



## Décision 446/01

du 30 juin 2010

**Advanced Digital Broadcast Holdings SA** - Requête d'un groupe d'actionnaires composé de Andrew Rybicki, Maria Rybicki, Katherine Rybicki-Justo, Sofia Justo, John Justo, Chen Yun "Jessica" Lu, Krzysztof Bilinski, Pierre-Alain Nicati, François Pogodalla, Alessandro Brenna, Tina Nyfors, Thomas Steinmann, 4T SA et Gesualdo Ltd en constatation de l'absence d'obligation de présenter une offre publique d'acquisition

### Faits:

#### A.

Advanced Digital Broadcast Holdings SA (**ADB**) est une société anonyme dont le siège se trouve à Pregny-Chambésy (Genève) et dont le capital-actions se monte à CHF 1'547'635.50, divisé en 6'190'542 actions nominatives d'une valeur nominale de CHF 0.25 (**actions ADB**). Les actions ADB sont cotées auprès de SIX Swiss Exchange (**SIX**) depuis le 29 avril 2005 (segment Main Standard, symbole de valeur ADBN). ADB est la société holding d'un groupe actif mondialement dans le développement et la vente d'équipement, de services et de software pour la télévision digitale et la communication à haut débit. Elle possède des filiales actives dans une dizaine de pays.

#### B.

Andrew Rybicki est le fondateur d'ADB et forme un groupe avec plusieurs membres de sa famille depuis l'entrée en bourse (**groupe familial**). Au moment de la cotation, ce groupe était composé d'Andrew Rybicki, Maria Rybicki (son épouse), Katherine Justo (sa fille), Sofia Justo (sa petite-fille), Krystyna Turska-Krotofil (sa soeur), Magdalena Turska (sa nièce) et Jan Pietraszko (son oncle) et détenait une participation de 42.8 % du capital et des droits de vote d'ADB. Le groupe familial n'est pas lié par une convention d'actionnaires.

#### C.

Le 9 juin 2006, l'assemblée générale d'ADB a introduit la clause suivante dans les statuts (**opting up**) :

*« Article 7a : Quiconque, directement, indirectement ou de concert avec des tiers, acquiert des titres qui, ajoutés à ceux qu'il détient, dépassent le seuil de quarante-neuf pour cent des droits de vote, qu'il soit habilité à en faire usage ou non, doit présenter une offre d'achat portant sur tous les titres cotés de cette société (art. 32 LBVM) ».*

Le président du conseil d'administration (Andrew Rybicki) avait au préalable informé l'assemblée générale que la clause d'opting-up était proposée car la participation du groupe familial avait diminué à 34.4 % des droits de vote et que sa propre participation avait diminué à 32.69 % des droits de vote suite à des ventes, donations et modifications au sein du groupe familial. Il n'était dès lors pas exclu que sa participation franchisse à nouveau le seuil de 33 1/3 % des droits de



vote ni que la participation du groupe passe en dessous du seuil et le refranchisse ensuite. Il existait ainsi un risque que des modifications peu importantes et passagères de participations du groupe familial et/ou d'Andrew Rybicki déclenchent inopinément une obligation de présenter une offre publique d'acquisition, sans justification au regard des buts poursuivis par la LBVM. L'assemblée générale a accepté cette clause d'opting up par 3'280'707 voix pour et 29'810 voix contre et 150 abstentions (3'310'667 actions sur les 6'165'065 formant le capital actions étant représentées).

#### D.

Le 17 novembre 2008, le groupe familial a déclaré que Krystyna Turska-Krotofil, Magdalena Turska et Jan Pietraszko ne faisaient plus partie du groupe (annonce de publicité des transactions importantes publiée le 17 novembre 2008 dans la Feuille Officielle Suisse du Commerce). Selon cette annonce, le groupe familial détenait à cette date 33.79 % des droits de vote.

#### E.

Dans le courant de l'année 2008, ADB a requis un renseignement du secrétariat de la Commission des OPA afin de déterminer si la clause d'opting up était sélective ou non pour Andrew Rybicki et le groupe familial. Par lettre du 19 décembre 2008, le secrétariat a rappelé la pratique de la Commission des OPA en relation avec de telles clauses et constaté que ni Andrew Rybicki ni le groupe familial ne se trouvait en situation de franchissement du seuil de l'art. 32 LBVM, la participation d'Andrew Rybicki se situant en dessous du seuil et celle du groupe familial encore en dessus. En l'absence de transaction concrète envisagée et qui aurait entraîné une modification des participations, le secrétariat ne s'est pas prononcé sur la validité de la clause d'opting up en précisant que cette question devrait être examinée par une délégation si Andrew Rybicki ou le groupe familial devait envisager une telle transaction.

#### F.

Le 11 juin 2010, Andrew Rybicki, Maria Rybicki, Katherine Rybicki-Justo, Sofia Justo, John Justo, Wai Fan Wong, Chun-Mei Chang, Chen Yun "Jessica" Lu, Stan Hemphill, Janusz Szajna, Krzysztof Kolbuszewski, Krzysztof Bilinski, Pierre-Alain Nicati, François Pogodalla, Alessandro Brenna, William Luehrs, Tina Nyfors, Thomas Steinmann, 4T SA et Gesualdo Ltd (**les requérants**) ont adressé une requête à la Commission des OPA, l'informant d'une restructuration du groupe familial et de la constitution d'un nouveau groupe (**le nouveau groupe**). Par courriers des 17 et 21 juin 2010, ils ont complété l'état de fait et précisé leurs conclusions. Le 25 juin 2010, ils ont informé la Commission des OPA que les personnes suivantes ne feraient pas partie du groupe d'actionnaires en fin de compte : Wai Fan Wong, Chun-Mei Chang, Stan Hemphill, Janusz Szajna, Krzysztof Kolbuszewski, William Luehrs.

