

Délits boursiers

Le TAF met fin à l'affaire Sulzer

Par Lucia Gomez Richa, Marie Jenny le 10 janvier 2011

Dans un arrêt [B-1215/2009](#), le TAF a mis fin à l' « affaire » Sulzer, laquelle constitue à ce jour la plus importante enquête de surveillance des marchés entamée par le régulateur suisse. Cette affaire s'est inscrite dans le cadre d'une vague de prises de participations sous couvert d'entreprises suisses (Ascom, Implenia, OC Oerlikon) dans les années 2006-2007, à la faveur de lacunes du système suisse de publicité des participations.

En grand résumé, la société viennoise Everest – dont les ayants droit économiques étaient à l'époque des faits M. Vekselberg et les fondations de droit autrichien RPR et Millennium – a déclaré détenir en date du 20 avril 2007 une participation supérieure à 31 % dans la société suisse Sulzer AG, cotée auprès de SIX Swiss Exchange. Après une longue et intense enquête qui a notamment nécessité l'entraide administrative de l'autorité de surveillance des marchés autrichienne, la CFB a conclu dans une décision en constatation du 22 janvier 2009 que cette participation avait été obtenue suite, entre autres, à l'exécution en nature d'options sur actions Sulzer prévoyant initialement une exécution en espèces. Selon elle, ces positions devaient être attribuées à MM. Pecik et Stumpf (les ayants droit économiques de RPR, respectivement Millennium) pris conjointement, dans la mesure où ils formaient un groupe au sens de l'art. 15 aOBVM-CFB, et constituaient une acquisition indirecte au sens de la LBVM soumise à l'obligation de déclarer au sens de l'art. 9 aOBVM-CFB (nb. l'art. 20 LBVM de même que les art. 9 à 19 OBVM-CFB ont été modifiés après la survenance des faits de la cause en 2007, cf. [RO 2007 5291](#) et [RO 2007 5759](#) ; lors de l'entrée en vigueur de la LFINMA, le 1er janvier 2009, l'OBVM-CFB a été remplacée par l'OBVM-FINMA qui a apporté d'autres précisions à ces obligations, [RO 2008 6521](#)). MM. Pecik et Stumpf avaient violé les dispositions susmentionnées dès lors qu'ils n'avaient pas annoncé le franchissement des seuils de 5 % et 10 %, avaient omis de déclarer qu'ils étaient ayants droit économiques des fondations et qu'ils formaient un groupe. Sur recours de ces derniers, le TAF a confirmé sur les points les plus importants la décision attaquée.

Contrairement à la position soutenue par les recourants, le TAF a jugé que l'autorité de surveillance était compétente pour prendre des décisions constatant la violation des dispositions sur la publicité des participations par tous les participants au marché visés par l'art. 20 LBVM, y compris ceux qui ne sont pas soumis à sa surveillance en vertu de l'art. 3 LFINMA. Ce droit existait, selon le TAF, même avant l'entrée en vigueur de la LFINMA et de la LBVM modifiée, et le projet aujourd'hui en cours portant sur la modification des dispositions de la LBVM sur les manipulations de marché n'y change rien.

Quant à savoir si la CFB (aujourd'hui devenue FINMA) était fondée à considérer MM. Pecik et Stumpf comme destinataires de l'obligation de déclarer au sens de l'art. 9 aOBVM-CFB, le TAF a également donné raison à l'autorité de surveillance. Il a jugé en effet que les règles en

matière de devoirs d'annonce des participations de la LBVM constituent des dispositions impératives du droit suisse (art. 18 LDIP). Il en résulte qu'il n'y a plus de place pour l'application d'un droit étranger, en l'espèce le droit autrichien. Peu importe donc qu'il existe, selon ce droit, une séparation stricte entre la fondation et ses fondateurs/bénéficiaires, seul compte dans l'appréciation des destinataires de l'obligation de déclarer les règles de droit suisse et leur interprétation telle que développée en particulier par l'Instance pour la publicité des participations. Or, selon cette dernière, les bénéficiaires d'une fondation doivent se déclarer lorsqu'ils disposent du pouvoir d'influencer les décisions de la fondation, ce qui était le cas de MM. Pecik et Stumpf.

Le TAF a également examiné si les recourants avaient agi de concert au sens des art. 20 al. 1 et 3 aLBVM et 15 aOBVM-CFB. Il relève à cet égard que l'existence éventuelle d'un groupe dépend du comportement de ses membres, dont il est requis un degré élevé de communication, aussi bien qu'une organisation interne minimale. Les circonstances de la cause l'ont amené à la conclusion que MM. Pecik et Stumpf formaient un groupe organisé selon l'art. 15 aOBVM-CFB qui devait être qualifié de société simple.

Enfin, s'agissant de l'assujettissement à l'obligation d'annonce des positions en options avec règlement en espèces, on rappellera tout d'abord que l'art. 15 OBVM-FINMA ne laisse aujourd'hui plus de doute à cet égard. Toutefois, même avant cette nouvelle législative, le TAF a également approuvé la décision de la CFB et considéré que de telles opérations constituaient des cas d'acquisitions indirectes, au sens de l'art. 20 al. 1 aLBVM tel que précisé par l'art. 9 al. 3 let. d aOBVM-CFB, dans la mesure où ces opérations visaient à la constitution d'une participation pertinente selon les règles sur l'annonce des participations.

Cette décision met un point final à une histoire qui aura beaucoup occupé non seulement le législateur, l'autorité de surveillance – qui, parallèlement aux modifications de l'OBVM-CFB/FINMA et à la décision prise contre les investisseurs susmentionnés, a diligenté des enquêtes puis, courant 2009, [constaté dans plusieurs décisions la violation de la réglementation sur les marchés financiers par plusieurs établissements financiers impliqués dans ce dossier](#) – mais également le DFF – suite au dépôt de la plainte pénale de la CFB à l'encontre des investisseurs, [procédure qui a été récemment suspendue suite au versement d'une indemnité à hauteur de CHF 10 mio par les prévenus](#). Les modifications de la réglementation en matière de délits boursiers et manipulations de marché, quant à elles, devraient encore occuper le devant de la scène cette année avec [la publication du très attendu message les concernant](#).
Affaire à suivre.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Lucia Gomez Richa, Marie Jenny, Le TAF met fin à l'affaire Sulzer, publié le 10 janvier 2011 par le Centre de droit bancaire et financier, <https://cdbf.ch/722/>