

Verfügung 595/01

vom 16. März 2015

Öffentliches Rückkaufprogramm von Actelion Ltd auf der 2. Handelslinie

Sachverhalt:

A.

Actelion Ltd (**Actelion** oder **Gesuchstellerin**) ist ein Pharmaunternehmen in Form einer Aktiengesellschaft mit Sitz in Allschwil/BL. Gemäss Handelsregistereintrag beträgt das Aktienkapital CHF 57'064'213.50, eingeteilt in 114'128'427 Namenaktien zum Nennwert von je CHF 0.50 (**Actelion-Aktien**). Die Actelion-Aktien sind an der SIX Swiss Exchange AG (**SIX**) gemäss Main Standard kotiert (SIX: ATLN). Actelion hält zur Zeit 3'766'408 eigene Actelion-Aktien, entsprechend 3.30 % der Stimmrechte und des Aktienkapitals.

B.

Mit Rückkaufinserat vom 6. Dezember 2013 kündigte Actelion die Lancierung eines Aktienrückkaufprogramms auf der ordentlichen Handelslinie über maximal 10'000'000 Actelion-Aktien zum Zweck der Bedienung von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen an (**erstes Rückkaufprogramm**). Dies entsprach, basierend auf dem damaligen, im Handelsregister eingetragenen Aktienkapital 8.31 % der Stimmrechte und des Kapitals von Actelion. Das erste Rückkaufprogramm ist von der Beachtung der Bestimmungen über die öffentlichen Kaufangebote gestützt auf das UEK-Rundschreiben Nr. 1 im Meldeverfahren freigestellt und dauert vom 9. Dezember 2013 bis längstens am 8. Dezember 2016. Im Rahmen dieses Rückkaufprogramms hat Actelion bis zum 10. März 2015 insgesamt 7'488'344 Actelion-Aktien zurückgekauft. Unter dem ersten Rückkaufprogramm kann Actelion daher noch 2'511'656 Actelion-Aktien zurückkaufen (Stand 10. März 2015).

C.

Actelion beabsichtigt, parallel zum ersten Rückkaufprogramm ein zweites Rückkaufprogramm auf der 2. Handelslinie über maximal 10'000'000 Actelion-Aktien zum Zweck der Vernichtung durchzuführen (**zweites Rückkaufprogramm**). Dies entspricht – basierend auf dem aktuellen, im Handelsregister eingetragenen Aktienkapital – 8.76 % des Kapitals und der Stimmrechte. Das zweite Rückkaufprogramm soll maximal drei Jahre dauern, voraussichtlich vom 9. April 2015 bis längstens am 6. April 2018. Actelion wird der ordentlichen Generalversammlung jährlich (erst-mals für die ordentliche Generalversammlung 2016) die Vernichtung der zurückgekauften Actelion-Aktien beantragen.

D.

Mit Eingabe vom 3. März 2015, ergänzt am 10./11. und 12. März 2015, reichte Actelion ein Gesuch ein mit folgendem Antrag:

„Es sei das geplante maximal drei-jährige öffentliche Rückkaufangebot der Actelion Ltd. auf der 2. Handelslinie über maximal 10'000'000 Namenaktien mit einem Nennwert von CHF 0.50 von den Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote freizustellen.“

Das unterzeichnete Formular „Meldung eines Rückkaufprogramms“ und der Entwurf des Rückkaufinsets, datierend vom 10. März 2015, wurden ebenfalls eingereicht.

E.

Zur Prüfung dieser Angelegenheit wurde ein Ausschuss bestehend aus Luc Thévenoz (Präsident), Lionel Aeschlimann und Susan Emmenegger gebildet.

–

Die Übernahmekommission zieht in Erwägung:

1. Notwendigkeit der Freistellung des Rückkaufprogramms mittels Verfügung

[1] Öffentliche Angebote einer Gesellschaft für ihre eigenen Aktien, einschliesslich der Bekanntgabe der Absicht, eigene Beteiligungspapiere an der Börse zurückzukaufen, stellen öffentliche Kaufangebote im Sinne von Art. 2 lit. e BEHG dar (vgl. Verfügung der EBK vom 4. März 1998 in Sachen *Pharma Vision 2000 AG, BK Vision AG* und *Stillhalter Vision AG*, Erw. 2). Damit unterstehen diese Transaktionen grundsätzlich den Bestimmungen des 5. Abschnitts des BEHG über öffentliche Kaufangebote.

