



## Verfügung 493/01

vom 11. Oktober 2011

Gesuch von **HarbourVest Acquisition GmbH** und **Luxinva S.A.** betreffend Feststellung des Nichtbestehens einer Angebotspflicht bzw. Gewährung einer Ausnahme bezüglich **Absolute Private Equity AG**

### Sachverhalt:

#### A.

Mit Verfügung 477/01 vom 3. Juni 2011 stellte die Übernahmekommission die Gesetzmässigkeit des Angebots (**HarbourVest-Angebot**) von HarbourVest Acquisition GmbH (**Gesuchsteller 1**) an die Aktionäre von Absolute Private Equity AG (**Absolute** oder **Zielgesellschaft**) fest. Gemäss definitivem Endresultat vom 5. September 2011 wurden HarbourVest Acquisition GmbH bis zum Ablauf der Nachfrist am 30. August 2011 insgesamt 43'005'846 Absolute Aktien unter dem HarbourVest-Angebot angedient, was 98.68 % der ausgegebenen Absolute-Aktien bzw. Stimmrechte entspricht. Am 13. September 2011 wurde das HarbourVest-Angebot vollzogen.

#### B.

Im Anschluss an den Vollzug des HarbourVest-Angebots leitete HarbourVest Acquisition GmbH am 14. September 2011 ein Verfahren gemäss Art. 33 BEHG zur Kraftloserklärung der restlichen Absolute-Aktien ein.

#### C.

Ein Überblick über die aktuelle Beteiligungs-Struktur an Absolute ergibt folgendes Bild:

- Absolute wird zu 98.68 % von der HarbourVest Acquisition GmbH gehalten.
- HarbourVest Acquisition GmbH wird zu 100 % von HarbourVest Acquisition Holdings S.a r.l., Luxemburg, gehalten.
- HarbourVest Acquisition Holdings S.a r.l. wiederum wird zu 100 % von der HarbourVest Acquisition S.à r.l., Luxemburg, gehalten.
- Die Anteile bzw. Stimmrechte von HarbourVest Acquisition S.à r.l. werden von vier Einheiten gehalten, welche ihrerseits alle letztlich von HarbourVest Partners, LLC, Boston, USA, kontrolliert und geleitet werden:
  - Dover Street VII AIV L.P.: 66.24 %
  - Secondary Overflow Fund AIV L.P.: 17.08 %
  - HYPE Avalon Co-Investment L.P.: 14 %
  - Dover Street VII Secondary Co-Investment L.P.: 2.68 %

#### D.

Gemäss der geplanten Transaktion (**geplante Transaktion**) soll sich Luxinva S.A. (**Luxinva** oder **Gesuchsteller 2**), Luxemburg, eine Gesellschaft nach luxemburgischem Recht, die im alleinigen



Eigentum der Abu Dhabi Investment Authority, Abu Dhabi, Vereinigte Arabische Emirate, steht indirekt als Investor an Absolute beteiligen. Hierfür soll Luxinva Stammteile von HarbourVest Acquisition S.à r.l. erwerben, welche zurzeit von Dover Street VII AIV L.P. gehalten werden, und zwar im Umfang von ca. 8 % (in keinem Fall aber mehr als 9 %) aller ausstehenden Anteile von HarbourVest Acquisition S.à r.l. Nach Durchführung der geplanten Transaktion bestünde somit folgende Beteiligungsstruktur an HarbourVest Acquisition S.à r.l.:

- Dover Street VII AIV L.P.: ca. 58 %
- Luxinva: ca. 8 %
- Secondary Overflow Fund AIV L.P.: 17.08 %
- HYPE Avalon Co-Investment L.P.: 14.00 %
- Dover Street VII Secondary Co-Investment L.P.: 2.68 %

