

DECEMBRE 2014

Newsletter

Auteurs:
Martin Weber
Philipp Chiani

SWISS LAW FIRM
OF THE YEAR 2014
Chambers Europe



CORPORATE M&A / BANKING & FINANCE

Transactions M&A dans le domaine bancaire – Du sprint à la course d'obstacles

La structuration et la conduite pratique des transactions M&A dans le domaine bancaire comportent de nombreuses particularités qui proviennent de la réglementation du domaine et du secret bancaire. Cela concerne particulièrement les *Asset Deals*, qui, dans l'état actuel du marché, ont gagné en importance face aux *Share Deals*.

1 INTRODUCTION

Suite à la crise financière et dans le cadre des changements fondamentaux intervenus dans les réglementations nationales et internationales du secteur financier, les transactions M&A dans cette branche ont retrouvé toute leur actualité. De plus en plus de **banques privées et de gérants de fortune suisses** sont ainsi également touchés par cette tendance. Les prochaines sections se pencheront sur certains aspects de la structuration et l'exécution des transactions M&A de banques suisses qui méritent une attention particulière, notamment lorsqu'elles prennent la forme d'un *Asset Deal*.

2 CHOIX DE LA FORME DE TRANSACTION ADÉQUATE

En droit suisse, il existe **différentes formes de transactions** pour reprendre une banque ou pour acquérir une partie d'une banque ayant son siège en Suisse.

Pour reprendre une banque dans son intégralité, les principales formes de transactions utilisées sont le **Share Deal** ou la **Fusion**. Toutefois dans l'état actuel du marché, et notamment dans le contexte des *Legacy Issues*, ces formes de transactions classiques ont perdu leur attractivité d'antan, une banque ne pouvant aujourd'hui être vendue dans son intégralité que dans des circonstances plus difficiles. Ainsi, de plus en plus de parties font appel soit aux **Asset Deals**, qui permettent d'acquérir des parties taillées sur mesure d'une banque, soit seulement aux **Referral Agreements**. Les autres formes de transactions possibles – comme notamment la **scission** préalable de la partie à transférer – sont en revanche généralement exclues par manque de temps et en raison de la responsabilité solidaire prévue par la loi, très contraignante pour les sociétés parties à la transaction.

3 L'ASSET DEAL EN PARTICULIER

Il existe en droit suisse deux formes de transactions pour l'*Asset Deal*.

3.1 TRANSFERT À TITRE SINGULIER D'ACTIFS ET DE PASSIFS

Dans la forme classique de l'*Asset Deal*, tous les **actifs, passifs et contrats de la banque** doivent être transférés **séparément** à l'acquéreur. A cet effet, toutes les obligations et les exigences de formes concernant le transfert doivent être respectées.

En particulier, il est indispensable d'obtenir le consentement des tiers concernés pour transférer **les obligations et les contrats**. Le transfert des **créances** en revanche peut intervenir au moyen d'une déclaration de cession écrite et par un avis aux débiteurs tiers.

En conséquence, les clients de la banque à transférer ainsi que les autres co-contractants doivent consentir à leur transfert à l'acquéreur. A défaut de consentement, ceux-ci resteront auprès de la banque transférante.

3.2 TRANSFERT DE PATRIMOINE SELON LA LOI SUR LA FUSION

Le **transfert de patrimoine selon la loi sur la fusion (LFus)**, qui n'est autorisé que lorsque la partie transférante est inscrite auprès d'un registre du commerce en Suisse, permet de transférer les actifs et les passifs de la banque **automatiquement** à l'acquéreur par le biais de son inscription auprès du registre du commerce.

"Dans le cadre de la due diligence d'une banque, il convient de prêter une attention particulière au traitement adéquat du secret bancaire."

Selon la doctrine majoritaire, les **contrats** sont également transférés automatiquement à l'acquéreur, sans qu'il ne soit nécessaire d'obtenir le consentement des tiers concernés. L'application de cette mesure aux contrats avec les clients de la banque sera traitée ultérieurement dans la section 6.3.

Le transfert de patrimoine a pour conséquence une certaine **publicité dans le registre du commerce**, de la composition et l'évaluation des actifs et des passifs à transférer, ainsi que du montant de la transaction. Cette publicité va souvent à l'encontre de l'intérêt légitime des parties à maintenir la confidentialité. La banque transférante reste de plus **solidairement responsable** des obligations transférées à l'acquéreur, dont la cause est antérieure à la date du transfert de patrimoine. Cette responsabilité est invocable durant trois ans à compter de la publication du transfert de patrimoine, respectivement durant trois ans dès l'exigibilité des créances, si celles-ci ne deviennent exigibles qu'après la publication du transfert de patrimoine.

En pratique, ces derniers aspects incitent souvent les parties à renoncer aux avantages pratiques de cette forme de transaction et à soumettre leur transaction à un transfert classique à titre singulier des actifs, passifs et contrats

concernés. C'est particulièrement le cas lorsque les parties adoptent une approche prudente à l'égard du secret bancaire (voir ci-dessous section 6.3).

