



Le Président

Secrétariat d'Etat aux
questions financières internationales
SFI
Madame Dina Beti
Bundesgasse 3
3003 Berne

Zurich, le 8 juillet 2010

Modification de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (délicts boursiers et abus de marché): procédure de consultation
Complément à la prise de position de la Commission des OPA

Madame,

Le 27 avril 2010, la Commission des offres publiques d'acquisition (**Commission des OPA**) a déposé sa prise de position dans le cadre de la procédure de consultation mentionnée en marge.

Ayant identifié une nouvelle problématique au sein de la loi sur les bourses (**LBVM**)¹, la Commission des OPA vous adresse le présent complément à sa prise de position et vous remercie de bien vouloir le prendre en considération dans le cadre des travaux de révision.

1. Qualité de partie devant le Tribunal administratif fédéral

[1] La qualité de partie dans les procédures d'offres publiques d'acquisition est régie à l'art. 33b, al. 3, LBVM qui l'accorde aux actionnaires détenant au minimum 2 % des droits de vote. Cette règle concrétise et limite la notion de partie au sens de l'art. 6 de la loi sur la procédure administrative (**PA**)², en ce qu'un actionnaire doit détenir une participation minimale dans la société afin de bénéficier des droits liés à la qualité de partie³.

[2] S'agissant de la procédure de recours devant la FINMA, l'art. 33c, al. 3, LBVM renvoie expressément à l'art. 33b LBVM, la qualité de partie devant cette autorité s'appréciant dès lors également selon les critères posés à cet article.

[3] L'art. 33d LBVM traite de la procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral (**TAF**). Contrairement à l'art. 33c LBVM, cet article ne renvoie pas expressément à l'art. 33b LBVM

¹ Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (RS 954.1).

² Loi fédérale sur la procédure administrative (RS 172.021).

³ Voir également notre prise de position du 27 avril 2010, chiffre 2.1.1.



et aux règles concernant la qualité de partie des actionnaires minoritaires. L'absence de renvoi explicite dans l'art. 33d LBVM ouvre la question de la qualification de la qualité de partie en cas de recours devant le TAF. L'art. 37 de la loi sur le Tribunal administratif fédéral (**LTAF**)⁴ dispose que « *la procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la PA, pour autant que la présente loi n'en dispose pas autrement* ». Une interprétation littérale de cet article et de l'art. 33d LBVM pourrait donc aboutir à la conclusion que les dispositions réglant la qualité de partie dans la LBVM et dans l'OOPA (art. 56 ss) ne sont pas applicables devant le TAF. Il en résulterait une divergence dans l'appréciation de la qualité de partie devant les autorités de première et deuxième instance (Commission des OPA et FINMA) puis devant le TAF, avec pour conséquence que la qualité de partie serait accordée de manière plus généreuse par le TAF que par les instances inférieures.

[4] Le sens de la réglementation ne peut être de limiter la qualité de partie aux actionnaires détenant au moins 2 % des droits de vote devant les autorités inférieures pour l'étendre ensuite devant le TAF. Il en résulterait une distorsion entre les deux notions qui n'a pas été souhaitée par le législateur. Le message du Conseil fédéral indique de manière globale que « *ce serait aller trop loin que d'accorder la qualité de partie et, par conséquent, le droit de recourir à chaque actionnaire, car la procédure s'en trouverait surchargée* »⁵, raison pour laquelle cette possibilité a été limitée aux actionnaires détenant au moins 2 % des droits de vote. Le but poursuivi par le législateur était de s'assurer que les procédures en matière d'OPA se déroulent rapidement et de manière efficace, la célérité de la procédure jouant un rôle considérable⁶. Un élargissement de la qualité de partie devant le TAF irait nettement à l'encontre de ces principes puisqu'il permettrait à un actionnaire n'étant pas encore intervenu dans la procédure d'y prendre part en faisant valoir des arguments sur lesquels les autorités de première et seconde instance n'auraient pas pu se prononcer.

