

Aan De Minister van Verkeer Vervoer
en Ruimtelijke Planning.
De heer Earl Balborda
Seru Arrarat z/n
Alhier

Uw nummer (letter): 2013/2537 Uw brief van: 16 mei 2013 Ons nummer: 01042014.01 Willemstad, 1 april 2014

Onderwerp: Advies mbt conceptstatuten UTS Afd:

Bijlagen: Modelstatuten en toelichting op modelstatuten deelnemingen van het land Curaçao

1 Grondslag

De openbare rechtspersoon het Land 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 de Stichting Bureau Toezicht en Normering Overheidsentiteiten (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.

De Minister heeft met in achtneming van het voorgaande de adviseur benaderd met het verzoek om advies inzake de statutenwijziging van United Telecommunication Services N.V. (hierna: UTS).

2 Ontvangen en geraadpleegde documenten

- Verzoek van de Minister van Verkeer, Vervoer en Ruimtelijke Planning van 16 mei 2013;
- Brief van UTS aan haar aandeelhouders van 28 juni 2012;
- Brief van UTS aan haar aandeelhouders van 24 april 2013;
- Commentaar van Directie en Raad van UTS NV op de derde versie van de concept statuten voor United Telecommunication Services N.V. als ontvangen van aandeelhouder Curaçao (hierna: het Commentaar van UTS); en
- Onvolledig ontvangen conceptstatuten met opmerkingen en bezwaren van UTS (hierna: de Conceptstatuten).

Toetsing van de concept statuten

2.1 Toetsingskader

Voor de toetsing van de Conceptstatuten zal als toetsingskader worden gebruikt de Landsverordening corporate governance, de Code en de modelstatuten deelnemingen van het Land Curaçao van 16 oktober 2011 (hierna: de Modelstatuten).

Conform artikel 3, derde lid van de Landsverordening corporate governance bewerkstelligt de verantwoordelijke 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 dat alle bepalingen van de Code van toepassing verklaard kunnen worden. In ieder geval dient in de statuten 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.

2.2 Toetsing aan de Code en de Landsverordening corporate governance

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 overheidsvennootschappen binnen de Curaçaose maatschappij. Overigens zijn –voorafgaand aan het vaststellen van de modelstatuten- alle zittende bestuurders en commissarissen van destijds in de gelegenheid gesteld hun visie te geven omtrent de concept modelstatuten.

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. Hier volgt een artikelsgewijze reactie van de adviseur.

Artikel 1 en artikel 2 lid 1 Conceptstatuten

UTS heeft het volgende tekstvoorstel gedaan met betrekking tot artikel 1 en 2 lid 1 Conceptstatuten:

Tekstvoorstel artikel 1 Conceptstatuten

"De vennootschap draagt de naam: "United Telecommunication Services N.V." met als handelsnaam UTS. In het verkeer met het buitenland kan zij in haar naam de afkorting "N.V." vervangen door, in het Engels "INC." of "LTD." en in het Spaans en Frans "S.A.""

Tekstvoorstel artikel 2 lid 1 Conceptstatuten:

"De vennootschap heeft ten doel:

- a. het op bedrijfseconomische gronden, aanleggen, onderhouden, beheren en exploiteren van (tele) communicatie-infrastructuur op Curaçao en in het buitenland in de ruimste zin van het woord (inclusief data, radio, draadomroep en televisie infrastructuur), ten behoeve van lokale, interinsulaire en internationale (tele-)communicatiedienstverlening, een en ander waar nodig door het aangaan van overeenkomsten met andere (tele-)communicatiebedrijven en -dienstverleners alsmede het opzetten van joint ventures;*
- b. het verlenen, adviseren en bemiddelen in, alsmede het opzetten en het gebruiken van, alle mogelijke vormen van (tele-)communicatiediensten (inclusief data, radio, draadomroep en televisie diensten) en het importeren en leveren van alle mogelijke vormen van (tele-)communicatieproducten (voor onder meer data, radio, draadomroep en televisie), zulks met inachtneming van alle daarop betrekking hebbende wettelijke regelingen, een en ander met het oog op duurzaam ondernemen."*

De adviseur merkt op dat de tekst van artikel 2 lid 1 Conceptstatuten zoals opgenomen in het Commentaar en de Conceptstatuten enigszins van elkaar verschillen. Gezien het verschil acht

de adviseur dat hetgeen opgenomen in de Conceptstatuten (deels) een verschrijving betreft en dat de tekst zoals opgenomen in het Commentaar van UTS het door UTS voorgestelde concept betreft. Op de teksten van artikel 1 en artikel 2 lid 1, zoals opgenomen in het Commentaar van UTS, heeft de adviseur geen nader commentaar.

Artikel 2 lid 2 sub f Conceptstatuten

In het Commentaar van UTS stelt zij inzake artikel 2 lid 2 sub f Modelstatuten het volgende:

"(...) Directie en raad adviseren in de doelomschrijving de laatste zinsnede van de zin die na het gestelde onder f is opgenomen (" (...) en met inachtneming van het algemeen belang en een deugdelijke sociaal-economische ontwikkeling van Curaçao") niet op te nemen. (...)

Over dit punt stelt het artikelsgewijze toelichting op het artikel 2 van de toelichting op modelstatuten deelnemingen van het land Curaçao (de "Toelichting") het volgende:

(...) 3) In het slot van de doelomschrijving wordt tot uitdrukking gebracht dat de vennootschap het algemeen belang en een deugdelijke sociaal-economische ontwikkeling van het land Curaçao in acht neemt. Nu het vermogen van de overheidsvennootschap met name gevormd wordt door bijdragen uit de algemene middelen, en de vennootschap vaak (mede) een publieke taak vervult, is een dergelijke toevoeging aan het doel gepast. Daarmee wordt voor de organen, van de vennootschap, waaronder het bestuur, ook onderstreept dat zij in hun handelen bij de vennootschap de belangen van de maatschappij mogen en moeten meewegen. Daarmee wordt voorkomen dat het bestuur zich genoodzaakt voelt het verrichten van een bepaalde rechtshandeling welke –naast dat deze het belang van de vennootschap dient- het belang van de maatschappij dient, achterwege te laten uit vrees voor doeloverschrijdend handelen. (...) De bepaling moet dan ook vooral worden gezien als een instructie aan de organen van de vennootschap. (...)

Bovendien stelt de algemene toelichting van de Toelichting –samengevat- dat het aandeelhouderschap van de overheid in overheidsvennootschappen doorgaans niet louter gericht is winsten te behalen, maar is er voornamelijk op gericht de maatschappij vruchten te laten plukken van de organisatie van een bepaalde overheidstaak in een private rechtsvorm. Een overheidsvennootschap is dus niet louter een vennootschap met in aandelen verdeeld kapitaal die op een commerciële wijze aan het rechtsverkeer deelneemt. Een overheidsvennootschap heeft daarnaast een bijzondere verantwoordelijkheid naar de maatschappij toe. Die verantwoordelijkheid komt erop neer dat de overheidsvennootschap, bij de verwezenlijking van het eigenlijke commerciële doel, het algemeen belang en een deugdelijke sociaal-economische ontwikkeling van het land Curaçao in acht neemt.

Met inachtneming van het bovenstaande dient de in artikel 2 lid 2 sub f slotzin van de modelstatuten inhoudende "... en met inachtneming van het algemeen belang en een deugdelijke sociaal-economische ontwikkeling van Curaçao" in de statuten van UTS te worden behouden.

Artikel 3 Conceptstatuten

In het Commentaar van UTS wordt gesteld inzake artikel 3 lid 1 Modelstatuten samengevat het volgende:

" (...) indien de valuta wordt gewijzigd, zal dit niet meer kloppen en zal alsnog statutenwijziging gewenst zijn (immers 1000 eenheden NAF is niet gelijk aan bijvoorbeeld 1000 eenheden USD). Het is aanbevelenswaardig de huidige valuta te (blijven) benoemen."

Met inachtneming van die opmerking van UTS, stelt de de adviseur voor om het betreffend artikel 3 te wijzigen in "Het kapitaal van de vennootschap bestaat uit gewone aandelen met een nominale waarde van elk eenduizend gulden Nederlands Antilliaans courant (NAf 1.000)."