#### E.

Zudem ist beabsichtigt, dass die fünf künftig an HarbourVest Acquisition S.à r.l. beteiligten Einheiten (zusammen **HarbourVest Acquisition S.à r.l.-Gesellschafter**) bezüglich ihrer Beteiligungen an HarbourVest Acquisition S.à r.l. einen Aktionärsbindungsvertrag (**geplanter ABV**) abschliessen, der mit dem Vollzug der geplanten Transaktion in Kraft treten würde. Der geplante ABV soll unter anderem Veräusserungsbeschränkungen für Luxinva betreffend die von ihr gehaltenen Anteile an HarbourVest Acquisition S.à r.l. sowie Bezugsrechte für alle HarbourVest Acquisition S.à r.l.-Gesellschafter im Zusammenhang mit der Ausgabe oder dem Verkauf von Anteilen an HarbourVest Acquisition S.a r.l. vorsehen. Darüber hinaus wird der geplante ABV Luxinva keine weitergehenden Möglichkeiten der Einflussnahme einräumen als diejenigen, welche Luxinva entsprechend ihrer Beteiligung an HarbourVest Acquisition S.a r.l. ohnehin hätte. Luxinva werden insbesondere keine vertraglichen Veto-Rechte irgendwelcher Art eingeräumt und Luxinva erhält auch keinen Anspruch, ein Mitglied des Leitungsorgans von HarbourVest Acquisition S.a r.l. zu bestimmen. Luxinva wird sich im Gegenteil verpflichten, die Stimmrechte an HarbourVest Acquisition S.a r.l. gemäss Instruktion von HarbourVest Partners, LLC auszuüben.

#### F.

Mit Eingabe vom 5. Oktober 2011 stellten die Gesuchsteller 1 und 2 folgende Anträge:

- "1. *Es sei festzustellen, dass der geplante Verkauf von ca. 8 % (in keinem Fall aber mehr als 9 %) aller ausstehenden Anteile der HarbourVest Acquisition S.a r. l. von der Dover Street VII AIV LP. an die Luxinva S.A. weder für die Gruppe von Rechtsträgern, die mit HarbourVest Acquisition GmbH in gemeinsamer Absprache handeln, noch für ein einzelnes Mitglied dieser Gruppe (einschliesslich Luxinva S.A. und die Abu Dhabi Investment Authority) eine Pflicht zur Unterbreitung eines öffentlichen Kaufangebots an die Aktionäre der Absolute Private Equity AG gemäss Art. 32 Börsengesetz auslöst;*
2. *Eventualiter sei der Gruppe von Rechtsträgern, die mit HarbourVest Acquisition GmbH in gemeinsamer Absprache handeln oder dem betreffenden einzelnen Rechtsträger eine Ausnahme von der Angebotspflicht zu gewähren."*



Zudem beantragen die Gesuchsteller 1 und 2, es sei auf eine Stellungnahme des Verwaltungsrates der Absolute Private Equity AG bzw. deren Publikation zu verzichten und die Publikation der Verfügung sei bis zur Bekanntgabe der Transaktion (durch Veröffentlichung der entsprechenden offenlegungsrechtlichen Meldung auf der Website der Offenlegungsstelle der SIX Exchange Regulation) aufzuschieben. Absolute verzichtete mit Eingaben vom 12. Oktober 2011 auf eine Stellungnahme.

#### **G.**

Zur Prüfung dieser Angelegenheit wurde ein Ausschuss bestehend aus Luc Thévenoz (Präsident), Raymund Breu und Walter Knabenhans gebildet.

—

### **Die Übernahmekommission zieht in Erwägung:**

#### **1. Angebotspflicht gemäss Art. 32 Abs. 1 BEHG**

[1] Gemäss Art. 32 Abs. 1 BEHG muss diejenige Person, welche direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Beteiligungspapiere erwirbt und damit zusammen mit den Papieren, die sie bereits besitzt, den Grenzwert von 33 1/3 % der Stimmrechte einer Zielgesellschaft überschreitet, ob ausübbar oder nicht, ein Angebot für alle kotierten Beteiligungspapiere der Gesellschaft unterbreiten.

[2] Eine Angebotspflicht entsteht auch, wenn es innerhalb einer beherrschenden Gruppe im Sinne von Art. 31 BEHV-FINMA zu wesentlichen Veränderungen kommt, welche eine Änderung der Kontrollverhältnisse zur Folge haben (zuletzt Verfügung 457/1 vom 15. Oktober 2010 in Sachen *SCHMOLZ + BICKENBACH AG*, Erw. 2.1). Falls es innerhalb einer beherrschenden Gruppe zu Modifikationen kommt, sei es durch den Eintritt von neuen Aktionären, durch das Ausscheiden von Gruppenmitgliedern oder durch Verschiebungen innerhalb der Gruppe, sei es durch Modifikationen am der Gruppe zugrundeliegenden (Aktionärsbindungs-)Vertrag, muss grundsätzlich festgestellt werden, ob sich die Verhältnisse innerhalb der Gruppe wesentlich ändern und dadurch eine neue Gruppe entsteht. In diesem Fall muss den Minderheitsaktionären die Option gewährt werden, aus der Gesellschaft austreten zu können, da dies einem Kontrollwechsel gleichkommen kann (vgl. Empfehlung 256/01 vom 11. November 2005 in Sachen *Rätia Energie AG*, Erw. 2.1).

