

SANKTIONSKOMMISSION COMMISSION DES SANCTIONS

Entscheid

im Verfahren Nr. SaKo 2010 – RLE-III/10

X. AG

[...]

[...]

Entscheid

1. Es wird festgestellt, dass die X. AG entgegen den Vorschriften von IAS 24 in den Erläuterungen zu den Jahresabschlüssen 2008 und 2009 den Erwerb der Aktien der [...] AG von den Pensionskassen im Jahr 2007 nicht als ein Geschäft mit nahestehenden Unternehmen bezeichnet hatte. Weil dies auf die Jahresabschlüsse keinen Einfluss hat, wird auf eine Sanktionierung verzichtet.
2. Es werden keine Kosten auferlegt und keine Entschädigungen ausbezahlt.
3. Gegen diesen Entscheid kann X. AG innert 20 Börsentagen ab Zustellung beim Schiedsgericht der SIX Swiss Exchange Klage erheben [...].

Erwägungen

A. Zum Verfahren:

1. SIX Exchange Regulation (SER) eröffnete am [...] gegen die X. AG (X.) eine Untersuchung wegen des Verdachts auf Verletzung der Rechnungslegungsvorschriften (IFRS) in den Jahresabschlüssen [...] und [...]. X. wurde am [...] aufgrund des im Frühjahr [...] erstellten Kotierungsprospekts (inkl. Jahresabschluss [...]) zum börslichen Handel zugelassen. Die Publikation des Prospekts erfolgte am [...]. Der Untersuchung lag der nachstehend geschilderte Sachverhalt zugrunde.
2. Die Pensionskassen von X. (mithin nahestehende Personen im Sinne der IFRS), einer Unternehmung der [...]branche, waren mit 97% an der [...] AG beteiligt, einer reinen Immobiliengesellschaft ohne Mitarbeiter oder Dienstleistungen. Die restlichen Aktien gehörten der X. [...] AG. Die Pensionskassen verkauften X. im [...] alle ihre Aktien. Die dem (zwischen X. und den Pensionskassen vereinbarten) Kaufpreis zugrunde liegenden Liegenschaften der [...] wurden mit CHF [...] Mio. bewertet. Die [...] wurde am [...] in den Konsolidierungskreis der X. aufgenommen. X. übertrug dann diese Liegenschaften (zusammen mit andern) im [...] an einen Dritten aufgrund von bereits im [...] abgeschlossenen Verkaufsverträgen in der Höhe von CH [...] Mio., mithin mit einem Gewinn von CHF 6.5 Mio.
3. X. wies im Jahresabschluss [...] (und im Kotierungsprospekt im Jahr [...]) aus, dass sie im Zusammenhang mit dem Erwerb der [...] am [...] deren Liegenschaften im Umfang von [...] Mio. erworben und diese Liegenschaften sofort als „zur Veräusserung gehalten“ verbucht hatte. Das Total aller dieser zur Veräusserung gehaltenen Vermögenswerte wurde mit CHF [...] Mio. ausgewiesen. Im Jahresabschluss [...] (N [...] zur konsolidierten Bilanz und Erfolgsrechnung) erwähnte X., dass diese am [...].

Dezember [...] für [...] Mio. erworbenen Liegenschaften zusammen mit andern im Januar [...] mit einem Gewinn von [...] Mio. verkauft wurden. Die zur Veräusserung gehaltenen Vermögenswerte wurden in der Vergleichsbilanz zum Vorjahr [...] mit den erwähnten CHF [...] Mio. aufgeführt.