Artikel 5 Conceptstatuten

Voor wat betreft artikel 5 van de Modelstatuten stelt UTS dat:

“Ingevolge art. 2:115 BW adviseren wij aan dit artikel het volgende lid, afkomstig uit de conceptstatuten toe te voegen (indien het de wens is van de aandeelhouders dat dit mogelijk moet blijven):

De Algemene vergadering van Aandeelhouders kan besluiten tot gehele of gedeeltelijke terugbetaling of ontheffing van een bijstortingsplicht als bedoeld in art. 2:107 lid 4 BW, mits het eigen vermogen van de vennootschap op het tijdstip van de terugbetaling of ontheffing ten minste gelijk is aan het nominaal kapitaal en door de terugbetaling of ontheffing niet minder wordt dan het nominaal kapitaal.

Het toevoegen hiervan wordt aangeraden temeer omdat in art. 8 lid 4 van concept/versie 3 melding wordt gemaakt van zodanig mogelijk besluit, terwijl de statuten verder echter geen basis daarvoor bieden.”

Op grond van het feit dat de opstellers van de Modelstatuten een dergelijke bepaling niet in de Modelstatuten hebben opgenomen, meent de adviseur dat de bepaling zoals opgenomen in artikel 8 lid 4 van de Modelstatuten waarschijnlijk alleen toeziet op gevallen van verleend ontslag van aansprakelijkheid voor de bijstortingsplicht op aandelen van voor de statutenwijziging in de Modelstatuten. Nu er een nadere onderbouwing voor het opnemen van een door UTS voorgedragen artikel 5 lid 4 Conceptstatuten ontbreekt, is de adviseur van mening dat er in casu geen sprake is van een voldoende rechtvaardiging om van de Modelstatuten af te wijken.

Artikel 12 lid 2 Conceptstatuten

Voor wat betreft artikel 12 lid 2 van de Modelstatuten wordt in het Commentaar van UTS het volgende gesteld:

“Art 12.2 bevat niet meer de momenteel in de statuten van UTS NV opgenomen procedure voor profielschetsen voor de directie, met voordracht door de RvC (art. 7 van de huidige statuten). Wij adviseren dit alsnog op te nemen aangezien deze tekst de Code en de Verordening verder ondersteunt. In de Code en Verordening wordt wel gesproken van een profielschets, echter de onderstaande regeling is daarin niet uitgewerkt. De tekst uit de huidige statuten is als volgt:

4. Directeuren worden benoemd door de Algemene Vergadering van Aandeelhouders op voordracht van de Raad van Commissarissen. - Bij de oprichting stelt de Raad van Commissarissen ----- profielschetsen voor de leden van de Directie op. Na ----- oprichting kunnen de profielschetsen door de Raad van ----- Commissarissen worden gewijzigd. De vaststelling en eventuele wijziging van de profielschetsen behoeft de goedkeuring van de Algemene vergadering van Aandeelhouders. -----

5. Op basis van de door de Raad van Commissarissen ----- vastgestelde profielschetsen doet zij een voordracht van twee (2) personen voor de benoeming van een lid van de Directie. -- Binnen een maand na het ontstaan van een vacature in de ----- Directie wordt een vergadering van de Raad van Commissarissen bijeengeroepen en gehouden, niet later dan twee maanden na de verzending van de oproeping, teneinde een voordracht op te --- maken. Indien de Raad van Commissarissen niet binnen vier --- maanden na het ontstaan van een vacature aan de Algemene ---- Vergadering van Aandeelhouders een voordracht heeft gedaan, is de Algemene Vergadering van Aandeelhouders vrij in de ----- benoeming van een Directeur. -----”

De adviseur heeft geen bezwaren tegen het opnemen van een procedure voor de totstandkoming van de profielschets van een lid van het bestuur in de statuten van UTS. Wel adviseert de adviseur uit het oogpunt van consistentie om een soortgelijke procedure cq bewoordingen te hanteren als voor de totstandkoming van de profielschets van een lid van de raad van commissarissen, zoals opgenomen in artikel 16 van de Modelstatuten.

