



Décision 651/02

du 28 mars 2017

Offre publique d'acquisition d'AEVIS VICTORIA SA aux actionnaires de LifeWatch AG – rapport du conseil d'administration

Faits:

A.

LifeWatch AG (**LifeWatch** ou **société visée**) est une société anonyme dont le siège se situe à Zoug et qui est enregistrée au registre du commerce du canton de Zoug sous le numéro CH-109.281.219. Son capital-actions se monte à CHF 24'021'229.70, divisé en 18'477'869 actions nominatives liées, complètement libérées et d'une valeur nominale de CHF 1.30 (**actions LifeWatch**). Les actions LifeWatch sont cotées au SIX Swiss Exchange sur le segment *International Reporting Standard*. Les statuts de LifeWatch ne contiennent aucune clause d'*opting out* ou d'*opting up*.

B.

AEVIS VICTORIA SA (**AEVIS** ou **offrante**) est une société anonyme dont le siège se situe à Fribourg et qui est enregistrée au registre du commerce du canton de Fribourg sous le numéro CH-100.842.382. Son capital-actions se monte à CHF 75'176'035, divisé en 15'035'207 actions nominatives entièrement libérées d'une valeur nominale de CHF 5.00 (actions AEVIS). Les actions AEVIS sont cotées au SIX Swiss Exchange sur le segment *Swiss Reporting Standard* et sont intégrées aux indices *Swiss Performance Index (SPI)*, *SIX Life Science Index* et *SIX Bio+Medtech Index*.

C.

Le 24 janvier 2017, AEVIS a publié l'annonce préalable de son offre publique d'acquisition sur toutes les actions LifeWatch en mains du public.

D.

Le 6 février 2017, AEVIS a déposé une requête auprès de la COPA comportant les conclusions suivantes :

1. *Il est ordonné à LifeWatch SA ("**LifeWatch**") de donner à AEVIS VICTORIA SA ("**Aevis**") accès aux informations concernant LifeWatch et ses filiales que LifeWatch a ou se propose de communiquer ou de faire communiquer à des tiers (des "**Tiers Enchérisseurs Potentiels**") dans la perspective d'une offre publique d'acquisition ou de toute autre forme de transaction concurrente à l'offre publique d'acquisition qu'Aevis a annoncée le 24 janvier 2017 (une "**Transaction Concurrente**"), quel que soit le support utilisé pour cette communication (en particulier que le support utilisé soit physique ou électronique) et quel que soit le mode de communication utilisé (en particulier que ce mode de communication soit oral ou écrit) (les "**Informations de Due Diligence**"). Les modalités et les procédures par lesquelles LifeWatch donnera accès aux*



Informations de Due Diligence à Aevis ne seront pas moins favorables que celles qui seront accordées à un Tiers Enchérisseur Potentiel. En particulier:

- (a) Les termes de la convention de confidentialité auxquels l'accès d'Aevis aux Informations de Due Diligence sera subordonné ne seront pas moins favorables que ceux accordés à un Tiers Enchérisseur Potentiel;*
 - (b) les modalités d'accès aux Informations de Due Diligence (en particulier les heures d'accès à la data room, les modalités d'accès aux Informations de Due Diligence par voie électronique, ou encore le moment auquel l'accès aux Informations de Due Diligence sera donné) seront identiques à celles accordées à un Tiers Enchérisseur Potentiel; et*
 - (c) LifeWatch fera en sorte qu'Aevis puisse bénéficier des mêmes présentations du management de LifeWatch et dispose d'un accès aux organes et employés de LifeWatch et de ses filiales qui ne soit pas moins favorable que celui accordé à un Tiers Enchérisseur Potentiel.*
2. *Pour assurer le respect du point 1) ci-dessus, il est ordonné à LifeWatch de transmettre les documents suivants à la COPA:*
- (a) (i) toute convention conclue avec un Tiers Enchérisseur Potentiel, en particulier toute convention de confidentialité conclue par LifeWatch et un Tiers Enchérisseur Potentiel en vue de la préparation ou de la négociation d'une Transaction Concurrente (une "**Convention en Vue d'une Transaction Concurrente**") ou, à défaut, (ii) une confirmation écrite qu'aucune Convention en Vue d'une Transaction Concurrente n'a été conclue;*
 - (b) (i) tout projet de Convention en Vue d'une Transaction Concurrente que LifeWatch a remis ou fait remettre à un Tiers Enchérisseur Potentiel ou que LifeWatch a reçu d'un Tiers Enchérisseur Potentiel ou, à défaut, (ii) la confirmation écrite que LifeWatch n'a pas remis et n'a pas reçu de projet de Convention en Vue d'une Transaction Concurrente;*
 - (c) la liste de tous les prospectus, memoranda, fiche d'information et autres documents établis par LifeWatch ou par ses conseillers à l'attention de Tiers Enchérisseurs Potentiels en vue de présenter LifeWatch et ses filiales et/ou de solliciter une Transaction Concurrente (les "**Memoranda d'Information**");*
 - (d) la liste de tous les documents ou fichiers (que leur support soit physique ou électronique) auxquels LifeWatch a donné ou a fait donner accès à un Tiers Enchérisseur Potentiel en vue de la conclusion d'une Transaction Concurrente (l'"**Index de DataRoom**"), ainsi que la liste des présentations du management auxquelles un Tiers Enchérisseur Potentiel a pu participer, avec la mention des organes et des employés de LifeWatch qui ont réalisé cette présentation, de la liste des supports de la présentation et de la durée de la présentation (la "**Liste des Présentations du Management**");*



- (e) *une copie de tout règlement ou document similaire adopté par LifeWatch concernant l'accès de Tiers Enchérisseurs Potentiels aux Informations de Due Diligence (les "Règlements de DataRoom"); et*
- (f) *un descriptif des procédures envisagées par LifeWatch pour la négociation de Transactions Concurrentes et de la façon dont LifeWatch entend assurer le respect du principe de l'égalité de traitement dans ce contexte (les "Règles de Procédure").*

Les documents mentionnés ci-dessus seront communiqués au secrétariat de la COPA en format électronique (avec une indexation permettant de distinguer les documents mentionnés sous (a), (b), (c), (d), (e) et (f) ci-dessus) dans les 24 heures suivant la communication de la décision de la COPA ordonnant leur communication, la date et l'heure de la communication de la décision par email au conseil de LifeWatch faisant foi. D'éventuelles requêtes motivées tendant au traitement confidentiel par la COPA de certaines informations communiquées devront être soumises à la COPA dans le même délai.