#### G.

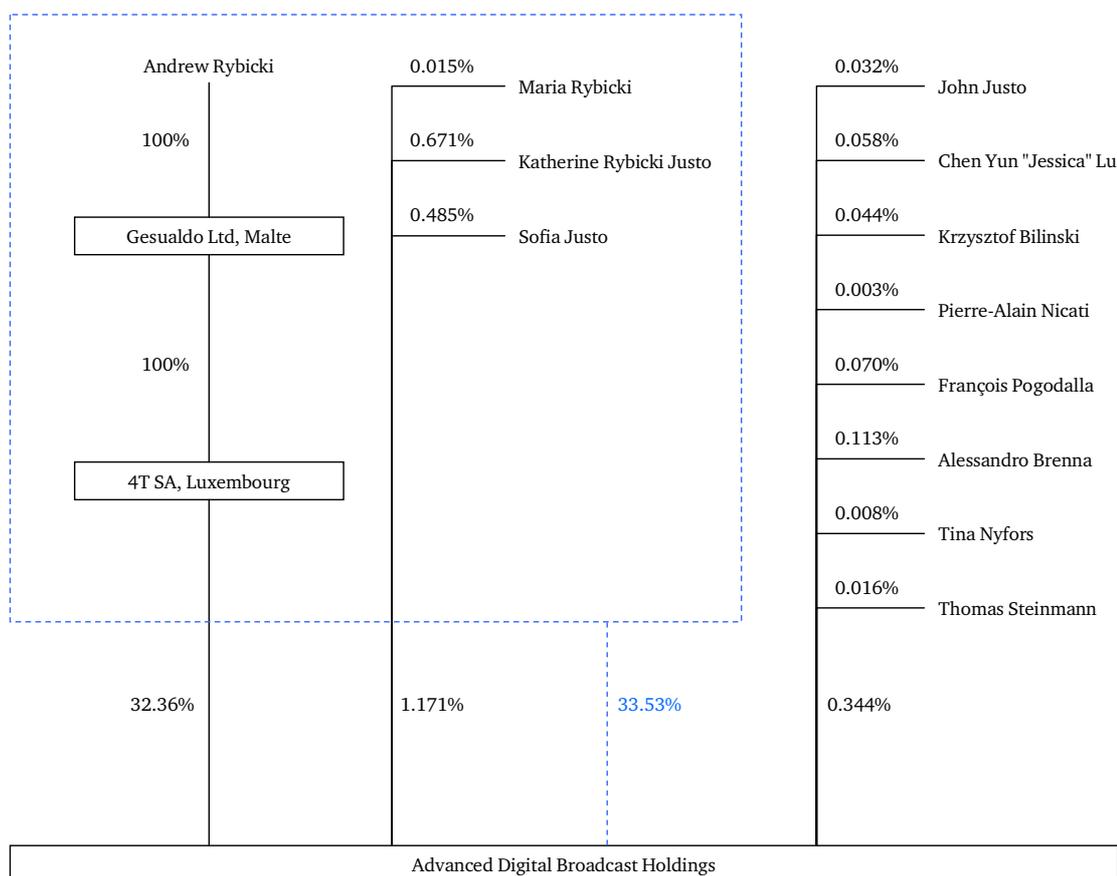
Selon la requête du 11 juin 2010, le groupe familial détenait à cette date 33.53 % du capital et des droits de vote de ADB, répartis comme suit : Andrew Rybicki (32.3633%), Maria Rybicki (0.0145 %), Katherine Rybicki-Justo (0.6707 %) et Sofia Justo (0.4846 %). La participation directement détenue par Andrew Rybicki était de 38.38 % au moment de l'entrée en bourse, et se



monte à 32.36 % aujourd'hui. Le groupe familial envisage de modifier sa structure en deux étapes, l'une d'elles a déjà été exécutée à la date de la présente décision.

## H.

Dans le cadre de la première étape, Andrew Rybicki a transféré le 23 juin 2010 l'intégralité de ses actions ADB, à savoir 2'003'465 actions (32.36 % des droits de vote) à une société nouvellement créée, 4T SA (4T), dont le siège est à Bertrange (Grand-Duché de Luxembourg) et dont le but social est la prise de participations ainsi que la gestion, le contrôle et la mise en valeur de ces participations. 4T a été constituée le 3 juin 2010 et son capital-actions se monte à 31'000 Euros, divisé en 12'281'084 actions (**actions 4T**), sans valeur nominale. 4T est détenue directement par la société Gesualdo Ltd (**Gesualdo**), laquelle est détenue à 100 % par Andrew Rybicki et dont le siège se trouve à Vallette (Malte). Après exécution de cette première étape, la situation se présente comme suit :

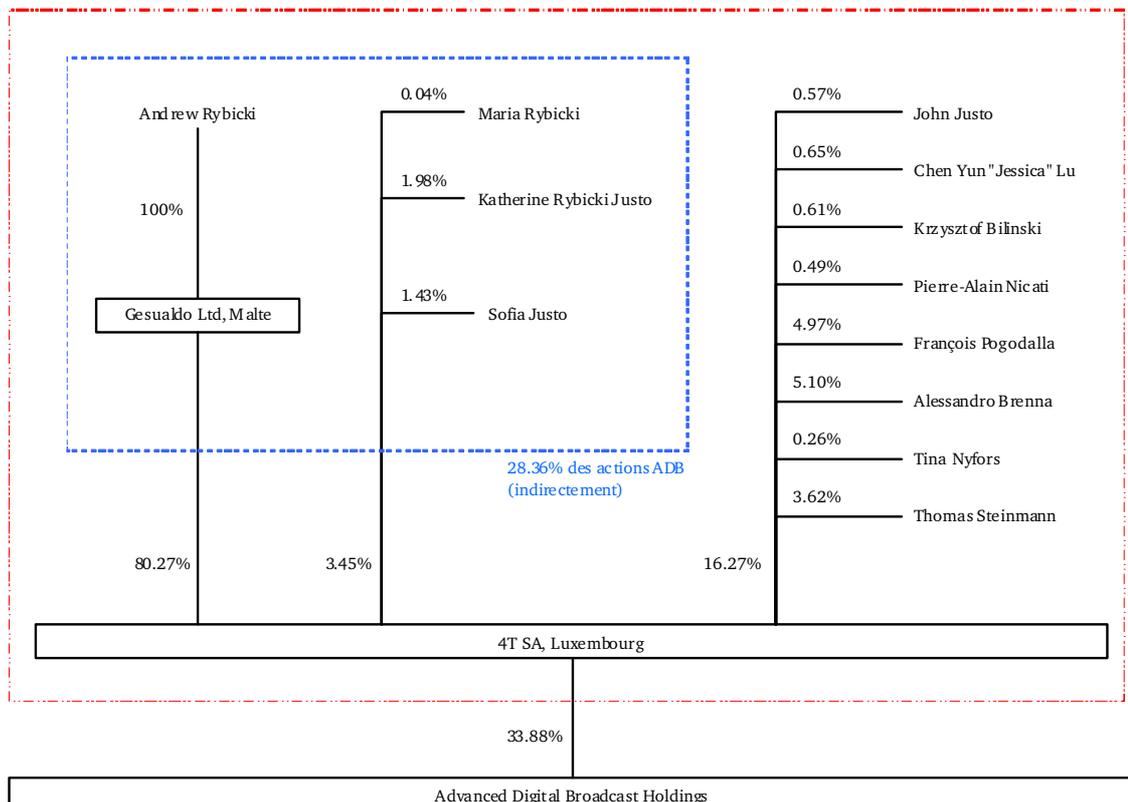




## I.

Dans une seconde étape, John Justo, Chen Yun "Jessica" Lu, Krzysztof Bilinski, Pierre-Alain Nicati, François Pogodalla, Alessandro Brenna, Tina Nyfors, membres du management d'ADB, et Thomas Steinmann, administrateur (**les nouveaux actionnaires**) deviendront actionnaires de 4T en échangeant leurs actions ADB contre des actions 4T qui leur seront transférées par Gesualdo. Maria Rybicki, Katherine Rybicki Justo et Sofia Justo échangeront également leurs actions ADB contre des actions 4T. Les nouveaux actionnaires participeront en outre avec Andrew Rybicki à une augmentation du capital de 4T qui n'aura pas d'influence sur le nombre d'actions 4T, celles-ci ayant été émises sans valeur nominale. Un total de 2'097'155 actions ADB seront apportées à 4T, soit 33.88 % des droits de vote. En contrepartie de leur apport, les nouveaux actionnaires ne recevront pas tous la même proportion d'actions 4T, certains étant favorisés par Andrew Rybicki, dont la participation personnelle diminuera suite à cette opération. Andrew Rybicki entend ainsi accorder à certains membres du management une libéralité visant à les fidéliser tout en les faisant entrer dans son groupe. Dans les détails, Andrew Rybicki apportera 2'003'465 actions ADB à 4T, soit 32.36 % des droits de vote d'ADB. Sur le total des actions transférées à 4T, Andrew Rybicki en transfèrera 95.53 % mais ne recevra que 80.27 % des actions de 4T en échange. En revanche, certains nouveaux actionnaires recevront proportionnellement plus d'actions 4T par rapport aux actions ADB qu'ils apporteront. La détention indirecte d'Andrew Rybicki dans ADB après cette restructuration sera de 27.19 %. La proportion de concentration n'est pas la même pour tous les actionnaires de 4T, certains ne bénéficiant d'ailleurs pas de cet effet. Il n'y pas de formule unique applicable à l'ensemble des actionnaires.

La structure du groupe après la seconde étape se présentera comme suit :





Le nombre exact des actions échangées et des participations respectives se présentera comme suit :

				Avant Restructuration			Après Restructuration			
	Nom	Prénom	Fonction	Nombre Actions ADB	% Actions ADB	% Actions Groupes ADB	Nombre Actions 4T SA	% Actions 4T SA	% Actions Groupes 4T SA	% Actions ADB (indirect)
Groupe Familial	Rybicki	Andrew	Président et CEO Groupe ADB	2003465	32.3633%	33.5332%	6733860	80.2738%	83.7272%	27.1968%
	Rybicki	Maria	Epouse de M. Rybicki	900	0.0145%		3600	0.0429%		0.0145%
	Rybicki-Justo	Katherine	Fille de M. Rybicki	41524	0.6708%		166096	1.9800%		0.6708%
	Justo	Sofia	Petite fille de M. Rybicki	30000	0.4846%		120000	1.4305%		0.4847%
Nouveaux actionnaires	Justo	John	Beau-fils de M. Rybicki	2000	0.0323%	0.3435%	48'000	0.57%	16.2728%	0.1939%
	Lu	Chen Yun / Jessica	Executive Assistant	3565	0.0576%		54'260	0.65%		0.2191%
	Bilinski	Krzysztof	Vice President	2734	0.0442%		50'936	0.61%		0.2057%
	Nicati	Pierre-Alain	COO	200	0.0032%		40800	0.49%		0.1648%
	Pogodalla	François	Executive Vice President, Deputy CEO ADB SA	4300	0.0695%		417'200	4.97%		1.6850%
	Brenna	Alessandro	Executive Vice President and CFO	6967	0.1125%		427'868	5.10%		1.7281%
	Nyfors	Tina	Executive Vice President, Corporate Development	500	0.0081%		22'000	0.26%		0.0889%
	Steinmann	Thomas	Membre Conseil Administration ADBH	1000	0.0162%		304'000	3.62%		1.2278%
<b>Total</b>				<b>2097'155</b>	<b>33.88%</b>	<b>33.88%</b>	<b>8'388'620</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>33.88%</b>