Artikel 12 lid 5 en lid 6 Conceptstatuten

In het Commentaar van UTS met betrekking tot artikel 12 lid 5 en lid 6 van de Modelstatuten staat:

“Naar de mening van directie en raad geven de artikelen 12.5 en 12.6 van de concept-model statuten een strakker regime dan verwacht zou mogen worden op grond van de Code corporate governance. In art. 3.11 van de Code Corporate Governance wordt aan de Raad meer ruimte gegeven dan in genoemde artikelen in de concept-model statuten. Wij adviseren dan ook art 12.5 en 12.6 te vervangen door de volgende formulering:

“De bezoldiging van het bestuur wordt vastgesteld door de raad van commissarissen, rekening houdende met de door de algemene vergadering van aandeelhouders vastgestelde kaders en in overeenstemming met de Code corporate governance. De Raad van Commissarissen neemt de bezoldiging en de overige contractvoorwaarden op in een schriftelijke overeenkomst tussen de bestuurder en de vennootschap. De voorzitter van de raad van commissarissen of diens plaatsvervanger ondertekent de overeenkomst namens de vennootschap.”

Het bestuur en de raad van commissarissen van UTS menen dat de leden 5 en 6 van artikel 12 van de Modelstatuten aangepast moeten worden omdat zij een strakker regime betreffen dan verwacht zou mogen worden op grond van de Code. De adviseur is van mening dat de motivering van UTS op dit punt niet een voldoende rechtvaardiging omvat om van de betreffende bepalingen af te wijken.

Artikel 13 lid 4 Conceptstatuten

Artikel 13 lid 4 van de Modelstatuten luidt:

“Het bestuur vergadert ter plaatse waar hem dit wenselijk voorkomt. Vergaderingen kunnen ook plaatsvinden middels elektronische communicatiemiddelen, mits alle deelnemers elkaar onderling kunnen verstaan en met elkaar kunnen praten. Het bestuur kan ook buiten vergadering besluiten nemen, mits alle bestuurders (die niet zijn geschorst en ten aanzien van wie geen situatie van ontstentenis of belet bestaat) zich – al dan niet schriftelijk – voor het desbetreffende voorstel uitspreken.”

UTS stelt zich op het standpunt dat de laatste volzin van artikel 13 lid 4 van de Modelstatuten zou moeten worden geschrapt, omdat zij zich afvraagt of die laatste volzin duidelijkheid verschaft en/of het in de praktijk werkbaar zou zijn.

Gelezen het Commentaar van UTS op het voornoemd punt wijst de adviseur op het volgende. Voor een afwijking van de Modelstatuten geldt zoals eerder aangegeven dat er sprake moet zijn van een voldoende rechtvaardiging. De adviseur meent dat de motivering van UTS voor het afwijken van lid 4 van artikel 13 van de Modelstatuten geen voldoende rechtvaardiging omvat.

Artikel 13 lid 6 Conceptstatuten

Voor wat betreft het artikel 13 lid 6 van de Modelstatuten wenst UTS vast te houden aan het kader van goedkeuring, zoals vastgesteld in de huidige statuten van UTS. Het voorgaande is samengevat gebaseerd op het feit dat UTS meent dat een ruimer kader niet wenselijk zou zijn omwille van bedrijfsvoering. De huidige statuten luiden hieromtrent als volgt:

*“10. De Directie behoeft de goedkeuring van de Raad van -----
Commlssarissen voor: -----
(a) de jaarlijks door de Directie voor het volgende boekjaar -
vast te stellen exploitatie- en investeringsbegroting, welke -
stukken ten minste drie maanden voor de aanvang van het nieuwe
boekjaar aan de Raad van Commissarissen ter goedkeuring moeten
worden voorgelegd; -----
(b) het verkrijgen, vervreemden, bezwaren, huren, verhuren, --
stichten of verbouwen van onroerende zaken; -----
(c) het aangaan van geldleningen en kredietovereenkomsten, ten
laste van de vennootschap; -----*

(d) het verlenen van persoonlijke en zakelijke -----
 zekerheidsrechten voor de schulden van anderen; -----
 (e) het voeren van processen, met uitzondering van het nemen -
 van die maatregelen, welke geen uitstel gedogen of van louter
 conservatoire aard zijn en voorts met uitzondering van het --
 nemen van maatregelen tot inning van geldvorderingen; -----
 (f) het aangaan van dadingen, het opdragen van beslissingen --
 van enig geschil aan scheidslieden en het vragen van bindend -
 advies; -----
 (g) het overdragen tot zekerheid of het bezwaren van activa--
 van de vennootschap; -----
 (h) het aangaan van overeenkomsten met een Directeur of een --
 Commissaris; -----
 (i) het aangaan van overeenkomsten, als bedoeld in artikel 60
 van het Wetboek van Koophandel van de Nederlandse Antillen; --
 (j) het verkrijgen, vervreemden en bezwaren van aandelen in --
 andere vennootschappen en andere ondernemingen, het medewerken
 tot oprichting van en het deelnemen of liquideren van zodanige
 deelnemingen, en het uitoefenen van het stemrecht op aandelen,
 die de vennootschap in andere vennootschappen houdt; -----
 (k) het beleggen van vermogen in risicodragend kapitaal. -----”

