Urteilskopf

129 II 183

19. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit public dans la cause Banque Cantonale Vaudoise contre Chambre des offres publiques d'acquisition de la Commission fédérale des banques et Commission des offres publiques d'acquisition (OPA) (recours de droit administratif) 2A.362/2001 du 18 février 2003

Regeste (de):
Parteistellung einer Gruppe von Minderheitsaktionären vor der Übernahmekommission (Art. 53 und 54 UEV-UEK) im Verfahren über die Feststellung einer allfälligen Pflicht, ein öffentliches Kaufangebot zu unterbreiten; Zwischenentscheid; Nichtanwendbarkeit von Art. 6 VwVG vor der Übernahmekommission.

Der Zwischenentscheid, mit dem die Eidgenössische Bankenkommission einer Gruppe von Minderheitsaktionären zu Unrecht Parteistellung vor der Übernahmekommission zuerkannt hat, bewirkt für die Beschwerdeführerin einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil, wenn die Gruppe der Minderheitsaktionäre feststellen lassen will, dass eine andere Aktionärsgruppe - darunter die Beschwerdeführerin - verpflichtet ist, ein öffentliches Übernahmeangebot zu unterbreiten (E. 3).

Die Parteistellung vor der Übernahmekommission - die nur Empfehlungen aussprechen kann - bestimmt sich ausschliesslich nach Art. 53 UEV-UEK und nicht gemäss dem grundsätzlich im Verfahren vor der Eidgenössischen Bankenkommission anwendbaren Art. 6 VwVG. Frage offen gelassen, ob ein Minderheitsaktionär im Verfahren vor der Eidgenössischen Bankenkommission Parteistellung besitzt (E. 4).

Regeste (fr):
Qualité de partie d'un groupe d'actionnaires minoritaires devant la Commission des OPA (art. 53 et 54 OOPA) dans le cadre d'une procédure visant à faire constater l'éventuelle obligation de présenter une offre publique d'achat; décision incidente; inapplicabilité de l'art. 6 PA devant la Commission des OPA.

Constitue une décision incidente de nature à causer un préjudice irréparable à la recourante la décision par laquelle la Commission fédérale des banques a reconnu, à tort, le statut de partie devant la Commission des OPA à un groupe d'actionnaires minoritaires voulant faire constater qu'un autre groupe d'actionnaires - dont la recourante - avait l'obligation de présenter une offre publique d'achat (consid. 3).

La qualité de partie devant la Commission des OPA - qui émet de simples recommandations - se détermine exclusivement d'après la disposition spéciale de l'art. 53 OOPA, et non au regard de l'art. 6 PA qui, en principe, s'applique devant la Commission fédérale des banques. La question - controversée - de savoir si un actionnaire minoritaire aurait la qualité de partie devant la Commission fédérale des banques sur la base de l'art. 6 PA a été laissée indécise (consid. 4).

Regesto (it):
Qualità di parte di un gruppo di azionisti di minoranza dinanzi alla Commissione delle OPA (art. 53 e 54 O-COPA) nell'ambito di una procedura tendente al riconoscimento dell'eventuale obbligo di presentare un'offerta pubblica di acquisto; decisione incidentale; inapplicabilità dell'art. 6 PA dinanzi alla Commissione delle OPA.

Costituisce una decisione incidentale atta a causare un pregiudizio irreparabile alla ricorrente la decisione con cui la Commissione federale delle banche ha riconosciuto, a torto, la qualità di parte davanti alla Commissione delle OPA a un gruppo di azionisti di minoranza che voleva fare constatare che un altro gruppo di azionisti - tra cui la ricorrente - aveva l'obbligo di presentare un'offerta pubblica di acquisto (consid. 3).

