

De machtsverhouding tussen de AVA en het bestuur en de rol van de beschermingsstichting

Inleiding

De machtsverhouding tussen de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA) en het bestuur van een (beursgenoteerde) onderneming is een actueel onderwerp. Na zijn uitspraak in *Stork N.V.* is de Ondernemingskamer (OK) wederom verzocht zich hieromtrent uit te spreken. Ditmaal betrof het de beursvennootschap *ASM International N.V.* (hierna: *ASMI*).

Hierna volgt een omschrijving van de uitspraak van de OK en een korte bespreking van enkele overwegingen.

ASMI

ASMI en haar dochtermaatschappijen zijn werkzaam in de halfgeleiderindustrie. *ASMI* houdt zich bezig met productie van apparatuur waarmee chips worden vervaardigd, de zogenoemde *wafel processing*-apparatuur. De onderneming van *ASMI* bestaat uit twee onderdelen. Naast de 'front-end business' van *ASMI*, waar het productieproces wordt doorlopen tot het vervaardigen van een intacte chip, houdt *ASM Pacific Technology Ltd* (hierna: *ASMPT*), de 53,1%-dochter van *ASMI*, zich bezig met de 'back-end business', waar het productieproces wordt doorlopen tot de opdeling, bewerking en het gebruiksklaar maken van een chip.

De grootste pakketten aandelen in *ASMI* worden, voor zover bekend, direct of indirect, gehouden door *Del Prado Sr.* (21%), *Hermes c.s.* (15%), *Centaurus* (7,5%) en *Fursa* (6%).

Achtergrond van het geschil

Op 28 mei 1997 sluit *ASMI* een optieovereenkomst met de Stichting Continuïteit *ASM International N.V.* (hierna: Stichting Continuïteit), op grond waarvan de stichting het recht verkrijgt 'tot het nemen van een zodanig nominaal bedrag aan preferente aandelen in het kapitaal van *ASM[I]*, als ten tijde van het nemen van die aandelen overeenkomt met 50% van het nominaal bedrag aan de uitstaande gewone aandelen in het kapitaal van *ASM[I]* (...)'.

Nadat op 1 maart 2008 *Del Prado Sr.* is afgetreden als CEO van *ASMI* en zijn zoon *Del Prado Jr.* door de raad van commissarissen als zijn opvolger wordt aangewezen, zegt *Hermes c.s.* bij brief van 21 maart 2008 zijn vertrouwen in de raad van commissarissen op.

Hermes c.s. verwijst in zijn brief naar de contacten die tussen december 2005 en 19 mei 2008 hebben plaatsgevonden tussen (vertegenwoordigers van) *Fursa* en (bestuursleden en commissarissen van) *ASMI*. Deze contacten betroffen het 'revitaliseren' van het front-end productieproces van *ASMI*. Op 10 januari 2008 presenteert *Fursa* hieromtrent een plan aan *ASMI*.

Hermes c.s. geeft in zijn brief aan niet langer het vertrouwen te hebben dat de raad van commissarissen het belang van alle aandeelhouders en alle andere bij de vennootschap betrokken belanghebbenden behartigt. *Hermes c.s.* geeft aan van mening te zijn dat een door *Fursa* aangebroken team verantwoordelijkheid kan en moet nemen om de waarde te realiseren die het bestuur en de raad van commissarissen niet in staat zijn geweest te realiseren. *Hermes c.s.* geeft aan overtuigd te zijn dat de leden van het *Fursa*-team beter geschikt zijn het productieproces te revitaliseren en langetermijnwaarde te realiseren, en dat de benoeming in het beste belang van alle aandeelhouders en overige *ASMI*-belanghebbenden zal zijn (uit de brief volgt dat een voorstel van *Hermes c.s.* om leden van het door *Fursa* aangebroken team toe te voegen aan het bestuur en de raad van commissarissen, door *ASMI* is geweigerd).

Hermes c.s. verzoekt *ASMI* op grond van artikel 2:114a BW voor de eerstvolgende AVA te agenderen: (1) het ontslag van de leden van de raad van commissarissen, (2) het ontslag van haar bestuursvoorzitter (*Del Prado Jr.*), alsmede (3) de benoeming van *Wang, Miller* en *Ishii* als leden van de raad van commissarissen en (4) de benoeming van *Moghadam* als bestuurder van *ASMI*. Dit verzoek tot agendering is ingewilligd door *ASMI* voor de vergadering van 21 mei 2008.

Op 14 mei 2008 oefent de Stichting Continuïteit haar optie-recht uit, waardoor zij preferente aandelen verkrijgt die iets meer dan 29% van de aanwezige stemrechten vertegenwoordigen.

Ten gevolge hiervan verzoekt *Hermes c.s.* de OK op 19 mei 2008 – kort gezegd – (1) *ASMI* te bevelen de bij de Stichting Continuïteit uitstaande beschermingspreferente aandelen met onmiddellijke ingang in te (doen) trekken, (2) het stemrecht van de Stichting Continuïteit met betrekking tot de beschermingspreferente aandelen in *ASMI* te schorsen, (3) de beschermingspreferente aandelen niet mee te rekenen in de besluitvorming, en (4) *ASMI* te verbieden dividend uit te keren op de beschermingspreferente aandelen.