- 3. *Jusqu'à l'échéance du délai supplémentaire d'acceptation de l'offre publique d'acquisition qu'Aevis a annoncée le 24 janvier 2017, LifeWatch communiquera à la COPA:*
 - (a) *tout projet de Convention en Vue d'une Transaction Concurrente qu'elle entend remettre à un Tiers Enchérisseur Potentiel avant sa communication au Tiers Enchérisseur Potentiel concerné;*
 - (b) *tout projet de Convention en Vue d'une Transaction Concurrente qu'elle aura reçu d'un Tiers Enchérisseur Potentiel immédiatement après sa réception; et*
 - (c) *toute nouvelle version ou mise à jour des Memoranda d'Information, de l'Index de la DataRoom, des Listes de Présentations du Management, des Règlements de DataRoom et des Règles de Procédure, et cela dès leur adoption ou modification.*
- 4. *Les décisions figurant aux points 1 à 3 ci-dessus sont adoptées sous la menace des sanctions prévues à l'article 292 du Code pénal suisse en cas d'insoumission à une décision de l'autorité.*
- 5. *Les frais de la procédure sont mis à la charge de LifeWatch.*

E.

Le 7 février 2017, AEVIS a déposé une requête de mesures d'extrême-urgence, avec les conclusions suivantes :

- 1. *Il est ordonné à LifeWatch SA ("LifeWatch") de transmettre à la COPA et à AEVIS VICTORIA SA ("Aevis") (le cas échéant sous une forme anonymisée s'agissant de la transmission à Aevis), toute convention de confidentialité conclue par LifeWatch et un tiers enchérisseur potentiel dans les 6 heures suivant la communication de la décision de la COPA*



ordonnant sa production, la date et l'heure de la communication de la décision par email au conseil de LifeWatch faisant foi.

2. *Il est ordonné à LifeWatch, pour le cas où le document visé au point 1 ci-dessus n'existerait pas au moment de la communication de la décision de la COPA ordonnant sa production, d'en informer la COPA et Aegis dans les 3 heures suivant la communication de la décision de la COPA ordonnant sa production selon le point 1 ci-dessus. Il est par ailleurs ordonné à LifeWatch de transmettre spontanément et sans délai à la COPA et à Aegis (le cas échéant sous une forme anonymisée s'agissant de la transmission à Aegis) toute convention de confidentialité conclue ultérieurement par LifeWatch et un tiers enchérisseur potentiel.*
3. *Les décisions figurant aux points 1 à 2 ci-dessus sont adoptées sous la menace des sanctions prévues à l'article 292 du Code pénal suisse en cas d'insoumission à une décision de l'autorité.*
4. *Les frais de la procédure sont mis à la charge de LifeWatch.*

F.

Le 10 février 2017, LifeWatch a déposé sa prise de position relative aux requêtes d'AEVIS des 6 et 7 février 2017. LifeWatch conclu en substance au rejet des conclusions prises par AEVIS. LifeWatch a indiqué sa volonté de respecter le principe de l'égalité de traitement et accorder à AEVIS les mêmes droits à une due diligence qu'aux offrants concurrents potentiels.

G.

Le 13 février 2017, AEVIS a indiqué n'avoir pas d'objection à ce que la procédure relative à ses requêtes des 6 et 7 février 2017 soit suspendue, compte tenu des prises de position et démarches de LifeWatch, qui démontrent que LifeWatch entend respecter les droits d'AEVIS.

H.

Le 17 février 2017, la COPA s'est prononcée sur la validité de l'offre d'AEVIS (décision 651/01 du 17 février 2017 dans l'affaire *LifeWatch AG* ; **décision 651/01 du 17 février 2017**). Cette décision a été publiée simultanément au prospectus de l'offre d'AEVIS en date du 20 février 2017.

I.

Le 21 février 2017, LifeWatch a informé la COPA avoir procédé le 20 février à une audition de Robert Bider en vue d'entendre ses griefs relatifs à son exclusion du conseil d'administration dans le cadre de l'offre publique d'acquisition d'AEVIS et à la formation d'un comité indépendant sans lui.

J.

Le 10 mars 2017, LifeWatch a publié le rapport de son conseil d'administration, daté du 9 mars 2017 (**rapport**). Le Conseil d'administration de LifeWatch est actuellement composé de Robert Bider (Président), Raymond Cohen, Jinsheng Dong, Antoine Hubert, Antoine Kohler, Thomas



Rühle et Patrick Schildknecht. Un comité indépendant a été constitué pour se prononcer sur l'offre d'AEVIS ; il est composé de Patrick Schildknecht (président du comité), Raymond Cohen, Jinsheng Dong et Thomas Rühle (**comité indépendant**). Robert Bider, Antoine Hubert et Antoine Kohler ne font pas partie du comité indépendant, en raison de conflits d'intérêts qui les concernent. Antoine Hubert et Antoine Kohler se sont récusés en raison de leurs liens avec AEVIS, et le comité indépendant a considéré que Robert Bider se trouvait en situation de conflit d'intérêts. Toutes les affaires en relation avec l'offre d'AEVIS ont été déléguées au comité indépendant, qui a également élaboré le rapport du conseil d'administration. Le rapport du conseil d'administration recommande aux actionnaires de rejeter l'offre d'AEVIS. Il indique en outre qu'il est à la recherche d'une offre concurrente plus intéressante.

K.

Le même jour, Robert Bider a adressé une lettre à la COPA, l'informant de ses démarches auprès de LifeWatch visant à contester l'existence d'un conflit d'intérêt.

L.

Le 16 mars 2017, LifeWatch et AEVIS ont déposé leurs prises de position relatives au rapport du conseil d'administration (pour AEVIS) et à la lettre de Robert Bider (pour AEVIS et LifeWatch).

LifeWatch n'a pas pris de conclusions mais a expliqué les faits et les raisons pour lesquelles le conseil d'administration a décidé d'écarter Robert Bider de la composition du comité indépendant chargé de se prononcer sur l'offre d'AEVIS.

De son côté, AEVIS a formulé les conclusions suivantes :

Au fond :

1. *Il est ordonné à LifeWatch SA (« LifeWatch ») de publier un complément au rapport du conseil d'administration publié le 13 mars 2017, lequel contiendra :*
 - a. *une description du contenu du « business plan actuel » auquel se réfère ce rapport, avec en particulier une description des projets de développement des activités de LifeWatch en Turquie, du partenariat envisagé avec GE Healthcare et de l'intégration de l'Electronic Medical Record (EMR), y compris s'agissant de la structure envisagée (joint-venture) ;*
 - b. *une confirmation d'un tiers remplissant les critères d'expertise prévus à l'art. 30 al. 6 OOPA que les données et hypothèses sous-jacentes au business plan invoqué dans le rapport sont exactes ;*
 - c. *une description des accords conclus avec d'éventuels tiers en vue de la présentation d'offres concurrentes ;*
 - d. *les raisons pour lesquelles le comité du conseil d'administration responsable du rapport sur l'offre parvient à la conclusion que M. Robert Bider se trouve en situation de conflit d'intérêts pour ce qui concerne l'offre publique d'acquisition d'Aevis.*



2. *Le complément au rapport du conseil d'administration décrit au point 1 ci-dessus sera publié le 23 mars 2017 au plus tard.*

Conclusion de procédure :

3. *Il est ordonné à LifeWatch de produire les pièces 1 à 4 mentionnées en annexe à cette prise de position.*

M.

