



## Décision 409/01

du 17 avril 2009

Requête de **Rossella, Fausto et Massimo Bocciolone et Giuliana Della Monta** et des sociétés **Sitindustrie Tubes & Pipes S.p.A., Kobarid Holding SA et Eurinox SA** relative à l'obligation de présenter une offre publique d'acquisition aux actionnaires de la société **Zwahlen et Mayr SA**

—

### Faits

#### A.

Zwahlen et Mayr SA (**Zwahlen et Mayr**) est une société anonyme dont le siège se situe à Aigle. Son capital-actions se monte à CHF 14'040'000, divisé en 30'000 actions nominatives et en 40'200 actions au porteur, toutes d'une valeur nominale de CHF 200. Les actions au porteur sont cotées sur le segment actions suisses de SIX Swiss Exchange (**SIX**, ticker ZWM).

#### B.

Zwahlen et Mayr fait partie du groupe Sitindustrie, ensemble de sociétés actives dans la métallurgie dont la maison mère, la société Sitindustrie Holding S.p.A. (**Sitindustrie Holding**), est située à Valduggia, Italie. Sitindustrie Holding détient à 100% la société suisse Sitindustrie Suisse SA (**Sitindustrie Suisse**), dont le siège se situe à Villars-sur-Glâne et qui détient 70.44 % du capital actions et des droits de vote dans Zwahlen et Mayr.

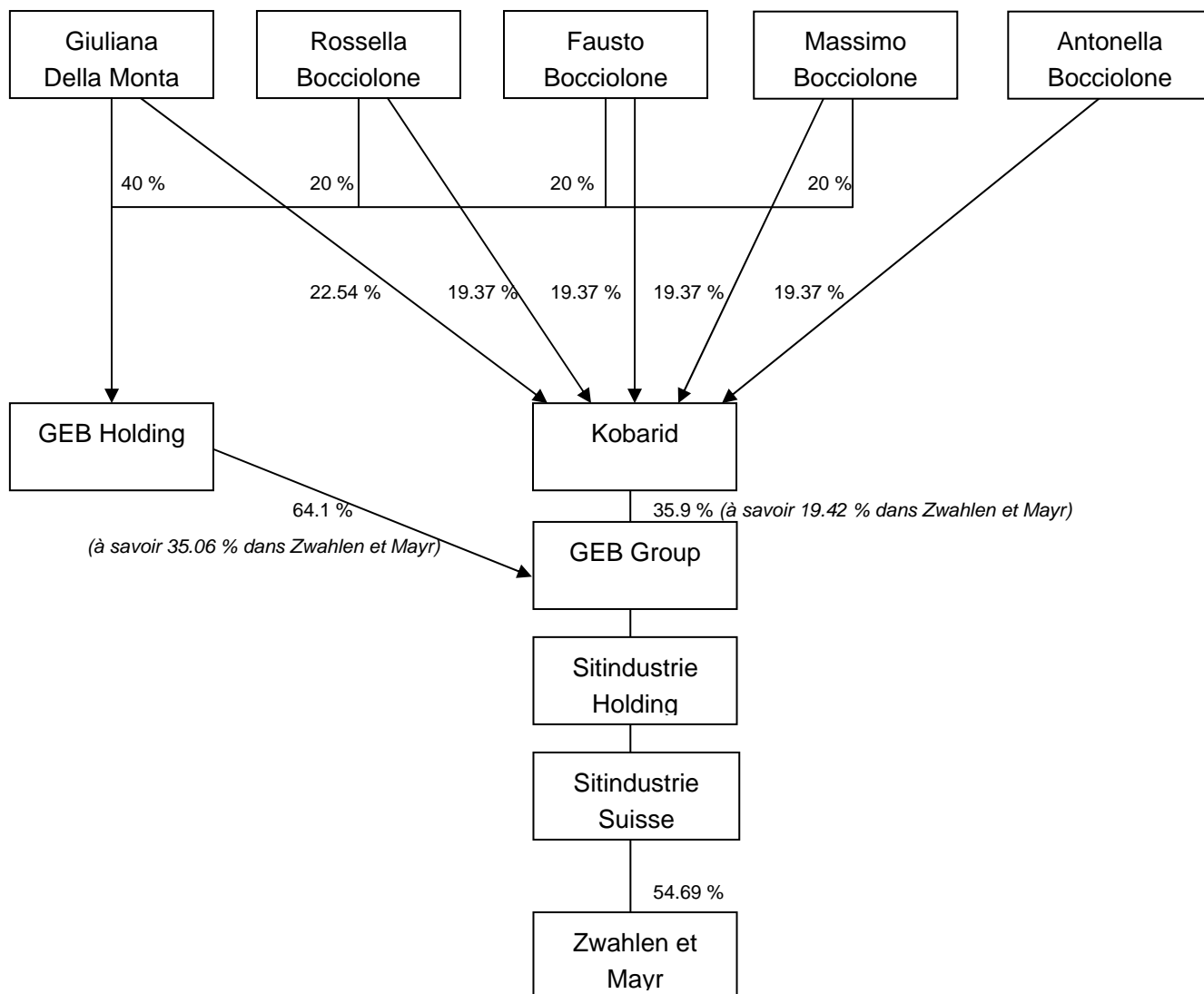
#### C.

