Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.432/2005 /fzc

Arrêt du 18 juillet 2006
IIe Cour de droit public

Composition
MM. les Juges Merkli, Président,
Betschart, Hungerbühler, Wurzburger et Müller.
Greffier: M. Addy.

Parties
X._____ SA,
recourante, représentée par Me Pierre-Yves Gunter, avocat,

contre

Office fédéral de la Communication,
rue de l'Avenir 44, case postale, 2501 Bienne,
Commission fédérale de la communication (Comcom), Marktgasse 9, 3003 Berne.

Objet
mesures de surveillance et demande de modification relatives à une concession de radiocommunication pour la boucle locale sans fil (WLL),

recours de droit administratif contre la décision de la Commission fédérale de la communication (Comcom) du 3 juin 2005.

Faits:
A.
Par un avis du 14 septembre 1999 (publié in: FF 1999 p. 6809), la Commission fédérale de la Communication (ComCom) a lancé un appel d'offres public avec adjudication au plus offrant de 48 concessions de radiocommunication, d'une durée de 10 ans, au moyen d'un système point à multipoint pour boucle locale sans fil (ci-après désigné par l'acronyme WLL dérivé de l'anglais "Wireless Local Loop"), dans les bandes de fréquences 3.4 GHz et 26 GHz. Ce système permet de raccorder les usagers directement à un réseau de télécommunication par ondes hertziennes sans passer par le réseau fixe d'accès; il devait, selon les experts, représenter une alternative au dernier kilomètre de Swisscom et, de ce fait, stimuler la concurrence.

X._____ SA a remporté les lots 1A, 4D, 3A et 2B pour un prix d'adjudication de 44'458'527 fr. Par décision du 5 juin 2000, la ComCom lui a octroyé la concession de radiocommunication WLL n°25510.0280.1 valable jusqu'au 31 mai 2010. L'acte de concession, rédigé en allemand, contient notamment les clauses suivantes:

"2.2.3 Änderung der Konzession
Die Konzessionsbehörde kann einzelne Bestimmungen der Konzession vor Ablauf ihrer Dauer veränderten tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen anpassen, wenn die Änderung zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen notwendig ist (Art. 10 Abs. 1 FMG).
Bewirkt die Änderung der Konzession eine wesentliche Schmälerung der übertragenen Rechte, wird die Konzessionärin angemessen entschädigt (Art. 10 Abs. 2 FMG).

2.2.4 Widerruf, Entzug und Verzicht auf die Konzession

Die Konzession kann vollständig oder teilweise widerrufen werden, wenn die Konzessionärin der geltenden Gesetzgebung oder den Bestimmungen der Konzession zuwiderhandelt und deren Verpflichtungen nicht erfüllt (Art. 58 Abs. 2 FMG) (...).
Die Konzession kann ausserdem entzogen werden, wenn wesentliche Voraussetzungen zu ihrer Erteilung nicht mehr erfüllt sind (Art. 58 Abs. 3 FMG).
Die Konzessionärin kann jederzeit auf ihre Konzession verzichten, ohne Anspruch auf vollständige oder teilweise Rückerstattung des Steigerungsbetrags.
(...)

2.2.5 Betriebspflicht
Die Konzessionärin ist verpflichtet, innerhalb eines Jahres nach Konzessionserteilung mindestens mit einer Basisstation den kommerziellen Betrieb aufzunehmen und aufrechtzuerhalten.

2.2.6 Angaben über den Netzausbau
Die Konzessionärin ist verpflichtet, dem BAKOM monatlich die Inbetriebnahme und Ausserbetriebnahme von Basis- und Teilnehmerstationen zu melden. Die Meldung umfasst Angaben zum Standort, den Sende- und Empfangsanlagen und deren Antennen. Die Meldung muss in den ersten fünf Arbeitstagen des Folgemonats erfolgen.
(...)
4.1.1 Konzessionsgebühren für Funkkonzessionen
(...)
Total der Konzessionsgebühren:
CHF 44'458'527.00
Dieser Beitrag wird von der Konzessionärin endgültig geschuldet. Eine teilweise Rückerstattung dieses Beitrags bei Einschränkung, Suspension, Widerruf, Entzug oder Verzicht auf die Konzession vor Ablauf ihrer Geltungsdauer ist nicht möglich."

A la demande de X._____ SA, l'Office fédéral de la communication (OFCOM) a précisé l'étendue de l'obligation d'exploiter prévue dans la clause 2.2.5 précitée de l'acte de concession (lettre du 13 novembre 2000 et e-mail du 13 février 2001). A la suite d'une inspection des installations menée le 27 février 2003, l'OFCOM a constaté que le concessionnaire ne respectait pas cette obligation, car il n'avait pas mis en service une station de base reliée au moins à deux stations terminales installées chez des clients. Par décision du 30 mars 2004, la ComCom lui a retiré la concession sur proposition de l'OFCOM. Il était reproché au concessionnaire, outre d'avoir enfreint l'obligation d'exploiter, de n'avoir pas annoncé la mise hors service des stations terminales, en violation de l'obligation d'informer prévue à la clause précitée 2.2.6.

X._____ SA a recouru auprès du Tribunal fédéral contre la décision précitée de retrait de la concession. Durant l'échange d'écritures, la ComCom a révoqué, par acte du 2 juillet 2004, la décision contestée, au motif que celle-ci avait été prise en violation du droit d'être entendu du concessionnaire. Informé de cette révocation, le Tribunal fédéral a considéré que le recours était devenu sans objet et a radié l'affaire du rôle (arrêt du 21 juillet 2004 dans la cause 2A.289/2004).
B.
A la suite de deux nouvelles inspections des installations de X._____ SA, l'OFCOM a, le 17 décembre 2004, ouvert à l'encontre de cette société une procédure de surveillance au sens de l'art. 58 de la loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC; RS 784.10), pour violation des obligations d'exploiter et d'informer prévues respectivement aux clauses 2.2.5 et 2.2.6 de la concession.

