

B

**ÜBERNAHMEKOMMISSION
COMMISSIONE DELLE OPA**

**COMMISSION DES OPA
SWISS TAKEOVER BOARD**

Selnaustrasse 32
Postfach
CH - 8021 Zürich

Tel. 41 (0) 1 229 229 0
Fax 41 (0) 1 229 229 1
www.takeover.ch

EMPFEHLUNG

vom 11. August 2003

Öffentliche Kauf- und Umtauschangebote der Zimmer Holdings, Inc., Warsaw (USA), an die Namenaktionäre der Centerpulse AG, Zürich, und die Inhaberaktionäre der InCentive Capital AG, Zug – Akteneinsichtsrecht

A. Am 30. Juli 2003 reichte Centerpulse per Fax eine als „Spezifizierung zur Eingabe vom 28. Juli 2003“ bezeichnete Rechtsschrift inkl. Beilage ein. Centerpulse ersuchte die Übernahmekommission darum, die Eingabe vertraulich entgegenzunehmen und sie den übrigen Verfahrensbeteiligten oder Dritten nicht zur Kenntnis zu bringen, da sie Geschäftsgeheimnisse enthalte.

B. Am 3. August 2003 ersuchte Zimmer die Übernahmekommission, es sei ihr Einsicht in die Akten – inklusive in die Eingabe von Centerpulse vom 30. Juli 2003 – zu gewähren, und es sei Zimmer zu erlauben, Kopien der Akten anzufertigen. Sollte die Kommission Zimmer den Zugang zu den vollständigen Akten verwehren, so seien gegenüber Zimmer zumindest diejenigen Passagen der Eingabe von Centerpulse offenzulegen, die erklärten, weshalb die andern Parteien keinen Einblick in die Eingabe vom 30. Juli 2003 haben sollten.

C. Am 4. August 2003 gelangte Centerpulse an die Übernahmekommission und beantragte die Ablehnung des Antrags von Zimmer. Gleichzeitig bestätigte Centerpulse, wie von Zimmer am 3. August 2003 eventualiter beantragt, dass die vertrauliche Eingabe vom 30. Juli 2003 auch nicht gegenüber Smith & Nephew oder irgend einer anderen Partei, die mit Smith & Nephew zusammenwirkt, offen gelegt wurde.

D. Mit verfahrensleitender Anordnung vom 4. August 2003 lehnte der Präsident des Ausschusses das Gesuch um Akteneinsicht von Zimmer ab. Zimmer erhob dagegen am 5. August 2003 Einsprache.

E. Mit verfahrensleitender Anordnung vom 6. August 2003 forderte der Präsident des Ausschusses die Centerpulse AG („Centerpulse“ oder „Zielgesellschaft“) auf, zur Einsprache der Zimmer Holdings, Inc. vom 5. August 2003 bis spätestens am Montag, 11. August 2003, 12.00 Uhr, Stellung zu nehmen. Unterlagen bzw. Passagen der Eingabe von Centerpulse vom 30. Juli 2003, an denen die Zielgesellschaft ein Geheimhaltungsinteresse geltend mache, seien zu kennzeichnen und das Geheimhaltungsinteresse zu begründen.

F. Am 7. August 2003 erhob Centerpulse Einsprache gegen die verfahrensleitende Anordnung. Die Zielgesellschaft beantragte, die Einsprache von Zimmer abzuweisen und auf das Begehren von Zimmer nicht einzutreten. Zur Begründung führte Centerpulse im Wesentlichen aus, dass keine

Ungleichbehandlung von Verfahrensbeteiligten gegeben sei, da die streitbetroffene Eingabe von Centerpulse keiner andern Partei gegenüber offen gelegt wurde. Smith & Nephew habe am 6. August 2003 zudem öffentlich bekannt gegeben, dass sie ihr Angebot nicht erhöhen werde. Das Argument von Zimmer, die in der vertraulichen Eingabe enthaltenen Informationen seien im Hinblick auf eine mögliche Erhöhung der Angebote wichtig, sei damit gegenstandslos geworden, da es keine Erhöhungen geben werde. Im Übrigen bestehe in einem Übernahmeverfahren kein besonderer Anspruch der Anbieter auf die Übermittlung von Informationen betreffend die Zielgesellschaft. Aufgrund des Verhaltens von Zimmer, so die Zielgesellschaft weiter, werde klar, dass Zimmer die pendenten Verfahren vor der Übernahmekommission und der Eidgenössischen Bankenkommission zum Vorwand nehme, um die Erfüllung der letzten von Zimmer beeinflussbaren Bedingung des Angebots (shareholder approval) laufend hinauszuschieben. Damit solle Druck auf die Zielgesellschaft ausgeübt werden, um Informationen oder Zugeständnisse zu erhalten, die sich im offiziellen Verfahren nicht durchsetzen lassen würden.

Folglich stehe fest, dass Zimmer kein Rechtsschutzinteresse geltend machen könne, Einblick in die vertrauliche Eingabe von Centerpulse zu erhalten. Die Einsprache von Zimmer sei daher abzuweisen und auf das Begehren von Zimmer sei mangels Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten. Folglich sei auch von der Aufforderung an Centerpulse abzusehen, ein Geheimhaltungsinteresse geltend zu machen und zu begründen.

G. Heute hat die Übernahmekommission unter dem Vorsitz von Herrn Hans Caspar von der Crone (Präsident) sowie den Kommissionsmitgliedern Herrn Thierry de Marignac und Herrn Alfred Spörri die folgende Empfehlung erlassen.

Die Übernahmekommission zieht in Erwägung:

1. Anspruch einer Partei auf Akteneinsicht

Das Verfahren vor der Übernahmekommission richtet sich nach den Art. 52 ff. UEV-UEK. Art. 55 Abs. 5 UEV-UEK hält zwar fest, dass das Verwaltungsverfahrensgesetz nicht zur Anwendung kommt. Der verfassungsmässige Anspruch auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) ist jedoch in Art. 55 Abs. 1 UEV-UEK ausdrücklich statuiert. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst u.a. auch das Akteneinsichtsrecht (vgl. Häfelin/Haller, Schweiz. Bundesstaatsrecht, 4. Auflage, Zürich 1998, N 1595). Den an einem Verfahren beteiligten Parteien steht das Einsichtsrecht grundsätzlich kraft ihrer Parteistellung zu, d.h. sie brauchen kein besonderes Interesse an der Akteneinsicht nachzuweisen (BGE 113 Ia 4).

2. Beschränkung des Akteneinsichtsrechts

Das Akteneinsichtsrecht gilt nicht absolut, sondern es kann im Einzelfall zum Schutz berechtigter Geheimhaltungsinteressen Dritter oder überwiegender staatlicher Interessen eingeschränkt werden. Wer Geheimhaltungsinteressen geltend macht, muss diejenigen Aktenstücke, hinsichtlich derer er das Akteneinsichtsrecht einer andern Partei eingeschränkt haben möchte, bezeichnen und dabei das entsprechende Geheimhaltungsinteresse begründen.

Im vorliegenden Fall macht Centerpulse geltend, dass auf das Gesuch um Akteneinsicht von Zimmer nicht einzutreten sei, da es Zimmer an einem entsprechenden Rechtsschutzinteresse mangle.

Wie aufgezeigt, besteht das Akteneinsichtsrecht dem Grundsatz nach für eine am Verfahren beteiligte Partei, ohne dass es hierfür weiterer Voraussetzungen bedürfte. Deshalb ist allenfalls zu prüfen, ob Centerpulse berechnete Geheimhaltungsinteressen geltend machen kann, welche eine Ein-

schränkung des Akteneinsichtsrechts von Zimmer rechtfertigen. Centerpulse ist somit nochmals aufzufordern, diejenigen Unterlagen bzw. Passagen ihrer als vertraulich bezeichneten und mit Fax vom 30. Juni 2003 der Übernahmekommission übermittelten Eingabe zu bezeichnen, an denen ein Geheimhaltungsinteresse geltend gemacht wird und das Geheimhaltungsinteresse entsprechend zu begründen. Angesichts der zeitlichen Dringlichkeit der Angelegenheit wird Centerpulse hierfür eine nicht erstreckbare Frist bis morgen Dienstag, den 12. August 2003, 13.00 Uhr (massgebend ist der Eingang per Fax) angesetzt. Falls Centerpulse bis zu diesem Zeitpunkt der Aufforderung nicht in rechtsgenügender Weise nachkommt, wird die Übernahmekommission davon ausgehen, dass keine schützenswerten Geheimhaltungsinteressen bestehen und folglich Zimmer Einsicht in die Akten gewähren.

3. Publikation

Die vorliegende Empfehlung wird in Anwendung von Art. 23 Abs. 3 BEHG nach der Zustellung an die Parteien am 12. August 2003 auf der Website der Übernahmekommission veröffentlicht.

Die Übernahmekommission erlässt folgende Empfehlung:

1. Die Einsprache von Centerpulse wird abgewiesen.
2. Centerpulse wird hiermit aufgefordert, bis spätestens morgen Dienstag, den 12. August 2003, 13.00 Uhr (massgebend Eingang per Fax, die Frist ist nicht erstreckbar) diejenigen Unterlagen bzw. Passagen der Eingabe vom 30. Juli 2003 zu bezeichnen, an denen ein Geheimhaltungsinteresse geltend gemacht wird und das Geheimhaltungsinteresse entsprechend zu begründen.
3. Diese Empfehlung wird am 12. August 2003 auf der Website der Übernahmekommission veröffentlicht.

Der Präsident:

Hans Caspar von der Crone

Die Parteien können diese Empfehlung ablehnen, indem sie dies der Übernahmekommission spätestens fünf Börsentage nach Empfang der Empfehlung schriftlich melden. Die Übernahmekommission kann diese Frist verlängern. Sie beginnt bei Benachrichtigung per Telefax zu laufen. Eine Empfehlung, die nicht in der Frist von fünf Börsentagen abgelehnt wird, gilt als von den Parteien genehmigt. Wenn eine Empfehlung abgelehnt, nicht fristgerecht erfüllt oder wenn eine genehmigte Empfehlung missachtet wird, überweist die Übernahmekommission die Sache an die Bankenkommision zur Eröffnung eines Verwaltungsverfahrens.

Mitteilung an:

- Centerpulse AG;
- Smith & Nephew Group plc.;
- InCentive Capital AG;
- Zimmer Holdings, Inc. (allen vier Parteien je durch ihren Vertreter);
- Zürich Versicherungs-Gesellschaft;
- III Institutional Investors International Corp.;

- Herr René Braginsky;
- „Familie Hans Kaiser“ (allen vier Hauptaktionären von InCentive Capital AG je durch ihren Vertreter);
- die EBK.