De adviseur wijst in casu naar het gestelde in de Toelichting met betrekking tot artikel 13 lid 6 Modelstatuten. Volgens die Toelichting zijn de besluiten zoals opgenomen in artikel 13 lid 6 Modelstatuten dusdanig belangrijk dat het bestuur deze niet zonder goedkeuring van de raad van commissarissen mag nemen. Overigens zou het het gestelde in artikel 13 lid 6 Modelstatuten –in overeenstemming met de Toelichting op artikel 14 lid 1 Modelstatuten- ook als een bescherming tegen het eenzijdig handelen van een bestuurder moeten worden gezien.

UTS stelt samengevat van het voorgaande af te willen wijken met de stelling dat zij meent dat de kader van goedkeuring, zoals opgenomen in de huidige statuten van UTS behouden moet worden, omdat een ruimer kader van goedkeuring door de raad van commissarissen van bestuursbesluiten zoals opgenomen in de Modelstatuten niet wenselijk zou zijn, omwille van de bedrijfsvoering van UTS. Echter een nadere onderbouwing daarvan ontbreekt volledig. De motivering van UTS op dit punt, zeker gezien de Toelichting op artikel 13 lid 6 van de Modelstatuten, houdt geen voldoende rechtvaardiging in om van de bepalingen van artikel 13 lid 6 Modelstatuten af te wijken.

Artikel 13 lid 8 Conceptstatuten

Artikel 13 lid 8 Modelstatuten luidt:

“Aan de goedkeuring van de algemene vergadering zijn onderworpen:

- a. besluiten van het bestuur tot het verrichten of nalaten van handelingen die een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming met zich brengen;*
- b. zodanige besluiten van het bestuur als de algemene vergadering bij nader schriftelijk besluit aan haar goedkeuring onderwerpt; en*
- c. het uitoefenen van zeggenschapsrechten op door de vennootschap gehouden aandelen in het kapitaal van een vennootschap waarmee de vennootschap in een groep is verbonden voor zover het betreft het verlenen van goedkeuring aan het bestuur van een dergelijke vennootschap voor een besluit waarvoor op grond van dit lid goedkeuring is vereist indien het besluit door het bestuur van de vennootschap zou worden genomen.”*

Voor wat betreft artikel 13 lid 8 Modelstatuten is UTS van mening dat slechts de besluiten zoals vermeld onder 13 lid 8 sub a van de Modelstatuten in de statuten van UTS moeten worden opgenomen. Naar de mening van UTS dient het voorleggen van meer dan die besluiten niet te worden afgedwongen in de statuten, en dienen de in de code genoemde situaties niet te worden 'opgerekt'. Voorts meent UTS dat in het systeem van 'checks and balances' voor Good

corporate governance de raad van commissarissen het toezichthoudende orgaan is, en niet de algemene vergadering van aandeelhouders. UTS stelt bovendien dat de raad van commissarissen tevens een orgaan is dat toezicht houdt op de groep, het uitbreiden van goedkeuringsrechten van de algemene vergadering van aandeelhouders zoals gesteld onder c. van dat lid is dan ook volgens UTS niet nodig en zou daardoor de besluitvorming binnen de vennootschap bovendien onnodig ingewikkeld en langdurig worden maken. Overigens stelt UTS dat nog immer een procedure wordt gemist voor die (conform de Code te beperken) situaties, waarin zowel de goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders als de raad van commissarissen vereist is, alsmede een procedure bij verschil van mening tussen de algemene vergadering van aandeelhouders en de raad van commissarissen.

