Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Cour I
A-4353/2010
{T 0/2}

Arrêt du 28 septembre 2010

Composition

Claudia Pasqualetto Péquignot (présidente du collège),
André Moser, Beat Forster, juges,
Myriam Radoszycki, greffière.

Parties

A._____ SA, représentée par Me Christian Roos,
Pestalozzi Rechtsanwälte AG, Löwenstrasse 1,
8001 Zurich,
recourante,

contre

Office fédéral de la communication (OFCOM),
44, rue de l'Avenir, case postale 1003, 2501 Bienne,
autorité inférieure.

Objet

Interdiction provisoire de vente (installation de télécommunication)

Faits :

A.
L'entreprise A._____ SA à (...), active notamment dans la vente de jouets et modèles réduits, importe et commercialise en Suisse depuis 2008 des télécommandes RC de marque Y._____ et de type Z._____ produites par l'entreprise allemande B._____ GmbH (ci-après le fabricant).

B.
Lors d'un contrôle effectué le 13 avril 2010 auprès d'un particulier, l'Office fédéral de la communication (ci-après l'office ou l'OFCOM) a emporté la télécommande citée en vue de procéder à un examen de sa conformité aux prescriptions techniques en vigueur. Par lettre du 14 avril 2010, il a informé A._____ SA de l'ouverture d'une procédure de contrôle au sens des art. 22 et suivants de l'ordonnance du 14 juin 2002 sur les installations de télécommunication (OIT) au sujet de la télécommande mentionnée. Par lettre du 20 avril 2010 (version allemande: 27 avril 2010), il a invité A._____ SA à produire la documentation technique et la déclaration de conformité relatives à l'appareil jusqu'au 7 mai 2010.

Invité par A._____ SA à donner directement suite à cette requête, le fabricant a fourni à l'OFCOM, par courriel du 27 avril 2010 de son conseil zurichois Me Christian Roos, une copie de la déclaration de conformité émise le 15 août 2008 par le fabricant, précisant par ailleurs qu'une copie de ladite déclaration figurait déjà dans tous les emballages originaux relatifs à la télécommande citée, à l'exception bien entendu de ceux, non conformes, provenant du marché gris. Par envoi du 5 mai 2010, Me Roos a encore remis à l'OFCOM six documents techniques relatifs à l'appareil visé (photos, schéma-bloc, données techniques, rapports de test, etc.).

C.
Dans un rapport de test rendu le 27 mai 2010 par l'ingénieur Kurt Bärtschi (Test report version 1), l'OFCOM a conclu que la télécommande citée de la marque Y._____ n'était pas conforme aux standards appliqués en la matière (''does not comply with the applied standard and/or with the relevant radio interface regulation'').

D.
Par décision du 1er juin 2010 intitulée ''interdiction provisoire de vente'', l'OFCOM a prononcé ce qui suit:

''1. [A._____ SA] ne doit plus, avec effet immédiat, offrir et mettre sur le marché l'installation susmentionnée.
2. [A._____ SA] ne peut pas disposer (exporter, détruire, ...) des installations identiques encore en sa possession sans accord préalable de l'OFCOM.
3. Le cas échéant, [A._____ SA] doit informer dans les dix jours ses revendeurs de la présente décision.
4. En raison des risques de perturbations, l'effet suspensif d'un recours est retiré''.

A l'appui de sa décision, l'OFCOM a considéré, se fondant sur le rapport de test précédemment cité, annexé à la décision, et en cochant la case correspondante du formulaire-type utilisé, que la télécommande vendue ne satisfaisait pas aux ''exigences essentielles concrétisées dans les normes techniques publiées par l'Office''. Celui-ci n'a en revanche pas coché les deux autres cases du formulaire (''ne respecte pas le plan national d'attribution des fréquences et peut ainsi provoquer des perturbations de services de télécommunications importants [sécurité, aviation, ...]'' et ''fonctionne avec une puissance d'émission trop élevée, ce qui peut provoquer des perturbations des services de télécommunications importants [sécurité, aviation, ...]''). La décision mentionne enfin que ''l'entreprise (la personne) susmentionnée sera informée par l'OFCOM de la suite de la procédure dans les plus brefs délais. Une décision statuant sur la conformité des installations ainsi que sur les frais sera rendue ultérieurement''. Par lettre d'accompagnement datée du même jour, 1er juin 2010, l'OFCOM a par ailleurs informé A._____ SA qu'elle recevrait ''prochainement les documents relatifs à la conformité avec la possibilité d'exercer [son] droit d'être entendu conformément à l'art. 24 al. 1 OIT''.