La différence entre les 12'281'084 actions 4T émises (considérant D) et les 8'388'620 actions 4T réparties aux membres du groupe seront annulées afin que le total d'actions 4T corresponde à celui de l'ensemble des membres du groupe.

#### J.

Les contrats de transfert d'actions (Share Transfer Agreements) entre les membres du groupe familial, respectivement les nouveaux actionnaires d'une part et 4T et Gesualdo d'autre part ont été signés le 23 juin 2010. Leur exécution est soumise aux conditions suivantes :

« The transfer of the Shares shall be conditional, and shall be completed by registration in the share registry of the ADBH, upon a decision of exemption from a compulsory public offert rendered by the Swiss Takeover Board (the "COPA Decision"). In the event that an opposition is filed by a shareholder against the COPA Decision, the Transferee (NB : 4T) may elect at its free choice to unilaterally cancel the transfer of the Shares contemplated herein at any time but not later than 30 days after a final decision shall have been rendered by the competent judicial authorities on the COPA Decision ».

#### K.

Une convention d'actionnaires entre les membres du groupe familial, les nouveaux actionnaires, Gesualdo et 4T a été signée le 23 juin 2010 (**convention d'actionnaires**). Elle règle notamment la composition du conseil d'administration de 4T, lequel sera composé de cinq membres, à savoir Andrew Rybicki, François Pogodalla, Alessandro Brenna, Thomas Steinmann et Gabriel Jean.



Andrew Rybicki présidera le conseil d'administration. La convention d'actionnaires règle en outre les détails du transfert des actions ADB détenues par les membres du groupe à 4T. Elle limite le transfert ultérieur des actions 4T (interdiction de les transférer dans une période d'un an après la conclusion de la convention, ensuite uniquement avec le consentement du conseil d'administration de 4T), fixe un droit de préemption en faveur des autres actionnaires si l'un d'entre eux souhaite vendre ces titres (cette clause n'étant pas applicable à Gesualdo), introduit des clauses dites « Tag Along » et « Drag Along » (si Gesualdo envisage de vendre au moins la moitié de ses titres, elle doit obtenir de l'acquéreur qu'il offre d'acquérir les actions des autres actionnaires aux mêmes conditions, respectivement a le droit d'obliger les autres actionnaires de vendre leurs actions aux mêmes conditions à l'acquéreur). Enfin, aucune action ADB détenue par 4T ne pourra être transférée sans le consentement écrit de Gesualdo dans le délai d'une année suivant la conclusion de la convention d'actionnaires. Elle règle en outre le versement des dividendes.

**L.**

Les requérants justifient la restructuration en indiquant qu'Andrew Rybicki, fondateur d'ADB, est aujourd'hui âgé de 62 ans et souhaite assurer la pérennité de la société en pensant suffisamment tôt à sa succession dans le cadre du management de l'entreprise. Ainsi, il a souhaité élargir le nombre de personnes de son groupe en y incluant des personnes faisant partie du management d'ADB et dont la fidélisation est un gage de prospérité à long terme. La participation d'Andrew Rybicki sera diluée sans contrepartie dans le cadre de la restructuration. Andrew Rybicki accepte cette dilution car il lui importe de s'assurer que les personnes clés du management actuel restent à long terme au service de la société. A ses yeux, la mise en place d'une succession réussie est un de ses devoirs à l'égard de l'ensemble des actionnaires. Andrew Rybicki déclare ne retirer aucun bénéfice, contrepartie ou avantage matériel en échange de la restructuration. ADB précise dans sa requête qu'au moment de l'entrée en bourse, Andrew Rybicki avait attribué gratuitement 20 % de ses actions aux employés de la société.

**M.**

Les requérants concluent à ce que la Commission des OPA constate qu'il n'existe pas pour les membres du nouveau groupe après la restructuration d'obligation de présenter une offre publique d'acquisition aux actionnaires d'ADB. Subsidiairement, ils concluent à ce qu'une dérogation à cette obligation soit accordée.

**N.**

Par communiqué de presse du 24 juin 2010, ADB a informé le marché de l'intention de certains actionnaires de constituer un nouveau groupe, en faisant état de la composition initialement annoncée à la Commission des OPA en date du 11 juin 2010, à savoir 14 membres en plus des membres du groupe familial (considérant F). ADB a précisé que la constitution du groupe était soumise à la condition suspensive de l'approbation par la Commission des OPA.

**O.**

Une délégation de la Commission des OPA formée de Luc Thévenoz (président), Susan Emmenegger et Walter Knabenhans a été constituée pour se prononcer sur la présente requête.

—

—  
—



## Droit:

### 1. Existence de l'obligation de présenter une offre

[1] Selon l'art. 32 LBVM, quiconque, directement, indirectement ou de concert avec des tiers, acquiert des titres qui, ajoutés à ceux qu'ils détient, lui permettent de dépasser le seuil de 33 1/3 % des droits de vote de la société visée, qu'il soit habilité à en faire usage ou non, doit présenter une offre portant sur tous les titres cotés de cette société.

[2] La notion d'action de concert au sens de l'art. 32 LBVM est définie à l'art. 31 OBVM-FINMA, lequel dispose que l'art. 10, al. 1 et 2, OBVM-FINMA s'applique par analogie aux acquéreurs de participations de la société visée qui agissent de concert pour contrôler la société visée. Pour être déterminant du point de vue du droit des OPA, un groupe au sens de l'art. 10, al. 1 et 2, OBVM-FINMA doit avoir été formé en vue de contrôler la société, élément supplémentaire nécessaire pour retenir une obligation de présenter une offre (ATF 130 II 530, consid. 6.5). Pour déterminer si tel est le cas, l'ensemble des circonstances et des accords sont à examiner. Les éléments suivants parlent en faveur d'une coordination en vue de contrôler une société : accords sur l'exercice des droits de vote, accords sur la composition du conseil d'administration ainsi que la fixation d'une stratégie commune pour la société. Dans sa pratique, la Commission des OPA admet un concert en vue de contrôler la société visée si elle constate une possibilité concrète d'influencer la gestion et une prise de contrôle en commun. Du point de vue des actionnaires minoritaires, cette coordination doit avoir pour conséquence que le groupe agissant de concert use de ses droits de vote et influence la société d'une seule voix, comme le ferait un seul gros actionnaire. Cela n'est réalisé que lorsque la coordination se fait dans la durée, sur des éléments essentiels et que la formation de volonté au sein du groupe remplace et supprime la volonté individuelle de chaque membre du groupe (recommandation 375/01 du 20 juin 2008 dans l'affaire *Helvetia Holding AG*, consid. 2.1 et les références citées).

[3] Il n'est pas nécessaire que les titres soient effectivement acquis pour franchir le seuil de l'offre obligatoire. La constitution par des actionnaires d'un groupe en vue de coordonner l'exercice de leurs droits de vote, par exemple par la conclusion d'une convention d'actionnaires réglant l'exercice des droits de vote, peut mener à une obligation de présenter une offre si la participation globalement détenue par les membres du groupe dépasse le seuil de 33 1/3 % des droits de vote (recommandation 242/01 du 3 juin 2005 dans l'affaire *Forbo Holding AG*, consid. 3.2).

[4] Lorsque des membres d'un groupe dont la participation se situe déjà en dessus du seuil de l'offre obligatoire procèdent à des transferts d'actions entre eux, le groupe lui-même n'est pas déjà soumis à l'obligation de présenter une offre. En revanche, si ces transferts ont pour conséquence que des actionnaires seuls, respectivement des sous-groupes (*Untergruppen*), dont la participation se situait en dessous du seuil et que ce dernier se trouve franchi, ils peuvent être soumis à une obligation de présenter une offre bien que le groupe lui-même n'y soit pas soumis (ATF 130 II 530, consid. 5.3.2). Lorsque des modifications sont effectuées dans l'organisation d'un groupe, que ce soit par l'entrée de nouveaux actionnaires, la sortie de membres du groupe



ou des transferts d'actions au sein du groupe, respectivement par la modification de l'accord à la base de l'organisation du groupe, il y a lieu d'examiner si les rapports au sein du groupe changent de manière essentielle et entraînent la constitution d'un nouveau groupe. Selon la pratique de la Commission des OPA, une modification essentielle des rapports au sein d'un groupe est donnée lorsque la nature du groupe, respectivement les rapports de contrôle changent (recommandation 256/01 du 11 novembre 2005 dans l'affaire *Rätia Energie AG*, consid. 2.1, recommandation 169/01 du 7 juillet 2003 dans l'affaire *Compagnie Financière Richemont SA*, consid. 1.1 et les références citées). Lorsque tel est le cas, et lorsque le groupe agit en vue de contrôler la société, il est nécessaire d'accorder aux actionnaires minoritaires la possibilité de sortir de la société par le biais d'une offre obligatoire, cet état de fait étant équivalent à un changement de contrôle.

[5] En l'espèce, il y a lieu de déterminer si la restructuration envisagée par le groupe familial a pour effet de modifier les rapports au sein du groupe de manière telle qu'il faut constater qu'un nouveau groupe a été constitué. Cette analyse doit être faite pour les deux étapes de la restructuration.

### **1.1 Première étape : transfert des actions d'Andrew Rybicki à 4T**

[6] Dans le cadre de la première étape de la restructuration, Andrew Rybicki a transféré ses actions ADB à la société 4T, qu'il détient à 100 % au travers de la société Gesualdo. Au moment du transfert, la participation d'Andrew Rybicki était de 32.36 % des droits de vote. Andrew Rybicki passe d'une détention directe à une détention indirecte au travers des sociétés Gesualdo et 4T. Les rapports au sein du groupe n'en sont pas modifiés. En outre, ni 4T ni Gesualdo ne franchissent le seuil de 33 1/3 % des droits de vote. Il n'est dès lors pas nécessaire d'examiner une éventuelle dérogation à une obligation de présenter une offre au sens de l'art. 32, al. 2, let. a LBVM.

