

Aan De Raad van Ministers
dtkv De Minister van Algemene Zaken
De heer E.Ph. Rhuggenaath
Fort Amsterdam z/n
Curaçao

Uw nummer 2019/023228 Uw brief van: 12 juni 2019 Ons nummer: 27062019.01 Willemstad, 27 juni 2019
(letter):
Onderwerp: Tegenstrijdig belang /onafhankelijkheid artikel 2.9
en 2.12 Code
Bijlage(n):

1 Inleiding

Middels besluit van de Raad van Ministers d.d. 12 juni 2019 met zaaknummer 2019/023228 ontvangen op 17 juni 2019 is de adviseur om advies gevraagd met betrekking tot de mogelijke niet onafhankelijkheid van een lid van de raad van commissarissen bij Curaçao Reninery Utilities B.V. (hierna: CRU) dan wel een mogelijk tegenstrijdig belang van een lid van de raad van commissaris bij de CRU.

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 aangaande 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.

Op onder andere 13 maart 2018 (nummer 1303201802) heeft de adviseur advies uitgebracht betreffende het voornemen tot het benoemen van een aantal leden van de raad van commissarissen van RdK waaronder het lid waaromtrent nu advies wordt gevraagd. Voornoemd advies moet voor zover van toepassing als integraal onderdeel worden gezien van dit advies.

2 Ontvangen en geraadpleegde documenten

- Besluit van de Raad van Ministers van 12 juni 2019 (zaaknummer: 2019/023228);
- Brief van 23 juni 2019 van de President Commissaris aan de aandeelhouder van RdK betreffende verzoek aan de SBTNO voor advies met betrekking tot onafhankelijkheid c.q. tegenstrijdig belang commissaris;
- Het advies van mr. S. Francisco OX & Wolf d.d. 12 maart 2019;
- Het vervolgadvis van mr. S. Francisco OX & Wolf d.d. 24 april 2019;
- Het verweer van [REDACTED] d.d. 14 mei 2019 (met begeleidende e-mail en bijlagen);
- Advies VanEps Kunneman Vandoorne d.d. 26 maart 2019 inzake second opinion mogelijke belangenverstrengeling lid RvC CRU B.V.;

- Advies VanEps Kunneman Vandoorne d.d. 8 april 2019 inzake second opinion mogelijke belangenverstrengeling lid RvC CRU B.V. deel 2;
- Verklaring commissaris d.d. 21-2-2018;
- Toelichting commissaris d.d. 9-6-2019;
- Reactie op respons advocaat Sueena Francisco;
- Statuten van RdK, laatstelijk gewijzigd op 8 mei 2012;
- Statuten van CRU laatstelijk gewijzigd op 27 oktober 2011;
- Online uittreksel van het Handelsregister van de Kamer van Koophandel van Curaçao van CRU van 26 juni 2019 en
- Online uittreksel van het Handelsregister van de Kamer van Koophandel van Curaçao van RdK van 26 juni 2019.

3 Melding aan de adviseur

In de brief van de President Commissaris d.d. 3 juni 2019 aan de aandeelhouder wordt onder andere het volgende gesteld:

“(…)

Op 23 januari 2019 ontving ik — in mijn hoedanigheid van voorzitter van de RvC van RdK en CRU — een melding van de interim bestuurder van RdK en CRU dat [REDACTED] — commissaris bij RdK en CRU — een zakelijke relatie onderhoudt met Air-fin Holding N.V. ("Air-fin"; zijnde een groepsmaatschappij binnen de Seven Seas Water Groep), een leverancier waarmee CRU een duurzame en significante relatie onderhoudt.

Uit hoofde van voornoemde zakelijke relatie zou [REDACTED] als adviseur van Air-fin deelnemen aan vergaderingen met vertegenwoordigers van CRU en namens Air-fin één van de geadresseerden zijn in correspondentie tussen CRU en Air-fin.

Bij navraag heeft [REDACTED] over deze relatie verklaard dat zijn werkzaamheden bestaan uit "assisting the Company [Air-fin] in the completion of its obligations related to the desalination projects on Curacao". Naar eigen zeggen van [REDACTED] betekent dit concreet het assisteren van Air-fin bij het nakomen van haar verplichtingen jegens RdK en CRU. De activiteiten zouden specifiek gericht zijn op het verlenen van assistentie bij technische aspecten.

Naar aanleiding van de melding van de interim bestuurder en de verklaringen [REDACTED] heeft de RvC een viertal juridische adviezen ingewonnen (deze zijn op verzoek beschikbaar) en is in de RvC gesproken over:

- i de vraag of de zakelijke relatie tussen (het bedrijf van) [REDACTED] en Air-fin kwalificeert als een afhankelijkheidsrelatie in de zin van artikel 2.9 van de Code Corporate Governance Curaçao (de "Code"). Uitgangspunt is immers dat een commissaris zijn taak moet kunnen vervullen onafhankelijk van de bij de onderneming betrokken deelbelangen; en
- ii de vraag of de zakelijke relatie tussen (het bedrijf van) [REDACTED] en Air-fin leidt tot een vorm dan wel schijn van tegenstrijdig belang van [REDACTED] binnen de RvC van CRU (en RdK) in de zin van artikel 2.13 van de Code. Denk hierbij aan de omstandigheid dat een beslissing van het bestuur van CRU ter goedkeuring wordt voorgelegd aan de RvC, terwijl deze beslissing ongunstig is voor Air-fin.

“(…)

Uit het schrijven blijkt ook dat er beheersmaatregel zijn getroffen in het kader van de belangenverstrengeling doch dat inmiddels aan (de overige leden van) de RvC is gebleken dat de Beheersmaatregelen (nagenoeg) niet uitvoerbaar zijn. Het voorgaande leidt ook tot structurele discussies binnen de RvC omtrent de schijn van belangenverstrengeling rondom de betreffende commissaris. Het voorgaande heeft binnen de RvC de vraag doen rijzen of er niet

alsnog althans wederom een onafhankelijkheidstoets van de commissaris op grond van artikel 2.9 van de Code dient plaats te vinden.

In dit kader heeft de President Commissaris de Minister verzocht om het voorgaande aan de adviseur ter toetsing voor te leggen.

De adviseur heeft in het verlenge van het gesteld in het schrijven van de President Commissaris de Minister op 19 juni 2019 verzocht om de adviseur alle onderliggende adviezen zoals vermeld in het schrijven van de President Commissaris te doen toekomen. De adviseur heeft de gevraagde documenten en adviezen middels mail van 20 en 21 juni 2019 mogen ontvangen.

Met betrekking tot de onafhankelijkheid en tegenstrijdige belangen vraagt de adviseur doorgaans de Minister zijn aandacht voor het feit dat conform de bepalingen van de Code Corporate Governance er geen sprake dient te zijn van belangenverstremgeling bij commissarissen (bestuursleden) van een overheidsentiteit, verwezen wordt naar artikel 2.12 van de Code. Tevens wijst de adviseur er doorgaans op dat iedere commissaris onafhankelijk dient te zijn conform het gestelde in artikel 2.9 van de Code. De adviseur brengt dan ook onder de aandacht van de Minister dat het in beginsel niet tot de taak van de adviseur behoort om het voorgaande te toetsen. Evenmin behoort het tot de taak van de adviseur om een integriteitstoets en/of antecedentenonderzoek te verrichten.

De kandidaten dienen voor het aanvaarden van hun benoemingen zelf aan te geven of er sprake is van belangenverstremgeling dan wel of zij voldoen aan de onafhankelijkheidscriteria zoals gesteld in voornoemde bepalingen. De adviseur kan immers niet op grond van een CV het voorgaande toetsen. Doch indien het de adviseur op grond van het gestelde in een CV van een kandidaat mocht blijken dat er sprake zou kunnen zijn van belangenverstremgeling dan wel afhankelijkheid dan zal de adviseur dit onder de aandacht van de Minister brengen en zo nodig aangeven dat er zwaarwegende bezwaren zijn tegen de benoeming dan wel dat er maatregelen dien te worden getroffen ten aanzien van het voorgaande.

Volledigheidshalve zij gesteld dat in het CV van de betreffende commissaris die de adviseur bij zijn melding als kandidaat commissaris had ontvangen er slechts vermeldt stond dat de kandidaat Managing director is van Refining Consulting N.V. vanaf 2008 tot heden. In de CV stond verder niet vermeld ten behoeve van welke entiteiten hij werkzaamheden verricht dan wel heeft verricht.

4 Code Corporate Governance

Met betrekking tot onafhankelijkheid is in artikel 2.9 van de Code onder andere het volgende gesteld:

De raad van commissarissen is zodanig samengesteld dat de commissarissen ten opzichte van elkaar, het bestuur en welk deelbelang dan ook onafhankelijk en kritisch kunnen opereren.

De commissaris die wordt benoemd op basis van een specifieke voordracht moet zijn taak vervullen zonder mandaat van degenen die hem hebben voorgedragen en onafhankelijk van bij de onderneming betrokken deelbelangen.

Een commissaris geldt als onafhankelijk, indien de hierna te noemen afhankelijkheidscriteria niet op hem van toepassing zijn.

Er zij vervolgens een 4-tal afhankelijkheidscriteria vermeld.

De wetgever heeft hier gekozen voor een negatieve formulering stellende dat een commissaris als onafhankelijk geldt indien de afhankelijkheidscriteria niet op hem van toepassing zijn. Met deze formulering kan niet gesteld worden dat de 4 genoemde afhankelijkheidscriteria een limitatieve opsomming zijn voor afhankelijkheid en dat in alle andere gevallen een commissaris als onafhankelijk geldt. Met deze bepaling is slechts gesteld dat in het bijzonder in de vier

genoemde gevallen een commissaris afhankelijk is. Niet kan worden gesteld dat de bedoeling van de wetgever was dat dit een limitatieve opsomming betreft.

Dat het geen limitatieve opsomming betreft blijkt immers uit de derde afhankelijkheidscriteria:

- in het jaar voorafgaande aan de benoeming een belangrijke zakelijke relatie met de vennootschap of een aan haar gelieerde vennootschap heeft gehad. Daaronder worden in ieder geval begrepen het geval dat de commissaris, of een kantoor waarvan hij aandeelhouder, vennoot, medewerker of adviseur is, is opgetreden als adviseur van de vennootschap (consultant, externe accountant, notaris en advocaat) en het geval dat de commissaris een bestuurder of medewerker is van een bankinstelling waarmee de vennootschap een duurzame en significante relatie onderhoudt;

De zakelijk relatie is hier niet limitatief opgesomd hetgeen blijkt uit de bewoording “in ieder geval” maar laat ruimte voor nadere invulling. Ook benadrukt de adviseur dat het hier gaat om een zakelijke relatie van het kantoor waar betrokkene werknemer of adviseur was in het jaar voorafgaande aan zijn benoeming dan wel vergelijkbare gevallen.

Het artikel van onafhankelijkheid dient niet geheel los gezien te worden van het artikel met betrekking tot tegenstrijdige belangen.

Met betrekking tot tegenstrijdige belangen is in artikel 2.12 van de Code onder andere het volgende gesteld:

Elke vorm en schijn van belangenverstremgeling tussen de vennootschap en commissarissen moet worden vermeden.

Een tegenstrijdig belang bestaat in ieder geval wanneer de vennootschap voornemens is een transactie aan te gaan met een rechtspersoon:

- waarin een commissaris persoonlijk een materieel financieel belang houdt,
- waarvan een bestuurslid een familierechtelijke verhouding heeft met een commissaris van de vennootschap;
- waarbij een commissaris van de vennootschap een bestuurs- of toezichthoudende functie vervult.

Voorts volgt uit artikel 2.12 dat een commissaris een (potentieel) tegenstrijdig belang dat van materiële betekenis is voor de vennootschap en/of voor de betreffende commissaris terstond meldt aan de voorzitter van de raad van commissarissen.

Aan de beoordeling van de raad van commissarissen of sprake is van een tegenstrijdig belang neemt de betreffende commissaris niet deel.

Een commissaris neemt niet deel aan de discussie en de besluitvorming over een onderwerp of transactie waarbij deze commissaris een tegenstrijdig belang heeft.

Uit het voorgaande blijkt dat het primair aan de raad van commissarissen is om te beoordelen of er sprake is van een tegenstrijdig belang. Indien de raad zulks oordeelt neemt een commissaris niet deel aan de discussie en de besluitvorming over dat onderwerp.

Ook dit artikel bevat geen limitatieve opsomming voor wat betreft de gevallen waarin er sprake is van tegenstrijdige belangen hetgeen volgt uit de woorden “in ieder geval”.

Benadrukt wordt dat het in dit artikel niet gaat om het feit of er daadwerkelijk sprake is van belangenverstremgeling maar reeds om het feit of er sprake is van een schijn van belangenverstremgeling en of er sprake is van een (potentieel) tegenstrijdig belang.

Op het moment dat deze schijn van belangenverstremgeling dan wel de mogelijkheid tot tegenstrijdig belang een permanent karakter krijgt, kan dit met zich mee brengen dat de betreffende commissaris aan nagenoeg geen enkele discussie of besluitvorming van de raad

van commissaris kan deel nemen. Gesteld zou dan kunnen worden dat zijn onafhankelijkheid dan ook in het gedrang komt.

Zoals reeds gesteld kunnen artikel 2.9 en 2.12 van de Code niet los van elkaar worden gezien. Artikel 2.9 heeft namelijk ook betrekking op belangenverstremgeling doch gaat het hier om in het bijzonder belangenverstremgelingen die een permanent of langdurig karakter hebben dan wel hadden en welke niet altijd gemitigeerd kunnen worden door geen deelname aan discussie en besluitvorming in de raad van commissarissen.

5 Toetsing onafhankelijkheid en tegenstrijdige belangen

Uit de het advies van mr. Fransisco d.d. 12 maart 2019 volgt dat de betreffende commissaris van RdK/CRU tevens adviseur van een bedrijf is waar CRU een directe zakelijke relatie mee heeft zijde "CRU-Vendor". Uit hoofde van de zakelijke relatie tussen CRU en de CRU-Vendor heeft CRU maandelijkse betalingsverplichtingen aan de CRU-Vendor. De betreffende commissaris treedt op als een externe adviseur van de CRU-Vendor en onderhoudt onder andere namens de CRU-Vendor contacten met CRU.

Uit de stukken blijkt dat CRU-Vendor geen vrijblijvende relatie heeft met CRU dan wel dat CRU-Vendor incidentele opdrachten verricht voor CRU maar dat er eerder sprake is van een duurzame relatie en langdurige overeenkomst in ieder geval tot 31 december 2019 zoals blijkt uit de toelichting van de betreffende commissaris. Met de overeenkomst tussen CRU-Vendor en CRU is kennelijk ook jaarlijks een aanzienlijk bedrag gemoeid.

Ook volgt uit de stukken dat de relatie dan wel de overeenkomst tussen de betrokken commissaris en CRU-Vendor een duurzaam karakter heeft.

Als lid van de raad van commissarissen heb je toegang tot alle informatie van de vennootschap op grond van de statutaire bepalingen waaronder artikel 17 lid 3 en lid 5 van de statuten van CRU.

Als lid van de raad van commissaris neem je ook deel aan beraadslaging over begroting, strategische documenten en jaarrekeningen van de vennootschap. Niet uitgesloten is dat beslissingen met betrekking tot CRU-Vendor onderdeel uit zullen maken van deze documenten dan wel discussies en beslissingen hieromtrent gelet op het duurzame karakter van de verhouding tussen CRU-Vendor en CRU.

De betreffende commissaris heeft zelf in een toelichting d.d. 9 juni 2019 aangegeven dat hij adviseur is van Air-Fin Holding N.V (CRU-Vendor) waarbij een mogelijk schijn van belangenverstremgeling kan ontstaan.

Zoals reeds gesteld bevat artikel 2.12 geen limitatieve opsomming met betrekking tot tegenstrijdige belangen en gaat het in artikel 2.12 reeds om de schijn dan wel de potentiële belangenverstremgeling.

