Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Cour I
A-6747/2008

Arrêt du 24 février 2011

Composition

André Moser (président du collège),
Beat Forster, Jérôme Candrian, juges,
Virginie Fragnière Charrière, greffière.

Parties

Smartphone SA, avenue de Lavaux 101, 1009 Pully, représentée par Maître Séverine Berger, place Saint-François 5, case postale 7175, 1002 Lausanne,
recourante,

Contre

Office de conciliation OMBUDSCOM, Bundesgasse 26, 3011 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Emoluments pour la proposition de conciliation.

Faits :

A.
Christoph Wey a saisi l'Office de conciliation des télécommunications (ci-après l'ombudscom) d'une demande de conciliation contre son fournisseur de télécommunication, Smartphone SA.

B.
Par décision du 24 septembre 2008, accompagnée d'une facture datée du même jour, l'ombudscom a mis à la charge de Smartphone SA un émolument intitulé « forfait par cas » de 1'700.- francs, plus TVA, soit 1'829.20 francs, pour l'établissement de la proposition de conciliation. Il a indiqué prélever un émolument, qu'il fixait lui-même et s'élevant à 1'700.- francs (TVA non comprise) selon l'art. 2 de son règlement de procédure, pour chaque procédure et pour chaque fournisseur impliqué; son règlement avait été approuvé par l'Office fédéral de la communication (OFCOM).

C.
Par décision du 10 septembre 2008, l'ombudscom avait déjà mis à la charge d'un autre fournisseur, VTX Services SA, un émolument du même montant et désigné de la même manière pour l'établissement de la proposition de conciliation, suite à une demande de conciliation formée par une cliente de la société précitée.

Le 13 octobre 2008, VTX Services SA a interjeté recours contre cette décision au Tribunal administratif fédéral (TAF) (cause A-6464/2008). Elle a conclu à ce que celle-ci soit annulée, respectivement réformée, en ce sens qu'elle ne doive pas l'émolument de 1'829.20 francs.

D.
Le 24 octobre 2008, Smartphone SA (ci-après la recourante) a aussi déposé un recours au TAF contre la décision de l'ombudscom du 24 septembre 2008, en prenant les mêmes conclusions que VTX Services SA.

Dans son recours, elle a demandé que la présente procédure soit suspendue jusqu'à droit connu sur le recours déposé le 13 octobre 2008 par VTX Services SA; son recours et le recours du 13 octobre 2008 avaient en effet le même objet.

A l'appui de son recours, elle *a* invoqué que l'acte attaqué violait le principe de la légalité. Elle a allégué que la perception d'un émolument de 1'700.- francs pour chaque cas contrevenait à la législation applicable en matière de télécommunication. Elle a soutenu qu'aucune loi au sens formel ne prévoyait le montant de l'émolument ou la manière de le calculer; celui-ci devait dès lors respecter les principes de l'équivalence et

de la couverture des coûts; or, tel n'était pas le cas en l'espèce. Elle a souligné que le principe de l'équivalence était violé, dans la mesure où il existait une disproportion entre le travail effectué et le coût de la procédure, ainsi que l'utilité de celle-ci pour le fournisseur; le différend portait sur une somme de 51.80 francs et sa résolution était extrêmement claire. Par ailleurs, la perception d'un émolument de 1'700.- francs pour chaque cas violait à son avis le principe de l'égalité de traitement, ainsi que sa liberté économique. De plus, elle a souligné qu'un tel système permettait aux clients de faire pression sur les fournisseurs; ceux-ci hésiteraient à faire respecter leurs droits, dans l'unique but d'éviter des frais plus importants que les montants en jeu. Enfin, elle a fait valoir que l'acte attaqué violait son droit d'être entendue; elle n'avait en effet jamais pu se déterminer sur la question des frais avant le prononcé de la décision attaquée, laquelle était au demeurant insuffisamment motivée.

E.
Par décision incidente du 15 décembre 2008, le Tribunal de céans a prononcé que la procédure A-6747/2008 serait suspendue aussi longtemps que la cause A-6464/2008 ne serait pas jugée. Il a retenu qu'il se justifiait, par économie de procédure et dans l'intérêt des parties, d'admettre la requête de suspension, dans la mesure où les décisions des 10 et 24 septembre 2008 de l'autorité de première instance portaient sur la même question juridique; cette question était d'une manière générale celle de savoir si l'émolument forfaitaire de 1'700.- francs (hors TVA) perçu pour la proposition de conciliation devant être établie par l'ombudscom était conforme à la Constitution et à la loi.

F.
Le 6 avril 2010, le TAF a admis le recours déposé par VTX Services SA dans la cause A-6464/2008, annulé la décision de l'ombudscom du 10 septembre 2008 et renvoyé dite cause à l'autorité de première instance pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Il a considéré en substance que les règlements de l'ombudscom violaient le principe de la légalité et l'émolument de 1'700.- francs (sans TVA) celui de l'équivalence.

G.
Par ordonnance du 31 mai 2010, le TAF a prononcé la reprise de la présente procédure.

H.
Invitée à reconsidérer éventuellement sa décision du 24 septembre 2008, l'autorité inférieure a fixé, par décision du 22 juin 2010, accompagnée d'une facture, les frais de procédure pour l'établissement de la proposition de conciliation à 1'494.- francs, plus TVA, soit 1'607.55 francs pour un cas dit « normal ». Elle a indiqué prélever un émolument pour chaque

procédure à laquelle le fournisseur était ou devait être impliqué. Elle a déclaré fixer cet émolument elle-même sur la base de l'art. 2 de son règlement portant sur les émoluments du 7 mai 2010 et approuvé par l'OFCOM. Elle a qualifié le cas de « normal », dans la mesure où les parties n'étaient pas parvenues à se mettre d'accord durant l'échange d'écritures et où elle avait dû élaborer une proposition de conciliation. Elle a précisé que pour un cas qualifié de « normal », les émoluments se situaient entre 950.- et 3'000.- francs, selon la disposition précitée. Elle a souligné avoir fixé cet émolument en tenant compte de la « complexité moyenne » du cas, de la valeur litigieuse qu'elle a jugée « commune », de la charge de travail qu'elle a considérée comme « conséquente » et de l'absence d'accord entre les parties. Enfin, elle a précisé que les émoluments de traitement avaient déjà été déduits du montant précité et avoir procédé à une majoration de 20%, vu que Smartphone SA était un payeur par anticipation (recte par cas).

I.

Par courrier du 22 juillet 2010, la recourante, par l'intermédiaire de son avocate, a déclaré maintenir son recours. Elle a relevé que la majorité des griefs soulevés dans son recours contre la décision initialement rendue demeuraient d'actualité. Elle a allégué que la nouvelle décision ne respectait ni le principe de l'équivalence, ni le nouveau règlement portant sur les émoluments.

Elle a invoqué à cet égard que son intérêt à participer à la procédure était limité, étant donné la faible valeur litigieuse et la simplicité de la question qui se posait. A l'appui de sa position, elle a rappelé brièvement les faits. Elle a exposé que Christoph Wey lui avait demandé par courrier électronique de résilier son abonnement de téléphonie pour la fin 2007 et de lui le confirmer; elle lui avait répondu par courriel que, pour changer de prestataire, le client devait s'annoncer directement auprès du prestataire par lequel il souhaitait passer à l'avenir; à son avis, il ressortait clairement de ce document qu'elle ne pouvait mettre un terme à ses prestations que lorsque le client s'était annoncé à un autre prestataire. Elle a déclaré avoir décrit à plusieurs reprises cette façon de procéder à Christoph Wey, qui ne s'était toutefois annoncé à un autre opérateur que le 21 avril 2008; ce n'est donc qu'à cette date que Swisscom l'avait informée du changement intervenu; Christoph Wey devait ainsi lui payer les montants de 27.40 et 17.70 francs se rapportant aux communications effectuées respectivement aux mois de mars et avril 2008, soit jusqu'au 21 avril 2008.
Enfin, elle a allégué que les améliorations apportées au règlement litigieux ne rendait pas l'émolument mis à sa charge conforme aux principes applicables.

Dans ses déterminations du 27 août 2010, l'ombudscom a allégué que le règlement concernant les émoluments du 7 mai 2010 était conforme à l'arrêt du TAF du 6 avril 2010. Il a aussi avancé que la perception d'un émolument de 1'494.- francs in casu ne contrevenait pas au principe de la couverture des

coûts, ce que ne contestait du reste pas Smartphone SA. Il a en outre invoqué que le principe de la proportionnalité n'était pas violé, en soulignant avoir fixé l'émolument litigieux en-dessous de la fourchette des coûts prévue à l'art. 2 al. 2 du règlement susmentionné. Il a rappelé avoir arrêté l'émolument précité en tenant compte notamment d'une charge de travail en-dessus de la moyenne, la société concernée ayant refusé de participer à la procédure de conciliation. Il a relevé à cet égard avoir dû envoyer de nombreux courriers à Smartphone SA pour l'inviter à se prononcer sur le litige. Quant à la contestation opposant celle-ci et son client, il a allégué comprendre que le changement de présélection dépende de l'annonce du client auprès d'un nouvel opérateur; il n'était néanmoins pas logique que la résiliation du contrat dépende du comportement du nouvel opérateur.

Les autres faits et arguments des parties seront repris en tant que besoin dans les considérants en droit du présent arrêt.

Droit :

1.

1.1. Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal administratif fédéral, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées aux art. 33 et 34 LTAF.

1.2. Les factures n'ont, en principe, pas d'effet juridique direct et ne possèdent pas le caractère d'une décision. En l'espèce, l'Office de conciliation a fait parvenir à la recourante un courrier daté du 24 septembre 2008 accompagné en annexe d'une facture. Cette lettre n'indiquait pas que la recourante pouvait demander le prononcé d'une décision si elle contestait le montant réclamé. Elle était par contre désignée comme étant une décision « *automatique et sans signature* », en avait la forme et indiquait quelles étaient les voies de droit. En outre, il ressortait de ce document et de son annexe que la recourante devait s'acquitter d'un émolument de 1'700.- francs (sans TVA). Le courrier et la facture y relative formaient en l'espèce une décision au sens de l'art. 5 PA (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-979/2008 du 22 octobre 2008 consid. 1, voir aussi arrêts du Tribunal administratif fédéral A-5727/2008 du 27 avril 2009 consid. 1.1 et A-4773/2008 du 20 janvier 2009 consid. 1). Suite à l'arrêt du TAF du 6 avril 2010 (cause A-6464/2008), l'ombudscom a reconsidéré, en date du 22 juin 2010, sa décision du 24 septembre 2008. Même si cette nouvelle décision a

remplacé la décision attaquée, celle-ci n'est pas devenue sans objet, dans la mesure où l'autorité inférieure n'a pas donné entièrement suite aux conclusions de la recourante, ce que cette dernière a d'ailleurs confirmé dans son courrier du 22 juillet 2010. En effet, le Tribunal de céans continue à traiter le recours, dans la mesure où la nouvelle décision de l'autorité inférieure ne l'a pas rendu sans objet (cf. art. 58 al. 3 PA; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Bâle 2008, n. 3.46, ANDREA PLEIDERER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [édit.], Praxiskommentar VwVG, Zurich/Bâle/Genève 2009, ad art. 58 PA, n. 45 ss).

1.3. La dernière révision de la loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC, RS 784.10) a donné le mandat à l'OFCOM de créer un organe de conciliation dans le domaine des télécommunications ou de confier cette tâche à un tiers au plus tard le 1er juillet 2008. Selon l'art. 12*c* al. 1 LTC, l'OFCOM a décidé de déléguer cette tâche, sur la base d'un contrat de droit administratif, à une fondation de droit privé au sens des art. 80 ss du code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210), la Fondation ombudscom. L'office de conciliation ombudscom est dès lors le nouvel organe de conciliation des télécommunications (cf. art. 12*c* al. 1 LTC et art. 42 al. 1 de l'ordonnance du 9 mars 2007 sur les services de télécommunication [OST, RS 784.101.1]). Il est soumis à la surveillance du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC). Cet organe de conciliation peut, conformément aux art. 40 al. 1 let. c LTC et 49 al. 4 OST, percevoir un émolument auprès du fournisseur concerné pour le traitement d'une demande de conciliation et en fixer le montant par décision. Il s'agit dès lors d'une autorité extérieure à l'administration fédérale statuant dans l'accomplissement de tâches de droit public que lui a confiées la Confédération au sens de l'art. 33 let. h LTAF (cf. sur cette notion arrêts du Tribunal administratif fédéral B-2139/2009 du 10 novembre 2009 consid. 2, B-5988/2009 du 9 janvier 2009 consid. 5.2 et B-4223/2008 du 23 mars 2009 consid. 4.2). En l'espèce, l'ombudscom a finalement mis à la charge de Smartphone SA un émolument de 1'494.- francs (sans TVA) pour le traitement de la demande de conciliation formée par Christoph Wey. Aucune exception au sens de l'art. 32 LTAF ne trouvant au surplus application, le Tribunal de céans est donc compétent pour statuer dans la présente affaire.

La présente procédure est régie par la PA, pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement (cf. art. 37 LTAF).

1.4. Par ailleurs, les autres conditions de recevabilité du recours (cf. art. 22 ss, 48, 50 et 52 PA) sont remplies en l'espèce, de sorte qu'il convient d'entrer en matière.

2.
Le présent litige porte sur la question de savoir si l'autorité inférieure était en droit de mettre à la charge de la recourante un émolument de 1'494.- francs (sans TVA) pour l'élaboration de la proposition de conciliation.

3.
Tout d'abord, il convient d'examiner les dispositions topiques qui règlent les questions de la perception et du montant de l'émolument précité.

3.1. A teneur de l'art. 12*c* al. 2 LTC, celui qui saisit l'organe de conciliation paie un émolument pour le traitement de la requête. Le fournisseur de services de télécommunication ou de services à valeur ajoutée supporte quant à lui les frais de la procédure, déduction faite de cet émolument. Aux termes de l'art. 40 al. 1 let. c LTC, l'autorité compétente perçoit des émoluments administratifs couvrant les frais de ses décisions et prestations, en particulier pour: c. la conciliation en cas de différend entre des utilisateurs et des fournisseurs de services de télécommunication ou de services à valeur ajoutée. Selon l'al. 3 de cette norme, lorsqu'une des tâches mentionnées à l'al. 1 a été confiée à un tiers, celui-ci peut être tenu de soumettre le prix de ses services à l'approbation de l'office, en particulier si ces services ne sont soumis à aucune concurrence.

3.2. En application de l'art. 12*c* al. 4 LTC, le Conseil fédéral a édicté l'art. 44 OST. L'organe de conciliation se dote d'un règlement de procédure (cf. art. 44 al. 1 OST). Il soumet celui-ci et le tarif de ses émoluments, ainsi que toute modification ultérieure, à l'approbation de l'OFCOM (cf. art. 44 al. 2 OST).

3.3. Faisant usage de la compétence qui lui est déléguée par l'art. 40 al. 3 LTC, ainsi que l'art. 49 al. 1 OST, le conseil de fondation de la Fondation ombudscom a arrêté quant à lui, en date du 11 juin 2008, un règlement de procédure et un règlement portant sur les émoluments (publiés sur le site http://www.ombudscom.ch). Ce dernier règlement a été modifié en date du 11 septembre 2009. Ces modifications sont entrées en vigueur au 25 mai 2010. Le conseil de fondation a modifié une nouvelle fois, le 10 septembre et le 22 novembre 2010, le règlement portant sur les émoluments. Celui-ci est entré en vigueur le 1er janvier 2011. Certes, le droit applicable est en principe celui en vigueur au moment des faits (cf.

PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. I, 2e éd., Berne 1994, ch. 2.5.2.3, pp. 170 ss, ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6ème édition, Zurich 2010, n. 326 s.; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-2396/2007 du 15 août 2007 consid. 5 et les réf. citées, arrêt du Tribunal administratif fédéral A-1778/2006 du 7 mars 2007 consid. 1.2). Ces nouvelles dispositions ne devraient donc pas trouver à s'appliquer in casu. Cependant, il sied de retenir que la décision de reconsidération du 22 juin 2010 se fonde à bon droit sur le règlement portant sur les émoluments du 7 mai 2010. En effet, pour rappel, le TAF a suspendu la présente procédure, afin que l'ombudscom puisse reconsidérer la première décision prononcée dans la présente cause à la lumière de l'arrêt du TAF rendu dans la cause A-6464/2008 (cf. ATAF 2010/34). Or, on l'a vu, le Tribunal de céans a retenu, dans son arrêt du 6 avril 2010 (cf. ATAF 2010/34), que le règlement portant sur les émoluments du 11 juin 2008 ne respectait pas le principe de la légalité et l'émolument de 1'700.- francs celui de l'équivalence. L'autorité inférieure a donc modifié le règlement portant sur les émoluments du 11 juin 2008 et rendu en toute logique la décision de reconsidération en se basant sur le règlement portant sur les émoluments du 7 mai 2010. Elle s'est ainsi conformée à l'art. 10 de ce règlement, prévoyant qu'il s'applique déjà pour les procédures de conciliation pendantes. La question de savoir si les règlements entrés en vigueur le 1er janvier 2011 sont applicables peut demeurer ouverte, dans la mesure où les dispositions topiques n'ont pas changé.

Selon l'art. 18.1 du règlement de procédure dans sa version 2010, les règles définissant les émoluments de procédure à la charge des fournisseurs (forfaits par cas) et la taxe de traitement à la charge des consommateurs finaux sont établies dans le règlement tarifaire de la Fondation ombudscom. Conformément à l'art. 2 du règlement portant sur les émoluments, les émoluments de procédure sont fixés annuellement, (sous la forme d'un forfait et) en fonction des coûts, ou, si nécessaire, définis par le Conseil de fondation (forfait par cas). L'ombudsman présente au Conseil de fondation les montants minimaux et maximaux par catégorie de cas, respectivement par retrait de procédure, en se basant sur le budget général et sur les valeurs empiriques des périodes comptables passées de la Fondation ombudscom. Les émoluments de procédure (TVA exclu) pour les fournisseurs de services de télécommunications ou de services à valeur ajoutée se situent entre: 950.- et 3'000.- francs pour un cas normal, 500.- et 1'500.- francs pour un cas court, 250.- et 800.- francs pour un retrait de procédure. Un cas normal se termine par une proposition de conciliation, lorsque les parties

n'ont pas réussi à se mettre d'accord durant l'échange des écritures. Un cas court se termine lorsque les parties se mettent d'accord durant l'échange des écritures. Lors d'un retrait de procédure, la procédure se termine lorsque le client ou la cliente retire sa demande de conciliation. Les émoluments de procédure sont notamment fixés selon la complexité du cas, la valeur litigieuse, la charge de travail et l'issue de la procédure. Lorsqu'un fournisseur assujetti n'est pas un payeur par anticipation conformément à l'art. 4 ss., les émoluments font l'objet d'une majoration de 20% (par rapport au forfait par cas ordinaire). En vertu de l'art. 3 du règlement portant sur les émoluments dans sa version 2010 (respectivement l'art. 4 du règlement précité dans sa version 2011), les clientes et les clients qui font appel à l'office de conciliation versent une taxe de 20.- francs en tant qu'émolument de traitement.

4.

Ceci posé, il convient de relever que le Tribunal de céans a retenu, dans son arrêt du 6 avril 2010, que l'émolument litigieux appartenait à la catégorie des contributions causales, dont la validité est conditionnée par l'existence d'une contrepartie, telle qu'une prestation de l'administration ou l'usage d'un bien public (ATAF 2010/34 consid. 4). Un tel émolument doit couvrir, entièrement ou partiellement, l'activité administrative demandée ou occasionnée par le débiteur. Il constitue l'équivalent d'un prix dans une relation de droit privé *(*PIERRE MOOR, Droit administratif, volume III, Berne 1992, p. 363, n. 7.2.4.1 s.; DANIELA WYSS, Kausalabgaben, Bâle 2009, p. 28). L'émolument contesté revêt plus précisément le caractère d'un émolument administratif (cf. ADRIAN HUNGERBÜHLER, Grundsätze des Kausalabgabenrechts, Eine Übersicht über die neuere Rechtsprechung und Doktrin, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 2003, p. 509).

5.

Il sied ensuite de rappeler que la jurisprudence et la doctrine n'excluent pas la délégation de la compétence législative de fixer un émolument à une entité de droit privé chargée d'exécuter une tâche étatique (ATF 100 Ia 60 consid. 2d et les réf. citées; ATAF 2010/34 consid. 5, arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5727/2008 du 27 avril 2009 consid. 6.2.1; BLAISE KNAPP, Précis de droit administratif, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1991, p. 571; AUGUST MÄCHLER, Rechtsfragen um die Finanzierung privater Träger öffentlicher Aufgaben, in: Pratique juridique actuelle [PJA] 2002, p. 1178 et les réf. citées; WALTER KÄLIN/URS BOLZ, Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Berne/Stuttgart/Vienne 1985, ad art. 95, p. 502). Une telle délégation doit toutefois figurer dans une loi au sens

formel (voir Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 44.28 consid. 3). Les délégataires ne sont pas en principe rémunérés par la collectivité délégante. Ils ont principalement pour ressources les émoluments dus par les administrés selon un tarif que cette collectivité a approuvé (ANDRÉ GRISEL, Traité de droit administratif, volume I, Neuchâtel 1984, p. 301; voir aussi HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, op. cit., n. 1538).

En l'espèce, sur la base des art. 12*c* al. 1 LTC et 42 al. 1 OST, l'OFCOM a chargé l'ombudscom de procéder à la conciliation des fournisseurs de télécommunication et de leurs clients. Il découle de l'art. 40 al. 3 LTC que l'ombudscom est aussi compétent pour fixer le prix de ses services (cf. message du Conseil fédéral relatif à la modification de la loi sur les télécommunications [LTC] du 12 novembre 2003 in FF 2003 7245, 7280). Le Tribunal de céans a considéré que les art. 44 et 49, 1ère phrase, OST reprenaient ce schéma, auquel il n'y avait rien à redire (ATAF 2010/34 consid. 5). Selon le message du Conseil fédéral relatif à la révision totale de la loi fédérale sur la radio et la télévision (LRTV) du 18 décembre 2002, les émoluments prévus à l'art. 40 LTC doivent couvrir les frais de l'organe de conciliation. Il s'agit d'un financement intégral de l'ombudscom par les émoluments (FF 2003 1425, 1578 et 1588).

6.
Cela étant, il sied d'examiner si le fait de percevoir un émolument de 1'494.- francs auprès du fournisseur pour l'élaboration de la proposition de conciliation dans la procédure qui l'oppose à Christoph Wey viole le principe de la légalité.

6.1. Celui-ci est un principe constitutionnel inscrit à l'art. 5 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101). En droit des contributions publiques, ce principe figure aux art. 127 al. 1 et 164 al. 1 let. d Cst. et a donc rang de droit constitutionnel indépendant. Au sens de l'art. 5 al. 1 Cst. et en prenant en compte le fait que le principe de la séparation des pouvoirs a valeur de norme constitutionnelle non écrite (ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, volume I, Berne 2000, n. 1674 ss et 1724 ss), le principe de la légalité et de la séparation des pouvoirs soumet l'administration à la loi; l'administration ne peut exercer son activité que dans le cadre tracé par la loi; cette exigence implique également que les normes d'un degré inférieur doivent être conformes à celles d'un degré supérieur; en outre, seul le législateur détient la compétence pour modifier la loi (ATF 131 II 562 consid. 3.1, ATF 126 I 180 consid. 2a/aa, ATF 127 I 60 traduit dans la Revue de droit administratif et de droit fiscal [RDAF] 2001 II p. 306 ss consid. 3a; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6201/2007 du 9 avril 2009 consid. 5.1 ss).

6.2. Conformément à l'art. 164 al. 2 Cst., une loi fédérale peut prévoir une délégation de la compétence d'édicter des règles de droit, à moins que la Constitution ne l'exclue. Le Tribunal administratif fédéral peut, à l'instar du Tribunal fédéral, examiner à titre préjudiciel la conformité des dispositions d'application prises par le Conseil fédéral. Selon la jurisprudence, la juridiction administrative peut examiner la validité d'une ordonnance du point de vue de sa légalité et de sa constitutionnalité. Lorsqu'il s'agit d'une ordonnance basée sur une délégation législative prévue dans la loi, le juge examine si les normes issues de la délégation restent dans les limites de la délégation (ATF 131 V 256 consid. 5.4, ATF 128 II 34 consid. 3b; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-4620/2008 du 19 janvier 2009 consid. 4; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., n. 2.177; JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich 2003, ad art. 190 ch. 13, p. 1459 s.). Il doit en outre se borner à vérifier si la disposition litigieuse est propre à réaliser objectivement le but visé par la loi, sans se soucier, en particulier, de savoir si elle constitue le moyen le mieux approprié pour atteindre ce but. Autrement dit, le juge doit examiner si l'ordonnance déborde manifestement du cadre de la délégation législative et si le Conseil fédéral a respecté, dans le cadre de sa large liberté d'appréciation, le principe de la proportionnalité (ATF 122 II 411, ATF 107 Ib 243, arrêt du Tribunal fédéral 2A.262/2002 du 7 janvier 2003 consid. 2.3; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1964/2007 du 28 septembre 2007 consid. 4.1; ANDREAS AUER, La juridiction constitutionnelle en Suisse, Bâle 1983, p. 112 s., n. 196).

Ce qui vient d'être dit s'agissant du contrôle des ordonnances du Conseil fédéral par le Tribunal administratif fédéral s'applique mutatis mutandis au contrôle des règlements adoptés par les entités de droit privé chargées d'exécuter une tâche étatique. En effet, jurisprudence et doctrine reconnaissent de façon unanime que ces entités sont soumises à la Constitution et à la loi, à l'instar de l'administration (arrêt du Tribunal fédéral du 10 juillet 1986, in: ZBl 1987, p. 208; MÄCHLER, op. cit., p. 1177 et les réf. citées; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zurich 2008, p. 562, n. 1886; TOBIAS JAAG, Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zurich 2000, p. 43; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, op. cit., n. 1509, n. 1530a, n. 1530f; MOOR, op. cit., vol. III, p. 105, n. 3.1.2.6 et aussi p. 112, n. 3.1.3.3; art. 1 al. 1 et 2 let. e PA). Ces entités doivent donc respecter les exigences découlant du principe de la légalité.

6.3. D'après la jurisprudence en la matière, la perception de contributions publiques - à l'exception des émoluments de chancellerie - doit être prévue, quant à son principe, dans une loi au sens formel. Si cette dernière délègue à l'organe exécutif la compétence d'établir une contribution, la norme de délégation ne peut constituer un blanc-seing en faveur de cette autorité; elle doit indiquer, au moins dans les grandes lignes, le cercle des contribuables, l'objet et la base de calcul de cette contribution (ATF 130 I 113 consid. 2.2, ATF 129 I 346 consid. 5.1 et les réf. citées; arrêts du Tribunal administratif fédéral A-4620/2008 du 19 janvier 2009 consid. 3 et A-4116/2008 du 6 janvier 2010 consid. 4.1). Autrement dit, doivent être définis l'objet de la contribution - l'activité ou la prestation administrative à raison de laquelle la taxe est due -, le sujet - son débiteur -, les critères servant de base au tarif et le barème (MOOR, op. cit., vol. III, p. 367, n. 7.2.4.3 et la réf. citée).

6.4. A ce propos, il se pose la question de savoir jusqu'à quel point de précision le législateur doit régler la matière qui fait l'objet de la norme de délégation. La solution dépend de multiples éléments, tel que l'objet de la délégation et la particularité de la matière à réglementer. Ainsi, la délégation peut être conçue plus largement lorsque la matière à réglementer est soumise à des changements imposés par des circonstances auxquelles l'ordre juridique doit s'adapter (arrêt de la Cour constitutionnelle du canton du Jura du 13 mars 2000, in: ZBl 2000, p. 363 s. et les réf. citées, arrêt du Tribunal administratif du canton de Schwyz du 15 novembre 2000, in: ZBl 2001, p. 157 et les réf. citées). Les contributions publiques ne doivent pas faire l'objet d'une réglementation générale ou exhaustive dans une loi au sens formel; il faut pourtant qu'elles soient déterminées de façon suffisamment précise au moins dans une prescription de niveau inférieur, de telle façon que les éléments essentiels soient fixés par voie normative (ATF 123 I 248 consid. 3f, ATF 126 I 180 consid. 2a/bb). Les normes exposant les conditions de perception de la contribution doivent également être suffisamment précises de sorte que l'autorité d'application ne dispose pas d'une marge de manoeuvre excessive; en outre, il faut que les conséquences financières soient suffisamment prévisibles pour le citoyen (ATF 123 I 248 consid. 2).

6.5.

6.5.1. Le TAF a déjà retenu que l'art. 40 al. 1 let. c et 12*c* al. 1 LTC indiquaient l'objet des émoluments que devait percevoir l'organe de conciliation (ATAF 2010/34 consid. 6.5.1).

6.5.2. Par ailleurs, le Tribunal de céans a considéré dans son arrêt du 6 avril 2010 que les règlements adoptés par l'ombudscom ne faisaient que reprendre pour l'essentiel le système prévu par les art. 12*c* al. 2, 40 al. 1 let. c et 3 LTC, ainsi que 44 al. 2 OST, s'agissant du débiteur et de l'objet de l'émolument litigieux; ces règlements n'étaient pas contraires à la volonté du législateur.

Selon l'art. 1 du règlement portant sur les émoluments du 7 mai 2010 - dont la teneur correspond à celle de l'art. 2 du règlement précédent ainsi qu'à celle de l'art. 1 du règlement dans sa version 2011 -, l'office de conciliation perçoit auprès des fournisseurs de services de télécommunications ou de services à valeur ajoutée un émolument de procédure applicable à chaque procédure à laquelle ils sont ou devraient être impliqués conformément au règlement de procédure. Le prélèvement de ces émoluments de procédure doit permettre de financer la Fondation ombudscom (ainsi que l'office de conciliation). Selon le message, l'organe de conciliation doit en effet être financé en majeure partie par les fournisseurs précités. Le financement par les frais de procédure est au demeurant conforme au principe de la causalité, vu que seules les entreprises qui ont des litiges avec leurs clients financent l'organe de conciliation. Une telle réglementation tend à inciter tous les fournisseurs à rechercher des solutions à l'amiable avec leurs clients (cf. FF 2003 7245, 7267 s.).

Quant à l'art. 3 du règlement portant sur les émoluments du 7 mai 2010 (art. 4 dudit règlement dans sa version 2011), son contenu n'a non plus pas été modifié. Il prévoit encore que le client doit verser un émolument de procédure pouvant atteindre 20.- francs, afin d'éviter tout abus. Le TAF a retenu qu'en fixant un émolument de 20.- francs pour le traitement d'une requête, l'autorité inférieure avait respecté la position adoptée par la majorité lors des délibérations parlementaires (arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6464/2008 du 6 avril 2010 consid. 6.5.2).

Il faut donc retenir que les art. 1 et 3 du règlement susmentionné restent dans les limites de la délégation prévue à l'art. 12*c* LTC. Ils sont propres à réaliser le but visé par la LTC, à savoir que l'utilisateur n'ait à verser qu'un émolument modique et que le fournisseur assume en majeure partie les frais de fonctionnement de l'ombudscom. En d'autres termes, il faut retenir que ces dispositions ne débordent pas du cadre de la délégation législative.

6.5.3. Dans son arrêt du 6 avril 2010, le TAF a ensuite retenu que l'art. 40 al. 1, 1ère phrase, LTC ne constituait pas à lui seul une base légale suffisante pour ce qui était de la manière de calculer l'émolument contesté; il était toutefois admis que d'autres principes - outre celui de la légalité - permettaient d'empêcher l'autorité de percevoir un émolument trop élevé.

6.5.4. La surveillance qu'exerce l'Etat sur l'entité de droit privé à qui il a confié une tâche de droit public constitue un moyen de vérifier si le tarif perçu est exagéré. En matière de contributions publiques, l'Etat exerce une telle surveillance en approuvant le tarif des émoluments à percevoir (MÄCHLER, op. cit., p. 1181). L'art. 40 al. 3 LTC prévoit que l'organe chargé de la procédure de conciliation doit soumettre le prix de ses services à l'approbation de l'OFCOM. Le 20 mai 2010, l'OFCOM a ainsi approuvé le règlement portant sur les émoluments du 7 mai 2010. Il a également approuvé en date du 8 décembre 2010 celui de 2011. Ces approbations fixent une première limite à l'office de conciliation lorsqu'il arrête le prix de ses services.

6.5.5. Dans l'arrêt précité, le Tribunal de céans a retenu que les principes de la couverture des frais et de l'équivalence constituaient pour le cas d'espèce des moyens appropriés pour vérifier l'émolument contesté (ATAF 2010/34 consid. 8.4). Il sied également d'appliquer ces principes en l'occurrence.

7.

D'après le principe de la couverture des coûts, l'ensemble des ressources provenant d'un émolument ne doit pas être supérieur à l'ensemble des dépenses de la collectivité pour l'activité administrative en cause (ATF 106 Ia 249 consid. 3a; HUNGERBÜHLER, op. cit., p. 520 et les réf. citées). Les dépenses à couvrir peuvent comprendre les frais généraux, en particulier ceux de port, de téléphone, les salaires du personnel, le loyer ainsi que les intérêts et amortissements des capitaux investis (GRISEL, op. cit., p. 611, MOOR, op. cit., vol. III, p. 368). Il n'est cependant pas exigé que seules soient prises en compte les dépenses afférentes au secteur d'activité dans lequel intervient concrètement la prestation administrative en cause. Est déterminant l'ensemble cohérent de tâches qui forment globalement un type de prestations. Cela a pour effet que certaines prestations, qui coûtent relativement peu cher à l'administration, peuvent être taxées plus lourdement que leur prix de revient et inversement. Il peut ainsi y avoir à l'intérieur d'une branche des compensations d'un

secteur à l'autre (arrêt du Tribunal administratif fédéral A-693/2008 du 10 février 2009 consid. 3.1 et les réf. citées).

7.1. En l'espèce, il faut considérer que le principe de la couverture des coûts est respecté.

Selon son rapport annuel 2008, l'office de conciliation connaît un déficit de 17'000.13 francs (cf. rapport p. 21). L'ensemble des ressources provenant des prestataires/tiers se monte à 298'055.70 francs pour la période du 1er juillet au 31 décembre 2008. Ce montant comprend dans une large mesure la somme des émoluments pour la proposition de conciliation, l'émolument mis à la charge du client ne s'élevant qu'à 20.- francs. Il convient d'ajouter à cette somme les intérêts de 5'091.30 francs, la somme provenant des cas transférés de l'association de 80'000.- francs, ainsi qu'un produit exceptionnel de 12'447.95 francs. Le produit de l'ombudscom est ainsi au total de 395'594.95 francs. Quant aux charges pour cette même période, elles s'élèvent à 412'595.08 francs. Le coût moyen par cas est du reste de 1'800.- francs au cours du second semestre 2008 et ne dépasse donc que de peu l'émolument de 1'494.- francs (cf. rapport p. 9).

La recourante reproche à l'autorité inférieure de lui faire supporter l'ensemble de ses frais de fonctionnement; elle doit ainsi également financer les conseils qui sont donnés par téléphone au client, alors même que celui-ci n'a déposé aucune demande de conciliation à son encontre. Le rapport 2008 précité souligne en effet que bien que les coûts soient répartis sur les cas, ils comportent également les frais engendrés par les nombreuses requêtes et autres charges; 80% des dépenses sont les coûts de personnel; pour l'essentiel, l'équipe répond aux questions, négocie avec le client et les fournisseurs, élabore des propositions de conciliation, s'occupe du site internet, rédige le rapport annuel. Il ressort toutefois clairement du message du Conseil fédéral que l'organe de conciliation doit être financé en majeure partie par les fournisseurs (FF 2003 7245, 7267 s.). Il faut donc comprendre l'art. 12*c* al. 1 LTC, comme déjà relevé, en ce sens que les fournisseurs assument les frais de fonctionnement de l'ombudscom et non seulement les frais de la procédure à laquelle ils sont impliqués. Il faut ainsi admettre qu'ils doivent également prendre en charge les frais liés aux conseils donnés par téléphone. Selon la jurisprudence, les dépenses à couvrir peuvent de toute façon aussi comprendre les frais généraux, en particulier ceux de téléphone. De plus, les conseils donnés par téléphone évitent dans certains cas qu'une demande de conciliation soit déposée et ainsi que le

fournisseur ne doive supporter l'émolument au sens de l'art. 12*c* LTC. Au demeurant, est déterminant l'ensemble cohérent de tâches qui forme globalement un type de prestations. Il faut dès lors retenir que la perception d'un émolument de 1'494.- francs pour un cas « normal » ne viole pas le principe de la couverture des frais.

7.2. Cela étant, il faut encore déterminer si le fait de percevoir un émolument de 1'494.- francs est conforme aux exigences découlant du principe de l'équivalence.

Selon ce principe, le montant de chaque émolument doit être en rapport avec la valeur objective de la prestation fournie et rester dans les limites raisonnables (ATF 118 Ib 349 consid. 5 et les réf. citées; HUNGERBÜHLER, op. cit., p. 522 et les réf. citées). La valeur de la prestation se mesure soit à son utilité pour le contribuable, soit à son coût par rapport à l'ensemble des dépenses de l'activité administrative en cause. Pour que le principe de l'équivalence soit respecté, il faut que l'émolument soit raisonnablement proportionné à la prestation de l'administration, ce qui n'exclut cependant pas une certaine schématisation. Il n'est pas nécessaire que, dans chaque cas, l'émolument corresponde exactement au coût de l'opération administrative (GRISEL, op. cit., p. 611 et MOOR, op. cit., vol. III, p. 369). Les émoluments doivent toutefois être établis selon des critères objectifs et s'abstenir de créer des différences que ne justifieraient pas des motifs pertinents. Le tarif de l'émolument ne doit pas en particulier empêcher ou rendre difficile à l'excès l'utilisation de certaines institutions (voir ATF 120 Ia 171 consid. 2a et la réf. citée). Des prestations analogues seront taxées identiquement (ATF 97 I 193), à moins que les intérêts qu'y ont les débiteurs soient substantiellement différents (ATF 103 Ia 80).

7.3.

7.3.1. En l'espèce, force est de constater que l'émolument litigieux ne respecte pas le principe de l'équivalence.

L'ombudscom a perçu un émolument de 1'494.- francs pour le cas d'espèce qu'il a qualifié de « normal ». Or, le litige qui oppose le client à Smartphone SA porte somme toute sur la question de savoir si ce dernier a valablement résilié son contrat de téléphonie. Plus précisément, il s'agit de déterminer si l'annonce du client auprès du nouvel opérateur de son choix est une condition qui doit être réalisée pour que la résiliation du contrat conclu avec le précédent soit valable. La conciliation dont s'est

chargé l'ombudscom in casu porte donc sur un cas plutôt simple d'un point de vue juridique. Sa résolution juridique - nécessaire pour pouvoir mener à bien une conciliation - ne nécessite pas un travail considérable. Pour s'en convaincre, il suffit d'examiner la proposition de conciliation qui a été produite au dossier par l'ombudscom. Cette dernière comporte trois pages. L'ombudscom a résumé les faits qui ne peuvent être qualifiés de complexes sur une vingtaine de lignes. Il a ensuite exposé ce qu'il pensait du cas en une quarantaine de lignes s'étalant sur une page environ. Il a considéré en substance que Smartphone SA n'avait certes pas confirmé au client, dans son courriel du 19 novembre 2007, la résiliation de son contrat; toutefois, on ne pouvait pas en déduire qu'aucune résiliation n'était intervenue; il n'était pas logique que la résiliation d'un contrat dépende du comportement du nouvel opérateur. Il a ainsi retenu que Christoph Wey était en droit de considérer que son contrat avec Smartphone SA avait été valablement résilié. Enfin, il a proposé que Smartphone SA accepte la résiliation du contrat pour la fin du mois de février 2008 et renonce à exiger de Christoph Wey le paiement du montant litigieux et donc à le poursuivre. L'élaboration d'une telle proposition ne saurait nécessiter un travail important et devrait - à priori - pouvoir se faire relativement rapidement.

L'autorité de première instance invoque que le fournisseur concerné n'a pas participé à la procédure de conciliation et que cette omission l'a contrainte à la rédaction de plusieurs courriers, afin que celui-ci se détermine sur le cas, ce qui a augmenté sa charge de travail. La rédaction d'un courrier qui invite une société à se prononcer sur un litige l'opposant à son client ne saurait toutefois augmenter la charge de travail de l'ombudscom de façon significative et justifier un émolument aussi élevé pour un tel cas. L'instruction normale d'un cas nécessite un tel acte (art. 12 ss PA). La renonciation du fournisseur – malgré l'obligation légale de collaborer (art. 59 al. 1 LTC et art. 47 OST en relation avec l'art. 13 al. 1 let. c PA) – à une prise de position peut certes avoir des conséquences importantes sur la charge de travail, dans la mesure où l'autorité inférieure peut se voir contrainte de constater les faits pertinents d'une autre manière. En l'espèce, l'autorité inférieure ne fait pourtant pas valoir une telle charge de travail supplémentaire. En outre, il va de soi que l'autorité pouvait se baser sur son premier courrier pour la rédaction des suivants.

Par ailleurs, il faut certes reconnaître que la recourante aurait eu un intérêt à participer à la procédure de conciliation, en ce sens qu'elle n'aurait pas eu à entamer des poursuites à l'encontre de son client en cas

d'acceptation de la proposition de conciliation. Toutefois, la recourante n'a pas adhéré à cette proposition. En outre, dans la mesure où la valeur litigieuse s'élève en l'espèce à 51.80 francs selon la proposition de conciliation, son intérêt à cette participation doit être fortement relativisé. Enfin, à l'instar de la recourante, il faut considérer que la perception d'un émolument de 1'494.- francs pour un cas similaire à celui en cause permet aux clients – sans que leur comportement puisse être qualifié de manifestement abusif et justifier de la sorte une autre répartition des frais (cf. art. 49 al. 2 et 3 OST) – de faire pression sur les fournisseurs; ceux-ci hésiteront à faire respecter leurs droits, dans l'unique but d'éviter des frais beaucoup plus importants que les montants en jeu.

Un émolument de 1'494.- francs pour une conciliation portant sur un tel cas ne se trouve pas dès lors dans un rapport raisonnable avec la valeur objective de la prestation.

7.3.2. Au demeurant, le Tribunal de céans relève que l'art. 2 du règlement portant sur les émoluments dans sa version 2010, dont la teneur est identique à celle de l'art. 2 du règlement dans sa version 2011, ne respecte pas à priori le principe de l'équivalence. Il prévoit en effet la perception d'un émolument d'au moins 950.- francs pour un cas dit « normal ». Un cas est qualifié de la sorte lorsque les parties ne parviennent pas à trouver un accord lors de l'échange d'écritures. Or, il se peut qu'un client ayant résilié son contrat sans respecter le délai utile forme une demande de conciliation et s'obstine à refuser de payer un montant totalement dérisoire à son fournisseur. Dans une telle hypothèse, mettre à la charge de celui-ci un émolument de 950.- francs, sans que les particularités du cas ou le comportement du fournisseur aient causé des frais supplémentaires importants à l'autorité inférieure, paraît d'emblée exagéré. Comme déjà relevé (cf. consid. 7.3.1), la perception d'un émolument aussi important pour un tel cas permet aux clients de faire pression sur les fournisseurs, qui hésiteront sans doute à défendre leurs droits, afin de ne pas devoir s'acquitter de frais nettement plus élevés que les montants en jeu. Il paraît opportun que l'ombudscom rende éventuellement des décisions (propositions de conciliation) plus succinctes dans de tels cas, afin de limiter ses frais.

8.

Au vu des éléments qui précèdent, il faut donc considérer que l'émolument litigieux viole le principe de l'équivalence. Le recours doit par conséquent être admis, la décision attaquée annulée et la cause

renvoyée à l'autorité inférieure pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

9.
Vu l'issue du litige, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres griefs invoqués par la recourante, en particulier si son droit d'être entendue a été violé ou si l'acte attaqué viole la liberté économique.

10.
Dans la mesure où la recourante obtient gain de cause et où aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures, il n'est pas perçu de frais de procédure (cf. art. 63 al. 1 et 2 PA, art. 7 ss du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [RS 173.320.2], FITAF). L'avance de frais de 800.- francs sera restituée à la recourante qui obtient gain de cause.

Selon l'art. 64 al. 1 PA et l'art. 7 FITAF, la partie qui obtient gain de cause a droit à des dépens pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés. Les honoraires du représentant sont fixés, selon l'appréciation de l'autorité, en raison de l'importance et de la difficulté de l'affaire, ainsi que d'après le travail et le temps que le représentant a dû y consacrer. En l'occurrence, le mandataire qui a rédigé un courrier daté du 22 juillet 2010, par lequel il déclare que Smartphone SA maintient son recours et critique ensuite la décision de reconsidération du 22 juin 2010, n'a pas fourni de note de frais. En équité, il se justifie de lui allouer, à charge de l'autorité intimée, une indemnité de 800.- francs à titre de dépens.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Le recours est admis et la décision du 22 juin 2010 annulée.

2.
La cause est renvoyée à l'autorité intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

3.
Il n'est pas perçu de frais de procédure. L'avance de frais de 800.- francs versée par la recourante lui sera restituée à compter de l'entrée en force du présent arrêt. La recourante indiquera au Tribunal de céans un numéro de compte sur lequel cette avance pourra lui être versée dans les trente jours à compter de la réception du présent arrêt.

4.
Une indemnité de dépens de 800.- francs est allouée à la recourante à la charge de l'ombudscom.

5.
Le présent arrêt est adressé :

– à la recourante (Acte judiciaire)
– à l'instance inférieure (n° de réf. de conciliation N° C3621 ; Acte judiciaire)
– au Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (Acte judiciaire)

Le président du collège : La greffière :

André Moser Virginie Fragnière Charrière

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (art. 42 LTF).

Expédition: