

Aan De Raad van Ministers
dtkv De Minister van Economische
Ontwikkeling
De heer Stanley M. Palm
AmiDos Building, Pletterijweg 43
Alhier

Uw nummer (letter): 2014/006547 Uw brief van: 16 april 2014 Ons nummer: 25042014.01 Willemstad, 25 april 2014

Onderwerp: Goedkeuring statuten ter oprichting van CINEX Afd:

Bijlage: Modelstatuten overheidsstichtingen Land Curaçao van 11 november 2011

1 Grondslag

De openbare rechtspersoon Curaçao is met inachtneming van artikel 4 van de Landsverordening corporate governance (P.B. 2014, no. 3 (G.T.)), een schriftelijke overeenkomst aangegaan ingaande 1 mei 2012, met een bij Landsbesluit no. 2012/13836 aangewezen deskundige organisatie zijnde Stichting Bureau Toezicht en Normering Overheidsentiteiten (hierna: SBTNO). Uitgaande van het gestelde in artikel 4 derde lid van de Landsverordening corporate governance alsook de bepalingen van de overeenkomst van opdracht, behoren tot de werkzaamheden van de adviseur corporate governance onder meer het ambtshalve of op verzoek van het Land Curaçao adviseren van de aandeelhouder, de Regering, de Raad van Ministers dan wel de Ministers over de toepassing van de in het Landsbesluit Code Corporate Governance Curaçao (P.B. 2014, no. 4 (G.T.)) (hierna: de Code) en in de Landsverordening corporate governance opgenomen bepalingen.

Bij Besluit van de Raad van Ministers van 16 april 2014, ontvangen op 17 april 2014, is de adviseur benaderd met het verzoek om advies met betrekking tot de voorgenomen oprichting van de stichting Curaçao Investment & Export Development Foundation.

2 Ontvangen en geraadpleegde relevante documenten

- Besluit Raad van Ministers van 16 april 2014;
- Besluit Raad van Ministers van 9 april 2014;
- Brief van 24 februari 2014 aan de Raad van Ministers van de Beleidsdirecteur van het Ministerie van Economische Ontwikkeling met als onderwerp “Uitleg verschil CEDB en CINEX” (hierna: Brief MEO);
- Brief van 31 maart 2014 aan de Beleidsdirecteur van het Ministerie van Economische Ontwikkeling van de Secretaris-Generaal van het Ministerie van Financiën met als onderwerp “Statuten nieuw op te richten stichting CINEX” (hierna: Brief Financiën);
- Concept statuten Curaçao Investment & Export Development Foundation (hierna: de Conceptstatuten); en
- E-mailcorrespondentie vanuit WJZ aan vermoedelijk het Ministerie van Economische Ontwikkeling waarin wordt gesteld dat de Conceptstatuten door WJZ zijn goedgekeurd.

3 Melding aan de adviseur

Bij Besluit van de Raad van Ministers van 16 april 2014 (zaaknummer 2014/006547) is aan de adviseur om advies gevraagd. In de omslag is geen gemotiveerde onderbouwing van de Minister met betrekking tot de melding aangetroffen.

Uit de Brief MEO en de Brief Financiën kan summierlijk enige onderbouwing voor het oprichten van deze nieuwe stichting worden afgeleid. Gelet hierop had het op de weg van de Minister dan wel de Raad van Ministers gelegen om deze melding aan de adviseur nader te onderbouwen.

4 Toetsing van de Conceptstatuten

4.1 Toetsingskader

Voor de toetsing van de Conceptstatuten zal als toetsingskader worden gebruikt de Landsverordening corporate governance, de Code en de modelstatuten overheidsstichtingen Land Curaçao van 11 november 2011 (hierna: de Modelstatuten) (Bijlage 1).

Conform artikel 3, derde lid, van de Landsverordening corporate governance bewerkstelligt de de Minister, voor zoveel als dat mogelijk is, dat de vennootschap of stichting de principes en bepalingen van de Code naleeft.

Conform artikel 1 van de Code dienen de statuten van de vennootschappen en stichtingen zodanig te worden aangepast dan wel opgesteld dat alle bepalingen van de Code van toepassing verklaard kunnen worden. In ieder geval dient in de statuten van die overheidsentiteiten een verwijzing naar de Code te worden opgenomen alsook de verplichting om de bepalingen van de Code toe te passen, rekening houdend met de concrete omstandigheden van de vennootschap of stichting. Tevens is gesteld in voornoemd artikel dat het toepassen van de bepalingen van de Code impliceert dat de statuten van de stichtingen moeten worden aangepast dan wel opgesteld conform het Raad van Commissarissen model en dus conform de Modelstatuten.

4.2 Toetsing aan de Code en de Verordening

Bij het opstellen van de Modelstatuten is bijzondere aandacht besteed aan de bepalingen van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, de Landsverordening corporate governance en de Code. Eveneens is rekening gehouden met de bijzondere plaats van de overheidsstichtingen binnen de Curaçaose maatschappij.