### **1.2 Seconde étape : création du nouveau groupe**

[7] Dans le cadre de la seconde étape de la restructuration, 8 membres du management d'ADB se joignent au groupe familial pour apporter leurs actions ADB à la société 4T (0.34 % des droits de vote) en échange d'actions 4T. Certains nouveaux membres du groupe sont favorisés car ils reçoivent une proportion supérieure d'actions 4T par rapport aux actions ADB qu'ils apportent. Cette situation est rendue possible par la réduction de la participation d'Andrew Rybicki, qui reçoit proportionnellement moins d'actions 4T par rapport aux actions ADB qu'il a apporté à cette société. Une convention d'actionnaires a en outre été conclue.

[8] Il y a lieu de déterminer si l'on a affaire à une restructuration qui transforme de manière déterminante les rapports au sein du groupe et entraîne la formation d'un nouveau groupe.

[9] Le groupe familial n'était jusqu'alors pas lié par une convention d'actionnaires. Andrew Rybicki disposait au sein de ce groupe d'une participation très largement majoritaire, les autres membres faisant en outre partie de sa famille proche (épouse, fille et petite fille). Les renseignements qu'il



a fournis à la Commission des OPA en 2008 indiquent qu'Andrew Rybicki exerce lui-même les droits de vote du groupe familial, en représentant les autres membres du groupe aux assemblées générales sur la base de procurations.

[10] La restructuration crée un nouveau groupe composé des 8 membres du management et du groupe familial, y compris les sociétés Gesualdo et 4T. Toutes les personnes physiques du groupe détiendront leurs actions dans ADB au travers de la société 4T (la participation d'Andrew Rybicki étant au surplus détenue au travers de Gesualdo). Il appartient dès lors au conseil d'administration de 4T de décider de l'utilisation des droits de vote des actions ADB détenues par 4T lors des assemblées générales d'ADB. Les membres du groupe ont conclu une convention d'actionnaires réglant leurs relations en rapport avec les actions de 4T. Par ce biais, ils s'accordent notamment sur la composition du conseil d'administration de 4T, qui sera composé de cinq membres et présidé par Andrew Rybicki. Les autres membres du conseil d'administration font tous partie du groupe après restructuration et font partie du management ou du conseil d'administration d'ADB, à l'exception toutefois de Gabriel Jean, qui n'a selon les requérants aucun lien avec ADB ou les membres du groupe.

[11] Bien qu'Andrew Rybicki dispose encore d'un grand pouvoir au sein du groupe (il peut notamment s'opposer, par l'intermédiaire de Gesualdo, à la vente par l'un ou l'autres des membres du groupe d'actions 4T dans le délai d'une année à partir de la signature de la convention d'actionnaires, considérant K), son pouvoir est fortement réduit par la composition du conseil d'administration de 4T, au sein duquel il ne peut exercer qu'une seule voix sur cinq. Etant donné que l'exercice des droits de vote des actions ADB détenues par 4T relève des tâches de son conseil d'administration, Andrew Rybicki diminue par ce mécanisme clairement son influence au sein du groupe d'actionnaires. Alors qu'auparavant il avait le pouvoir de décider seul de l'utilisation des 33.53 % de droits de vote détenus par le groupe familial, il n'aura pas le même pouvoir dans le groupe après la restructuration.

[12] Les éléments décrits ci-dessus entraînent la création d'un nouveau groupe. L'argument présenté par les requérants et selon lequel le groupe familial continue d'exister ne peut être retenu. En effet, la restructuration entraîne une modification essentielle de la nature du groupe familial, puisque celui-ci sera composé à l'avenir de 8 personnes supplémentaires, que la participation dans ADB sera détenue directement par la société 4T et que l'organisation de cette dernière fait l'objet d'une convention d'actionnaires. En outre, les rapports de contrôle au sein du groupe sont modifiés de manière essentielle en raison de la perte d'influence d'Andrew Rybicki. Le changement est essentiel et la restructuration a pour conséquence la formation d'un nouveau groupe qui franchit le seuil de 33 1/3 % des droits de vote d'ADB. La coordination de 33.88 % des droits de vote dans ADB au travers de la société 4T et de son conseil d'administration et l'existence de la convention d'actionnaires entre les membres du groupe sont des éléments démontrant que les membres du groupe se coordonnent afin de contrôler ADB. En franchissant le seuil de 33 1/3 % des droits de vote, le groupe déclenche l'obligation de présenter une offre au sens de l'art. 32, al. 1, LBVM.



[13] Les statuts d'ADB contiennent cependant une clause d'opting up à 49 % des droits de vote. Il y a lieu d'examiner si elle est apte à libérer le groupe de son obligation de présenter une offre.

—

## 2. Examen de la validité de la clause d'opting up

[14] Les statuts d'ADB contiennent une clause d'opting up au sens de l'art. 32, al. 1, LBVM, qui a été introduite après l'entrée en bourse, à savoir le 9 juin 2006, et qui a pour effet d'augmenter le seuil déclencheur de l'offre obligatoire à 49 % des droits de vote, exerçables ou non (considérant C). Il y a lieu d'examiner si cette clause est valable.

[15] La LBVM accorde aux émetteurs deux possibilités d'atténuer les effets de la réglementation relative à l'offre publique obligatoire. L'art. 22, al. 3, LBVM autorise l'introduction d'une clause d'opting out dans les statuts, qui prévoit qu'un offrant n'est pas tenu de présenter une offre publique d'acquisition conformément aux art. 32 et 52 LBVM. L'art. 32, al. 1, LBVM permet en outre à un émetteur d'introduire dans ses statuts une clause relevant le seuil de l'offre obligatoire jusqu'à 49 % des droits de vote (opting up). Prédécesseur de la FINMA, la Commission fédérale des banques a indiqué dans l'affaire Esec qu'un opting up doit être considéré comme un opting out partiel (décision de la Commission fédérale des banques du 23 juin 2000 dans l'affaire *Esec Holding AG / Unaxis Holding AG*, consid. 2 bb). La validité d'une clause d'opting up doit donc être examinée selon les mêmes critères qu'une clause d'opting out.

[16] Selon l'art. 22, al. 3, LBVM, une société peut introduire une clause d'opting out dans ses statuts après sa cotation, pour autant qu'il n'en résulte pas pour les actionnaires un préjudice au sens de l'art. 706 CO. La pratique de la Commission des OPA a précisé la signification de cette règle : une clause d'opting out introduite après la cotation est en principe illicite si elle est formellement ou matériellement sélective. Une clause d'opting out est formellement sélective si le nom de la personne qui en bénéficie est indiqué expressément dans les statuts. Une clause d'opting out est matériellement sélective si elle ne vise pas expressément un bénéficiaire mais qu'elle a été introduite en vue d'une transaction déterminée ou en faveur d'une personne déterminée et dont les effets sont par conséquent sélectifs (décision de la Commission fédérale des banques du 23 juin 2000 dans l'affaire *Esec Holding AG / Unaxis Holding AG*; décision 440/01 du 4 juin 2010 dans l'affaire *COS Computer Systems AG*, consid. 2.1 ; décision 437/01 du 4 mars 2010 dans l'affaire *CI Com SA*, consid. 2.1; recommandation 184/01 du 3 mars 2004 dans l'affaire *Adval Tech Holding AG*, consid. 3.4; recommandation 203/01 du 7 juillet 2004 dans l'affaire *SGF Société de Gares Frigorifiques et Ports Francs de Genève SA*, consid. 1.2.2.1).

[17] Selon la pratique de la Commission des OPA, une clause d'opting out est présumée n'être pas matériellement sélective après l'écoulement d'un délai de cinq ans à compter de son introduction dans les statuts (décision 440/01 du 4 juin 2010 dans l'affaire *COS Computer Systems AG*, consid. 2.1 et les références citées). En cas de changement de contrôle pendant les cinq ans suivant l'introduction d'une clause d'opting out qui n'est pas formellement sélective, la Commission des OPA

—  
—  
—



doit examiner si celle-ci est matériellement sélective (décision 437/01 du 4 mars 2010 dans l'affaire *CI Com SA*, consid. 2.1).

[18] En l'espèce, la clause d'opting up a été introduite il y a moins de cinq ans. La Commission doit donc examiner si elle est sélective. La clause n'indique pas le nom d'une personne déterminée en faveur de qui elle aurait été introduite, de sorte qu'elle ne peut être considérée comme formellement sélective. La question de la sélectivité matérielle de cette clause doit être examinée.

## 2.1 Situation du nouveau groupe

[19] Comme indiqué ci-dessus, une clause d'opting up doit être considérée comme matériellement sélective lorsqu'elle a été introduite en faveur d'un actionnaire ou d'une transaction déterminée.

[20] En l'espèce, le groupe s'est constitué par la signature des contrats de transfert d'actions et la convention d'actionnaires en date du 23 juin 2010. Les requérants font valoir que le groupe dans sa nouvelle constitution n'existait pas encore au moment de l'introduction de l'opting up, il y a quatre ans. Lorsque ADB a requis un renseignement du secrétariat de la Commission des OPA à la fin de l'année 2008, il n'a pas été question de la création d'un nouveau groupe tel qu'effectuée actuellement. Aucun élément n'indique que le groupe existait déjà au moment de l'introduction de l'opting up. La clause d'opting up n'apparaît donc pas comme matériellement sélective par rapport au groupe dans sa nouvelle constitution.

[21] Les requérants font en outre valoir que la constitution du groupe n'était pas déjà prévue en 2006. A ce moment, la clause a été introduite pour protéger Andrew Rybicki et le groupe familial du déclenchement inopiné d'une obligation de présenter une offre et dans le but de ne pas empêcher la conclusion d'alliances stratégiques par échange d'actions ou de fusions avec des partenaires industriels. Lors des contacts entre ADB et le secrétariat de la Commission des OPA en 2008, il n'a également pas été question d'un remodelage du groupe familial en y intégrant des membres du management. Aucun autre élément n'indique que cette restructuration était déjà prévue il y a quatre ans. La clause d'opting up n'apparaît donc pas comme matériellement sélective par rapport à cette transaction.

[22] En conclusion, la clause d'opting up est valable pour le nouveau groupe, de sorte que le franchissement du seuil de 33 1/3 % des droits de vote n'entraîne pas d'obligation de présenter une offre publique d'acquisition. La conclusion principale des requérants peut dès lors être admise.

## 2.2 Situation d'Andrew Rybicki et du groupe familial

[23] Suite à la restructuration, Andrew Rybicki détient indirectement l'équivalent de 27.19 % d'actions ADB tandis que le groupe familial en détient l'équivalent de 28.36 %. Leurs participations respectives se situent dès lors en dessous du seuil de 33 1/3 % des droits de vote.



[24] Dans l'hypothèse où Andrew Rybicki personnellement ou le groupe familial (sous-groupe) viendrait à franchir le seuil de 33 1/3 %, la question de la validité à leur égard de la clause d'opting up devrait également être examinée. En effet, tant Andrew Rybicki que le groupe familial est susceptible de se trouver dans l'obligation de présenter une offre publique s'il franchit individuellement le seuil de l'art. 32 LBVM (considérant 1 ci-dessus ; ATF 130 II 530, consid. 5.3).

