



Décision 402/01

du 10 février 2009

Requête de **Esmertec AG**, Dübendorf, concernant l'absence d'obligation de présenter une offre publique d'acquisition

—

Faits :

A.

Esmertec AG (**Esmertec** ou **la requérante**) est une société anonyme dont le siège se trouve à Dübendorf. Son capital-actions se monte à CHF 2'403'999 et est divisé en 24'039'990 actions nominatives entièrement libérées dont la valeur nominale est de CHF 0.10. Esmertec est active dans le domaine des logiciels relatifs à la communication mobile et des applications y relatives de la technologie de l'information. Elle fournit des services et des solutions en matière de logiciel à des exploitants de réseaux de téléphone mobile ainsi qu'à des producteurs de téléphones mobiles, en particulier pour les appareils et services dits de deuxième génération. Les actions de Esmertec sont cotées au segment principal de SIX Swiss Exchange (**SIX**, ticker ESMN).

B.

Les participations des actionnaires principaux de Esmertec étaient les suivantes au 23 janvier 2009 :

- 19.24% des droits de vote sont détenus par FCPR Sofinnova Capital IV (**Sofinnova IV**) et FCPR Sofinnova Capital VI (**Sofinnova VI**), les deux à Paris, France. Sofinnova Partners SAS, Paris, France (**Sofinnova**) est contractuellement chargée de décider la politique d'investissement et l'exercice des droits de vote relatifs aux participations détenues par les fonds Sofinnova IV et Sofinnova VI.
- 9.93% des droits de vote sont détenus par Partners Group Private Equity Performance Holding Limited, Guernsey, Channel Islands, Partners Private Equity L.P., Grand Cayman, Cayman Islands, Pearl Holding Limited, Guernsey, Channel Islands, Vega Invest Fund PLC, Dublin, Irlande, et Credit Suisse Anlagestiftung 2. Säule - Anlagegruppe CSA 2 Private Equity, Zürich. Partners Group Holding AG, Baar-Zug (**Partners Group**) est contractuellement chargée de décider la politique d'investissement et l'exercice des droits de vote relatifs aux participations détenues par ces fonds.
- 6.69% des droits de vote sont détenus par Earlybird GmbH & Co. Beteiligungskommanditgesellschaft III, Earlybird GmbH & Co., Parallel-Beteiligungskommanditgesellschaft III, Earlybird III Participations Holding GmbH & Co. KG, les trois à Munich, Allemagne, Earlybird III L.P. et Earlybird III Advisory L.P., les deux à Delaware, USA (ensemble **Earlybird III**). Earlybird Verwaltungs GmbH, Munich, Allemagne (**Earlybird**) est contractuellement chargée de décider la politique d'investissement et l'exercice des droits de vote relatifs aux participations détenues par les fonds Earlybird III.



- 7.34% des droits de vote sont détenus par Sagem Télécommunications SA, Paris, France (**SagemTel**).

C.

Les fonds gérés par Sofinnova, Partners Group et EarlyBird sont des fonds de *private equity*. Partners Group a investi dans Esmertec en novembre 1999. Suite à de nouveaux besoins en capital de Esmertec, Earlybird a investi en septembre 2001 et Sofinnova en mars 2002. Depuis leur entrée dans l'actionnariat de la requérante, Sofinnova et Partners Group ont été représentés au conseil d'administration. Sofinnova, Partners Group et EarlyBird ont notamment fourni le financement nécessaire au développement de Esmertec jusqu'à son entrée en bourse en septembre 2005. En décembre 2008, la société française Sagem Wireless, détenue principalement par Sofinnova et SagemTel, est entrée dans le capital de la requérante pour 13.36% des droits de vote. Le 22 janvier 2009, Sagem Wireless a transféré l'intégralité de ses actions Esmertec à Sofinnova (à hauteur de 45 %) et à SagemTel (à hauteur de 55 %).

D.

Le conseil d'administration de Esmertec est composé comme suit :

- Hanspeter Baumgartner (président)
- Michel Bon
- Jean-Claude Martinez
- Hans-Ulrich Müller (représentant de Partners Group)
- Jean Schmitt (représentant de Sofinnova)

E.

