



Arrêt du 30 mars 2021

Composition

Claudia Pasqualetto Péquignot (présidente du collège),
Jürg Marcel Tiefenthal, Maurizio Greppi, juges,
Julien Delaye, greffier.

Parties

A. _____ SA,
représentée par Maître Alain Steullet,
Steullet Avocats,
recourante,

contre

B. _____ SA en constitution,
intimée,

Commission fédérale de la communication ComCom,
autorité inférieure.

Objet

Octroi d'une concession de radiocommunication DAB+.

Faits :**A.**

A.a A._____ SA est une société anonyme ayant son siège à X._____, dont le but est la construction et l'exploitation d'infrastructures de diffusion radiophonique émettant en particulier selon les standards Digital Audio Broadcasting (ci-après : DAB), DAB+ et les évolutions résultant de ces derniers, jusqu'à et y compris l'antenne émettrice. Elle exploite une plateforme DAB+ partout en Suisse romande. Elle est détenue notamment par huit radiodiffuseurs, qui transmettent leurs programmes sur ondes ultra-courtes (ci-après : OUC) en Suisse romande.

A.b B._____ SA en constitution réunit des particuliers engagés dans les entreprises C._____ SA et D._____ SA. La première exploite, depuis 2014, des réseaux DAB+ dans les principales agglomérations de Suisse, dont cinq en Suisse romande. La seconde propose des solutions internet pour une clientèle commerciale et privée.

B.

B.a Le 22 mai 2018, la Commission fédérale de la communication ComCom (ci-après : l'autorité inférieure) a chargé l'Office fédéral de la communication OFCOM (ci-après : l'OFCOM) de soumettre à un appel d'offres public une concession de radiocommunication DAB+ dans la bande III VHF pour la partie francophone de la Suisse (FCH 04).

B.b L'OFCOM a reçu les candidatures de A._____ SA et de B._____ SA en constitution dans le cadre de la procédure d'adjudication lancée et publiée le 28 mai 2018.

B.c La ComCom a auditionné les candidats le 19 mars 2019.

C.

Par décision du 13 mai 2019, la ComCom a attribué la concession de radiocommunication DAB+ dans la bande III VHF pour la partie francophone de la Suisse (FCH 04) à B._____ SA en constitution et rejeté la candidature de A._____ SA. Elle a fixé l'émolument de décision à 18'900 francs et l'a mis, pour moitié, à la charge de B._____ SA en constitution et, pour l'autre moitié, à la charge de A._____ SA.

D.

A._____ SA (ci-après : la recourante) a formé recours, le 11 juin 2019, contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral. Elle conclut, principalement et sous suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision

attaquée et à ce que la concession de radiocommunication DAB+ dans la bande III VHF pour la partie francophone de la Suisse (FCH 04) lui soit attribuée. Subsidiairement, elle conclut au renvoi du dossier à l'autorité inférieure pour nouvelle décision. Elle sollicite notamment la mise en place d'une expertise judiciaire sur certains points.

E.

Par mémoire de réponse du 4 septembre 2019, l'autorité inférieure a conclu au rejet du recours.

F.

B. _____ SA en constitution (ci-après : l'intimée) ne s'est, quant à elle, pas déterminée dans le délai imparti.

G.

Dans ses observations finales du 14 février 2020, la recourante a maintenu l'ensemble de ses conclusions.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela s'avère nécessaire.

Droit :

1.

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître du présent recours (art. 31, 32, 33 let. f de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral [LTAF, RS 173.32] et art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA, RS 172.021]).

La qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante (art. 48 al. 1 PA). Au surplus, les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme du mémoire, ainsi qu'à l'avance de frais (art. 11 al. 1, 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA) sont respectées.

Partant, le recours est recevable.

2.

Le recours peut être formé pour violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, pour constatation inexacte ou

incomplète des faits pertinents, ainsi que pour inopportunité, sauf si une autorité cantonale a statué comme autorité de recours (art. 49 PA).

2.1 Le Tribunal administratif fédéral fait cependant preuve d'une certaine retenue dans l'exercice de son pouvoir d'examen lorsque la nature des questions litigieuses qui lui sont soumises l'exige, singulièrement lorsque leur analyse nécessite des connaissances spéciales ou encore lorsqu'il s'agit de circonstances locales que l'autorité qui a rendu la décision connaît mieux (cf. ATF 131 II 680 consid. 2.3.3. ; arrêt du TAF A-379/2016 du 8 septembre 2016 consid. 2.2). Cette pratique est applicable en matière d'octroi de concessions de radiocommunication. En effet, dans ce domaine, la loi confère à l'autorité administrative un important pouvoir d'appréciation, tant pour déterminer si les candidats remplissent les conditions d'octroi de la concession que pour décider – après avoir défini et pondéré les critères de sélection applicables – lequel des candidats est le mieux à même d'exécuter le mandat de prestations. Sur ces questions, le Tribunal observera une certaine retenue et ne s'écartera pas sans nécessité de l'appréciation de l'autorité inférieure. Ceci vaut tout particulièrement s'agissant du contrôle du choix et de la pondération des critères de sélection (cf. arrêt du TAF A-7143/2008 du 16 septembre 2009 consid. 5.4). En revanche, il vérifiera librement si l'autorité inférieure a établi complètement et exactement les faits pertinents et, sur cette base, si elle a correctement appliqué le droit, sans se laisser guider par des motifs étrangers aux normes appliquées et en tenant compte de manière adéquate de tous les intérêts en présence (cf. arrêt A-7143/2008 précité consid. 5.4).

2.2 La procédure fédérale est essentiellement régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que l'autorité administrative constate les faits d'office et procède, s'il y a lieu, à l'administration de preuves par les moyens idoines (art. 12 PA). La maxime inquisitoire doit cependant être relativisée par son corollaire : le devoir de collaborer des parties (art. 13 PA ; cf. CLÉMENCE GRISEL, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, 2008, n° 142). La procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral est également régie par la maxime inquisitoire en vertu de l'art. 37 LTAF. Celle-ci est cependant quelque peu tempérée, notamment en raison du fait qu'il ne s'agit, dans ce cas, pas d'un établissement des faits *ab ovo*. Il convient de tenir compte de l'état de fait déjà établi par l'autorité inférieure. En ce sens, le principe inquisitoire est une obligation de vérifier d'office les faits constatés par l'autorité inférieure plus que de les établir (cf. arrêts du TAF A-5584/2008 du 11 juin 2010 consid. 1.2.1 et A-6120/2008 du 18 mai 2010 consid. 1.3.2).

2.3 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 attaquée (cf. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2^e éd. 2013, 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 (cf. ATF 135 I 91 consid. 2.1 ; ATAF 2014/24 consid. 2.2.).

3.

La loi fédérale du 30 avril 1976 sur les télécommunications (LTC, RS 784.10) a pour but d'assurer aux particuliers et aux milieux économiques des services de télécommunications variés, avantageux, de qualité et concurrentiels sur le plan national et international (art. 1 al. 1 LTC).

3.1 En matière de radiocommunication, le spectre des fréquences peut être utilisé librement dans le respect des prescriptions d'utilisation (art. 22 al. 1 LTC). Le Conseil fédéral peut prévoir notamment que l'utilisation de certaines fréquences n'est admise qu'avec une concession de l'OFCOM ou, dans les cas visés à l'art. 22a, de la ComCom (art. 22 al. 2 let. a LTC).

Dans ce cadre, le Conseil fédéral a adopté, le 22 décembre 2010, des directives pour l'utilisation des fréquences de radio et de télévision (Directives sur les fréquences de radiodiffusion, FF 2011 503 ss). Conformément à l'art. 3 al. 1 de ces directives, le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication DETEC libère des fréquences qui servent principalement à diffuser des programmes de radiodiffusion pour une utilisation dans la norme DAB+ et formule les conditions générales ainsi que les critères d'adjudication relevant de la politique des médias pour l'octroi des concessions correspondantes.

3.2 Selon l'art. 22a LTV, la ComCom octroie les concessions pour l'utilisation du spectre des fréquences de radiocommunication destinées à la fourniture de services de télécommunications (al. 1). Lorsqu'il est à prévoir qu'il n'y aura pas assez de fréquences disponibles, elle lance en règle générale un appel d'offres public (al. 2). Le Conseil fédéral définit les principes régissant l'octroi de concessions de radiocommunication qui sont entièrement ou partiellement destinées à la diffusion de programmes de radio et de télévision (al. 4).

