



Verfügung 477/05

vom 15. August 2011

Öffentliches Angebot von **HarbourVest Acquisition GmbH** und öffentliches Teilangebot von **ACP Acquisition GmbH** an die Aktionäre von **Absolute Private Equity AG** – Rückzug des öffentlichen Teilangebots von ACP

Sachverhalt:

A.

Mit Verfügung 477/01 vom 3. Juni 2011 stellte die Übernahmekommission (**UEK**) die Gesetzmässigkeit des Angebots (**Angebot von HarbourVest** oder **Erstangebot**) von HarbourVest Acquisition GmbH (**HarbourVest** oder **Erstanbieterin**) an die Aktionäre von Absolute Private Equity AG (**Absolute** oder **Zielgesellschaft**) fest.

B.

Am 20. Juli 2011 kündigte ACP Intermediate Acquisition S. à r.l. in den elektronischen Medien an, dass sie oder eine ihrer Tochtergesellschaften den Aktionären von Absolute voraussichtlich am 27. Juli 2011 ein öffentliches Teilangebot für 8'716'521 Absolute-Aktien unterbreiten werde, entsprechend 20 % des Aktienkapitals, wobei die minimale Andienungsquote gemäss Bedingung (a) davon die Hälfte, also 10 % des Aktienkapitals beträgt. ACP Intermediate Acquisition S. à r.l. wird über weitere Einheiten letztlich von David Abrams, wohnhaft in Brookline (MA), USA, kontrolliert. David Abrams hielt per 25. Juli 2011 über die von ihm kontrollierten Einheiten insgesamt 3'875'716 Absolute-Aktien, was damals 8.59 % des Aktienkapitals von Absolute entsprach. Am 27. Juli 2011 erfolgte die Publikation des Angebots (**Teilangebot von ACP** oder **Zweitangebot**) durch ACP Acquisition GmbH (**ACP**).

C.

Mit Verfügung 477/04 vom 2. August 2011 entschied die UEK, dass es sich beim Teilangebot von ACP nicht um ein konkurrierendes Angebot zum Angebot von HarbourVest handle, sondern dass dieses als eigenständiges („stand-alone“) Angebot zu qualifizieren sei. Die Angebotsfrist des Teilangebots von ACP dürfe daher erst am ersten Börsentag nach Publikation des definitiven Zwischenergebnisses des Angebots von HarbourVest beginnen. Die UEK stellte im Weiteren fest, dass das Teilangebot von ACP den gesetzlichen Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote entspreche, unter gewissen Auflagen. Schliesslich wurde die Angebotsfrist des Angebots von HarbourVest bis zum 10. August 2011 verlängert.

D.

Am 5. August 2011 haben HarbourVest und ACP ihre Angebote gemäss Verfügung 477/04 jeweils ergänzt und die angepassten Zeitpläne veröffentlicht. Danach soll das definitive Zwischenergebnis des Angebots von HarbourVest am 16. August 2011 publiziert werden. Die Publikation des definitiven Endergebnisses ist für den 5. September 2011 vorgesehen und der Vollzug



des Angebots soll spätestens am 13. September 2011 erfolgen. Als erster Tag der Angebotsfrist des Teilangebots von ACP ist der 17. August 2011 vorgesehen.

E.

Mit Medienmitteilung vom 9. August 2011 teilte ACP mit, dass David Abrams die von ihm indirekt gehaltenen 3'875'716 Absolute-Aktien (vgl. Sachverhalt lit. B) am 10. August 2011, also am letzten Tag der Angebotsfrist des Angebots von HarbourVest, in dieses Angebot andienen werde.

F.

Am 11. August 2011 gab HarbourVest das provisorische Zwischenergebnis des Erstangebotes bekannt: Bis zum Ablauf der Angebotsfrist am 10. August 2011, 16:00 MESZ, wurden HarbourVest insgesamt 39'409'765 Absolute-Aktien angedient, entsprechend 90.425 % der Absolute-Aktien, auf die sich das Angebot von HarbourVest bezieht. Unter Einbezug der durch Absolute gehaltenen 1'530'000 Absolute-Aktien [Anm.: inzwischen vernichtet] beläuft sich die Beteiligung von HarbourVest auf 90.75 % aller am Ende der Angebotsfrist ausgegebenen Absolute-Aktien.

