



Verfügung 620/01

vom 10. Dezember 2015

Gesuch von **Kuros Biosurgery Holding AG, Banque Pictet & Cie SA, Eckenstein-Geigy-Stiftung, Venture Incubator AG, Omega Fund IV L.P., LSP V Coöperatieve U.A., Jeffrey Hubbell, Didier Cowling, NexMed Holding AG** bezüglich Angebotspflicht betreffend **Cytos Biotechnology AG**

Sachverhalt:

A.

Cytos Biotechnology AG (**Cytos** oder **Zielgesellschaft**) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Schlieren (ZH). Cytos wurde 1995 als Spin-off der Eidgenössischen Technischen Hochschule Zürich (ETH) gegründet und ist eine biopharmazeutische Gesellschaft mit dem Schwerpunkt der Entwicklung gezielter Immuntherapien. Cytos verfügt über ein Aktienkapital von CHF 3'240'458.28, eingeteilt in 108'015'276 Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 0.03 (**Cytos-Aktien**). Cytos verfügt zudem über ein genehmigtes Aktienkapital von CHF 1'620'229.14 (entsprechend 54'007'638 Cytos-Aktien) und ein bedingtes Aktienkapital von CHF 721'516.96 (entsprechend 24'050'532 Cytos-Aktien) für eigenkapitalbezogene Finanzierungsinstrumente und Mitarbeiterbeteiligungen. Die Cytos-Aktien sind an der SIX Swiss Exchange AG (**SIX**) gemäss Main Standard kotiert (SIX: CYTN). Die folgenden Aktionäre halten mehr als 3 % an Cytos:

- Pegasus Global Opportunity Fund Ltd., British Virgin Islands (9.94 %),
- Abingworth Bioventures V L.P., London, und Abingworth Bioequities Master Fund Limited, Cayman Islands (4.02 %) und
- HERCULIS Partners "Aries" Fund, Vaduz, und Dynatrend Fund, Vaduz (3.06 %).

Cytos musste ihren Betrieb wegen nachteiliger Resultate eines klinischen Versuchs reduzieren und hat zurzeit noch vier Mitarbeiter. Die Statuten von Cytos enthalten kein Opting out.

B.

Kuros Biosurgery Holding AG (**Kuros**) ist eine privat gehaltene Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Kuros ist auf dem Gebiet der Erforschung und Entwicklung von Produkten zur Wund- und Knochenheilung tätig. Das Aktienkapital beträgt CHF 1'285'666.60 und ist eingeteilt in 7'689'418 Vorzugsaktien (**Kuros-Vorzugsaktien**) und 5'167'248 gewöhnliche Namenaktien (**Kuros-Namenaktien**; zusammen mit den Kuros-Vorzugsaktien die **Kuros-Aktien**), beide mit einem Nennwert von jeweils CHF 0.10. Zudem hat Kuros ein Partizipationskapital in der Höhe von CHF 19'267, eingeteilt in 192'670 Partizipationsscheine mit einem Nennwert von jeweils CHF 0.10 (**Kuros-PS**). Schliesslich hat Kuros ein bedingtes Kapital in der Höhe von CHF 236'270.80 zur Ausgabe von 2'362'708 Kuros-Namenaktien infolge Ausübung von Optionen zugunsten von Mitarbeitern und weiteren Personen und ein bedingtes Kapital in der Höhe von



CHF 160'337.50 zur Ausgabe von 1'603'375 Kuros-Vorzugsaktien für eigenkapitalbezogene Finanzierungsinstrumente. Weder die Kuros-Aktien noch die Kuros-PS sind kotiert.

C.

Das Aktionariat von Kuros besteht aus 53 Aktionären (**Kuros-Aktionäre**). Zwischen diesen Kuros-Aktionären sowie Kuros besteht ein Aktionärsbindungsvertrag mit Datum vom 5. August 2015 (**Shareholders' Agreement**), der in materieller Hinsicht unter anderem die Ausübung der Stimmrechte an Kuros, die Zusammensetzung und Organisation des Verwaltungsrats von Kuros, Einsichts- und Kontrollrechte, die Dividendenpolitik sowie Vorhand-, Vorkaufs- und Mitverkaufsrechte regelt.

