

## Restriction du nombre de concessions de radio et télévision (art. 44, al. 3, LRTV<sup>1</sup>)

### Critères pour l'évaluation de la responsabilité des diffuseurs de programmes de radio et de télévision titulaires d'une concession

En vertu de l'art. 44, al. 3, LRTV, un diffuseur ou l'entreprise à laquelle il appartient peut obtenir au plus deux concessions de télévision et deux concessions de radio. Pour appliquer cet article, l'Office fédéral de la communication (OFCOM) se réfère au concept de "contrôle des entreprises" au sens de l'art. 4, al. 3, let. b, LCart<sup>2</sup> et sur la pratique des autorités en matière de concurrence. Les critères listés et expliqués ci-après<sup>3</sup> donnent aux diffuseurs un aperçu de la pratique liée à l'art. 44, al. 3, LRTV, et les aident, de manière non contraignante, à s'y retrouver, notamment pour le transfert d'une concession (art. 48, LRTV). La liste n'est pas exhaustive; elle peut être complétée et modifiée dans le cadre de la pratique.

Critère	Pratique COMCO / UE	Référence: DPC <sup>4</sup> / Communication CE <sup>5</sup> / COMP <sup>6</sup>
<b>Acquisition du contrôle exclusif</b>		
<b>Acquisition de droits de participation (share deal)</b>	En général, il y a contrôle dès lors qu'une entreprise acquiert ou détient la majorité des droits de vote, à savoir que sa participation se monte à 50 % plus une voix au minimum.  La majorité des voix est déterminante, pas la majorité du capital.  Attention: Même sans majorité des voix, il peut y avoir un contrôle exclusif négatif, soit la possibilité de bloquer des décisions stratégiques.	2005/2, p. 359, ch. 16 (entre autre renvoi)  2000/1, p. 40  Communication CE, ch. 56
<b>Acquisition de certains droits patrimoniaux (asset deal)</b>  → Il s'agit de l'acquisition tout ou partie des actifs (et éventuellement des passifs) d'une entreprise.	S'agissant du domaine des médias, le contrôle a été établi notamment dans les cas suivants: <ul style="list-style-type: none"> <li>Reprise de rédactions et d'éditions de journaux</li> <li>Reprise de droits d'édition sur des revues</li> </ul>	2000/4, p. 662 s.  2007/1, p. 136 s.
<b>Contrôle exclusif sur la base d'un contrat</b>	On peut parler de contrôle lorsqu'il y a <i>modification durable de la structure</i> . Par conséquent, le contrat concerné doit présenter une certaine durée.	Communication CE, ch. 18
Conventions d'actionnaires	Il y a contrôle lorsque les contrats donnent à un actionnaire le droit ou la possibilité de se prononcer sur des décisions stratégiques importantes de la société visée ou d'empêcher de telles décisions.	2007/1, p. 88 ch. 9 ss.  2008/2, p. 296 ch. 74
Contrats de coopération	Peuvent, dans certaines circonstances particulières, fonder un contrôle exclusif. Le cas de Berner Oberland Medien AG (BOM) / Berner Zeitung (BZ) cumulait les éléments suivants: <ul style="list-style-type: none"> <li>Durée minimum du contrat de dix ans</li> <li>Résiliation de facto impossible (car peine conventionnelle élevée)</li> <li>Dépendance infrastructurelle de BOM vis-à-vis de BZ</li> </ul>	2000/3, p. 419 ss. ch. 19 ss.
Conventions d'exploitation-gérance et autres contrats	<i>Conventions d'exploitation-gérance</i> : Si l'exercice exclusif de l'exploitation commerciale en son nom et pour son compte en découle.  <i>Contrats de franchise</i> : Ne permettent généralement pas le contrôle des franchisés, hormis si le franchiseur acquiert le droit de gérer les affaires du franchisé.  <i>Affaires conclues dans le cadre d'une opération « sale-and-lease-back »</i> : Ne confèrent généralement aucun contrôle.	M.2060 ch. 11  Communication CE ch. 19; M.940 Rz 8 ss.; M.126 consid. F  Communication CE ch. 19
Contrats organisationnels	Peuvent conférer le contrôle exclusif. Sont surtout pertinents dans les pays qui reconnaissent explicitement ce type de contrats dans leur droit des sociétés (p. ex. en Allemagne, le contrat de domination)	Communication CE ch. 22
<b>Contrôle exclusif sur la base du droit des sociétés</b>  → en référence aux dispositions légales applicables du droit national	Une participation minoritaire peut donner lieu à un contrôle exclusif si: <ul style="list-style-type: none"> <li>elle est assortie de droits spéciaux sur la base du droit des sociétés applicable ;par exemple, en Suisse, actions à droit de vote privilégié (art. 693 CO<sup>7</sup>);</li> <li>les associés minoritaires ont le droit, en raison de la structure d'organisation, de diriger l'activité et de définir la politique d'entreprise.</li> </ul>	Communication CE ch. 57
<b>Contrôle exclusif sur la base de faits</b>		
Participation minoritaire  → Les réflexions sont surtout pertinentes dans les cas d'actionnariat minoritaire important.	Il y a contrôle de fait de la part d'un actionnaire minoritaire si celui-ci obtient une <i>majorité des voix stable</i> en raison d'un actionnariat dispersé et de l'absence de certains actionnaires lors de l'AG . La majorité n'est considérée comme stable que lorsque l'actionnaire a obtenu la majorité au cours des trois dernières assemblées générales. <ul style="list-style-type: none"> <li>La forte dispersion des actions est une condition nécessaire, mais pas suffisante, pour donner lieu à un contrôle de fait. L'actionnariat est considéré comme fortement dispersé lorsque par exemple l'actionnariat réunit un important actionnaire minoritaire (40%), 1800 petits actionnaires (34%) et quelques gros actionnaires (26%).</li> </ul>	2009/1, p. 86 ch. 14 2004/2 p. 525 ch. 4 M.4336 ch. 9  2002/2, p. 341 ch. 7 ss. M.754 ch. 38 M.794 ch. 5 ss.