G.

Mit Eingabe vom 12. August 2011 stellte ACP folgenden Antrag:

„Es sei festzustellen, dass ACP Acquisition GmbH ihr öffentliches Kaufangebot für maximal 8'716'521 sich im Publikum befindende Inhaberaktien der Absolute Private Equity AG vor dem Beginn der Angebotsfrist am 17. August 2011 zurückziehen kann, eventualiter unter dem Vorbehalt, dass das öffentliche Kaufangebot der Harbour Vest Acquisition GmbH für alle sich im Publikum befindenden Inhaberaktien der Absolute Private Equity AG vollzogen wird.“

Begründet wird der Antrag im Wesentlichen damit, dass aufgrund des provisorischen Zwischenergebnisses des Erstangebotes (vgl. Sachverhalt lit. F) die Andienungsquote gemäss Bedingung (a) des Teilangebotes von ACP (vgl. Sachverhalt lit. B) nicht mehr erreicht werden könne. Damit stehe fest, dass das Angebot von ACP nicht zustande kommen werde, zumal ACP auf die Bedingung (a) nicht verzichten werde.

H.

Die Zielgesellschaft und HarbourVest unterstützen den Antrag von ACP. Beide verlangen jedoch, dass der Rückzug nur unter der Bedingung des Vollzugs des Angebots von HarbourVest zu erlauben sei. HarbourVest erklärte zudem gegenüber der UEK, dass sie nicht beabsichtige, Absolute-Aktien, welche sie unter dem Erstangebot erwerbe, ihrerseits ins Teilangebot von ACP anzudienen.

I.

Zur Prüfung dieser Angelegenheit wurde ein Ausschuss bestehend aus Luc Thévenoz (Präsident), Raymund Breu, Henry Peter und Thomas Rufer gebildet.

—



Die Übernahmekommission zieht in Erwägung:

1. Ausnahmsweise Möglichkeit eines Rückzugs

[1] Es gehört zu den übernahmerechtlichen Prinzipien, dass ein Anbieter grundsätzlich an seine Offerte gebunden ist (Empfehlung 162/02 vom 11. Juni 2003 in Sachen *Centerpulse AG*, Erw. 4.4 und Empfehlung 161/02 vom 11. Juni 2003 in Sachen *InCentive Capital AG*, Erw. 4.4). Diese Bindungswirkung tritt bereits mit der Voranmeldung ein (vgl. Art. 7 Abs. 1 UEV). Allerdings gilt die Bindungswirkung nicht absolut. Insbesondere darf ein Anbieter, der hierfür ein begründetes Interesse hat, sein Angebot an Bedingungen knüpfen (Art. 13 Abs. 1 UEV). Bedingungen umschreiben Umstände, unter welchen der Anbieter nicht an sein Angebot gebunden ist und von diesem Abstand nehmen kann.

[2] Gemäss Art. 4 Abs. 1 UEV kann die Übernahmekommission von Amtes wegen oder auf Gesuch hin Ausnahmen von einzelnen Bestimmungen dieser Verordnung gewähren, sofern diese durch überwiegende Interessen gerechtfertigt sind. Dabei kann es sich um Interessen der Angebotsempfänger oder um solche des Anbieters handeln. Diese Bestimmung soll es der UEK ermöglichen, eine dem Einzelfall angemessene Lösung zu finden. Eine Ausnahme ist namentlich dann gerechtfertigt, wenn die Anwendung einer Vorschrift im konkreten Fall nicht im Interesse der Angebotsempfänger liegt oder zu einem unnötigen Aufwand führt.