Le 17 mars 2017, AEVIS a déposé une nouvelle requête auprès de la COPA, prenant les conclusions suivantes :

1. *Il est ordonné à LifeWatch SA de donner accès à AEVIS VICTORIA SA et à ses représentants, selon la liste communiquée à LifeWatch SA le 6 mars 2017, un accès illimité et sans restriction quelconque à la dataroom mise à disposition par LifeWatch SA conformément aux termes du Confidentiality Agreement conclu le 16 février 2017 par LifeWatch SA et AEVIS VICTORIA SA.*
2. *La décision figurant au point 1 ci-dessus est adoptée sous la menace des sanctions prévues à l'article 292 du Code pénal suisse qui réprime l'insoumission à une décision de l'autorité.*
3. *Les frais de la procédure sont mis à la charge de LifeWatch SA.*

N.

Le 17 mars 2017, LifeWatch a publié ses résultats pour l'année 2016.

O.

Le 20 mars 2017, AEVIS a déposé une prise de position relative aux déterminations de LifeWatch du 16 mars 2017.

AEVIS a complété les conclusions prises le 16 mars 2017 comme suit :

1. *Il est constaté que M. Robert Bider a été exclu sans motif valable des délibérations concernant le rapport du conseil d'administration de LifeWatch AG ("**LifeWatch**") sur l'offre publique d'acquisition d'AEVIS VICTORIA SA ("**AEVIS**") publié le 13 mars 2017 (le "**Rapport sur l'Offre**").*
2. *En conséquence, il est constaté que le Rapport sur l'Offre a été adopté par un organe irrégulièrement constitué et est donc invalide.*
3. *Le conseil d'administration de LifeWatch est invité à publier un nouveau rapport sur l'offre d'AEVIS dans les meilleurs délais, mais au plus tard le 31 mars 2017 (le "**Nouveau Rapport sur l'Offre**").*
4. *Le Nouveau Rapport sur l'Offre devra:*



- a. *exposer la situation de chacun des membres du conseil d'administration quant à l'offre d'AEVIS, et en particulier indiquer que l'ensemble des membres du conseil d'administration de LifeWatch à l'exclusion de Monsieur Jinsheng Dong a été élu sur proposition d'AEVIS;*
 - b. *indiquer que les membres du comité composé pour évaluer l'offre sont eux-mêmes dans une situation de conflit d'intérêts en relation avec l'offre publique d'acquisition d'AEVIS, qu'ils ont qualifié publiquement « d'hostile »;*
 - c. *décrire le contenu du "business plan actuel" auquel le Rapport sur l'Offre se réfère, avec en particulier une description des projets de développement des activités de LifeWatch en Turquie, du partenariat envisagé avec GE Healthcare et de l'intégration de l'Electronic Medical Record (EMR), y compris s'agissant de la structure envisagée (joint-venture, accord de coopération, etc.);*
 - d. *être accompagné de la confirmation d'un tiers remplissant les critères d'expertise et d'indépendance prévus à l'art. 30 al. 6 OOPA que les données et hypothèses sous-jacentes au business plan décrit au point c ci-dessus sont raisonnables; et*
 - e. *une description des accords conclus par LifeWatch avec d'éventuels tiers en vue de la présentation d'offres concurrentes.*
5. *La décision est publiée immédiatement.*
6. *L'effet suspensif d'un éventuel recours est retiré.*

P.

Le même jour, LifeWatch a déposé une prise de position relative à la prise de position d'AEVIS sur le rapport du conseil d'administration du 16 mars 2017. LifeWatch a formulé les conclusions suivantes :

1. *Es seien die von AEVIS gestellten materiellen Anträge (Antrag 1 und Antrag 2) abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.*
2. *Eventualiter sei der Zielgesellschaft eine angemessene Frist, mindestens 5 Börsentage ab Erhalt einer entsprechenden Verfügung der Übernahmekommission, zu Vervollständigung und Publikation des Berichts anzusetzen.*
3. *Es seien die von AEVIS gestellten Editionsbegehren (Antrag 3) abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.*
4. *Alles unten Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten von AEVIS.*



Q.

Le 20 mars 2017, AEVIS a spontanément déposé un complément à ses prises de position, sur la base notamment d'informations recueillies lors de la conférence de presse tenue le 20 mars 2017 par LifeWatch concernant ses résultats financiers.

R.

Le 21 mars 2017, LifeWatch a pris position sur la requête d'AEVIS du 17 mars 2017, formulant les conclusions suivantes :

- 1. Es seien auf die von AEVIS gestellten Anträge abzuweisen, soweit darauf überhaupt einzutreten ist.*
- 2. Es sei festzustellen, dass AEVIS bzw. die für AEVIS handelnden Personen durch ihr Verhalten die in Art. 1. UEV enthaltenen Grundsätze verletzt und damit gegen den Zweck dieser Bestimmung verstossen haben.*
- 3. Es sei AEVIS, bzw. deren Vertreter für die weitere Dauer des laufenden Übernahmeverfahrens unter Androhung von Straffolgen gemäss Art. 292 StGB zu verbieten, Massnahmen zu ergreifen, welche darauf abzielen, Konkurrenzofferten zu vereiteln.*

Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten von AEVIS.

S.

Le 22 mars 2017, LifeWatch a publié son rapport annuel l'année 2016.

T.

Le 27 mars 2017, AEVIS a publié ses résultats et son rapport annuel pour l'année 2016, ainsi qu'un premier complément à son prospectus d'offre.

U.

Une délégation de la COPA formée de Thomas A. Müller (président), Susan Emmenegger et Lionel Aeschlimann a été constituée pour se prononcer dans la présente affaire. Les arguments et conclusions des parties seront examinés dans la mesure nécessaire dans les considérants en droit. Le complément du prospectus d'offre du 27 mars 2017 ne fait pas l'objet de la présente décision.

—

Droit:

1. Rapport du conseil d'administration

[1] Selon l'art. 132 al. 1 LIMF, le conseil d'administration de la société visée publie un rapport dans lequel il prend position sur l'offre. Les informations figurant dans le rapport doivent être exactes et complètes. Ce rapport a pour but principal de fournir aux destinataires de l'offre toutes les informations nécessaires pour leur permettre de prendre leur décision en toute connaissance



de cause. Il explique en particulier les effets de l'offre sur la société visée et sur ses actionnaires (art. 30 al. 1 OOPA).

1.1 Conflits d'intérêts et formation d'un comité indépendant

1.1.1 Principes

[2] Afin de fournir une appréciation utile aux actionnaires, le conseil d'administration doit être en mesure de rédiger son rapport de manière indépendante par rapport à l'offre et de fournir des informations objectives. Le rapport doit préciser si certains membres du conseil d'administration ou de la direction supérieure ont un conflit d'intérêts et fournir des informations à ce propos (art. 32 al. 1 OOPA).

[3] L'art. 32 al. 2 OOPA contient une liste non exhaustive de situations dans lesquelles l'existence d'un conflit d'intérêts est présumée et qui doivent être expressément révélées dans le rapport du conseil d'administration.

