



Verfügung 810/01

vom 8. März 2022

Gesuch von Santhera Pharmaceuticals Holding AG und Santhera Pharmaceuticals (Schweiz) AG betreffend Ausnahme von der Angebotspflicht bezüglich Santhera Pharmaceuticals Holding AG

A.

Santhera Pharmaceuticals Holding AG (**Gesellschaft** oder **Santhera**) ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in Pratteln (HR-Firmennummer CHE-105.388.338). Zweck der Santhera ist u.a. der Erwerb, das Halten, die dauernde Verwaltung, die Veräusserung und die Finanzierung von in- und ausländischen Beteiligungen. Die Statuten von Santhera enthalten weder eine Opting out- noch eine Opting up-Klausel i.S.v. Art. 125 Abs. 3 oder 4 i.V.m. Art. 135 Abs. 1 Satz 2 FinfraG.

Das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital von Santhera beträgt derzeit CHF 54'607'810 und ist eingeteilt in 54'607'810 Namenaktien mit einem Nennwert von CHF 1.00 pro Aktie (**Santhera-Aktien**). Zudem gibt es 503'564 Santhera-Aktien, die aus dem bedingten Kapital für Finanzierungen, Zusammenschlüsse und Unternehmensübernahmen (Art. 3c Statuten) geschaffen wurden, sowie 10'000 Santhera-Aktien, die aus dem bedingten Kapital für Mitarbeiterbeteiligungen (Art. 3b Statuten) geschaffen wurden, welche noch nicht im Handelsregister eingetragen wurden.

Im Weiteren verfügt Santhera über ein genehmigtes Kapital, welches den Verwaltungsrat ermächtigt, bis zum 14. Dezember 2023 das Aktienkapital im Maximalbetrag von CHF 27'303'905.00 durch Ausgabe von höchstens 27'303'905 vollständig zu liberierende Santhera-Aktien zu erhöhen (Art. 3a der Statuten).

Die Santhera-Aktien sind an der SIX Swiss Exchange (**SIX**) kotiert. Ihre ISIN ist CH0027148649 und ihr Valorensymbol SANN.

B.

Santhera Pharmaceuticals (Schweiz) AG (**Santhera Schweiz**) ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Santhera (Santhera Schweiz zusammen mit Santhera **die Gesuchstellerinnen**).

Santhera hält derzeit über 3'168'515 eigene Santhera-Aktien. Santhera Schweiz und die übrigen Tochtergesellschaften von Santhera halten derzeit keine Aktien der Gesellschaft.

C.

Am 15. Dezember 2021 beschloss eine ausserordentliche Generalversammlung der Santhera (**a.o. GV**) eine ordentliche Kapitalerhöhung im Umfang von bis zu 20'000'000 Santhera-Aktien (**ordentliche Kapitalerhöhung**). Die Bezugsrechte der Aktionäre wurden ausgeschlossen und der Verwaltungsrat wurde ermächtigt, die Bezugsrechte Aktionären, Dritten, der Gesellschaft oder einer ihrer Tochtergesellschaften zuzuweisen, (i) wenn der Ausgabebetrag der neuen Santhera-



Aktien unter Berücksichtigung des Marktpreises festgesetzt wird, (ii) zum Zwecke der Erweiterung des Aktionärskreises der Santhera in bestimmten Finanz- oder Investorenmärkten oder (iii) zum Zwecke einer raschen und flexiblen Beschaffung von Eigenkapital durch eine Aktienplatzierung, welche mit Bezugsrecht nur schwer, nicht innert nützlicher Frist oder zu wesentlich schlechteren Bedingungen möglich wäre.

Gleichzeitig beschloss die a.o. GV u.a. eine Aufstockung des genehmigten Kapitals (Art. 3a Statuten) und des bedingten Kapitals für Finanzierungen, Zusammenschlüsse und Unternehmensübernahmen (Art. 3c Statuten) um je 10'000'000 Santhera-Aktien. Wegen der 50%-Limite für genehmigtes bzw. bedingtes Kapital (Art. 651 Abs. 2 bzw. Art. 653a Abs. 1 OR) sind diese Statutenänderungen an die Bedingung geknüpft, dass sie nur zusammen mit der Eintragung der vollzogenen ordentlichen Kapitalerhöhung ins Handelsregister eingetragen werden. Sollte die 50%-Limite in diesem Zeitpunkt überschritten werden, würde die Statutenänderung dahinfallen.