Rossella, Fausto et Massimo Bocciolone et Giuliana Della Monta (**les requérants**) détiennent indirectement le contrôle de Sitindustrie Holding et de sa participation dans Zwahlen et Mayr, depuis août 2005. Leur participation dans le groupe Sitindustrie est détenue au travers de trusts dont ils sont les bénéficiaires. A cette date, ces trusts détenaient (à des pourcentages différents) une participation largement majoritaire (plus de 80%) dans Kobarid Holding SA (**Kobarid**) et une participation exclusive dans GEB Holding Ltd (**GEB Holding**), lesquelles possédaient respectivement 35.9 % et 64.1 % dans GEB Group SA (**GEB Group**), actionnaire direct de Sitindustrie Holding. Leur parente, Mme Antonella Bocciolone, était bénéficiaire d'un trust qui détenait de son côté une participation minoritaire dans Kobarid Holding SA.

#### D.

Par recommandation du 10 février 2006, la Commission des OPA (**Commission**) a examiné la réorganisation due à la sortie de Antonella Bocciolone du groupe qu'elle formait avec les requérants. La Commission a constaté que cette modification du groupe (Antonella Bocciolone ayant conservé sa participation mais ayant déménagé aux Etats-Unis et n'exerçant plus de fonction dirigeante au sein du groupe) aboutissait à la création d'un nouveau groupe agissant de concert en vue de la domination de Zwahlen et Mayr, composé uniquement des requérants. La Commission a ensuite constaté que cette réorganisation avait pour seul effet de modifier

l'organisation du contrôle par les membres de la famille au sein du groupe Sitindustrie et qu'il pouvait être exclu que l'un des requérants prenne seul le contrôle sur le groupe. Elle a par conséquent accordé aux requérants une dérogation à l'obligation de présenter une offre publique d'acquisition aux actionnaires de Zwahlen et Mayr (recommandation du 10 février 2006 dans l'affaire *Zwahlen & Mayr S.A.*). A cette époque, le groupe Sitindustrie se présentait comme suit<sup>1</sup> :



<sup>1</sup> Par mesure de simplification, les trusts par lesquels les participations des requérants et de Antonella Bocciolone sont détenues ne sont pas indiqués, et les participations qui ne sont pas indiquées expressément sont détenues à 100 %.



**E.**

A la fin de l'année 2006, Antonella Bocciolone a cédé à parts égales sa participation dans Kobarid aux trusts dont Rossella, Fausto et Massimo Bocciolone sont les bénéficiaires.

**F.**

Suite à ce transfert, la structure du groupe a été simplifiée au cours de plusieurs transactions. Par contrat signé le 3 mai 2007, déployant ses effets au 31 décembre 2006, GEB Holding a cédé sa participation de 64.1 % dans GEB Group à Kobarid. Le même jour, Kobarid a cédé l'intégralité de sa participation de 100 % dans GEB Group à sa filiale Eurinox SA (**Eurinox**), Luxembourg, avec effet également au 31 décembre 2006. Le 31 juillet 2007, GEB Group a cédé sa participation dans Sitindustrie Holding à sa société mère Eurinox.

**G.**

Le trust dont Giuliana Della Monta est bénéficiaire a par la suite cédé à parts égales une partie de sa participation dans Kobarid Holding SA aux trusts dont Rossella, Fausto et Massimo Bocciolone sont les bénéficiaires.