[2] Gestützt auf Art. 4 Abs. 2 UEV regelt das UEK-Rundschreiben Nr. 1: Rückkaufprogramme vom 27. Juni 2013 (**UEK-Rundschreiben Nr. 1**) die Voraussetzungen und Auflagen, denen Rückkaufprogramme entsprechen müssen, damit sie von der Anwendung der ordentlichen Bestimmungen des Übernahmerechts freigestellt sind (vgl. UEK-Rundschreiben Nr. 1, Rn 2). Entspricht ein Rückkaufprogramm den Voraussetzungen und Auflagen gemäss den Kapiteln 1 bis 4 des UEK-Rundschreibens Nr. 1, so findet das Meldeverfahren Anwendung (UEK-Rundschreiben Nr. 1, Rn 5 und 31 ff.) und die Gesellschaft ist von der Einhaltung der Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote befreit. Andernfalls bedarf es zur Freistellung einer Verfügung der Übernahmekommission (UEK-Rundschreiben Nr. 1, Rn 5 i.V.m. Rn 35 ff.). Dadurch wird sichergestellt, dass Rückkaufprogramme, die nicht sämtliche Voraussetzungen und Auflagen des UEK-Rundschreibens Nr. 1 erfüllen, einer eingehenden Prüfung unterzogen werden.

[3] Gemäss Rn 11 des UEK-Rundschreibens Nr. 1 darf das Volumen der Rückkäufe gesamthaft weder 10 Prozent des Kapitals und der Stimmrechte noch 20 Prozent des frei handelbaren Anteils der Beteiligungspapiere übersteigen.

–

–

[4] Das vorliegend zu beurteilende, zweite Rückkaufprogramm umfasst zwar lediglich 8.76 % der Stimmrechte und des Kapitals und würde insofern für sich allein betrachtet die Anforderungen an Rn 11 des UEK-Rundschreiben Nr. 1 erfüllen. Vorliegend ist indes zu berücksichtigen, dass das zweite Rückkaufprogramm parallel zu einem bereits laufenden, ersten Rückkaufprogramm lanciert werden soll, wobei das Volumen des ersten Rückkaufprogramms noch nicht ausgeschöpft ist. Unter dem ersten Rückkaufprogramm kann Actelion bis Ende 2016 noch 2'511'656 Actelion-Aktien zurückkaufen (vgl. Sachverhalt lit. B).

[5] Die Durchführung zwei parallel laufender Rückkaufprogramme zu verschiedenen Verwendungszwecken ist grundsätzlich möglich. Für die in Rn 11 enthaltene Limite von 10 % ist allerdings auch das unter dem ersten Rückkaufprogramm verbleibende Volumen zu berücksichtigen (vgl. Empfehlung vom 25. Februar 2008 in Sachen *Schweizerische Rückversicherungs-Gesellschaft*, Erw. 2.2.1).

[6] Unter dem zweiten Rückkaufprogramm beabsichtigt Actelion 10'000'000 Actelion-Aktien zurückzukaufen. Zusammen mit dem unter dem ersten Rückkaufprogramm verbleibenden 2'511'656 Actelion-Aktien ergibt dies 12'511'656 Actelion-Aktien, entsprechend 10.96 % des Kapitals und der Stimmrechte (basierend auf dem aktuellen, im Handelsregister eingetragenen Aktienkapital). Folglich ist Rn 11 des UEK-Rundschreiben Nr. 1 nicht mehr eingehalten, weshalb es zur Freistellung des zweiten Rückkaufprogramms einer Verfügung der Übernahmekommission bedarf.

–

2. Überschreitung des Rückkaufvolumens von 10 % des Kapitals und der Stimmrechte

[7] Gemäss Rn 11 des UEK-Rundschreiben Nr. 1 darf das Volumen der Rückkäufe gesamthaft 10 Prozent des Kapitals und der Stimmrechte nicht übersteigen. Die in Rn 11 enthaltene Beschränkung stellt zudem eine der Bedingungen gemäss Art. 55b Abs. 1 BEHV dar, bei deren Einhaltung kein Insiderhandel oder Marktmanipulation angenommen wird (sog. „safe harbor“, Art. 33f Abs. 2 lit. b BEHG i.V.m. Art. 55a BEHV und Erläuterungsbericht des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) zur Änderung der Börsenverordnung vom 10. April 2013, S. 3).

[8] Die Übernahmekommission kann im Einzelfall Rückkäufe in einem grösseren Umfang als nach Rn 11 des UEK-Rundschreibens Nr. 1 bewilligen, wenn dies mit den Interessen der Anlegerinnen und Anleger vereinbar ist (Art. 55b Abs. 3 BEHV). Mit der Gewährung einer Ausnahme wird der Umfang der zulässigen Verhaltensweise gemäss Art. 55a BEHV entsprechend dem gewährten Umfang der Rückkäufe erweitert und als Konsequenz davon liegt vermutungshalber kein Insiderhandel oder keine Marktmanipulation vor.