4. SER wirft X. vor, im Jahresabschluss [...] ein um CHF 5.6 Mio. zu hohes Ergebnis vor Steuern ausgewiesen zu haben. Die im Vorjahr über die [...] erworbenen Liegenschaften hätten für CHF [...] Mio. und nicht nur für CHF [...] Mio. erworben werden müssen. Dieser Gewinn von CHF 6.5 Mio. hätte den Verkäufern gehört (Pensionskassen). SER zieht vom Gewinn CHF 0.9 Mio. Mäklerentgeld ab, das X. zustehe, weshalb der Gewinn im Jahr [...] um die erwähnten CHF 5.6 Mio. zu gross ausgewiesen sei. SER sieht darin einen Verstoss gegen IFRS Rahmenkonzept p35 („wirtschaftliche Betrachtungsweise“).
5. X. macht einerseits geltend, SER könne in diesem Verfahren nicht mehr einen Sachverhalt rügen, der bereits mit dem Zulassungsentscheid der Börse vom [...] behandelt wurde. Zudem, andererseits, sei die die Verjährungsfrist von zwei Jahren gemäss Verfahrensordnung (VO) abgelaufen. Auf diese Argumente wird eingegangen, soweit dies im vorliegenden Verfahren relevant ist.
6. Gemäss Ziff. 2.5 der VO kann kein Verfahren mehr eingeleitet werden, wenn seit der (möglichen) Verletzung zwei Jahre vergangen sind. Der Kotierungsprospekt inkl. Jahresabschluss [...] wurde im Frühjahr [...] erstellt und eingereicht. Der Zulassungsentscheid der Börse wurde am [...] zugestellt und die Publikation des Prospekts erfolgte am [...]. Für das Zulassungsverfahren und die damals eingereichten Unterlagen endete die Verjährungsfrist somit am [...] und war bei der Untersuchungseröffnung am [...] abgelaufen.
7. Im Zulassungsentscheid vom [...] wurde zwar festgehalten, dass die Zulassungsstelle „die im Rahmen der Aufrechterhaltungspflichten eingereichten (gemeint ist „einzureichenden“) Geschäfts- und Zwischenberichte der Emittentin einer näheren, materiellen Prüfung unterziehen“ werde. Weder der Wortlaut noch der Sinn dieses Hinweises wären jedoch eine genügende Grundlage, im vorliegenden Verfahren entgegen Ziff. 2.5 VO allfällige Korrekturen an den vor dem [...] erstellten Informationen resp. an Bilanz- und Ertragszahlen zu verlangen.
8. SER prüfte im vorliegenden Verfahren die Jahresrechnung [...] und stellte dabei fest, dass bei den Vergleichszahlen [...] möglicherweise etwas nicht stimmen könnte. Wären diese Vergleichszahlen fehlerhaft, so müsste dies in der Berichterstattung [...] als Fehler offengelegt werden. Somit steht hier zur Diskussion, ob im Bericht zum Jahr [...] etwas am Vergleichsabschluss [...] korrigiert werden müsste. Der Abschluss [...] wurde im Jahr [...] erstellt. Die Verjährungsfrist gemäss Verfahrensordnung ist nicht abgelaufen und eine Überprüfung der Vergleichszahlen [...] auf die IFRS-Konformität ist noch immer möglich. Es wird somit entgegen dem Antrag von X. auf den Sanktionsantrag von SER eingetreten.

B. Zu den anwendbaren Regeln

9. SER macht geltend, X. habe im Jahresabschluss [...] den Grundsatz von p35 des IFRS-Rahmenkonzepts verletzt, wonach Geschäftsvorfälle nach dem tatsächlichen wirtschaftlichen Gehalt und nicht allein aufgrund der blossen rechtlichen Gestaltung bilanziert und dargestellt werden müssen. Der Gewinn sei im Vorjahr [...] und überdies für die Pensionskassen angefallen und hätte somit nicht im Abschluss [...] der X. ausgewiesen werden dürfen. X. bringt vor, den Erwerb der [...] gemäss IAS 27 p12 in den Konsolidierungskreis aufgenommen und gemäss IFRS 3 als gewöhnlichen Kauf von Aktiven und Verbindlichkeit erfasst zu haben. Der Kaufpreis sei marktkonform bestimmt worden. IFRS verbiete zudem nicht, dass Transaktionen mit nahestehenden Personen zu nicht marktkonformen Konditionen abgeschlossen werden. Der später erzielte Kaufpreis sei nur erreicht worden, weil die Liegenschaften der [...] in einem Paket mit andern einem Dritten hätten verkauft werden können.
10. Vorab ist festzuhalten und wird von X. nicht bestritten, dass weder im damaligen Kotierungsprospekt noch in den Erläuterungen zum Abschluss [...] (und [...]) erwähnt wurde, dass der Erwerb der [...] von einer nahestehenden Person erfolgt ist. Mithin war die Regel von IAS 24 verletzt, wonach die Pflicht besteht, Transaktionen mit nahestehenden Personen als solche zu beschreiben.
11. In den Erläuterungen zum Abschluss [...] hielt X. ausdrücklich fest, dass „Transaktionen mit nahestehenden Personen und Gesellschaften grundsätzlich zu marktkonformen Konditionen abgewickelt (werden)“ (S. [...]). Die Käufe der [...] von den Pensionskassen erfolgten zwischen dem 21. und 26. November [...] zum Preis von CHF [...] Mio., der gemäss X. marktkonform gewesen sei. Es sei von einer Ertragswertberechnung ausgegangen worden, die für die verschiedenen Liegenschaften auf tatsächlich vorhandenen Mietverträgen mit marktüblichen Mieten und einem marktüblichen Kapitalisierungssatz beruhe. Liegen aber zum selben Zeitpunkt bereits abgeschlossene Verhandlungen und teilweise notariell beurkundete Verträge (z.B. jener vom 23.11.[...]) vor, aus welchen sich für die betreffenden Liegenschaften ein bereits bekannter Preis von CHF [...] Mio. ergibt, so dürfen CHF [...] Mio. offensichtlich nicht als marktkonform bezeichnet werden. Mithin war die voranstehend erwähnte Erläuterung von X. mindestens bezüglich des Erwerbs der [...] von den Pensionskassen falsch. Es hätte erwähnt werden müssen, dass erstens die Transaktion abweichend vom Grundsatz und zweitens – wie erwähnt - mit den Pensionskassen getätigt worden waren.
12. Diese Feststellung heisst allerdings nicht, IFRS würde verlangen, dass X. die [...] zu CHF [...] Mio. von den Pensionskassen hätte erwerben müssen. Die Rechnungslegungsnorm stellt keine Pflicht dar, Transaktionen mit nahe stehenden Personen zu marktüblichen Konditionen abzuwickeln. IAS 24 p6 hält sogar ausdrücklich fest, dass Transaktionen zwischen nahestehenden Unternehmen und Personen zu andern Beträgen abgewickelt werden können als zwischen Dritten. Aber dann müssen die Transaktionen als solche offengelegt werden. IFRS vermag die Offenlegung durchzusetzen, nicht aber das Rückgängigmachen allfälliger Übervorteilungen.
13. Zu prüfen ist, ob – abgesehen von der fehlenden Angabe gemäss IAS 24 – der im Abschluss [...] erfasste Kauf von [...] IFRS-konform war, wie X. geltend macht, und damit der Gewinn im Abschluss [...] korrekt ausgewiesen wurde.
14. Bei der [...] handelte es sich um eine Aktiengesellschaft ohne Mitarbeiter, Dienstleistungen etc. Es ging mithin nicht um ein Unternehmen, das einen Geschäftsbetrieb im Sinne von IFRS 3 darstellt und dessen Erwerb als Unternehmenszusammenschluss gemäss IFRS 3 gälte. Somit musste der Erwerb von [...] nicht gemäss IFRS 3 erfasst werden, sondern als Kauf von Aktiven und Passiven zum vereinbarten Kaufpreis ohne Neubewertung (IFRS 3 p2b), wie dies von X. auch geltend gemacht wurde (act. 4,

S. 11). Das wiederum bedeutet, dass der Gewinn aus dem Liegenschaftsverkauf erst [...] auszuweisen war, wie es X. vorgenommen hatte. Für den Beizug des Rahmenkonzepts zur Stützung einer andern Erfassung der [...] durch X. bleibt vorliegend kein Raum.

15. SER hat beantragt, dass X. den vorgeworfenen Verstoss gemäss IAS 8 in den zukünftigen Abschlüssen zu korrigieren und als Fehler offen zu legen habe. Die Unterlassung des Hinweises, dass der Kauf der [...] im Jahr [...] von einer und welcher nahestehenden Person erfolgte, ist jedoch hier kein Fehler, der in den nachfolgenden Perioden zu einer andern Darstellung geführt hätte. Der Abschluss [...] wurde so erzielt, wie er ausgewiesen wurde, weshalb keine Korrekturen vorgenommen werden dürfen.

C. Zur Frage einer Sanktion

16. SER hat eine Busse von CHF [...] wegen Verletzung des Rahmenkonzepts p35 im Abschluss [...] beantragt. Effektiv liegt aber lediglich eine Unterlassung der Offenlegung vor, wonach der Kauf von [...] im Jahr [...] mit den Pensionskassen als nahestehende Personen getätigt wurde. Diese Verletzung der Informationspflicht i.S. von IAS 24 hat nun keine Auswirkung auf die veröffentlichten Abschlüsse [...] ff., weshalb auch im Abschluss [...] keine diesbezügliche Erläuterung zum Vergleichsabschluss [...] mehr anzubringen ist. Sie könnte die Beurteilung des Abschlusses [...] nicht mehr beeinflussen. Deshalb wird auf eine Sanktionierung verzichtet.
17. SER sah die Verletzung der Regel „substance over form“ darin, dass die Pensionskassen [...] einen zu tiefen Preis erhalten haben. Deshalb hätte das Ergebnis [...] um einen „negativen Arbeitgeberbeitrag“ von CHF 5.6 Mio. gekürzt werden müssen. Es ist aber nicht Zweck der IFRS, moralische Wertungen vorzunehmen, sondern Klarheit zu schaffen. Es kann für die Rechnungslegung dahingestellt bleiben, ob die Pensionskassen einem zu tiefen Preis zugestimmt haben oder nicht. Allerdings bestehen erhebliche Zweifel, ob die Interessen der Pensionskassen von deren Organen gewahrt wurden. Das ergibt sich schon daraus, dass z.B. der CFO von X., [...], bei dreien von vier verkaufenden Pensionskassen sowohl auf der Käufer- wie Verkäuferseite unterschrieb. Dabei war offensichtlich, dass ein Interessenskonflikt zwischen der den Börsengang vorbereitenden Aktiengesellschaft X. und den Pensionskassen bestand, deren letzteres Interesse auf einen Gewinn für die Destinatäre gerichtet sein musste.
18. Der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass die Feststellung, es liege keine zu sanktionierende Verletzung der Rechnungslegungsvorschriften vor, kein Urteil darüber darstellt, ob die Transaktion moralisch vertretbar war oder pensionskassenrelevante Vorschriften nicht eingehalten worden sind. X. brachte vor, die Aufsichtsbehörde sei über den Verkauf der [...] zu Ertragswerten informiert worden (Beilage 13 zur Stellungnahme der X., act. 4) und habe keine Einwendungen geltend gemacht. Dazu ist zu bemerken, dass diesen dem Amt für Stiftungsaufsicht gegebenen Informationen nichts über den zum Zeitpunkt des Verkaufs bereits vorhandenen, mit dem Käufer der Liegenschaften vereinbarten Preis entnommen werden kann. Das Börsengeheimnis gemäss BEHG verbietet es allerdings den Börsenorganen, der Aufsichtsbehörde den vorliegenden Sachverhalt selber zur Kenntnis zu bringen, um eine Abklärung vorzunehmen.
19. Gemäss Ziff. 2.9 Abs. 1 der VO werden die Kosten des Verfahrens den Betroffenen bei einer Sanktionierung auferlegt oder wenn sie diese Kosten durch Verletzung von Verfahrenspflichten verursacht haben. Beides ist hier nicht erfüllt.

20. X. hat eine Parteientschädigung von CHF [...] beantragt, weil SER keine spezifischen oder präzise umrissenen Verletzungen geltend gemacht habe, weshalb kein Regelfall im Sinne von Ziff. 2.9 der VO vorliege.
21. Ziff. 2.9 Abs. 2 der VO sieht vor, dass allfällige Kosten der Verbeiständung in der Regel von den Betroffenen zu tragen sind. Es sind somit theoretisch Abweichungen vom Grundsatz möglich, auch wenn dazu bisher keine Praxis der Sanktionskommission besteht. Eine Abweichung könnte dann angenommen werden, wenn ein Betroffener, hier X., auf keine Art Anlass zu einem Verfahren gegeben hat. Vorliegend ist einerseits festzuhalten, dass X. einen Fehler begangen hatte, indem der Kauf der [...] entgegen den Vorschriften nicht als Geschäft mit einer nahestehenden Person und nicht als Ausnahme von den marktkonformen Konditionen bezeichnet hatte. Andererseits zeigte es sich, dass offensichtlich nicht sicher ist, ob der von X. den Vorsorgekassen bezahlte Preis deren Interessen Rechnung trug. Der Versuch von SER, über eine Verletzung des IFRS-Rahmenkonzepts ein Fehlverhalten von X. nachzuweisen, war unter diesen konkreten Umständen durchaus verständlich. Allerdings hätte dies vorausgesetzt, dass (z.B.) durch die zuständige Aufsichtsbehörde ein Fehlverhalten der Organe der Vorsorgeeinrichtung resp. von X. angenommen und festgestellt worden wäre, der effektive Erlös würde den Vorsorgeeinrichtungen als Verbindlichkeit der X. zustehen. Dazu gibt es keine Unterlagen, aber X. hat Anlass zur vertieften Überprüfung auch nach den Regeln der Börse gegeben. Deshalb ist keine Entschädigung zuzusprechen.

Zürich, 30. März 2011