Quiconque veut obtenir une concession de radiocommunication doit disposer des capacités techniques nécessaires et, lorsque l'utilisation des fréquences l'exige, d'un certificat de capacité idoine et garantir qu'il respectera le droit applicable en la matière, notamment la présente loi, la LRTV et leurs dispositions d'exécution ainsi que la concession (art. 23 al. 1 LTC). La concession est uniquement octroyée si des fréquences sont disponibles en quantité suffisante compte tenu du plan national d'attribution des fréquences (art. 23 al. 3 LTC).

Le Conseil fédéral règle la procédure d'octroi des concessions de radiocommunication. Celle-ci obéit aux principes de l'objectivité, de la non-discrimination et de la transparence. Les données fournies par les requérants sont traitées de manière confidentielle (art. 24 al. 1 LTC).

Pour la procédure de première instance concernant l'appel d'offres public et pour la procédure de recours, le Conseil fédéral peut, notamment afin d'évaluer les offres et de sauvegarder des secrets d'affaires, déroger aux dispositions de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative concernant la constatation des faits, la collaboration des parties, la consultation des pièces, le droit d'être entendu et la notification et la motivation des décisions.

3.3 Sur cette base, le Conseil fédéral a adopté, le 18 novembre 2020, l'ordonnance sur l'utilisation du spectre des fréquences de radiocommunication (OUS, RS 784.102.1). Elle a remplacé l'ordonnance du 9 mars 2007 sur la gestion des fréquences et les concessions de radiocommunication (aOGC, aRS 784.102.1).

4.

L'objet du litige porte sur la question de savoir si c'est à bon droit que l'autorité inférieure a octroyé la concession de radiocommunication DAB+ dans la bande III VHF pour la Suisse romande (FCH 04) à l'intimée et rejeté, par là même, la candidature de la recourante.

5.

La recourante se plaint, dans un premier temps, d'une violation du principe de l'égalité de traitement dans le déroulement de la procédure d'appel d'offres.

5.1 Elle fait valoir qu'en publiant l'appel d'offres le 28 mai 2018 et en fixant la date de retour des offres au 27 juillet 2018, l'autorité inférieure lui a imparti un délai trop court, compte tenu des impératifs liés à la constitution

du dossier. Elle souligne que, lors d'une séance qui s'est tenue dans les locaux de l'intimée, celle-ci aurait déclaré que cela faisait deux ans qu'elle construisait son dossier avec l'aide des collaborateurs de l'OFCOM. Ainsi, au moment où l'appel d'offres a été lancé, l'intimée avait déjà disposé d'un temps important pour constituer son dossier.

L'autorité inférieure rappelle que le délai fixé au 27 juillet 2018 pour le dépôt des dossiers de candidature était valable pour tous les candidats. Il ne serait donc pas possible de parler d'inégalité de traitement dans ce contexte. Elle souligne que l'appel d'offres avait déjà été annoncé à l'occasion du communiqué de presse du DETEC relatif à la décision de libérer les fréquences le 20 décembre 2017. Enfin, elle relève que l'octroi d'une concession de radiocommunication s'opère toujours en deux phases. Il y a d'abord un sondage d'intérêt dans une phase préparatoire, qui est suivi par la procédure d'appel d'offres. Durant la première phase, les intéressés ont la possibilité de se renseigner auprès de l'OFCOM quant à la faisabilité technique de leurs projets. Dans ce cadre, l'OFCOM a reçu l'intimée en vue d'un échange informel concernant un projet de nouvelle plateforme DAB+ en Suisse romande. Il lui aurait décrit la procédure d'octroi de la concession. L'OFCOM a confirmé, par écrit, les déclarations tenues lors de cet entretien. Il n'a plus eu de contact avec l'intimée après la publication de la mise au concours. En revanche, l'OFCOM a reçu la recourante, le 14 juillet 2016, pour un entretien durant lequel celle-ci a présenté son projet. Elle a, par la suite, été invitée régulièrement à une table ronde, comme tous les exploitants de réseaux existants. L'intimée n'y a, toutefois, pas été conviée. Cette dernière n'a ainsi pas pu, contrairement à la recourante, s'appuyer sur les informations communiquées dans ce cadre-là. La recourante s'est adressée à deux reprises respectivement à l'OFCOM et à l'autorité inférieure pour exprimer le souhait que « la Suisse romande ne soit pas arrosée par une concession supplémentaire ».

5.2 De manière générale, une décision viole le principe de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.), lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable n'est pas traité de manière différente (cf. ATF 141 I 235 consid. 7.1). Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante (cf. ATF 142 I 195 consid. 6.1). Le principe de l'égalité et celui de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.) sont étroitement liés (cf. ATF 132 I 157 consid. 4.19). Une décision viole le principe de

l'interdiction de l'arbitraire lorsqu'elle ne repose pas sur des motifs sérieux et objectifs ou si elle est dépourvue de sens et de but. L'inégalité de traitement apparaît ainsi comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (cf. ATF 132 I 157 consid. 4.1 et 129 I 1 consid. 3).

5.3 En l'occurrence, l'appel d'offres public concernant l'adjudication d'un bloc de fréquences DAB+ pour la diffusion de programmes de radio en Suisse romande a été publié le 28 mai 2018 (cf. Ouverture de l'appel d'offres public concernant l'adjudication d'un bloc de fréquences DAB+ pour la diffusion de programmes de radio dans la Suisse romande, FF 2018 3341). Le délai pour le dépôt des dossiers de candidature a été fixé, pour tous les candidats, au 27 juillet 2018. On ne saisit pas en quoi le fait de prétendre que ce délai serait trop court constituerait une violation du principe de l'égalité de traitement. De tels griefs n'ont pas à être examinés davantage.

Quant aux contacts entre l'OFCOM et les intéressés préalablement à la publication de l'appel d'offres, la recourante perd de vue que, dans le cadre du sondage d'intérêt du 15 avril 2016, les intéressés avaient la possibilité de se renseigner auprès de l'OFCOM quant à la faisabilité technique de leur projet (cf. Guide sur la planification des fréquences OUC du 1^{er} avril 2013, ch. 2, disponible sur www.bakom.admin.ch > Médias électroniques > Technologie > OUC > Guide sur la planification des fréquences). La recourante et l'intimée ont toutes deux fait usage de cette faculté et ont, dans ce cadre, rencontré des représentants de l'OFCOM. Au surplus, il ne ressort pas des différents échanges de courriels produits par l'autorité inférieure que cette dernière aurait cherché à avantager la candidature de l'intimée dans le cadre de contacts préliminaires qui dépasseraient les informations qu'aurait pu solliciter la recourante au sujet de son propre projet (cf. pièces 2 et 3 de l'autorité inférieure). Au contraire, il y a lieu de relever qu'aucun échange individuel avec les candidats n'a eu lieu après la publication de l'appel d'offres. L'intimée n'a d'ailleurs pas cherché à obtenir des avantages particuliers dans le cadre de la procédure d'appel d'offres. A l'inverse, on s'étonne de constater que la recourante s'est adressée à deux reprises, après la publication de l'appel d'offres, respectivement à l'OFCOM et à l'autorité inférieure pour exprimer le souhait que « la Suisse romande ne soit pas arrosée par une concession supplémentaire » (cf. pièce 11 et 15 du dossier de la procédure de première instance). Dans ces circonstances, le Tribunal ne voit pas en quoi l'autorité inférieure aurait violé le principe de l'égalité de traitement en

procédant comme elle l'a fait dans le cadre du sondage d'intérêt, puis par la suite dans la procédure d'appel d'offres proprement dite.

Partant, les griefs soulevés par la recourante doivent être, sans autres, rejetés sur ce point.

6.

La recourante se plaint, dans un deuxième temps, que la décision attaquée violerait les art. 22 ss LTC, dans la mesure où l'autorité se serait fondée sur des sous-critères qui ne sont pas mentionnés dans l'appel d'offres.

6.1 Elle rappelle que l'autorité inférieure a annoncé et pondéré cinq critères dans les documents d'appel d'offres, en l'espèce la contribution à la diversité des médias, l'économie, le concept et la mise en œuvre, la desserte et le déploiement, ainsi que la cohérence et la crédibilité du projet. L'autorité inférieure aurait toutefois tenu compte de plusieurs sous-critères qu'elle n'aurait pas annoncés ni pondérés.

