



Décision 745/01

du 25 octobre 2019

LEM Holding SA – Validité de la clause statutaire d'opting out adoptée le 25 juin 2010

Faits :

A.

LEM Holding SA (**LEM**) est une société anonyme dont le siège se situe à Fribourg et qui est inscrite au registre du commerce du canton de Fribourg sous le numéro CHE-103.334.260. LEM a pour but la prise, la gestion et le financement de participations dans toutes entreprises, en particulier dans le domaine de l'électronique industrielle. Son capital-actions s'élève à CHF 570'000 et il est divisé en 1'140'000 actions nominatives liées, d'une valeur nominale de CHF 0.50 chacune, entièrement libérées (les **actions LEM**). Les actions LEM sont cotées auprès de SIX Swiss Exchange (**SIX**) sur le segment *International Reporting Standard* (symbole de valeur : LEHN ; ISIN : CH0022427626).

B.

Selon les informations disponibles auprès de l'Instance pour la publicité des participation de SIX, les actionnaires principaux de LEM sont les suivants :

- Au 24 mars 2018, Wemaco Invest AG, CH-6300 Zug, et Swisa Holding AG, CH-6330 Cham, détenaient, comme actionnaires directs, 570'148 actions LEM, soit 50.013% du capital-actions et des droits de vote de LEM. Les ayants droit économiques de cette participation sont Werner O. Weber et Ulrich (Ueli) Wampfler (le **groupe d'actionnaires**) ;
- Au 8 septembre 2009, Ruth Wertheimer, Israël, détenait, comme ayant droit économique, 144'581 actions LEM, représentant 12.57% du capital-actions et des droits de vote de LEM ;
- Au 24 juillet 2015, J. Safra Sarasin Investmentfonds AG, CH-4002 Bâle, détenait, comme ayant droit économique, 54'025 actions LEM, représentant 4.739% du capital-actions et des droits de vote de LEM ;
- Au 9 octobre 2018, Threadneedle Asset Management Limited, Royaume-Uni, détenait, comme ayant droit économique, 33'116 actions LEM, représentant 2.905% du capital-actions et des droits de vote de LEM, ainsi que 4'461 droits de vote délégués, soit 0.391% des droits de vote de LEM.



C.

Le 25 juin 2010, l'assemblée générale ordinaire de LEM a, sur proposition de Werner O. Weber, adopté une clause d'opting out sous la forme d'un nouvel art. 6ter (actuellement art. 8) des statuts, dont la teneur est la suivante :

« Un actionnaire inscrit de la société n'est pas tenu de présenter, en cas de dépassement du seuil de 33 ⅓% des droits de vote – qu'il soit habilité à en faire usage ou non –, une offre publique d'acquisition conformément à l'article 32 de la Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (Loi sur les bourses, LBVM) portant sur toutes les actions cotées de la société. »

La convocation à cette assemblée générale, publiée le 3 juin 2010 dans la Feuille officielle suisse du commerce, mentionnait la proposition d'un « *actionnaire détenant plus de 10% du capital-actions [...] d'ajouter un nouvel article 6ter dans les statuts* », suivie du texte de la nouvelle disposition statutaire proposée. Elle contenait également la recommandation de la majorité du conseil d'administration de LEM de « *rejeter la proposition de modification statutaire soumise par [cet] actionnaire* », sans autre précision.

D.

Lors de l'assemblée générale du 25 juin 2010, le conseil d'administration de LEM a présenté aux actionnaires la proposition de Werner O. Weber d'introduire la clause statutaire d'opting out et il a fourni des explications relatives aux effets de cette clause.

Le conseil d'administration de LEM a par ailleurs recommandé aux actionnaires de rejeter la proposition de Werner O. Weber. A l'appui de sa position, le conseil d'administration a ainsi relevé que « *M. Werner O. Weber qui détient actuellement 27,8% du capital-actions de LEM [...] a demandé l'introduction dans les statuts de la société d'une clause d'opting-out [...]. Une telle clause dispenserait tout actionnaire de l'obligation de soumettre une offre publique d'achat auprès de tous les autres actionnaires dès que la participation de cet actionnaire au capital de LEM dépasserait un tiers des droits de vote. Après avoir discuté de cette requête, la majorité du conseil d'administration est arrivée à la conclusion que cela n'était pas dans le meilleur intérêt de tous les actionnaires et la majorité du conseil d'administration recommande donc de voter contre cette proposition* » (extrait tiré du procès-verbal de l'assemblée générale de LEM du 25 juin 2010, p. 7, ch. 6).

E.

En dépit de la recommandation défavorable du conseil d'administration de LEM, la proposition de Werner O. Weber d'introduire une clause statutaire d'opting out a été approuvée par 571'721 voix contre 233'220 voix, tandis que 820 voix se sont abstenues. Ce résultat correspond à un taux d'acceptation de 71% sur les 805'761 voix exprimées lors du vote relatif à cet objet. Sur le nombre de voix ayant voté en faveur de la clause statutaire d'opting out, 321'000 voix (représentant 39.84% des voix exprimées) étaient détenues par Werner O. Weber.

F.

Le 31 août 2011, le groupe d'actionnaires a saisi la Commission des OPA (la **Commission**) d'une requête motivée tendant à faire constater que ni lui, ni Werner O. Weber individuellement, ne



serait assujetti à l'obligation de présenter une offre aux actionnaires de LEM dans l'hypothèse d'un franchissement du seuil de 33 ⅓% des droits de vote de LEM en raison de la clause statutaire d'opting out.

G.

Par décision 490/01 du 22 septembre 2011, la Commission a fait droit aux conclusions du groupe d'actionnaires (la **décision 490/01**). D'après le chiffre 1 du dispositif de la décision 490/01, « *la Commission des OPA constate que l'acquisition par Werner O. Weber personnellement, ou par le groupe d'actionnaires formé de Werner O. Weber et Ueli Wampfler, de titres qui, ajoutés à ceux déjà détenus, leur permettrait de dépasser le seuil de 33 ⅓% des droits de vote de LEM Holding SA n'entraînerait pas l'obligation de présenter une offre au sens de l'art. 32 al. 1 LBVM.* »

H.

Le 10 décembre 2011, le groupe d'actionnaires a annoncé auprès de l'Instance pour la publicité des participations de SIX détenir une participation de 372'000 actions LEM, représentant 32.68% des droits de vote, ainsi que des options portant sur 7'500 actions LEM, correspondant à 0.66% des droits de vote. Par la suite, le groupe d'actionnaires a accru sa participation dans LEM. Le 24 mars 2018, il a annoncé détenir, par l'entremise de sociétés contrôlées, 50.013% du capital-actions et des droits de vote de LEM (cf. *supra* let. B).

I.

Le 12 septembre 2019, le groupe d'actionnaires a saisi la Commission d'une requête motivée (la **Requête**) tendant à faire constater que la clause statutaire d'opting out adoptée lors de l'assemblée générale ordinaire du 25 juin 2010 (cf. *supra* let. C), figurant actuellement à l'art. 8 des statuts de LEM, déploie valablement ses effets à l'égard de tout actionnaire actuel ou futur de LEM (« *Es sei festzustellen, dass die in Art. 8 (vormals Art. 6ter) der Statuten der LEM enthaltene Opting out-Klausel für sämtliche aktuellen und künftigen Aktionäre der LEM Geltung hat.* »).

A l'appui de la Requête, le groupe d'actionnaires a fait valoir qu'il envisageait d'aliéner tout ou partie de sa participation de contrôle et que la constatation sollicitée était susceptible d'influer sur le cercle des investisseurs potentiels. A cet égard, il a précisé n'être encore engagé dans aucune négociation ou opération concrète en vue d'une vente.

J.

Le 7 octobre 2019, le conseil d'administration de LEM a transmis à la Commission sa prise de position, par laquelle il soutient la Requête.

Il ressort de cette prise de position que Werner C. Weber et Ulrich (Ueli) Wampfler se sont abstenus de prendre part à la décision du conseil d'administration. En substance, ce dernier relève les « *avantages [liés à] un actionnariat stable* » et estime que la clause d'opting out figurant à l'art. 8 des statuts de LEM « *a été valablement acceptée par l'assemblée générale des actionnaires* ».



K.

Une délégation de la Commission formée de Thomas A. Müller (président), Jean-Luc Chenaux et Mirjam Eggen a été constituée pour se prononcer sur la Requête.

—

Droit :

1. Aspects procéduraux

1.1 Langue de la décision

[1] A teneur de l'art. 66 al. 2 OOPA, les décisions de la Commission sont rédigées dans une langue officielle, en principe celle qui est parlée au siège suisse de la société visée.

[2] En l'espèce, LEM a son siège à Fribourg (précédemment à Plan-les-Ouates, Genève), de sorte que la présente décision est rendue en français, le groupe d'actionnaires n'ayant pas pris de conclusions spécifiques à cet égard.

1.2 Recevabilité

[3] Selon l'art. 25 al. 2 PA (en relation avec l'art. 139 al. 1 LIMF), l'autorité compétente donne suite à une demande de constatation si le requérant prouve qu'il a un intérêt digne de protection, à savoir un intérêt actuel de droit ou de fait à la constatation immédiate de l'existence ou de l'inexistence d'un rapport de droit (cf. ATF 132 V 166, consid. 7 ; ATF 129 V 289, consid. 2.1). En matière d'OPA, la pratique exige par ailleurs du requérant qu'il démontre l'existence d'une incertitude juridique directe et actuelle, à laquelle une décision de constatation est propre à remédier (cf. décisions 672/08 et 672/09 du 11 juillet 2019 dans l'affaire *SHL Telemedicine Ltd.*, consid. 2).

[4] En l'espèce, le groupe d'actionnaires a exposé qu'il envisageait d'aliéner tout ou partie de sa participation dans LEM. L'arrivée d'un nouvel investisseur dans la société pourrait donc aboutir à un changement de contrôle. Dans ce contexte, la Commission constate qu'aucune transaction concrète n'est soumise à son examen. Par ailleurs, le groupe d'actionnaires n'est engagé dans aucune négociation susceptible de provoquer un changement de contrôle de LEM.

[5] Ce nonobstant, le groupe d'actionnaires dispose d'un intérêt digne de protection à ce que soient levées les incertitudes liées à la validité et à l'effectivité de la clause d'opting out figurant à l'art. 8 des statuts de LEM, eu égard à la portée du dispositif de la décision 490/01 et au changement de pratique intervenu en octobre 2012 en matière de clauses d'opting out (cf. décision 518/01 du 11 octobre 2012 dans l'affaire *Advanced Digital Broadcast Holdings AG* ; *infra* consid. 3.1 s.). Le groupe d'actionnaires a démontré à satisfaction de droit que la constatation sollicitée revêt pour lui une utilité tangible et qu'il dispose d'un intérêt à l'obtenir, quoiqu'il ne soit, en l'état, encore engagé dans aucune opération concrète ou négociation en vue d'une vente. Le groupe d'actionnaires a rendu vraisemblable que la constatation sollicitée, en raison de sa portée

—

—

—



de principe, est susceptible d'influer sur le cercle des acquéreurs potentiels de sa participation et sur la valeur de celle-ci, de sorte qu'il existe de sa part un intérêt direct et actuel à la résolution de la question dont la Commission est saisie.

[6] Il découle de ce qui précède que la conclusion du groupe d'actionnaires tendant à ce qu'il soit constaté que l'art. 8 des statuts de LEM déploie des effets à l'égard de tout actionnaire présent ou futur de LEM qui franchirait le seuil de de 33 ⅓% des droits de vote est recevable. La Commission entre donc en matière sur la Requête.

–

2. Question juridique

[7] Au fond, il s'agit de déterminer si la clause d'opting out figurant à l'art. 8 des statuts de LEM déploie des effets généraux et est donc susceptible de libérer tout actionnaire actuel ou futur de LEM de l'obligation de présenter une offre sur les titres de la société en cas de franchissement du seuil de 33 ⅓% des droits de vote.