E.
Par un courrier rédigé en anglais le 4 juin 2010, A._____ SA, désormais également représentée par Me Roos, a contesté la pertinence des essais ayant abouti au rapport de non-conformité du 27 mai 2010. Elle a demandé à l'OFCOM de reconsidérer sa décision, concluant à la levée de l'interdiction ordonnée au moins jusqu'à ce qu'elle ait pu exercer son droit d'être entendu. Elle a également

demandé à ce que l'appareil en cause soit testé par le laboratoire d'essai néerlandais Telefication BV – subsidiairement la prolongation au 30 juin 2010 du délai mentionné au point 3 du dispositif de la décision – ainsi que l'annulation du point 4 de la décision attaquée retirant l'effet suspensif d'un éventuel recours.

Par courriel de son conseil du 9 juin 2010, A._____ SA a indiqué à Kurt Bärtschi que des doutes identiques au sujet de la télécommande visée ont déjà été soulevés par l'autorité allemande de surveillance des télécommunications (Bundesnetzagentur, BNA), qui a finalement conclu à la conformité de l'appareil. A._____ SA a invité l'OFCOM à prendre contact avec le responsable de ce dossier auprès de la BNA en vue de discuter de la question pour ensuite revoir sa décision.

L'OFCOM n'a donné aucune suite à ces requêtes.

F.
Par écriture en langue allemande du 14 juin 2010, A._____ SA (ci-après la recourante) a recouru auprès du Tribunal administratif fédéral contre la décision de l'OFCOM du 1er juin 2010, concluant à son annulation et à la restitution de l'effet suspensif. A l'appui de son recours, la recourante invoque tout d'abord la violation de son droit d'être entendue, la décision attaquée ayant été rendue sans qu'elle ait eu l'occasion de s'exprimer au préalable sur la mesure envisagée. Selon elle, l'appareil en vente serait conforme aux prescriptions légales et techniques en vigueur et notamment à la directive 1999/5/CE du 9 mars 1999 du Parlement européen et du Conseil concernant les équipements hertziens et les équipements terminaux de télécommunications et la reconnaissance mutuelle de leur conformité. L'interdiction de vente prononcée se fonderait donc à tort sur l'art. 33 al. 3 de la loi sur les télécommunications du 30 avril 1997 (LTC). De plus, l'installation litigieuse ne perturberait ni les télécommunications, ni la radiodiffusion. Les conditions d'une interdiction provisoire de mise sur le marché d'un appareil conforme (art. 34 al. 1bis LTC) ne seraient donc pas non plus réunies. Enfin, la décision attaquée, s'agissant tant de l'interdiction provisoire de vente que du caractère immédiatement exécutoire de cette dernière, serait contraire au principe de la proportionnalité et inopportune.

G.
Par décision incidente du 17 juin 2010 fondée sur l'art. 33*a* PA, le Tribunal de céans a dit que la langue de la procédure serait le français, autorisant toutefois la recourante, représentée par un avocat zurichois, à continuer de procéder en allemand.

H.
Invitée à se prononcer sur la question de la recevabilité du recours, l'OFCOM (ci-après l'autorité inférieure) s'est déterminée le 8 juillet 2010, concluant à l'irrecevabilité du recours. Selon l'office, qui cite la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 132 II 382) et du Tribunal administratif fédéral (arrêt B-8228/2007 du 5 décembre 2008), aucun recours ne serait en effet possible contre une décision ordonnant des mesures superprovisionnelles. Se prononçant également sur le fond, l'OFCOM a maintenu sa décision d'interdiction, relevant que l'appareil litigieux ''n'est pas conforme aux exigences essentielles telles que concrétisées dans la norme EN 300 328 v1.7.1 et est susceptible de perturber le réseau WLAN et d'autres transmissions de données dans la même bande de fréquences'', rajoutant encore que ''cette non-conformité technique de la télécommande peut entraîner une perte de liaison/communication et, par voie de conséquence, une perte de contrôle du jouet téléguidé''.