D.

Die folgenden Kuros-Aktionäre halten zusammen rund 64 % an Kuros (alle zusammen: die **Aktionärs-Gesuchsteller**):

- Banque Pictet & Cie SA, Carouge (ca. 16 %),
- Eckenstein-Geigy-Stiftung, Binningen (ca. 13 %),
- Venture Incubator AG, Zug (ca. 12 %),
- Omega Fund IV L.P., Cayman Islands (ca. 11 %),
- Jeffrey Hubbell, Didier Cowling und NexMed Holding AG, Freienbach (ca. 11 %) sowie
- LSP V Coöperatieve U.A., Amsterdam (**LSP**, vgl. dazu sogleich).

Jeffrey Hubbell, Didier Cowling und NexMed Holding AG, Freienbach, sind Gründer von Kuros, die anderen Aktionärs-Gesuchsteller sind Investoren. LSP hält zurzeit noch keine Kuros-Aktien. Kuros beabsichtigt jedoch, zeitlich kurz vor der geplanten Transaktion (vgl. sogleich Sachverhalt lit. E) aus dem bedingten Kapital 1'603'375 Kuros-Vorzugsaktien an LSP auszugeben. Danach soll LSP eine Beteiligung von ca. 12 % an Kuros halten. Die Beteiligung der übrigen Kuros-Aktionäre wird sich infolgedessen entsprechend verwässern bzw. reduzieren.

E.

Cytos und Kuros beabsichtigen einen Zusammenschluss, und zwar über eine sog. umgekehrte Quasifusion (*reverse quasi merger*), wobei mindestens 90 % und vorzugsweise 100 % der Kuros-Aktien in Cytos-Aktien umgetauscht werden sollen. Gemäss dem Combination Agreement zwischen Cytos und Kuros vom 1. Dezember 2015 (**Combination Agreement**) soll dabei wie folgt vorgegangen werden: Cytos wird eine ausserordentlichen Generalversammlung durchführen, welche für den Januar 2016 geplant ist. Diese ausserordentliche Generalversammlung soll eine Kapitalerhöhung beschliessen, wobei 392 Millionen neue Cytos-Aktien für den Tausch mit den Kuros-Aktionären geschaffen werden. Die neu geschaffenen Cytos-Aktien sollen anschliessend kotiert werden. Zudem soll das bedingte Kapital von Cytos um 50 Million Cytos-Aktien und das genehmigte Kapital um rund 9 Millionen Cytos-Aktien erhöht werden. Dies soll erfolgen, um



bestehende Options- und Wandelrechte für Kuros-Aktien durch vergleichbare Rechte für Cytos-Aktien zu ersetzen. Die neu geschaffenen Cytos-Aktien werden von den interessierten Kuros-Aktionären gezeichnet und durch Einbringung der von ihnen gehaltenen Kuros-Aktien liberiert. Dabei soll jede Kuros-Aktie, unabhängig von den Aktienklassen (Kuros-Vorzugsaktien, Kuros-Namenaktien, Kuros-PS), in rund 27 neu geschaffene Cytos-Aktien umgewandelt werden. Des Weiteren werden die bestehenden Options- und Wandelrechte für Kuros-Aktien durch vergleichbare Rechte für Cytos-Aktien ersetzt. Die Firma von Cytos wird in Kuros Biosciences AG (**Kuros Biosciences**) geändert und es soll ein neuer Verwaltungsrat gewählt werden. Bei den zur Wahl in den Verwaltungsrat vorgeschlagenen Personen wird es sich um einen bisherigen Verwaltungsrat von Cytos und um sechs bisherige Verwaltungsräte bzw. Geschäftsleitungsmitglieder von Kuros handeln. Der Vollzug der Transaktion hängt von bestimmten Bedingungen ab, zum Beispiel von der Zustimmung der Generalversammlung von Cytos und der Kotierung der neu geschaffenen Cytos-Aktien.

F.

Mit dem Vollzug der Transaktion wird Kuros zu einer Tochtergesellschaft von Cytos (bzw. neu Kuros Biosciences). Cytos (bzw. neu Kuros Biosciences) wird von der bestehenden Geschäftsleitung von Kuros geführt werden. Falls sämtliche Kuros-Aktionäre das Tauschangebot annehmen, werden sie rund 79-80 % der Stimmrechte und des Aktienkapitals an Cytos (bzw. neu Kuros Biosciences) halten. Cytos und Kuros haben eine Due Diligence des jeweiligen Partners durchgeführt, welche unter anderem die Grundlage für den Abschluss des Combination Agreement und die Empfehlung der beabsichtigten Transaktion gegenüber den eigenen Aktionären bildet.

G.

Gemäss dem Shareholders' Agreement der Kuros-Aktionäre (vgl. Sachverhalt lit. C) wird dieses Shareholders' Agreement automatisch für diejenigen Kuros-Aktionäre aufgehoben, welche ihre Stellung als Kuros-Aktionäre verlieren.

H.

Mit Datum vom 25. November 2015 (mit kleiner Anpassung am 10. Dezember 2015) reichten die Aktionärs-Gesuchsteller zusammen mit Kuros (zusammen **die Gesuchsteller**) ein Gesuch ein (**Gesuch**). Sie beantragen, es sei festzustellen, dass für die Gesuchsteller (weder kollektiv noch einzeln) eine Angebotspflicht gemäss Art. 32 BEHG in Bezug auf Cytos Biotechnology AG entstehe. Zudem stellen sie die folgenden Anträge:

2. *That this application and procedure and the decision issued by the Takeover Board as well as the board report of Cytos Biotechnology AG be published only in case of and after an announcement of the signing of a combination agreement between Kuros and Cytos Biotechnology AG.*
3. *That all non-public information in relation to this procedure be kept confidential and that, in the event that any person requests to inspect the file, the Applicants be invited to specify the information which is confidential and that no access to information or documents be granted*



before the Takeover Board has bindingly (rechtskräftig) decided, in an appealable decision, on the confidentiality of the requested information or documents.

I.

Zusammen mit dem Gesuch reichte der Verwaltungsrat von Cytos die Stellungnahme gemäss Art. 61 Abs. 3 UEV ein, datiert vom 24. November 2015.

J.

Mit Medienmitteilung vom 3. Dezember 2015 informierten Cytos und Kuros über die beabsichtigte Transaktion.

K.

Mit Offenlegungsmeldungen vom 9. Dezember 2015 informierten die Aktionärs-Gesuchsteller über ihre zukünftigen Beteiligungen an Cytos nach Vollzug der Transaktion.

L.

Zur Prüfung dieser Angelegenheit wurde ein Ausschuss bestehend aus Susan Emmenegger (Vorsitz), Beat Fellmann und Jean-Luc Chenaux gebildet.

—

Die Übernahmekommission zieht in Erwägung:

1. Pflichtangebot und Handeln in gemeinsamer Absprache

[1] Gemäss Art. 32 Abs. 1 BEHG muss ein öffentliches Übernahmeangebot unterbreiten, wer direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Beteiligungspapiere erwirbt und damit zusammen mit den Papieren, die er bereits besitzt, den Grenzwert von 33 ⅓ % der Stimmrechte einer Zielgesellschaft überschreitet. Eine Angebotspflicht entsteht auch dann, wenn ein Aktionär (oder eine Aktionärsgruppe) mehr als 33 ⅓ % der Stimmrechte einer Zielgesellschaft als Folge einer Quasifusion (Einbringung einer Beteiligung in die Zielgesellschaft gegen Ausgabe neuer Aktien derselben) erwirbt (Empfehlung 56/01 vom 23. Februar 2000 in Sachen *Flughafen-Immobilien-Gesellschaft*, Erw. 2).

[2] Gemäss Art. 31 BEHV-FINMA in Verbindung mit Art. 10 Abs. 1 BEHV-FINMA handelt in gemeinsamer Absprache, wer seine Verhaltensweise im Hinblick auf den Erwerb oder die Veräusserung von Beteiligungspapieren oder die Ausübung von Stimmrechten mit Dritten durch Vertrag oder andere organisierte Vorkehren abstimmt. Nach Art. 10 Abs. 2 lit. b BEHV-FINMA liegt eine Abstimmung der Verhaltensweise namentlich vor bei Rechtsverhältnissen, welche die Ausübung der Stimmrechte zum Gegenstand haben (stimmrechtsverbundene Aktionärsgruppen).

1.1 Shareholders' Agreement bezüglich Kuros

[3] Die Gesuchsteller (und alle anderen Kuros-Aktionäre) sind zurzeit Parteien des Shareholders' Agreement, welches ihre Beteiligung an Kuros zum Gegenstand hat. Dieses Shareholders'

—
—
—



Agreement erfüllt wegen seiner Regelung der Stimmrechtsausübung und der Zusammensetzung des Verwaltungsrates von Kuros unter anderem die Voraussetzungen eines Aktionärsbindungsvertrages im Sinn von Art. 31 BEHV-FINMA in Verbindung mit Art. 10 Abs. 2 lit. b. BEHV-FINMA, weshalb die Aktionärs-Gesuchsteller (und alle anderen Kuros-Aktionäre) bezüglich ihrer Beteiligung an Kuros als stimmrechtsverbundene Aktionärsgruppe und damit als Gruppe im Sinn von Art. 31 BEHV-FINMA in Verbindung mit Art. 10 BEHV-FINMA zu qualifizieren wären. Da die Kuros-Aktien jedoch nicht kotiert sind, löst dies keine Angebotspflicht gemäss Art. 32 Abs. 1 BEHG aus.

[4] Mit dem Vollzug der Transaktion verlieren diejenigen Kuros-Aktionäre, die ihre Kuros-Aktien in Cytos-Aktien umtauschen, als Folge davon ihre Beteiligung an Kuros. Damit scheiden sie auch aus dem Shareholders' Agreement aus (vgl. Shareholders' Agreement S. 17 Ziff. 6 c ii; Sachverhalt lit. G). In Bezug auf ihre neu erworbenen Cytos-Aktien besteht keine Vereinbarung, welche die Ausübung der Stimmrechte zum Gegenstand hat, da sich das Shareholders' Agreement nur auf die Beteiligung an Kuros bezieht. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt liegen überdies auch keine Indizien vor, wonach die Kuros-Aktionäre, die ihre Kuros-Aktien in Cytos-Aktien umtauschen, ihr Verhalten auf andere Weise (und ev. stillschweigend) im Sinn von Art. 31 BEHV-FINMA in Verbindung mit Art. 10 Abs. 2 BEHV-FINMA abstimmen könnten. Sie beabsichtigen im Übrigen auch nicht, z.B. eine Lock up-Vereinbarung in Bezug auf ihre neuen Cytos-Aktien abzuschliessen, wobei ein solcher Vertrag im vorliegenden Kontext für sich allein nicht als Vertrag im Sinn von Art. 31 BEHV-FINMA in Verbindung mit Art. 10 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b BEHV-FINMA zu qualifizieren wäre (vgl. Verfügung 429/01 vom 20. Oktober 2009 in Sachen *Arpida AG*; Erw. 1.2).

1.2 Wahl von neuen Verwaltungsräten für Cytos (bzw. neu Kuros Biosciences)

[5] An der ausserordentlichen Generalversammlung von Cytos soll auch ein neuer Verwaltungsrat gewählt werden. Dieser neue Verwaltungsrat wird sich zusammensetzen aus einem bisherigen Verwaltungsrat von Cytos und sechs früheren Mitgliedern von Verwaltungsrat oder Geschäftsleitung von Kuros (vgl. Sachverhalt lit. E).

[6] Diese Wahl erfolgt durch die Generalversammlung von Cytos. Die Gesuchsteller nehmen an dieser Generalversammlung nicht teil, da sie zu diesem Zeitpunkt (noch) keine Cytos-Aktien besitzen (vgl. Verfügung 429/01 vom 20. Oktober 2009 in Sachen *Arpida AG*; Erw. 1.4).

—

2. Stellungnahme des Verwaltungsrats

[7] Der Verwaltungsrat einer (potentiellen) Zielgesellschaft hat im Verfahren betreffend Angebotspflicht eine Stellungnahme abzugeben (Art. 61 Abs. 1 UEV). Die Stellungnahme hat die Überlegungen und die Argumentation des Verwaltungsrats zu enthalten, die ihn bewogen haben, das Gesuch zu unterstützen oder abzulehnen. Zudem sind allfällige Interessenskonflikte und in diesem Zusammenhang getroffene Massnahmen offenzulegen.

—
—
—



[8] Die Stellungnahme des Verwaltungsrats von Cytos erfüllt die erwähnten Anforderungen. Der Verwaltungsrat unterstützt das vorliegende Gesuch.

—

3. Keine Angebotspflicht der Kuros-Aktionäre

[9] Als Ergebnis ist somit festzustellen, dass die Transaktion, wie sie in lit. E-G des Sachverhalts geschildert wird, für die Gesuchsteller keine Angebotspflicht nach Art. 32 BEHG auslöst. Dabei wird davon ausgegangen, dass zwischen den Gesuchstellern keine anderen schriftlichen oder stillschweigenden Übereinkünfte für die Zeit nach der Transaktion bestehen.

[10] Bei diesem Ergebnis wird nicht übersehen, dass aus Sicht eines Aktionärs von Cytos insbesondere die Einsetzung eines neuen Verwaltungsrates für Cytos, welcher mehrheitlich aus ehemaligen Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitgliedern von Kuros bestehen wird, ähnlich wie ein Kontrollwechsel wirkt. Aus der Sicht des Übernahmerechts fehlt es allerdings am Kontrollsubjekt: Es gibt keine Anhaltspunkte, wonach die bisherigen Kuros-Aktionäre, die ihre Aktien umtauschen, als Cytos-Aktionäre eine Gruppe mit Beherrschungsabsicht bilden. Folglich handelt es sich nicht um einen Kontrollwechsel im Sinn von Art. 32 BEHG.

—

4. Geheimhaltung

[11] Das Gesuch enthält den Antrag, sämtliche nicht öffentlich bekannten Informationen zu diesem Gesuch vertraulich zu behandeln. In Bezug auf eine mögliche Akteneinsicht verlangen die Gesuchsteller zudem, es sei ihnen für den Fall, dass ein qualifizierter Aktionär dem Verfahren beitrifft und Akteneinsicht verlangt, die Möglichkeit einzuräumen, das Bestehen eines Geheimhaltungsinteresses genauer zu begründen.

[12] Grundsätzlich folgt aus der Begründungspflicht gemäss Art. 35 VwVG, dass in einer Verfügung die relevanten Sachverhaltselemente offenzulegen sind. Vorliegend werden keine Informationen offengelegt, welche im Sinn des Antrags als geheim zu qualifizieren wären. Zudem ist die Transaktion infolge Medienmitteilung vom 3. Dezember 2015 (Sachverhalt lit. J) bereits öffentlich bekannt.

[13] In Bezug auf die Einschränkung des Rechts auf Akteneinsicht ist Folgendes zu sagen: Die Akteneinsicht kann ausnahmsweise zum Schutz wesentlicher öffentlicher oder privater Interessen ganz oder teilweise verweigert werden, wenn ein konkretes Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Akteneinsicht überwiegt, wobei sich die Verweigerung der Einsicht nur auf diejenigen Aktenstücke erstrecken darf, für die Geheimhaltungsgründe bestehen (Art. 27 Abs. 1 und 2 VwVG). Dabei sind die betreffenden Akten genau zu bezeichnen und das Geheimhaltungsinteresse ist zu begründen.

—

—

—



[14] Im Falle eines Antrags auf Akteneinsicht bestehen mithin klare rechtliche Rahmenbedingungen. Aktuell ist weder ein Gesuch auf Akteneinsicht seitens von qualifizierten Aktionären mit Parteistellung hängig, noch zeichnet sich ein solches ab. Auf das Begehren ist daher mangels Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten.

—

5. Publikation

[15] Gemäss Art. 61 Abs. 3 UEV ist eine Zielgesellschaft, sofern der Übernahmekommission ein Gesuch um Gewährung einer Ausnahme von der Angebotspflicht oder um Feststellung des Nichtbestehens der Angebotspflicht eingereicht wurde (vgl. Art. 61 Abs. 1 UEV), verpflichtet zu veröffentlichen: (i) eine Stellungnahme ihres Verwaltungsrates, (ii) das Dispositiv der Verfügung der Übernahmekommission und (iii) den Hinweis, innert welcher Frist und zu welchen Bedingungen eine qualifizierte Aktionärin oder ein qualifizierter Aktionär Einsprache gegen die Verfügung der Übernahmekommission erheben kann. Art. 6 bis 6b UEV betreffend die elektronische Veröffentlichung und die Veröffentlichung in den Zeitungen sind auf die Stellungnahme des Verwaltungsrats sinngemäss anwendbar.

[16] Die vorliegende Verfügung wird in Anwendung von Art. 61 Abs. 2 UEV am Tag der Publikation der Stellungnahme des Verwaltungsrats von Cytos auf der Webseite der Übernahmekommission veröffentlicht.

—

6. Gebühr

[17] Gemäss Art. 69 Abs. 6 UEV wird für die Prüfung von Gesuchen betreffend Angebotspflicht eine Gebühr erhoben. Vorliegend erscheint eine Gebühr von CHF 20'000 als angemessen. Die Gesuchsteller haften dafür solidarisch.

—



Die Übernahmekommission verfügt:

1. Es wird festgestellt, dass die geplante Transaktion für Biosurgery Holding AG, Banque Pictet & Cie SA, Eckenstein-Geigy-Stiftung, Venture Incubator AG, Omega Fund IV L.P., LSP V Coöperatieve U.A., Jeffrey Hubbell, Didier Cowling und NexMed Holding AG keine Angebotspflicht auslöst.
2. Auf den Antrag betreffend die Einschränkung des Akteneinsichtsrechts von allfälligen qualifizierten Aktionären mit Parteistellung wird nicht eingetreten.
3. Cytos AG hat die Stellungnahme ihres Verwaltungsrats samt Dispositiv der vorliegenden Verfügung und Hinweis auf das Einspracherecht gemäss Art. 6 bis 6b UEV zu veröffentlichen.
4. Diese Verfügung wird am Tag der Publikation der Stellungnahme des Verwaltungsrats von Cytos AG auf der Website der Übernahmekommission veröffentlicht.
5. Die Gebühr zu Lasten der Gesuchsteller beträgt CHF 20'000, unter solidarischer Haftung.

Die Vizepräsidentin:

Susan Emmenegger
—

Diese Verfügung geht an die Parteien:

- Kuros Biosurgery Holding AG, Banque Pictet & Cie SA, Eckenstein-Geigy-Stiftung, Venture Incubator AG, Omega Fund IV L.P., LSP V Coöperatieve U.A., Jeffrey Hubbell, Didier Cowling, NexMed Holding AG (alle vertreten durch Dr. Dieter Gericke und Dr. Daniel Häusermann, Homburger AG);
- Cytos AG (vertreten durch Dr. Matthias Staehelin, Vischer AG).

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) 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, 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.

—