L'autorité inférieure estime avoir suffisamment décrit chaque critère dans les documents d'appel d'offres. Cette description constituait à la fois le fondement de la formulation des sous-critères ainsi que la clarification de divers aspects découlant du critère principal. Ces précisions ont contribué à obtenir une évaluation détaillée et uniforme ainsi qu'une comparaison impartiale des candidatures. Elle souligne, au surplus, que la loi sur les télécommunications ne fait que dessiner le cadre de la procédure et n'impose pas la publication des sous-critères.

6.2 En date du 1^{er} janvier 2021, l'ordonnance sur l'utilisation du spectre des fréquences de radiocommunication a remplacé l'ordonnance sur la gestion des fréquences et les concessions de radiocommunication. En l'absence de dispositions transitoires, la question du droit applicable doit être tranchée par le biais des principes généraux du droit intertemporel (cf. arrêt du TAF A-612/2015 du 4 mars 2016 consid. 3.1.1). D'après les règles générales régissant la détermination du droit applicable (cf. ATF 131 V 425 consid. 5.1), l'application d'une norme à des faits entièrement révolus avant son entrée en vigueur est interdite (cf. ATF 137 II 371 consid. 4.2). En dérogation à ce principe général, les nouvelles règles de procédure s'appliquent pleinement dès leur entrée en vigueur aux causes qui sont encore pendantes (cf. ATF 137 II 409 consid. 7.4.5). En l'espèce, la décision attaquée a été prise le 13 mai 2019, en application des principes de l'ordonnance sur la gestion des fréquences et les concessions de radiocommunication. Celle-ci est donc applicable à la réalisation de l'état

de fait litigieux, y compris s'agissant des principes procéduraux applicables à la procédure d'appel d'offres.

6.3 Tout appel d'offres effectué au sens de l'art. 24 LTC est publié dans la Feuille fédérale avec l'indication du délai de dépôt des offres. Les documents relatifs à l'appel d'offres indiquent les critères d'adjudication ainsi que leur pondération (art. 20 al. 1 aOGC). L'autorité concédante détermine si la concession sera adjugée sur la base de certains critères ou au plus offrant (art. 21 al. 1 1^{re} phrase aOGC). Lorsque la concession est octroyée selon certains critères, l'autorité concédante évalue les offres en fonction des critères et de leur pondération tels qu'ils sont indiqués dans les documents relatifs à l'appel d'offres (art. 22 al. 1 aOGC).

Ni la loi sur les télécommunications, ni l'ordonnance sur la gestion des fréquences et les concessions de radiocommunication ne contiennent de règles de procédure détaillées pour l'attribution d'une concession de radiocommunication. La législation précitée ne fait que fixer le cadre des critères à prendre en compte (cf. ATAF 2009/64 consid. 6.2). L'autorité peut, par exemple, si des conditions essentielles se modifient, adapter, suspendre ou interrompre la procédure (art. 24 aOGC). De même, si la demande est incomplète ou contient des informations insuffisantes, l'autorité peut fixer un délai pour la rectifier. Il suit de là que la loi ne fixe pas le niveau de détail, la pondération des différents critères et la manière dont les critères doivent être examinés, à savoir quels sous-critères doivent être appliqués (cf. ATAF 2009/64 consid. 6.3 ; arrêt du TAF A-7762/2008 du 10 décembre 2009 consid. 7.2). En effet, l'autorité concédante doit s'assurer que le mandat de prestations confié sera rempli de manière optimale. Pour ce faire, elle ne se fonde donc pas, contrairement au droit des marchés publics, sur des facteurs principalement financiers, mais plutôt sur des critères qualitatifs qui ne peuvent être quantifiés avec une précision mathématique (cf. ATAF 2009/64 consid. 6.6 ss). L'autorité dispose ainsi d'un très large pouvoir d'appréciation.

Cette façon de procéder est, au surplus, conforme à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme, CEDH, RS 0.101). La Cour européenne des droits de l'homme a, en effet, défini les exigences minimales pour l'octroi d'une concession dans la décision *Glas Nadejda Eood Et Elenkov c. Bulgarie*. L'autorité concédante doit uniquement formuler et publier, de manière adéquate, les critères d'octroi ou de refus d'une concession et s'en tenir aux critères annoncés. En effet, si certains critères peuvent être assez clairs, d'autres le sont moins et, en dépit d'un

système de points, la plupart des critères peuvent se prêter à une appréciation extrêmement subjective. Il suffit donc, pour qu'ils satisfassent à l'exigence de légalité posée par la Convention, que les critères soient suffisamment accessibles et précis et que la manière dont l'autorité concédante les applique offre des garanties suffisantes contre l'arbitraire (cf. arrêt de la CEDH n° 14134/02 du 11 octobre 2007 *Glas Nadejda Eood Et Elenkov c. Bulgarie* ch. 45 ss ; ég. ATAF 2009/64 consid. 6.4).

Il s'ensuit que ni la loi sur les télécommunications ni le droit supérieur n'imposent une obligation de transparence accrue. L'autorité concédante n'a aucune obligation d'établir des sous-critères et de déterminer avec précision un schéma de pondération en pourcentage des différents éléments d'évaluation (cf. ATAF 2009/64 consid. 6.6 ss).

6.4 Partant, reste à examiner si, en l'espèce, l'autorité inférieure a évalué les offres en fonction de critères étrangers à l'appel d'offres et si, ce faisant, elle a versé dans l'arbitraire. Pour ce faire, il s'agit de déterminer si les critères d'évaluation des offres étaient suffisamment accessibles et précis pour permettre à la recourante de prévoir, dans un degré raisonnable, les modalités d'évaluation de son offre.

6.4.1 Selon la jurisprudence, l'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable ; le Tribunal n'annulera la décision attaquée que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté, ou encore lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité ; pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (cf. ATF 129 I 8 consid. 2.1 et 128 I 177 consid. 2.1 ; ATAF 2009/57 consid. 4.1.3). Lorsque la loi laisse une décision à l'appréciation d'une autorité, la prohibition de l'arbitraire sanctionne l'abus du pouvoir d'appréciation. Sont visées par là les situations dans lesquelles l'exercice du pouvoir d'appréciation se révèle insoutenable, non seulement erroné mais encore de manière qualifiée, lorsque la décision se révèle à l'évidence inconciliable avec les règles du droit et de l'équité ou lorsque l'autorité a tenu compte d'éléments qui n'avaient aucune importance ou a écarté des éléments décisifs (cf. ATF 100 Ib 494 consid. 2a ; ATAF 2009/57 consid. 4.1.3). Pour éviter un tel abus, l'autorité doit exercer sa liberté conformément au droit ; elle doit premièrement respecter le but dans lequel un tel pouvoir lui a été conféré et ne pas le détourner de sa finalité. Les

critères employés doivent être transparents et objectifs, ou plutôt raisonnables, faute de quoi l'autorité se rend coupable d'arbitraire (cf. ATAF 2009/57 consid. 4.1.3).

6.4.2 En l'occurrence, il ressort des documents relatifs à l'appel d'offres DAB+ FCH 04 (disponibles sur www.bakom.admin.ch > Médias électroniques > Technologie > Numérique > La ComCom lance un appel d'offres pour un nouveau réseau DAB+ en Suisse romande [ci-après : les documents d'appel d'offres]) que l'évaluation des indications fournies repose sur deux catégories de critères. Les candidats doivent d'abord remplir impérativement certains critères de qualification. Ces critères permettent de s'assurer que les conditions de la concession et les exigences fixées envers les fournisseurs de services de télécommunications seront respectées. Les offres des candidats sont ensuite évaluées sur la base de critères de sélection et comparées entre elles à l'aide de critères pondérés. La concession est ensuite adjugée au candidat dont le dossier obtient la meilleure évaluation (ch. 5.1 des documents d'appel d'offres).

L'autorité inférieure énumère et pondère ensuite les cinq critères de sélection suivants.

6.4.2.1 Le critère de la diversité des médias est pondéré à hauteur de 30%.

L'autorité inférieure précise que son objectif est que l'octroi de la présente concession permette de renforcer la diversité des médias, que ce soit par des formats nouveaux, innovants et diversifiés (notamment l'utilisation d'internet avec des services sur demande, des éléments de programmes supplémentaires via le canal de retour, du texte, des images, etc.), de nouveaux programmes « grand public » ou des offres thématiques de diffuseurs existants. Le consommateur doit se voir proposer un large éventail de programmes comprenant des éléments informatifs, culturels et didactiques aussi bien que du divertissement. L'évaluation porte sur le caractère innovant des contenus aussi bien que sur la diversité thématique (ch. 5.3.1 des documents d'appel d'offres). Le dossier de candidature doit exposer quelle contribution le projet apporte à la promotion de la diversité des médias dans la zone de diffusion, à la prise en compte de formats et de productions innovants, notamment dans l'interaction entre la radiodiffusion et l'internet, ainsi qu'à un éventail d'offres qui soit le plus large possible, qui contienne également des éléments informatifs, didactiques et culturels. Le candidat doit fournir des indications sur les contenus et la forme des nouvelles contributions, sur des formes de

production innovantes ainsi que sur la composition de l'éventail d'offres dans son ensemble (sur les différents programmes). Par ailleurs, il doit également indiquer avec quels producteurs de contenus et fournisseurs de programmes il pense collaborer (ch. 6.2.6 des documents d'appel d'offres)

6.4.2.2 Deuxièmement, le critère de l'économie est pondéré à hauteur de 30 %.

L'autorité inférieure précise qu'elle attend des candidats qu'ils veillent à avoir un rapport équilibré entre diversité et rentabilité lors de la composition de l'offre de programmes. Le candidat doit fournir une évaluation réaliste de la possibilité de financement du réseau d'émetteurs sur la base d'une analyse des risques et du marché. L'évaluation doit porter sur la qualité du plan d'affaires et du plan de service, ainsi que sur les risques auxquels le candidat sera confronté dans la réalisation du projet (ch. 5.3.2 des documents d'appel d'offres). Le candidat doit encore présenter un plan d'affaires (*business plan*), portant sur toute la durée de la concession et contenant notamment une analyse du marché portant sur le potentiel du marché et les groupes cibles, sur les éventuels concurrents et les réactions attendues de leur part ainsi que sur les possibles répercussions sur le plan d'affaires. Ce dernier doit contenir également les comptes annuels prévisionnels, les bilans annuels prévisionnels, la valeur commerciale estimée, le seuil de rentabilité, la planification des investissements et du financement. Dans le cadre de la planification commerciale, le candidat doit démontrer que les moyens financiers nécessaires à la réalisation du projet sont à sa disposition ou peuvent être mis à sa disposition. Les différents moyens financiers doivent être décrits avec précision et leur provenance doit, en particulier, être attestée. Ces assurances doivent mentionner les montants minimaux que les entreprises concernées mettraient à disposition en cas d'octroi de la concession. Le candidat doit encore exposer les dangers et les risques, ainsi que les opportunités du projet proposé dans une analyse globale des risques (ch. 6.2.4 des documents d'appel d'offres).

6.4.2.3 Troisièmement, le critère du concept et de la mise en œuvre est pondéré à hauteur de 15 %.

L'autorité inférieure veut, par là même, évaluer le concept et le mode de mise en œuvre du projet envisagé. L'évaluation porte en particulier sur l'organisation de projet, la planification du déroulement et le calendrier, les plans de diffusion, l'affectation économique des fréquences et le lancement commercial prévu pour le service (ch. 5.3.3 des documents d'appel

d'offres). Le candidat doit fournir des renseignements sur la manière dont il entend garantir le respect des dispositions de la concession sur le plan technique (ch. 6.2.3.2 des documents d'appel d'offres). Il doit également indiquer comment il affectera les fréquences de la manière la plus économique possible. Pour ce faire, il doit fournir des informations concernant l'infrastructure de réseau prévue et, le cas échéant, existante, la norme de transmission utilisée, des cartes montrant la couverture réseau prévue, avec indication des paramètres de planification précis, tels que le mode de réception, la qualité de la desserte, le canal de fréquences utilisé pour l'allotissement en question, l'intensité de champ de réception prévue et les outils de planification utilisés. Pour l'évaluation de la mise en œuvre du projet envisagé, il doit notamment fournir des indications sur l'organisation du projet, le calendrier et le plan de déroulement, le lancement commercial prévu pour le réseau et la réalisation technique des services prévus (ch. 6.2.3.3 des documents d'appel d'offres).

6.4.2.4 Quatrièmement, le critère de la desserte et du déploiement est pondéré à hauteur de 15 %.

L'autorité inférieure précise que, pour des raisons d'affectation économique des fréquences, elle envisage d'octroyer une concession pour la desserte de l'ensemble de la Suisse romande. Néanmoins, une réalisation de l'extension du réseau par étapes est concevable. L'objectif est qu'au moment de la mise hors-service des émetteurs OUC dans toute la Suisse, entre 2021 et 2024, la réception d'une offre de programmes aussi large que possible soit disponible via DAB+ en Suisse romande. Dans les grands centres notamment, la mise en service du réseau devrait être achevée au plus tard à cette période-là. Un développement complet du réseau réalisé ultérieurement doit, dans tous les cas, être inclus dans le projet. Le candidat doit donc exposer, de manière détaillée, la mise en place du réseau et le calendrier de la mise en service, compte tenu des exigences minimales définies (ch. 5.3.4 des documents d'appel d'offres).

6.4.2.5 Cinquièmement et dernièrement, le critère de la cohérence et de la crédibilité du projet est pondéré à hauteur de 10 %.

L'autorité inférieure évalue la qualité des informations fournies. Lors de l'évaluation des différents critères, les éléments suivants figurent au premier plan : la cohérence des informations, l'exhaustivité, transparence et exactitude des informations fournies, la crédibilité des informations fournies, la pertinence et bien-fondé des scénarios choisis, ainsi que la clarté de la présentation (ch. 5.3.5 des documents d'appel d'offres).

6.4.3 Dans la décision attaquée, l'autorité inférieure s'est fondée sur ces cinq critères, qu'elle a pondérés selon les indications fournies dans les documents d'appel d'offres. Si elle a, certes, renommé le critère relatif à « l'économie » en critère relatif à « la rentabilité », force est d'admettre que le but poursuivi par ce critère est le même et la recourante ne pouvait ignorer, à la lecture attentive de l'appel d'offres que, sous le critère relatif à l'économie, l'autorité inférieure entendait vérifier la rentabilité du projet. Elle a d'ailleurs expressément annoncé dans l'appel d'offres qu'elle vérifierait sous ce critère le rapport équilibré entre diversité et rentabilité lors de la composition de l'offre de programmes.

6.4.4 Au surplus, afin d'évaluer les candidatures, l'autorité inférieure s'est posée trois questions pour chacun des critères et les réponses ont été couplées à un système de points : les réponses possibles étaient « oui » pour 120 points, « partiellement oui » pour 80 points, « partiellement non » pour 40 points, et enfin « non » pour 0 point.

6.4.4.1 S'agissant du critère « contribution à la diversité des médias », l'autorité inférieure a cherché à offrir aux consommateurs une large palette de programmes proposés par des fournisseurs actuels et nouveaux, comprenant des éléments informatifs, culturels et didactiques ainsi que du divertissement. L'évaluation porte d'une part sur le caractère innovant des contenus et des formats, et d'autre part sur la diversité thématique. Elle a cherché à répondre aux trois questions suivantes :

- *Le candidat contribue-t-il à la diversité des médias au niveau des contenus ?*

L'autorité inférieure a cherché à déterminer si le candidat proposait un mélange suffisamment large de contenus dans les domaines de l'information, de la culture, de la formation et du divertissement, si d'autres formats tels que des programmes essentiellement axés sur des entretiens ou des programmes en langue étrangère étaient envisagés et si un mélange de programmes commerciaux et non commerciaux était prévu.

- *La plateforme est-elle ouverte à de nouveaux fournisseurs de contenus radiophoniques ?*

L'autorité inférieure a cherché à établir si la plateforme était ouverte à des fournisseurs en dehors du marché existant, par exemple en provenance d'autres régions linguistiques ou de l'étranger, ou si elle

prévoit au contraire majoritairement des programmes thématiques de diffuseurs existants. Pour ce faire, elle a notamment examiné si des règlements idoines régissaient l'accès à la plateforme.

- *Le candidat présente-t-il des éléments nouveaux et innovants de production et de diffusion des programmes ?*

L'autorité inférieure a examiné si les offres des candidats exploraient les possibilités offertes par la technologie DAB+ de joindre au signal radiophonique des textes, des graphiques, des images ou des liens vers des offres complémentaires ou des contenus individuels et interactifs.

6.4.4.2 S'agissant du critère « rentabilité », l'autorité inférieure attend des candidats une estimation réaliste du financement du réseau d'émetteurs. Une telle estimation doit reposer sur une analyse compréhensible du marché et des risques. L'évaluation porte sur la qualité du plan d'affaires et du plan de services, ainsi que sur les risques auxquels le candidat est exposé lors de la réalisation du projet. Elle a cherché à répondre aux trois questions suivantes :

- *Peut-on évaluer, sur la base des documents remis, si les investissements d'aménagement ou de développement du réseau peuvent être financés ?*

L'autorité inférieure a cherché à savoir si les candidats étaient en mesure de construire le réseau d'émetteurs DAB+ et d'élargir successivement l'étendue de la desserte en respectant les différentes étapes. Un plan d'investissement et d'exploitation approprié doit prouver le montant et l'origine du capital-actions et l'engagement des ressources pour le financement des différentes étapes.

- *Les moyens financiers sont-ils suffisants pour assurer l'exploitation ?*

L'autorité inférieure a déterminé dans quelle mesure un financement était assuré pour une exploitation à long terme du réseau d'émetteurs. Elle a examiné, sur la base du bouquet de programmes, si les coûts de la plateforme étaient couverts à moyen terme par les revenus de la location des espaces de programme. L'OFCOM envisageant de réduire successivement à partir de 2020 et à terme de supprimer l'aide financière à la diffusion numérique accordée jusqu'ici aux diffuseurs dans le cadre du soutien aux nouvelles technologies, les candidats

doivent aussi démontrer que l'exploitation pourra être assurée malgré l'arrêt annoncé de l'aide aux nouvelles technologies.

- *L'estimation des risques par le candidat est-elle réaliste ?*

L'autorité inférieure a considéré l'estimation des risques réalisée par les candidats. Elle vérifie s'ils démontrent si, et pour quel montant, des réserves sont disponibles pour garantir une poursuite de l'exploitation. Elle examine également quelle stratégie est adoptée, par exemple en cas de renoncement d'un diffuseur.

6.4.4.3 S'agissant du critère « concept et mise en œuvre », l'autorité inférieure a évalué, en particulier, l'organisation du projet, la planification des opérations et des délais, les plans de diffusion, l'utilisation économique des fréquences et le lancement commercial prévu du service. Elle a cherché à répondre aux trois questions suivantes :

- *Le concept de réalisation présenté correspond-il aux exigences de l'appel d'offres en ce qui concerne la zone de desserte, l'utilisation des fréquences et le degré de réalisation ?*
- *L'organisation de projet du candidat permet-elle de garantir une réalisation de son concept selon ses prévisions ?*
- *Les délais concernant la mise en exploitation et l'extension du réseau sont-ils réalistes ?*

6.4.4.4 S'agissant du critère « couverture et déploiement », l'autorité inférieure rappelle qu'au moment de la mise hors-service des émetteurs OUC dans toute la Suisse, entre 2021 et 2024, la réception d'une offre de programmes aussi large que possible doit être disponible sur DAB+ en Suisse romande. Dans les grands centres, la mise en service du réseau doit être achevée au plus tard à cette période-là. Une extension complète du réseau doit faire partie du projet. Elle a cherché à répondre aux trois questions suivantes :

- *Le candidat peut-il réaliser, jusqu'à la mise hors-service des OUC, une couverture DAB+ au moins dans les grandes agglomérations ?*
- *Le candidat envisage-t-il de couvrir dans la phase finale l'ensemble de la Suisse romande ?*

- *Les données techniques fournissent-elles des indications sur la qualité requise de la desserte ?*

L'évaluation a porté sur les emplacements d'émetteurs, leur puissance, la portée, l'efficacité et l'économie de fréquences, ainsi que sur la relation entre le nombre d'émetteurs et la qualité de la desserte atteinte.

6.4.4.5 Enfin, s'agissant du critère « cohérence et crédibilité du projet », l'autorité inférieure a vérifié la qualité des informations fournies, en prenant en compte la cohérence, l'exhaustivité, la transparence, la crédibilité et l'exactitude des informations, la pertinence et le bien-fondé des scénarios choisis ainsi que la clarté de la présentation. Elle a cherché à répondre aux questions suivantes :

- *Du point de vue formel, la demande satisfait-elle aux exigences formulées dans l'appel d'offres ?*
- *Les indications figurant dans la demande sont-elles cohérentes, complètes et crédibles ?*
- *Les informations fournies sont-elles correctes ?*

6.4.4.6 Sur le vu de ce qui précède, le Tribunal ne voit rien à redire sur la façon dont l'autorité inférieure a évalué les critères principaux au moyen d'une série de questions et en attribuant des points en fonction de la réponse à ces questions. Les questions posées se fondent, sans exception, sur des informations que l'autorité inférieure a expressément requises dans le cadre de l'appel d'offres et sur lesquelles elle a attiré l'attention des candidats. Les indications détaillées figurant dans l'appel d'offres et que le Tribunal a résumé ci-dessus (cf. supra consid. 6.4.2.1 à 6.4.2.5) correspondent, en substance, aux questions formulées dans le cadre de l'évaluation des offres (cf. supra consid. 6.4.4.1 à 6.4.4.5).

Il ne ressort ainsi pas du dossier que l'autorité inférieure a évalué les offres des candidats en fonction de critères étrangers à l'appel d'offres. Les critères d'évaluation étaient, au contraire, suffisamment accessibles et précis pour permettre à la recourante de prévoir, en étudiant attentivement le dossier d'appel d'offres, les modalités d'évaluation de celles-ci et les points sur lesquels l'autorité inférieure porterait une attention toute particulière.

6.5 Il suit de là que l'autorité inférieure n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation et encore moins versé dans l'arbitraire en établissant,

comme elle l'a fait, les critères principaux, leurs modalités d'évaluation et leur pondération.

Mal fondé, le recours doit donc être rejeté sur ce point.

7.

Il s'agit dès lors de déterminer si l'autorité a constaté les faits de manière inexacte et incomplète et violé la loi sur les télécommunications en évaluant, de manière concrète, les offres des candidats.

7.1 La recourante fait valoir que, sur plusieurs points, l'autorité inférieure n'aurait pas tenu compte des indications figurant dans son dossier. Elle a l'impression que ces éléments n'ont simplement pas été vus par l'autorité inférieure. Elle relève l'existence de contradictions, dans la mesure où l'autorité inférieure exprimerait, sur certains points, que le dossier de l'intimée serait de moins bonne qualité que celui de la recourante, mais qu'elle noterait les deux candidats dans le sens inverse. Elle se fonde, à cet effet, sur une expertise privée réalisée par un professionnel du secteur de la radiocommunication (cf. pièce n° 6 de la recourante [ci-après : l'expertise privée]).

7.2 A titre liminaire, il y a lieu de rappeler que les résultats issus d'expertises privées sont considérés comme de simples allégués des parties (cf. ATF 142 II 355 consid. 6 et 141 IV 369 consid. 6). Il en découle que le tribunal les apprécie librement (art. 40 de la loi fédérale de procédure civile fédérale [PCF, RS 273] applicable par analogie par renvoi de l'art. 19 PA). L'appréciation des preuves est libre, en ce sens qu'elle n'obéit pas à des règles de preuves légales, prescrivant à quelles conditions le juge devrait admettre que la preuve a abouti et quelle valeur probante il devrait reconnaître aux différents moyens de preuve les uns par rapport aux autres (cf. arrêt du TF 5A.12/2006 du 23 août 2006 consid. 2.3).

En l'occurrence, le document produit par la recourante constitue bien plus un plaidoyer en faveur de son offre qu'une véritable expertise, même réalisée à titre privé. Son auteur y formule uniquement des arguments pour étayer l'approche technique de la recourante et pour mettre en doute certains éléments de la solution concurrente. Celui-ci ne manque, en effet, pas de glorifier, tout au long de son rapport, l'offre de la recourante. Elle « excellerait », notamment, en maîtrisant « tous les aspects » de la gestion d'un « vrai » réseau. L'auteur suggère, au surplus, que la cohabitation entre la recourante et l'intimée laisserait entrevoir « de longues discussions entre tous les acteurs afin [de] dégager les responsabilités respectives,

sans toutefois placer les auditeurs au centre des débats », mettant ainsi en doute, sans fondement aucun, la capacité de l'intimée à traiter avec les différents acteurs du marché.

Le document produit par la recourante n'apporte ainsi aucune précision sur des éléments de faits qui pourraient demeurer litigieux. Il ne fait qu'exprimer l'avis personnel de son auteur, qui, comme on l'a vu, laisse planer quelques doutes sur son impartialité supposée.

Ainsi, sur le vu de ce qui précède et en rappelant que le Tribunal administratif fédéral doit faire preuve d'une certaine retenue dans l'exercice de son pouvoir d'examen en matière de concession de radiocommunications (cf. supra consid. 2.1), il y a lieu de ne pas tenir compte de l'avis exprimé dans le rapport d'expertise privée produit par la recourante.

7.3 Ceci étant, le Tribunal reprendra une à une les différentes questions pour lesquelles la recourante formule des griefs :

7.3.1 S'agissant de la question « Le candidat contribue-t-il à la diversité des médias au niveau des contenus ? », rattachée au critère « diversité des médias », la recourante estime être ouverte à tous les styles et formes de programmes et en mesure d'offrir une diversité absolue dans tous les domaines. Elle ne comprend pas pourquoi seuls 80 points lui ont été octroyés

En l'occurrence, l'autorité inférieure ne s'est pas éloignée des déclarations de la recourante. Elle a constaté qu'elle entendait bien proposer une large variété de programmes, mais que celle-ci n'avait, pour des raisons de confidentialité, pas souhaité communiquer les noms des programmes. Pour cette raison, l'autorité inférieure n'a pas attribué le nombre de points maximum à la recourante. Le Tribunal n'y voit rien de choquant. L'autorité inférieure a d'ailleurs sanctionné l'intimée pour ce même motif et dans ces mêmes proportions, de sorte que l'on ne saisit pas non plus en quoi il y aurait violation du principe de l'égalité de traitement.

7.3.2 S'agissant de la question « La plateforme est-elle ouverte à de nouveaux fournisseurs de contenu radiophonique ? », rattachée au critère « diversité des médias », la recourante estime que c'est à tort que l'autorité inférieure a retenu qu'elle voulait ouvrir, en premier lieu, sa plateforme à des diffuseurs existants, généralement ses actionnaires. Elle soutient qu'en choisissant ses diffuseurs en lien avec leur impact sur le marché

romand de la publicité, elle cherche à garantir la diversité. Elle soutient que, lorsque le marché publicitaire de Suisse romande sera « asséché » par des chaînes étrangères, la conséquence serait que les diffuseurs locaux seraient affaiblis, puis disparaîtraient. Elle estime que la diversité suppose de garantir que les diffuseurs actuels puissent vivre malgré les « attaques » qu'ils subissent sur le marché de la publicité. Elle soutient que tel serait le cas en Suisse alémanique et ne voit pas pourquoi le marché romand devrait se pénaliser de manière durable en admettant des diffuseurs qui, « en pompant la manne publicitaire », réduirait la diversité. La recourante estime ainsi que les chaînes étrangères cherchent à s'implanter sur le marché suisse et à acquérir de la publicité. Elles seraient toutes purement commerciales et feraient « à peu près la même radio ».

Il y a lieu de rappeler que, selon l'art. 23 al. 4 LTC, l'octroi d'une concession de radiocommunication ne doit pas constituer un grave obstacle à une concurrence efficace, à moins que des motifs d'efficacité économique ne justifient une exception. Il s'agit là d'un critère de qualification, qui permet, à lui seul, d'exclure l'offre d'un candidat.

En l'état, le Tribunal relève que les propos tenus par la recourante, que ce soit dans le cadre du dépôt de son offre ou dans le cadre de son recours constituent un cas limite. La recourante a, en effet, clairement indiqué son intention de privilégier certains diffuseurs, et en particulier ses propres actionnaires. Elle accuse, sans apporter le moindre élément tangible concret en ce sens, les chaînes étrangères d'assécher le marché romand. Une telle façon de procéder aurait pu justifier, à elle seule, l'exclusion de la recourante de l'appel d'offres au motif que son offre constitue un grave obstacle à une concurrence efficace. Sans aller jusque-là, l'autorité inférieure en a tenu compte dans le cadre de l'évaluation de l'impact du projet de la recourante sur la diversité de l'offre. Le Tribunal ne voit rien dans les propos de la recourante qui justifierait une augmentation du nombre de points octroyés.

7.3.3 S'agissant de la question « Le candidat présente-t-il des éléments nouveaux et innovants de production et de diffusion des programmes ? », rattachée au critère « diversité des médias », la recourante estime qu'il s'agit d'une faute de raisonnement que de prétendre que l'innovation contribuerait à la diversité des médias. Elle rappelle que l'intégration de données associées au programme serait difficile à réaliser et que son système hybride, consistant à capter la radio grâce au DAB+ et à y associer toute une série de données qui passent par le canal de l'internet via le smartphone de l'utilisateur ou directement dans

les voitures connectées serait bien plus performant. Elle sollicite, à cet effet, la mise en place d'une expertise judiciaire relative à la comparaison entre la technique préconisée par l'intimée et la sienne.

Le Tribunal ne voit rien de choquant à tenir compte de l'innovation dans le cadre de l'évaluation des offres, ce d'autant plus que celle-ci était expressément mentionnée dans les documents d'appel d'offres (cf. supra consid. 6.4.2.1). Au surplus, il est notoire que le DAB/DAB+ permet un certain degré d'interactivité et l'envoi à l'auditeur de certaines informations en plus du signal radiophonique. En effet, la plupart des postes de radio compatibles avec ces standards sont à même d'afficher, à destination de l'auditeur, certaines informations textuelles en lien avec le programme écouté, comme le titre de l'émission, ainsi que l'interprète et le titre d'un morceau musical. Le site internet de la SSR consacré à la radio DAB+ indique d'ailleurs expressément que l'envoi d'informations complémentaires, en texte et en images, est possible (cf. www.broadcast.ch > Radio > DAB+ > Avantages). Il est ainsi possible de faire transiter, par le signal DAB+, des données telles que du texte ou des images. Le Tribunal ne voit rien à redire à l'idée de promouvoir de telles interactions. L'offre de l'intimée est, à cet égard, manifestement plus complète et aboutie. Celle-ci dispose en effet déjà de sa propre solution logicielle pour permettre d'ajouter facilement certaines données au signal radiophonique. La recourante se montre, quant à elle, pessimiste quant à la faisabilité d'un tel projet et mise davantage sur l'interactivité via l'internet. Sans qu'une expertise doive être ordonnée pour établir ce qui précède, il appert que l'offre de l'intimée correspond davantage au dossier d'appel d'offres et aux attentes de l'autorité inférieure. Partant, il n'est ainsi pas choquant que l'intimée ait reçu 120 points et la recourante seulement 40 points. Le Tribunal fera preuve de retenue et n'interviendra pas sur la notation retenue par l'autorité inférieure.

7.3.4 S'agissant de la question « Peut-on évaluer, sur la base des documents remis, si les investissements d'aménagement ou de développement du réseau peuvent être financés ? », rattachée au critère « rentabilité », la recourante estime apporter des garanties totales quant au financement de ses investissements en apportant des liquidités suffisantes dès le départ.

En l'occurrence, l'autorité inférieure relève l'existence de certains doutes quant à la capacité financière de la recourante à maintenir l'exploitation de sa plateforme pour toute la durée de la concession et pour étendre le réseau à toute la Suisse romande. La recourante laisserait notamment

entendre qu'elle pourrait répondre à l'exigence d'une plus grande diversité en optimisant les capacités sur sa plateforme existante, c'est-à-dire sans couverture DAB+ supplémentaire. A l'inverse, la nouvelle plateforme de l'intimée serait financée au moyen du capital-actions de cette dernière, ainsi que par des fonds étrangers. L'intimée apporterait des détails relatifs au financement de l'aménagement et de la construction sur toute la durée de la concession. Le Tribunal ne voit ainsi pas en quoi l'octroi de 80 points à l'offre de l'intimée et 40 points à celle de la recourante serait choquant.

7.3.5 S'agissant de la question « Les moyens financiers sont-ils suffisants pour assurer l'exploitation ? », rattachée au critère « rentabilité », la recourante estime avoir été pénalisée en raison de son scepticisme quant aux opportunités du marché d'une nouvelle plateforme DAB+. Elle considère que l'offre de l'intimée s'exprime « assez stupidement » sur cette question.