Le 13 janvier 2005, X._____ SA a saisi la ComCom d'une requête tendant à obtenir la modification des clauses précitées ainsi que de la clause 4.1.1 fixant le montant de la redevance. Pour l'essentiel, elle faisait valoir que les clauses contestées n'étaient plus adaptées aux circonstances actuelles, en ce sens que le marché WLL ne s'était pas développé conformément aux prévisions faites lors de l'adjudication de la concession. Elle en déduisait que cela constituait un changement imprévisible des faits imposant à l'autorité concédante d'assouplir les obligations d'exploiter et d'informer prévues dans la concession, et de lui rétrocéder un montant

de 33'343'895 fr., correspondant au 75% du prix d'adjudication, afin d'assurer l'équilibre financier de la concession et de rendre possible la poursuite de l'activité concédée.

Après avoir joint, le 21 janvier 2005, la demande précitée en modification de la concession formée par X._____ SA avec la procédure de surveillance ouverte à l'encontre de cette société, l'OFCOM a fait savoir à celle-ci, le 22 février suivant, qu'il envisageait de proposer à la ComCom de rejeter en tous points sa requête et, à titre de mesure de surveillance, de constater la violation des clauses 2.2.5 et 2.2.6 de la concession, avec sommation de remédier aux défaillances constatées dans un certain délai. En bref, l'OFCOM estimait que le fait que le marché ne se soit pas développé conformément aux attentes n'était pas une circonstance de nature à justifier une redéfinition des termes de la concession. Il ajoutait qu'un tel procédé était de plus contraire au principe d'égalité (art. 8 Cst.), car certains concessionnaires s'étaient déjà vu, au terme d'une procédure de surveillance, retirer leur concession pour non-respect de l'obligation d'exploiter. Enfin, la concession avait été octroyée par le biais d'une procédure d'adjudication au plus offrant, si bien qu'une modification après coup du prix offert constituerait, toujours selon l'OFCOM, une atteinte aux principes d'objectivité, de non-discrimination et de transparence prévus
à l'art. 24 al. 2 LTC.

Dans une détermination du 22 mars 2005, X._____ SA a réfuté l'ensemble des arguments avancés par l'OFCOM et a conclu à l'admission de sa demande de modification, en particulier sur le point concernant le remboursement d'une partie de la redevance, ainsi qu'à la constatation que les obligations découlant de la concession étaient respectées et que des mesures de surveillance ne s'imposaient dès lors pas. Elle a requis l'édition de nombreux documents destinés à démontrer soit que sa situation se différenciait des autres cas, évoqués par l'OFCOM, ayant donné lieu à des retraits de concession WLL, soit qu'un tel retrait ne se justifiait de toute façon pas à son égard, car la ComCom avait à sa disposition et dispose encore de suffisamment de fréquences non concédées pour satisfaire les éventuels besoins de concurrents intéressés par l'octroi d'une concession WLL. Au titre du respect de son droit d'être entendue, elle demandait préalablement que la ComCom lui accorde "le droit de se déterminer ultérieurement par écrit sur la question de la modification de la Concession WLL lorsque le dossier lui (serait) transféré par l'OFCOM".

Par décision du 3 juin 2005, la ComCom a rejeté la requête de détermination écrite de X._____ SA ainsi que ses offres de preuves. Sur le fond, elle a entièrement suivi les propositions de l'OFCOM et a écarté les demandes de modification de la concession et de remboursement d'une partie de la redevance, en sommant le concessionnaire de se conformer d'ici au 30 septembre 2005 aux obligations d'exploiter et d'informer découlant des clauses 2.2.5 et 2.2.6 de la concession et, dans le même délai, de lui faire parvenir un rapport circonstancié sur les dispositions prises pour remédier aux manquements constatés.
C.
Agissant par la voie du recours de droit administratif, X._____ SA demande au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler la décision précitée de la ComCom et de renvoyer le dossier à cette autorité pour nouvelle décision au sens des considérants ou, subsidiairement, de modifier les points 2.2.5 et 4.1.1 de la concession, d'ordonner le remboursement de 33'343'895 fr. à titre de réduction du montant de la redevance, et de constater qu'aucune mesure de surveillance ne s'impose à son sujet. Plus subsidiairement, elle demande au Tribunal fédéral de lui accorder un délai de trois mois, dès la notification de son arrêt, pour fournir à l'OFCOM un rapport circonstancié sur les dispositions prises pour remédier aux manquements constatés. A titre préalable, elle sollicite l'octroi de l'effet suspensif à son recours et demande au Tribunal fédéral d'inviter la ComCom à produire les documents dont elle avait vainement requis l'édition devant l'instance inférieure. Enfin, une fois ces documents versés au dossier, elle requiert le droit de se déterminer une nouvelle fois par écrit. Elle se plaint de la violation de son droit d'être entendue et, à l'exception de la clause 2.2.6 de la concession ("Angaben über den Netzausbau")
qu'elle ne conteste plus au vu des précisions apportées par la ComCom à ce sujet, elle reprend, pour l'essentiel, les motifs précédemment développés, notamment en ce qui concerne le droit à obtenir un "rééquilibrage économique" de la concession.

La ComCom a conclu au rejet aussi bien du recours que de la requête d'effet suspensif.

Par ordonnance du 25 août 2005, le Président de la IIe Cour de droit public du Tribunal fédéral a rejeté la requête d'effet suspensif.