[25] Cette question peut en l'espèce rester ouverte puisque les participations actuellement détenues se situent bien en dessous du seuil. En revanche, si Andrew Rybicki ou le groupe familial devait envisager une transaction devant entraîner le franchissement du seuil de 33 1/3 % des droits de vote, il y aurait lieu d'examiner la validité de la clause d'opting up à leur égard.

[26] La Commission des OPA rappelle expressément à Andrew Rybicki, Maria Rybicki, Katherine Rybicki-Justo et Sofia Justo que si, individuellement ou collectivement, directement ou indirectement, ils venaient à franchir le seuil de 33 1/3 % ou plus des droits de vote dans ADB, il leur appartiendrait de faire examiner la validité à leur égard de la clause d'opting up introduite dans les statuts d'ADB le 9 juin 2006.

—

### **3. Prise de position de la société visée**

[27] Selon l'art. 61, al. 1, OOPA, la société (potentiellement) visée doit déposer la prise de position de son conseil d'administration. Le conseil d'administration doit expliquer les réflexions et les arguments qui l'ont porté à soutenir ou à rejeter la requête. Les éventuels conflits d'intérêts des membres du conseil d'administration ainsi que les mesures prises en conséquence doivent être divulgués. En l'espèce, le conseil d'administration d'ADB soutient la requête et a déposé une prise de position qui répond aux exigences susmentionnées.

—

### **4. Publication**

[28] Selon l'art. 61, al. 3, OOPA, lorsque la Commission des OPA constate l'absence de présenter une offre, elle ordonne à la société visée de publier la prise de position de son conseil d'administration, le dispositif de la décision et les voies de droit à disposition des actionnaires minoritaires. Cette publication doit être effectuée dans un délai de dix jours de bourse dès la notification de la présente décision. Le conseil d'administration en soumettra auparavant la version originale et signée à la Commission des OPA et l'informerá des modalités exactes de sa publication.

[29] La présente décision sera publiée sur le site internet de la Commission des OPA le jour de la publication de la prise de position du conseil d'administration d'ADB.

—

—  
—  
—



## 5. Emolument

[30] Conformément à l'art. 69, al. 6 OOPA, un émolument est prélevé pour l'examen de requêtes relatives à l'obligation de présenter une offre. Au vu de la complexité de la requête et du temps consacré à son examen, la Commission des OPA fixe l'émolument à charge des requérants à CHF 40'000.

—



### **La Commission des OPA décide:**

1. La Commission des OPA constate que le groupe formé par Andrew Rybicki, Maria Rybicki, Katherine Rybicki-Justo, Sofia Justo, John Justo, Chen Yun "Jessica" Lu, Krzysztof Bilinski, Pierre-Alain Nicati, François Pogodalla, Alessandro Brenna, Tina Nyfors, Thomas Steinmann, 4T SA et Gesualdo Ltd n'est pas soumis à l'obligation de présenter une offre publique d'acquisition aux actionnaires d'Advanced Digital Broadcast Holdings SA.
2. Le conseil d'administration d'Advanced Digital Broadcast Holdings SA publiera une prise de position au sens de l'art. 61, al. 3, OOPA dans un délai de dix jours de bourse dès la notification de la présente décision. Il en soumettra auparavant la version originale et signée à la Commission des OPA et l'informerá des modalités exactes de sa publication.
3. La présente décision sera publiée sur le site internet de la Commission des OPA le jour de la publication de la prise de position du conseil d'administration d'Advanced Digital Broadcast Holdings SA.
4. L'émolument à charge des requérants est fixé à CHF 40'000.

Le président :

Luc Thévenoz

### **Notification aux parties:**

- Andrew Rybicki, Maria Rybicki, Katherine Rybicki-Justo, Sofia Justo, John Justo, Chen Yun "Jessica" Lu, Krzysztof Bilinski, Pierre-Alain Nicati, François Pogodalla, Alessandro Brenna, Tina Nyfors, Thomas Steinmann, 4T SA et Gesualdo Ltd (représentés par Thomas Steinmann, Etude Python & Peter, Genève).
- Advanced Digital Broadcast Holdings SA (représentée par Thomas Steinmann, Etude Python & Peter, Genève)

### **Recours (art. 33c de la loi sur les bourses, RS 954.1)**

Un recours contre la présente décision peut être formé dans un délai de cinq jours de bourse auprès de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA, Einsteinstrasse 2, CH-3003 Berne. Le délai commence à courir le premier jour de bourse suivant la notification de



la décision par télécopie ou par courrier électronique. Le recours doit respecter les exigences des art. 33c, al. 2 LBVM et 52 PA (RS 172.021).

—

**Opposition (art. 58 de l'ordonnance sur les OPA, RS 954.195.1)**

Un actionnaire qui détient au minimum 2% des droits de vote, exerçables ou non, de la société visée (actionnaire qualifié, art. 56 OOPA) et qui n'a pas participé à la procédure peut former opposition contre la présente décision.

L'opposition doit être déposée auprès de la Commission des OPA (Selnaustrasse 30, Case postale, CH - 8021 Zurich, [counsel@takeover.ch](mailto:counsel@takeover.ch), téléfax : + 41 58 854 22 91) dans les cinq jours de bourse suivant la publication de la prise de position du conseil d'administration. Le délai commence à courir le premier jour de bourse après la publication de la prise de position.

L'opposition doit comporter une conclusion, une motivation sommaire et la preuve de la participation de son auteur conformément à l'art. 56 OOPA.

—