

DECISION INCIDENTE

du Comité des offres publiques d'acquisition de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA

Anne Héritier Lachat, présidente, Jean-Baptiste Zufferey, Sabine Kilgus

du 27 mars 2009

dans la cause

MMA Vie SA

Boulevard Marie et Alexandre Oyon, 72030 Le Mans Cedex 9, France, représentée par [...]

Harwanne Compagnie de participations industrielles et financières SA

Rue du Prince 9/10, 1211 Genève 3 représentée par [...]

Serdac SA

Place Gervais 1, 1201 Genève, représentée par [...]

Amber Master Fund (Cayman) SCP

c/o Amber Capital Investment Management, 153 East 53 Street, 57 Floor, Citigroup Center, New York, NY
10022, représentée par [...]

Commission des offres publiques d'acquisition

Selnaustrasse 30, 8021 Zürich

concernant

**la décision 403/02 de la Commission des offres publiques d'acquisition du 16 mars
2009, offre publique d'acquisition de MMA Vie SA portant sur toutes les actions au
porteur de Harwanne Compagnie de participations industrielles et financières SA se
trouvant en mains du public – Oppositions, prix minimum et
prolongation du délai de carence / Effet suspensif**

En fait:

(1) Le 16 mars 2009, la Commission des offres publiques d'acquisition (COPA) a rendu une décision 403/02 relative à l'offre publique d'acquisition de MMA Vie SA (MMA ou l'offrante ou la recourante) portant sur toutes les actions au porteur de Harwanne Compagnie de participations industrielles et financières SA (Harwanne ou la cible).

(2) Dans sa décision, la Commission des offres publiques d'acquisition (COPA) a, en particulier, requis que MMA fasse évaluer par l'organe de contrôle les titres de participations visés par l'offre et que le rapport d'évaluation lui soit remis d'ici au 31 mars 2009 (point 3 du dispositif). La COPA a également prolongé le délai de carence au 7 avril 2009 (point 4 du dispositif) et retiré l'effet suspensif d'un éventuel recours (point 8 du dispositif). S'agissant de l'effet suspensif, la COPA a considéré qu'un recours contre sa décision 403/02 ne doit pas permettre à l'offre de débiter avant que sa conformité à la LBVM n'ait été constatée.

(3) Le 23 mars 2009, MMA a partiellement recouru contre la décision 403/02 du 16 mars 2009. Elle conclut, en particulier, à la restitution de l'effet suspensif relatif au point 3 du dispositif de la dite décision et subsidiairement à ce qu'il lui soit octroyé un délai adéquat pour évaluer les titres de participations visés par l'offre et à ce que la cible fournisse à l'organe de contrôle désigné par l'offrante toutes les informations et confirmations qu'il requerra :

« 1. Die Aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei mit Bezug auf Ziffer 3 des Dispositivs der Verfügung 403/02 der Übernahmekommission vom 16. März 2009 wiederherzustellen. 1.1 Eventualiter a) sei der Beschwerdeführerin eine angemessene Frist für die Durchführung des Bewertungsverfahrens der Beteiligungspapiere, auf die sich das Angebot bezieht, zu gewähren und b) sei die Zielgesellschaft zu verpflichten, der von der Beschwerdeführerin bezeichneten Prüfstelle alle von dieser für die Bewertung verlangten Informationen und Bestätigungen abzugeben. »

(4) A l'appui de cette conclusion, MMA expose en substance que le retrait de l'effet suspensif relatif au point 3 du dispositif de la décision entreprise a pour effet de l'obliger à rendre un rapport d'évaluation d'ici au 31 mars 2009 indépendamment de l'issue du litige, comme si la décision litigieuse était déjà entrée en force de chose jugée. MMA ajoute qu'en tout état de cause, aucune offre ne peut être lancée avant que ne soit définitivement déterminé quel prix, le cours de bourse minimum ou le prix fixé par un rapport d'évaluation, sera décisif. Concernant la dernière conclusion subsidiaire, MMA indique ne pas être en mesure de se procurer les informations nécessaires à l'évaluation requise, n'ayant qu'un seul représentant au conseil d'administration de la cible.

(5) Par télécopie du 24 mars 2009, la FINMA a invité Harwanne, Serdac SA (Serdac), Amber Master Fund (Cayman) SCP (Amber) et la COPA à se prononcer sur le point 1 des conclusions de MMA, à savoir la restitution de l'effet suspensif.

(6) Par télécopie du 25 mars 2009, la COPA fait valoir que le recours déposé par MMA prolonge la procédure relative à l'offre. Comme la rédaction d'un rapport d'évaluation nécessite plusieurs semaines, la COPA a jugé opportun de retirer l'effet suspensif à sa décision afin que le rapport soit déjà

disponible au moment où la décision de la FINMA serait rendue, ce qui permettrait de lancer l'offre à bref délai en cas de confirmation de la décision 403/02.

(7) Harwanne souhaite, dans son écriture du 25 mars 2009, que la procédure d'offre puisse être réglée rapidement de manière à lever l'incertitude prévalant quant aux conditions de l'offre.

(8) Dans sa prise de position du 25 mars 2009, Amber conclut au rejet de la conclusion 1 de la recourante et à la confirmation du point 8 du dispositif de la décision 403/02. Elle estime, en substance, que l'effet suspensif ne saurait être restitué compte tenu de l'intérêt public à ce que la procédure d'offre se déroule rapidement. Il en va également de l'intérêt des actionnaires minoritaires qui doivent pouvoir se déterminer sur le prix de l'offre dès que possible.

(9) Serdac conclut, dans son mémoire du 25 mars 2009, au rejet de la conclusion 1 de la recourante au motif que le déroulement rapide d'une procédure d'offre est non seulement d'intérêt public, mais également dans l'intérêt des actionnaires minoritaires, en particulier s'agissant de la fixation du prix minimum. En outre, Serdac expose que le retrait de l'effet suspensif est justifié dans la mesure où la COPA s'est bornée à exiger l'évaluation des titres de participations visés par l'offre et ne s'est pas encore prononcée sur la fixation du prix minimum. Ainsi, en cas de rejet du recours, l'effet suspensif ne ferait que retarder la procédure alors qu'au cas où il est fait droit au recours, il n'en ressortirait aucun préjudice. Concernant les conclusions subsidiaires de MMA, Serdac estime, d'une part, que le délai imparti par la COPA est adéquat dès lors que les titres de participation visés par l'offre peuvent être facilement évalués et, d'autre part, que la cible n'a aucune obligation de fournir des informations à l'organe de contrôle dans le cadre d'une offre indéterminée.

(10) Le Comité des offres publiques d'acquisition de la FINMA est, en l'espèce, composée de Madame Anne Héritier Lachat, présidente, Monsieur Jean-Baptiste Zufferey, membre, et Madame Sabine Kilgus, membre ad hoc.

En droit :

A. Compétence et délais

(11) A teneur de l'art. 33c al. 1 de la Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM ; RS 954.1), les décisions de la COPA peuvent faire l'objet d'un recours devant la FINMA dans un délai de cinq jours de bourse. Le dépôt des recours par télécopie ou par voie électronique est autorisé et reconnu pour le respect des délais (art. 33b al. 5 LBVM par renvoi de l'art. 33c al. 3 LBVM). La COPA a notifié la décision 403/02 aux parties, le 16 mars 2009. MMA a déposé son mémoire de recours à la FINMA, par télécopie du 23 mars 2009. Interjeté dans les cinq jours de bourse auprès de l'autorité compétente, le recours de MMA est donc recevable.

(12) La Loi fédérale sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021) s'applique à la procédure devant la FINMA (art. 33b al. 1 LBVM par renvoi de l'art. 33c al. 3 LBVM).

B. Effet suspensif

(13) En vertu de l'art. 55 al. 3 PA, l'autorité de recours peut restituer l'effet suspensif à un recours auquel l'autorité inférieure l'avait retiré ; la demande de restitution de l'effet suspensif est traitée sans délai. MMA demande, en l'espèce, la restitution de l'effet suspensif relatif au point 3 du dispositif de la décision 403/02 de la COPA. Ainsi, il y a lieu de trancher cette question, le plus rapidement possible, par le biais d'une décision incidente.