A la demande de X._____ SA, qui entendait notamment alléguer, comme fait nouveau, qu'elle avait trouvé deux clients commerciaux depuis le dépôt de son recours, le tribunal a organisé un second échange d'écritures, au terme duquel les parties ont maintenu leurs conclusions.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
1.1 En qualité d'autorité concédante (cf. art. 5 LTC), la ComCom est compétente tant pour modifier la concession (cf. art. 10 LTC) que pour prendre des mesures de surveillance à l'égard du concessionnaire sur proposition de l'OFCOM (cf. art. 58 al. 2 LTC; ATF 127 II 8). Ses décisions peuvent, sous réserve d'exceptions non pertinentes en l'espèce (cf. art. 99 al. 1 lettre d OJ; ATF 125 II 293), être attaquées par la voie du recours de droit administratif au Tribunal fédéral (art. 61 al. 1 LTC). Dans cette mesure, déposé en temps utile et dans les formes prescrites par la loi (cf. art. 97 ss OJ), le présent recours est recevable.
1.2 Le recours de droit administratif peut être formé pour violation du droit fédéral, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que pour constatation inexacte ou incomplète de faits pertinents (art. 104 lettre a et b OJ). Du moment que la ComCom n'est pas une autorité judiciaire au sens de l'art. 105 al. 2 OJ, le Tribunal fédéral peut en principe revoir librement les constatations de fait de cette autorité (ATF 131 II 13 consid. 3.1-3.3 p. 18 ss). Il s'impose toutefois une certaine retenue, notamment lorsqu'il s'agit d'interpréter et d'appliquer des notions juridiques indéterminées ou de résoudre des questions d'ordre technique ou économique pour lesquelles la ComCom dispose de connaissances spécialisées et d'un large pouvoir d'appréciation (cf. ATF 131 II 13 consid. 3.4 p. 20).
2.
Dans un premier moyen, la recourante invoque la violation de son droit d'être entendue.
2.1 D'une part, elle soutient qu'au "regard de la décision", les membres de la ComCom ont apparemment statué sur le seul vu des propositions de l'OFCOM, sans avoir pris connaissance de sa prise de position détaillée du 22 mars 2005 et donc en violation de son droit d'être entendue. La ComCom réfute cette allégation, en affirmant que ses membres "ont pu consulter le dossier et ainsi se forger librement une opinion sur tous ses éléments, y compris la demande de modification (de la recourante) et sa détermination du 22 mars 2005". Rien ne permet de mettre en cause cette allégation, d'autant que la décision attaquée fait explicitement référence, en plusieurs endroits, à la détermination précitée, par laquelle l'intéressée a eu tout loisir de s'exprimer aussi bien sur les mesures de surveillance que l'OFCOM entendait proposer à la ComCom que sur les motifs imposant, selon elle, de modifier certaines conditions de la concession.

Dès lors, la violation alléguée du droit d'être entendu est sur ce point mal fondée.
2.2 La recourante fait ensuite valoir que la ComCom a également violé son droit d'être entendue en ne produisant pas les documents dont elle avait pourtant expressément requis l'édition à titre de moyens de preuve dans sa détermination du 22 mars 2005. Elle invite le Tribunal fédéral à ordonner la production de ces pièces. Pour sa part, la ComCom a expliqué qu'elle avait refusé de donner suite à la requête de la recourante, au motif que les preuves sollicitées n'étaient pas nécessaires pour constater les faits à prouver ou que ceux-ci n'étaient pas pertinents pour statuer sur la cause ou encore que certaines données confidentielles devaient être protégées.

C'est un fait avéré que, contrairement aux pronostics optimistes formulés lors de l'adjudication des concessions, le système WLL n'a pas eu de succès et a été un échec commercial pour tous les opérateurs qui se sont lancés dans ce nouveau marché (cf., à ce sujet, les rapports annuels de la ComCom des années 2001, 2002 et 2003). La ComCom pouvait dès lors considérer comme inutile de verser au dossier les données chiffrées des concurrents de la recourante, dans la mesure où ces pièces, au demeurant couvertes par le secret des affaires, étaient destinées à prouver un tel fait. Elle était pareillement fondée à refuser de produire les dossiers concernant les retraits de concession prononcés à l'égard de concurrents de la recourante, car cette dernière n'a fait état d'aucun soupçon ou indice concret laissant supposer l'existence d'une inégalité dans la gestion de son cas par rapport au traitement réservé à d'autres concessionnaires (cf. ATF 121 I 225 consid. 2 p. 227 ss), sans compter

qu'il y avait lieu, ici aussi, de sauvegarder le secret des affaires des tiers concernés. Enfin, du moment que la recourante a bien l'obligation d'utiliser les fréquences qui lui ont été concédées (sur ce point, cf. infra consid. 3.3), la ComCom n'avait
pas à prouver, par pièces, qu'elle avait besoin de ces fréquences pour les ré-octroyer à d'autres opérateurs; ce n'est en effet pas à la recourante qu'il appartient de conserver de telles fréquences si elle ne les utilise pas, mais à la Confédération qui dispose en la matière d'un monopole (cf. art. 22 al. 1 et 25 LTC; message du 10 juin 1996 concernant la révision de la loi sur les télécommunications [ci-après cité: Message], in: FF 1996 III, p. 1361 ss, 1389/1390).