I.
Par lettre du 8 juillet 2010 intitulée ''Examen de la conformité: droit d'être entendu'', l'OFCOM a rappelé à la recourante que jusqu'à preuve du contraire, la télécommande visée devait être considérée comme ''non conforme'', renvoyant à cet effet à un second rapport de test rendu le 10 juin 2010 par Kurt Bärtschi (Test Report version 2) confirmant les conclusions du premier rapport du 27 mai 2010.

Dans sa lettre, l'OFCOM a prié la recourante de lui transmettre certaines informations jusqu'au 6 août 2010 (nombre d'installations mises sur le marché et éventuels revendeurs/distributeurs auxquels la recourante aurait revendu le matériel) ''avant de rendre une décision de non conformité'', l'invitant par ailleurs, dans le même délai – finalement prolongé au 20 août 2010 – à déposer d'éventuelles observations dans le cadre de l'exercice de son droit d'être entendu prévu à l'art. 24 OIT, notamment par la ''description des moyens envisagés pour remédier aux défauts constatés''. Faute de réponse de sa part dans le délai imparti, la recourante serait réputée renoncer à

l'exercice de son droit d'être entendue et décision serait rendue sur la base des éléments en la possession de l'OFCOM.

Par lettre du 19 août 2010, la recourante a demandé à l'OFCOM de faire tester l'appareil litigieux par un organisme de contrôle accrédité. Le 26 août suivant, l'OFCOM a répondu favorablement à cette demande.

J.
Invitée par le Tribunal de céans à déposer des observations finales, la recourante s'est déterminée le 23 août 2010, limitant ses remarques à la question de la recevabilité du recours déposé.

L'autorité inférieure a déposé une dernière écriture en date du 3 septembre 2010.

K.
Les autres faits et arguments des parties seront repris en cas de besoin dans la partie en droit ci-après.

Droit :

1.
Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATAF 2007/6 consid. 1).

1.1 Aux termes des art. 31 et 33 let. d de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal 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) rendues notamment par les départements et les unités de l'administration fédérale qui leur sont subordonnées ou administrativement rattachées. L'autorité inférieure répond à cette définition. Ses décisions sont donc susceptibles de recours auprès du Tribunal de céans.

1.2 En l'occurrence, l'acte attaqué, qui se fonde sur les art. 33 al. 3 et 34 al. 1bis LTC, les art. 22 ss OIT et l'art. 19 de la loi du 6 octobre 1995 sur les entraves techniques au commerce (LETC, RS 946.51), interdit à la recourante, à titre ''provisoire'', de vendre des télécommandes RC Z._____ de la marque Y._____, relevant

qu'une décision (définitive) sur la conformité de l'appareil litigieux sera rendue ultérieurement. L'acte attaqué est donc une décision incidente au sens de l'art. 5 al. 2 PA, soit une décision fondée sur le droit public fédéral prise en cours de procédure et ne mettant pas fin à l'instance, ce qui signifie qu'elle ne tranche aucun point de manière définitive (arrêt du Tribunal administratif fédéral [TAF] A-6674/2007 du 4 août 2008 consid. 1.2.2 et les réf. citées; MARTIN KAYSER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [éd.], Kommentar VwVG, Zurich/St Gall 2008, n. 2 ad art. 45 PA). Aucune des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF n'étant réalisée, la compétence du Tribunal de céans pour traiter le recours est donc donnée.

1.3 La recourante, qui a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, est spécialement atteinte par la décision et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. La qualité pour recourir doit dès lors lui être reconnue (art. 48 al. 1 let. a à c PA). Reste à déterminer si le recours est recevable.