D.

Santhera plant, am 10. März 2022 aus dem bestehenden genehmigten Kapital 3'100'000 Vorratsaktien zu schaffen. Dabei wird Santhera Schweiz diese neuen Santhera-Aktien aus dem bestehenden genehmigten Kapital (Art. 3a Statuten) unter Ausschluss der Bezugsrechte der bestehenden Aktionäre zum Nennwert zeichnen und umgehend nach Vollzug der Kapitalerhöhung gleichentags an die Gesellschaft zurückverkaufen, wobei der Kaufpreis dem Nennwert entspricht. Zugleich wird Santhera ihre Statuten betreffend die aus dem bedingten Kapital bereits geschaffenen insgesamt 513'564 (503'564 + 10'000; vgl. Sachverhalt lit. A) Santhera-Aktien nachführen. Die Kapitalerhöhung soll per Hyperexpress-Verfahren im Handelsregister eingetragen werden.

Nach Vollzug dieser Kapitalerhöhung aus dem bestehenden genehmigten Kapital werden insgesamt 58'221'374 Santhera-Aktien (54'607'810 [vgl. Sachverhalt lit. A] + 3'100'000 + 513'564) im Handelsregister eingetragen sein. Die Anzahl eigener Santhera-Aktien wird infolgedessen voraussichtlich 6'268'515 (3'100'000 + 3'168'515) betragen.

E.

Die ordentliche Kapitalerhöhung (vgl. Sachverhalt lit. C) soll wie folgt durchgeführt werden: Die Dreimonatsfrist für den Vollzug der ordentlichen Kapitalerhöhung nach Art. 650 Abs. 1 OR wird am Dienstag, 15. März 2022 auslaufen. Die Gesellschaft möchte die ordentliche Kapitalerhöhung innerhalb dieser Dreimonatsfrist vollziehen und hierfür Vorratsaktien schaffen, um Flexibilität im Hinblick auf eine Finanzierung zu haben. Dabei soll Santhera Schweiz am 14. März 2022 im Rahmen der ordentlichen Kapitalerhöhung 15'500'000 Santhera-Aktien zum Nennwert zeichnen und diese Santhera-Aktien umgehend nach ihrer Ausgabe (also gleichentags am 14. März 2022) der Gesellschaft zurückverkaufen, wobei der Kaufpreis dem Nennwert entspricht. Diese 15'500'000 Vorratsaktien aus der ordentlichen Kapitalerhöhung sollen alsdann per Hyperexpress-Verfahren im Handelsregister eingetragen werden, ebenfalls noch am gleichen Tag, also am 14. März 2022.



Nach Vollzug der ordentlichen Kapitalerhöhung wird die gesamte Anzahl eigener Santhera-Aktien voraussichtlich 21'768'515 betragen (15'500'000 Vorratsaktien aus der ordentlichen Kapitalerhöhung + 6'268'515 [vgl. Sachverhalt lit. D]). Dies entspricht 37.39% der 58'221'374 vor der ordentlichen Kapitalerhöhung als Aktienkapital im Handelsregister eingetragenen Santhera-Aktien und 29.53% der 73'721'374 nach der Kapitalerhöhung im Handelsregister als Aktienkapital eingetragenen Santhera-Aktien.

F.

Mit Eingabe vom 25. Februar 2022 stellen die Gesuchstellerinnen folgende Anträge:

1. Es sei den Gesuchstellerinnen eine Ausnahme von der Angebotspflicht gestützt auf Art. 136 Abs. 1 lit. c FinfraG zu gewähren dahingehend, dass die Gesuchstellerinnen und allfällige mit ihnen in gemeinsamer Absprache handelnde Personen im Zusammenhang mit der in dieser Eingabe beschriebenen Schaffung von Vorratsaktien von der Angebotspflicht nach Art. 135 FinfraG befreit werden, soweit sie überhaupt zur Anwendung käme.

2. Die Verfügung der Übernahmekommission betr. Antrag Nr. 1 sei frühestens zeitgleich mit der öffentlichen Bekanntgabe der Schaffung von Vorratsaktien durch die Gesellschaft zu veröffentlichen.

Auf die Begründung dieser Anträge wird soweit erforderlich in den Erwägungen eingegangen.

G.

Zur Prüfung dieser Angelegenheit wurde ein Ausschuss bestehend aus dem Präsidenten Thomas A. Müller, Franca Contratto und Lionel Aeschlimann gebildet.

—

Die Übernahmekommission zieht in Erwägung:

1. Angebotspflicht infolge des Erwerbs eigener Santhera-Aktien

[1] Angebotspflichtig i.S.v. Art. 135 Abs. 1 Satz 1 FinfraG wird, wer direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Beteiligungspapiere erwirbt und mit den Papieren, die er bereits besitzt, den Grenzwert von 33 ⅓% der Stimmrechte (ob ausübbar oder nicht) an der Zielgesellschaft überschreitet.

[2] Die Statuten von Santhera enthalten weder eine Opting out- noch eine Opting up-Klausel i.S.v. Art. 125 Abs. 3 oder 4 i.V.m. Art. 135 Abs. 1 Satz 2 FinfraG (vgl. Sachverhalt lit. A). Somit sind die Vorschriften über Pflichtangebote gemäss Art. 135 f. FinfraG im vorliegenden Fall anwendbar.

[3] Gemäss Art. 34 Abs. 1 FinfraV-FINMA ist der Grenzwert für die Angebotspflicht gestützt auf die Stimmrechte gemäss dem Eintrag im Handelsregister zu berechnen. Somit ergibt sich der Grenzwert von 33 ⅓% der Stimmrechte gemäss Art. 135 Abs. 1 Satz 1 FinfraG durch die



Gegenüberstellung der vom Erwerber gehaltenen Aktien respektive Stimmrechte (Zähler; vgl. Art. 34 Abs. 2 FinfraV-FINMA) im Verhältnis zur Gesamtzahl der Stimmrechte gemäss Eintrag im Handelsregister (Nenner; vgl. Art. 34 Abs. 1 FinfraV-FINMA). Liegt der aus dieser Gegenüberstellung resultierende Wert über 33 ⅓%, entsteht eine Angebotspflicht gemäss Art. 135 Abs. 1 Satz 1 FinfraG (vgl. Verfügung 792/01 vom 26. Juli 2021 in Sachen *Idorsia Ltd*, Rn 3.; Verfügung 790/01 vom 6. Juli 2021 in Sachen *Peach Property Group AG*, Rn 3 m.w.H.).

[4] Für das Überschreiten des Grenzwerts sind nach Art. 34 Abs. 2 FinfraV-FINMA mit Blick auf den Zähler sämtliche Beteiligungspapiere zu berücksichtigen, die im Eigentum der erwerbenden Person stehen oder ihr auf andere Weise Stimmrechte vermitteln, unabhängig davon, ob die Stimmrechte ausübbar sind oder nicht. Das hat zur Folge, dass bereits ausgegebene, aber noch nicht im Handelsregister eingetragene Aktien ebenfalls in die Berechnung einfließen. Die Berechnung des Zählers gemäss Art. 34 Abs. 2 FinfraV-FINMA erfolgt m.a.W. auf Grund der effektiv vom Erwerber gehaltenen Stimmrechte (Verfügung 792/01 vom 26. Juli 2021 in Sachen *Idorsia Ltd*, Rn 4; Verfügung 790/01 vom 6. Juli 2021 in Sachen *Peach Property Group AG*, Rn 4).

[5] Diese unterschiedlichen Berechnungsgrundlagen für Zähler und Nenner können zu einem Resultat führen, welches die wirtschaftliche Realität nicht korrekt reflektiert. Namentlich kann es dazu führen, dass ein Aktionär den gemäss Art. 135 Abs. 1 Satz 1 FinfraG massgeblichen Grenzwert von 33 ⅓% der im Handelsregister eingetragenen Stimmrechte einer Zielgesellschaft bloss vorübergehend und nur in einem technischen Sinn überschreitet, solange das erhöhte Aktienkapital noch nicht im Handelsregister eingetragen worden ist (vgl. zuletzt Verfügung 792/01 vom 26. Juli 2021 in Sachen *Idorsia Ltd*, Rn 5).

[6] Demnach ist zu überprüfen, ob die von den Gesuchstellerinnen beabsichtigte Schaffung von Vorratsaktien (vgl. Sachverhalt lit. E) zur Überschreitung der angebotspflichtigen Schwelle gemäss Art. 135 Abs. 1 Satz 1 FinfraG führen und damit im Grundsatz eine Angebotspflicht auslösen könnte.

[7] Der kumulierte Aktienbestand der Gesellschaft und von Santhera Schweiz wird im Moment des Vollzugs der ordentlichen Kapitalerhöhung bzw. des Erwerbs der Vorratsaktien den – nach Art. 34 Abs. 1 und 2 FinfraV-FINMA zu berechnenden – Schwellenwert von 33 1/3% der Stimmrechte (Art. 135 Abs. 1 FinfraG) überschreiten und diesen mit Eintragung der ordentlichen Kapitalerhöhung im Handelsregister wieder unterschreiten (vgl. Sachverhalt lit. E). Da die ordentliche Kapitalerhöhung am gleichen Tag der Zeichnung der neuen Santhera-Aktien durch Santhera Schweiz, also ebenfalls am 14. März 2022, per Hyperexpress-Verfahren im Handelsregister eingetragen wird, wird diese Überschreitung zeitlich nur (aber immerhin) ein paar Stunden andauern.

[8] Somit ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass die Schaffung der Vorratsaktien dazu führt, dass vorübergehend und in einem technischen Sinn die angebotspflichtige Schwelle gemäss Art. 135 Abs. 1 FinfraG überschritten wird, weil der Grenzwert gemäss Art. 34 Abs. 1 FinfraV-FINMA gestützt auf die Gesamtzahl der Stimmrechte der Zielgesellschaft gemäss dem Eintrag im



Handelsregister berechnet wird, womit eine Angebotspflicht i.S.v. Art. 135 Abs. 1 Satz 1 FinfraG entsteht.

2. Ausnahme von der Angebotspflicht

[9] Die Gesuchstellerinnen beantragen eine Ausnahme gemäss Art. 136 Abs. 1 lit. c FinfraG wegen einer nur vorübergehenden Überschreitung der angebotspflichtigen Schwelle (vgl. dazu den Antrag Ziff. 1 in Sachverhalt lit. F).

[10] Zur Begründung führen sie aus, dass die Überschreitung des Schwellenwertes von 33 ⅓% der Stimmrechte an Santhera nur deshalb erfolge, weil als Bemessungsgrundlage die im Moment des Erwerbs der Vorratsaktien im Handelsregister eingetragene Anzahl Santhera-Aktien herangezogen werde. Sobald die Eintragung dieser Vorratsaktien im Handelsregister erfolgt sei – was infolge des beabsichtigten Hyperexpress-Verfahrens bereits einige Stunden nach deren Erwerb erfolgen werde – würden die Gesuchstellerinnen die Schwelle von 33 ⅓% der Stimmrechte wieder unterschreiten.

[11] Gemäss Praxis der Übernahmekommission kann bei einer derartigen – lediglich auf die unterschiedlichen Berechnungsgrundlagen zurückzuführenden – vorübergehenden Überschreitung des Grenzwertes eine Ausnahme von der Angebotspflicht i.S.v. Art. 136 Abs. 1 lit. c FinfraG gewährt werden. Im Fall der Ausübung einer Wandelanleihe muss die Eintragung des neu geschaffenen Aktienkapitals im Handelsregister üblicherweise spätestens drei Monate nach der Wandlung erfolgen, damit die Überschreitung noch als vorübergehend gelten kann, (vgl. zuletzt Verfügung 792/01 vom 26. Juli 2021 i.S. *Idorsia Ltd*, Rn 12; Verfügung 790/01 vom 6. Juli 2021 in Sachen *Peach Property Group AG*, Rn 10 m.H.). Im Zeitraum der Grenzwertüberschreitung darf gemäss Praxis der Übernahmekommission sodann auch kein wesentlicher Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft ausgeübt werden (vgl. Verfügung 790/01 vom 6. Juli 2021 in Sachen *Peach Property Group AG*, Rn 14 m.H.).

[12] Vorliegend wird der Schwellenwert nur deswegen überschritten werden, weil sich die Bemessungsgrundlage der Schwellenwertberechnung, also die Anzahl im Handelsregister eingetragener Aktien (Art. 34 Abs. 1 FinfraV-FINMA), erst einige Stunden nach Vollzug der ordentlichen Kapitalerhöhung bzw. dem Erwerb der Vorratsaktien erhöht. Im Weiteren kann auch eine Einflussnahme auf die Geschicke der Gesellschaft während dieses Zeitraums ausgeschlossen werden, da die Stimmrechte an eigenen Santhera-Aktien ruhen (Art. 659a Abs. 1 und Art. 659b Abs. 1 OR). Es liegt somit ein Anwendungsfall für die Ausnahmebestimmung nach Art. 136 Abs. 1 lit. c FinfraG vor und in Gutheissung von Antrag Ziff. 1 ist die beantragte Ausnahme zu gewähren.

[13] Da die Gesuchstellerinnen plausibel darlegen konnten, dass es sich vorliegend lediglich um eine vorübergehende Überschreitung der angebotspflichtigen Schwelle handeln wird, die überdies auch nur technischer Natur ist, und weil eine Einflussnahme auf die Geschicke der Gesellschaft während des massgeblichen Zeitraumes ausgeschlossen erscheint, wird den Gesuchstellerinnen gestützt auf Art. 136 Abs. 1 lit. c FinfraG eine Ausnahme von der Angebotspflicht gewährt.



[14] Diese Ausnahme von der Angebotspflicht steht unter der Bedingung, dass die Eintragung der neu geschaffenen Santhera-Aktien im Handelsregister wie von den Gesuchstellerinnen beabsichtigt (vgl. Sachverhalt lit. E.) am 14. März 2022 erfolgt. Die Gesuchstellerinnen haben die Übernahmekommission zeitnah über die Eintragung des neuen Aktienkapitals im Handelsregister zu informieren.

3. Veröffentlichung des Verwaltungsrates

[15] Wird bei der Übernahmekommission ein Gesuch um Gewährung einer Ausnahme von der Angebotspflicht eingereicht, so eröffnet sie ein Verfahren und lädt die Parteien zur Abgabe einer Stellungnahme ein (Art. 61 Abs. 1 UEV). Vor der Eröffnung der Verfügung kann die Zielgesellschaft eine Stellungnahme ihres Verwaltungsrates vorlegen, die sie gleichzeitig mit der Verfügung der Übernahmekommission veröffentlichen möchte (Art. 61 Abs. 1*bis* UEV). Die Zielgesellschaft veröffentlicht sodann (a) die allfällige Stellungnahme ihres Verwaltungsrates, (b) das Dispositiv der Verfügung der Übernahmekommission und (c) den Hinweis, innert welcher Frist und unter welchen Bedingungen ein qualifizierter Aktionär Einsprache gegen die Verfügung der Übernahmekommission erheben kann (Art. 61 Abs. 3 UEV).

[16] Vorliegend verzichtet Santhera auf eine Stellungnahme i.S.v. Art. 61 Abs. 1*bis* UEV. Santhera ist verpflichtet, das Dispositiv der vorliegenden Verfügung sowie den Hinweis auf das Einspracherecht der qualifizierten Aktionäre zu veröffentlichen.

4. Publikation

[17] In den so genannten übrigen Verfahren gemäss Art. 61 UEV ist die Zielgesellschaft verpflichtet, die Veröffentlichung gemäss Art. 61 Abs. 3 UEV (vgl. Erw. 3) vorzunehmen. Art. 6 und 7 UEV sind auf diese Veröffentlichung anwendbar (Art. 61 Abs. 4 UEV).

[18] Die vorliegende Verfügung wird im Nachgang zur Veröffentlichung von Santhera auf der Webseite der Übernahmekommission publiziert (vgl. Art. 138 Abs. 1 Satz 2 FinfraG). Antrag Ziff. 2 der Gesuchstellerinnen wird damit statt gegeben.

5. Gebühr

[19] Gemäss Art. 118 FinfraV wird für Entscheide in anderen Übernahmesachen, wie z.B. über Gesuche betreffend eine Ausnahme von der Angebotspflicht, eine Gebühr erhoben. Vorliegend wird eine Gebühr von CHF 15'000 zu Lasten der Gesuchstellerinnen erhoben. Die Gesuchstellerinnen haften solidarisch für diese Gebühr.



Die Übernahmekommission verfügt:

1. Santhera Pharmaceuticals Holding AG und Santhera Pharmaceuticals (Schweiz) AG und allfällige mit ihnen in gemeinsamer Absprache handelnde Personen werden von der Pflicht befreit, als Folge des Erwerbs von Aktien der Santhera Pharmaceuticals Holding AG im Zusammenhang mit der an der ausserordentlichen Generalversammlung vom 15. Dezember 2021 der Santhera Pharmaceuticals Holding AG beschlossenen ordentlichen Kapitalerhöhung ein öffentliches Übernahmeangebot auf Santhera Pharmaceuticals Holding AG zu unterbreiten. Diese Ausnahme von der Angebotspflicht wird unter der Bedingung gewährt, dass die Eintragung der neu geschaffenen Aktien von Santhera Pharmaceuticals Holding AG am 14. März 2022 im Handelsregister erfolgt.
2. Santhera Pharmaceuticals Holding AG wird verpflichtet, die Übernahmekommission über die Eintragung der an der ausserordentlichen Generalversammlung vom 15. Dezember 2021 der Santhera Pharmaceuticals Holding AG beschlossenen ordentlichen Kapitalerhöhung im Handelsregister zu informieren.
3. Santhera Pharmaceuticals Holding AG wird verpflichtet, das Dispositiv der vorliegenden Verfügung sowie den Hinweis auf das Einspracherecht qualifizierter Aktionäre gemäss Art. 6 und 7 UEV zu veröffentlichen.
4. Diese Verfügung wird nach der Veröffentlichung von Santhera Pharmaceuticals Holding AG gemäss Dispositivziffer 3 hiervor auf der Webseite der Übernahmekommission publiziert.
5. Die Gebühr zu Lasten von Santhera Pharmaceuticals Holding AG und Santhera Pharmaceuticals (Schweiz) AG beträgt unter solidarischer Haftung CHF 15'000.

Der Präsident:

Thomas A. Müller

Diese Verfügung geht an die Parteien:

- Santhera Pharmaceuticals Holding AG und Santhera Pharmaceuticals (Schweiz) AG, vertreten durch Prof. Dr. Daniel Häusermann und Dr. Dieter Gericke, Homburger AG.



Beschwerde (Art. 140 des Finanzmarktinfrastrukturgesetzes, SR 958.1):

Diese Verfügung kann innert einer Frist von fünf Börsentagen bei der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA, Laupenstrasse 27, CH-3003 Bern, angefochten werden. Die Anfechtung hat schriftlich zu erfolgen und ist zu begründen. Die Beschwerde hat den Erfordernissen von Art. 52 VwVG zu genügen.

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

Ein Aktionär, welcher eine Beteiligung von mindestens drei 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 innerhalb von fünf Börsentagen nach der Veröffentlichung der vorliegenden Verfügung einzureichen. Sie muss einen Antrag und eine summarische Begründung sowie den Nachweis der Beteiligung gemäss Art. 56 Abs. 3 und 4 UEV enthalten (Art. 58 Abs. 3 UEV).

—