Dans la mesure où les preuves proposées par la recourante n'étaient pas pertinentes pour l'issue du litige, la ComCom pouvait refuser de les administrer, sans violer le droit d'être entendue de l'intéressée (cf. ATF 131 I 153 consid. 3 p. 157/158; 130 II 425 consid. 2.1 p. 428 et les arrêts cités). Est, par voie de conséquence, pareillement infondée la requête de la recourante tendant à ce que le Tribunal fédéral ordonne lui-même la production des pièces litigieuses.
3.
Sur le fond, la recourante exige tout d'abord la modification de la clause 4.1.1 de la concession ("Konzessionsgebühren für Funkkonzessionen") et le remboursement d'une partie de la redevance. Elle fonde sa conclusion sur l'art. 10 LTC, interprété à la lumière d'une décision de la ComCom du 25 juin 2002 rendue dans le cadre d'une autre affaire (sur ce point, cf. infra consid. 3.1 à 3.4). Elle invoque également la clausula rebus sic stantibus (cf. infra consid. 3.5) ainsi que la théorie du droit à l'équilibre financier de la concession (cf. infra consid. 3.6). Pour l'essentiel, elle fait valoir que, contrairement aux prévisions initiales "très enthousiastes et optimistes" de l'ensemble des opérateurs télécoms et de la ComCom elle-même, le marché WLL n'a jamais "décollé" et que rien, à ce jour, ne permet de penser qu'il en ira différemment à l'avenir.
3.1 Applicable aux concessions de radiocommunication par le renvoi de l'art. 27 LTC (cf. Peter R. Fischer/Oliver Sidler, Fernmelderecht, in: SBVR V/1, no 260), l'art. 10 LTC est reproduit in extenso en allemand dans l'acte de concession litigieux (clause 2.2.3 "Änderung der Konzession"). Il prévoit, à son alinéa premier, que l'autorité concédante peut modifier certaines dispositions de la concession avant l'expiration de sa durée de validité si les conditions de fait ou de droit ont changé et si la modification est nécessaire pour préserver des intérêts publics importants. Le second alinéa de la disposition précise que le concessionnaire reçoit un dédommagement approprié si la modification de la concession entraîne une réduction substantielle des droits concédés.

Il est douteux que la norme précitée fasse obligation à la ComCom de modifier les dispositions d'une concession en cas de changement des conditions de droit ou de fait. A teneur de sa lettre, elle revêt en effet plutôt le caractère d'une norme potestative ("Kann-Vorschrift"), dont l'application ne semble pas s'imposer à l'administration, mais relever de son pouvoir d'appréciation; cette interprétation est confirmée par les versions allemande et italienne de la disposition; elle est également renforcée par le fait que l'application de celle-ci doit tendre "à préserver des intérêts publics importants" qui sont, avant tout, ceux des usagers (cf. Leila Roussianos-Moayedi, Les concessions de services de télécommunication, thèse, Berne 2002, p. 135). Quoi qu'il en soit, il n'est pas besoin d'approfondir plus avant la question, car la recourante ne peut en toute hypothèse pas obtenir le remboursement de sa redevance au vu des circonstances.
3.2 La concession de radiocommunication litigieuse a été acquise au terme d'une procédure d'appel d'offres public obéissant aux principes de l'objectivité, de la non-discrimination et de la transparence (cf. art. 24 al. 2, 2ème phrase LTC). C'est la procédure habituelle prévue pour l'octroi de ce genre de concession lorsque les fréquences utilisées doivent servir à fournir des services de télécommunication et qu'il est à prévoir qu'il n'existera pas assez de fréquences disponibles pour satisfaire les intéressés présents et futurs (cf. art. 24 al. 1 LTC; Roland Feuz/Bernhard Rütsche, Les procédures d'octroi des concessions, in: Le droit des télécommunications en mutation, Enseignement de 3e cycle de droit 1999, Fribourg 2001, p. 143 ss, 152). L'adjudication s'est, par ailleurs, faite au plus offrant, par opposition à une adjudication selon certains critères (cf. art. 11 de l'ordonnance du 31 octobre 2001 sur les services de télécommunication [OST; RS 784.101.1]édicté par le Conseil fédéral en vertu de la délégation de compétence figurant à l'art. 24 al. 2, première phrase LTC). Le montant de l'adjudication, qui correspond, après déduction des émoluments, à la redevance (cf. art. 39 al. 3 LTC; clauses 4.1.1 et 4.1.3 de l'acte de
concession), a été payé en une fois, aussitôt après l'octroi de la concession en juin 2000, conformément à l'art.

12 al. 2, 3ème phrase OST, dans sa teneur en vigueur - ici déterminante - jusqu'au 30 mars 2002 (RO 2001 2759, p. 2762); cette prescription a été reprise mutatis mutandis à l'actuel art. 12 al. 3, 3ème phrase OST.

La clause 4.1.1 de l'acte de concession prévoit que le montant de l'adjudication est irrévocable ("endgültig") et ne peut pas faire l'objet d'un remboursement partiel si la concession est restreinte, suspendue, révoquée, retirée ou restituée avant son échéance; cette clause est calquée sur la réglementation prévue pour les adjudications au plus offrant à l'art. 12 al. 2, quatrième phrase aOST (RO 2001 2759, p. 2762), qui à la même teneur que l'actuel art. 12 al. 3 quatrième phrase OST, si ce n'est que le terme "partiel" a été purement et simplement supprimé dans la nouvelle version (RO 2002 271). Sous le titre "Widerruf, Entzug und Verzicht auf die Konzession", la clause 2.2.4 de l'acte de concession rappelle qu'en vertu des art. 58 al. 2 et 3 LTC, la concession peut être totalement ou partiellement révoquée en cas de violation du droit en vigueur voire retirée lorsque les conditions essentielles à son octroi ne sont plus remplies; la clause précise également que le concessionnaire peut en tout temps renoncer à la concession, mais qu'il n'a alors droit à aucun remboursement du montant de l'adjudication.
3.3 Il résulte des normes légales et réglementaires précitées que la recourante ne peut demander le remboursement, même partiel, de sa redevance, en cas de restriction, suspension, révocation, retrait ou restitution de sa concession. A fortiori doit-il en aller ainsi lorsque, comme en l'espèce, aucune de ces hypothèses n'est réalisée et que l'intéressée continue à jouir pleinement de tous les droits attachés à la concession. Qu'elle n'exploite pas ou seulement dans une mesure limitée celle-ci en raison d'une conjoncture ou d'autres circonstances passagèrement ou durablement défavorables n'y change rien. Du reste, la non-utilisation pendant une période prolongée des droits concédés peut précisément conduire au retrait de la concession sans compensation financière pour violation d'une obligation essentielle du concessionnaire, conformément aux art. 58 al. 3 LTC et 12 al. 3 OST, en relation avec les clauses 2.2.5 et 4.1.1 in fine de l'acte de concession, ainsi qu'avec l'art. 21 de l'ordonnance du 6 octobre 1997 sur la gestion des fréquences et les concessions de radiocommunication (OGC; RS 784.102.1).
Mais l'empêchement mis à obtenir le remboursement de la redevance découle également de la procédure d'appel d'offres public avec adjudication au plus offrant utilisée pour l'octroi de la concession litigieuse. En effet, si les opérateurs ayant emporté la mise pouvaient, après l'adjudication, obtenir le remboursement d'une partie du prix offert au motif qu'ils ne réalisent finalement pas les gains initialement espérés, le processus d'enchères s'en trouverait complètement faussé et perdrait tout sens. Cela reviendrait à modifier après coup et au cas par cas, en dehors de toute procédure, les prix d'adjudication, au mépris des garanties offertes par les principes de transparence et de non-discrimination; seraient, notamment, lésées par un tel système, les entreprises qui, faute d'avoir pu ou voulu mettre un prix suffisamment élevé lors des enchères en 2000, n'ont alors pas obtenu de concession. Par ailleurs, un tel procédé se heurterait également au principe d'égalité que le système de concurrence voulu par le législateur (cf. art. 1er al. 2 lettre c et 23 al. 4 LTC; Message, p. 1374/1375) impose à l'Etat de respecter dans ses rapports avec les opérateurs; en effet, on ne voit guère comment cette exigence pourrait être remplie, en
l'absence de procédure et de critères définissant clairement les modalités d'éventuelles restitutions de redevances, sans compter que certains concessionnaires ont, à ce jour, dû abandonner ou renoncer à leur activité, faute justement d'avoir pu la rentabiliser.