1.4 Selon l'autorité inférieure, le recours est irrecevable car il porte sur une décision de nature superprovisionnelle. Ce type de décision, rendue dans l'urgence sans entendre les parties au préalable, ne serait, selon la jurisprudence, pas susceptible de recours auprès du Tribunal administratif fédéral. Selon la procédure applicable, après une interdiction "provisoire" de vente, un droit d'être entendu devrait être octroyé à l'administré pour compléter les informations à disposition de l'autorité - ce qui aurait été le cas en l'espèce -, à charge pour l'autorité de rendre par la suite, le cas échéant, une décision "finale" d'interdiction de vente, seule susceptible de recours.

Or il est vrai que selon la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue avant la création du Tribunal administratif fédéral, que cite l'OFCOM, les décisions superprovisionnelles de première instance (cf. art. 30 al. 2 let. e PA) n'étaient en principe pas susceptibles de recours au Tribunal fédéral, la raison invoquée étant d'une part le pouvoir de cognition limité de ce tribunal, d'autre part le fait qu'une telle décision – à effet par définition limité dans le temps – n'était en principe pas apte à causer un préjudice irréparable au recourant. C'est ainsi qu'il appartenait à l'autorité administrative, une fois garanti le droit d'être entendu de l'intéressé, de rendre *sans délai* une nouvelle décision incidente de nature provisoire laquelle pouvait, selon l'ancien droit, faire l'objet d'un recours de droit administratif (cf. arrêt du Tribunal

fédéral [TF] 2A.438/2004 consid. 1.3.2; ATF 126 II 111 consid. 6b.aa, ATF 130 II 351 consid. 3.2.1; BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, Praxiskommentar VwVG, Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [éd.], n. 74 et 76 ad art. 30 PA; MARTIN PEYER, Entwicklungen im Finanzmarktaufsichtsrecht, Aktuelle Praxis der FINMA und der Gerichte, in: Pratique juridique actuelle [PJA] 2010 p. 768 ss, 769). Par la suite, dans deux arrêts concernant la FINMA (B-2627/2009 consid. 1.3 du 27 mai 2009 et B-4935/2009 du 31 août 2009 consid. 1.5), le Tribunal administratif fédéral a déclaré que cette jurisprudence était désormais caduque, vu le plein pouvoir de cognition exercé par le nouveau tribunal (cf. toutefois l'arrêt B-5839/2008 du 19 septembre 2008 qui s'en tient à la jurisprudence du TF).

Point n'est toutefois besoin de se pencher sur cette nouvelle jurisprudence du Tribunal de céans et son éventuelle applicabilité au cas d'espèce. En effet, c'est en vain que l'autorité inférieure conclut à l'irrecevabilité du recours sur la base de la jurisprudence précitée du Tribunal fédéral. On voit en particulier mal que la recourante puisse être privée de la possibilité de recourir contre une décision incidente, s'apparentant certes à une décision superprovisionnelle au vu du non-respect du droit d'être entendu, mais qui n'a par la suite jamais été confirmée par une décision sur mesures provisionnelles respectant ce droit, comme le veut pourtant la règle (cf. arrêt du TAF A-102/2010 du 20 avril 2010 consid. 3.2; décision de la Commission de recours du Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports [DDPS] du 14 février 2003 in: Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 67.102 consid. 1; cf. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2ème éd., Zurich 1998, n. 337; PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. II, Les actes administatifs et leur contrôle, Berne 2002, n. 2.2.6.8). Une telle option n'était d'ailleurs pas envisagée par la décision attaquée, qui – outre le fait qu'elle est assortie des voies de droit – se limite à mentionner que la recourante sera ''informée par l'OFCOM de la suite de la procédure dans les plus brefs délais'', une décision (finale, cela s'entend) ''statuant sur la conformité des installations ainsi que sur les frais'' devant ensuite être rendue. C'est bien dans la perspective d'une telle décision que le 8 juillet 2010 - soit en réalité plus d'un mois plus tard -, l'autorité inférieure a invité la recourante à s'exprimer dans un délai échéant le 6 août 2010, faute de quoi il serait statué (définitivement) sur la base

des éléments du dossier. Les circonstances exposées ci-dessus laissent apparaître que la décision attaquée s'apparente davantage à une décision de mesure provisionnelle que de mesure superprovisionnelle.

Au vu de ce qui précède, force est d'admettre que la décision incidente entreprise est en principe susceptible de recours. Reste à déterminer si les autres conditions de recevabilité du recours sont réunies.