Esmertec examine la possibilité d'acquérir la société Purple Labs, Paris, France (**Purple Labs**), qui est également active dans le domaine des logiciels pour la communication mobile. Purple Labs développe des solutions et des applications principalement pour les appareils de troisième génération. Esmertec envisage d'acquérir Purple Labs par un échange d'actions, lors duquel les actionnaires de Purple Labs apporteraient leurs actions à Esmertec et recevraient en échange des actions de Esmertec. Les actions Esmertec nécessaires à cette transaction seraient créées dans le cadre d'une augmentation du capital-actions de la requérante, qui serait alors pratiquement multiplié par deux et qui serait libéré par apport en nature des actions Purple Labs.

F.

Les participations des actionnaires principaux de Purple Labs étaient les suivantes au 31 décembre 2008 :

- 47.51 % des droits de vote sont détenus par FCPR Sofinnova Capital V, Paris, France (**Sofinnova V**) et Sofinnova VI. Sofinnova est contractuellement chargée de décider la politique d'investissement et l'exercice des droits de vote relatifs aux participations détenues par ces fonds.
- 24.55% des droits de vote sont détenus par Earlybird GmbH & Co. Beteiligungs-KG IV et Earlybird Advisory Fund GmbH & Co. Beteiligungs-KG IV (ensemble : **Earlybird IV**). Earlybird est contractuellement chargée de décider la politique d'investissement et l'exercice des droits de vote relatifs aux participations détenues par ces fonds.



- 16.95% des droits de vote sont détenus par Partners Group Access 27 L.P., dont la politique d'investissement et l'exercice des droits de vote sont décidés par Partners Group.
- 6.19% sont détenus par SagemTel.

G.

Sofinnova a acquis une participation majoritaire dans Purple Labs en mars 2007 (73.01 % du capital-actions). Elle a ensuite recherché des co-investisseurs avec qui elle avait déjà fait de bonnes expériences et qui étaient familiers avec la technologie développée par Purple Labs. Partners Group et Earlybird sont ainsi également devenues actionnaires de Purple Labs, respectivement en avril et septembre 2007, ayant pour effet la réduction de la participation détenue par Sofinnova. Le 31 décembre 2008, SagemTel est entrée dans l'actionnariat de Purple Labs.

H.

Une convention d'actionnaires portant sur Purple Labs a été conclue le 24 août 2007 entre Sofinnova V, Earlybird et Partners Group. Cette convention a été amendée le 13 mai 2008. Le 31 décembre 2008, Sofinnova VI et SagemTel ont également adhéré à cette convention d'actionnaires. La convention concerne notamment la composition du conseil d'administration de Purple Labs, qui doit être formé d'une majorité de membres indépendants. Elle contient diverses clauses typiques des conventions d'actionnaires conclues lors de financements de *private equity* telles qu'un droit de préemption et un droit de sortie conjointe (*tag along*). En particulier, la convention prévoit qu'une majorité des actionnaires d'au moins 60% du capital-actions peut décider de vendre leurs participations et forcer les autres actionnaires parties à la convention à vendre leurs propres participations (*drag along*). Pour le reste, la convention d'actionnaires ne contient pas de réglementation spéciale concernant la manière de voter lors des assemblées générales de Purple Labs.

I.

Le conseil d'administration de Purple Labs est composé comme suit :