En définitive, il faut admettre qu'en participant aux enchères, la recourante a, en quelque sorte, fixé elle-même le prix de la concession, sur la base notamment de son appréciation du potentiel économique du système WLL. Dès lors, si l'essor commercial ne répond finalement pas à ses attentes, elle doit seule en supporter les conséquences, de la même façon qu'elle serait seule à pouvoir tirer profit des bénéfices qui auraient, cas échéant, dépassé ses attentes. Peu importe, à cet égard, que ses prévisions optimistes et erronées fussent, à l'époque, partagées par de nombreux opérateurs et analystes, y compris, selon ses allégations, par l'autorité concédante; seul compte qu'elle était, à l'image de ses concurrents, la seule à pouvoir décider, en dernière analyse, du prix qu'elle voulait offrir et des risques économiques qu'elle était prête à prendre pour obtenir la concession.
3.4 La décision précitée de la ComCom du 25 juin 2002 que la recourante invoque pour établir son droit ne lui est d'aucun secours.

Cette affaire concernait la modification d'une concession pour radiocommunication mobile de la 3ème généra-

tion (UMTS), dont l'octroi, en janvier 2001, avait été assorti d'une charge imposant au concessionnaire une obligation de desserte partielle du territoire d'ici fin 2002 (20% de la population). La ComCom avait alors admis un changement déterminant des conditions de fait, parce que des problèmes techniques plus complexes que prévus étaient apparus et restaient à résoudre en juin 2002 et qu'il existait alors un intérêt public important à ce que la concession soit modifiée, "afin qu'un réseau mûri, suffisamment testé sur le plan technique, conforme au marché et adapté aux services (puisse être) établi et mis à disposition avec un équipement terminal capable de s'imposer sur le marché" (JAAC 2003 I p. 222 ss; Fischer/Sidler, op. cit., no 119).

Le présent cas n'a donc que peu sinon rien à voir avec l'état de fait à la base de la décision dont se prévaut la recourante. On ne saurait, en tout cas, déduire de cette décision que des résultats économiques se situant en-deçà de prévisions optimistes faites lors d'un appel d'offres seraient de nature à justifier la rétrocession de tout ou partie du prix d'adjudication d'une concession. On ne voit du reste pas très bien à quels "intérêts publics importants", au sens de l'art. 10 al. 1 LTC, répondrait une telle rétrocession, d'autant que la recourante soutient que, non seulement le système WLL n'a pas connu d'essor jusqu'à ce jour, mais encore que cette technologie suscite peu d'engouement et qu'elle n'a dès lors guère de chance de se développer considérablement à l'avenir. Au surplus, l'art. 10 al. 2 LTC ne prévoit un dédommagement qu'en cas de modification de la concession entraînant une "modification substantielle des droits concédés", ce qui n'est pas le cas en l'occurrence, puisque la recourante continue, ainsi qu'on l'a vu, à jouir pleinement de tous les droits attachés à la concession et qu'elle n'entend du reste pas renoncer à ceux-ci.
3.5 La recourante fonde également sa demande de remboursement sur la clausula rebus sic stantibus (ci-après également citée clausula) que la terminologie française a consacrée sous le nom de théorie de l'imprévision.

Cette institution juridique tirée du droit privé (cf. art. 2 CC) veut que, par exception à la règle pacta sunt servanda, la partie à un contrat à exécution différée - soit, en principe, un contrat de durée - peut se délier partiellement ou totalement de ses obligations en cas de changement important et imprévisible des circonstances ayant pour effet de créer une grave disproportion entre sa prestation et la contre-prestation de l'autre partie, au point que le maintien du contrat apparaît abusif (cf. ATF 129 III 380 consid. 2.2 p. 383; 127 III 300 consid. 5b p. 304/305; 122 III 97 consid. 3a p. 98; 113 II 209 consid. 4a p. 211; 107 II 343 p. 347/348; 101 II 17 consid. 1a p. 19; 97 II 390 consid. 6 p. 398). Le Tribunal fédéral n'exclut pas, sur le principe, l'application par analogie de la clausula rebus sic stantibus à certaines relations de droit public (cf. ATF 122 I 328 consid. 7b p. 340/341; 103 Ia 31 consid. 3b p. 37; voir aussi ATF 131 II 306 consid. 4.3.2 p. 324). Jusqu'ici, il ne s'est, toutefois, pas encore exprimé sur l'applicabilité du principe au droit des concessions, au contraire de la doctrine qui paraît acquise à cette idée (cf. Jacques Fournier, Vers un nouveau droit des concessions hydrauliques, thèse Fribourg 2002, p. 208; Tomas Poledna, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Berne 1994, nos 173 et 236; Pierre Moor, Droit administratif, vol. III, Berne 1992, p. 131; Blaise Knapp, Précis de droit administratif, Bâle 1991, nos 1428 ss; Michel Hanhardt, La concession de service public, Etude de droit fédéral et de droit vaudois, thèse Lausanne 1977, p. 153 ss). La question peut demeurer indécise.