La qualità di parte dinanzi alla Commissione delle OPA - la quale emana delle semplici raccomandazioni -

si determina esclusivamente in virtù dell'art. 53 O-COPA, norma speciale, e non secondo l'art. 6 PA, il quale, in linea di principio, si applica davanti alla Commissione federale delle banche. La questione - controversa - di sapere se un azionista di minoranza avrebbe la qualità di parte dinanzi alla Commissione federale delle banche in virtù dell'art. 6 PA è stata lasciata irrisolta (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 184

BGE 129 II 183 S. 184

A.- La société Baumgartner Papiers Holding SA, dont le siège social est à Crissier, possède un capital-actions de 13'000'000 fr. divisé en 130'000 actions nominatives d'une valeur nominale de 100 fr. chacune, qui sont cotées au marché principal de la SWX Swiss Exchange. Les sociétés Edelman Value Partners L.P., à New York (USA), Edelman Value Fund Ltd, à Luxembourg, Paper I Partners L.P., à Luxembourg, Paper II Partners L.P., à Luxembourg, et The Wimbledon Fund Ltd, à Nassau (Bahamas) (ci-après: le groupe Edelman) sont actionnaires de Baumgartner Papiers Holding SA et détiennent ensemble 27,6% des droits de vote. La Banque Cantonale Vaudoise, Baumgartner Papiers SA, la Fondation de prévoyance en faveur du personnel de Baumgartner Papiers SA, la Caisse de retraite de Baumgartner Papiers SA, Claude et Lisette Grandjean (ci-après: la Banque Cantonale Vaudoise et consorts) sont également actionnaires de Baumgartner Papiers Holding SA et détiennent globalement 33,9% des droits de vote.

BGE 129 II 183 S. 185

B.- Le 29 janvier 2001, le groupe Edelman a demandé à la Commission des offres publiques d'acquisition (ci-après: la Commission des OPA) de constater que la Banque Cantonale Vaudoise et consorts formaient un groupe organisé et devaient donc présenter une offre publique d'achat obligatoire aux actionnaires de Baumgartner Papiers Holding SA, tout en précisant que l'actionnaire Andrée Devenoge (détenant 3,6% des droits de vote) devait être considérée comme une personne proche de ce groupe. Dans sa prise de position du 26 février 2001, la Banque Cantonale Vaudoise notamment a contesté qu'elle faisait partie d'un groupe organisé d'actionnaires visant à contrôler Baumgartner Papiers Holding SA, tout en déniant au groupe Edelman la qualité de partie pour participer à la procédure engagée par la Commission des OPA portant sur l'existence d'une éventuelle obligation d'offre.

C.- Par recommandation du 2 avril 2001, la Commission des OPA a indiqué que les sociétés du groupe Edelman avaient qualité de parties dans la procédure tendant à la constatation de l'éventuelle obligation des actionnaires Banque Cantonale Vaudoise et consorts de présenter une offre publique d'acquisition aux actionnaires de Baumgartner Papiers Holding SA (chiffre 1); qu'à l'échéance du délai de rejet de la présente recommandation, elle transmettrait au groupe Edelman, dans le cadre d'un deuxième échange d'écritures, notamment la prise de position de la Banque Cantonale Vaudoise du 26 février 2001 et qu'elle impartirait au groupe Edelman un délai pour poursuivre la procédure (chiffre 2); la présente recommandation serait publiée sur le site Internet de la Commission des OPA avec la recommandation portant sur le fond (chiffre 3). Par lettre du 6 avril 2001 adressée à la Commission des OPA, la Banque Cantonale Vaudoise notamment a déclaré rejeter ladite recommandation.

D.- Statuant le 4 juillet 2001, la Chambre des offres publiques d'acquisition de la Commission fédérale des banques (ci-après: la Commission fédérale des banques) a confirmé que le groupe Edelman avait le statut de partie pour requérir la constatation par la Commission des OPA d'une éventuelle obligation de présenter une

offre publique d'acquisition à la charge des actionnaires Banque Cantonale Vaudoise et consorts, avec suite de frais à la charge de ces derniers.

E.- La Banque Cantonale Vaudoise a formé un recours de droit administratif au Tribunal fédéral. Le Tribunal fédéral a partiellement admis le recours dans la mesure où il était recevable.

BGE 129 II 183 S. 186

Erwägungen

Extrait des considérants:

3.

3.1 Selon l'art. 97 OJ en relation avec l'art. 5 PA, la voie du recours de droit administratif est ouverte contre les décisions fondées sur le droit public fédéral - ou qui auraient dû l'être -, à condition qu'elles émanent des autorités énumérées à l'art. 98 OJ et pour autant qu'aucune des exceptions prévues aux art. 99 à 102 OJ ou dans la législation spéciale ne soit réalisée (ATF 128 II 311 consid. 2, 259 consid. 1.2). La décision attaquée, par laquelle la Commission fédérale des banques a reconnu la qualité de parties aux sociétés du groupe Edelman (actionnaires minoritaires) dans la procédure ouverte devant la Commission des OPA, ne constitue pas une décision partielle, dans la mesure où elle ne tranche pas définitivement une question de principe de droit matériel (cf. ATF 120 Ib 97 consid. 1b p. 99 et la jurisprudence citée). Il s'agit bien plutôt d'une décision incidente au sens de l'art. 101 let. a OJ, dès lors qu'elle ne règle qu'une question de procédure et ne représente qu'une étape vers la décision finale sur le fond, soit l'existence ou non d'une obligation de présenter une offre publique d'achat. Dans ce contexte, on peut toutefois relever que les recommandations ne peuvent porter en principe que sur les questions matérielles relatives à l'obligation de présenter une offre ou à l'octroi de conditions et dérogations particulières (cf. art. 35 al. 1 et 2 de l'ordonnance de la Commission fédérale des banques du 25 juin 1997 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières [ordonnance de la CFB sur les bourses, OBVM-CFB; RS 954.193]). A contrario, il est donc douteux que les éventuelles questions de procédure préalables qui se posent à la Commission des OPA - comme c'est le cas en l'espèce - puissent faire l'objet d'une recommandation séparée du fond. On peut même se demander si une telle façon de faire est compatible avec une procédure simple et rapide telle que voulue par l'art. 55 de l'ordonnance de la Commission des OPA du 21 juillet 1997 sur les offres publiques d'acquisition (ordonnance sur les OPA, OOPA; RS 954.195.1). Comme la Commission fédérale des banques a cependant statué sur la question de la qualité de partie, il convient d'examiner si la décision attaquée peut faire immédiatement l'objet d'un recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral.

3.2 Le recours de droit administratif n'est recevable - séparément du fond - à l'encontre d'une décision incidente qu'à la double

BGE 129 II 183 S. 187

condition que cette voie de droit soit ouverte contre la décision finale (art. 101 let. a OJ a contrario) et que la décision incidente soit de nature à causer un préjudice irréparable au recourant (art. 45 al. 1 PA). A l'égard de cette dernière condition, la jurisprudence admet cependant qu'il suffit que le recourant ait un intérêt digne

de protection à ce que la décision attaquée soit immédiatement annulée ou modifiée (ATF 126 V 244 consid. 2a p. 246 ss; ATF 125 II 613 consid. 2a; ATF 124 V 82 consid. 2 p. 85; ATF 122 II 204 consid. 1 p. 207, 211 consid. 1c p. 213; ATF 120 Ib 97 consid. 1c p. 99; ATF 116 Ib 344 consid. 1c p. 347).

3.2.1 La première de ces conditions est réalisée, puisque la voie du recours de droit administratif est ouverte contre la décision finale de la Commission fédérale des banques (autorité de surveillance) portant sur l'obligation ou non de présenter une offre publique d'achat (art. 39 en relation avec l'art. 32 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières [loi sur les bourses, LBVM; RS 954.1]).

3.2.2 Par ailleurs, la décision querellée est propre à causer un préjudice irréparable à la société recourante. Par recommandation du 2 avril 2001, la Commission des OPA a, d'une part, reconnu la qualité de parties aux sociétés du groupe Edelman dans la procédure tendant à la constatation de l'éventuelle obligation des actionnaires Banque Cantonale Vaudoise et consorts de présenter une offre publique d'acquisition aux actionnaires de Baumgartner Papiers Holding SA (chiffre 1) et, d'autre part, indiqué qu'à l'échéance du délai de rejet de la présente recommandation, elle transmettrait au groupe Edelman, dans le cadre d'un deuxième échange d'écritures, notamment la prise de position de la Banque Cantonale Vaudoise du 26 février 2001. Or la qualité de partie confère des garanties de procédure étendues telles que l'accès au dossier (voir ci-dessous, consid. 4). Dès lors, si la décision attaquée devait être confirmée, le groupe Edelman pourrait, en sa qualité de partie, avoir connaissance, entre autres pièces du dossier, de la prise de position du 26 février 2001 de la recourante. Or celle-ci ne s'est pas bornée, dans cette écriture, à contester la qualité de parties des actionnaires minoritaires appartenant au groupe Edelman, mais a également fourni des informations notamment sur les relations qu'elle entretenait avec d'autres actionnaires de Baumgartner Papiers Holding SA. On peut donc raisonnablement admettre, contrairement à l'opinion de la Commission des OPA, qu'une telle écriture - qui n'est pas accessible au public - contient, du moins en partie, des informations confidentielles. La société recourante a donc un intérêt digne de protection à ce que ses

observations ne soient pas transmises au groupe Edelman et donc que la décision attaquée soit immédiatement annulée. Une décision finale même favorable à la recourante ne pourrait pas faire disparaître complètement le dommage.

3.3 Interjeté dans un délai de dix jours dès la notification de la décision (art. 106 al. 1 OJ) et dans les formes prescrites par la loi, le présent recours est donc recevable.

3.4 Conformément à l'art. 104 let. a OJ, le recours de droit administratif peut être formé pour violation du droit fédéral, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation. Le Tribunal fédéral revoit d'office l'application du droit fédéral qui englobe notamment les droits constitutionnels du citoyen (ATF 128 II 56 consid. 2b; ATF 126 V 252 consid. 1a p. 254). Comme il n'est pas lié par les motifs que les parties invoquent, il peut admettre le recours pour d'autres raisons que celles avancées par le recourant ou, au contraire, confirmer l'arrêt attaqué pour d'autres motifs que ceux retenus par l'autorité intimée (art. 114 al. 1 in fine OJ; ATF 127 II 8 consid. 1b p. 12, 264 consid. 1b p. 268).

4.

4.1 Selon l'art. 23 LBVM, l'autorité de surveillance, soit la Commission fédérale des banques, institue une Commission des OPA, composée d'experts représentant les négociants, les sociétés cotées en bourse et les in-

vestisseurs. L'organisation et la procédure de la Commission des OPA doivent être approuvées par l'autorité de surveillance (al. 1er); la Commission des OPA veille au respect des dispositions applicables aux offres publiques d'acquisition. Elle peut demander aux offrants et aux sociétés visées tous les renseignements et les documents dont elle a besoin. Elle édicte des recommandations à l'adresse des personnes concernées et peut les publier (al. 3); en cas de rejet ou d'inobservation de ses recommandations, elle en informe l'autorité de surveillance. Celle-ci peut alors rendre une décision (al. 4). L'art. 32 al. 1 OBVM-CFB dispose que, sur demande, la Commission des OPA se prononce sur l'obligation de présenter une offre (cf. aussi art. 35 OBVM-CFB). Aux termes de l'art. 53 al. 1 OOPA, l'offrant, les personnes qui agissent de concert avec lui et la société visée sont parties à la procédure (devant la Commission des OPA). Selon l'art. 54 OOPA, toute personne qui fait valoir un intérêt légitime direct peut intervenir dans la procédure et émettre des objections (al. 1er); ont notamment un intérêt légitime direct les personnes visées à l'art. 38 (les détenteurs d'au moins 5 pour cent des droits de vote exerçables ou non de la

société visée; al. 2); les intervenants s'expriment en principe uniquement par écrit et sur la base des documents publics. S'ils font valoir un intérêt légitime à la consultation d'autres pièces du dossier, la Commission des OPA tranche en tenant compte de tous les intérêts en cause (al. 3). S'agissant des principes de procédure, l'art. 55 OOPA prévoit que la procédure respecte l'égalité de traitement et le droit d'être entendu; les modalités du droit d'être entendu sont fixées par la délégation de la Commission des OPA, en tenant compte des principes dégagés de la jurisprudence et de tous les intérêts en cause (al. 1). La procédure est simple et tient compte des brefs délais dans lesquels les recommandations doivent être édictées (al. 2); les recommandations sont brièvement motivées et sont notifiées aux parties (al. 4). La loi fédérale sur la procédure administrative n'est pas applicable à la procédure (devant la Commission des OPA; al. 5).