—

#### **2. Keine Angebotspflicht infolge Überschreitung des Grenzwerts von 33 1/3 % der Stimmrechte**

[3] Gegenwärtig halten sowohl HarbourVest Acquisition GmbH direkt sowie sämtliche Einheiten, welche HarbourVest Acquisition GmbH beherrschen bis und mit HarbourVest Partners, LLC, indirekt mehr als 33 1/3 % der Stimmrechte an Absolute. Die geplante Transaktion ändert daran nichts. Insbesondere führt die geplante Transaktion nicht dazu, dass Luxinva den Grenzwert ge-

—

—



mäss Art. 32 Abs. 1 BEHG (indirekt) überschreitet, da Luxinva lediglich ca. 8 % (höchstens 9 %) an HarbourVest Acquisition S.à r.l. erwerben wird. Mit dieser Beteiligung kann Luxinva HarbourVest Acquisition S.à r.l. nicht beherrschen, weshalb Luxinva auch die von HarbourVest Acquisition S.à r.l. indirekt gehaltene Beteiligung an Absolute nicht zugerechnet werden kann.

–

### **3. Keine wesentliche Veränderung innerhalb der beherrschenden Gruppe**

[4] HarbourVest Partners, LLC bildet zusammen mit sämtlichen von ihr direkt oder indirekt beherrschten Einheiten bis und mit HarbourVest Acquisition GmbH eine beherrschende Gruppe im Sinne von Art. 32 Abs. 1 BEHG in Verbindung mit Art. 31 BEHV-FINMA. Dabei beherrscht HarbourVest Partners, LLC letztlich alle anderen Mitglieder dieser Gruppe. Durch die geplante Transaktion und den Abschluss des geplanten ABV wird diese Gruppe um Luxinva und die dahinter stehende Abu Dhabi Investment Authority erweitert. Diese Erweiterung hat jedoch keine wesentliche Veränderung der Gruppe zur Folge, die – aus Sicht eines Minderheitsaktionärs von Absolute – einem Kontrollwechsel gleichkäme. Der Erwerb durch Luxinva von 8 % (höchstens 9 %) an HarbourVest Acquisition S.à r.l. ändert nämlich nichts daran, dass HarbourVest Acquisition S.à r.l. nach wie vor letztlich von HarbourVest Partners, LLC beherrscht wird, welche sämtliche übrigen Anteilen an HarbourVest Acquisition S.à r.l. (also 92 % [bzw. 91 %]) indirekt hält. Damit ändert sich auch nichts an der Beherrschung der von HarbourVest Acquisition S.à r.l. ihrerseits kontrollierten Gesellschaften und damit letztlich von Absolute. Absolute wurde und wird auch nach der geplanten Transaktion von HarbourVest Partners, LLC beherrscht, für den Minderheitsaktionär von Absolute ändert sich nichts. Das Gesagte gilt umso mehr, als sich Luxinva gemäss geplantem ABV überdies verpflichten wird, die Stimmrechte an HarbourVest Acquisition S.a r.l. gemäss Instruktion von HarbourVest Partners, LLC auszuüben (vgl. Sachverhalt lit. E).

–

### **4. Zwischenresultat**

[5] Es kann antragsgemäss festgestellt werden, dass der geplante Verkauf einer Beteiligung von ca. 8 % (höchstens 9 %) an HarbourVest Acquisition S.a r. l. an Luxinva und der Abschluss des geplanten ABV weder für die Gruppe von Einheiten, die mit HarbourVest Acquisition GmbH in gemeinsamer Absprache handeln, noch für ein einzelnes Mitglied dieser Gruppe (einschliesslich Luxinva und die Abu Dhabi Investment Authority) eine Pflicht zur Unterbreitung eines öffentlichen Kaufangebots an die Aktionäre der Absolute auslöst.

–

### **5. Verzicht auf Stellungnahme des Verwaltungsrates**

[6] Im Verfahren betreffend Angebotspflicht hat der Verwaltungsrat einer (potentiellen) Zielgesellschaft eine Stellungnahme abzugeben (Art. 61 Abs. 1 UEV). Die Stellungnahme hat die Überlegungen des Verwaltungsrats zu enthalten, die ihn bewogen haben, das Gesuch zu unterstützen

–

–



oder abzulehnen. Zudem sind allfällige Interessenskonflikte des Verwaltungsrats und eventuell in diesem Zusammenhang getroffene Massnahmen offenzulegen.

[7] Die Gesuchsteller 1 und 2 beantragen, es sei auf eine Stellungnahme des Verwaltungsrates von Absolute zu verzichten. Der Gesuchsteller 1 halte nach dem Vollzug des HarbourVest-Angebots nunmehr 98.68 % an der Zielgesellschaft und habe eigene Vertreter in den Verwaltungsrat der Zielgesellschaft gewählt. Er habe zudem eine Klage zur Kraftloserklärung der restlichen Absolute-Aktien gemäss Art. 33 BEHG eingereicht, womit die noch verbliebenen Minderheitsaktionäre von Absolute ihre Beteiligung in absehbarer Zeit (gegen eine Abfindung zum Angebotspreis) verlieren werden. Zudem bestehe der Zweck der Stellungnahme des Verwaltungsrats darin, dass die Aktionäre der Zielgesellschaft in voller Kenntnis der Sachlage über die Ausübung ihres Einspracherechts gemäss Art. 58 UEV entscheiden könnten. Da der Gesuchsteller 1 bereits 98.68 % an der Zielgesellschaft halte, gebe es keinen Minderheitsaktionär mit mehr als 2 % der Stimmrechte an der Zielgesellschaft, wie dies Art. 56 Abs. 4 lit. b UEV in Verbindung mit Art. 58 Abs. 2 UEV für eine Einsprache voraussetze. Da somit keine Einsprache möglich sei, bedürfe es auch keiner Stellungnahme des Verwaltungsrats.

[8] Die Stellungnahme des Verwaltungsrats bezweckt zweierlei: Zum einen sollen die Aktionäre der Zielgesellschaft in voller Kenntnis der Sachlage über die Ausübung des Einspracherechts entscheiden können. Die Publikation der Stellungnahme ist dabei fristauslösend für eine allfällige Einsprache (vgl. Art. 58 Abs. 1 lit. b UEV). Zum andern dient die Stellungnahme der indirekten Wahrung des rechtlichen Gehörs von Minderheitsaktionären, welche sich mangels qualifizierter Beteiligung nicht ins Verfahren einbringen können (vgl. Empfehlung 241/1 vom 13. Mai 2005 in Sachen *Calida Holding AG*, Erw. 3.1). Vorliegend steht aufgrund der von der Gesuchsteller 1 gehaltenen 98.68 % an der Zielgesellschaft fest, dass es ausser der Gesuchstellerin 1 keine (qualifizierten) Aktionäre mit mehr als 2 % der Stimmrechte an Absolute gibt, womit eine Einsprache von vornherein ausgeschlossen ist. Damit ist auch die Information von potentiellen Einsprechern durch eine Stellungnahme obsolet und ebenso eine Publikation derselben. Bezüglich des zweiten Zweckes der Stellungnahme, der Wahrung des rechtlichen Gehörs von Minderheitsaktionären, ist daran zu erinnern, dass der Gesuchsteller 1 am 14. September 2011 ein Kraftloserklärungsverfahren nach Art. 33 BEHG eingeleitet hat (vgl. Sachverhalt lit. B). Da die materiellen Voraussetzungen für eine Kraftloserklärung offenbar erfüllt sind, werden die verbliebenen Minderheitsaktionäre in absehbarer Zeit ihre Beteiligungs- bzw. Stimmrechte an Absolute gegen eine Abfindung verlieren. Bei dieser Ausgangslage beschränkt sich ihr Interesse darauf, die ihnen gemäss Art. 33 BEHG zustehende Abfindung zu erhalten. Dieses Interesse wird über das Kraftloserklärungsverfahren gemäss Art. 33 BEHG i.V.m. Art. 55 BEHV (namentlich über die Möglichkeit des Beitritts zu diesem Verfahren) geschützt. Am vorliegenden Verfahren betreffend die Angebotspflicht haben die Minderheitsaktionäre dagegen kein vernünftiges Interesse mehr. Damit scheint eine Stellungnahme des Verwaltungsrates auch unter diesem Aspekt entbehrlich.