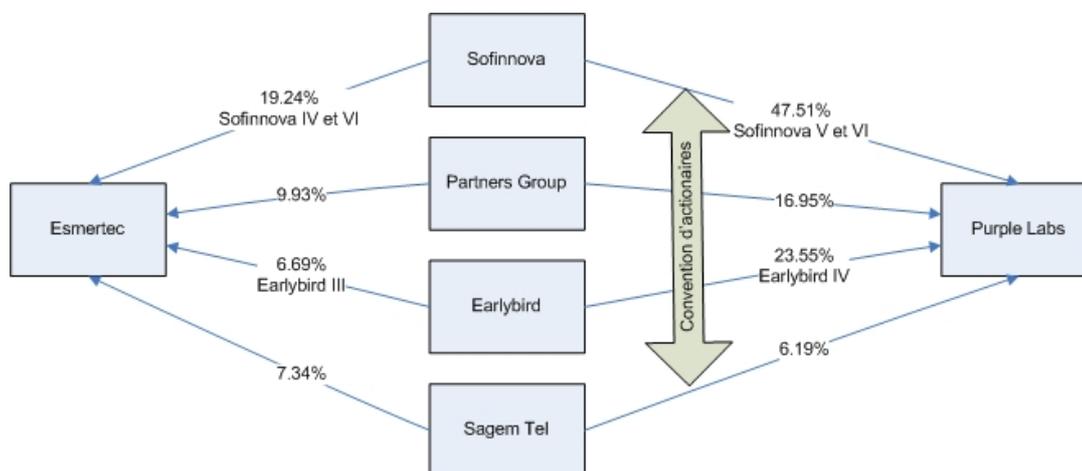
- Simon Wilkinson (président)
- Loek an den Boog
- Olivier Laury
- Jean Schmitt (représentant de Sofinnova)
- Roland Manger (représentant de Earlybird IV)
- Hans-Ulrich Müller (assesseur, sans exercice du droit de vote, représentant de Partners Group).

Hanspeter Baumgartner, actuel président du conseil d'administration de Esmertec, a été membre du conseil d'administration de Purple Labs depuis le 24 août 2007 et président de ce conseil depuis le 11 septembre 2007, jusqu'à sa démission en date du 10 novembre 2008.



J.

Les rapports de participation dans Esmertec et dans Purple Labs peuvent être résumés comme suit (les pourcentages indiqués représentent les droits de vote) :



K.

Le 23 décembre 2008, Esmertec a requis la Commission des OPA de constater que la transaction envisagée (considérant E) ne crée pas à charge de ses actionnaires principaux l'obligation de présenter une offre publique d'acquisition. A titre subsidiaire, Esmertec demande qu'il soit constaté qu'une telle obligation n'existe plus si les actionnaires qui sont représentés à la fois dans les conseils d'administration de Esmertec et de Purple Labs s'abstiennent de participer au vote de l'assemblée générale portant sur l'augmentation de capital nécessaire à la transaction.

L.

La requête précise que la transaction sera négociée et conclue par des comités composés uniquement des membres indépendants des conseils d'administration de Esmertec et de Purple Labs.

M.

Le 26 janvier 2009, la requérante a déposé un complément à sa requête précisant l'identité de ses actionnaires principaux et de ceux de Purple Labs ainsi que leurs participations dans les deux sociétés.

N.

Par ordonnance de procédure du 27 janvier 2009, Earlybird, Sofinnova et Partners Group ont été invitées à participer à la procédure et à fournir certains renseignements. Ces trois actionnaires ont transmis leur prise de position à la Commission des OPA dans le délai imparti.

O.

Une délégation de la Commission des OPA formée de MM. Luc Thévenoz (président), Raymund Breu et Mme Susan Emmenegger a été constituée pour se prononcer sur cette requête.

—

—

—



Droit :

1. Droit applicable

[1] Esmertec a déposé sa requête le 23 décembre 2008. Les révisions de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM) et de l'ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (OBVM-FINMA) sont entrées en vigueur le 1er janvier 2009, de même que la nouvelle ordonnance de la Commission des OPA sur les offres publiques d'acquisition (OOPA). Il y a lieu de déterminer si la présente procédure est soumise au nouveau droit ou au droit en vigueur jusqu'au 31 décembre 2008.

[2] Depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit, la Commission des OPA se prononce sous la forme de décisions (art. 33a, al. 1 LBVM; art. 3, al. 2 OOPA). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les dispositions procédurales sont applicables immédiatement après leur entrée en vigueur (ATF 130 V 1, consid. 3.2). En conséquence, les dispositions procédurales du nouveau droit sont pleinement applicables en l'espèce.