**H.**

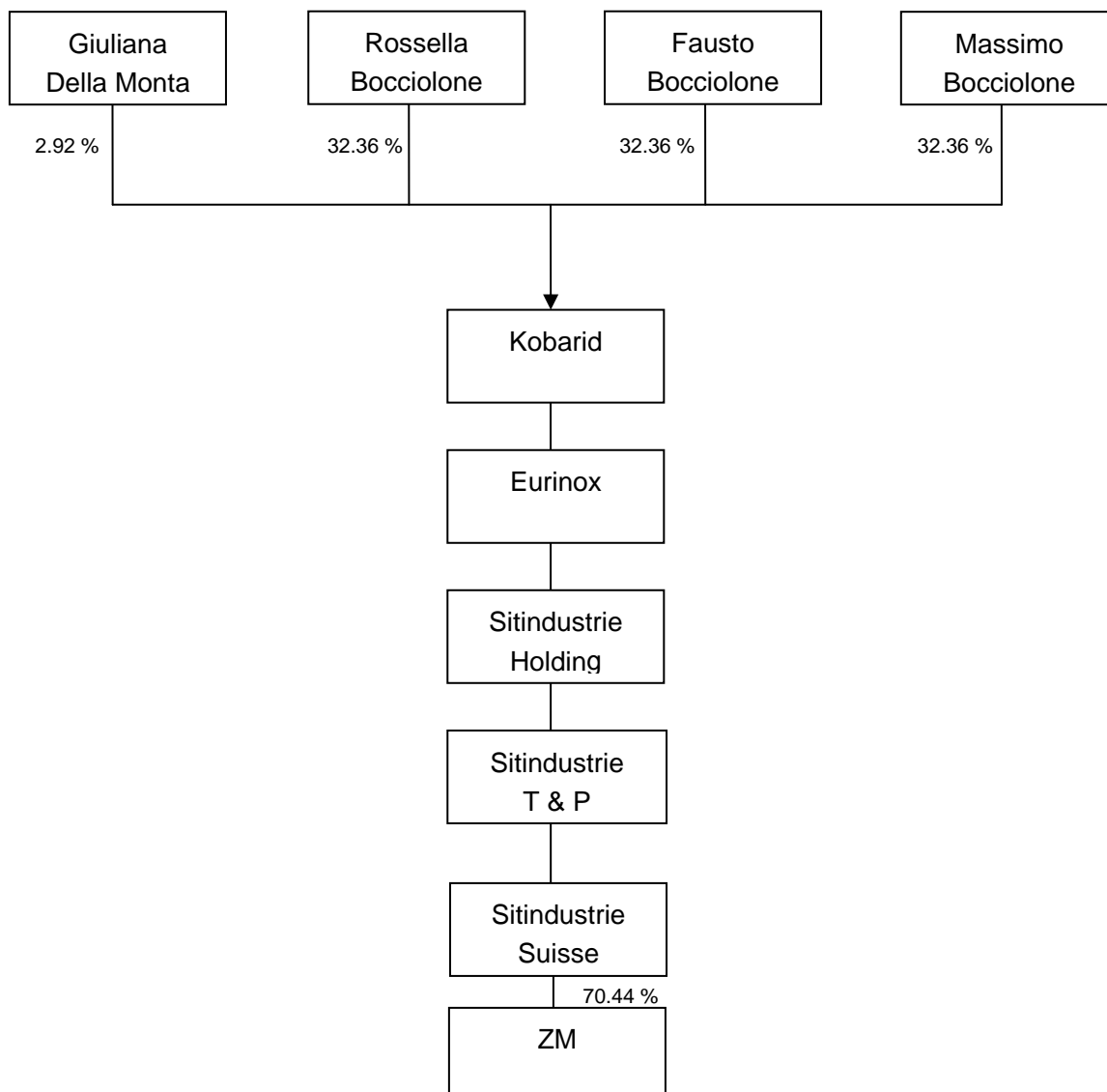
Le 15 janvier 2008, Sitindustrie Suisse a publié une annonce dans la Feuille officielle suisse du commerce (**FOSC**) indiquant que sa participation dans Zwahlen et Mayr était passée de 54.69 % à 70.44 % suite à une acquisition de titres.

