



Verfügung 416/01

vom 13. Juli 2009

Öffentliches Umtauschangebot von **Swiss Prime Site AG**, Olten, für alle sich im Publikum befindenden Namenaktien der **Jelmoli Holding AG**, Zürich – Angebotsprospekt und Verwaltungsratsbericht

Sachverhalt:

A.

Jelmoli Holding AG (**Jelmoli** oder **Zielgesellschaft**) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Ihr Aktienkapital beträgt per 10. Juli 2009 CHF 42'878'940 und ist eingeteilt in 4'287'894 Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 10 (**Jelmoli-Aktien**). Das Aktienkapital kann sich durch Ausgabe von höchstens 958'565 voll zu liberierenden Jelmoli-Aktien im Maximalbetrag von CHF 9'585'650 erhöhen, welche durch Ausübung von Wandelrechten entstehen, die in Verbindung mit Anleihen von Jelmoli eingeräumt wurden oder werden. Zudem kann sich das Aktienkapital im Maximalbetrag von CHF 2'000'000 durch Ausgabe von höchstens 200'000 vollständig zu liberierenden Jelmoli-Aktien erhöhen, welche durch Ausübung von Optionsrechten, die den Mitarbeitern, einschliesslich Mitgliedern des Verwaltungsrates der Jelmoli oder von Konzerngesellschaften, im Zusammenhang mit Kaderoptionsplänen eingeräumt wurden bzw. im Zusammenhang mit weiteren Optionsplänen noch eingeräumt werden (bedingtes Kapital). Die Jelmoli-Aktien sind an der SIX Swiss Exchange (**SIX**) im Segment „Immobilien-gesellschaften“ kotiert (SIX: JELM).

B.

Swiss Prime Site AG (**Swiss Prime Site** oder **Anbieterin**) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Olten (SO). Das Aktienkapital beträgt nach einer am 8. Juli 2009 erfolgten Reduktion des Nennwertes von CHF 22.20 auf CHF 18.80 CHF 566'511'642.40 und ist eingeteilt in 30'133'598 Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 18.80 (**Swiss Prime Site-Aktien**). Der Verwaltungsrat von Swiss Prime Site ist ermächtigt, bis zum 8. April 2010 das Aktienkapital der Swiss Prime Site im Maximalbetrag von CHF 66'176'000 durch Ausgabe von höchstens 3'520'000 vollständig zu liberierenden Swiss Prime Site-Aktien zu erhöhen (genehmigtes Kapital). Zudem kann sich das Aktienkapital der Swiss Prime Site im Maximalbetrag von CHF 56'776'000 durch Ausübung von Options- und/oder Wandelrechten erhöhen, welche in Verbindung mit Anleihen oder ähnlichen Obligationen von Swiss Prime Site oder von Konzerngesellschaften eingeräumt werden, sowie im Maximalbetrag von CHF 28'388'000 durch Ausübung von Optionsrechten, welche den Aktionären zugeteilt werden (bedingtes Kapital).

C.

Am 29. Mai 2009 schloss Swiss Prime Site mit Pelham Investments AG (**Pelham**) einen Vertrag über den Erwerb von Jelmoli-Aktien ab, welcher am 10. Juli 2009 vollzogen wurde. Dabei erwarb Swiss Prime Site von Pelham insgesamt 1'214'981 Jelmoli-Aktien, entsprechend rund 28%



des derzeitigen Aktienkapitals von Jelmoli. Pelham ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zug und wird zu 100% von Hansa AG, Baar, gehalten, welche ihrerseits zu 100% von Herrn Georg von Opel kontrolliert wird. Der Kaufpreis betrug insgesamt CHF 515'440'000 und damit pro Jelmoli-Aktie rund CHF 424.25 (basierend auf dem NAV der Swiss Prime Site-Aktie per 31. Dezember 2008 von CHF 59.25). Der Kaufpreis wurde wie folgt abgegolten: Pelham erhielt von Swiss Prime Site zum einen 4'480'000 Swiss Prime Site-Aktien an Erfüllung statt, welche hierfür neu geschaffen und von Pelham gegen Sacheinlage von 625'688 Jelmoli-Aktien erworben wurden. Zudem bezahlte Swiss Prime Site an Pelham CHF 250 Mio. in bar (zum weiteren Inhalt des Aktienkaufvertrags vgl. Angebotsprospekt, Abschnitt F, Ziff. 3).

D.

Am 2. Juni 2009 kündigte Swiss Prime Site in den elektronischen Medien an, dass sie ein öffentliches Umtauschangebot für sämtliche Jelmoli-Aktien unterbreiten werde (**Voranmeldung**). Swiss Prime Site bot darin für je eine Jelmoli-Aktie 7.7 Swiss Prime Site-Aktien. Die Voranmeldung wurde am 4. Juni 2009 in den Printmedien publiziert. Die Zielgesellschaft wurde zur Stellungnahme zur Voranmeldung eingeladen, worauf sie mit Eingabe vom 15. Juni 2009 verzichtete.

E.