[4] L'art. 32 al. 2 let. b OOPA dispose que le rapport doit indiquer si les administrateurs et les membres de la direction ont été nommés sur proposition de l'offrant. Dans la pratique, ce cas de figure concerne notamment l'hypothèse dans laquelle un offrant détient déjà une participation de contrôle dans la société visée si bien qu'il a fait élire ses représentants au conseil d'administration. L'existence d'un conflit d'intérêts potentiel selon l'art. 32 al. 2 let. b OOPA n'est cependant pas limitée aux situations dans lesquelles l'offrant dispose d'une participation majoritaire dans la société visée. Le fait que certains administrateurs soient élus sur proposition de l'offrant est d'autant plus important à dévoiler lorsque l'offrant ne dispose pas encore d'une participation majoritaire dans la société visée. Dans ces situations également, le fait qu'un administrateur ait été élu sur proposition de l'offrant peut fonder l'apparence d'une dépendance entre l'administrateur concerné et l'offrant (MATTHIAS GLATTHAAR, Der Verwaltungsratsbericht bei öffentlichen Übernahmeangeboten, Zürich/St. Gall 2007, p. 210).

[5] Les conflits d'intérêts potentiels au sens de l'art. 32 al. 2 OOPA constituent des présomptions (« *Vermutungstatbestände* ») qui peuvent être renversées (RUDOLF TSCHÄNI/HANS-JAKOB DIEM, Interessenkonflikte in M&A Transaktionen, in M&A XVIII, Zürich 2016, p. 84 ; RUDOLF TSCHÄNI/HANS-JAKOB DIEM/JACQUES IFFLAND/TINO GABERTÜEL, Öffentliche Kaufangebote, Zürich-Bâle-Genève 2014, p. 353 ; HENRY PETER/PASCAL BOVEY, Droit suisse des OPA, Berne 2013, p. 305 ss ; DIETER GERICKE / KARIN WIEDMER, Kommentar Übernahmeverordnung, Zürich 2011, 13 ff ad art. 32). Le renversement de ces présomptions peut se faire par exemple lorsque l'indépendance de l'administrateur concerné est établie, en ce qu'il démontre qu'il n'est pas membre exécutif du conseil d'administration, ni organe ou employé de l'offrant, et qu'il n'existe aucun contrat de mandat ni aucune autre relation d'affaires entre lui et l'offrant (RUDOLF TSCHÄNI/HANS-JAKOB DIEM, op cit., p. 84). Cette déclaration figure alors dans le rapport du conseil d'administration.

[6] En présence d'une présomption de conflit d'intérêt, le conseil d'administration doit examiner si le membre concerné se trouve effectivement en conflit d'intérêts et s'il y a lieu de prendre



d'éventuelles mesures afin d'éviter que ce conflit n'ait des conséquences dommageables pour les destinataires de l'offre.

[7] L'appréciation finale de savoir si un membre du conseil d'administration se trouve en conflit d'intérêts, ainsi que la décision relative à d'éventuelles mesures y relatives, appartient au conseil d'administration dans son intégralité. Le ou les membres concernés doivent être entendus préalablement mais doivent se récuser lors de l'examen du conflit d'intérêts et de la prise de décision y relative. La décision du conseil d'administration relative à l'existence d'un conflit et des mesures à prendre en conséquence n'est pas attaquable (« *nicht anfechtbar* »). Même si cette décision est entachée de vices (« *Vorliegen von Mängeln* »), celle-ci n'est en règle générale pas annulable. Cela découle du fait que la décision de savoir s'il existe un conflit d'intérêts et si des mesures sont à prendre est à la discrétion (« *Ermessensentscheid* ») du conseil d'administration (TSCHÄNI/DIEM, op. cit, p. 87 s). Ceci est confirmé par la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle il n'est pas contesté que la nullité de décisions du conseil d'administration « *ne sera admise qu'exceptionnellement, par exemple en cas de violation grave et durable de règles légales impératives et fondamentales* » (ATF 133 III 77, 79).

[8] La FINMA a en outre précisé que lorsque le conseil d'administration se prononce pour la formation d'un comité indépendant, il doit s'assurer que les administrateurs qui se trouvent dans un conflit d'intérêts ne puissent y participer. Le comité doit se composer d'administrateurs effectivement indépendants et même un conflit potentiel doit être exclu. Le conseil d'administration a donc le droit (et le devoir) d'écarter les membres qui se trouvent dans une situation de conflit d'intérêts lorsque ceux-ci ne se récuse pas eux-mêmes (Décision FINMA du 6 avril 2011 dans l'affaire *Genolier Swiss Medical Network SA*, cm 50 et les références citées).

1.1.2 Robert Bider : conflit d'intérêts

[9] Les faits suivants ressortent des prises de position des parties et des pièces versées au dossier : le nom de Robert Bider fut en premier lieu proposé au conseil d'administration par le représentant d'un actionnaire, dans le cadre de la recherche d'un nouvel administrateur destiné à remplacer Antoine Hubert au conseil d'administration. Après avoir examiné cinq candidatures, le conseil d'administration a décidé lors de sa séance du 15 mars 2016 de proposer Didier Hoch et Raymond Cohen à l'élection lors de l'assemblée générale du 15 avril 2016. Dans l'invitation à cette assemblée générale, publiée le 23 mars 2016, le conseil d'administration a proposé la réélection de Patrick Schildknecht et Thomas Rühle ainsi que l'élection de Didier Hoch, Raymond Cohen et John Doulis. Le nom de Robert Bider n'a pas été retenu.

[10] Le 10 avril 2016, AEVIS a remis une proposition au conseil d'administration de LifeWatch, par laquelle elle indique accepter de garantir le montant total de l'augmentation de capital de CHF 5 millions qui serait soumise à l'assemblée générale du 15 avril 2016, à la condition notamment que le conseil d'administration soit composé des personnes suivantes : Robert Bider (en qualité de président), Antoine Kohler, Raymond W. Cohen, Patrick Schildknecht, Thomas Rühle et Antoine Hubert.



[11] Sur la base de la proposition faite par AEVIS, le conseil d'administration a modifié ses propositions à l'assemblée générale le jour précédant celle-ci (communiqué de presse de LifeWatch du 14 avril 2016). L'élection de Didier Hoch et John Doulis n'était plus à l'ordre du jour et l'élection des personnes suivantes fut soumise au vote de l'assemblée générale du 15 avril 2016 : Robert Bider, Antoine Kohler, Raymond W. Cohen, Patrick Schildknecht, Thomas Rühle et Antoine Hubert. Ces personnes furent élues, ainsi que Jinsheng Dong, suite à une proposition faite par un actionnaire majoritaire de LifeWatch.

