

Legal Alert

DE BRAUW
BLACKSTONE
WESTBROEK

Hoge Raad in ASMI: geen verplichte bemiddeling voor RvC

15 juli 2010

Inleiding

De Hoge Raad heeft zich in de enquêteprocedure ten aanzien van ASM International N.V. (ASMI) uitgesproken over de positie van bestuur en raad van commissarissen (RvC) jegens activistische aandeelhouders.

In zijn uitspraak van 9 juli 2010 vernietigt hij de beschikking van de Ondernemingskamer van 5 augustus 2009 waarin een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van ASMI werd bevolen.

In deze Legal Alert worden de hoofdpunten van de uitspraak van de Hoge Raad besproken. Vooraf worden de hoofdlijnen van de beschikking van de Ondernemingskamer weergegeven.

Voor meer gedetailleerde informatie wordt verwezen naar de tekst van de uitspraak:

[Hoge Raad 9 juli 2010 \(ASMI\)](#).

Beschikking Ondernemingskamer

In een ruim 3,5 jaar durend conflict tussen bestuur en externe aandeelhouders van ASMI oordeelde de Ondernemingskamer op 5 augustus 2009 tot het gelasten van een enquête bij ASMI.

In de visie van de Ondernemingskamer had ASMI:

- haar problemen op (ondernemings)strategisch vlak steeds voor zich uit geschoven en binnen

de besloten kring van eigen functionarissen en grootaandeelhouders proberen af te wikkelen;

- zich jegens haar (overige) aandeelhouders, met gedateerde governance, defensief en gesloten opgesteld.

De Ondernemingskamer oordeelde over de RvC:

- dat hij zijn verantwoordelijkheid niet had genomen wat betreft het creëren van transparantie jegens de externe aandeelhouders;
- dat hij tekort was geschoten in zijn taak te bemiddelen bij conflicten tussen bestuur en externe aandeelhouders.

Voorts achtte de Ondernemingskamer gegronde redenen aanwezig om te twijfelen aan een juist beleid van ASMI ter zake van het uitoefenen door de Stichting Continuïteit van de aan haar verleende optie tot het nemen van beschermingspreferente aandelen in ASMI. De Ondernemingskamer nam hierbij in aanmerking dat Stichting Continuïteit - reeds - door de uitoefening van haar optie mede het beleid van ASMI heeft bepaald.

Uitspraak Hoge Raad

Strategie bij bestuur

In lijn met zijn eerdere uitspraak van 13 juli 2007 in de enquêteprocedure ABN AMRO oordeelt de Hoge Raad dat de door ASMI te volgen strategie in beginsel een aangelegenheid is van het bestuur. Het is aan het bestuur, onder toezicht van de RvC, te beoordelen of en in hoeverre het wenselijk is daarover in overleg te treden met externe aandeelhouders. Behoudens afwijkende wettelijke of statutaire regelingen is het bestuur niet verplicht de algemene vergadering van aandeelhouders vooraf in zijn besluitvorming te betrekken als het gaat om handelingen waartoe het bestuur bevoegd is.

Uit het feit dat externe aandeelhouders het oneens zijn met het beleid van het bestuur en de RvC kan niet zonder meer volgen dat het bestuur gehouden is op de visie van die aandeelhouders in te gaan. Door dat niet te doen geeft het bestuur geen blijk van een defensieve en gesloten opstelling. Overigens merkt de Hoge Raad ook op het oordeel van de Ondernemingskamer minder begrijpelijk te vinden, nu uit de vastgestelde feiten blijkt dat het bestuur wel een dialoog met de externe aandeelhouders is aangegaan en in overeenstemming met de (preambule bij de) Corporate Governance Code 2008 heeft gehandeld.

Bemiddelende rol RvC?

De RvC is wettelijk belast met het toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Hij staat het bestuur met raad en daad terzijde. Deze taakomschrijving brengt niet mee dat de RvC de verplichting heeft een bemiddelende rol te vervullen bij conflicten tussen bestuur en aandeelhouders. Ook het bepaalde in de Corporate Governance Code 2008 (Best Practice bepaling III.1.6) dat het toezicht van de RvC op het bestuur onder meer de verhouding tussen bestuur en aandeelhouders omvat, leidt niet tot een ander oordeel. Volgens de Hoge Raad is de RvC in dit opzicht ook geen verantwoording aan de aandeelhouders verschuldigd.

De RvC kan door de aandeelhouders wel worden benaderd met verzoeken om bemiddeling of anderszins en hij zal dan adequaat vanuit zijn eigen taakopdracht moeten handelen. Het aannemen van een *verplichting* tot actieve bemiddeling zou op gespannen voet komen te staan met de beleidsvrijheid van de RvC. De RvC moet de vrijheid hebben om van geval tot geval een afweging te maken of rechtstreeks contact met de aandeelhouders of bemiddeling tussen aandeelhouders en bestuur gewenst is.

Beschermingsmaatregel Stichting Continuïteit

De Hoge Raad oordeelt dat uitoefening door de Stichting van de haar verleende optie tot het nemen van beschermingspreferente aandelen in ASMI niet het beleid van ASMI zelf betreft. Ook voor de doeleinden van het enquêterecht kan de Stichting Continuïteit niet, voor zover het de uitoefening van haar optierecht betreft, als medebeleidsbepaler van ASMI gelden.

De Hoge Raad vernietigt de beschikking van de Ondernemingskamer. De Ondernemingskamer zal nu alsnog moeten beoordelen of de overige door de activistische aandeelhouders en de VEB aangevoerde gronden aanleiding geven tot het gelasten van een enquête.

Hoge Raad in ASMI: geen verplichte bemiddeling voor RvC

Contact

Voor vragen over of naar aanleiding van deze Legal Alert kunt u contact opnemen met:

Harm-Jan de Kluiver

T +31 20 577 1458

E harm-jan.dekluiver@debrauw.com

Martin van Olffen

T +31 20 577 1500

E martin.vanolffen@debrauw.com

Bernard Roelvink

T +31 20 577 1905

E bernard.roelvink@debrauw.com

Berto Winters

T +31 20 577 1948

E berto.winters@debrauw.com

Amsterdam

Claude Debussylaan 80

Postbus 75084

1070 AB Amsterdam

T +31 20 577 1771

F +31 20 577 1775

Beijing

2903-2908 China World Tower 2

No.1 Jianguomenwai Avenue

Beijing 100004

People's Republic of China

T +86 10 5965 0500

F +86 10 5965 0550

Londen

5th Floor, East Wing

10 King William Street

Londen EC4N 7TW

Verenigd Koninkrijk

T +44 20 7337 3510

F +44 20 7337 3520

New York

650 Fifth Avenue, 4th floor

New York, NY 10019-6108

Verenigde Staten

T +1 212 259 4100

F +1 212 259 4111

**Deze publicatie geeft
hoofdpunten weer. De inhoud
is niet noodzakelijk volledig en
is geen juridisch advies.**

Indien u deze nieuwsbrief niet meer wenst te ontvangen, wordt u verzocht contact op te nemen met de afdeling Marketing in Amsterdam of stuur een e-mail aan:
unsubscribe@debrauw.com