**I.**

Le 19 décembre 2008, Sitindustrie Holding a cédé à sa filiale Sitindustrie Tubes & Pipes S.p.A (**Sitindustrie T & P**) l'intégralité de sa participation dans Sitindustrie Suisse. Cette cession a donné lieu à la publication d'une annonce de publicité des participations en date du 9 janvier 2009. Le groupe Sitindustrie se présentait comme suit à la fin de l'année 2008<sup>2</sup> :

---

<sup>2</sup> Par mesure de simplification, les trusts par lesquels les participations des requérants sont détenues ne sont pas indiqués, et les participations qui ne sont pas indiquées expressément sont détenues à 100 %.



**J.**

Le 6 février 2009, les requérants ainsi que les sociétés Sitindustrie T & P, Kobarid et Eurinox (**les sociétés requérantes**) ont déposé une requête auprès de la Commission des OPA. Les requérants sollicitent la constatation de l'inexistence d'une obligation de présenter une offre publique d'acquisition aux actionnaires de Zwahlen et Mayr. Les sociétés requérantes sollicitent l'octroi d'une dérogation à l'obligation de présenter une telle offre. La prise de position du conseil d'administration de Zwahlen et Mayr était annexée à la requête.

**K.**

Une délégation de la Commission des OPA composée de MM. Luc Thévenoz (président), Walter Knabenhans et Thierry de Marignac a été constituée pour se prononcer sur la présente requête.

—

—  
—



## **Droit**

### **1. Droit applicable**

[1] 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).

[2] La requête a été déposée en date du 6 février 2009 mais porte sur des transactions qui ont été conclues et exécutées en 2007 et 2008. 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.

[3] 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.

[4] Les dispositions concernant les dérogations à l'obligation de présenter une offre publique d'acquisition et la constatation de l'(in-)existence d'une offre obligatoire n'ont pas été matériellement modifiées au 1er janvier 2009. La présente décision se réfère donc aux dispositions du nouveau droit.

—

### **2. Obligation de présenter une offre au sens de l'art. 32 LBVM**

[5] 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.

[6] En l'espèce, la Commission doit déterminer si les modifications survenues à la fois dans le groupe formé des requérants, mais également dans le groupe au sens large comprenant les sociétés requérantes sont de nature à entraîner l'obligation de présenter une offre publique d'acquisition sur Zwahlen et Mayr.

—

—



## 2.1 Groupe formé des requérants

[7] La cession des participations détenues sur Kobarid par Antonella Bocciolone à Fausto, Massimo et Rossella Bocciolone suite à son départ aux Etats-Unis est intervenue à la fin de l'année 2006. Suite à cette cession, les rapports de participation dans le groupe des requérants ont été modifiés. La participation de Giuliana Della Monta dans Kobarid est restée à 22.54 % tandis que celle de Fausto, Massimo et Rossella Bocciolone est passée de 19.37 % à 25.83 % (considérant E).

[8] Suite à la cession par Giuliana Della Monta d'une partie de sa participation dans Kobarid (considérant G), sa participation dans cette société a diminué à 5.87 % et celles de Fausto, Massimo et Rossella Bocciolone est passée à 31.39 %. Suite à la restructuration effectuée dans les sociétés du groupe Sitindustrie (considérant F), la participation de Giuliana Della Monta dans la structure est passée à 2.92 % et celle de Fausto, Massimo et Rossella Bocciolone à 32.36 % (voir graphique ci-dessus, considérant I).

[9] La participation de Giuliana Della Monta a ainsi fortement diminué dans la structure du groupe Sitindustrie, suite aux diverses sessions effectuées entre les membres de la famille Bocciolone. En contrepartie, les participations de Fausto, Massimo et Rossella Bocciolone ont proportionnellement augmenté.

[10] Le déplacement du pouvoir au sein du pool familial et la perte d'influence de Giuliana Della Monta n'ont cependant pas pour effet de modifier l'exercice du contrôle sur Kobarid et par conséquent sur Zwahlen et Mayr. Comme auparavant, les participations des requérants ne permettent à aucun d'eux de prendre le pouvoir au sein du groupe. Enfin, aucun des membres du pool n'a dépassé le seuil de 33 1/3 % des droits de vote dans Zwahlen et Mayr. Il en découle que le pouvoir reste exercé de la même manière au sein du groupe formé par les requérants et que les modifications effectuées n'ont pas pour effet de créer un nouveau groupe qui dominerait la structure. Les rapports au sein du groupe ne se sont donc pas modifiés de façon déterminante (recommandation du 24 novembre 2004 dans l'affaire *Helvetia Patria Holding AG*, consid. 2).