Het geschil

Het gaat in de onderhavige zaak om de vraag of de AVA van *ASMI* op 21 mei 2008 over de diverse door *Hermes c.s.* aangedragen agendapunten al dan niet moet (kunnen) beraadslagen en beslissen met terzijdestelling van de door de Stichting Continuïteit verkregen stemrechten verbonden aan de preferente aandelen.

Hieromtrent heeft de Stichting Continuïteit allereerst aangevoerd dat haar optierecht rechtsgeldig is verleend. Voorts meent de Stichting Continuïteit dat, gelet op de agendapunten, aanleiding bestaat van haar recht gebruik te maken. Immers, er bestaan goede gronden te vrezen voor de continuïteit van (de onderneming van) *ASMI*.

ASMI steunt het standpunt van de Stichting Continuïteit.

De uitspraak

De OK verbiedt de AVA van ASMI op 21 mei 2008 een besluit te nemen over de voorgestelde samenstelling van de raad van commissarissen en het bestuur. Verder heeft de OK partijen opgedragen uiterlijk op 23 juni 2008 hem op de hoogte te stellen van de uitkomst van het tussen partijen voort te zetten overleg. ASMI is ten slotte bevolen uiterlijk 15 juli 2008 een BAVA te beleggen waarin over de samenstelling van de raad van commissarissen en het bestuur, al dan niet geamendeerd naar aanleiding van het voornoemde overleg, zal (kunnen) worden besloten.

Bevoegdheid AVA

Na Stork wordt de OK in ASMI wederom geconfronteerd met een aandeelhouder die zich niet kan vinden in het beleid van het bestuur van een (beurs)vennootschap. Aangezien de statuten van ASMI geen specifieke rechten toekennen aan de AVA die de taakverdeling tussen het bestuur en de AVA verder invullen, is de invloed die de AVA kan uitoefenen, beperkt. De rechten van de AVA van ASMI gaan echter wel verder dan de rechten waarover de AVA van Stork beschikte, omdat op ASMI in tegenstelling tot Stork geen volledige structuurregime van toepassing is. De invloed van de AVA strekt zich uit tot het benoemen, schorsen en ontslaan¹ van de individuele leden van de raad van bestuur en van de raad van commissarissen (waarvoor wel een volstreekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen is vereist, die meer dan de helft van het geplaatste kapitaal van ASMI vertegenwoordigen), alsmede het recht om besluiten van de raad van bestuur omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van ASMI goed dan wel af te keuren,² wat overeenkomt met de rechten uit artikel 2:107a BW. Dat de AVA niet bevoegd is om het bestuur (concrete) instructies te geven en het bestuur autonoom is in de uitoefening van zijn bestuurstaak, volgt reeds uit het Forumbank-arrest.³

Consultatierecht

Uit de omschrijving van de feiten blijkt dat reeds sinds geruime tijd verschillende contacten zijn geweest tussen vertegenwoordigers van Fursa en de bestuursleden en commissarissen van ASMI. Dat ASMI gesprekken voert met Fursa, waarbij eveneens door Fursa een plan wordt gepresenteerd aan het bestuur en de raad van commissarissen over het 'revitaliseren' van de front-end, lijkt in lijn met de wettelijke regeling van artikel 2:8 BW. Dit artikel bepaalt dat: 'de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, zich als zodanig jegens elkander moeten gedragen, naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd'. Of dit in deze

concrete situatie betekent dat Fursa aan deze contacten rechten jegens ASMI kan ontlenen, die verder gaan dan de rechten van Fursa op grond van de wet en de statuten, is afhankelijk van de inhoud van deze gesprekken en het door ASMI in die gesprekken gewekte vertrouwen. De uitspraak verschaft hieromtrent geen aanknopingspunten.

Uit vaste rechtspraak⁴ volgt dat de AVA geen consultatierecht heeft in het geval dat het bestuur het bestaande beleid van de vennootschap niet wijzigt. Het lijkt aannemelijk dat in het door Fursa gepresenteerde plan een wijziging van het bestaande beleid uiteen is gezet. Een afwijzing van een wijziging van het beleid ligt binnen de bevoegdheid van het bestuur en levert geen consultatierecht van de AVA op.

De Stichting Continuïteit

In de onderhavige zaak is de vraag van belang of de Stichting Continuïteit gerechtigd is haar optierecht uit te oefenen nu Hermes c.s. het ontslag van de bestuursvoorzitter en de leden van de raad van commissarissen op de agenda voor de AVA van ASMI van 21 mei 2008 heeft laten plaatsnemen.

Het verzoek van Hermes c.s. bij ASMI komt overeen met het verzoek van Centaurus c.s. in Stork, met dien verstande dat Hermes c.s. tevens intrekking van uitstaande beschermingspreferente aandelen verzoekt, iets wat in Stork niet door Centaurus c.s. wordt verzocht, maar door de OK wordt toegewezen op (voorwaardelijk) verzoek ter terechtzitting van de Stichting Stork.

De Stichting Continuïteit betoogt – kort samengevat – dat haar het optierecht rechtsgeldig is verleend en dat zij zich op goede gronden op het standpunt heeft gesteld dat er aanleiding was en is van dat recht gebruik te maken. Zij is van mening dat in het geval van besluitvorming in de door Hermes c.s. gewenste zin met betrekking tot de door Hermes c.s. voorgestelde agendapunten gevreesd moet worden voor de continuïteit van (de onderneming van) ASMI, met het oog op het waarborgen waarvoor de Stichting Continuïteit (mede) in het leven is geroepen.

De doelomschrijving van de Stichting Continuïteit⁵ die, anders dan bij de Stichting Stork,⁶ specifiek verwijst naar 'de belangen van de vennootschap en van die onderneming en van alle daarbij betrokkenen', omvat een specifiek en ruime doelgroep, die gekoppeld is aan het eveneens specifieke en ruime toepassingscriterium dat namelijk bepaalt dat 'invloeden welke de zelfstandigheid en/of de continuïteit en/of de identiteit van de vennootschap en die ondernemingen in strijd met die belangen zouden kunnen aantasten, naar maximaal vermogen worden geweerd'. Het doel waar-

1. Art. 18.2, 18.4, 22.3 en 22.6 Statuten ASM International N.V.

2. Art. 17.5 Statuten ASMI International N.V.

3. HR 21 januari 1955, NJ 1959, 43 (Forumbank).

4. HR 21 februari 2003, NJ 2003, 182 (HBG).

5. Art. 2.1 en 2.2 Statuten Stichting Continuïteit ASM International.

6. Art. 2.1(a), (d) en (e) Statuten Stichting Stork.

voor de preferente aandelen kunnen worden ingezet, is dus niet beperkt tot vijandige overnames en overvalsituaties.

Mijns inziens concludeert de Stichting Continuïteit terecht, dat de door Hermes c.s. voorgestelde agendapunten de zelfstandigheid 'zouden kunnen aantasten', waarmee ze gerechtigd is van haar optierecht gebruik te maken.

De beslissing van de OK

Nu Hermes c.s. reeds voor 28 april 2008 zijn vertrouwen in de commissarissen heeft opgezegd en zijn specifieke agendapunten heeft ingediend, lijkt er nog maar weinig ruimte te bestaan voor consultatie tussen Hermes c.s. en het bestuur en de commissarissen van ASMI.

Grootaandeelhouder Del Prado Sr. verzoekt de OK de AVA te verbieden op 21 mei 2008 te besluiten tot het ontslag of de schorsing van één of meer leden van de raad van commissarissen of één of meer leden van de raad van bestuur, indien één of meer van de door Hermes c.s. verzochte onmiddellijke voorzieningen door de OK worden getroffen, waardoor niet op de preferente aandelen kan worden gestemd. Ondanks dat deze voorwaarde niet is vervuld, treft de OK een voorziening die in de lijn ligt van het voorwaardelijke verzoek van Del Prado Sr. en last een overlegperiode van één maand in. Op deze wijze heeft de OK voorkomen dat hij een oordeel hoefde uit te spreken of op de preferente aandelen in de onderhavige situatie stemrecht zou kunnen worden uitgeoefend.

Actuele situatie

Inmiddels heeft Applied Materials een bod uitgebracht op de front-end business van ASMI en heeft het private equity-fonds Francisco Partners aangegeven de rest over te willen nemen.⁷ ASMI heeft dit bod van Applied Materials als te laag afgewezen.⁸

ASMI meldt op 23 juni 2008 in een persbericht dat overeenstemming is bereikt met Fursa en Hermes c.s. om de BAVA uit te stellen tot 15 oktober 2008, zodat ASMI haar positie en opties ten aanzien van het bod van Applied Materials en Francisco Partners kan overwegen. ASMI heeft een monitoringscommissie ingesteld, waarin Van den Hoek (voorzitter raad van commissarissen), Kreutzer (commissaris), Del Prado Sr. (grootaandeelhouder) en een gezamenlijke vertegenwoordiger van Fursa en Hermes c.s. zitting zullen nemen. De monitoringscommissie zal toezicht houden op Del Prado Jr. (bestuursvoorzitter) en Leon van den Boom (commissaris) wanneer deze het bod van Applied Materials en Francisco Partners nader onderzoeken en de positie en mogelijkheden van ASMI bepalen. De OK is verzocht om een mogelijke zitting uit te stellen tot een datum

tussen 1 en 15 september 2008. De aandeelhouders hebben de OK verzocht een onderzoek naar wanbeleid voorlopig in te trekken (aan te houden, TM) om de gesprekken tussen Applied Materials en ASMI niet te bemoeilijken.⁹

*Mr. Th.G.J.M. Melchers LL.M
Allen & Overy*

7. Het Financieele Dagblad 21 juni 2008 (ASMI wijst bod van Applied af).

8. Het Financieele Dagblad 23 juni 2008 (ASMI houdt rechter even buiten de deur).

9. Het Financieele Dagblad 24 juni 2008 (Rol voor beleggers bij bod op ASMI).