En l'occurrence, le Tribunal constate que l'intimée se montre, de manière générale, plus sûre quant à sa capacité financière à assurer l'exploitation de sa plateforme. Elle compte sur la présence de diffuseurs financièrement solides et ne ferme pas d'emblée toute perspective d'évolution face à l'accroissement des radios d'entreprises et des stations étrangères ou en provenance d'une région linguistique différente du pays. A l'opposé, la recourante se cantonne à la perspective de protéger la présence à l'antenne des programmes de ses propres actionnaires. Elle craint l'arrivée de nouveaux diffuseurs. L'exploitation, sur toute la durée de la concession, n'est ainsi pas assurée par l'offre de la recourante. Elle émet, dans tous les cas, de fortes réserves à ce sujet et remet en doute la nécessité de développer une nouvelle plateforme, et donc le principe même de l'octroi d'une nouvelle concession.

Dans ces conditions, on peine à saisir pourquoi elle a déposé une offre, si ce n'est dans le but de protéger les parts de marché des diffuseurs existants et de ses actionnaires. Partant, on ne voit pas en quoi l'attribution de 40 points à son offre – ce qui paraît déjà très généreux – et de 80 points à l'offre de l'intimée porterait le flanc à la critique.

7.3.6 S'agissant de la question « L'estimation des risques par le candidat est-elle réaliste ? », rattachée au critère « rentabilité », la recourante considère avoir été pénalisée du fait qu'elle estime que les risques sont relativement élevés et qu'elle entend agir de manière prudente.

L'autorité inférieure relève que la recourante mentionne plusieurs risques qui pourraient retarder ou globalement remettre en question une réalisation conforme aux exigences énoncées dans l'appel d'offres, notamment en raison de la saturation du marché de la publicité, de la concurrence étrangère et surtout de la suppression de l'aide aux nouvelles technologies. La recourante aurait proposé, lors de son audition, de renoncer purement et simplement à un octroi d'une nouvelle concession et lui laisser mettre en place une plus grande diversité de programmes dans le cadre de sa plateforme existante.

En l'occurrence, il y a lieu de rappeler, à cet effet, que l'octroi de la concession ne doit pas constituer un grave obstacle à une concurrence efficace (cf. supra consid. 7.3.2). L'attitude de la recourante tend à démontrer qu'elle ne cherche, en réalité, pas à étendre l'offre de programmes radiophoniques par le biais d'une deuxième plateforme DAB+, mais bien à asseoir sa position sur le marché et renforcer les diffuseurs existants. Elle dénote ainsi nécessairement un risque élevé lié à l'établissement d'une deuxième plateforme et suggère qu'il y soit renoncé, plutôt que de développer en quoi elle pourrait minimiser le risque et renforcer l'attrait des programmes existants face à l'arrivée de nouveaux diffuseurs sur le marché. Dans ces conditions, il ne peut être reproché à l'autorité inférieure d'avoir attribué uniquement 40 points à l'offre de la recourante.

7.3.7 S'agissant de la question « Le concept de réalisation présenté correspond-il aux exigences de l'appel d'offres en ce qui concerne la zone de desserte, l'utilisation des fréquences et le degré de réalisation ? », rattachée au critère « concept et mise en œuvre », la recourante fait valoir que l'appréciation de son offre serait totalement fautive. Elle considère qu'elle respecte l'ensemble des phases de l'appel d'offres et qu'elle explique clairement ces points dans son dossier. Elle considère qu'en retenant que les délais ne seraient pas tenus, l'autorité inférieure aurait versé dans l'arbitraire. Elle sollicite sur ce point la mise en place d'une expertise afin d'étudier et de comparer le concept et la mise en œuvre de l'offre de l'intimée et de la sienne.

En l'espèce, l'autorité inférieure a retenu, d'un côté, que la recourante voulait profiter de l'extension de son premier réseau en utilisant les emplacements existants pour l'installation d'une deuxième antenne, qu'elle présentait un plan d'aménagement prudent et circonspect, qu'elle ne mettrait en service les premiers émetteurs qu'à partir de 2020 et que l'extension du réseau devrait être achevée au plus tôt fin 2023. Elle

considère que la recourante n'aurait pas indiqué clairement quand l'aménagement de la zone de desserte serait entrepris et qu'elle ne respecte, dès lors, que partiellement les exigences de l'appel d'offres. Elle attribue 40 points à la recourante.

D'un autre côté, l'autorité inférieure retient que l'intimée veut mettre en service les premiers émetteurs en 2019. Pour 2022, l'objet de desserte prescrit n'est, en revanche, pas atteint. Elle relève que l'intimée dispose déjà des autorisations pour l'utilisation d'émetteurs existants. Toutefois, ceux-ci ne couvrent la Suisse romande que par îlots, dans les grandes agglomérations. L'autorité inférieure émet donc des réserves sur les capacités de la recourante de mettre en œuvre une desserte sur l'ensemble de la Suisse romande. Elle attribue toutefois 80 points à la recourante.

Le Tribunal peine ici à saisir le raisonnement de l'autorité inférieure. Elle retient notamment que la recourante n'aurait pas indiqué clairement quand l'aménagement de la zone de desserte serait entrepris. Or, il ressort de l'offre de la recourante (point 6.2.3.2) qu'elle couvrira, d'ici au 31 décembre 2019, le bassin lémanique (50 % de la population romande), d'ici au 31 décembre 2020, la région de Fribourg-Neuchâtel-Yverdon, (75 % de la population romande), d'ici au 31 décembre 2021, la région du Chablais et de Bas-Valais (88 % de la population romande) et, d'ici au 31 décembre 2022, la région du nord de la Suisse romande, du Pays d'En-Haut, du Valais et de la vallée latérale (95 % de la population romande). Enfin, la recourante ajoute, au surplus, qu'au 31 décembre 2023, elle aurait une couverture de niveau FM représentant 98 % de la population romande.

Pour ce seul motif, la motivation de la décision attaquée ne peut être suivie, ce d'autant plus qu'à l'inverse, elle retient que, pour 2022, l'objet de desserte prescrit ne sera pas atteint pour l'intimée et émet des réserves quant à la capacité de l'intimée à couvrir des zones non-urbaines. L'autorité inférieure estimant que l'offre de l'intimée vaut 80 points nonobstant les réserves émises, il y a, par conséquent, lieu d'attribuer une note supérieure à la recourante, soit 120 points.

7.3.8 S'agissant de la question « L'organisation de projet du candidat permet-elle de garantir une réalisation de son concept selon ses prévisions ? », rattachée au critère « concept et mise en œuvre », la recourante reproche à l'autorité inférieure que sa décision ne reposerait sur rien et serait insuffisamment motivée. Elle estime que son dossier correspondrait, point par point, aux exigences de l'appel d'offres. Elle

s'estime donc victime d'une inégalité de traitement en tant qu'elle n'obtiendrait que 40 points, alors que l'intimée se verrait créditée de 80 points.

On ne saisit pas en quoi l'analyse de l'autorité inférieure porterait le flanc à la critique. La recourante se contente de formuler des griefs en lien avec l'inégalité de traitement et le défaut de motivation de la décision, sans préciser toutefois en quoi tel serait le cas. Elle indique tout au plus ne pas comprendre quelles lacunes l'autorité inférieure lui reproche. Il ressort toutefois d'une lecture attentive de la décision attaquée que l'autorité inférieure estime que des informations précises font défaut, notamment sur la conduite du projet et la surveillance, les responsabilités, le personnel ou la planification concrète des délais. Il pouvait être attendu de la recourante qu'elle comprenne, par elle-même, la portée de ces lignes. Partant, les griefs de la recourante peuvent être écartés sur ce point, sans qu'il soit nécessaire de les examiner davantage, d'autant plus qu'elle n'indique pas quels documents pertinents l'autorité inférieure n'aurait pas vu ou pas pris en considération.

7.3.9 S'agissant de la question « Les délais concernant la mise en exploitation et l'extension du réseau sont-ils réalistes ? », rattachée au critère « concept et mise en œuvre », la recourante se plaint d'arbitraire. Elle aurait donné tous les éléments établissant qu'elle tiendrait les délais. Elle considère que la justification selon laquelle son dossier ne serait pas suffisamment détaillé et que les perspectives seraient incertaines quant à une extension du réseau ne tient pas.