Vooropgesteld moet worden dat van de bepalingen van de Modelstatuten slechts in zeer uitzonderlijke gevallen mag worden afgeweken. Voor het afwijken moet in ieder geval sprake zijn van een voldoende rechtvaardiging. Daarvoor zal doorgaans een deugdelijke motivering ten grondslag liggen.

Reeds in eerdere adviezen, waaronder het advies van de adviseur van 1 april 2014 met nummer 01042014.01 inzake de toetsing van de conceptstatuten van UTS, heeft de adviseur aangegeven dat het niet-motiveren van voorgestelde afwijkingen van de Modelstatuten met zich meebrengt dat voor die wijzigingen geen voldoende rechtvaardiging is om van de Modelstatuten af te wijken.



Bij het toetsen van de Conceptstatuten heeft de adviseur geconstateerd dat de Conceptstatuten op verschillende punten afwijken van de Modelstatuten. De adviseur heeft voor geen van die afwijkingen een motivering aangetroffen.

De Conceptstatuten wijken op o.a. de volgende punten af van de Modelstatuten:

- Bij artikel 2 van de Conceptstatuten ontbreekt de slotzin van de Modelstatuten zijnde:

“(…), en overigens al hetgeen te doen dat dienstig kan zijn om het gestelde doel te bereiken, alles in de ruimste zijn des woords en met inachtneming van het algemeen belang en een deugdelijke sociaal-economische ontwikkeling van Curaçao.”

- Artikel 6 leden 1 en 2 van de Conceptstatuten luiden:

“1. De Stichting wordt bestuurd door het bestuur bestaande uit een directeur die de leiding neemt, overeenkomstig het implementatieplan en de begroting, alsmede met inachtneming van hetgeen bij of krachtens de statuten en de wet hieromtrent is bepaald. De directeur wordt benoemd door de raad van commissarissen. Alleen natuurlijke personen kunnen optreden als directeur. Iedere bestuurder dient zich te houden aan besluiten van het bestuur, en ieder van de bestuurders neemt het doel van de stichting in acht.”

2. Iedere bestuurder voldoet aan een profielschets welk door de raad van commissarissen wordt vastgesteld en gewijzigd.”

Dat is in tegenstelling tot artikel 6 leden 1 en 2 van de Modelstatuten welke luiden:

“1. De Stichting wordt bestuurd door het bestuur, overeenkomstig het beleidsplan en de begroting, alsmede met inachtneming van hetgeen bij of krachtens de statuten en de wet hieromtrent is bepaald. Iedere bestuurder dient zich te houden aan besluiten van het bestuur. Het bestuur, en ieder van de bestuurders, neemt het doel van de stichting in acht.

2. Het bestuur bestaat uit één of meer bestuursleden. De leden van het bestuur zijn natuurlijke personen. Iedere bestuurder voldoet aan een profielschets welk door de raad van commissarissen wordt vastgesteld en gewijzigd.”

Hierbij is opmerkelijk dat in artikel 6 lid 1 van de Conceptstatuten zowel de term directeur als de term bestuurder met kennelijk dezelfde betekenis afwisselend worden gebruikt. Het voorgaande is inconsistent en zou voor onduidelijkheden kunnen zorgdragen. Het verdient dan ook sterk de voorkeur om in lijn met Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in de gehele tekst van de statuten van de stichting de term bestuurder te gebruiken.

- Er is een nieuw lid aan artikel 6, zijnde artikel 6 lid 6, aan de Conceptstatuten toegevoegd, welke luidt:

“De bestuurder treedt af van rechtswege door:

- a. overlijden;*
- b. ontslagname;*
- c. verstrijken van de zittingsperiode;*
- d. het metterwoon verlaten van Curaçao; en*
- e. ontslag door de minister op voordracht van het bestuur.”*

Deze toevoeging is inconsistent met artikel 6 lid 3 van de Conceptstatuten -en overigens ook artikel 3 van de Modelstatuten- welke stelt dat de raad van commissarissen, na goedkeuring van de Minister, bevoegd is de bestuursleden te ontslaan.



- Artikel 7 lid 1 van de Conceptstatuten luidt:

“1. Voor zover in deze statuten niet anders is bepaald wordt de Stichting in en buite rechte vertegenwoordigd door twee bestuurders tezamen handelend.”

Terwijl artikel 7 lid 1 van de Modelstatuten luidt:

“1. Voor zover in deze statuten niet anders is bepaald, wordt de Stichting in en buiten rechte vertegenwoordigd door iedere bestuurder.”

Merkwaardig hierbij is dat het artikel 6 lid 1 van de Conceptstatuten de indruk doet wekken dat het de bedoeling is om via de statuten voor deze op te richten stichting te bepalen dat er slechts een bestuurder kan worden benoemd. Dat terwijl het artikel 7 lid 1 van de Conceptstatuten op zijn beurt de indruk doet wekken dat in de op te richten stichting minstens twee bestuurders zullen worden benoemd. Uit het voorgaande volgt dat artikel 6 lid 1 en artikel 7 lid 1 van de Conceptstatuten niet in overeenstemming met elkaar zijn. Geadviseerd wordt om deze inconsistentie uit de statuten te verwijderen.