Critère	Pratique COMCO / UE	Référence: DPC <sup>4</sup> / Communication CE <sup>5</sup> / COMP <sup>6</sup>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>S'il existe des relations structurelles, économiques ou familiales entre l'actionnaire minoritaire et d'autres actionnaires, il est vraisemblable que leurs votes s'alignent sur la position de l'actionnaire minoritaire</li> <li>Il est communément admis que les actionnaires qui considèrent leur participation comme un investissement financier s'alignent sur la position de l'investisseur stratégique.</li> </ul>	M.754 ch. 38 M.1519 ch. 6 ss.
Dépendance économique → Il est rare que la dépendance économique entraîne un contrôle de fait. Le cas échéant, seulement en raison d'autres interdépendances.	Il y a contrôle conjoint de fait si les conditions suivantes sont réunies: Prêts à la société visée, positionnement de l'entreprise prêteuse sur le marché voisin, participation de 40% à la société visée, désignation de deux des cinq membres du conseil d'administration dans la société visée.	1997/2, p. 181 ch. 23 s. (critiqué dans la littérature)
Options → Il s'agit des options donnant droit à l'achat ou à la conversion des actions	Ne conviennent généralement pas pour établir un contrôle de fait. Exception: Si l'option est exercée dans un proche avenir en raison d'un accord ayant force obligatoire.	Communication CE ch. 60 M.2389 ch. 6 M.4094 ch. 7 M.4005 ch. 4 ss.
Participation au conseil d'administration; participations croisées → Une participation croisée implique la participation réciproque de deux entreprises l'une dans l'autre.	Les deux critères ne suffisent pas isolément pour établir un contrôle de fait, sauf parfois dans certaines circonstances (voir ci-dessus à propos de participations minoritaires).	1998/4, p. 601 ss.

**Attention:** Hormis le contrôle exclusif, la LCart mentionne également le **contrôle conjoint** d'une entreprise (appelée entreprise commune). Il y a contrôle conjoint lorsque plusieurs entreprises ont ensemble la possibilité d'exercer une influence déterminante sur les activités de l'entreprise commune. L'influence est considérée comme déterminante dans le contexte d'un contrôle conjoint si elle permet de bloquer des décisions portant sur la stratégie économique de l'entreprise commune.

→ Le contrôle conjoint doit aussi être pris en compte pour l'examen de l'art. 44, al. 3, LRTV, et évalué selon les critères ci-dessus.

<sup>1</sup> Loi du 24 mars 2006 sur la radio et la télévision; RS 784.40.

<sup>2</sup> Loi du 6 octobre 1995 sur les cartels; RS 251. Les dispositions d'exécution se trouvent à l'art. 1 de l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE; RS 251.4).

<sup>3</sup> Les exemples pratiques sont principalement tirés de Amstutz Marc / Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Bâle 2010, p. 282 ss.

<sup>4</sup> Droit et politique de la concurrence en pratique - Organe de publication de la COMCO (<http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00157/index.html?lang=fr>) → cité: numéro (année/édition)

<sup>5</sup> Communication de la Commission concernant le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises → cité: Communication CE.

<sup>6</sup> Décisions de la commission sur la concurrence ([http://ec.europa.eu/competition/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/index_en.html)) → cité: M.+ numéro.

<sup>7</sup> Droit des obligations du 30 mars 1911; RS 220.