[3] Les dispositions concernant la notion d'action de concert et la constatation de l'existence d'une offre obligatoire n'ont pas été matériellement modifiées au 1er janvier 2009. La présente décision se réfère aux dispositions du nouveau droit, étant donné que les faits relatifs à la requête se produiront entièrement en 2009.

—

2. Offre obligatoire et action de concert

[4] Conformément à l'art. 32, al. 1 LBVM, quiconque, directement, indirectement ou de concert avec des tiers, acquiert des titres qui, ajoutés à ceux qu'il 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. Selon les articles 31 et 10, al. 1, OBVM-FINMA, agit de concert avec des tiers ou en qualité de groupe quiconque accorde son comportement avec celui de tiers, par contrat ou par d'autres mesures prises de manière organisée, dans le but de contrôler la société visée.

[5] Aucun des actionnaires de Esmertec ne détient actuellement une participation individuelle dépassant le seuil de l'art. 32, al. 1 LBVM. La requête indique que cela restera le cas après exécution de la transaction Purple Labs. Selon ces informations, aucun actionnaire, pris individuellement, ne sera dans l'obligation de présenter une offre publique d'acquisition.

[6] La Commission des OPA doit examiner si Sofinnova, Earlybird, Partners Group et SagemTel (**les actionnaires principaux**) agissent effectivement de concert ou si la décision ou l'exécution de la transaction Purple Labs constituerait une action de concert (art. 10, al. 1 et 2 OBVM-FINMA) pour contrôler Esmertec (art. 31 OBVM-FINMA), auquel cas ils se trouveraient

—

—



dans l'obligation de présenter une offre publique d'acquisition (art. 32, al. 1, LBVM en relation avec art. 31 OBVM-FINMA).

[7] Pour établir l'existence d'une action de concert, il y a lieu de tenir compte de toutes les circonstances et tous les accords entre les actionnaires. Sont notamment déterminants les accords relatifs à l'exercice du droit de vote ou à la composition du conseil d'administration ainsi que la fixation d'une stratégie pour la société visée (recommandation du 6 décembre 2007 dans l'affaire *Sulzer AG*, consid. 3.3.3; recommandation I du 11 août 2005 dans l'affaire *Aare-Tessin AG für Elektizität*, consid. 1.1.2).

[8] L'existence d'un accord juridiquement contraignant n'est pas une condition de l'action de concert. Cependant, de simples comportements parallèles résultant d'intérêts convergents et d'une vision identique des choses ou une action convergente ne constituent pas nécessairement une action de concert. L'action de concert est réalisée lorsqu'il existe, dans une mesure minimale, un but commun au plan interne et une organisation sur le plan externe. Pour que des comportements parallèles soient pertinents au regard du droit des OPA, il est donc nécessaire que les accords entre les membres du groupe revêtent un certain degré d'intensité et un minimum d'organisation. Est déterminant le fait que les actionnaires agissent ensemble dans la poursuite d'un but commun pour lequel ils unissent leurs moyens et leurs forces et soumettent leur intérêt particulier à celui du groupe. En l'absence d'un accord écrit, l'existence d'un concert doit être examinée à la lueur des indices existants (recommandation du 3 juin 2005 dans l'affaire *Forbo Holding AG*, consid. 3.3; ATF 130 II 530 dans l'affaire *Quadrant*, consid. 6.4 ; décision de la Commission fédérale des banques du 29 mai 2008 dans l'affaire *Sulzer AG*, consid. 2.1).

[9] La Commission des OPA doit déterminer si les actionnaires principaux coordonnent l'exercice de leurs droits de vote en relation avec leurs participations dans Esmertec. Etant donné qu'aucun accord écrit à cet égard n'a été conclu entre les actionnaires principaux, il y a lieu d'examiner les indices qui parlent en faveur et en défaveur d'une telle action.

