit tenir compte de la somme nécessaire au diffuseur pour fournir un programme approprié dans la zone prévue, ainsi que des possibilités de financement par le marché existant dans la région ; le versement de la quote-part de la redevance n'est pas lié au déficit du diffuseur, mais la quote-part ne peut dépasser le pourcentage des coûts d'exploitation fixé de façon générale par le Conseil fédéral et ce, afin d'éviter qu'un diffuseur ne réduise ses recherches de financement sur le marché (FF 2003 1425, 1471-1472). Cette exigence est aussi conforme au caractère subsidiaire de l'octroi des subventions au titre de l'art. 7 let. c et d de la loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les aides financières et les indemnités (loi sur les subventions [LSu], RS 616.1 ; cf. arrêts du TAF A-5779/2008 du 2 février 2010 consid. 5.3.2 et A-3169/2007 du 20 mars 2008 consid. 6.4).

E. 4.3.1

Comme déjà mentionné, la recourante a obtenu en 2008 la concession correspondante à la zone de desserte n° 6 "Arc jurassien" du ch. 4 de l'annexe 1 aORTV et avait l'obligation de diffuser trois fenêtres de programme produite dans chacune des trois zones (cf. let. A supra).

E. 4.3.2

Les quotes-parts de la redevance perçues par la recourante, et la manière dont celles-ci ont été calculées en application des normes légales précitées, peuvent ainsi être résumées s'agissant de la période 2008 à 2011.

E. 4.3.2.1

La somme globale attribuée par le Conseil fédéral aux télévisions et radios régionales s'élevait à 4% du montant de la redevance de réception radio et télévision, soit 49'875'722

francs ; deux tiers étant alloués aux télévisions et un tiers aux radios. Pour les radios régionales, il en résultait ainsi un montant d'environ (les chiffres divergeant légèrement selon les sources) 18'467'718 francs, dont 85%, soit environ 15'685'825 francs, étaient attribués aux radios commerciales et 5%, soit environ 2'781'997 francs, étaient attribués aux radios complémentaires.

E. 4.3.2.2

La répartition entre les douze concessionnaires des 15'685'825 francs dévolus aux radios commerciales, soit l'établissement de leur quote-part respective, se fondait sur trois composantes principales, à savoir un montant de base (40%), des facteurs économiques (40%) et un facteur de diffusion (20%), lesquelles visaient à respecter les conditions de l'art. 40 al. 2 aLRTV (cf. consid. 4.2.2.3 supra). Ainsi, 40% des 15'685'825 francs, soit 6'274'330 francs, étaient à répartir au titre de montant de base entre les douze diffuseurs (respectivement, le même montant au titre des facteurs économiques et 3'137'165 francs à titre de facteur de diffusion).

E. 4.3.2.3

Pour répartir les 6'274'330 francs précités, le DETEC a additionné les douze fenêtres de programme de base (soit une par diffuseur) et les cinq fenêtres de programme supplémentaires, d'une valeur chacune de 0.75, soit un totale de 15.75 ($12 \times 1 + 5 \times 0.75$). En divisant les 6'274'330 francs par 15.75, le DETEC a obtenu une unité de base de 398'370 francs. Cette unité de base a ensuite été multipliée par un coefficient, lequel se fondait sur le nombre de fenêtre de programme par concessionnaire. Si chaque concessionnaire avait une fenêtre de programme de base (valeur de 1), certains concessionnaires avaient, comme défini dans leur concession et en application de l'annexe 1 ch. 4 aORTV, une ou deux fenêtres de programme supplémentaires d'une pondération de 0.75. La recourante qui avait sa fenêtre de programme de base (1) et deux fenêtres supplémentaires (2×0.75), se voyait appliquer un coefficient de 2.5. Ceci ne visait qu'à prendre en compte l'effort exigé du concessionnaire de produire des prestations quotidiennes supplémentaires en raison de la retransmission parallèle de différentes émissions, voire de différents programmes complets, au surplus pour la recourante à produire sur des sites différents (cf. arrêt du TAF A-5779/2008 précité consid. 6.1.2). Ainsi, lors du calcul initial du montant de base, un concessionnaire qui n'avait que la fenêtre de base percevait un montant de base de 398'370 francs, alors que la recourante se voyait octroyer un montant de base de 995'925 francs ($398'370 \text{ francs} \times 2.5$).