4.2 Bien qu'admettant que la loi sur la procédure administrative ne soit pas formellement et directement applicable à la Commission des OPA, la Commission fédérale des banques a reconnu la qualité de partie au groupe Edelman devant la Commission des OPA en se référant à l'art. 6 PA, aux termes duquel "ont qualité de parties les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision". A son avis, les art. 53 et 54 OOPA ne feraient pas obstacle à la reconnaissance de la qualité de partie des actionnaires minoritaires, mais préciseraient seulement les modalités de l'exercice des droits attachés à cette qualité. Ainsi, l'art. 53 OOPA ne serait pas applicable ici. Une telle argumentation - au demeurant difficile à suivre - n'est toutefois pas convaincante. D'une part, l'application de la loi fédérale sur la procédure administrative devant la Commission des OPA est expressément exclue par l'art. 55 al. 5 OOPA. L'ordonnance sur les OPA, qui contient des règles de procédure propres, constitue en quelque sorte une lex specialis par rapport à la loi sur la procédure administrative. Il est donc difficilement concevable d'appliquer l'art. 6 PA - fût-ce par analogie - pour déterminer le cercle des parties à la procédure devant la Commission des OPA. On peut relever du reste que l'application de la loi fédérale sur la procédure administrative ne serait guère compatible avec une procédure simple et rapide devant la Commission des OPA (art. 55 al. 2 OOPA). D'autre part, et quoi qu'en dise la Commission fédérale des banques, le texte clair de l'art. 53 al. 1 OOPA ne désigne

explicitement comme parties que l'offrant, les personnes qui agissent de concert avec lui et la société visée. En

tant que simples actionnaires minoritaires de la société visée, les sociétés du groupe Edelman n'appartiennent à aucune de ces trois catégories de personnes énumérées exhaustivement par cette disposition. Contrairement à ce que soutient la Commission fédérale des banques dans ses observations, il n'y a aucun motif sérieux de retenir que les dispositions de procédure de l'ordonnance sur les OPA - tels les art. 53 et 54 - ne s'appliqueraient pas à la constatation de l'existence ou non d'une obligation d'offre au sens de l'art. 32 LBVM, mais seulement dans le cadre du déroulement des offres publiques d'acquisition. Et rien ne permet d'affirmer qu'en ce qui concerne la désignation des parties, l'ordonnance sur les OPA - édictée par la Commission des OPA et approuvée par la Commission fédérale des banques - soit contraire à la loi sur les bourses ou à la Constitution ou qu'elle ne reste pas dans les limites des pouvoirs conférés par la loi (cf. art. 23, 28, 29 al. 3, art. 30 al. 2 et art. 31 al. 5 LBVM) à l'auteur de l'ordonnance. Au contraire, l'art. 53 OOPA est en harmonie avec l'art. 23 al. 3 deuxième phrase LBVM prévoyant que la Commission des OPA peut demander aux seuls offrants et aux sociétés visées tous les renseignements et documents dont elle a besoin. De surcroît, il ne faut pas perdre de vue que la procédure de la Commission des OPA conduit à de simples recommandations et non à des décisions juridiquement contraignantes au sens de l'art. 5 PA et que la loi sur la procédure administrative prévoit elle-même à son art. 1er al. 1er qu'elle n'est applicable qu'à la procédure dans les affaires administratives qui doivent être réglées par des décisions d'autorités administratives au sens de l'art. 5 PA. Ainsi donc, la Commission fédérale des banques a violé le droit fédéral en reconnaissant la qualité de partie au groupe Edelman. Celui-ci pouvait tout au plus participer à la procédure devant la Commission des OPA comme intervenant dans les limites de l'art. 54 OOPA, disposition qui prend suffisamment en compte les intérêts légitimes des actionnaires minoritaires. La doctrine partage du reste cette opinion. MATTHIAS FELDMANN (L'obligation de présenter une offre publique d'acquisition à la suite d'une prise de contrôle, thèse Lausanne 1999, p. 163) dit clairement que si les détenteurs de titres de participation cotés peuvent exiger de la Commission des OPA qu'elle se prononce sur l'existence d'une obligation d'offre, ils ne revêtent cependant pas la qualité de parties dans cette procédure et ne bénéficient donc pas des droits correspondants tels que celui de l'accès au dossier. En revanche,