Nach 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. Demnach kann den Gesuchstellern 1 und 2 gestützt



auf Art. 4 Abs. 1 UEV eine Ausnahme von der Pflicht zur Erstellung und Publikation einer Stellungnahme des Verwaltungsrats gewährt werden.

—

## **6. Publikation**

[9] Die vorliegende Verfügung wird antragsgemäss am Tag der Bekanntgabe der geplanten Transaktion (durch Veröffentlichung der entsprechenden offenlegungsrechtlichen Meldung auf der Website der Offenlegungsstelle der SIX) auf der Website der Übernahmekommission veröffentlicht.

—

## **7. Gebühr**

[10] Gemäss Art. 69 Abs. 6 UEV wird für die Prüfung von Gesuchen betreffend Angebotspflicht eine Gebühr erhoben. Vorliegend ist eine Gebühr von CHF 25'000 angemessen. Die Gesuchsteller 1 und 2 haften hierfür solidarisch.

—



### **Die Übernahmekommission verfügt:**

1. Es wird festgestellt, dass der geplante Verkauf von ca. 8 % (in keinem Fall aber mehr als 9 %) aller ausstehenden Anteile der HarbourVest Acquisition S.a r. l. von Dover Street VII AIV L.P. an Luxinva S.A. weder für die Gruppe von Rechtsträgern, die mit HarbourVest Acquisition GmbH in gemeinsamer Absprache handeln, noch für ein einzelnes Mitglied dieser Gruppe (einschliesslich Luxinva S.A. und die Abu Dhabi Investment Authority) eine Pflicht zur Unterbreitung eines öffentlichen Kaufangebots an die Aktionäre von Absolute Private Equity AG auslöst.
2. Absolute Private Equity AG wird eine Ausnahme von der Pflicht gewährt, eine Stellungnahme des Verwaltungsrats abzugeben und zu publizieren.
3. HarbourVest Acquisition GmbH und Luxinva S.A. haben der Übernahmekommission nach Unterzeichnung der geplanten Transaktion die dannzumal bestehenden Beteiligungsverhältnisse an HarbourVest Acquisition S.a r. l. mitzuteilen und den abgeschlossenen Aktionärsbindungsvertrag zur Kenntnis zu bringen.
4. Diese Verfügung wird am Tag der Bekanntgabe der geplanten Transaktion auf der Website der Übernahmekommission veröffentlicht.
5. Die Gebühr zu Lasten von HarbourVest Acquisition GmbH und Luxinva S.A. beträgt CHF 25'000, unter solidarischer Haftung.

Der Präsident:

Prof. Luc Thévenoz

—

### **Diese Verfügung geht an die Parteien:**

- HarbourVest Acquisition GmbH und Luxinva S.A., beide vertreten durch Severin Roelli und Dr. Christian Leuenberger, Pestalozzi Rechtsanwälte AG;
- Absolute Private Equity AG.



### **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.

#### **Einsprache (Art. 58 der Übernahmeverordnung, SR 954.195.1):**

Ein Aktionär, welcher eine Beteiligung von mindestens 2 Prozent der Stimmrechte an der Zielgesellschaft, ob ausübbar oder nicht, nachweist (qualifizierter Aktionär, Art. 56 UEV) und am Verfahren bisher nicht teilgenommen hat, kann gegen die vorliegende Verfügung Einsprache erheben.

Die Einsprache ist bei der Übernahmekommission (Selnaustrasse 30, Postfach, CH - 8021 Zürich, [counsel@takeover.ch](mailto:counsel@takeover.ch), Telefax: +41 58 499 22 91) innerhalb von fünf Börsentagen nach der Veröffentlichung der Verfügung einzureichen. Die Frist beginnt am ersten Börsentag nach der Veröffentlichung zu laufen.

Die Einsprache muss einen Antrag und eine summarische Begründung sowie den Nachweis der Beteiligung gemäss Art. 56 UEV enthalten.

—