[12] Le 24 janvier 2017, AEVIS a publié l'annonce préalable de son offre publique d'acquisition. Le même jour a eu lieu une séance du conseil d'administration dans le but d'examiner la situation relative aux conflits d'intérêts en relation avec cette offre. Au début de cette séance, les sept membres du conseil d'administration de LifeWatch ont pris part aux discussions. Le conseil d'administration a donné la possibilité à Antoine Hubert, Antoine Kohler et Robert Bider d'expliquer leur point de vue en relation avec la question d'un éventuel conflit d'intérêts. Antoine Hubert et Antoine Kohler ont indiqué qu'ils reconnaissaient se trouver en situation de conflit d'intérêts et se sont récusés volontairement. Robert Bider a en revanche indiqué qu'il contestait être soumis à un conflit d'intérêts et qu'il refusait de se récuser. Après cette audition, Raymond Cohen, Jinsheng Dong, Thomas Rühle et Patrick Schildknecht ont continué la séance sans Robert Bider, Antoine Hubert et Antoine Kohler, afin de décider quelles mesures devaient être prises. Ils décidèrent de former un comité indépendant pour l'examen de l'offre publique d'acquisition de AEVIS ainsi que l'examen d'éventuelles autres offres publiques d'acquisition, duquel seraient exclus Antoine Hubert, Antoine Kohler ainsi que Robert Bider.

[13] La décision du comité indépendant d'écarter Robert Bider fut motivée par le fait que ce dernier avait été proposé à l'élection par AEVIS ainsi que par l'appréciation faite par les quatre membres indépendants du comportement de Robert Bider dans les mois suivant son élection. LifeWatch a expliqué que ceux-ci étaient en outre d'avis que Robert Bider avait consulté Antoine Kohler et Antoine Hubert en relation avec des décisions importantes qu'il devait prendre en qualité de président du conseil d'administration et considéraient dès lors qu'il se trouvait en situation de conflit d'intérêt. La mise à l'écart de Robert Bider du comité indépendant s'expliquerait enfin par le souhait d'éviter que certaines informations confidentielles relatives à la recherche d'une offre concurrente ne soient transmises à AEVIS par Robert Bider.

[14] A sa demande, Robert Bider a été entendu une seconde fois par le comité indépendant le 20 février 2017, lequel a confirmé sa décision de le considérer comme étant soumis à un conflit d'intérêts.

[15] Les arguments du comité indépendant sont réfutés par AEVIS et par Robert Bider lui-même, qui estiment en premier lieu que ce dernier n'a pas été élu sur proposition d'AEVIS. Bien plus, AEVIS indique que sa proposition du 10 avril 2016 portait sur la formation du conseil d'administration au complet, et pas uniquement sur l'élection de Robert Bider, Antoine Kohler et Antoine Hubert. En outre, AEVIS et Robert Bider réfutent les soupçons relatifs à d'éventuels liens entre AEVIS et Robert Bider.



[16] Le rapport résume la situation en ces termes : « *Le Comité a donné la possibilité à Robert Bider de renverser la présomption de conflit d'intérêts existante au vu de cette circonstance (...). Le Comité estime toutefois que Robert Bider n'a pas réussi à présenter des motifs pouvant renverser cette présomption* » (rapport du conseil d'administration de LifeWatch, ch. 5 c iii).

[17] En l'espèce, il est avéré que la proposition d'élire Robert Bider au conseil d'administration était une condition posée par AEVIS à son offre de se porter garante pour l'augmentation de capital soumise au vote de l'assemblée générale du 15 avril 2016. Alors que le nom de Robert Bider avait déjà été proposé auparavant par un actionnaire de référence, le conseil d'administration avait décidé de ne pas le proposer à l'élection, comme en atteste l'invitation à l'assemblée générale publiée le 23 mars 2017. Par ailleurs, Antoine Kohler et Antoine Hubert eux-mêmes n'étaient pas prévus pour cette élection. Ce n'est qu'en relation avec la participation d'AEVIS à l'augmentation de capital que les noms de Robert Bider, Antoine Huber et Antoine Kohler ont été considérés pour l'élection. Il faut donc retenir que ceux-ci ont été proposés par AEVIS, qui sinon n'aurait pas fourni de garantie relative à l'augmentation de capital. Le fait que l'offre d'AEVIS 10 avril 2016 fasse mention de l'élection complète du conseil d'administration ne change rien à ce fait. La proposition d'élire Robert Bider, Antoine Kohler et Antoine Hubert était clairement une condition liée à la participation d'AEVIS à l'augmentation de capital. Ce faisant, la COPA retient que ces trois personnes ont été élues « *sur proposition de l'offrant* » au sens de l'art. 32 al. 2 let. b OOPA et se trouvent ainsi dans un conflit d'intérêt potentiel.

[18] Le conflit d'intérêts d'Antoine Kohler et d'Antoine Hubert n'est pas contesté, et ceux-ci se sont à juste titre récusés en raison de leurs liens avec AEVIS.

[19] La question de savoir si la présomption du conflit d'intérêts de Robert Bider peut ou doit être renversée revient en premier lieu au conseil d'administration. La COPA n'examine par la suite la décision prise qu'avec retenue. Le comité indépendant dispose à cet égard d'un pouvoir d'appréciation important (« *Ermessensentscheid* » ; TSCHÄNI/DIEM, op. cit, p. 88). En l'espèce, le comité indépendant a entendu les arguments de Robert Bider lors de deux séances ainsi qu'au travers de plusieurs écritures. Le comité indépendant a indiqué ne pas avoir été convaincu par les arguments apportés par Robert Bider et considéré à l'unanimité que celui-ci n'a pas été en mesure de renverser la présomption de son conflit d'intérêts. La COPA considère que l'appréciation faite par le comité indépendant ne justifie pas une intervention de sa part et respecte le pouvoir d'appréciation des membres indépendants. Dès lors, la décision par le comité indépendant d'écarter Robert Bider est valable du point de vue du droit des OPA.

1.1.3 Indépendance des membres du comité indépendant.

[20] AEVIS considère que le rapport indique que les membres du comité indépendant sont eux-mêmes dans une situation de conflit d'intérêts en relation avec l'offre publique d'acquisition d'AEVIS. AEVIS déduit du fait que les membres du comité indépendant aient qualifié l'offre d'hostile que ceux-ci s'attendent à perdre leur position en cas de succès de l'offre, et se trouvent *de facto* en situation de conflit d'intérêts : dans la mesure où le comité indépendant se trouve



confronté à un offrant qu'il considère comme « hostile » et un autre avec lequel il cherche à conclure un accord, sa préférence ira nécessairement à l'offrant amical, et cela même si le choix de ce dernier n'est pas favorable aux actionnaires.

[21] L'art. 32 al. 2 let. c OOPA dispose qu'un conflit d'intérêts potentiel existe lorsqu'un membre du conseil d'administration doit être réélu par l'offrant. En règle générale, une nouvelle élection du conseil d'administration de la société visée est effectuée après l'exécution de l'offre publique d'acquisition, afin que les représentants de l'offrant puissent y être installés. Le fait qu'un membre du conseil d'administration s'attende à ne pas être réélu en cas de succès de l'offre ne peut pas constituer un conflit d'intérêts. En effet, si tel était le cas il serait impossible aux administrateurs d'une société visée par une offre inamicale ou hostile (i.e. lorsque le conseil d'administration de la société visée recommande dans son rapport de ne pas accepter l'offre) de rédiger un rapport sur ladite offre. C'est donc à juste titre que l'art. 32 al. 2 let. c OOPA dispose que ce n'est que si la réélection de certains administrateurs est prévue que l'on doit partir du principe qu'un conflit d'intérêts potentiel existe.

[22] Dès lors, les arguments d'AEVIS tendant à démontrer que les membres du comité indépendant sont également en situation de conflits d'intérêts ne peuvent être retenus.

1.1.4 Conclusion

[23] Au vu de ce qui précède, la COPA considère que le comité indépendant a été formé valablement pour se prononcer sur l'offre publique d'acquisition d'AEVIS. Ce faisant, les conclusions d'AEVIS visant la réintégration de Robert Bider au comité indépendant et relatives à la nullité du rapport sont rejetées.

1.2 Recommandation et informations figurant dans le rapport du conseil d'administration

1.2.1 Principes

[24] Conformément à l'art. 30 al. 2 OOPA, les informations publiées dans le rapport doivent être exactes et complètes. Si le rapport contient des indications concrètes sur les résultats attendus de la société visée, les bases ainsi que les hypothèses principales sur lesquelles se fondent les prévisions doivent être exposées. L'art. 30 al. 4 OOPA dispose en outre que le rapport doit être clairement motivé et contenir tous les éléments essentiels ayant inspiré la prise de position du conseil d'administration.

[25] Le principe selon lequel le rapport du conseil d'administration doit contenir toutes les informations nécessaires pour permettre aux actionnaires de prendre leur décision (art. 30 al. 1 OOPA) n'interdit pas au conseil d'administration de prendre position subjectivement sur l'offre. Le rapport doit non seulement informer les actionnaires, mais également fournir la vue (« Sicht ») du conseil, sur la base des faits pertinents pour les destinataires de l'offre et la société visée.



[26] Lorsque le conseil d'administration fournit des pronostics concrets sur l'évolution des affaires de la société visée, il doit éviter de présenter ses propres opinions comme étant des faits. Comme indiqué ci-dessus, s'il fournit une évaluation concrète sur les résultats attendus de la société visée (« Werturteil »), il doit fournir les bases ainsi que les hypothèses principales sur lesquelles se fondent ses prévisions. De cette manière, les destinataires du rapport peuvent vérifier les pronostics sur leur « *Verlässigkeit, Nachvollziehbarkeit und Vertretbarkeit* » (GERICKE/WIEDMER, op cit., N 40 ad art. 30). Le critère de l'exactitude, ou de la vérité, touche à sa limite en relation avec les pronostics fournis sur l'évolution des affaires de la société visée : « *Diese können keinesfalls, und mögen sie noch so sorgfältig erarbeitet sein, jene Exaktheit und Allgemeingültigkeit für sich beanspruchen, welche dem Terminus der Wahrheit immanent ist* » (GLATTHAAR, op. cit., p. 137).

[27] En présence de conflits d'intérêts, le conseil d'administration de la société visée a l'obligation de prendre des mesures afin d'éviter que ces conflits ne lèsent les intérêts des destinataires de l'offre. Dans sa pratique, la COPA admet les mesures suivantes : (i) récusation des membres confrontés à un conflit d'intérêts ; (ii) formation d'un comité de membres indépendants (devant être constitué au minimum de deux membres indépendants ; (iii) établissement d'une fairness opinion, qui est précisément la seule mesure possible s'il ne demeure pas au minimum deux membres indépendants (à ce propos voir ADRIANO MARGIOTTA, *Interessenkonflikte des Verwaltungsrats im Rahmen öffentlicher Übernahmeangebote*, in : *Schweizerisches Übernahmerecht in der Praxis*, éd. Commission des OPA, Zürich 2005, p. 159 ss ; PETER/BOVEY, op. cit., p. 307 ; GERICKE/WIEDMER, op cit., N 60 ad art. 30 ; Décision FINMA du 6 avril 2011 dans l'affaire *Genolier Swiss Medical Network SA*, cm 64).

[28] Pour le surplus, la pratique de la COPA ne prévoit aucune obligation, que ce soit de l'offrant ou de la société visée, de fournir une fairness opinion sur la valeur de la société visée. Une telle obligation résulte uniquement du fait qu'aucune autre mesure ne permet de remédier aux conflits d'intérêts existants au sein du conseil d'administration, comme indiqué ci-dessus.

[29] En l'absence de l'obligation de fournir une fairness opinion, le conseil d'administration n'est pas non plus dans l'obligation de fournir une évaluation de la société visée (GERICKE/WIEDMER, op cit., N 42 ad art. 30).

1.2.2 En l'espèce

[30] AEVIS estime en substance que les éléments contenus dans le rapport du conseil d'administration sont insuffisants pour étayer la recommandation du comité indépendant de rejeter l'offre d'AEVIS. AEVIS estime que le rapport contient des informations trompeuses sur les perspectives de la société et que les informations confidentielles figurant dans la dataroom mise à disposition pour la due diligence des offrants potentiels infirment les conclusions du rapport. Selon AEVIS, les liquidités qui seront à disposition de LifeWatch en fin d'année 2017 ne lui permettraient pas de continuer sa voie « *going concern* ». En outre, le rapport se base sur un business plan dont LifeWatch ne révèle pas la teneur et qui contredit les informations communiquées au conseil d'administration et placées dans la dataroom. AEVIS estime que la plausibilité des hypo-



thèses et projections sous-tendant le business plan doivent faire l'objet d'un examen indépendant. Enfin, AEVIS estime que le rapport est lacunaire, car il ne fait pas référence aux accords conclus signés avec d'éventuels tiers potentiels enchérisseurs.

[31] LifeWatch estime en substance que le conseil d'administration a motivé sa recommandation de manière suffisante, que la référence faite par le rapport au cours de bourse de LifeWatch est véridique et justifiée, que les indications relatives aux perspectives de la société visée sont correctes, adéquates, complètes et n'induisent pas en erreur. Notamment, les informations relatives à la liquidité figurant dans la dataroom ne contredisent pas les affirmations du rapport et celui-ci ne se base pas sur un business plan secret. Enfin, LifeWatch est d'avis que l'établissement d'une fairness opinion n'est pas obligatoire en l'espèce et que le rapport n'a pas à fournir d'informations sur les accords de confidentialité avec d'éventuels offrants potentiels.

[32] En l'espèce, le conseil d'administration de LifeWatch a constitué un comité composé de quatre membres indépendants. De ce fait, il ne se trouve pas dans l'obligation de publier une fairness opinion, conformément à la pratique de la COPA mentionnée plus avant. AEVIS invoque l'affaire *Genolier Swiss Medical Network SA* pour justifier sa demande d'une fairness opinion. Cette affaire était cependant différente du fait de l'absence du minimum de deux administrateurs indépendants (la FINMA ayant considéré en instance de recours que l'un des deux membres du comité indépendant était en fait soumis à un conflit d'intérêts, raison pour laquelle la FINMA ordonna la publication d'une fairness opinion). Dans l'affaire *Genolier*, la FINMA exigea que la fairness opinion s'assure également que les informations mentionnées dans le rapport du conseil d'administration sont exactes et complètes (Décision FINMA du 6 avril 2011 dans l'affaire *Genolier Swiss Medical Network SA*, cm 67). Cette exigence, nouvelle dans l'histoire du droit des OPA et demeurée unique à ce jour (SONJA BLAAS/PASCAL BOVEY, *Aus der Praxis der Übernahmekommission – Pratique de la Commission des OPA*, RSDA 2012 p. 226) fut justifiée uniquement par les nombreux conflits d'intérêts constatés dans cette affaire. En l'espèce, un comité de quatre membres indépendants s'est prononcé sur l'offre d'AEVIS, de sorte qu'il ne se justifie pas de recourir aux moyens exigés dans l'affaire *Genolier*. La requête d'AEVIS à ce propos est donc rejetée.