[8] Dans les considérants qui suivent, la Commission rappelle d'abord les principes généraux en matière de clauses d'opting out ainsi que les points saillants de l'évolution de la pratique y relative au cours des dernières années (cf. *infra* consid. 3.1). Après avoir exposé la portée de la décision 490/01 (cf. *infra* consid. 3.2), elle rappelle ensuite les critères pertinents pour la détermination de la pratique applicable (cf. *infra* consid. 3.3). Enfin, elle examine les conditions topiques de validité des clauses d'opting out sous l'angle de la nouvelle pratique, applicable en l'espèce (cf. *infra* consid. 3.4).

–

3. Validité de la clause statutaire d'opting out

3.1 Principes et évolution de la pratique

[9] Conformément à l'art. 135 al. 1 LIMF, quiconque, directement, indirectement ou de concert avec des tiers, acquiert des titres de participation qui, ajoutés à ceux qu'il détient, lui permettent de dépasser le seuil de 33 ⅓% des droits de vote (même non susceptibles d'exercice) de la société visée doit présenter une offre portant sur tous les titres de participation cotés de cette société.

[10] Selon l'art. 125 al. 4 LIMF (en relation avec l'al. 3), une société peut prévoir dans ses statuts qu'un offrant n'est pas tenu de présenter une offre publique d'acquisition conformément aux art. 135 et 163 LIMF (clause statutaire d'opting out). Une clause statutaire d'opting out introduite après la cotation des titres de participation de la société visée n'est valide que s'il n'en résulte pas pour les actionnaires un préjudice au sens de l'art. 706 CO. En vertu de l'art. 706 CO, le conseil d'administration et chaque actionnaire peuvent demander au tribunal civil compétent d'annuler les décisions de l'assemblée générale qui violent la loi ou les statuts ; le délai échoit deux mois après l'assemblée générale (art. 706a CO).

–

–



[11] La pratique de la Commission relative à l'examen de la validité des clauses statutaires d'opting out introduites postérieurement à la cotation des titres de participation de la société visée a évolué au cours des dernières années (pour un aperçu, cf. décision 531/01 du 26 avril 2013 dans l'affaire *Perfect Holding SA*, consid. 2.1 s.). En substance, sous l'ancienne pratique de la Commission, les clauses d'opting out matériellement sélectives étaient exclues, dans le prolongement de la pratique instaurée par l'ancienne Commission fédérale des banques en matière de clauses d'opting out formellement sélectives (cf. décision de la Commission fédérale des banques du 23 juin 2000 dans l'affaire *Esec Holding AG/Unaxis Holding AG*, consid. 4). La Commission a ensuite établi une présomption de validité des clauses statutaires d'opting out, même si celles-ci pouvaient être considérées initialement comme matériellement sélectives, lorsqu'un délai de cinq ans s'était écoulé depuis leur adoption (cf., entre autres, recommandation 203/01 du 7 juillet 2004 dans l'affaire *Société de Gares Frigorifiques et Ports Francs de Genève*, consid. 1.2.2). La décision 490/01 a remis en cause cette pratique, dans la mesure où la Commission a considéré que la validité des clauses statutaires d'opting out devait s'apprécier sous l'angle de la transparence qui a présidé à la décision de l'assemblée générale (cf. décision 490/01, consid. 2).

[12] La décision 518/01 du 11 octobre 2012 dans l'affaire *Advanced Digital Broadcast Holdings AG* a consacré une nouvelle pratique relative aux clauses statutaires d'opting out. D'après la nouvelle pratique, si l'adoption d'une clause d'opting out recueille (i) la majorité des voix attribuées aux actions représentées et (ii) la majorité absolue des voix exprimées par les actionnaires minoritaires, la clause bénéficie d'une présomption de bien-fondé (*Richtigkeitsvermutung*), pour autant que ce double vote repose sur une information complète (cf. décision 518/01 du 11 octobre 2012 dans l'affaire *Advanced Digital Broadcast Holdings AG*, consid. 2 à 5).

3.2 Qualification et portée de la décision 490/01

[13] Par décision 490/01, la Commission a jugé que la clause d'opting out figurant à l'art. 8 des statuts de LEM déployait valablement ses effets à l'égard de (i) Werner O. Weber personnellement et (ii) du groupe d'actionnaires formé de Werner O. Weber et Ulrich Wampfler (cf. décision 490/01, ch. 1 du dispositif ; *supra* let. G). En se prononçant sur la validité de cette clause à l'égard du groupe d'actionnaires, la Commission a ainsi reconnu son caractère matériellement sélectif, dans la mesure où celle-ci « *bénéficie principalement à un actionnaire déterminé, Werner O. Weber* » (cf. décision 490/01, ch. 10).

[14] Dans la Requête, le groupe d'actionnaires fait valoir que la clause d'opting out figurant à l'art. 8 des statuts de LEM doit être interprétée en ce sens qu'elle déploie des effets généraux. Il se réfère notamment au texte de cette clause, à certains passages de la décision 490/01, en particulier tirés de son chiffre 9, ainsi qu'aux explications fournies par le conseil d'administration de LEM dans sa prise de position accompagnant la publication du dispositif de la décision 490/01. Le groupe d'actionnaires invoque également que la validité de la clause d'opting out générale ressort du site internet de SIX, qui signale la présence d'un « opting out » dans les statuts de LEM, ainsi que du rapport annuel de LEM, qui opère la même référence (cf. Requête, ch. 21 – 24 et ch. 28 – 37).



[15] Le raisonnement du groupe d'actionnaires ne saurait toutefois être suivi par la Commission. Il ressort en effet explicitement du dispositif de la décision 490/01 que la Commission a limité son examen de la validité de la clause d'opting out figurant à l'art. 8 des statuts de LEM au seul groupe d'actionnaires. Dans la décision 490/01, la Commission n'a pas statué au-delà des conclusions prises alors par le groupe d'actionnaires, lesquelles tendaient uniquement à la constatation de la validité de la clause d'opting out à leur égard (cf. *supra* let. F s.). Partant, le groupe d'actionnaires ne peut inférer de la clause statutaire d'opting out qu'elle déploierait des effets généraux sans que la Commission ne se livre à un nouvel examen de la validité de cette clause à l'égard de tout actionnaire actuel ou futur de LEM. Il convient dès lors d'examiner à l'aune de quelle pratique cet examen doit être réalisé.

3.3 Pratique applicable

[16] Par décision 531/01 du 26 avril 2013 dans l'affaire *Perfect Holding SA*, la Commission a tranché la question de la pratique applicable à l'examen de la validité d'une clause d'opting out. Elle a considéré qu'« une clause d'opting out introduite avant le changement de pratique d'octobre 2012 [doit être] examinée à la lueur de cette nouvelle pratique lorsque le changement de contrôle considéré se situe après la publication de la décision 518/01 du 11 octobre 2012 dans l'affaire *Advanced Digital Broadcast Holdings SA* » (cf. décision 531/01 du 26 avril 2013 dans l'affaire *Perfect Holding SA*, ch. 15).

[17] Dans la Requête, le groupe d'actionnaires fait valoir que les critères définis dans la pratique *Perfect Holding SA* ne devraient pas trouver application, au motif qu'il aurait déjà franchi le seuil de 33 ⅓% des droits de vote en décembre 2011 (cf. *supra* let. H ; également Requête, ch. 40) ; un changement de contrôle de LEM se serait donc produit avant le 11 octobre 2012, faisant obstacle à l'application de la pratique *Advanced Digital Broadcast Holdings SA* pour juger de la validité de la clause d'opting out figurant à l'art. 8 des statuts de LEM.

[18] La Commission relève que la décision 490/01 ne déploie d'effets qu'à l'égard du groupe d'actionnaires (cf. *supra* ch. [15]). Partant, l'aliénation de la participation de contrôle actuellement détenue par le groupe d'actionnaires aboutirait à un changement de contrôle de LEM. Par suite, ce changement se produirait après la date à laquelle la Commission a modifié sa pratique relative à la validité des clauses statutaires d'opting out.

[19] Il résulte de ce qui précède que la validité de la clause d'opting out figurant à l'art. 8 des statuts de LEM doit être appréciée à l'aune de la pratique *Advanced Digital Broadcast Holdings SA*.

3.4 Conditions de validité

[20] L'introduction d'une clause statutaire d'opting out est, selon la pratique de la Commission depuis l'affaire *Advanced Digital Broadcast Holdings SA*, soumise au respect de deux conditions. D'une part, il est nécessaire que les actionnaires décident en toute transparence de l'introduction de la clause (cf. *infra* consid. 3.4.1). D'autre part, cette décision doit recueillir la majorité absolue



des voix attribuées à toutes les actions représentées (art. 703 CO) ainsi que la majorité absolue des voix attribuées aux actionnaires minoritaires (cf. *infra* consid. 3.4.2). Si ces conditions sont réalisées, la décision d'adoption d'une clause statutaire d'opting out bénéficie d'une présomption (de fait) de bien-fondé, qui ne peut, le cas échéant, être remise en question qu'en présence de circonstances particulières et exceptionnelles (cf. *infra* consid. 3.4.3 ; décision 686/01 du 20 mars 2018 dans l'affaire *Addex Therapeutics SA*, consid. 1 ; décision 518/01 du 11 octobre 2012 l'affaire *Advanced Digital Broadcast Holdings SA*, consid. 2 à 5).

[21] Dans la Requête, le groupe d'actionnaires soutient que les conditions présidant à la validité de la clause d'opting out figurant à l'art. 8 des statuts de LEM sous l'angle de la pratique *Advanced Digital Broadcast Holdings SA* sont satisfaites (cf. Requête, ch. 44 – 62).

3.4.1 Transparence

[22] La Commission exige que le vote des actionnaires relatif à l'introduction d'une clause statutaire d'opting out repose sur une information complète. Il est ainsi nécessaire que les actionnaires soient dûment informés sur les réelles intentions de l'actionnaire requérant l'adoption de la clause et sur celles de l'actionnaire de contrôle, ainsi que sur les conséquences (générales et liées au cas concret) de l'adoption d'une telle clause. Ces informations doivent figurer dans la convocation à l'assemblée générale et être répétées lors de l'assemblée avant de passer au vote (cf. décision 686/01 du 20 mars 2018 dans l'affaire *Addex Therapeutics SA*, consid. 1.2 ; décision 600/01 du 22 avril 2015 dans l'affaire *Kaba Holding AG*, consid. 1.2 ; décision 518/01 du 11 octobre 2012 l'affaire *Advanced Digital Broadcast Holdings SA*, consid. 5).

[23] Lorsque la pratique *Advanced Digital Broadcast Holdings SA* est applicable à l'examen de la validité d'une clause d'opting out introduite avant le 11 octobre 2012, motif pris que le changement de contrôle s'est produit après cette date (cf. *supra* ch. [16] ; décision 531/01 du 26 avril 2013 dans l'affaire *Perfect Holding SA*, consid. 3), la Commission considère, dans l'examen de la validité de cette clause, que la condition relative à la transparence peut être évaluée à l'aune du consentement éclairé des actionnaires (*informed consent* ; cf. décision 531/01 du 26 avril 2013 dans l'affaire *Perfect Holding SA*, ch. 26). La Commission a ainsi relevé qu'elle « *n'exclu[ai]t pas de faire preuve d'une certaine flexibilité sur le respect du critère formel de la transparence dans ces cas, pour autant que l'on puisse considérer que les actionnaires aient été suffisamment et dûment informés avant le vote* » (*ibid.*).

[24] En l'espèce, la convocation à l'assemblée générale de LEM, du 3 juin 2010, en vue d'adopter la clause d'opting out figurant à l'art. 8 des statuts, ne contient pas les informations suffisantes exigées par la Commission. En effet, elle ne contient pas d'explications détaillées relatives aux effets de la clause, notamment sur la renonciation des actionnaires minoritaires à recevoir une offre obligatoire à un prix minimum en cas de prise de contrôle de LEM. Lors de l'assemblée générale, les actionnaires ont toutefois été informés des effets de la clause d'opting out, présentée alors comme une clause générale et non sélective (« *Une telle clause dispenserait tout actionnaire de l'obligation de soumettre une offre publique d'achat auprès de tous les autres actionnaires dès que la*



participation de cet actionnaire au capital de LEM dépasserait un tiers des droits de vote » ; cf. procès-verbal de l'assemblée générale de LEM, du 25 juin 2010, p. 7, ch. 6). Les actionnaires ont donc, lors de l'assemblée générale du 25 juin 2010, reçu suffisamment d'informations pour pouvoir émettre un consentement éclairé à propos de l'adoption de la clause d'opting out figurant à l'art. 8 des statuts de LEM (cf. *supra* let. D).

[25] Il découle de ce qui précède que la condition relative à la transparence est réalisée.

3.4.2 Vote des actionnaires minoritaires

[26] Si l'exigence de la transparence est satisfaite, la Commission examine les rapports de vote lors de l'assemblée générale. Lorsqu'une clause statutaire d'opting out recueille la majorité absolue des voix attribuées à toutes les actions représentées (art. 703 CO) ainsi que la majorité absolue des voix attribuées aux actionnaires minoritaires, le vote de l'assemblée générale bénéficie d'une présomption (de fait) de bien-fondé (cf. décision 686/01 du 20 mars 2018 dans l'affaire *Addex Therapeutics SA*, consid. 1.2 ; décision 600/01 du 22 avril 2015 dans l'affaire *Kaba Holding AG*, consid. 1.3 ; décision 518/01 du 11 octobre 2012 l'affaire *Advanced Digital Broadcast Holdings SA*, consid. 4.1).

[27] Dans le calcul des voix attribuées aux actionnaires minoritaires, sont exclus les droits de vote de tout actionnaire qui, directement, indirectement ou de concert avec des tiers, réunit au moins 33 ⅓% des droits de vote, et jouit donc d'une participation de contrôle. Il en va de même des droits de vote détenus par l'actionnaire qui requiert l'introduction d'une clause statutaire d'opting out et de tout actionnaire qui agit de concert avec lui (cf. décision 686/01 du 20 mars 2018 dans l'affaire *Addex Therapeutics SA*, consid. 1.3 ; décision 518/01 du 11 octobre 2012 dans l'affaire *Advanced Digital Broadcast Holdings SA*, consid. 4.2).

[28] En l'espèce, la clause d'opting out a été acceptée par 571'721 voix pour, 233'220 voix contre et 820 abstentions, soit 71.03% des droits de vote. Sur le nombre de voix ayant voté en faveur de l'introduction de la clause d'opting out, 321'000 étaient détenues par le groupe d'actionnaires. Après exclusion des voix détenues par celui-ci, la proportion des actionnaires ayant accepté l'introduction de la clause d'opting out s'élève à 51.72% des droits de vote (les absentions étant comptées comme des voix négatives, conformément à l'art. 703 CO).

[29] Il résulte de ce qui précède que la condition relative aux rapports de vote lors de l'assemblée générale est satisfaite. En conséquence, la présomption de bien-fondé découlant du vote des actionnaires minoritaires est acquise.

3.4.3 Absence de circonstances particulières et exceptionnelles

[30] La Commission n'a pas identifié de circonstances particulières et exceptionnelles susceptibles de remettre en cause la présomption de bien-fondé quant à la validité de la clause d'opting out figurant à l'art. 8 des statuts de LEM.



3.5 Conclusion

[31] La clause d'opting out figurant à l'art. 8 des statuts de LEM remplit les conditions de validité de la pratique de la Commission consacrée dans l'affaire *Advanced Digital Broadcast Holdings SA*, applicable en l'espèce. Il en découle que cette clause d'opting out déploie des effets généraux et est donc susceptible de libérer tout actionnaire ou groupe d'actionnaires de LEM de l'obligation de présenter une offre sur les titres de la société en cas de franchissement du seuil de 33 ⅓% des droits de vote.

—

4. Prise de position du conseil d'administration

[32] Lorsqu'une requête relative à l'obligation de présenter une offre ou à l'octroi de dérogations particulières est adressée à la Commission, celle-ci ouvre une procédure et invite les parties à déposer une prise de position (art. 61 al. 1 OOPA). Avant le prononcé d'une décision, le conseil d'administration de la société visée peut déposer une prise de position qu'il souhaite publier en même temps que le dispositif de la décision de la Commission ainsi que les voies de droit à disposition des actionnaires qualifiés (art. 61 al. 1^{bis} – 4 OOPA). Les éventuels conflits d'intérêts des membres du conseil d'administration ainsi que les mesures prises en conséquence doivent être divulgués.

[33] En l'espèce, la prise de position du conseil d'administration, soumise à l'examen de la Commission, soutient la Requête et respecte les critères précités (cf. *supra* let. J). Le conseil d'administration publiera sa prise de position selon les modalités définies au considérant 5 ci-après.

—

5. Publication

[34] Selon l'art. 61 al. 3 et 4 OOPA, LEM publiera le dispositif de la présente décision, sa prise de position ainsi que le délai et les conditions dans lesquels un actionnaire qualifié peut former opposition contre la présente décision conformément aux art. 6 et 7 OOPA, au plus tard trois jours de bourse suivant la notification de la présente décision.

[35] La présente décision sera publiée sur le site internet de la Commission le jour de la publication visée au chiffre marginal précédent (cf. art. 138 al. 1, 2^{ème} phr., LIMF).

—

6. Emolument

[36] En vertu de l'art. 118 al. 1, 1^{ère} phr., OIMF, un émolument est prélevé pour l'examen de requêtes relatives à l'obligation de présenter une offre. Cet émolument s'élève, au plus, à



CHF 50'000, selon l'ampleur et la difficulté de l'affaire (art. 118 al. 2 OIMF). En l'espèce, la Commission fixe l'émolument à charge des requérants à CHF 30'000, solidairement entre eux.

—



La Commission des OPA décide :

1. Il est constaté que la clause d'opting out figurant à l'art. 8 des statuts de LEM Holding SA déploie ses effets à l'égard de tout actionnaire ou groupe d'actionnaires qui franchirait le seuil de 33 ⅓% des droits de vote de LEM Holding SA.
2. Le conseil d'administration de LEM Holding SA publiera le dispositif de la présente décision, sa prise de position ainsi que le délai et les conditions dans lesquels un actionnaire qualifié peut former opposition contre la présente décision au plus tard trois jours de bourse suivant la notification de la présente décision.
3. La présente décision sera publiée sur le site internet de la Commission des OPA le jour de la publication de la prise de position du conseil d'administration de LEM Holding SA visée sous ch. 2 du dispositif.
4. L'émolument à charge de Werner O. Weber et Ulrich (Ueli) Wampfler est fixé à CHF 30'000, solidairement entre eux.

Le président :

Thomas A. Müller

Notification aux parties :

- Werner O. Weber et Ulrich (Ueli) Wampfler, représentés par M^{es} Mariel Hoch et Rolf Watter, Bär & Karrer AG, Zurich ;
- LEM Holding SA, représentée par M^{es} Claude Lambert et Sarah Chevalley, Homburger AG, Zurich.

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).

—



Opposition (art. 58 de l'ordonnance sur les OPA, RS 954.195.1)

Un actionnaire qui détient au minimum 3% des droits de vote, exerçables ou non, de la société visée (actionnaire qualifié, art. 56 OOPA) et qui n'a pas participé à la procédure peut former opposition contre la présente décision. L'opposition doit être déposée auprès de la Commission des OPA dans les cinq jours de bourse suivant la publication du dispositif de la présente décision. Le délai commence à courir le premier jour de bourse après la publication. L'opposition doit comporter une conclusion, une motivation sommaire et la preuve de la participation de son auteur conformément à l'art. 56 al. 3 et 4 OOPA (art. 58 al. 4 OOPA).

—