1.5 La recevabilité des recours dirigés contre les décisions incidentes est réglée aux art. 45 et 46 PA, applicables à la procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral en vertu de l'art. 37 LTAF. Aux termes de l'art. 46 al. 1 PA, les décisions incidentes notifiées séparément et qui ne portent pas sur la compétence ou sur une demande de récusation (cas visés par l'art. 45 PA) ne peuvent faire l'objet d'un recours que si elles peuvent causer un préjudice irréparable (let. a) ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (let. b). Cette réglementation est fondée sur des motifs d'économie de procédure. Il s'agit en effet d'éviter que la durée de la procédure soit ralentie par une multitude de recours (cf. ATF 135 II 30 consid. 1.3.2; 134 IV 43 consid. 2.1; arrêt du TAF A-5107/2009 du 13 avril 2010 consid. 2.1 et les réf. citées). En l'occurrence, il est admis que la décision attaquée a été notifiée séparément de la décision finale, qui n'est à ce jour pas intervenue. De même, il est patent qu'une admission du recours ne conduirait pas immédiatement à une telle décision finale (cf. art. 46 al. 1 let. b PA).

Reste à déterminer si la décision attaquée est susceptible de causer à la recourante un préjudice irréparable au sens de l'art. 46 al. 1 let. a PA. Selon la jurisprudence relative à cette disposition, un préjudice de fait, même purement économique, suffit à cet égard, à condition qu'il ne se résume pas à prévenir une augmentation des coûts de la procédure (ATF 130 II 149 consid. 1.1; ATAF 2009/42 consid. 1.1; arrêt du TAF A-515/2008 du 4 juin 2008 consid. 1.2) et qu'il soit d'un certain poids. Autrement dit, il faut que le recourant ait un intérêt digne de protection à ce que la décision incidente soit immédiatement annulée ou modifiée, sans attendre le recours ouvert contre la décision finale (cf. art. 46 al. 2 PA; arrêts du TAF A-7975/2008 du 22 juin 2009 consid. 3 et A-8154/2008 du 2 avril 2009 consid. 2.1; décision de la Commission fédérale de recours en matière de responsabilité de l'Etat

[CRR] 2004-002 du 10 septembre 2004 consid. 3a; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Bâle 2008, n. 2.45 ss). Or en l'occurrence, il ne fait pas de doute que la recourante a un intérêt digne de protection à recourir contre la décision attaquée qui lui interdit, pour une durée indéterminée, de vendre, comme elle le fait depuis 2008, des télécommandes pour modèles réduits lui rapportant un chiffre d'affaires non négligeable (2008: 105'000 fr.; 2009: 205'000 fr.).

Partant, il y a lieu de retenir que la décision d'interdiction provisoire de vente est de nature à causer à la recourante un préjudice irréparable au sens de l'art. 46 al. 1 let. a PA. Les autres conditions de recevabilité du recours (cf. art. 48 al. 1, 50 et 52 PA) étant remplies, il convient d'entrer en matière.

2.

Selon l'art. 49 PA, le Tribunal administratif fédéral contrôle les décisions qui lui sont soumises sous l'angle de la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), de la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b) et de l'inopportunité (let. c). Pour ce faire, il dispose d'un plein pouvoir d'examen, ce qui signifie notamment qu'il revoit sans s'imposer aucune restriction si une disposition de l'ordre juridique a été violée (MOOR, Droit administratif, vol. I, Les fondements généraux, Berne 1994, n. 6.3.3.2). En principe, il est tenu d'exercer complètement (*ausschöpfen*) son pouvoir d'examen, sous peine de déni de justice formel (BENJAMIN SCHINDLER in: Kommentar VwVG, op. cit., n. 21 ad art. 49 PA). La jurisprudence atténue toutefois ce principe dans certaines situations. C'est ainsi que le Tribunal de céans s'impose une certaine retenue dans l'exercice de son contrôle lorsque la résolution du litige exige des connaissances spécifiques, notamment techniques, dont l'autorité administrative – dotée par hypothèse d'un large pouvoir d'appréciation – dispose mieux que le juge. Dans ce cas, le Tribunal ne s'écartera de l'avis de l'autorité que si celle-ci s'est manifestement laissée guider par des motifs étrangers aux normes appliquées ou n'a pas tenu compte de manière adéquate de tous les intérêts en présence, ce qui suppose déjà que la décision attaquée soit suffisamment étayée sur ces points (ATAF 2008/23 consid. 3.3; ATAF 2008/18 consid. 4; ATF 123 V 150 consid. 2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., n. 2.154 ss; MOOR, op. cit., vol. I, n. 4.3.3.2; SCHINDLER, op. cit., n. 3 ss, 6, 12 ad art. 49 PA).

Le recours contre un prononcé de mesures provisionnelles pose encore quelques problèmes spécifiques. En effet, de telles mesures règlent provisoirement, le plus souvent dans l'urgence, une situation jusqu'à ce que soit prise la décision finale fixant le régime définitif. Par définition et faute de temps, ces mesures sont ordonnées, après un examen *prima facie* des pièces déjà versées au dossier, sur la base de la simple vraisemblance des faits allégués et après un examen sommaire de la situation en droit (ATF 130 II 149 consid. 2.2; décision incidente du TAF A-5452/2009 du 16 février 2010 consid. 1.2; BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000; MOOR, op. cit., vol. II, n. 2.2.6.8 p. 272). Saisi d'un recours contre une telle décision, le Tribunal administratif fédéral se limite à vérifier si la décision est soutenable en droit et tient compte de manière adéquate de l'ensemble des intérêts en présence, compte tenu des éléments dont l'autorité disposait *à l'époque* du prononcé provisoire et des investigations – en fait et en droit – que l'on pouvait attendre d'elle au vu des circonstances du cas d'espèce et notamment du degré d'urgence plus ou moins important de l'affaire (cf. HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, in: Revue de droit suisse [RDS] 1997 II 255 ss, 382 s., n. 175 à 177; PATRICK SUTTER, in: Kommentar VwVG, op. cit., n. 28 ad art. 30 PA).

3.

3.1 La recourante invoque en premier lieu la violation de son droit d'être entendue, la décision attaquée ayant été rendue sans qu'elle ait eu l'occasion de s'exprimer au préalable sur la mesure envisagée. Vu son caractère formel, il sied d'examiner ce grief en premier lieu (ATF 127 V 431 consid. 3d/aa; arrêt du TAF A-7935/2008 du 25 mars 2010 consid. 3).

3.1.1 Le droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), est consacré en procédure administrative fédérale par les art. 29 et suivants PA (cf. également l'art. 24 al. 1 OIT). Il comprend entre autres le droit pour l'intéressé de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, celui de prendre connaissance de ces dernières et de se déterminer à leur propos, mais également celui d'obtenir une décision suffisamment motivée sur

l'ensemble des points nécessaires et pertinents soulevés par les parties et ayant servi de base à la décision (ATF 132 V 368 consid. 3.1; arrêt du TAF B-2808/2009 du 25 mars 2010 consid. 5.1; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., ch. 3.84 ss; SUTTER, in: Kommentar VwVG, op. cit., n. 1 ss, 4 s. ad art. 30 PA). L'art. 30 al. 2 PA énumère néanmoins un certain nombre d'actes que l'autorité de première instance est habilitée à rendre sans entendre les parties au préalable. Tel est notamment le cas, selon les termes de la lettre e de cette disposition, lorsqu'il y a péril en la demeure, que le recours est ouvert aux parties et qu'aucune disposition du droit fédéral n'accorde à ces dernières le droit d'être entendues préalablement, ces trois conditions étant cumulatives (décisions dites ''superprovisionnelles''; WALDMANN/BICKEL, op. cit., n. 67 ad art. 30 PA).

En l'occurrence, la recourante a certes été informée le 14 avril 2010 de l'ouverture par l'OFCOM d'une procédure de contrôle en rapport avec la télécommande Y._____ et invitée, le 27 avril suivant, à fournir la documentation technique et la déclaration de conformité relative à cet appareil. Il est toutefois constant qu'elle n'a, par la suite, pas été invitée à s'exprimer et à faire valoir ses arguments, en particulier sur les résultats du rapport de test rendu le 27 mai 2010 concluant à la non-conformité de l'appareil, qui a précédé de quelques jours le prononcé de la décision attaquée (1er juin 2010). Son droit d'être entendu n'a donc pas été respecté.

Or force est d'admettre que la décision attaquée ne peut valablement se fonder sur l'art. 30 al. 2 let. e PA. En effet, la notion de péril en la demeure, qu'il s'agit d'interpréter de manière restrictive, exige une situation de danger particulière (*besondere Gefahrensituation*) à laquelle l'autorité se doit, pour des raisons impérieuses, de réagir vite, sans entendre les personnes concernées (JAAC 67.102 consid. 1; arrêt du TAF A-7391/2008 du 19 octobre 2009 consid. 4.1; WALDMANN/BICKEL, op. cit., n. 68 s. ad art. 30 PA). Dans le cas d'espèce, l'on discerne toutefois mal ce qui empêchait l'autorité inférieure d'inviter la recourante, après avoir pris connaissance du rapport de test de l'ingénieur Bärtschi, à se prononcer – même dans un délai très court – sur les résultats de cette pièce centrale du dossier avant de rendre sa décision d'interdiction (provisoire) de vente. En effet, l'on ne peut a priori pas admettre que la possible perturbation des ondes de réseaux locaux sans fil (WLAN) par des télécommandes vendues sur le marché suisse depuis un an et demi soit constitutive d'une situation

de péril en la demeure au sens de l'art. 30 al. 2 let. e PA. A cet égard, on relèvera au surplus que le formulaire-type ayant servi de support à la décision attaquée comporte deux cases expressément dédiées aux ''perturbations de services de télécommunications importants (sécurité, aviation, ...)'', autrement plus dangereuses, que l'autorité inférieure n'a pas cochées, se contentant de cocher la rubrique afférente au non-respect des prescriptions techniques publiées par l'office.

3.1.2 Le droit d'être entendu étant de nature formelle, sa violation entraîne en principe l'annulation de la décision viciée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (ATF 127 V 431 consid. 3d/aa; ATAF 2007/27 consid. 10.1). Comme le retient le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence constante, qui se fonde sur des motifs d'économie de procédure, la violation du droit d'être entendu peut cependant, à titre exceptionnel et pour autant que ladite violation ne soit pas particulièrement grave, être réparée (*geheilt*) par l'autorité de recours si le pouvoir d'examen en fait et en droit de cette dernière n'est d'aucune façon limité par rapport à celui de l'autorité précédente et qu'il n'en résulte aucun préjudice pour l'intéressé (ATF 133 I 201 consid. 2.2, ATF 132 V 387 consid. 5.1, ATF 127 V 431 consid. 3d/aa, ATF 116 V 182 consid. 3d; arrêts du TAF A-102/2010 du 20 avril 2010 consid. 3.3 et A-7391/2008 du 19 octobre 2009 consid. 4.1.3; décision du 20 janvier 2005 de la Commission de recours en matière d'infrastructures et d'environnement, in: JAAC 69.92 consid. 7; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., n. 3.112 s.).

Une réparation est en revanche généralement exclue lorsque le vice porte sur des questions relevant du large pouvoir d'appréciation de l'autorité inférieure et faisant appel à des connaissances spéciales, notamment techniques, à condition bien entendu que ces questions soient déterminantes pour trancher le litige en cause. En effet, l'autorité de recours, même dotée, sur le principe, d'un plein pouvoir d'examen (cf. art. 49 PA), ne revoit ces questions qu'avec retenue (cf. consid. 2). Elle est dès lors particulièrement mal placée pour les traiter de manière fouillée – de fait, comme autorité de ''première instance'' – et pour procéder, le cas échéant, aux investigations nécessaires, de sorte qu'une réparation serait, dans de telles conditions, de toute manière contraire aux intérêts du recourant (cf. ATF 132 V 387 consid. 5.1, ATF 129 I 135; arrêt du TAF B-1098/2007 du 18 janvier 2010 consid. 3.2; JAAC 69.92 consid. 7;

MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., n. 3.112; SUTTER, in: Kommentar VwVG, op. cit., n. 20 ad art. 29 PA). Autrement dit, la réparation du droit d'être entendu doit être réservée aux cas de violations peu importantes et aisément réparables du droit d'être entendu, dans lesquels un renvoi de la cause à l'autorité précédente s'avère inutilement formaliste (*formalistischer Leerlauf*) et conforme aux intérêts du recourant, qui pourra selon les cas avoir avantage à obtenir rapidement une décision mettant fin à la procédure (arrêt du TF 9C_419/2007 du 11 mars 2008 consid. 2.2; ATF 133 I 201; ATF 132 V 387 consid. 5.1; WALDMANN/BICKEL, op. cit., n. 110 et 116 ad art. 29 PA).

3.1.3 Or tel n'est pas le cas en l'occurrence. En effet, le vice constaté est particulièrement grave, dans la mesure où la recourante, certes informée de l'ouverture d'une procédure de contrôle à l'égard d'un appareil de son stock, n'a pu accéder à une pièce essentielle de son dossier (rapport de test du 27 mai 2010), que l'OFCOM détenait et dont il s'est (exclusivement) servi pour statuer. Certes, une telle circonstance était due à la nature (super)provisoire de la décision rendue. Comme on l'a vu, l'OFCOM n'a toutefois jamais levé cette irrégularité par le prononcé ultérieur de mesures provisionnelles respectant les droits de procédure du recourant (cf. consid. 1.4 ci-dessus).

Cette irrégularité ne peut non plus être levée dans le cadre de la présente procédure de recours. En effet, la résolution du litige exige des connaissances spécifiques à caractère technique (p. ex. applicabilité des normes ''non-FHSS'' aux installations hybrides FHSS/DSSS) dont l'autorité inférieure est autrement mieux dotée que le Tribunal de céans (cf. consid. 3.1.2). De plus, la décision attaquée n'étant quasiment pas motivée, le Tribunal de céans ne dispose pas de tous les éléments nécessaires pour statuer en connaissance de cause. L'affaire n'étant pas prête à être jugée (*spruchreif*), il paraît dans l'intérêt évident de la recourante que la cause soit renvoyée à l'OFCOM pour décision – provisoire ou définitive – respectant le droit d'être entendu de cette dernière. Contrairement à ce que prétend l'intéressée, le respect de ses droits ne passera cependant pas nécessairement par son audition. La recourante devra toutefois être mise en mesure de s'exprimer sur les arguments et preuves invoqués par l'OFCOM en rapport avec la mesure envisagée (cf. consid. 3.1.1). Partant, le recours doit être admis, la décision attaquée annulée et la

cause renvoyée à l'OFCOM, sans que le Tribunal ait à se déterminer sur le fond de l'affaire.

4.
Compte tenu de l'issue du litige, il n'est pas perçu de frais de procédure (art. 63 al. 1 et 2 PA). L'avance de frais versée sera restituée à la recourante dès l'entrée en force du présent arrêt.

S'agissant des dépens, les art. 64 PA et 7 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2) permettent au Tribunal d'allouer à la partie ayant obtenu gain de cause une indemnité 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 du litige, ainsi que d'après le travail et le temps que le représentant a dû y consacrer. En l'espèce, le représentant du recourant, qui a rédigé deux écritures relativement fouillées, 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 1'500 francs à titre de dépens.

(dispositif à la page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Le recours est admis, la décision de l'OFCOM du 1er juin 2010 annulée et la cause renvoyée à l'OFCOM pour nouvelle décision.

2.
Il n'est pas perçu de frais de procédure. L'avance de frais, d'un montant de 2'000 francs, est restituée à la recourante dès l'entrée en force du présent arrêt. La recourante est invitée à fournir à cet effet un bulletin de versement au Tribunal.

3.
La somme de 1'500 francs est allouée à la recourante à titre d'indemnité de dépens, à charge de l'autorité intimée.

4.
Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. 1000295683 ; Recommandé)
- au Secrétariat général du DETEC (Acte judiciaire)

La présidente du collège : La greffière :

Claudia Pasqualetto Péquignot Myriam Radoszycki

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 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 de la partie recourante (voir art. 42 LTF).

Expédition :