[33] La COPA considère que les informations fournies dans le rapport du conseil d'administration respectent les exigences du droit des OPA. La recommandation de rejeter l'offre d'AEVIS est basée sur un argumentaire varié et qui examine différentes alternatives à l'offre d'AEVIS. Le conseil d'administration a le droit de faire part de son opinion et de sa vision des choses dans son rapport. En l'espèce, le rapport fournit certaines appréciations quant à l'évolution future de la société. Celles-ci sont néanmoins formulées sous la forme d'opinions de la part du comité indépendant sans qu'il ne procède à des pronostics chiffrés qui engendreraient l'obligation de fournir les bases et les hypothèses à la base de ces pronostics. Les informations fournies par LifeWatch à l'occasion de la conférence de presse tenue le 20 mars 2017, relative aux résultats 2016, ainsi que dans son rapport annuel 2016, indiquent en outre que les projets à moyen terme mentionnés dans le rapport (activités en Turquie, coopération avec GE Healthcare et/ou intégration de l'Electronic Medical Record) existent bel et bien et que le rapport ne ment pas à ce sujet.



[34] AEVIS estime que le rapport du conseil est fallacieux lorsqu'il indique que LifeWatch pourrait continuer son activité « *going concern* » sans devoir se lier à un partenaire externe. A ce sujet, le rapport du conseil ne fait que mentionner une voie alternative à l'offre d'AEVIS. La question de savoir si la continuation de l'activité de LifeWatch sur la base de la stratégie actuelle est réaliste ou possible n'a pas à être traitée par le rapport du conseil d'administration, tout comme il n'est pas exigé du conseil qu'il fournisse une évaluation de la société visée. A toutes fins utiles, rappelons que le rapport de l'organe de révision sur les comptes 2016 de LifeWatch ne contient aucune réserve ni doute sur la continuation des activités de la société visée. Les arguments et conclusions d'AEVIS sur ce point sont donc rejetés.

1.3 Situation financière de la société

[35] LifeWatch a publié ses résultats 2016 en date du 17 mars 2017 ainsi que son rapport annuel pour l'année 2016 en date du 22 mars 2017. Selon le calendrier de l'offre d'AEVIS, le dernier jour du délai d'acceptation de l'offre d'AEVIS (le 10 avril 2017) n'est pas postérieur de plus de six mois à la date de référence des derniers comptes publiés. En outre, le délai d'acceptation restera ouvert pendant au moins 10 jours de bourse suivant la publication des résultats 2016. Le rapport du conseil d'administration indique en outre que le conseil d'administration n'a pas connaissance de changements significatifs relatifs à la situation patrimoniale, financière et au regard des revenus de LifeWatch depuis 31 décembre 2016. Les exigences de la pratique de la Commission sont dès lors respectées (parmi d'autres : décision 410/01 du 29 mai 2009 dans l'affaire *Quadrant AG*, consid. 7.1).

1.4 Autres informations

[36] AEVIS exige que LifeWatch fasse état dans le rapport du conseil d'administration des accords de confidentialité conclus avec d'éventuels tiers potentiels enchérisseurs. L'OOPA exige que le prospectus d'offre décrive les accords entre l'offrant, la société visée, ses organes et ses actionnaires (art. 23 al. 1 let. b OOPA), et les accords de confidentialité font partie de cette obligation. En revanche, il n'est pas prévu que le conseil d'administration doive dévoiler d'éventuels accords de confidentialité conclus avec des offrants concurrents potentiels. A partir du moment où la société visée a informé de manière transparente les destinataires de l'offre qu'elle était à la recherche d'un offrant concurrent (ce que LifeWatch a fait par communiqué de presse du 1^{er} février 2017 et dans son rapport), il ne se justifie pas de lui imposer de dévoiler avec qui d'éventuels accords ont été conclus. Cette information dévoilerait au demeurant des informations qui doivent demeurer confidentielles pour assurer le bon déroulement de la procédure d'enchères que mène le conseil d'administration pour tenter de trouver un offrant concurrent prêt à faire une offre supérieure à celle de l'offrant initial. Les conclusions d'AEVIS à ce propos sont donc rejetées.

[37] Pour le surplus, le rapport contient les informations exigées par les dispositions du droit des OPA (art. 31 OOPA).



1.5 Conclusion

[38] Au vu de ce qui précède, la COPA considère que le rapport du conseil d'administration de LifeWatch est conforme aux exigences légales. Toutes les conclusions prises par AEVIS visant à la modification de ce rapport et à l'édition de pièces sont donc rejetées.

2. Egalité de traitement

[39] Conformément à l'art. 49 al. 1 OOPA, lorsqu'il existe plusieurs offrants, la société visée doit respecter une égalité de traitement entre eux et, en particulier, fournir à tous les mêmes informations.

[40] L'égalité de traitement doit être comprise dans un sens large. La société visée ne doit prendre aucune mesure propre à favoriser un offrant, à moins de l'accorder aussi à tout offrant concurrent. Ceci n'interdit cependant pas au conseil d'administration de la société visée de conseiller aux actionnaires d'accepter une offre plutôt qu'une autre (PETER/BOVEY, op cit., p. 245).

[41] Un offrant ne peut en principe pas exiger de la société visée qu'elle l'autorise à effectuer une due diligence. Si la société visée accorde cette possibilité à un offrant initial, elle se trouve dans l'obligation de l'accorder aussi et dans la même mesure à tout offrant concurrent dès lors que celui-ci a publié une offre (Recommandation 067/04 du 22 août 2000 dans l'affaire *Intersport PSC Holding AG*). Lorsqu'une offre initiale hostile a été lancée sans due diligence préalable, et que le conseil d'administration accorde une due diligence à un offrant concurrent, la société visée se trouve dans l'obligation d'octroyer la même faculté à l'offrant initial. Cela est vrai même si l'offrant concurrent n'a pas encore publié d'offre et qu'il doit donc être qualifié d'offrant « *potentiel* » (ATF 133 II 232).