ils ont en règle générale la qualité d'intervenants et partant le droit de présenter des observations. Dans l'hypothèse où la Commission des OPA constate que les conditions d'une offre obligatoire selon l'art. 32 LBVM ne sont pas réunies, les détenteurs de participations ne peuvent pas saisir la Commission fédérale des banques sur la base de l'art. 5 al. 1 OOPA (voir aussi MYRIAM SENN, Die Übernahmekommission nach dem Börsengesetz, Entstehung-Rechtsnatur-Organisation-Ausblick, in PJA 1997 p. 1177 ss, plus spéc. p. 1182 ss; contra: RENATE WEY/LUKAS HUBER, Aus der Praxis der Übernahmekommission, in RSDA 2001 p. 144 ss, plus spéc. p. 151 s.). Certes, la question de la qualité de partie devant la Commission fédérale des banques doit être résolue sur la base de l'art. 6 PA, faute de règles spécifiques dans la législation en matière de bourses (cf. art. 5 al. 3 in fine OOPA). Contrairement à l'opinion de la Commission fédérale des banques et de la Commission des OPA, il n'est toutefois pas certain que tout actionnaire minoritaire - soit en l'occurrence le groupe Edelman - puisse bénéficier devant la Commission fédérale des banques du statut de partie au sens de l'art. 6 PA dans le cadre d'une procédure en constatation de l'existence ou non d'une obligation de présenter une offre. Cette question est d'ailleurs controversée en doctrine. FELDMANN (op. cit., p. 164 s.) soutient en effet qu'il faut dénier la qualité de parties aux simples détenteurs de titres de participation cotés dans la mesure où, selon lui, ils ne seraient pas directement touchés par une éventuelle décision de la Commission fédérale des banques en matière d'obligation de présenter une offre (contra: RENATE WEY/LUKAS HUBER, op. cit., p. 151). Si, comme l'affirme l'autorité intimée, le groupe Edelman avait de toute manière la qualité de partie devant la Commission fédérale des banques sur la base de l'art. 6 PA, on pourrait alors se demander s'il ne faudrait pas aussi la lui reconnaître devant la Commission des OPA. Il est vrai que des inconvénients peuvent résulter du fait que la notion de partie est plus restrictive devant la Commission des OPA que devant la Commission fédérale des banques. Mais ces éventuels inconvénients ne suffisent pas pour s'écarter des dispositions claires de l'ordonnance sur les OPA. A noter du reste que sous l'empire de l'ancienne loi sur les cartels, le Tribunal fédéral avait jugé

admissible une réglementation prévoyant que les intéressés ne pouvaient pas faire valoir tous les droits de partie découlant de la loi fédérale sur la procédure administrative devant la Commission des cartels qui n'émettait que de simples recommandations, alors qu'ils

le pouvaient devant le Département fédéral de l'économie publique habilité à rendre des décisions. Il soulignait que, même dans ce dernier cas, il fallait appliquer la loi fédérale sur la procédure administrative en tenant compte des particularités de la procédure en matière de cartels (cf. ATF 117 Ib 481 ss). Cette jurisprudence peut s'appliquer ici par analogie: il y a lieu d'interpréter l'art. 6 PA à la lumière des dispositions d'organisation et de procédure particulières contenues dans la législation en matière boursière. Quoi qu'il en soit, il n'est pas nécessaire de trancher définitivement le point de savoir si le groupe Edelman aurait la qualité de partie devant la Commission fédérale des banques, du moment que le litige est ici limité à la question de la qualité de partie du groupe Edelmann devant la Commission des OPA.

4.3 En résumé, la décision attaquée doit être annulée pour les motifs exposés ci-dessus. Compte tenu de l'issue du litige, il est superflu d'examiner les autres griefs soulevés par la recourante.