Am 11. Juni 2009 schloss die Anbieterin mit der Zielgesellschaft eine Transaktionsvereinbarung ab in Bezug auf das vorliegende Angebot (vgl. zum Inhalt Angebotsprospekt, Abschnitt F, Ziff. 3). Zugleich erhöhte Swiss Prime Site das Umtauschverhältnis im Vergleich zur Voranmeldung von 7.7 auf 8.1 Swiss Prime Site-Aktien je Jelmoli-Aktie.

F.

Am 22. Juni 2009 publizierte die Swiss Prime Site eine Pressemitteilung, worin sie mitteilte, dass das angekündigte öffentliche Tauschangebot voraussichtlich am 14. Juli 2009 publiziert werde.

G.

Swiss Prime Site bietet wie erwähnt für je eine Jelmoli-Akte 8.1 Swiss Prime Site-Aktien zum Tausch. Der Spitzenausgleich soll in bar erfolgen. Das Angebot steht unter folgenden Bedingungen (vgl. Angebotsprospekt, Abschnitt B, Ziff. 8):

- "a) *Swiss Prime Site hält bis zum Ablauf der allenfalls verlängerten Angebotsfrist, unter Einbezug der rechtsgültig angedienten Jelmoli Aktien, mehr als 66.67% der ausgegebenen Aktien der Jelmoli;*
- b) *Der Verwaltungsrat der Jelmoli hat beschlossen, Swiss Prime Site bezüglich aller Jelmoli Aktien, die Swiss Prime Site erworben hat und noch erwerben wird und, für den Fall, dass das Angebot unbedingt wird, unter dem Angebot erwerben wird, im Aktienregister als Aktionärin mit Stimmrecht einzutragen;*
- c) *Keine Ereignisse sind eingetreten oder bekannt geworden, die, für sich allein oder zusammen, nach Ansicht eines unabhängigen, international angesehenen und von Swiss Prime Site ernannten Sachverständigen geeignet sind, mindestens eine der*



folgenden Auswirkungen auf eine künftige Konzernrechnung der Jelmoli zu haben (die Beträge entsprechen rund 10% (EBIT und Eigenkapital) resp. 5% (Gesamterlös) des jeweiligen in der Konzernrechnung 2008 der Jelmoli ausgewiesenen Werts, abzüglich des für das Segment Athris ausgewiesenen Werts):

- (i) eine Verringerung des Betriebsergebnisses (EBIT) um CHF 19.2 Mio. oder mehr;*
 - (ii) einen Rückgang des Gesamterlöses um CHF 18.8 Mio. oder mehr;*
 - (iii) eine Verringerung des Eigenkapitals um CHF 140.1 Mio. oder mehr;*
- d) *Kein Gericht und keine Behörde hat einen Entscheid, eine Verfügung oder eine ähnliche Anordnung erlassen, der bzw. die dieses Angebot oder dessen Vollzug oder die Übernahme der Jelmoli durch Swiss Prime Site verhindert, verbietet oder für unzulässig erklärt;*
- e) *Die Jelmoli hat weder (i) durch Beschluss der Generalversammlung eine Dividende, eine Kapitalherabsetzung, eine Spaltung, eine Vermögensübertragung oder eine sonstige Akquisition oder Veräusserung zu einem Gegenwert von mehr als CHF 334.5 Mio. (entsprechend rund 10% des Werts der in der Konzernrechnung 2008 der Jelmoli ausgewiesenen Aktiven, abzüglich des für das Segment Athris ausgewiesenen Werts) beschlossen oder genehmigt, (ii) durch Beschluss der Generalversammlung eine Fusion beschlossen oder genehmigt (iii) durch Beschluss der Generalversammlung eine (ordentliche, genehmigte oder bedingte) Kapitalerhöhung beschlossen oder genehmigt oder gestützt auf bedingtes oder genehmigtes Kapital in den Statuten Massnahmen durchgeführt (wie z.B. Ausgabe einer Wandelanleihe oder Abschluss eines Sacheinlagevertrages), die eine Kapitalerhöhung ermöglichen;*
- f) *Mit Ausnahme jener Verpflichtungen, welche vor der Voranmeldung öffentlich bekannt gegeben wurden, hat sich die Jelmoli einschliesslich ihrer direkten und indirekten Tochtergesellschaften seit dem 31. Dezember 2008 nicht verpflichtet, im Umfang von CHF 334.5 Mio. (entsprechend rund 10% des Werts der in der Konzernrechnung 2008 der Jelmoli ausgewiesenen Aktiven, abzüglich des für das Segment Athris ausgewiesenen Werts) oder mehr Vermögenswerte zu erwerben oder zu veräussern oder Fremdkapital aufzunehmen oder zurückzuzahlen;*
- g) *Weder die Übernahmekommission, die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht noch das Bundesverwaltungsgericht haben verfügt bzw. entschieden, dass Swiss Prime Site auf Grund des am 29. Mai 2009 mit Pelham Investments AG, Zug, abgeschlossenen Aktienkaufvertrages im Rahmen des Angebotes den Aktionären der Jelmoli eine (vollständige oder teilweise) Abgeltung des Angebotspreises in bar anbieten müsse;*



- h) *Die für die Durchführung des Angebotes notwendige Kapitalerhöhung von Swiss Prime Site wird von der Generalversammlung von Swiss Prime Site genehmigt und im Handelsregister des Kantons Solothurn eingetragen;*
- i) *Die SIX Swiss Exchange AG hat die Kotierung der im Rahmen der (unter Bedingung (h) genannten) Kapitalerhöhung geschaffenen und zum Umtausch angebotenen Swiss Prime Site Aktien bewilligt.*

Swiss Prime Site behält sich vor, auf den Eintritt einzelner oder mehrerer Bedingungen ganz oder teilweise zu verzichten. Swiss Prime Site wird auf die Erfüllung der Bedingungen (h) und (i) nicht verzichten.

Das Umtauschangebot wird als nicht zustande gekommen erklärt, falls die Bedingungen (a) und (c) bis zum Ablauf der allenfalls verlängerten Angebotsfrist oder der Veröffentlichung des definitiven Zwischenergebnisses des Umtauschangebots in den Printmedien nicht erfüllt sind und auf deren Erfüllung nicht verzichtet wurde.

Die Bedingungen (b), (d), (e), (f), (g), (h) und (i) gelten bis zum Vollzug des Umtauschangebots:

- i) *Wenn die Bedingungen (b), (d), (g), (h) und (i) am letzten Tag vor dem geplanten Vollzugstag nach Kapitel "Zeitplan" K.11 nicht erfüllt sind und auf die Erfüllung der Bedingungen (b), (d) und (g) auch nicht verzichtet wurde, ist Swiss Prime Site berechtigt, den Vollzug des Umtauschangebots ein oder mehrmals um eine durch Swiss Prime Site zu bestimmende Frist, jedoch nicht um mehr als 4 Monate, aufzuschieben ("Aufschubfrist") und damit zur Festlegung eines neuen Vollzugstags. Das Angebot fällt dahin (und wird für nicht zustande gekommen erklärt), falls mindestens eine der bis zum Vollzug des Umtauschangebots geltenden Bedingungen (b), (d), (g), (h) und (i) nicht eingetreten ist, es sei denn, Swiss Prime Site verzichtet auf die nicht eingetretene(n) Bedingung(en).*
- ii) *Wenn die Bedingungen (e) und (f) am Vollzugstag nicht erfüllt sind und auf die Erfüllung dieser Bedingungen auch nicht verzichtet wurde, ist Swiss Prime Site berechtigt, das Umtauschangebot für nicht zustande gekommen zu erklären.*

H.

Der Angebotsprospekt, das Angebotsinserat, der Verwaltungsratsbericht und die Fairness Opinion wurden der Übernahmekommission vor der Publikation zur Vorprüfung unterbreitet.

I.

Zur Prüfung dieser Angelegenheit wurde ein Ausschuss bestehend aus den Herren Walter Knabenhans (Vorsitzender des Ausschusses), Thierry de Marignac und Henry Peter gebildet.

—

—
—
—



Die Übernahmekommission zieht in Erwägung:

1. Voranmeldung

[1] Eine Anbieterin kann gemäss Art. 5 Abs. 1 UEV ein Angebot vor der Veröffentlichung des Angebotsprospekts voranmelden. Die daran geknüpften rechtlichen Wirkungen ergeben sich aus Art. 7 UEV. Im vorliegenden Fall enthielt die am 2. Juni 2009 in den elektronischen Medien publizierte Voranmeldung sämtliche gemäss Art. 5 Abs. 2 UEV geforderten Angaben. Die Publikation in den Printmedien erfolgte rechtzeitig innerhalb von drei Börsentagen am 4. Juni 2009. Die Voranmeldung entfaltet ihre Wirkungen im Sinn von Art. 7 UEV somit am 2. Juni 2009.

—

2. Gegenstand des Angebots

[2] Das öffentliche Umtauschangebot der Swiss Prime Site erstreckt sich auf alle sich im Publikum befindenden Jelmoli-Aktien sowie auf alle Jelmoli-Aktien, die bis zum Ende der Nachfrist aus Finanzinstrumenten stammen. Es erstreckt sich nicht auf Jelmoli-Aktien, die von Jelmoli oder einer ihrer Tochtergesellschaften gehalten werden. Damit erfüllt die Anbieterin die Anforderungen gemäss Art. 9 Abs. 2 und 4 UEV und der hierzu bestehenden Praxis.

—

3. Zulässigkeit von Sales Restrictions

[3] Das Angebot enthält sog. Sales Restrictions. Nach der Praxis der Übernahmekommission sind Sales Restrictions zuzulassen, wenn eine Ausdehnung des Angebots auf Aktionäre mit Wohnsitz im Ausland nicht möglich, widerrechtlich oder mit unverhältnismässigem Aufwand (z.B. aufgrund von zusätzlichen Gesuchen an/oder Handlungen im Zusammenhang mit staatlichen, regulatorischen oder rechtlichen Behörden) verbunden ist, sowie wenn die Gefahr der Haftbarkeit aus dem ausländischen Recht für den Anbieter aufgrund der Ausdehnung eines Übernahmeangebots nach Schweizer Recht auf Aktionäre mit Wohnsitz im Ausland nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann (Empfehlung vom 24. August 2005 in Sachen *Leica Geosystems Holdings AG*, Erw. 3.3). Hat die Zielgesellschaft ihre Titel hingegen öffentlich auf dem amerikanischen Markt platziert, so ist nach Schweizer Recht jeder Aktionär, unabhängig von seinem Aufenthaltsort und seiner Nationalität berechtigt, ein unterbreitetes Angebot anzunehmen, wenn er davon Kenntnis erhält, auch wenn es ihm nicht in Einklang mit den gesetzlichen Bestimmungen „seines“ Landes kommuniziert worden ist (Empfehlung IV vom 9. Juni 2007 in Sachen *Converium Holding AG*, Erw. 3.2).

[4] Im vorliegenden Fall ist offensichtlich, dass die Ausdehnung des Angebots auf US-Aktionäre mit einem unverhältnismässigen Mehraufwand verbunden wäre. Es muss der Anbieterin insbesondere auch erlaubt sein, Angebotsannahmen, welche von US-Aktionären getätigt werden, zu verweigern. Andernfalls müsste sie damit rechnen, dass sie ihre zum Tausch gegebenen Aktien in



den USA registrieren lassen müsste (vgl. hierzu Empfehlung vom 24. August 2005 in Sachen *Leica Geosystems Holdings AG*, Erw. 3.3 ff.). Schliesslich ist auch festzuhalten, dass die Zielgesellschaft ihre Beteiligungspapiere – im Gegensatz zum Sachverhalt, welcher der Empfehlung IV in Sachen *Converium Holding AG* vom 9. Juni 2007 zu Grunde lag – nicht öffentlich auf dem amerikanischen Markt platziert hat. Die Sales Restrictions sind demnach zuzulassen.

–

4. Einhaltung der Bestimmungen über den Mindestpreis

4.1 Allgemein

[5] Da das Angebot der Swiss Prime Site alle sich im Publikum befindenden Jelmoli-Aktien umfasst, würde deren Erwerb die Pflicht zur Unterbreitung eines Angebots auslösen. Die Preis muss daher den Bestimmungen über Pflichtangebote entsprechen (Art. 9 Abs. 6 UEV i.V.m. Art. 32 Abs. 4 und 5 BEHG sowie Art. 40 - 45 BEHV-FINMA).

[6] Gemäss Art. 32 Abs. 4 BEHG entspricht der Mindestpreis dem Börsenkurs und darf höchstens 25 Prozent unter dem höchsten Preis liegen, den der Anbieter in den zwölf Monaten vor dem Angebot bezahlt hat (Preis des vorausgegangenen Erwerbs).

4.2 Börsenkurs

[7] Der volumengewichtete Durchschnittskurs (Volume Weighted Average Price, VWAP) der Jelmoli-Aktien während der letzten 60 Börsentage vor der Publikation der Voranmeldung am 2. Juni 2009 betrug CHF 370.09. Die Jelmoli-Aktien wurden im gleichen Zeitraum an 53 von 60 Börsentagen gehandelt. Sie sind daher gemäss Art. 40 Abs. 4 BEHV-FINMA in Verbindung mit der Mitteilung Nr. 2 („Mitteilung Nr. 2 der UEK vom 3. September 2007 zum Begriff der Liquidität“) als liquid zu betrachten.

[8] Der volumengewichtete Durchschnittskurs der zum Tausch angebotenen Swiss Prime Site-Aktien betrug während der gleichen Periode CHF 50.54. Die Swiss Prime Site-Aktien wurden an sämtlichen Börsentagen dieses Zeitraums gehandelt, weshalb sie ebenfalls als liquid zu betrachten sind. Bei einem Umtauschverhältnis von 8.1 Swiss Prime Site-Aktien je Jelmoli-Aktie ergibt dies in Franken einen Angebotspreis von CHF 409.37 je Jelmoli-Aktie. Dieser Preis liegt über dem Börsenkurs i.S.v. Art. 32 Abs. 4 BEHG i.V.m. Art. 40 Abs. 2 BEHV-FINMA der Jelmoli-Aktie.

4.3 Preis des vorausgegangenen Erwerbs

[9] Am 29. Mai 2009 erwarb die Anbieterin von Pelham 1'214'981 Jelmoli-Aktien gegen 4'480'000 Swiss Prime Site-Aktien sowie CHF 250 Mio. in bar. Dieser Erwerb ist nicht durch Bedingungen an das vorliegende Angebot geknüpft (vgl. Angebotsprospekt Abschnitt F, Ziff. 3), weshalb es sich hierbei um vorausgegangenen Erwerb handelt und nicht um eine gekoppelte Gesamt-

–
–
–



transaktion von vorausgegangenem Erwerb und öffentlichem Kaufangebot, die in den Anwendungsbereich der Best Price Rule fallen würde (vgl. Empfehlung I vom 22. August 2007 in Sachen *Unilabs S.A.*, Erw. 2). Basierend auf den Schlusskurs der Swiss Prime Site-Aktie an diesem Tag von CHF 54 ergibt sich ein Kaufpreis von CHF 404.88 je Jelmoli-Aktie (4'480'000 Swiss Prime Site-Aktien à CHF 54 plus CHF 250 Mio. geteilt durch 1'214 981 Jelmoli-Aktien). Dieser liegt unter dem Wert gemäss Erw. 4.2. Damit ist Art. 32 Abs. 4 BEHG eingehalten.

[10] Weitere Käufe von Jelmoli-Aktien haben die Anbieterin oder die mit ihr in gemeinsamer Absprache handelnden Personen während des massgebenden Zeitraums nicht getätigt (vgl. Angebotsprospekt, Abschnitt C, Ziff. 7).

—

5. Best Price Rule / Baralternative

[11] Gemäss Art. 10 Abs. 1 UEV muss ein Anbieter, der von der Veröffentlichung des Angebotes bis sechs Monate nach Ablauf der Nachfrist Beteiligungspapiere der Zielgesellschaft zu einem über dem Angebotspreis liegenden Preis erwirbt, diesen Preis allen Empfängern des Angebotes anbieten (Best Price Rule).

[12] Bei einem Umtauschangebot folgt der Angebotspreis laufend den Kursänderungen der zum Umtausch angebotenen Titel. Der für die Best Price Rule massgebende Preis schwankt daher. Damit eine Anbieterin bei einem ausserhalb des Tauschangebots getätigten Kauf einer Aktie der Zielgesellschaft die Best Price Rule nicht verletzt, muss sie darauf achten, dass der Preis, den sie ausserhalb des Angebots bezahlt, nicht über dem Angebotswert im Moment des Erwerbs der Papiere liegt (s. Empfehlung VIII vom 9. November 2007 in Sachen *Aare-Tessin AG*, Erw. 6, mit weiteren Hinweisen). Dieses Schwanken ist indessen nur bis zum Vollzug eines Tauschangebots zu beachten. Spätere Kursschwankungen sind nicht mehr zu berücksichtigen, d.h. der für die Einhaltung der Best Price Rule massgebende Preis wird im Zeitpunkt des Vollzugs des Angebots fixiert. Nach Abwicklung eines Umtauschangebots darf die Anbieterin demnach keine Beteiligungspapiere der Zielgesellschaft zu einem Preis erwerben, der über dem Wert des Umtauschangebots im Zeitpunkt der Abwicklung liegt.

[13] Folglich darf die Swiss Prime Site ausserhalb des eigenen Angebots Aktien der Zielgesellschaft erwerben, solange der dabei bezahlte Preis höchstens gleich hoch ist wie der Angebotspreis im Zeitpunkt der Transaktion. Andernfalls hätte sie den Angebotspreis entsprechend zu erhöhen. Nach Vollzug des Angebots darf Swiss Prime Site Jelmoli-Aktien erwerben, solange der dabei bezahlte Preis höchstens dem Umtauschverhältnis multipliziert mit dem Börsenkurs einer Swiss Prime Site-Aktie im Zeitpunkt des Vollzugs entspricht.

[14] Erwirbt die Anbieterin während der Frist von Art. 10 UEV Beteiligungspapiere oder Finanzinstrumente, auf die sich das Angebot bezieht, gegen Barzahlung, so ist sie verpflichtet, sämtlichen Angebotsempfängern eine Barzahlung anzubieten (Mitteilung Nr. 4 der Übernahmekommission vom 9. Februar 2009).

—
—



[15] Die Prüfstelle hat die Einhaltung dieser Regeln zu bestätigen (Art. 28 Abs. 1 lit. d UEV).

–

6. Handeln in gemeinsamer Absprache

[16] Für Personen, die im Hinblick auf ein Angebot in gemeinsamer Absprache oder als organisierte Gruppe mit dem Anbieter handeln, gilt Art. 10 Abs. 1 und 2 BEHV-FINMA sinngemäss (Art. 11 Abs. 1 UEV). Sie haben die Pflichten nach Art. 12 UEV einzuhalten. Die Prüfstelle hat dies zu überprüfen. Gemäss Praxis der Übernahmekommission handeln diejenigen Personen in gemeinsamer Absprache, welche hinsichtlich des Unterbreitens eines öffentlichen Kauf- bzw. Umtauschangebots und dessen Bedingungen ihr Verhalten koordinieren bzw. sich über das Angebot und über dessen Bedingungen geeinigt haben (vgl. Empfehlung vom 28. April 2005 in Sachen *Swiss International Air Lines AG*, Erw. 2.2).

[17] In gemeinsamer Absprache mit der Anbieterin handeln zunächst alle ihre Tochtergesellschaften. Am 11. Juni 2009 haben die Anbieterin und die Zielgesellschaft eine Transaktionsvereinbarung geschlossen (vgl. Sachverhalt lit. E). Ab diesem Datum handeln auch Jelmoli und die von ihr direkt oder indirekt kontrollierten Gesellschaften in gemeinsamer Absprache mit der Anbieterin.

[18] Die Anbieterin hat nach Art. 19 Abs. 1 lit. d UEV die in gemeinsamer Absprache mit ihr handelnden Personen im Angebotsprospekt offen zu legen. Die Anbieterin führt diese Personen im Angebotsprospekt in Abschnitt C, Ziff. 5 auf. Der Angebotsprospekt entspricht insoweit den gesetzlichen Anforderungen.

–

7. Bedingungen

7.1 Allgemeines

[19] Nach Art. 7 Abs. 1 UEV muss der Anbieter innerhalb von sechs Wochen nach der Voranmeldung einen Angebotsprospekt veröffentlichen, der den Konditionen der Voranmeldung entspricht. Nach Abs. 2 dürfen Änderungen vorgenommen werden, wenn sie sich gesamthaft gesehen zugunsten der Empfänger auswirken. Das vorliegende Angebot steht unter den Bedingungen (a) bis (i) (zum Wortlaut der Bedingungen vgl. Sachverhalt lit. G).

7.2 Bedingung a)

[20] Knüpft die Anbieterin ihr Angebot an das Erreichen einer Mindestbeteiligung an der Zielgesellschaft, so darf die Schwelle nicht unrealistisch hoch sein. Andernfalls würde es im Belieben der Anbieterin stehen, ein aufgrund der unrealistischen Bedingung zum Scheitern verurteiltes Angebot mittels Verzicht auf die entsprechende Bedingung doch zustande kommen zu lassen. Die Bedingung verkäme so zu einer unzulässigen Potestativbedingung im Sinn von Art. 13 Abs. 2

–

–

–



UEV. Das Erreichen der in der Bedingung a) gesetzten Schwelle von 66.67% scheint realistisch, zumal die Anbieterin bereits rund 28% der im Handelsregister eingetragenen Jelmoli-Aktien hält. Bedingung a) ist somit zulässig.

7.3 Bedingung b)

[21] Solche Bedingungen sollen es dem Anbieter ermöglichen, die Kontrolle über die Zielgesellschaft zu erlangen. Sie sind gemäss Praxis zulässig (vgl. Empfehlung IV vom 7. Juni 2007 in Sachen *Converium Holding AG*, Erw. 11.6.2).

7.4 Bedingungen c)

[22] Sogenannte Material Adverse Change-Klauseln (**MAC-Klauseln**) sind gemäss Praxis der Übernahmekommission zulässig, wenn die von der Anbieterin genannten Einbussen bei Umsatz (bzw. Erlös) oder Gewinn bzw. Kosten wesentlich sind. Die Einbussen sind dann als wesentlich zu betrachten, wenn sie bei EBIT und Eigenkapital mindestens 10% bzw. beim Umsatz mindestens 5% (je gemäss konsolidierter Konzernrechnung der Zielgesellschaft) betragen. Mit diesen Untergrenzen soll vermieden werden, dass die Anbieterin aufgrund einer zu tief gewählten Schwelle für eine Einbusse jedes unbedeutende Ereignis zum Anlass nehmen kann, vom Angebot Abstand zu nehmen. Damit würde die Bedingung zu einer unzulässigen Potestativbedingung (Empfehlung vom 26. September 2008 in Sachen *Ciba Holding AG*, Erw. 5.6).

[23] Die in der Voranmeldung verwendeten Bezugsgrössen „Mieterlös“ und „Umsatz“, welche Teile des Gesamterlöses darstellen, wurden im Angebotsprospekt durch „Gesamterlös“ ersetzt. Die diesbezüglichen Zahlen wurden angepasst. Dies wirkt sich zu Gunsten der Empfänger aus, weil dadurch die Wahrscheinlichkeit erhöht wird, dass das Angebot zustande kommt. Die Bedingung c) entspricht in dieser Form der Praxis der Übernahmekommission und die diesbezüglichen Änderungen sind zulässig.

7.5 Bedingung d)

[24] Gemäss ständiger Praxis der Übernahmekommission ist eine solche Bedingung bis zum Vollzug des Angebots zulässig (vgl. u.a. Empfehlung vom 26. September 2008 in Sachen *Ciba Holding AG*, Erw. 5.9).

[25] Im Vergleich zur Voranmeldung wurde der Passus bezüglich der Genehmigung bzw. Freistellung von Wettbewerbsbehörden gestrichen, da die betreffenden Bewilligungen gemäss Angaben der Anbieterin mittlerweile eingetroffen sind. Aus demselben Grund wurde auch die in der Voranmeldung mit e) bezeichnete Bedingung gestrichen.



7.6 Bedingung e)

[26] Solche Bedingungen sind bis zum Vollzug des Angebots zulässig, längstens jedoch bis zur nächsten (ausserordentlichen) Generalversammlung (vgl. Verfügung vom 29. Mai 2009 in Sachen *Quadrant AG*, Erw. 6.3; Empfehlung vom 26. September 2008 in Sachen *Ciba Holding AG*, Erw. 5.7).

7.7 Bedingung f)

[27] Der von der Anbieterin in Bedingung f) genannte Schwellenwert von 10% des Werts der in der Konzernrechnung 2008 der Jelmoli ausgewiesenen Aktiven, abzüglich des für das Segment Athris ausgewiesenen Werts, ist wesentlich (vgl. Erw. 7.4). Die Anbieterin hat ein schutzwürdiges Interesse daran, sich vor wesentlichen Änderungen zu schützen. Der Eintritt der Bedingung f) ist allerdings nur solange dem Einflussbereich der Zielgesellschaft zuzuordnen (und kann somit nur solange über den Ablauf der Angebotsfrist hinaus gelten), bis die Anbieterin die Kontrolle über die Zielgesellschaft erhält (vgl. Empfehlung I vom 15. Juli 2005 in Sachen *Saia-Burgess Electronics Holding AG*, Erw. 2.10.2 und 2.10.4). Bedingung f) ist zulässig.

7.8 Bedingung g)

[28] Der Aktienkauf mit Pelham stellt nach ständiger Praxis der Übernahmekommission vorausgegangenen Erwerb dar, bei welchem im Fall der Barzahlung keine Pflicht zur Unterbreitung einer Baralternative besteht (vgl. Erw. 4.3). Auf dieser Basis hat die Anbieterin das vorliegende Angebot unterbreitet. Wäre die Anbieterin verpflichtet, eine Baralternative anzubieten, hätte sie das Umtauschangebot nicht in der vorliegenden Weise lanciert. Zur Absicherung dieser Überlegung etabliert sie vor dem Hintergrund einer objektiv nachvollziehbaren Würdigung der gesamten aktuellen marktmässigen Gegebenheiten die Bedingung g). Unter Berücksichtigung dieser Umstände ist Bedingung g) zuzulassen.

7.9 Bedingung h)

[29] Die zum Tausch angebotenen Swiss Prime Site-Aktien müssen zuerst geschaffen und im Handelsregister eingetragen werden. Die Bedingung h) ist daher nach der Praxis der Übernahmekommission zulässig (vgl. Empfehlung IV in Sachen *Converium Holding AG* vom 9. Juni 2007, Erw. 11.9; Empfehlung vom 24. August 2005 in Sachen *Leica Geosystems Holdings AG*, Erw. 1.2.3.1).

7.10 Bedingung i)

[30] Bedingung i) sieht vor, dass die SIX die Kotierung der in der Kapitalerhöhung geschaffenen, zum Umtausch angebotenen Swiss Prime Site-Aktien bewilligt hat. Die Bewilligung der Kotierung ist ebenfalls Voraussetzung dafür, dass die Tauschtitel zu Verfügung stehen.



Bedingung i) ist daher bis zum Vollzug zulässig (vgl. statt vieler Empfehlung IV vom 9. Juni 2007 in Sachen *Converium Holding AG*, Erw. 11.10.2).

—

8. Zusätzliche Angaben im Falle eines öffentlichen Umtauschangebots

[31] Nach Art. 24 UEV sind im Fall eines öffentlichen Umtauschangebots zusätzliche Angaben zu machen. Der Angebotsprospekt enthält in Abschnitt D die in Art. 24 UEV verlangten Angaben.

—

9. Bericht des Verwaltungsrats

[32] Nach Art. 29 Abs. 1 BEHG legt der Verwaltungsrat der Zielgesellschaft den Inhabern von Beteiligungspapieren einen Bericht vor, in dem er zum Angebot Stellung nimmt. Die von der Zielgesellschaft abgegebenen Informationen müssen wahr und vollständig sein. Der Bericht muss alle Informationen enthalten, die notwendig sind, damit die Angebotsempfänger ihre Entscheidung in Kenntnis der Sachlage treffen können. Für weitere Einzelheiten sei auf die gesetzlichen Bestimmungen verwiesen (Art. 30 ff. UEV).

9.1 Jahres- oder Zwischenabschluss

[33] Gemäss Praxis der Übernahmekommission darf der Bilanzstichtag des letzten veröffentlichten Jahresberichts der Zielgesellschaft bis zum Ende der Angebotsfrist nicht mehr als sechs Monate zurückliegen. Andernfalls muss ein aktueller Zwischenabschluss erstellt werden. Dieser ist Teil des Berichts des Verwaltungsrats der Zielgesellschaft und entsprechend zu veröffentlichen. Zudem hat der Verwaltungsrat Angaben über wesentliche Änderungen der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage sowie der Geschäftsaussichten zu machen, die seit der letzten Veröffentlichung des Jahres- oder Zwischenberichts eingetreten sind. Sind keine solchen Änderungen eingetreten, hat dies der Verwaltungsrat in seinem Bericht zu bestätigen.

[34] Der letzte von Jelmoli publizierte Jahresabschluss ist derjenige per 31. Dezember 2008. Die Angebotsfrist wird am 29. Juli 2009 zu laufen beginnen und endet frühestens am 14. September 2009. Jelmoli plant gemäss Angaben im Bericht des Verwaltungsrats (vgl. Ziff. 8 Berichts), bis zum 31. August 2009 einen Zwischenabschluss betreffend die Ergebnisse des ersten Halbjahres 2009 zu publizieren. Nach Praxis der Übernahmekommission muss ein Jahres- bzw. Zwischenabschluss spätestens zehn Börsentage vor Ablauf der Angebotsfrist veröffentlicht werden. Andernfalls wäre die Angebotsfrist entsprechend zu verlängern.

[35] Der Verwaltungsrat bestätigt, dass seit Bekanntgabe des letzten veröffentlichten Jahresabschlusses per 31. Dezember 2008 – mit Ausnahme der an gleicher Stelle erwähnten Ereignisse – keine wesentlichen Veränderungen in der Vermögens-, Finanz-, Ertragslage sowie in den Geschäftsaussichten von Jelmoli ergaben (vgl. Bericht des Verwaltungsrats Ziff. 8). Damit entspricht der Bericht in diesen Punkten den gesetzlichen Anforderungen.

—

—

—



9.2 Interessenkonflikte

[36] Nach Art. 32 UEV hat der Bericht auf allfällige Interessenkonflikte von Mitgliedern des Verwaltungsrats oder der obersten Geschäftsleitung hinzuweisen sowie auf die Folgen, die das Angebot für die einzelnen Mitglieder des Verwaltungsrats und der obersten Geschäftsleitung hat, insbesondere in Bezug auf ihre Entschädigung bei Weiterführung oder Aufgabe ihrer Tätigkeit. Liegen Interessenkonflikte vor, so gibt der Bericht Rechenschaft über die Massnahmen, welche die Zielgesellschaft getroffen hat, um zu vermeiden, dass sich diese Interessenkonflikte zum Nachteil der Empfängerinnen und Empfänger des Angebotes auswirken.

[37] Der Bericht des Verwaltungsrats enthält in Ziff. 4.2 die mit Blick auf Art. 32 UEV relevanten Angaben für die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung. Überdies werden die von diesen Personen gehaltenen Jelmoli-Aktien und Optionen auf Jelmoli-Aktien sowie die finanziellen Folgen des Angebots offengelegt.

[38] Der Verwaltungsrat von Jelmoli hat Bank Sarasin & Cie AG (**Sarasin**) als unabhängige Expertin beauftragt, die finanzielle Angemessenheit des öffentlichen Kaufangebots zu prüfen (**Fairness Opinion**).

[39] Vorliegend sind die von Sarasin für ihre Meinungsbildung verwendeten Informationen und Bewertungsmethoden, die Bewertungsannahmen und die angewandten Parameter sowie deren Herleitung offengelegt, so dass die Angebotsempfänger die Einschätzung der Expertin nachvollziehen und ihren Entscheid betreffend Annahme oder Ablehnung des Angebots in Kenntnis der Sachlage treffen können. Die Fairness Opinion ist gemäss Art. 30 Abs. 5 UEV hinreichend begründet. Sarasin gelangt zum Ergebnis, dass der Angebotspreis aus finanzieller Sicht fair und angemessen ist (vgl. Bericht des Verwaltungsrats Ziff. 9).

9.3 Übrige Informationen

[40] In Bezug auf die Offenlegung weiterer Informationen entspricht der Bericht des Verwaltungsrats den gesetzlichen Anforderungen.

—

10. Publikation

[41] Die vorliegende Verfügung wird am Tag der Publikation des Angebotsprospekts auf der Website der Übernahmekommission veröffentlicht (Art. 33a BEHG i.V.m. Art. 65 Abs. 1 UEV).

—

11. Gebühr

[42] Das Angebot umfasst maximal 3'053'186 Jelmoli-Aktien. Als Preis wird pro Jelmoli-Aktie 8.1 Swiss Prime Site-Aktien angeboten. Der volumengewichtete Durchschnittskurs der zum Tausch



angebotenen Swiss Prime Site-Aktien betrug während der letzten 60 Börsentage vor der Publikation der Voranmeldung am 2. Juni 2009 CHF 50.54 (vgl. Art. 69 Abs. 4 UEV). Der Wert des gesamten Angebots liegt somit bei CHF 1'249'894'966. Die Gebühr beträgt demnach CHF 200'000 (Art. 69 Abs. 2 und 3 UEV).

—

Die Übernahmekommission verfügt:

1. Das öffentliche Umtauschangebot der Swiss Prime Site AG, Olten, an die Aktionäre der Jelmoli Holding AG, Zürich, entspricht den gesetzlichen Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote.
2. Die vorliegende Verfügung wird am Tag der Publikation des Angebotsprospekts auf der Website der Übernahmekommission veröffentlicht.
3. Die Gebühr zu Lasten der Swiss Prime Site AG beträgt CHF 200'000.

Der Vorsitzende des Ausschusses:

Walter Knabenhans

—

Diese Verfügung geht an die Parteien:

- Swiss Prime Site AG, vertreten durch Dr. Thomas Reutter und Dr. Dieter Dubs, Bär & Karrer AG;
- Jelmoli Holding AG, vertreten durch Dr. Urs Pulver, Dr. Andreas Casutt und Dr. Philipp Weber, Niederer Kraft & Frey AG.

Mitteilung an:

- Die Prüfstelle BDO Visura, Zürich (zur Kenntnisnahme).

—
—



Rechtsmittelbelehrung:

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

Gegen diese Verfügung kann innerhalb von fünf Börsentagen Beschwerde bei der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA), Schwanengasse 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 Jelmoli Holding AG, 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, info@takeover.ch, Telefax: +41 58 854 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.

—