L'application de la clausula rebus sic stantibus suppose en effet que le changement déterminant des circonstances survienne après la conclusion du contrat (cf. ATF 101 II 17 consid. 1a p. 19; 97 II 390 consid. 6 p. 398) et, en principe, que l'obligation devenue trop onéreuse n'ait, à ce moment-là, pas déjà été exécutée (cf. Pierre Tercier, La «clausula rebus sic stantibus» en droit suisse des obligations, in: JdT 1999 I p. 194 ss, 196; Bruno Schmidlin, Commentaire bernois, no 273 ad art. 18 CO; Jacques Bischoff, Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus, thèse Zurich 1983, p. 219 s.; Emile Georges Thilo, Clausula rebus sic stantibus, De la revision des contrats pour cause d'imprévision, in: JdT 1937, p. 66 ss, 76). C'est que des obligations de longue durée complètement ou partiellement exécutées ne peuvent, d'ordinaire, être modifiées (ou résiliées) qu'avec effet ex nunc (cf. ATF 129 III 320 consid. 7.1.2 p. 328 s.). Or, dans le cas d'espèce, la totalité de la redevance a été payée en une fois, aussitôt après l'octroi de la concession en juin 2000, si bien que, pour ce motif déjà, la théorie de l'imprévision n'est pas de nature à fonder la prétention de la recourante.

Au demeurant, la clausula n'est applicable que si le changement déterminant des circonstances peut être qualifié d'imprévisible, soit si les parties ne pouvaient ou ne devaient pas déjà le prévoir lors de la conclusion du contrat. Il s'ensuit notamment qu'un plaideur ne saurait tirer argument de la clausula pour demander l'invalidation ou

la modification d'un contrat au motif que de simples espérances ou spéculations ne se sont pas réalisées, car il pouvait et devait compter avec une telle éventualité, même s'il ne la souhaitait pas (cf. 107 II 343 consid. 2 p. 347/348; ATF 69 II 139 consid. 4b p. 144; 59 II 372 consid. 4 p. 380 et les arrêts cités; Tercier, op. cit., p. 209; Bischoff, op. cit., p. 213 ss). De la même manière, dans un contexte voisin parfois difficile à distinguer de la clausula (cf. Wolfgang Wiegand, Clausula rebus sic stantibus - Bemerkungen zu den Voraussetzungen ihrer Anwendung, in: Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, Berne 2005, p. 443 ss, 447 ss), des faits de nature spéculative, risqués ou incertains ne sont, en principe, pas susceptibles de fonder une erreur essentielle au sens de l'art. 24 al. 1 CO (cf. ATF 117 II 218 p. 224; 109 II 105 p. 111; Bruno
Schmidlin, Commentaire romand, Bâle 2003, nos 35 ss ad art. 23-24 CO).

En l'espèce, la recourante voudrait voir un changement imprévisible des circonstances dans le fait que, contrairement aux attentes du marché au printemps 2000, le système WLL ne s'est pas imposé comme une alternative sérieuse au dernier kilomètre de Swisscom et s'est révélé un échec commercial. Elle relève qu'alors qu'elle tablait à l'époque sur un chiffre d'affaires de 114.6 millions de francs pour l'exercice 2006 qui devait passer à 219.3 millions pour l'exercice 2010, elle n'escompte aujourd'hui, malgré ses efforts, pas réaliser un chiffre d'affaires supérieur à 120'000 fr. La recourante ne donne cependant aucune indication précise permettant de comprendre les raisons de cette profonde déconvenue commerciale, pas plus qu'elle ne fournit de détails concernant les prémisses sur lesquelles elle avait fondé ses mauvaises prévisions. Selon la ComCom, si celles-ci ne se "sont malheureusement pas confirmées (c'est) notamment en raison de l'évolution de la conjoncture" (cf. rapport annuel 2002 de la ComCom).

Au vu de ces éléments, il apparaît que, davantage qu'à un changement imprévisible des circonstances, l'on ait ici simplement affaire à des attentes ou des espoirs déçus en raison de prévisions économiques trop optimistes qui se sont a posteriori révélées fausses. Or, de telles prévisions recèlent, de manière intrinsèque, un caractère spéculatif relativement marqué de nature à exclure, par principe, l'application de la clausula. Cette conclusion s'impose d'autant plus en l'espèce que le marché portait sur une technologie nouvelle pour laquelle il ne pouvait, par la force des choses, pas exister de projection sûre ou fiable quant au potentiel économique du système WLL, faute de points de comparaison. Du reste, la recourante admet, du moins implicitement, que ses prévisions ne reposaient sur aucune base solide, les qualifiant de "très enthousiastes et optimistes", et soulignant qu'elles s'inscrivaient dans un marché "euphorique" (recours, p. 33 et 39). La ComCom a confirmé que le montant de plus de 580 millions de francs atteint par les enchères en Suisse avait constitué une "surprise générale", notamment par comparaison à d'autres pays où, selon les moments, les concessions WLL ont été adjugées à des prix "très bas" et ont peu
rapporté, soit 99 millions de francs en Grande-Bretagne en novembre 2000 ou deux millions de francs en Autriche en janvier 2001 (cf. rapport annuel 2000 de la ComCom, p. 17). A ces circonstances qui plaident contre l'application de la clausula, s'ajoute le fait que les nouvelles technologies sont, par nature, un domaine en rapide évolution et en constante mutation, ce qui implique une prise de risque importante de la part des acteurs économiques opérant sur un tel marché avec, en contre-partie, des expectatives de profits substantiels en cas de succès commercial; d'ailleurs, il ressort des chiffres de "l'analyse de projet" du 1er juillet 2005 qu'elle a versée en cause, que la recourante escomptait initialement réaliser un bénéfice net cumulé de 239 millions de francs à l'expiration de la concession en 2010 (pièce précitée, p. 8), soit un chiffre représentant plus de cinq fois le prix de la redevance.