De adviseur wijst in casu eveneens naar het gestelde in de Toelichting met betrekking tot artikel 13 lid 8 Modelstatuten. Volgens die Toelichting zijn de besluiten zoals opgenomen in artikel 13 lid 8 Modelstatuten zo belangrijk dat het bestuur deze niet zonder goedkeuring van de raad van commissarissen mag nemen. Bovendien zou het het gestelde in artikel 13 lid 8 Modelstatuten – in overeenstemming met de Toelichting op artikel 14 lid 1 Modelstatuten- ook als een bescherming tegen het eenzijdig handelen van een bestuurder moeten worden gezien. Gezien de bewoordingen van de Toelichting hieromtrent had het op de weg van UTS gelegen om een dergelijk afwijkingsvoorstel deugdelijk te motiveren. Ook op dit punt houdt de motivering van UTS, zeker met inachtneming van het in de Toelichting gestelde inzake artikel 13 lid 8 van de Modelstatuten, geen voldoende rechtvaardiging in om van de bepalingen van artikel 13 lid 8 Modelstatuten af te wijken.

Met betrekking tot de opmerking van UTS dat in de Code bepaalde procedures zouden ontbreken, wijst de adviseur op het feit dat de bepalingen inzake het vennootschapsrecht, zoals opgenomen in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de daaruit voortvloeiende jurisprudentie, eveneens gelden voor de overheidsvennootschappen. In het geval van het ontbreken van nadere regels in de Code (of de statuten van een overheidsvennootschap) gelden dan ook de reguliere procedures zoals vastgesteld en voortvloeiende uit de bepalingen van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 14 lid 2 Conceptstatuten

Voor wat betreft artikel 14 lid 2 van de Modelstatuten stelt UTS:

“Indien er nog (een) bestuurder(s) is (zijn) zonder tegenstrijdig belang behoeft aan de Raad deze bevoegdheid niet toe te komen, immers de andere bestuurder(s) kan (kunnen) de vennootschap dan gewoon vertegenwoordigen.”

Uit de toelichting op artikel 14 lid 2 van de Modelstatuten, zoals vastgesteld in de Toelichting, begrijpt de adviseur, dat de opstellers van de Modelstatuten voor een brede benadering van het tegenstrijdigbelang-begrip hebben gekozen. Het leek de opstellers van de Modelstatuten gepast om bij overheidsvennootschappen te waken voor elke (schijn) van belangenverstremgeling. In overeenstemming met de Toelichting op artikel 14 van de Modelstatuten is wanneer er sprake is van een tegenstrijdig belang het gehele bestuur niet bevoegd tot vertegenwoordiging tenzij het bestuur (of een van de bestuurders) wordt aangewezen door de raad van commissarissen of door de algemene vergadering van aandeelhouders. Met andere woorden zodra er sprake is van een tegenstrijdig belang bij een bestuurder dan is het gehele bestuur in beginsel niet bevoegd om de vennootschap te vertegenwoordigen. De interpretatie van artikel 14 lid 2 door UTS is niet in lijn met de Toelichting en omvat dan ook geen voldoende rechtvaardiging om daarvan af te wijken.

Artikel 16 Conceptstatuten

Het Commentaar van UTS op artikel 16 van de Modelstatuten luidt:

Directie en raad adviseren de huidige regeling van art. 8.5 uit de statuten van UTS NV over te nemen in dit artikel van de concept-model statuten vs 3 (en het artikel met de bepaling als onder c hierna gesteld uit te breiden):

"Niet benoembaar tot Commissaris zijn:

a) Personen in dienst van de vennootschap;

b) Personen, die zodanige belangen vertegenwoordigen dat een belangenconflict niet is uitgesloten, waardoor strijd zou kunnen ontstaan met de richtige uitoefening van hun taak als commissaris; en

c) Personen welke ingevolge de bepalingen van de Code Corporate Governance niet als commissaris kunnen worden benoemd."

UTS laat ook hier na om haar commentaar nader te motiveren. Echter nu de aanbevelingen a) en b) als een mogelijke (schijn) van belangenverstremgeling zouden kunnen worden aangemerkt, wordt dat door de adviseur als een voldoende rechtvaardiging gezien om af te wijken van de Modelstatuten. In lijn met het voorgaande heeft de adviseur dan ook geen zwaarwegende bezwaren om in de statuten van UTS de bepalingen a), b) en c) aan artikel 16 van de Modelstatuten toe te voegen.