[9] Ein Rückkaufvolumen, welches die Limite von 10 % des Kapitals und der Stimmrechte überschreitet, kann gemäss Praxis der Übernahmekommission bewilligt werden, wenn sichergestellt ist, dass der Rückkauf nicht zu einer erheblichen Veränderung der Kontrollverhältnisse führt. Ebenso wenig darf es zu einer übermässigen Reduktion des frei handelbaren Anteils der Beteiligungspapiere führen und die übernahmerechtlichen Grundsätze müssen eingehalten sein (vgl.

–
–

Verfügung 519/01 vom 22. Oktober 2012 in Sachen *shaPE Capital AG*, Erw. 2, wo allerdings noch das mittlerweile revidierte UEK-Rundschreiben Nr. 1 vom vom 26. Februar 2010 zur Anwendung gelangte).

[10] Wie bereits erwähnt, beläuft sich das maximale Volumen insgesamt auf (maximal) 10.96 % des Kapitals und der Stimmrechte.

[11] Folgende Aktionäre halten per 2. März 2015 mehr als 3 % der Stimmrechte an Actelion:

- BlackRock, Inc. 5.94 % der Stimmrechte;
- Herr Rudolf Maag, 4.79 % der Stimmrechte;
- Herr Jean-Paul Clozel, 3.26 % der Stimmrechte.

[12] Bei dieser Aktionärsstruktur haben das noch verbleibende Volumen des ersten Rückkaufsprogramms und das vorliegend beantragte zweite Rückkaufsprogramm von insgesamt 10.96 % des Kapitals und der Stimmrechte keine erhebliche Auswirkung auf die Kontrollverhältnisse. Durch den Rückkauf und die Vernichtung der Aktien aus dem zweiten Rückkaufsprogramm wird sich die Aktionärsstruktur nur unwesentlich verändern. Weder vor noch nach Abschluss des Rückkaufprogramms existiert ein dominanter Aktionär. Die bereits heute bestehende breite Streuung der Actelion-Aktien bleibt auch nach dem Abschluss bestehen. Zudem wird durch das Rückkaufvolumen der frei handelbare Anteil nicht übermässig reduziert. Mit Blick auf die Kontrollverhältnisse und den frei handelbaren Anteil erscheint deshalb die geringfügige Überschreitung des Rückkaufsvolumens gemäss UEK-Rundschreiben Nr. 1, Rn 11, um maximal 0.96 % im vorliegenden Fall als unproblematisch.

–

3. Maximales Tagesvolumen

[13] Actelion beantragt keine Ausnahme vom maximalen Tagesvolumen gemäss Art. 55b Abs. 1 lit. c BEHV, sondern erläutert in ihrem Gesuch, wie sie die Volumen berechnen wird. Sie wird folgende Parameter anwenden:

[14] Das Maximalvolumen sei für beide Rückkaufprogramme gesamthaft (konsolidiert) zu betrachten. Bezüglich der massgebenden Berechnungsgrundlage gelte Folgendes: Solange das erste Rückkaufprogramm noch nicht beendet sei, sei das für das erste Rückkaufprogramm auf der ersten Handelslinie ermittelte Maximalvolumen massgebend. Nach Beendigung des ersten Rückkaufprogramms sei bezüglich des zweiten Rückkaufprogramms die Berechnung des Maximalvolumens das basierend auf den 30 Tagen vor Veröffentlichung des Rückkaufprogramms auf der zweiten Handelslinie ermittelte Durchschnittsvolumen massgebend.

[15] Mit Bezug auf Art. 55b Abs. 1 lit. c BEHV ist die Übernahmekommission nur (aber immerhin) für die Gewährung von Ausnahmen zuständig (Art. 55b Abs. 3 BEHV). Sie prüft hingegen nicht,

–

ob Actelion mit der von ihr geschilderten Berechnungsweise in Einklang mit Art. 55b Abs. 1 lit. c BEHV steht.

[16] Das maximale Tagesvolumen ist auf der Website von Actelion zu veröffentlichen. Zudem ist der Übernahmekommission die Berechnung des maximalen täglichen Rückkaufvolumens gemäss Art. 55b Abs. 1 lit. c BEHV bzw. Rn 23 und 23a des UEK-Rundschreibens Nr. 1 am Tag der Publikation des Rückkaufinserats des zweiten Rückkaufprogramms und auch nach Abschluss des ersten Rückkaufprogramms einzureichen.

–

4. Übrige Voraussetzungen für die Freistellung des zweiten Rückkaufprogramms

[17] Die übernahmerechtlichen Grundsätze und übrigen Voraussetzungen gemäss UEK-Rundschreiben Nr. 1 sind vorliegend eingehalten. Insbesondere weist Actelion im Rückkaufinserat des zweiten Rückkaufprogramms auf das parallel laufende erste Rückkaufprogramm und das dort verbleibende Volumen hin. In Bezug auf die auf der Website von Actelion gemäss Rn 27 des UEK-Rundschreiben Nr. 1 zu publizierenden Transaktionen wird Actelion darauf hingewiesen, dass aus Transparenzgründen die unter dem ersten und unter dem zweiten Rückkaufprogramm getätigten Rückkäufe je separat auszuweisen sind.

[18] Die Einhaltung der in den Kapiteln 2 und 4.2 des UEK-Rundschreibens Nr. 1 genannten Auflagen sind von Actelion als Anbieterin bzw. UBS AG, als mit dem Rückkauf beauftragten Bank, spätestens am dritten Börsentag nach Ablauf des Rückkaufprogramms, mindestens aber einmal pro Jahr, zu bestätigen.

–

5. Ergebnis

[19] Das geplante Rückkaufprogramm wird von den Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote freigestellt und – unter Gewährung einer Ausnahme von Rn 11 des UEK-Rundschreibens Nr. 1 – den Bestimmungen und Auflagen des UEK-Rundschreibens Nr. 1 unterstellt. Der Antrag von Actelion ist daher gutzuheissen.

–

6. Rückkaufinserat

[20] Gemäss Rn 41 des UEK-Rundschreibens Nr. 1 hat Actelion das Rückkaufinserat gemäss Art. 6 bis 6b UEV zu veröffentlichen. Das Rückkaufinserat hat den gemäss Rn 40 des UEK-Rundschreibens Nr. 1 erwähnten Mindestinhalt gemäss Formular „Meldung eines Rückkaufprogramms“, das Dispositiv der vorliegenden Verfügung sowie den Hinweis zu enthalten, innert welcher Frist und zu welchen Bedingungen ein Aktionär Parteistellung beanspruchen und Einsprache gegen diese Verfügung erheben kann.

–

–

–

7. Publikation und Karenzfrist

[21] Diese Verfügung wird am Tag der Publikation des Rückkaufinserats auf der Website der Übernahmekommission veröffentlicht.

[22] Das Rückkaufprogramm kann erst nach einer Frist von zehn Börsentagen nach der Veröffentlichung der Verfügung lanciert werden (UEK-Rundschreiben Nr. 1, Rn 38).

–

8. Gebühr

[23] Für die Prüfung des Gesuchs wird eine Gebühr zulasten von Actelion von CHF 20'000 erhoben (UEK-Rundschreiben Nr. 1, Rn 39 i.V.m. Art. 69 Abs. 6 UEV).

–

Die Übernahmekommission verfügt:

1. Das Rückkaufprogramm von Actelion Ltd über die 2. Handelslinie an der SIX Swiss Exchange AG zum Zweck der Kapitalherabsetzung wird im Umfang von maximal 10'000'000 Namenaktien, entsprechend 8.76 % des Kapitals und der Stimmrechte, von der Anwendung der Bestimmungen über die öffentlichen Kaufangebote freigestellt.
2. Der Übernahmekommission ist die Berechnung des maximalen Tagesvolumens nach Publikation des Rückkaufinserats und nach Abschluss des Rückkaufprogramms auf der ersten Handelslinie einzureichen und das maximale Tagesvolumen ist auf der Website von Actelion Ltd zu veröffentlichen.
3. Das Rückkaufinserat von Actelion Ltd hat die Angaben gemäss Rn 40 des UEK-Rundschreibens Nr. 1, das Dispositiv der vorliegenden Verfügung sowie den Hinweis zu enthalten, innert welcher Frist und zu welchen Bedingungen ein Aktionär Parteistellung beanspruchen und Einsprache gegen diese Verfügung erheben kann.
4. Die vorliegende Verfügung wird am Tag der Publikation des Rückkaufinserats von Actelion Ltd auf der Website der Übernahmekommission veröffentlicht.
5. Die Gebühr zulasten von Actelion Ltd beträgt CHF 20'000.

Der Präsident:

Prof. Luc Thévenoz

–

Diese Verfügung geht an die Partei:

- Actelion Ltd, vertreten durch Philipp Haas und Bertrand Schott, Niederer Kraft & Frey AG.

Rechtsmittelbelehrung:

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

Gegen diese Verfügung kann innerhalb von fünf Börsentagen Beschwerde bei der Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, Laupenstrasse 27, 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 3 Prozent der Stimmrechte an der Zielgesellschaft, ob ausübbar oder nicht, nachweist (qualifizierter Aktionär, Art. 56 UEV), kann gegen die vorliegende Verfügung Einsprache erheben.

Die Einsprache ist bei der Übernahmekommission (Selnaustrasse 30, Postfach, CH - 8021 Zürich, counsel@takeover.ch, Telefax: +41 58 499 22 91) innerhalb von fünf Börsentagen nach der Veröffentlichung des Dispositivs der vorliegenden Verfügung in den Zeitungen 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.

–