Dans ces conditions, force est d'admettre que l'intéressée savait ou devait savoir, lorsqu'elle a acquis la concession litigieuse par voie d'enchères, qu'elle se lançait dans une opération incertaine et même relativement risquée. Elle ne pouvait pas exclure que ses attentes, fondées sur des prévisions pour le moins optimistes, risquaient d'être déçues. Elle devait au contraire envisager que l'exploitation de la concession pourrait n'être pas rentable. Du reste, l'acte de concession prévoit expressément que le concessionnaire peut à tout moment renoncer avant terme à la concession, mais qu'il n'a alors droit à aucun remboursement (clause 2.2.4 de l'acte de concession). Or, il ne fait pas de doute que cette hypothèse vise de manière implicite en priorité la situation dans laquelle l'exploitation de la concession est déficitaire. Dans la mesure où les parties ont envisagé et réglé les conséquences d'une telle éventualité, leur volonté doit dès lors s'appliquer et il n'y a, pour ce motif également,

pas de place pour la clausula rebus sic stantibus (cf. ATF 127 III 300, consid. 5b p. 305 ss; Bénédict Winiger, Commentaire romand, Bâle 2003, nos 206-207 ad art. 18 CO; Fournier, op. cit., p. 214).
3.6 Empruntée au droit français, la théorie de l'équilibre financier que la recourante invoque également à l'appui de sa demande, repose sur l'idée que l'autorité concédante ne doit pas, par des prétentions économiques excessives, empêcher la mise en valeur optimale de la concession; il s'agit de ne pas rendre impossible ou difficile à l'excès la tâche du concessionnaire qui doit pouvoir continuer à être remplie en toute circonstance (principe de la continuité de l'activité concédée), car elle s'exerce dans l'intérêt public (cf. Poledna, op. cit., nos 61 et 235 ss; Fournier, op. cit., p. 205; Moor, op. cit., p. 131; Hanhardt, op. cit., p. 19, 121 et 151/152). Cette théorie ne concerne donc que les concessions dites de service public (sur cette notion, cf. rapport du Conseil fédéral du 23 juin 2004 «Le service public dans le domaine des infrastructures», in: FF 2004 p. 4309 ss, p. 4318), soit celles par lesquelles l'Etat confie à une personne physique ou morale le soin de gérer une activité qu'il estime ne pas pouvoir laisser à la seule initiative du secteur privé, qui pourrait s'en désintéresser ou la pratiquer à des prix prohibitifs (cf. Moor, p. 120/121; Hanhardt, op. cit., p. 32; Roussianos-Moayedi, op. cit., p. 85).

Dans le cas particulier, la concession de radiocommunication litigieuse est de type plutôt régalienne (cf. Moor, op. cit., p. 120, 378 et 387), en ce sens qu'elle vise un objectif fiscal et qu'elle tire sa principale justification du fait que les biens concédés, soit les fréquences hertziennes, sont en quantité limitée (cf. art. 22 al. 1 et 25 LTC; Message, p. 1389/1390) et qu'il convient, en conséquence, de les gérer efficacement et de les attribuer de manière équitable et transparente (cf. art. 25 LTC). Du reste, les obligations incombant au concessionnaire qui poursuivent spécifiquement un but d'intérêt public ne sont ni très nombreuses ni très étendues; en particulier, l'obligation d'exploiter n'a qu'une portée et un contenu relativement limités (sur cette obligation, cf. infra consid. 4) et le concessionnaire peut même y renoncer selon la clause 2.2.4 de l'acte de concession, tandis qu'il n'y a pas de tarifs imposés ou de procédure de contrôle des prix pratiqués. Par contraste, la concession de service universel prévue aux art. 14 ss LTC fait l'objet d'un régime particulier qui se rapproche d'une concession de service public au sens classique du terme (cf. Roussianos-Moayedi, op. cit., p. 196 ss, 202 ss): le concessionnaire y
est en effet tenu à des obligations précises relativement contraignantes concernant l'étendue des services qu'il doit assurer pendant la durée de la concession (cf. art. 16 et 18 LTC; art. 19 OST), leur prix et leur qualité (cf. art. 17 LTC; Message, p. 1386 ss; rapport du Conseil fédéral précité du 23 juin 2004, p. 4327 ss); en contre-partie, il peut, à certaines conditions, recevoir une compensation financière pour les frais non couverts du service universel (cf. art. 19 et 38 LTC et 17 OST), afin qu'il ne subisse pas de pertes à raison des prestations éventuellement non rentables qu'il se doit en tout temps de fournir en vertu du principe de la continuité de l'activité concédée (cf. Roussianos-Moayedi, op. cit., p. 249/250; rapport du Conseil fédéral précité du 23 juin 2004, p. 4329). Ce n'est là rien d'autre qu'une concrétisation légale de la théorie de l'équilibre financier qui n'a pas son correspondant ou son équivalent pour la concession de radiocommunication litigieuse.