E. 4.3.2.4

Par son arrêt A-5779/2008 précité, le Tribunal de céans a confirmé la conformité à la LRTV de cette méthode de calcul.

E. 4.3.3

Suite à une hausse du nombre de ménages assujettis, et en conséquence des montants plus importants à redistribuer, le DETEC a adapté les quotes-parts des diffuseurs en 2012, en recourant à la même méthodologie de calcul, augmentant ainsi l'unité de base de 398'370 francs de 8'065 francs soit à un total de 406'435 francs. S'agissant de la recourante, son coefficient étant de 2.5, le montant de base alloué a été fixé à 1'016'087 francs. Le montant total de la quote-part de la redevance octroyé à la recourante s'élevait ainsi à 2'039'708 francs depuis le 1er janvier 2012 (cf. let. C supra).

E. 4.4

Par décision du 30 avril 2013, le montant total de la quote-part octroyé à la recourante a été augmenté à 2'511'084 francs depuis le 1er janvier 2013 (cf. let. D supra). A relever que le DETEC n'a alors pas modifié le montant de base de la recourante, ajustant uniquement ses facteurs économiques.

E. 5.1

Le 1er juillet 2016, les modifications des art. 38 ss LRTV et de l'ORTV sont entrées en vigueur, dont les plus pertinentes pour la présente cause sont les suivantes.

E. 5.1.1

L'art. 40 al. 1 LRTV ne prévoit plus un taux fixe de 4% de la redevance de la radio et la télévision attribué aux concessionnaires (cf. consid. 4.2.2 supra), mais une fourchette allant de 4% à 6% du produit de la redevance. Le Conseil fédéral détermine lors de la fixation du montant de la redevance, la part qui doit être affectée respectivement à la radio et à la télévision, en tenant compte des besoins induits par le mandat de prestations visé à l'art. 38 al. 1 LRTV (let. a) et le pourcentage maximal que la part affectée doit représenter par rapport aux coûts d'exploitation du diffuseur (let. b). Le deuxième alinéa de cette disposition ne contient qu'une modification rédactionnelle, dans la mesure où le terme "département" est remplacé par celui de "DETEC", ce dernier fixant la quote-part de la redevance de radio-télévision attribuée à chaque concessionnaire pour une période déterminée. Pour ce faire, il tient compte de la taille et du potentiel économique de la zone de desserte ainsi que des frais que le concessionnaire doit engager pour exécuter son mandat de prestations, y compris les frais de diffusion.

E. 5.1.2

Si l'art. 38 al. 1 let. a ORTV (cf. consid. 4.2.1.2 supra) n'a pas été modifié, l'annexe 1 à laquelle il renvoie contient une modification substantielle. En effet, depuis le 1er juillet 2016, l'annexe 1 ch. 4 n° 6 ORTV prévoit à titre d'obligation de la recourante que conformément à sa concession, le diffuseur est tenu de fournir quotidiennement dans chacune des trois zones, à savoir le canton de Neuchâtel, le canton du Jura et les districts francophones du canton de Berne, des prestations qui correspondent aux particularités politiques, économiques et culturelles de ces régions. Selon le rapport explicatif du DETEC (consultable sous : www.ofcom.admin.ch > L'OFCOM > Organisation > Bases légales > Ordonnances > Radio et télévision > ORTV : rapport explicatif - version consolidée, 01.01.2015 ; consulté en avril 2018), à l'origine, l'obligation de produire les fenêtres de programme dans les régions concernées visait à garantir aux cantons concernés (généralement périphériques), un traitement de l'actualité régionale dans le cadre du programme supra-cantonal. L'analyse continue des programmes montre que la plupart des diffuseurs prennent cette obligation au sérieux. Alors que la pratique journalistique a fait ses preuves, certains diffuseurs réclament davantage de flexibilité pour remplir leur mandat de prestations régional. Au lieu d'informations régionales dans des fenêtres de programme formellement séparées, ils souhaitent pouvoir diffuser les informations sur leur région dans le programme général, ce qui, selon eux, leur permettrait de réaliser des économies au niveau technique et de fournir une information plus complète à leur public. Pour autant que les prestations régionales d'information continuent à être fournies - ce qu'exige aussi la nouvelle version des annexes 1 et 2 à l'ORTV -, en termes de politique des médias, rien ne s'oppose à cette modification des conditions de diffusion. Alors que cette obligation

permettait d'exploiter des installations de production régionales (studios locaux) et qu'à l'origine elle garantissait une présence décentralisée du diffuseur, la numérisation des moyens de production l'a rendue largement obsolète. Grâce aux moyens techniques actuels, les professionnels des médias peuvent remplir leur mandat rédactionnel sans grande infrastructure. Cette obligation peut donc être abrogée.

E. 5.2

Le 25 mai 2016, le Conseil fédéral a décidé d'allouer d'avantage de ressources financières aux radios et télévisions régionales, augmentant leur quote-part de 4 à 5% de la redevance radio et télévision (cf. let. E supra). Le DETEC a alors ajusté les quotes-parts de la redevance des télévisions et radios régionales (commerciales et complémentaires) pour distribuer les montants supplémentaires à disposition.

E. 5.2.1

Le DETEC a notamment estimé que le paysage radiophonique, les recettes publicitaires et les conditions générales fixées dans les concessions, notamment la définition des zones de desserte, le nombre de diffuseurs soutenus par la redevance et l'étendue du mandat de prestations, n'avaient pas changé depuis l'octroi des concessions en 2008. Il ne voyait donc aucune raison, pour la phase de concession en cours, de modifier en profondeur le système de calcul existant. Toutefois, le DETEC a relevé une disparité croissante entre les radios commerciales et les radios complémentaires ces dernières n'ayant pas assez de ressources financières, ce qui rendait difficile l'accomplissement de leur mandat de prestations. La nouvelle répartition des redevances devait ainsi tenir compte de ces circonstances. Le DETEC a ainsi décidé que tous les diffuseurs bénéficiaient de moyens financiers supplémentaires. Les moyens supplémentaires étaient versés aux diffuseurs par le biais d'une augmentation du montant de base. Dans le cadre du modèle existant, cette solution est celle qui préservait au mieux l'économie de procédure et l'équité d'attribution. Le montant de base était relevé dans toutes les catégories de diffuseurs et la quote-part était augmentée du même montant pour chaque diffuseur d'une catégorie.

E. 5.2.2

Fondé sur les critères précités, le DETEC a ajusté le ratio de répartition entre radios commerciales et radios complémentaires à environ 81% et 19% (contre 85% et 15% auparavant ; cf. consid. 4.3.1 supra). Il a ainsi décidé que les diffuseurs radios disposaient dorénavant des quotes-parts suivantes :

Quote-part octroyée jusqu'ici	Nouvelle quote-part
Radios commerciales 16'961'904 (85%)	20'744'232 (81%)
Radios complémentaires 2'910'367 (15%)	4'839'652 (19%)
Total radios régionales (100%)	19'872'271 25'583'884

E. 5.2.3

Le DETEC a ensuite attribué l'augmentation de la part de la redevance allouée aux radios commerciales (soit 3'782'328 francs [20'744'232 francs - 16'961'904 francs]) uniquement dans le montant de base, renonçant de la sorte à la répartition appliquée jusqu'alors (40% montant de base, 40% facteurs économiques et 20% facteurs de diffusion ; cf. consid. 4.3.2.2 supra). Puis, pour distribuer les 3'782'328 francs entre les concessionnaires de radios commerciales, le DETEC a divisé le montant précité par le nombre de diffuseur (soit 12), obtenant une quote-part par diffuseur de 315'268 francs (bien que le résultat de ce calcul, soit 3'782'328/12, donne 315'194). De la sorte, le DETEC a déterminé l'augmentation du montant de base en dérogeant à sa méthode de calcul sur deux points, le premier étant la manière de calculer l'unité de base (renonciation à établir l'unité de base en fonction du

nombre de fenêtres de programme, soit 15.75) et la seconde en renonçant à multiplier l'unité de base par le coefficient propre à chaque diffuseur en raison de leur(s) fenêtre(s) supplémentaire(s) de diffusion (cf. consid. 4.3.2.3 supra).