[42] AEVIS considère en substance que LifeWatch la traite de façon inégalitaire en refusant de lui accorder un accès à une « *clean room* » contenant des informations particulièrement sensibles et qui nécessitent la conclusion d'un accord de confidentialité spécifique. AEVIS explique qu'elle a conclu le 16 février 2017 avec LifeWatch une convention réglant l'accès d'AEVIS aux documents de due diligence mis à disposition par LifeWatch aux offrants potentiels. Le 9 mars 2017, LifeWatch a fait parvenir à AEVIS un nouveau projet de contrat, relatif à l'accès à une « *clean room* ». LifeWatch exige d'AEVIS la signature de ce contrat pour lui accorder l'accès à la « *clean room* », ce que AEVIS considère comme violant l'accord du 16 février 2017 et le principe d'égalité de traitement. AEVIS estime en outre que le comportement de LifeWatch démontre que les informations contenues dans la « *clean room* » sont de nature à démontrer que les affirmations faites dans le rapport du conseil d'administration sont fallacieuses.

[43] LifeWatch explique que la « *clean room* » contient des informations particulièrement sensibles et qui sont délicates d'un point de vue du droit de la concurrence (par exemple des informations relatives à l'identité de partenaires d'affaires, sur les prix ainsi que sur la stratégie d'affaires de



LifeWatch). LifeWatch récuse en outre l'accusation selon laquelle ces informations permettraient de remettre en cause le rapport du conseil d'administration. Enfin, LifeWatch précise avoir exigé de tous les offrants potentiels la signature du même accord de confidentialité spécifique en vue de l'accès à la « *clean room* ».

[44] En l'espèce, LifeWatch s'est conformée aux exigences du droit des OPA et notamment de l'arrêt du Tribunal Fédéral du 6 juin 2007 dans l'affaire SIG Holding AG, qui exige que l'offrant initial soit traité de façon égale aux offrants concurrents potentiels à qui la société visée accorde l'accès à une due diligence (ATF 133 II 232). La société visée est à ce propos libre de décider de l'étendue des informations et des conditions auxquelles celles-ci sont fournies à l'offrant initial et aux offrants potentiels. Elle doit cependant leur accorder les mêmes possibilités et peut leur imposer les mêmes conditions (ATF 133 II 232, consid. 3.4.1.).

[45] Suite aux requêtes de AEVIS des 6 et 7 février 2017, LifeWatch a remis régulièrement à la COPA des informations relatives à la procédure d'enchères qu'elle a ouverte, notamment les accords de confidentialité qui ont été conclus avec des offrants concurrents potentiels. Les informations et documents transmis ont été versés au dossier mais n'ont pas été remis à AEVIS en raison de leur caractère confidentiel évident. L'examen des accords de confidentialité transmis par LifeWatch démontre que la société visée a exigé la signature des mêmes accords par chaque offrant potentiel ainsi que pour AEVIS. Le principe d'égalité de traitement a par conséquent été respecté par LifeWatch. AEVIS est libre d'accepter ou de refuser la signature de l'accord de confidentialité spécifique concernant la « *clean room* ». Elle ne peut cependant pas exiger de la société visée l'accès à ces informations sensibles sans signer un accord identique à ce qui a été exigé des autres offrants potentiels. Le contraire mettrait AEVIS dans une situation privilégiée par rapport à ces derniers, ce qui constituerait une violation du principe de l'égalité de traitement.

[46] Au vu de ce qui précède, les conclusions d'AEVIS relatives au principe d'égalité de traitement sont toutes rejetées.

—

3. Autres conclusions des parties

[47] Les conclusions de LifeWatch du 21 mars 2017 relatives au respect des principes de l'art. 1 OOPA et d'une interdiction d'AEVIS de prendre des mesures propres à faire échouer d'éventuelles offres concurrentes sont rejetées. La COPA considère que AEVIS n'a pas violé le principe de la loyauté en déposant maintes requêtes dans cette procédure. La COPA rappelle néanmoins aux parties que le « *level playing field* » doit être en tout temps respecté. La société visée est en droit de procéder à des enchères en vue de trouver un offrant concurrent et l'offrant initial doit tolérer ce procédé sans s'y opposer ni tenter de l'empêcher. La COPA se réserve le droit d'intervenir s'il devait s'avérer que ces principes ne sont pas respectés à l'avenir.

[48] Toutes les autres conclusions des parties sont rejetées.

—



4. Publication

[49] La présente décision sera publiée sur le site internet de la COPA après sa notification aux parties (art. 138 al. 1 LIMF en relation avec l'art. 65 al. 1 OOPA).

—

5. Indemnité de dépens

[50] LifeWatch requiert qu'une indemnité de dépens soit prononcée à charge d'AEVIS.

[51] L'art. 64 PA règle l'octroi de dépens dans le cadre des procédures de recours administratives. L'art. 64 PA n'est en revanche pas applicable aux procédures en première instance, à moins que cela ne soit disposé par une norme de droit découlant d'une loi spécifique (ATF 132 II 47, consid. 5.2). Aucune norme de ce type n'existe en droit des OPA. Les conclusions de LifeWatch à ce propos sont dès lors rejetées.

—

6. Emolument

[52] Lors de la soumission de l'offre à la COPA, chaque offrant paie un émolument pour l'examen de l'offre. Dans des cas particuliers, l'émolument peut être augmenté ou réduit dans des proportions pouvant aller jusqu'à 50 %, selon l'ampleur et la difficulté de la transaction. Lorsque la société visée ou un actionnaire qualifié cause une charge supplémentaire à la COPA, celle-ci peut en outre également leur imposer un émolument supplémentaire (art. 117 OIMF).

[53] En l'espèce, l'examen du rapport du conseil d'administration fait partie du travail relatif à l'examen de l'offre au sens de l'art. 117 OIMF. Malgré les nombreuses requêtes et prises de position déposées en l'espèce, la COPA renonce à augmenter l'émolument mis à charge de l'offrant dans la décision 651/01 du 17 février 2017.

[54] En outre, l'ampleur du traitement des requêtes d'AEVIS visant au respect du principe d'égalité de traitement ne fut, pour l'instant, pas telle qu'il se justifierait d'augmenter l'émolument à sa charge.

—



La Commission des OPA décide:

1. Le rapport du conseil d'administration de LifeWatch AG sur l'offre d'AEVIS VICTORIA SA est conforme aux exigences légales.
2. Toutes autres conclusions sont rejetées.
3. La présente décision sera publiée immédiatement après sa notification aux parties sur le site de la Commission des OPA.
4. Aucun émolument n'est prélevé.

Le président:

Thomas A. Müller

Notification aux parties:

- AEVIS VICTORIA AG, représentée par Dr. Jacques Iffland und Ariel Ben Hattar, Lenz & Staehelin ;
- LifeWatch AG, représentée par Dr. André E. Lebrecht, Dr. Stephan Werlen et Dr. Daniel Jenny, CMS von Erlach Poncet AG.

Communication:

- Ernst & Young AG (organe de contrôle).

Recours (art. 140 de la loi sur l'infrastructure des marchés financiers, RS 958.1)

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, Laupenstrasse 27, CH-3003 Berne. Le délai commence à courir le premier jour de bourse suivant la notification de la décision. Le recours doit respecter les exigences des art. 140 al. 2 LIMF et 52 PA (RS 172.021).

—