[3] Gemäss dem provisorischen Zwischenergebnis von HarbourVest wurden HarbourVest insgesamt 39'409'765 Absolute-Aktien angedient (vgl. Sachverhalt lit. F). Da das Aktienkapital von Absolute per 15. August 2011 insgesamt 43'582'605 Absolute-Aktien umfasst, befinden sich noch 4'172'840 Absolute-Aktien im Publikum. Mit diesen 4'172'840 Absolute-Aktien kann die Andienungsschwelle gemäss Bedingung (a) des Teilangebots von ACP (vgl. Sachverhalt lit. B) nicht erreicht werden, zumal HarbourVest keine unter dem Erstangebot erworbenen Absolute-Aktien ins Teilangebot von ACP andienen wird (vgl. Sachverhalt lit. H). Damit steht fest, dass das Teilangebot von ACP nicht zustande kommen kann, sofern das Angebot von HarbourVest vollzogen wird, da ACP auf den Eintritt der Bedingung (a) nach eigenen Angaben nicht verzichten wird. In diesem Zusammenhang kann ACP auch nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass ACP bzw. David Abrams die eigenen 3'875'716 Absolute-Aktien angesichts des zu erwartenden Nichtzustandekommens des Teilangebotes von ACP ins Angebot von HarbourVest angedient hat (vgl. Sachverhalt lit. E). Diese eigenen Absolute-Aktien hätten für das Erreichen der Andienungsschwelle gemäss Bedingung (a) des Teilangebots von ACP ohnehin nicht gezählt.

[4] Damit steht vorliegend zwar (noch) nicht definitiv fest, dass die Bedingung (a) des Teilangebots von ACP ausgefallen ist, weil der Vollzug des Angebots von HarbourVest seinerseits noch gewissen Bedingungen unterliegt. Es ist jedoch unwahrscheinlich, dass die Bedingungen des Angebots von HarbourVest nicht eintreten, zumal ein behördliches Verbot (Bedingung (b)) nicht ersichtlich ist und die Zielgesellschaft beziehungsweise deren Verwaltungsrat gemäss eigenen Angaben die notwendigen Handlungen vornehmen bzw. unterlassen werden, damit die weiteren Bedingungen (d), (e) und (f) eintreten. Es ist damit praktisch keine Konstellation denkbar, unter



welcher das Angebot von HarbourVest noch scheitern könnte. Um dieses Restrisiko gleichwohl auszuschliessen, ist ein allfälliger Rückzug erst dann zuzulassen, nachdem das Angebot von HarbourVest vollzogen wurde (vgl. sogleich sowie für einen vergleichbaren Sachverhalt Empfehlung 384/03 vom 18. November 2008 in Sachen *sia Abrasives Holding AG*, Erw. 10).

[5] Zudem ist zu bedenken, dass im vorliegenden Fall nicht ausgeschlossen werden kann, dass Absolute-Aktionäre, obwohl sie eigentlich verkaufen möchten, das Angebot von HarbourVest während der Nachfrist nicht annehmen, um danach ins Teilangebot von ACP andienen zu können, weil sie übersehen haben, dass letzteres aus den erwähnten Gründen kaum noch zustande kommen kann.

[6] Damit kann festgestellt werden, dass ein Rückzug des Teilangebots von ACP im Interesse der Angebotsempfänger ist, da der irreführende Eindruck eines erfolgsversprechenden Angebots als Alternative zum Angebot von HarbourVest vermieden wird. Ein Rückzug ist aber auch im Interesse von ACP und der Zielgesellschaft, weil dadurch zusätzlicher Aufwand für ein aussichtsloses Angebot vermieden wird.

[7] Nach dem Gesagten ist ACP in Anwendung von Art. 4 Abs. 1 UEV zu gestatten, das Teilangebot von ACP zurückzuziehen, sofern und nachdem das Angebot von HarbourVest vollzogen wurde. Zu diesem Zweck ist zunächst die Karenzfrist des Teilangebots von ACP bis zum 20. September 2011 zu verlängern, um ACP ausreichend Zeit für die anschliessende Information über das weitere Schicksal des Teilangebotes von ACP zu geben. HarbourVest hat die UEK und die Parteien spätestens am 15. September 2011, zwei Tage nach dem spätesten Datum für den mutmasslichen Vollzug des Angebots von HarbourVest (vgl. Sachverhalt lit. D), über den Vollzug des Angebotes von HarbourVest zu informieren. Falls das Angebot von HarbourVest wie erwartet vollzogen wurde, kann alsdann am letzten Tag der Karenzfrist, also am 20. September 2011 der Rückzug des Teilangebots von ACP publiziert werden.

—

2. Veröffentlichung der Verlängerung der Karenzfrist und des Rückzugs

[8] ACP hat die Öffentlichkeit spätestens am 17. August 2011 vor Börsenbeginn über die Verlängerung der Karenzfrist des Teilangebots von ACP bis zum 20. September 2011 zu informieren. Um eine unverzügliche Information der Öffentlichkeit sicherzustellen, ist eine Publikation in analoger Anwendung von Art. 8 UEV vorzunehmen.

[9] ACP hat die Öffentlichkeit spätestens am 20. September 2011 über einen allfälligen Rückzug des Teilangebots von ACP zu informieren und diese Information in derselben Form wie das Angebot im Sinne von Art. 18 UEV zu veröffentlichen.

—



3. Verzicht auf einen Bericht des Verwaltungsrats

[10] Vor dem Hintergrund, dass die Karenzfrist des Teilangebotes von ACP mit Blick auf den zu erwartenden späteren Rückzug verlängert wird, kann der Verwaltungsrat der Zielgesellschaft einstweilen darauf verzichten, einen Bericht nach Art. 29 Abs. 1 BEHG vorzulegen.

[11] Falls das Teilangebot von ACP wider Erwarten nicht zurückgezogen wird, wäre ein solcher Bericht des Verwaltungsrats gemäss Art. 30 ff. UEV nachträglich zu erstellen.

—

4. Publikation

[12] Die vorliegende Verfügung wird auf der Website der UEK veröffentlicht (Art. 33a BEHG in Verbindung mit Art. 65 Abs. 1 UEV).

—

5. Gebühr

[13] Die Gebühr für die vorliegende Verfügung gilt als mit der Gebühr abgegolten, welche für die Prüfung des Teilangebots von ACP erhoben wurde.

—



Die Übernahmekommission verfügt:

1. Die Karenzfrist für das Teilangebot von ACP Acquisition GmbH an die Aktionäre von Absolute Private Equity AG wird bis zum 20. September 2011 verlängert.
2. ACP Acquisition GmbH hat die Öffentlichkeit am 17. August 2011 vor Börsenbeginn über die Verlängerung der Karenzfrist gemäss Dispositiv Ziff. 1 zu orientieren. Die Publikation hat in analoger Anwendung von Art. 8 UEV zu erfolgen.
3. HarbourVest Acquisition GmbH hat die Übernahmekommission und die Parteien spätestens am 15. September 2011 über den Vollzug des Angebotes von HarbourVest Acquisition GmbH zu informieren.
4. ACP Acquisition GmbH wird das Recht eingeräumt, das Teilangebot von ACP Acquisition GmbH an die Aktionäre von Absolute Private Equity AG bis spätestens am 20. September 2011 zurückzuziehen, falls das Angebot von HarbourVest Acquisition GmbH an die die Aktionäre von Absolute Private Equity AG zu diesem Zeitpunkt vollzogen wurde. Die Öffentlichkeit ist über einen allfälligen Rückzug gemäss Art. 18 UEV zu orientieren.
5. Diese Verfügung wird nach Eröffnung an die Parteien auf der Website der Übernahmekommission veröffentlicht.

Der Präsident:

Prof. Luc Thévenoz
—

Diese Verfügung geht an die Parteien:

- Absolute Private Equity AG, vertreten durch Dr. Andreas Casutt und Philipp Haas, Niederer Kraft & Frey AG;
- HarbourVest Acquisition GmbH, vertreten durch Severin Roelli und Dr. Christian Leuenberger, Pestalozzi Rechtsanwälte AG;
- ACP Acquisition GmbH, vertreten durch Dr. Rudolf Tschäni, Hans-Jakob Diem, Tino Gaberthüel und Urs Reinwald, Lenz & Staehelin.



Diese Verfügung geht zur Kenntnisnahme an:

- Ernst & Young AG (Prüfstelle der Erstanbieterin);
- PricewaterhouseCoopers Ltd (Prüfstelle der Zweitanbieterin).

Rechtsmittelbelehrung:

Beschwerde (Art. 33c des Börsengesetzes, SR 954.1):

Gegen diese Verfügung kann innerhalb von fünf Börsentagen Beschwerde bei der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA), Einsteinstrasse 2, CH - 3003 Bern erhoben werden. Die Frist beginnt am ersten Börsentag nach Eröffnung der Verfügung per Telefax oder auf elektronischem Weg zu laufen. Die Beschwerde hat den Erfordernissen von Art. 33c Abs. 2 BEHG und Art. 52 VwVG zu genügen.

—