4 OBSTACLES REGLEMENTAIRES

4.1 SHARE DEAL

Si une banque suisse est vendue par le biais d'un *Share Deal*, tant le vendeur que l'acquéreur d'une **participation qualifiée** de minimum 10% du capital ou des parts de la banque doivent annoncer la transaction envisagée à la FINMA avant son exécution. Cette exigence vaut également en cas de changement des rapports de participation dans une banque, lorsque ce changement atteint ou passe au-delà ou en deçà des seuils de 20%, 33% ou 50% du capital ou des parts. Il y a en outre une obligation d'annonce ultérieure pour la banque transférée.

L'**autorisation** dont dispose la banque à transférer reste en principe valable. Toutefois, il convient de relever que la banque à transférer doit toujours remplir toutes les conditions de l'autorisation. Ainsi, l'approbation préalable de la FINMA doit être obtenue lorsque la transaction entraîne une décision ou une nécessité de changements dans l'activité commerciale ou dans l'administration de la banque, ou lorsque la modification d'une participation qualifiée intervient pour offrir la garantie d'une activité irréprochable. Par ailleurs, est réservée l'obtention d'une éventuelle **autorisation additionnelle**, qui doit être demandée lorsque la banque passe en mains étrangères ou si le contrôle d'une société en mains étrangères change.

4.2 ASSET DEAL

Si une partie de la banque est simplement vendue par le biais d'un *Asset Deal*, il est pertinent d'un point de vue réglementaire d'examiner si l'acquéreur dispose déjà d'une **autorisation bancaire** ou s'il doit en requérir une, n'étant reconnu comme banque que sur la base de l'*Asset Deal*.

Alors que l'acquéreur qui devient une banque par le biais de l'*Asset Deal* doit obtenir une autorisation bancaire avant l'exécution de la transaction, l'acquéreur qui était déjà une banque ne requiert pas de nouvelle autorisation. Cependant, si l'*Asset Deal* entraîne des changements dans l'activité commerciale ou l'administration du côté de l'acquéreur et/ou du côté de la banque cédante, la FINMA devra les approuver en délivrant une autorisation préalable, et ainsi approuver indirectement la transaction elle-même avant son exécution.

5 PARTICULARITÉS LORS DE LA DUE DILIGENCE

Indépendamment du choix de la forme de transaction dans un cas particulier, il convient de prêter une attention particulière au traitement adéquat du secret bancaire lors de la **due diligence** d'une banque.

La protection des données, respectivement la confidentialité de celles-ci, qui seront divulguées aux acheteurs potentiels dans le cadre d'une due diligence, bénéficient d'exigences élevées qui ne sont pas spécifiques aux due diligence bancaires. En particulier, les obligations de protection des données et de confidentialité de la société concernée envers ses employés et ses autres co-contractants sont souvent diamétralement opposées aux besoins d'information étendue des acquéreurs potentiels.

Dans le cadre d'une due diligence spécifiquement bancaire, la question du **secret bancaire** accentue le conflit fondamental entre les objectifs. En principe, la divulgation d'informations sur les clients dans le cadre d'une due diligence bancaire est exclue sans le consentement préalable des clients. Toutefois, dans la mesure où l'étendue et la qualité de la clientèle représentent une valeur décisive dans l'acquisition d'une banque, un acquéreur prudent voudra examiner cet aspect à la loupe.

C'est pourquoi, la pratique a reconnu la possibilité de faire appel à un **consultant** (choisi par l'acquéreur potentiel mais formellement mandaté par la banque concernée) qui est lui-même soumis au secret bancaire et exécute la due diligence en rapport avec les clients de la banque à transférer. Il convient ensuite de s'assurer que le rapport, qui comporte les résultats et est soumis à l'acquéreur potentiel, respecte le secret bancaire par l'anonymisation des données protégées.

6 PARTICULARITÉS LORS DE L'EXÉCUTION

6.1 GÉNÉRALITÉS

Selon la forme de transaction choisie, le secret bancaire pose à nouveau des difficultés lors de l'exécution de la transaction M&A.

L'exécution d'un *Share Deal* ne présente en soi pas de difficulté particulière, dans la mesure où le maître du secret, soit la société-cible, demeure le même après l'exécution de la transaction. La situation s'avère plus problématique dans le cas d'un *Asset Deal*, où les informations protégées par le secret bancaire passent à un nouveau sujet de droit au plus tard au moment de l'exécution de la transaction M&A.

6.2 SECRET BANCAIRE ET TRANSFERT À TITRE SINGULIER D'ACTIFS ET DE PASSIFS

Comme mentionné ci-dessus, les clients devant être transférés par le biais d'un **transfert à titre singulier d'actifs et de passifs**, doivent impérativement **consentir** à leur transfert. En raison du secret bancaire, les clients devant être transférés ne doivent en aucun cas être contactés ni recevoir de communications de l'acquéreur, mais uniquement de la banque transférante elle-même.

"Dans l'état actuel du marché le recours aux *Asset Deals* dans le cadre de transactions M&A dans le domaine de la finance a gagné en importance face aux *Share Deals*."

La question de savoir si, en raison du secret bancaire, le consentement des clients de la banque doit intervenir expressément ou même par écrit, ou si au contraire un consentement tacite ou par actes concludants est suffisant, doit être examinée au cas par cas, tant qu'un "*Re-papering*" de la relation clientèle n'est pas prévu. Pour les clients "banque restante", la question sera toujours examinée avec une précaution particulière.

Les exigences d'un consentement individuel – et voire même écrit dans certaines circonstances – de chaque

client concerné, alourdissent passablement cette forme de transaction et la rendent particulièrement laborieuse, notamment dans les cas où un portfolio de clients important et éventuellement global devrait être transféré.

6.3 SECRET BANCAIRE ET TRANSFERT DE PATRIMOINE SELON LA LFUS

En ce qui concerne les transactions bancaires par le biais d'un **transfert de patrimoine selon la LFus**, il a été reconnu en pratique que toutes les relations bancaires seraient transférées **automatiquement** à l'acquéreur lors de l'inscription auprès du registre du commerce, y compris les données de clients protégées par le secret bancaire. Selon cette pratique, il est ainsi suffisant que les clients de la banque soient informés ultérieurement du transfert effectué.

"Dans les transactions transfrontières, un transfert universel de l'activité de la banque n'est en principe souvent pas praticable par voie de transfert de patrimoine selon la LFus."

Dans ce cadre-là, il manque toutefois une disposition légale claire ou une jurisprudence pertinente. Le secret bancaire étant protégé par le droit pénal, il présente certains risques et recommande de vérifier lors de chaque transfert de patrimoine selon la LFus, s'il ne convient pas d'obtenir au moins un consentement implicite des clients concernés, malgré le transfert automatique des contrats.

Le transfert de patrimoine selon la LFus prévoit notamment qu'une liste des contrats à transférer doit être soumise au registre du commerce. Ces documents peuvent ensuite être consultés et copiés par tous auprès du registre du commerce, sans qu'il ne soit nécessaire de démontrer un intérêt légitime. Afin d'éviter une violation qualifiée du secret bancaire dans ce contexte, la banque transférante doit veiller à communiquer les relations bancaires à transférer, autant que possible et dans la mesure tolérée par le registre du commerce, de manière **générale et abstraite, sous une forme anonymisée**.

7 TRANSACTIONS TRANSFRONTIÈRES

La question du **droit applicable** peut présenter des difficultés dans les transactions M&A auxquelles participent des institutions bancaires étrangères. Par exemple, cette question se pose lors de la vente à un acquéreur suisse des activités en Suisse déployées par la succursale suisse d'une banque étrangère, dans la mesure où, du point de vue juridique, c'est l'institution bancaire étrangère (et non sa succursale suisse) qui agit comme vendeuse.

Dans ce type de transactions transfrontières, un transfert universel de l'activité de la banque n'est souvent pas praticable par voie de transfert de patrimoine selon la LFus. Il conviendra alors de recourir au laborieux transfert à titre singulier d'actifs et de passifs, dont l'exécution soulève cependant également des questions complexes de conflits de lois.

8 CONCLUSION

Dans l'état actuel du marché – et notamment dans le contexte des *Legacy Issues* – le recours aux *Asset Deals* dans le cadre de transactions M&A dans le domaine de la finance a gagné en importance face aux *Share Deals*. Ainsi, les parties sont aujourd'hui de plus en plus souvent confrontées à une course d'obstacles, plutôt qu'à un sprint.

Dans le cadre de l'*Asset Deal*, il existe deux formes de transactions principales: le transfert de patrimoine universel selon la LFus et le transfert à titre singulier d'actifs et de passifs. Dans les deux cas, il conviendra d'être particulièrement vigilant lors de la due diligence, de la mise en œuvre ainsi que de l'exécution pour préserver le secret bancaire.

Contacts

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique ou fiscal. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Schellenberg Wittmer SA ou l'un des avocats suivants répondra volontiers à vos questions:

A Genève:



Jean Jacques Ah Choon

Associé
jean-jacques.ahchoon@swlegal.ch

A Zurich:



Dr. Martin Weber

Associé
martin.weber@swlegal.ch



Jean-Yves De Both

Associé
jean-yves.deboth@swlegal.ch



Dr. Oliver Triebold

Associé
oliver.triebold@swlegal.ch

Schellenberg Wittmer SA

Avocats

GENÈVE

15bis, rue des Alpes
Case postale 2088
1211 Genève 1/Suisse
T +41 22 707 8000
F +41 22 707 8001
geneva@swlegal.ch

ZURICH

Löwenstrasse 19
Case postale 1876
8021 Zurich/Suisse
T +41 44 215 5252
F +41 44 215 5200
zurich@swlegal.ch

www.swlegal.ch

Schellenberg Wittmer Pte Ltd in Singapore

6 Battery Road, #37-02 / Singapore 049909 / www.swlegal.sg