- Artikel 9 lid 1 van de Conceptstatuten luidt:

“1. De raad van commissarissen bestaat uit minimaal 3 leden.”

Het voorgaande is niet gelijklopend aan het artikel 9 van de Modelstatuten inhoudende:

“1. De raad van commissarissen bestaat uit een oneven aantal natuurlijke personen.”

- Artikel 16 van de Conceptstatuten luidt:

“Voor de Stichting geldt de Code. Alle organen van de Stichting zijn verplicht de bepalingen van de Code toe te passen en in acht te nemen, rekening houdend met de concrete omstandigheden van de Stichting. Afwijkingen vinden alleen plaats in overeenstemming met de Code. Daar waar de Code aan het bestuur of de raad van commissarissen bijzondere verplichtingen oplegt, komen zij die na, in aanvulling op hetgeen in de statuten is bepaald.”

Terwijl artikel 16 van de Modelstatuten luidt:

“Voor de Stichting geldt de Code. Alle organen van de Stichting zijn verplicht de bepalingen van de Code toe te passen en in acht te nemen, rekening houdend met de concrete omstandigheden van de Stichting. Afwijkingen vinden alleen plaats in overeenstemming met de Code. Daar waar de Code aan het bestuur, een bestuurder, de raad van commissarissen of een commissaris bijzondere verplichtingen oplegt, komen zij die na, in aanvulling op hetgeen in deze statuten is bepaald.”

Geadviseerd wordt dat de bewoordingen van artikel 16 van de statuten welke betrekking hebben op de verplichte toepassing en inachtneming van de Code binnen de stichtingen, dat die bewoordingen in alle stichtingen gelijklopend zijn. Dat om enig schijn van discrepantie inzake de toepassing en reikwijdte van de Code te voorkomen.

Aangezien de adviseur geen motivering heeft aangetroffen betreffende zowel de bovenstaande afwijkingen van de Modelstatuten als de overige in de Conceptstatuten verwerkte afwijkingen van de Modelstatuten, kan de adviseur niet anders concluderen dan dat er voor geen van die afwijkingen voldoende rechtvaardiging is om van de Modelstatuten af te wijken.



5 Overige opmerkingen

Voor wat betreft de inleidende bepalingen van de Conceptstatuten merkt de adviseur het volgende op. Inmiddels is er een geconsolideerde tekst voor de Code zijnde het Landsbesluit

Code Corporate Governance (P.B. 2014, no. 4 (G.T.)). In lijn daarmee wordt geadviseerd om in de inleidende bepalingen van de Conceptstatuten inzake de definitie van de Code de vindplaats van het Landsbesluit Code Corporate Governance te wijzigen in (P.B. 2014, no. 4 (G.T.)).

Voorts voor wat betreft de definitie van het Land in de inleidende bepalingen wordt geadviseerd om daarbij dezelfde definitie als in de geconsolideerde tekst van de Landsverordening corporate governance zijnde “de openbare rechtspersoon Curaçao” te hanteren.

Overigens op grond van artikel 4 Boek 2 BW en uitgaande van de Modelstatuten alsmede de regelgeving van de corporate governance moet de oprichtingsakte van een stichting ook onder andere de namen van de eerste bestuurder(s) en van de overige functionarissen, die er volgens de wet of de statuten moeten zijn, bevatten. De Conceptstatuten omvatten nog geen namen van de leden van de raad van commissarissen en van het bestuur van de op te richten stichting. Ook zijn er geen CV's van de mogelijke leden van de raad van commissarissen en het bestuur samen met de procedureregels en profielschetsen aangetroffen in de omslag. In lijn met de Landverordening corporate governance en Boek 2 BW dient te zijner tijd -voorafgaand aan het passeren van de oprichtingsakte van de stichting- de door de Landsverordening corporate governance voorgeschreven meldingen gevolgd door de toetsing van de adviseur plaats te vinden.

Tot slot merkt de adviseur op dat het concept van de statuten van een op te richten entiteit doorgaans het sluitstuk is van de oprichtingsprocedure. In de omslag heeft de adviseur geen nadere onderliggende documenten ontvangen, waaronder bijvoorbeeld een personeelsplan, een financieel plan en een organisatieplan betreffende de op te richten stichting. Voor zo ver die nog niet zijn opgesteld, wordt geadviseerd dergelijke documenten zo spoedig mogelijk op te stellen.

6 Conclusie en Advies

- Geadviseerd wordt om de concept statuten van Curaçao Investment & Export Development Foundation i.o. met inachtneming van het gestelde in dit advies en in overeenstemming met de bepalingen zoals vervat in de Modelstatuten aan te passen.

SBTNO

De adviseur corporate governance

cc. Minister-President
Minister van Financiën