E. 5.2.4

Finalelement, le DETEC a simplement additionné le montant de 315'268 francs au montant de base de 2012 (soit 1'016'087 francs pour la recourante). Ainsi, la quote-part de la redevance perçue par la recourante jusqu'au 30 juin 2016, soit 2'511'084 francs, a été augmentée à 2'826'352 francs depuis le 1er juillet 2016 (cf. let. G supra), dont 1'331'355 francs au titre du montant de base.

E. 5.3

Ainsi, il peut être donné acte à la recourante sur le fait que le DETEC n'a pas appliqué la méthode de calcul existante pour calculer les nouvelles quotes-parts de la redevance. En effet, le ratio entre les radios commerciales et complémentaires a été modifié (passant de 85%-15% à 81%-19% ; cf. consid. 5.2.2 supra), le montant alloué aux radios commerciales n'a pas été réparti selon les trois composantes (40% montant de base, 40% facteurs économiques et 20% facteur de diffusion ; cf. consid. 5.2.3 supra) et enfin, le montant de base n'a pas été déterminé sur le modèle "unité de base multipliée par un coefficient" (cf. consid. 5.2.4 supra).

E. 6.1

Comme déjà mentionné, seul le calcul du montant de base octroyé à la recourante est litigieux (cf. consid. 3.3 supra). Cette dernière, dans son recours, estime que le DETEC a violé l'art. 40 al. 2 LRTV, dans la mesure où il n'a pris en compte la spécificité de la recourante qui a plusieurs fenêtres de programme. De même, toujours en lien avec son obligation d'avoir trois fenêtres de programme, octroyer le même montant de base à tous les concessionnaires constituerait une violation de l'égalité de traitement au sens de l'art. 8 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101). Le DETEC aurait également oublié de multiplier l'unité de base par le coefficient de 2.5 pour déterminer son montant de base. Finalelement, la recourante a considéré que la décision était inopportune dans la mesure où elle avait le mandat de prestation le plus exigeant de Suisse avec ses trois fenêtres de programmes et qu'il était ainsi possible d'utiliser les excédents de la redevance pour augmenter sa quote-part. Dans sa réplique du 1er février 2017, la recourante allègue toutefois que les changements de sa concession et légaux n'ont pas d'influence sur le mode de calculer le montant de base de la quote-part.

E. 6.2

Dans ses écritures, en substance, le DETEC a estimé avoir uniquement augmenté l'unité de base pour déterminer le montant de base octroyé à chaque concessionnaire. De même, dite autorité a considéré que le fait que les fenêtres supplémentaires ne soient plus obligatoires, depuis la réforme de l'ORTV, avait pour conséquence qu'il ne se justifiait plus d'octroyer des montants supplémentaires sur cette base.

E. 6.3

Il s'agit dans un premier temps de déterminer si la renonciation du DETEC à ventiler le montant alloué aux radios commerciales selon la clé de répartition de 40% (montant de base), 40% (facteurs économiques) et 20% (facteur de diffusion) respecte l'art. 40 al. 2 LRTV, ce que la recourante conteste.

E. 6.3.1

Le fait de ne pas appliquer cette clé de répartition ne saurait trouver son fondement dans la volonté d'aider les radios complémentaires, puisque la ventilation précitée est faite après avoir attribué le montant global aux deux catégories de radios (selon la clé 85% - 15% jusqu'au 30 juin 2016, puis 81% - 19% depuis le 1er juillet 2016 ; cf. consid. 5.2.2 supra). Il n'existe ainsi aucun lien entre la volonté de vouloir rétablir un certain équilibre entre les deux catégories de radios et la renonciation à ventiler, conformément à la clé de répartition, le montant global au sein d'une catégorie de diffuseurs. Sous cet angle, l'argumentation du DETEC ne saurait être suivie.

E. 6.3.2

Par contre et contre l'avis de la recourante, la volonté de soutenir, proportionnellement, de manière plus importante les petites radios respecte l'art. 40 al. 2 LRTV.

E. 6.3.2.1

En effet, la recourante a vu sa quote-part augmenter, entre le 1er janvier 2011 et juin 2016 de 30% (soit 588'935 francs) alors que celle de ses concurrents a augmenté en moyenne de 6.50% (soit 62'396 francs) pendant la même période. Après, la nouvelle répartition de juillet 2016, l'augmentation de la quote-part de la recourante, toujours depuis 2011, s'élève à 904'203 francs (soit environ 47% d'augmentation par rapport à 2011), alors que l'augmentation moyenne des autres diffuseurs de radio commerciale pour la même période était de 377'664 francs (soit environ 30% d'augmentation), dont 315'268 francs résulte de la dernière augmentation. En conséquence, il sied de considérer que la volonté de l'autorité inférieure d'atténuer les disparités apparues au cours du temps était un motif objectivement suffisant pour renoncer à ventiler le montant global alloué aux radios commerciales selon la clé de répartition, sous peine de continuer à creuser ces disparités.