[10] En l'espèce, les actionnaires principaux sont actionnaires à la fois de Esmertec et de Purple Labs (considérant J), de sorte qu'ils participent aux décisions prises des deux côtés de la transaction. En outre, Sofinnova et Partners Group sont représentés dans les deux conseils d'administration, tandis qu'Earlybird est représenté au conseil d'administration de Purple Labs (considéranants D et I). Enfin, les actionnaires principaux sont parties à une convention d'actionnaires relative à Purple Labs (considérant H). La participation des actionnaires principaux aux deux sociétés et l'existence d'une convention d'actionnaires relatives à Purple Labs pourrait suggérer l'existence d'un accord tacite entre eux en vue de coordonner l'exercice de leurs droits de vote au sein de Esmertec. Il y a lieu d'examiner si l'état de fait contient d'autres indices permettant d'atténuer cette impression.

[11] La convention d'actionnaires relative à Purple Labs ne crée pas un contrôle commun des actionnaires principaux sur cette société. Ses clauses sont caractéristiques des accords entre investisseurs de *private equity*, qui cherchent à valoriser leur investissement sans se lier les mains quant à la stratégie. L'existence d'une majorité d'administrateurs indépendants et les droits



contractuels de sortie conjointe (*tag along* et *drag along*) visent à permettre un désinvestissement coordonné mais n'affectent pas la stratégie de la société.

[12] En particulier, la décision des actionnaires principaux d'échanger leurs actions Purple Labs contre des actions Esmertec pourrait mettre en œuvre la clause de *drag along* qui permet à une majorité représentant 60% du capital-social d'imposer aux autres actionnaires la décision de vendre (considérant H). Les actionnaires qui seraient ainsi contraints de céder leurs titres Purple Labs ne s'engagent pas pour autant à approuver la transaction en exerçant leurs droits de vote au sein d'Esmertec. Pour le reste, la convention d'actionnaires ne règle pas l'exercice des droits de vote de ses membres aux assemblées générales de Purple Labs ni, bien sûr, de Esmertec.

[13] Etant donné que la convention d'actionnaires ne prévoit pas l'unanimité dans les prises de décision de Purple Labs, il ne peut être présumé que les actionnaires principaux devront obligatoirement se coordonner de la même manière en rapport avec Esmertec. Il ne peut pas être exclu qu'une voix dissidente qui a été écartée en raison du principe majoritaire figurant dans la convention d'actionnaires souhaite se faire entendre dans l'assemblée générale de Esmertec et ne s'accorde pas avec les autres actionnaires principaux. Par conséquent, l'existence de la convention d'actionnaires Purple Labs ne peut pas être retenue comme indice parlant en faveur d'une action de concert sur Esmertec.

[14] Il ressort de la requête que l'idée d'un rapprochement entre Esmertec et Purple Labs trouve son origine dans des tractations qui ont eu lieu en 2003/04, à un moment où les actionnaires principaux d'Esmertec n'étaient pas encore actionnaires de Purple Labs. Ces tractations ont été abandonnées pour être reprises en 2007, sans cependant voir aboutir un projet de *joint venture* qui a échoué en septembre 2007.

[15] Malgré la présence des mêmes investisseurs dans les deux sociétés, aucun accord n'a pu être trouvé. Il paraît ainsi plausible que ces actionnaires n'ont pas été le moteur de cette tentative de rapprochement, comme l'allègue la requérante, et que leurs intérêts et leurs comportements ne convergent pas de sorte à constituer une action de concert en vue du contrôle de Esmertec.

[16] La requérante demande qu'il soit constaté que la transaction Purple Labs n'entraînera pas d'obligation de présenter une offre publique d'acquisition pour ses actionnaires principaux. Comme il ne peut pas être préjugé d'un éventuel comportement futur de ceux-ci, la situation doit être examinée à la lumière des circonstances présentes et des actions nécessaires à la réalisation de la transaction entre Esmertec et Purple Labs. Celle-ci suppose notamment un vote de l'assemblée générale d'Esmertec sur l'augmentation de son capital-actions.