[11] Au vu de ce qui précède, la Commission constate l'absence d'obligation des requérants de présenter une offre aux actionnaires de Zwahlen et Mayr.

## 2.2 Groupe formé des requérants et des sociétés requérantes

[12] La structure formée par les actionnaires dominants et les sociétés dominées forme un groupe agissant de concert en vue d'exercer le contrôle sur la société visée au sens des art. 32, al. 1, LBVM en relation avec les art. 31 et 10, al. 1, OBVM-FINMA (recommandation du 3 décembre 2008 dans l'affaire *Orascom Development Holding AG*, consid. 2).



[13] Selon l'art. 32, al. 2, lit. a, LBVM, la Commission peut accorder une dérogation à l'obligation de présenter une offre lorsque des droits de vote sont transférés au sein d'un groupe organisé sur la base d'une convention ou d'une autre manière.

[14] A la suite des changements opérés dans le groupe formé des requérants, le groupe Sitindustrie était dominé par les trusts dont les requérants sont les bénéficiaires, lesquels détenaient alors conjointement mais à parts inégales les sociétés GEB Holding (à 100 %) et Kobarid (à plus de 80 %). Les opérations qui ont été effectuées par la suite ont eu pour but de simplifier la structure du groupe. Tout d'abord, la participation de GEB Holding dans GEB Group a été cédée à Kobarid. Le même jour, Kobarid a cédé l'intégralité de sa participation dans GEB Group à Eurinox, cette société étant insérée dans la structure du groupe. Enfin, GEB Group a cédé sa participation dans Sitindustrie Holding à Eurinox. Ces diverses transactions ont pour résultat la simplification de la structure en concentrant dans Kobarid le pouvoir détenu auparavant conjointement par Kobarid et GEB Holding sur le bas de la structure. GEB Holding et GEB Group disparaissent du groupe et une nouvelle société, Eurinox, devient la mère de Sitindustrie Holding (considérant F).

[15] Une modification supplémentaire est intervenue dans la structure lorsque Sitindustrie Holding a cédé à Sitindustrie T & P l'intégralité de sa participation dans Sitindustrie Suisse (considérant I).

[16] Il a été constaté ci-dessus (considérant 2.1) que les modifications intervenues entre les requérants n'avaient pas pour conséquence la création d'un nouveau groupe, de sorte que les requérants ne se trouvent pas dans l'obligation de présenter une offre publique d'acquisition aux actionnaires de Zwahlen et Mayr. En revanche, les acquisitions faites par Kobarid, Eurinox et Sitindustrie T & P leur ont à chacune permis de dépasser indirectement le seuil de 33 1/3% des droits de vote dans Zwahlen et Mayr. Elles ont en effet chacune acquis une participation de 100 % dans une société qui détenait indirectement une participation majoritaire dans Zwahlen et Mayr. Formellement, elles sont donc soumises à l'obligation de présenter une offre publique d'acquisition au sens de l'art. 32, al. 1, LBVM.

[17] Etant donné que le dépassement du seuil est intervenu dans un groupe organisé, et que ce dépassement n'entraîne pas un changement de contrôle au détriment des actionnaires minoritaires, une dérogation au sens de l'art. 32, al. 2, let. a LBVM peut être accordée aux sociétés requérantes (recommandation du 3 décembre 2008 dans l'affaire *Orascom Development Holding AG*, consid. 5 et 6).

—

### **3. Annonce tardive des modifications au sein du groupe**

[18] La constatation de la non-existence d'une obligation de présenter une offre par les requérants et les dérogations accordées aux sociétés requérantes portent sur des faits antérieurs à la requête déposée le 6 février 2009, dont certains remontent à 2006.