E. 6.3.2.2

Au surplus, l'autorité inférieure ne violait pas son pouvoir d'appréciation en procédant à un correctif sur une seule des composantes (soit le montant de base), ce d'autant plus que celui-ci avait subi des changements législatifs (cf. consid. 6.4 infra). Par ailleurs, l'autorité inférieure n'a pas procédé différemment dans sa décision du 30 avril 2013, lorsqu'elle avait adapté uniquement les facteurs économiques de la recourante.

E. 6.4

S'agissant de la détermination de la composante "montant de base", l'annexe 1 ch. 4 n° 6 ORTV a été modifiée et la recourante n'a plus l'obligation de produire trois fenêtres de programmes ni de les produire sur trois sites différents. Il s'agit dès lors d'examiner si, dans sa décision querellée, le DETEC a suffisamment pris en compte les frais que le concessionnaire doit engager pour exécuter son mandat de prestations et respecte ainsi l'art. 40 al. 2 LRTV.

E. 6.4.1

La volonté d'octroyer la même augmentation du montant de base à tous les diffuseurs d'une même catégorie ne prêche, contre l'avis de la recourante, pas le flanc à la critique et est conciliable avec l'art. 40 al. 2 LRTV.

E. 6.4.2

Premièrement, certes, le DETEC se départit ainsi de sa pratique antérieure, sans pour autant annoncer y renoncer définitivement. Malgré les lacunes dans la communication de l'OFCOM (cf. consid. 6.6 infra), qui n'ont toutefois fait l'objet d'aucun grief de la part de la recourante, force est de constater que dans ses courriers des 4 juillet 2016 et 9 août 2016, l'OFCOM a clairement exprimé la volonté du DETEC de vouloir attribuer la même augmentation du montant de base à tous les diffuseurs. Ainsi, la volonté précitée a clairement été annoncée et la recourante a pu s'exprimer dessus avant le prononcé de la décision querellée.

E. 6.4.3

Deuxièmement, dès lors que la notion de "fenêtres de programme" n'existe plus et les obligations de diffuseurs y relatives non plus, l'on ne saurait reprocher au DETEC de ne plus se fonder sur une notion inexistante et de ne plus prendre en compte une obligation légale (et découlant de la concession) qui n'en est plus une pour calculer la composante "montant de base". Ainsi, la recourante n'a plus l'obligation de produire ses programmes dans les zones différentes et la recourante voit ses frais qu'elle doit engager pour exécuter son mandat de prestation diminuer, à tout le moins en tout cas pas augmenter (cf. consid. 5.1.2 supra). Ainsi, en augmentant de manière égale le montant de base de tous les diffuseurs, le DETEC ne méprend pas la particularité de la zone de desserte "Arc jurassien". La recourante perçoit actuellement 1'331'355 francs au titre du montant de base, alors que trois autres concessionnaires perçoivent 1'026'529 francs (ceux qui avaient une fenêtre supplémentaire) et les huit derniers 721'703 francs (ceux qui n'avaient que la fenêtre de base). Au surplus, les autres concessionnaires qui avaient plus d'une fenêtre de base ont été traités de la même façon que la recourante, et il n'y a pas lieu d'y voir une inégalité de traitement.

E. 6.4.4

Troisièmement, la recourante n'allègue pas que la suppression de l'obligation de produire sur trois sites différents aurait augmenté ses charges, en particulier ses frais logistiques. De même, si elle se plaint d'avoir des frais de production de programme plus élevés que ses concurrents, elle ne motive ni ne démontre quels sont ses frais et en quoi sa quote-part serait insuffisante. Sur ce dernier point, force est de constater que c'est au requérant d'une subvention de fournir tous les renseignements nécessaires (cf. art. 11 al. 2 LSu). Au surplus, la recourante ne démontre pas que le constat de l'autorité inférieure, selon lequel, d'une part, la numérisation des moyens de production a rendu largement obsolète l'obligation de produire des fenêtres de programme dans les régions concernées et, d'autre part, les professionnels des médias peuvent remplir leur mandat rédactionnel sans grande infrastructure grâce aux moyens techniques actuels, serait erroné.