On ne saisit toutefois pas en quoi la notation de l'autorité inférieure relèverait de l'arbitraire. La décision attaquée mentionne notamment que les documents fournis par la recourante ne contiendraient pas d'indications précises sur le déroulement concret jusqu'à la mise en service des émetteurs. A l'inverse, l'intimée s'appuierait sur la présence d'emplacements déjà en exploitation, de sorte que la planification des opérations présentée serait plausible dans les délais annoncés. L'autorité inférieure indique ainsi très clairement les raisons qui l'ont poussée à noter les deux offres comme elle l'a fait et la recourante ne développe pas en quoi cette notation serait insoutenable. Il n'y a, par conséquent, pas lieu d'examiner davantage ses griefs.

7.3.10 S'agissant du critère « couverture et déploiement », la recourante estime, là aussi, que l'arbitraire de la décision sauterait aux yeux. Elle

indique, en effet, qu'elle couvrira la Suisse romande avec 27 émetteurs efficaces et bien placés, alors que l'intimé ne prévoirait que 20 émetteurs.

Le Tribunal ne saisit pas en quoi tel serait le cas. La recourante se contente de renvoyer à son expertise privée. Toutefois, comme considéré (cf. supra consid. 7.2), l'avis de l'expert privé peut être écarté. L'autorité inférieure s'est fondée, pour évaluer ce critère, sur les calculs effectués par les spécialistes de l'OFCOM. Au surplus, le Tribunal ne voit rien de choquant à ce que l'autorité inférieure retire des points à la recourante au motif que, pour une même qualité de couverture, elle utilise plus de 30 % d'émetteurs en plus.

7.3.11 Dans un dernier grief, la recourante se plaint d'être pénalisée, une seconde fois, dans l'évaluation du critère « cohérence et crédibilité », en raison de sa prudence. Elle estime que l'autorité inférieure cherche à la sanctionner pour avoir exprimé, avant l'ouverture du marché, sa réticence, car elle estimait que la Suisse romande n'était pas en mesure d'absorber un nouveau bouquet de stations de radio en DAB+.

En l'état, la recourante perd de vue qu'elle n'a pas seulement émis des doutes quant à la rentabilité d'une nouvelle plateforme DAB+ en Suisse romande au stade des études préliminaires, mais également dans le cadre de son offre, de son audition et, subséquent, dans le cadre de la présente procédure. Elle plaide, avec une certaine fougue, que le marché de la publicité serait saturé et que les programmes locaux pâtiraient de la concurrence de programmes étrangers. Elle manifeste, par là-même, sa volonté de rester la seule plateforme DAB+ active sur le territoire romand et de protéger les diffuseurs existants et ses actionnaires. On peine à saisir pourquoi la recourante a initialement déposé une offre, si ce n'est dans ce but-là.

Par surabondance, il convient de relever qu'il n'appartient plus à la recourante de remettre en cause, à ce stade, le choix politique de mettre au concours une nouvelle concession de radiocommunication DAB+ dans la bande III VHF pour la partie francophone de la Suisse (FCH 04). Il y a lieu de rappeler que l'OFCOM a procédé, au préalable, à un sondage d'intérêt pour déterminer si l'ouverture de cette bande était ou non souhaitable. En se fondant sur les résultats de ce sondage, et donc également sur les craintes exprimées par la recourante, l'autorité inférieure a décidé de mettre au concours une concession afin de mettre en place une nouvelle plateforme DAB+ en Suisse romande. Il s'agit là d'un choix qui relève de la politique des médias et il n'appartient ni à la recourante, ni

au Tribunal de le remettre en cause. En arguant, tout au long de la procédure, qu'elle était réfractaire à l'ouverture d'une nouvelle plateforme DAB+ pour la Suisse romande en raison de l'impact de celle-ci sur le marché de la publicité et en privilégiant l'optimisation des capacités de son réseau existant pour tenir compte d'une plus grande diversité, force est de constater qu'elle n'offre pas les garanties de cohérence et de crédibilité recherchée par l'autorité inférieure.

Il suit de là que rien ne permet de remettre en cause les points attribués par l'autorité inférieure au critère de la cohérence et de la crédibilité de l'offre.

7.4 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, l'offre de la recourante doit être créditée de 80 points supplémentaires en lien avec la question « Le concept de réalisation présenté correspond-il aux exigences de l'appel d'offres en ce qui concerne la zone de desserte, l'utilisation des fréquences et le degré de réalisation ? », rattachée au critère « concept et mise en œuvre » (cf. supra consid. 7.3.7). Ce critère est pondéré à 15 %, ce qui correspond à 12 points pondérés supplémentaires.

En tout, la recourante et l'intimée obtiennent ainsi respectivement 162 et 240 points pondérés. Les griefs de la recourante ne lui suffisent donc pas pour devancer l'intimée.

8.

A l'appui de son recours, la recourante a sollicité la mise en place d'une expertise destinée à comparer l'offre de l'intimée et la sienne sur le plan de la technique, ainsi que sur leur faisabilité du point de vue du respect des exigences.

8.1 Selon l'art. 33 PA, l'autorité admet les moyens de preuve offerts par la partie s'ils paraissent propres à élucider les faits. Par ailleurs, tel qu'il est garanti à l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé de produire des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes (cf. ATF 136 I 265 consid. 3.2, 135 II 286 consid. 5.1 et 129 II 497 consid. 2.2). L'autorité peut cependant renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non-arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (cf. ATF 136 I 229

consid. 5.3, 130 II 425 consid. 2.1, 125 I 127 consid. 6c/cc *in fine* et 124 I 208 consid. 4a).

8.2 En l'espèce, le Tribunal a corrigé l'évaluation de l'offre de la recourante sur la question de leur faisabilité du point de vue du respect des exigences (cf. supra consid. 7.3.7). Il lui octroie le score maximum sur ce point, de sorte qu'une expertise n'a plus lieu d'être. Il ne trouve, par ailleurs, rien à redire à l'évaluation des offres des candidats sur le plan de la contribution à l'innovation. Au surplus, il y a lieu de rappeler que l'autorité inférieure est une autorité spécialisée au bénéfice des compétences nécessaires à l'évaluation technique des offres et à l'examen du respect des exigences. On ne saisit ainsi pas en quoi l'expertise requise viendrait modifier l'appréciation de l'autorité inférieure, ce d'autant plus que le Tribunal ne la revoit qu'avec retenue (cf. supra consid. 2.1).

Il suit de là qu'il y a lieu de rejeter les réquisitions de preuves formulées par la recourante en ce sens.

9.

S'agissant des émoluments pour la procédure devant l'autorité inférieure, la recourante conclut principalement à l'annulation de la décision attaquée. Elle ne s'en prend toutefois pas au montant de l'émolument ni à sa répartition, pour moitié, à charge de chacun des deux candidats. Le Tribunal ne voit aucune raison de s'en écarter.

10.

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, le recours doit être entièrement rejeté.

11.

Vu l'issue de la cause, les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, doivent être mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Dans les contestations non pécuniaires, le montant de l'émolument judiciaire se situe entre 200 et 5'000 francs (art. 3 let. b FITAF).

En l'espèce, les frais de procédure doivent être fixés à 3'000 francs et mis à la charge de la recourante, qui succombe. Ils sont compensés par l'avance de frais du même montant versée par cette dernière le 25 juin 2019.

12.

Compte tenu de l'issue de la procédure, la recourante n'a pas droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 1 FITAF *a contrario*).

Quant à l'intimée, elle n'est pas représentée par un mandataire professionnel. Elle n'a pas non plus déposé d'écritures ni pris de conclusions indépendantes dans le cadre de la présente procédure. Elle ne fait, au surplus, pas état de frais nécessaires au sens de l'art. 8 al. 1 FITAF.

Par conséquent, elle n'a pas droit à des dépens.

13.

Les décisions du Tribunal administratif fédéral en matière de télécommunications qui concernent les concessions ayant fait l'objet d'un appel d'offres public n'étant pas susceptibles de recours en matière de droit public au Tribunal fédéral (art. 83 let. p ch. 1 LTF), le présent arrêt est définitif.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure de 3'000 francs sont mis à la charge de la recourante. Ils sont compensés par l'avance de frais du même montant déjà versée.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire)
- à l'intimée (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. [...] ; acte judiciaire)
- au Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication DETEC (acte judiciaire)

La présidente du collège :

Le greffier :

Claudia Pasqualetto Péquignot

Julien Delaye

Expédition : 7 avril 2021