Au demeurant, la théorie de l'équilibre financier suppose, en règle générale, que les conditions de la clausula rebus sic stantibus soient remplies (cf. Fournier, op. cit., p. 208 et 214; Moor, op. cit., p. 131; Hanhardt, op. cit., p. 153/154), ce qui, comme on l'a vu (cf. supra consid. 3.5), n'est justement pas le cas en l'espèce.
3.7 En résumé, la modification du point 4.1.1 de la concession, comme préalable à un remboursement du prix de la redevance, est contraire à la réglementation applicable à la concession de radiocommunication litigieuse et ne trouve de justification ni à l'art. 10 LTC, ni dans la clausula rebus sic stantibus, ni dans la théorie de l'équilibre financier.
4.
La recourante discute l'interprétation de l'obligation d'exploiter prévue à la clause 2.2.5. L'OFCOM a précisé la portée de cette obligation en ce sens que le concessionnaire est tenu, pendant toute la durée de la concession, de relier la station de base au moins à deux stations terminales installées chez des clients (lettre du 13 novembre 2000 et e-mail du 13 février suivant).

Selon la recourante, la clause litigieuse n'est pas rédigée clairement et prête à confusion, car elle ne prévoit l'obligation d'exploiter, à rigueur de sa lettre, que "pour la période d'une année à compter de l'octroi de la concession". Il s'agit là d'une mauvaise traduction de l'expression "innerhalb eines Jahres nach Konzessionerteilung" qui, dans le contexte, signifie clairement que c'est "dans le délai d'une année après l'octroi de la

concession" que le concessionnaire a l'obligation de commencer et de poursuivre une exploitation commerciale avec au moins une station de base. L'interprétation que propose la recourante n'aurait d'ailleurs aucun sens et frise même la témérité si l'on se réfère au but de l'obligation litigieuse, qui est de garantir une gestion et une utilisation efficaces des fréquences hertziennes concédées qui ne sont disponibles qu'en quantité limitée (cf. art. 23 al. 3 et 25 LTC). Quant au fait que la station de base doive être reliée au moins à deux stations terminales installées chez des clients pour remplir l'obligation d'exploiter, la recourante n'apporte aucun élément permettant de dire que cette exigence ne serait pas conforme à une interprétation raisonnable de la clause 2.2.5 selon le principe de la
confiance (cf. ATF 126 II 171 consid. 4c/bb, p. 182). Il n'y a dès lors pas de motif de s'écarter de cette interprétation, surtout s'agissant d'une question technique pour laquelle la Cour de céans s'impose une certaine retenue (cf. supra consid. 1.2).

Pour le surplus, la recourante ne conteste pas qu'elle ait violé l'obligation d'exploiter telle que comprise par la ComCom (recours, p. 51 in fine). Elle soutient toutefois que cette violation ne justifie pas la mesure de surveillance prise à son encontre au sens de l'art. 58 al. 2 LTC, par égard au principe de la proportionnalité. Cela étant, sauf à la supprimer ou à n'en pas tenir compte, l'obligation en question ne peut pas être réduite, tant les exigences qu'elle pose sont minimales. Du reste, la recourante adopte une argumentation qui tend, en fin de compte, précisément à être exonérée de cette obligation, puisqu'elle soutient que celle-ci ne peut lui être imposée aussi longtemps que la ComCom n'aura pas fait la preuve qu'elle a besoin des fréquences litigieuses pour les réattribuer à des tiers. L'intéressée perd cependant de vue que, si elle n'utilise pas la concession, elle ne saurait monopoliser les fréquences concédées, parce que le monopole et la gestion de celles-ci appartiennent, ainsi qu'on l'a vu (cf. supra consid. 2.2), exclusivement à la Confédération par l'intermédiaire de l'OFCOM et que, dans cette perspective, il n'est pas déterminant, pour apprécier l'obligation d'exploiter, qu'il y ait possibilité voire
nécessité de réattribuer à des tiers les fréquences non utilisées. Au demeurant, dans sa réplique, la recourante précise qu'elle a trouvé des clients depuis le 30 septembre 2005 et qu'elle remplit dorénavant l'obligation d'exploiter, démontrant par là que celle-ci peut être remplie et qu'il n'y a pas matière à la revoir.
5.
La recourante ne conteste plus la validité et le contenu de l'obligation d'informer prévue à la clause 2.2.6, aux termes de laquelle elle est tenue d'annoncer chaque mois les mises en service ou hors service de ses stations de bases et des stations terminales. Tout en admettant qu'elle n'a pas averti l'OFCOM de la désactivation de deux stations terminales en violation de cette obligation, elle fait cependant valoir que le principe de la proportionnalité s'oppose à ce que ce manquement soit sanctionné par des mesures de surveillance.

Cela étant, les mesures litigieuses prises à son encontre s'épuisent, s'agissant du manquement en question, dans la constatation de celui-ci et dans l'obligation de produire un rapport circonstancié sur les dispositions prises pour y remédier à l'avenir. La recourante ne saurait dès lors sérieusement soutenir que de telles mesures sont disproportionnées, à moins, mais elle ne le fait à raison plus en procédure fédérale, de contester le principe même de l'obligation d'informer ou son contenu.
6.
Enfin, dans une conclusion subsidiaire, la recourante demande au Tribunal fédéral de lui accorder un délai de trois mois, dès la notification de son arrêt, pour fournir à la ComCom un rapport circonstancié sur les dispositions prises pour remédier aux manquements constatés. Il n'appartient toutefois pas à la Cour de céans de prolonger le délai imparti à cet effet par l'autorité intimée, d'autant moins que la requête d'effet suspensif a été rejetée. La requête est manifestement infondée.
7.
Il suit de ce qui précède que le recours est en tous points mal fondé.

Succombant, la recourante supportera les frais judiciaires (art. 156 al. 1 et 7 OJ) et n'a pas droit à des dépens (art. 159 al. 1 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.

Le recours est rejeté.
2.
Un émolument judiciaire de 40'000 fr. est mis à la charge de X._____ SA.
3.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire de la recourante, à l'Office fédéral de la Communication et à la Commission fédérale de la communication.
Lausanne, le 18 juillet 2006
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier: