

ASMI: HOGE RAAD FLUIT OK TERUG

TEKST: GEERT KOSTER

De Hoge Raad heeft de beslissing van de Ondernemingskamer om een onderzoek te gelasten naar wanbeleid bij ASMI vernietigd.

De Ondernemingskamer (OK) heeft volgens de Hoge Raad uit het oog verloren dat het ASMI-bestuur primair verantwoordelijk is voor de te volgen strategie en voor de corporate governance. Het bestuur moet zelf beoordelen of het wenselijk is daarover in overleg te treden met externe aandeelhouders en het is niet verplicht de aandeelhoudersvergadering vooraf in zijn besluitvorming te betrekken. Voor de VEB is het oordeel van de Hoge Raad zeer teleurstellend. De progressie die de afgelopen jaren op het gebied van corporate governance is geboekt, lijkt met deze uitspraak deels tenietgedaan.

GEAGENDEERDE CLIMAX

Voortdurende onenigheid tussen het bestuur van ASMI en de twee grootaandeelhouders Hermes en Fursa over de te volgen strategie en de benoeming van Del Prado junior tot topman, zou uiteindelijk tot een climax leiden op de aandeelhoudersvergadering van 21 mei 2008. Op de agenda stond het ontslag van topman Del Prado junior en van de raad van commissarissen. Het bestuur van ASMI en de Stichting Continuïteit ASMI (Stichting) achtten dat ongewenst. Door uitoefening van de optie op beschermingspreferente aandelen kreeg de Stichting zo veel aandelen in handen dat zij de uitslag van de stemming naar haar hand zou zetten. Op 20 mei 2008 kwam de OK echter tussen de partijen en verbood de aandeelhoudersvergadering een besluit te nemen over het genoemde agendapunt. De partijen werden teruggestuurd naar de onderhandelingstafel. Dat leidde echter niet tot de gewenste minnelijke regeling.

Uiteindelijk gelaste de OK, na een procedure van meer dan een jaar, een onderzoek

naar de gang van zaken bij ASMI: vanaf 1 januari 2006 tot heden en naar de verlening van de optie op beschermingspreferente aandelen aan de Stichting in de periode 1996-1998. De VEB is als belanghebbende



partij bij deze procedure betrokken geraakt: de verzoekers waren Hermes en Fursa.

De OK had bij beschikking van 19 november 2009 twee onderzoekers aangesteld en het onderzoek was inmiddels in volle gang. Voorlopig kunnen de onderzoekers hun werk nu dus niet afmaken.

DIALOOG AANGEGAAN

Uit de vaststaande feiten blijkt volgens de Hoge Raad dat het bestuur de dialoog is aangegaan met de externe aandeelhouders, dat het op hun argumenten is ingegaan en deze met goed onderbouwde en verdedigbare tegenargumenten heeft verworpen, waarbij het bestuur het belang van alle betrokkenen bij de vennootschap op lange termijn in aanmerking heeft genomen. De corporate governance van ASMI zou dan ook, zo oordeelt de Hoge Raad, in overeen-

stemming zijn met de code-Tabaksblad.

Het oordeel van de OK dat de Stichting met de uitoefening van haar optierecht tot het verkrijgen van aandelen ASMI optreedt als medebeleidsbepaler van ASMI is niet juist, omdat – zo oordeelt de Hoge Raad door strikt de wet uit te leggen – uitoefening van de optie niet het beleid van ASMI betreft en ook voor de doeleinden van het enquêterecht de Stichting niet als medebeleidsbepaler van ASMI kan gelden.

Door op deze manier het uitoefenen van de optie te beoordelen, trekt de Hoge Raad het uitoefenen van de beschermingsconstructie (de optie) uit het enquêterecht. Hierdoor gedooft de Hoge Raad in feite het uitoefenen van beschermingsconstructies. Voor de VEB is dit een cruciaal punt: door het gedogen van beschermingsconstructies en het ongelimiteerd inzetten daarvan verslechtert de positie van Nederlandse ondernemingen op de internationale kapitaalmarkten. Door aandeelhouders hun zeggenschap te ontnemen als het spannend wordt rond een onderneming, wordt de indruk gevestigd dat Nederland het niet zo nauw neemt met het systeem van checks-and-balances binnen de onderneming.

EEN NIEUW OORDEEL VAN DE OK

De OK zal opnieuw moeten beoordelen of er reden is tot het instellen van een onderzoek naar het beleid van ASMI. Daarbij zal de OK de hierboven genoemde overwegingen van de Hoge Raad als uitgangspunt moeten gebruiken. Het is dan ook maar zeer de vraag of de OK nog wel de ruimte heeft om opnieuw een onderzoek te gelasten. Het werk dat de onderzoekers sinds 19 november 2009 hebben gedaan, kan dan linea recta de papierversnipperaer in. ■