—

—



[19] Les sociétés requérantes se sont en principe trouvées dans l'obligation de présenter une offre publique d'acquisition aux actionnaires de Zwahlen et Mayr dès le moment où elles ont dépassé le seuil de l'art. 32 LBVM, à savoir respectivement le 3 mai 2007 (Kobarid et Eurinox) et le 19 décembre 2008 (Sitindustrie T & P). Or, l'art. 37 OBVM-FINMA dispose qu'une offre obligatoire doit être présentée dans les deux mois qui suivent le dépassement du seuil. A contrario, l'obtention d'une dérogation à cette obligation devrait également être obtenue dans ce délai. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

[20] Le changement intervenu au sein du groupe à fin 2008 a été annoncé conformément aux règles sur la publicité des participations en date du 9 janvier 2009 (considérant I). Les modifications intervenues en 2007 sont en outre visibles dans l'annonce de publicité des participations publiée le 15 janvier 2008 dans la FOSC (considérant H). Il apparaît qu'aucune publication idoine n'a été effectuée pour annoncer ces restructurations. Elles peuvent toutefois être déduites de la comparaison avec l'annonce publiée le 10 janvier 2006 dans la FOSC, qui faisait alors mention de la composition du groupe des requérants sans Antonella Bocciolone.

[21] Etant donné que les restructurations intervenues dans le groupe Sitindustrie n'ont entraîné aucun inconvénient majeur pour les actionnaires minoritaires de Zwahlen et Mayr et que le marché en a été, directement ou indirectement, informé par les annonces de publicité des participations susmentionnées, la Commission renonce à prendre d'autres mesures relatives au retard dans lequel les dérogations ont été requises.

—

#### **4. Publication et prise de position du conseil d'administration**

[22] Lorsque la Commission constate l'absence d'une obligation de présenter une offre ou octroie une dérogation particulière, elle oblige la société visée à publier la prise de position de son conseil d'administration, le dispositif de la décision de la Commission et dans quel délai et à quelles conditions un actionnaire qualifié peut former opposition contre la décision de la Commission (art. 61, al. 3, OOPA).

[23] 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 requête et fait état des conflits d'intérêt potentiels des membres du conseil d'administration et de la direction de Zwahlen et Mayr. Elle contient en outre le dispositif de la présente décision ainsi que les voies de droit adéquates. La prise de position est donc conforme aux exigences de l'OOPA.

[24] Zwahlen et Mayr 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 (art. 61, al. 4, OOPA). Simultanément à la publication dans les journaux, Zwahlen et Mayr transmettra la prise de position à la Commission et à au moins deux fournisseurs d'informations financières, conformément aux termes de l'art. 61, al. 6, OOPA.

—  
—





[25] Si Zwahlen et Mayr souhaite publier une prise de position abrégée au sens de l'art. 61, al. 5, OOPA, elle publiera la prise de position intégrale sur un site internet et indiquera l'adresse exacte (URL) à laquelle les documents peuvent immédiatement être consultés.

[26] La présente décision sera publiée sur le site internet de la Commission le jour de la publication de la prise de position du conseil d'administration de Zwahlen et Mayr (ou sa version abrégée) dans les journaux.

—

## **5. Emolument**

[27] 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. La Commission fixe l'émolument à charge des requérants et des sociétés requérantes à CHF 20'000, qui en répondent solidairement.

—



**La Commission des OPA décide :**

1. Les transferts de participation effectués au sein du pool familial composé de Rossella, Fausto, Massimo Bocciolone et Giuliana Della Monta n'entraînent pas d'obligation de présenter une offre publique d'acquisition sur les actions de Zwahlen & Mayr SA.
2. Sitindustrie Tubes & Pipes S.p.A., Kobarid Holding SA et Eurinox SA sont mises au bénéfice d'une dérogation à l'obligation de présenter une offre publique d'acquisition sur les actions de Zwahlen & Mayr SA.
3. Zwahlen et Mayr 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. Simultanément à la publication dans les journaux, Zwahlen et Mayr transmettra la prise de position à la Commission et à au moins deux fournisseurs d'informations financières, conformément aux termes de l'art. 61, al. 6, OOPA.
4. 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 Zwahlen & Mayr SA dans les journaux.
5. L'émolument à charge de Rossella, Fausto, Massimo Bocciolone et Giuliana Della Monta et Sitindustrie Tubes & Pipes S.p.A., Kobarid Holding SA et Eurinox SA est fixé à CHF 20'000; ils en répondent solidairement.

Le président :

Luc Thévenoz  
—

**Notification aux parties :**

- Rossella, Fausto, Massimo Bocciolone et Giuliana Della Monta et les sociétés Sitindustrie Tubes & Pipes S.p.A., Kobarid Holding SA et Eurinox SA, par leur représentant, Me Yves Auberson, Villars-sur-Glâne.
- Zwahlen et Mayr SA, Aigle, par son représentant, Me Yves Auberson, Villars-sur-Glâne.

**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.

—  
—  
—