Artikel 19 lid 1 Conceptstatuten

Artikel 19 lid 1 Modelstatuten luidt:

"Aan de algemene vergadering behoort, binnen de door de wet en deze statuten gestelde grenzen, alle bevoegdheid, die niet aan anderen is toegekend."

Volgens UTS zou in de laatste volzin van artikel 19 van de Modelstatuten het begrip "anderen" moeten worden vervangen door "andere organen".

De adviseur meent dat artikel 19 lid 1 van de Modelstatuten gebaseerd is op artikel 127 Boek 2 BW. Dat artikel regelt de restbevoegdheden in een naamloze vennootschap. Aangezien artikel 127 Boek 2 BW de bewoording "anderen" hanteert, is het raadzaam om diezelfde bewoording ook in de statuten van UTS te blijven hanteren. Bovendien gezien het feit dat een motivering tijdens UTS voor deze afwijking volledig ontbreekt, acht de adviseur in casu dat er reeds om die reden ook al geen sprake is van een voldoende rechtvaardiging om hiervan af te wijken.

Artikel 23 lid 2 Conceptstatuten

De opmerking van UTS met betrekking tot artikel 23 lid 2 van de Modelstatuten luidt:

"Door de toevoeging aan art. 3, dat een buiten vergadering genomen besluit, dat conform lid 1 slechts geldig is als ALLE aandeelhouders stem hebben uitgebracht, blijkt uit een verklaring van hen die voor het besluit hebben gestemd, is mogelijk inherent tegenstrijdig. Hoe zal een aandeelhouder tegenbewijs kunnen leveren dat het besluit ongeldig is genomen, nu niet behoeft te blijken uit het stuk dat allen hun stem hebben uitgebracht?"

De adviseur wijst in dit kader op artikel 135 Boek 2 BW. Het voornoemd artikel stelt dat ook de bepalingen van artikel 133 lid 1 tot en met 5 Boek 2 BW van overeenkomstige toepassing zijn. Ook in overeenstemming met de Toelichting op artikel 23 van de Modelstatuten dient de onderliggende bescheiden behorende bij een dergelijk besluit te worden bewaard, zodat bij een onenigheid nog bewijs voorhanden is dat er daadwerkelijk een besluit tot stand is gekomen. Uit de onderliggende bescheiden zal ook moeten blijken welke aandeelhouder(s) tegen het besluit heeft/hebben gestemd.

Met inachtneming van het bovenstaande is voor een afwijking van artikel 23 lid 2 van de Modelstatuten in casu geen voldoende rechtvaardiging.

Artikel 25 lid 2 Conceptstatuten

In het Commentaar van UTS inzake artikel 25 lid 2 Modelstatuten is opgenomen dat:

"Alhoewel de wet voorschrijft dat de winst ter vrije beschikking staat van de AvA is gebruikelijk bij overheids N.V.'s dat de statuten bepalen dat de AvA een beslissing met betrekking tot de winst neemt na overleg met Directie en

Raad. Naar de mening van Directie en Raad dient in de statuten te zijn opgenomen dat zij concreet worden betrokken bij de beslissing over het uitkeren van winst/dividend in enig jaar. Het is denkbaar dat het belang van de onderneming met zich brengt dat bepaalde bedragen dienen te worden gereserveerd. Zo kunnen er thans reeds zichtbare verplichtingen zijn, welke pas in opvolgende jaren ten laste van de vennootschap zullen komen. Ook kan het bijzonder wenselijk zijn investeringen voor de toekomst te doen. Het is derhalve de vraag of het aanbevelenswaardig is de mogelijkheid voor de directie een gedeelte van de winst te reserveren onder goedkeuring van de AvA, te schrappen uit de statuten van UTS, zoals thans het geval is bij het concept/versie 2. Wij adviseren dan ook de huidige statuten van UTS NV (art. 16.1) in deze te blijven volgen."

UTS stelt onterecht dat het gebruikelijk is dat de statuten van de overheidsvennootschappen stellen dat de algemene vergadering van aandeelhouders een beslissing met betrekking tot de winst neemt na overleg met het bestuur en raad van commissarissen. Immers het merendeel van de statuten van alle overheidsvennootschappen stelt dat de winst ter vrije beschikking staat van de algemene vergadering van aandeelhouders.