[17] En l'espèce, Sofinnova, Partners Group et Earlybird sont des investisseurs de *private equity* et leur but est la valorisation de leur investissement par la revente de leurs participations à moyen terme. Compte tenu de cet élément et des considérants ci-dessus, il apparaît que les indices parlant en faveur d'une action de concert sont trop faibles et ne permettent pas de présumer son existence de manière suffisamment certaine. Ainsi, le seul fait que les actionnaires principaux voteraient en faveur de l'augmentation du capital de Esmertec ne constituerait pas en soi une



action de concert pour contrôler Esmertec et ne suffirait donc pas à leur imposer l'obligation de présenter une offre au sens de l'art. 32 LBVM.

[18] Etant donné que la Commission des OPA fait droit à la conclusion principale de la requérante, elle n'entre pas en matière sur sa conclusion subsidiaire.

—

3. Publication et prise de position du conseil d'administration

[19] Si la Commission des OPA constate l'absence d'une obligation de présenter une offre publique d'acquisition, elle oblige la société visée à publier la prise de position de son conseil d'administration, laquelle contient le dispositif de la décision de la Commission des OPA ainsi que le délai et les conditions auxquelles un actionnaire qualifié peut former opposition (art. 61, al. 3 et 4 OOPA). La prise de position du conseil d'administration contient en outre les réflexions et l'argumentation du conseil d'administration et fait état des éventuels conflits d'intérêts de ses membres, respectivement des mesures prises pour les atténuer.

[20] La prise de position du conseil d'administration a été soumise à la Commission des OPA pour un examen préalable. Elle reflète les réflexions et l'argumentation du conseil d'administration en relation avec la transaction Purple Labs et fait état des conflits d'intérêt potentiels des membres du conseil d'administration de Esmertec. Elle contient en outre les voies de droit adéquates. La prise de position est donc conforme aux exigences de l'OOPA.

[21] Esmertec publiera la prise de position de son conseil d'administration, rédigée en allemand et en français, dans au moins un journal de chaque langue de manière à atteindre une diffusion nationale au plus tard le 13 février 2009 (art. 61, al. 4 OOPA). Dans le même délai, elle transmettra la prise de position à au moins deux des principaux médias électroniques diffusant des informations boursières. La Commission des OPA reproduira la prise de position sur son site internet (art. 61, al. 6 OOPA).

[22] Conformément aux art. 33a, al. 1 LBVM et 61, al. 2 OOPA, 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 de Esmertec.

—

4. Emolument

[23] 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 fixe l'émolument à charge de Esmertec à CHF 50'000.

—

—

—



La Commission des OPA décide :

1. La participation de Sofinnova Partners SAS, Partners Group Holding AG, Earlybird Verwaltungs GmbH et Sagem Télécommunications SA à la décision de l'assemblée générale relative à l'augmentation de capital de Esmertec AG en vue de permettre la transaction avec Purple Labs ne constitue pas une action de concert.
2. Esmertec AG est tenue de publier le 13 février 2009 au plus tard la prise de position de son conseil d'administration, en allemand et en français, dans au moins un journal de chaque langue de manière à atteindre une diffusion nationale. Dans le même délai, elle transmettra la prise de position à au moins deux des principaux médias électroniques diffusant des informations boursières. La prise de position comprendra le dispositif de la présente décision ainsi que l'indication des voies ouvertes aux actionnaires qualifiés.
3. La présente décision sera publiée sur le site de la Commission des OPA le jour de la publication de la prise de position du conseil d'administration de Esmertec AG dans les journaux.
4. L'émolument à charge de Esmertec AG est fixé à CHF 50'000.

Le président :

Luc Thévenoz
—

Notification aux parties :

- Esmertec AG, représentée par Dr Philippe Weber et Dr Patrik Peyer, Niederer Kraft & Frey AG;
- Earlybird Verwaltungs GmbH, représentée par Dr Lorenzo Olgiati, Schellenberg Wittmer;
- Sofinnova Partners SAS, représentée par Dr Frank Gerhard, Homburger AG;
- Partners Group Holding AG, représentée par Dr Dieter Dubs, Bär & Karrer AG.

Communication :

- Sagem Télécommunications SA, représentée par Dr Frank Gerhard, Homburger AG.

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), Schwanengasse 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, info@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.

—

—

—