E. 6.4.5

Finalement, il appert des rapports d'activité de la recourante pour les années 2009 à 2016 (cf. site internet : www.ofcom.admin.ch > médias électroniques > Infos sur les diffuseurs > Radios locales/régionales > BNJ FM > Rapports d'activité) que la recourante est dans les chiffres noirs depuis 2013, alors qu'elle a produit ses émissions sur ses trois sites géographique (Delémont, Tavannes et Marin). Si l'on constate certes dans le rapport d'activités 2016 que la recourante a plus que triplé ses frais d'administration (3'798'841 francs en 2016 contre 1'072'893 francs en 2015 et 903'314 francs en moyenne entre 2010 et 2015), il n'y apparaît aucune cause à effet avec le changement de pratique du DETEC, à tout

le moins, la recourante ne l'allègue pas. Dès lors que l'autorité inférieure a alloué 315'268 francs supplémentaires à la recourante, l'on peine à percevoir en quoi cette augmentation du montant de base le rendrait insuffisant, et ce dans un contexte où la recourante a vu diminuer ses obligations, seules couvertes par le droit à la subvention, résultant de son mandat de prestation.

E. 6.4.6

Ainsi, en supprimant les fenêtres obligatoires et en modifiant les concessions en conséquence, le Conseil fédéral et le DETEC ont modifié le mandat de prestation de la recourante. Dès lors, il ne saurait être considéré que les frais que cette dernière doit engager pour exécuter son mandat de prestations auraient augmenté en raison de cette modification du mandat de prestation. Dans cette mesure, il était justifié, d'une part, de renoncer à multiplier l'unité de base par le coefficient et, d'autre part, à en conséquence allouer la même augmentation à tous les diffuseurs d'une même catégorie.

E. 6.5

Il ressort de ce qui précède que l'augmentation de la quote-part allouée à la recourante, de même qu'à tous les autres diffuseurs, respecte l'art. 40 al. 2 LRTV, de même que le principe de l'égalité de traitement.

E. 6.6

A titre superfétatoire, il doit être relevé que la communication de l'OFCOM avant le prononcé de la nouvelle répartition de la quote-part par le DETEC a été imprécise. En effet, il ressort des échanges d'écriture avant dit prononcé, que l'OFCOM allègue "l'étendue du mandat de prestations n'ont pas changé depuis l'octroi des concessions en 2008" (cf. courrier de l'OFCOM du 4 juillet 2016) ou encore "si la répartition du pourcentage supplémentaire de la redevance décidé par le Conseil fédéral s'effectuait entièrement (à 100%) selon la clé de répartition actuelle, qui tient compte des fenêtres de programme et des deuxièmes programmes, les diffuseurs proposant ces prestations seraient favorisés de manière disproportionnée" (cf. courrier de l'OFCOM du 9 août 2016). Or, ces communications méconnaissent les changements législatifs et vont à l'encontre de l'argumentation du DETEC. En effet, comme le DETEC a fini par lui-même le reconnaître au stade de la réponse au recours, le mandat de prestation a été modifié (suppression des fenêtres supplémentaires obligatoires pour le concessionnaire) et cette modification fonde en partie la décision querellée. Il est regrettable que l'autorité d'instruction et l'autorité inférieure n'aient pas précisé d'avantage et avant le prononcé de la décision querellée que l'octroi de la quote-part de la redevance ferait cette fois l'objet d'un réajustement en raison des modifications législatives et des concessions.

E. 7.1

Au vu de ce qui précède, le recours est rejeté.

E. 7.2

En application de l'art. 63 al. 1 PA et de l'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), les frais de procédure, arrêtés à 7'000 francs, sont mis à la charge du recourant. Ils sont prélevés sur le montant équivalent de l'avance de frais déjà versée. Dans la mesure où le recourant succombe, il n'y a pas lieu de lui allouer une indemnité à titre de dépens (art. 64 al. 1 PA a contrario). (dispositif à la page suivante)

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