Op grond van artikel 129 Boek 2 BW hebben alle bestuurders en alle commissarissen het recht een algemene vergadering bij te wonen. Tevens stelt artikel 132 Boek 2 BW dat alle bestuurders en alle commissarissen in de algemene vergadering van aandeelhouders en bij de besluitvorming buiten vergadering een raadgevende stem hebben. Als gevolg van het voorgaande dient de algemene vergadering van aandeelhouders telkens alle bestuurders en alle commissarissen te horen voordat zij een besluit neemt omtrent de winstbestemming.

De verder door UTS aangedragen redenen om af te wijken van de Modelstatuten inzake de winstbestemming worden reeds op grond van de bepalingen van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek opgevangen. De door UTS gegeven motivering wordt door de adviseur dan ook niet gezien als voldoende rechtvaardiging om af te wijken van artikel 25 lid 2 van de Modelstatuten.

Artikel 27 lid 1 Conceptstatuten

Het commentaar van UTS inzake artikel 27 lid 1 Modelstatuten luidt als volgt:

"Directie en raad achten het zeer wenselijk dat in dit lid formeel wordt opgenomen, dat de raad expliciet dient te worden geraadpleegt, alvorens besluiten als in dit lid genoemd kunnen worden genomen."

Zoals door de adviseur reeds gemeld, op grond van artikel 129 Boek 2 BW hebben alle bestuurders en alle commissarissen het recht een algemene vergadering van aandeelhouders bij te wonen. Tevens stelt artikel 132 Boek 2 BW dat alle bestuurders en alle commissarissen in de algemene vergadering van aandeelhouders en bij de besluitvorming buiten vergadering een raadgevende stem hebben. Als gevolg van het voorgaande dient de algemene vergadering van aandeelhouders telkens alle bestuurders en alle commissarissen te horen voordat zij een van de bijzondere besluiten neemt, zoals opgenomen in artikel 27 lid 1 van de Modelstatuten.

Nu UTS ook hier heeft nagelaten het een en ander nader te motiveren, is in casu geen sprake van een voldoende rechtvaardiging om van artikel 27 lid 1 van de Modelstatuten af te wijken.

Artikel 30 Conceptstatuten

In het Commentaar van UTS inzake artikel 30 van de Modelstatuten wordt gesteld:

"Ten aanzien van de laatste volzin achten directie en raad het wenselijk dat een volledig beeld wordt gegeven en stellen zij de volgende zin voor: "(....) het bestuur, de bestuurders, de raad van commissarissen, commissarissen, een aandeelhouder of de Algemene vergadering van aandeelhouders bijzonder verplichtingen oplegt, (....) ". "

De door UTS op dit punt gegeven motivering omvat geen voldoende rechtvaardiging om van de bewoordingen van het artikel 30 van de Modelstatuten af te wijken.

Overigens verdient het sterk de voorkeur van de adviseur dat de bewoordingen van het artikel 30 van de statuten in alle vennootschappen gelijklopend zijn. Dat om enig schijn van verschil inzake de toepassing en reikwijdte van de Code te voorkomen.

Overige

In de door UTS aangeleverde conceptstatuten met de daarin voorgestelde wijzigingen zijn ook andere wijzigingen opgenomen, die niet zijn onderbouwd. Reeds om die redenen is er dan ook voor die voorgestelde wijzigingen geen sprake van een voldoende rechtvaardiging om van de Modelstatuten af te wijken.

Tot slot merkt de adviseur op dat de tekst van de modelstatuten met daarin de voorgestelde wijzigingen van UTS niet volledig is aangeleverd. Volledigheidshalve mocht er in de ontbrekende tekst van de conceptstatuten nadere wijzigingen zijn opgenomen, waarvoor geen motivering is aangeleverd, brengt reeds het niet-motiveren met zich mee dat voor die wijzigingen geen voldoende rechtvaardiging is om van de Modelstatuten af te wijken.

3 Conclusie en Advies

- Geadviseerd wordt om de concept statuten van UTS met in achtneming van het gestelde in dit advies aan te passen en in overeenstemming te brengen met de bepalingen zoals vervat in de Modelstatuten.

SBTNO

De adviseur corporate governance

cc. Minister-President
Minister van Financiën