(14) La PA n'indique pas quels motifs peuvent justifier la restitution de l'effet suspensif. Le retrait ou la restitution de l'effet suspensif résultent d'une comparaison entre les intérêts à l'exécution immédiate de la décision, d'une part, et ceux au maintien du régime antérieur jusqu'à droit connu, d'autre part. Il s'agit donc de procéder à une pesée des intérêts publics et privés en présence. Disposant d'une certaine liberté d'appréciation, l'autorité se fonde en général sur les pièces qui sont dans le dossier et qu'elle examine *prima facie*, sans ordonner de compléments de preuve. Il n'y a lieu de tenir compte de l'issue probable du procès au fond que si elle paraît manifeste (ATF 2A.188/2006 du 19 mai 2006, c. 3.3 ; ATAF B-3113/2008 et B-3116/2008 du 29 mai 2008, c. 2 ; Regina Kiener, *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zürich 2008, ad Art. 55 VwVG, § 20, 23 ; Hansjörg Seiler, *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zürich 2009, ad Art. 55 VwVG, § 90). Par ailleurs, la décision incidente sur l'effet suspensif ne doit pas porter préjudice ni rendre impossibles les questions restant à trancher dans la décision finale (ATF 2A.142/2003 du 5 septembre 2003, c. 3.1 ; Hansjörg Seiler, *op.cit.*, § 97).

(15) En l'espèce, comme le soulignent à juste titre Serdac, Amber et la COPA, le principe de célérité s'applique à toute offre publique d'acquisition et vise à éviter les incertitudes et assurer le bon fonctionnement du marché des valeurs mobilières (art. 63 al. 1 de l'Ordonnance de la Commission des OPA sur les offres publiques d'acquisition (OOPA ; RS 954.195.1)). Il est ainsi dans l'intérêt général des parties, y compris celui de l'offrante et des autres actionnaires de la cible, que l'offre de MMA soit lancée et se déroule le plus rapidement possible. A cela s'oppose, toutefois, l'intérêt prépondérant de la recourante à ce que son recours ne soit pas d'emblée, par le biais d'une décision incidente, préjugé ou rendu sans objet. Or, s'il fallait renoncer à restituer l'effet suspensif, la recourante se verrait dans l'obligation d'établir un rapport d'évaluation et de le déposer à la COPA, ce qu'elle conteste, avant même que cette obligation ne soit définitivement tranchée par les autorités de recours. Il en résulterait ainsi, pour la recourante, un dommage irréparable. Inversement, l'effet suspensif requis ne portera pas irrémédiablement préjudice à Serdac, Amber et aux autres actionnaires dans la mesure où une décision quand au fond peut être rendue par le Comité des offres publiques d'acquisition de la FINMA dans un délai raisonnable, ce qui, au demeurant et comme déjà mentionné, sert également les intérêts de l'offrante. Partant, l'effet suspensif doit être restitué s'agissant du point 3 du dispositif de la décision 403/02 de la COPA du 16 mars 2009.

(16) MMA n'a pas requis la restitution de l'effet suspensif s'agissant du délai de carence (point 4 de la décision 403/02). Le Comité des offres publiques d'acquisition de la FINMA ne se prononcera donc pas sur cet objet. Une prolongation éventuelle de ce délai au vu de la présente procédure ressort de la compétence de la COPA.

(17) Les frais de procédure feront l'objet de la décision finale.

Par ces motifs et en application des art. 1 et ss PA, en particulier l'art. 55 al. 3 PA, des art. 1 et ss LBVM, en particulier l'art. 33c LBVM, de l'art. 4 al. 1 du Règlement d'organisation de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA du 18 décembre 2008, le Comité des offres publiques d'acquisition de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA

décide :

1. L'effet suspensif relatif au point 3 du dispositif de la décision 403/02 de la Commission des offres publiques d'acquisition du 16 mars 2009 est restitué.
2. Les frais de procédure de cette décision seront traités dans la décision finale.

**COMITE DES OFFRES PUBLIQUES D'ACQUISITION DE
L'AUTORITE FEDERALE DE SURVEILLANCE DES MARCHES FINANCIERS**

Anne Héritier Lachat
Présidente

Franz Stirnimann
Membre de la direction

La présente décision peut faire l'objet d'un recours de droit administratif au Tribunal administratif fédéral, case postale, 3000 Berne 14 moyennant l'observation d'un délai de 10 jours. La décision ainsi que les pièces invoquées comme moyens de preuve doivent être jointes au recours.

Communication à :

- MMA Vie SA [...]
- Harwanne Compagnie de participations industrielles et financières SA [...]
- Serdac SA [...]
- Amber Master Fund (Cayman) SCP [...]
- Commission des offres publiques d'acquisition [...]