[5] La Commission des OPA est persuadée que l'absence de renvoi de l'art. 33d à l'art. 33b LBVM résulte d'un oubli et non d'une volonté d'élargir la qualité de partie devant le TAF. Elle propose de clarifier la situation en insérant un nouvel alinéa à l'art. 33d LBVM, lequel renvoie expressément à l'art. 33b, al. 3, LBVM.

[6] Selon l'art. 48 PA, une des conditions pour obtenir la qualité de partie devant le TAF est d'avoir pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou d'avoir été *privé de la possibilité de le faire*. Selon le *Praxiskommentar*⁷, cette condition ne peut être remplie que si l'impossibilité de participer à la procédure devant l'autorité inférieure est due à une erreur de l'autorité alors que la partie y était habilitée. Une telle interprétation va dans le sens d'une application des mêmes critères liés à la qualité de partie devant la Commission des OPA, la FINMA et le TAF. Pour des motifs liés à la sécurité juridique, il apparaît toutefois nécessaire de clarifier la volonté du

⁴ Loi sur le Tribunal administratif fédéral (RS 173.32).

⁵ Message concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FF 2006 p. 2741 ss), p. 2817.

⁶ Prise de position du 27 avril 2010, chiffre 2.2 (chiffres marginaux 17 et 18).

⁷ Marantelli-Sonanini / Huber, in : Waldmann/Weissenberger, *Praxiskommentar VwVG*, Art. 48 N 23.



législateur en modifiant la LBVM, afin d'éviter des situations conflictuelles dans lesquelles cette question serait débattue.

[7] La Commission des OPA propose d'insérer un nouvel alinéa à l'art. 33d LBVM (**variante 1**). Afin que la notion de qualité de partie soit identique devant la Commission des OPA, la FINMA et le TAF, il est nécessaire d'inclure un renvoi tant à l'art. 33b, al. 2, LBVM (traitant de la qualité de partie de l'offrant, des personnes agissant de concert avec lui et de la société visée) qu'à l'art. 33b, al. 3, LBVM (traitant des actionnaires qualifiés).

Variante 1 :

Art. 33d, al. 4, LBVM (nouveau)

L'art. 33b, al. 2 et 3, s'applique à la procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral.

Artikel 33b Absätze 2 und 3 ist auf das Beschwerdeverfahren beim Bundesverwaltungsgericht anwendbar.

2. Réunion des propositions relatives aux feries et à la qualité de partie devant le Tribunal administratif fédéral :

[8] Dans sa prise de position du 27 avril 2010, la Commission des OPA concluait déjà à l'ajout d'un alinéa à l'art. 33d LBVM, afin de clarifier la règle concernant les feries judiciaires lors d'un recours auprès du TAF⁸. Afin d'alléger la rédaction de l'art. 33d LBVM, les deux propositions de révision de cet article pourraient être jointes dans la rédaction d'un seul alinéa supplémentaire (**variante 2**).

Variante 2 :

Art. 33d, al. 3, LBVM (nouveau)

L'art. 33b, al. 2, 3 et 4, s'applique à la procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral.

Artikel 33b Absätze 2, 3 und 4 ist auf das Beschwerdeverfahren beim Bundesverwaltungsgericht anwendbar.

⁸ Prise de position du 27 avril 2010, chiffre 2.2.



Enfin, conformément à ce qui était annoncé dans notre prise de position du 27 avril 2010⁹, nous confirmons ici notre intention de vous remettre d'ici à la fin de l'année 2010 un dossier traitant de la prime de contrôle dans le cadre d'une offre obligatoire et de l'application territoriale du droit des OPA, en vue d'une révision à moyen terme de la LBVM sur ces questions.

Le soussigné et le secrétariat de la Commission des OPA se tiennent à votre disposition pour fournir tous renseignements complémentaires souhaités sur ce qui précède.

En vous remerciant d'avance de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions d'agréer, Madame, l'expression de nos sentiments distingués.

Pour la Commission, son président :

Prof. Luc Thévenoz

Copie : Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA).

⁹ Prise de position du 27 avril 2010, chiffres 3.1 et 3.2.