Gezien het feit dat de betreffende commissaris een duurzame relatie heeft met CRU-Vendor en CRU-Vendor een duurzame verhouding heeft met CRU en het feit dat de commissaris in zijn hoedanigheid van adviseur van CRU-Vendor ook direct dan wel indirect betrokken is dan wel kan zijn bij aangelegenheden betreffende CRU kan niet anders gesteld worden dan dat er op zijn minst sprake is van een permanente schijn van belangenverstremgeling dan wel een aanzienlijke mogelijkheid tot tegenstrijdige belangen.

Het is immers ook niet uitgesloten dat de betreffende commissaris in zijn hoedanigheid van adviseur van CRU-Vendor ook contacten heeft met de bestuurders van CRU-Vendor.

De positie van de betreffende commissaris kan in het bijzonder in het gedrang komen op het moment dat CRU de overeenkomst met CRU-Vendor wenst op te zeggen, wijzigen dan wel verlengen. Dan wel op het moment dat er discussies en besprekingen plaatsvinden omtrent de uitvoering van de naleving van de overeenkomst.

Het voorgaande zou immers financiële en materiële gevolgen hebben voor CRU-Vendor waardoor ook positie van de betreffende commissaris als adviseur bij CRU-Vendor in het gedrang zou kunnen komen. Het voorgaande zou met zich meer kunnen brengen dat er niet slecht sprake is van een schijn dan wel potentieel belangenverstremgeling maar dat er betoogd kan worden dat er sprake is van daadwerkelijke belangenverstremgeling. In dit geval zou ook gesteld kunnen worden dat de onafhankelijkheid van de betreffende commissaris ernstig in het gedrang komt.

Voor wat betreft de onafhankelijkheid zij ook het volgende gesteld.

Onder het derde gedachtestreepje van artikel 2.9 met betrekking tot de onafhankelijkheid is het volgende gesteld:

- in het jaar voorafgaande aan de benoeming een belangrijke zakelijke relatie met de vennootschap of een aan haar gelieerde vennootschap heeft gehad. Daaronder worden in ieder geval begrepen het geval dat de commissaris, of een kantoor waarvan hij aandeelhouder, vennoot, medewerker of adviseur is, is opgetreden als adviseur van de vennootschap (consultant, externe accountant, notaris en advocaat) en het geval dat de commissaris een bestuurder of medewerker is van een bankinstelling waarmee de vennootschap een duurzame en significante relatie onderhoudt;

In casu gaat het om een relatie tussen CRU-Vendor en CRU. Het betreft hier dus geen relatie van enige gelieerde vennootschap. Gesteld kan worden dat het kantoor dan wel bedrijf (CRU-Vendor) waarbij de betreffende commissaris adviseur is in het jaar voorafgaande aan zijn benoeming en nog steeds een significante en duurzame zakelijke relatie heeft met CRU.

In casu treedt CRU-Vendor niet expliciet op als adviseur van CRU op doch wordt nogmaals benadrukt dat zoals reeds gesteld de opsomming in voornoemde bepaling niet limitatief.

In het verlengde van de opsomming in voornoemde bepaling kan betoogd worden dat de afhankelijkheidscriteria ook van toepassing is op de betreffende commissaris zijnde een permanente adviseur van CRU-Vendor die een duurzame en significante relatie met CRU onderhoudt.

Alles in beschouwing nemende kan geconcludeerd worden dat er in casu sprake is van zowel schijn van belangenverstremgeling alsmede potentieel tegenstrijdig belang welke mogelijkwijs frequent kan lijden tot daadwerkelijke tegenstrijdige belangen zoals gesteld in artikel 2.12 van de Code. Ook kan geconcludeerd worden dat gelet op de duurzame en significante relatie van de commissaris met CRU-Vendor alsmede de duurzame verhouding tussen CRU-Vendor en CRU de onafhankelijkheid van de commissaris in het gedrang komt.

Indien de adviseur bij het toetsen van de kandidaat kennis droeg van deze informatie zou de adviseur hebben aangegeven dat de benoeming van de kandidaat zou lijden tot schending dan wel mogelijke schending van artikel 2.9 en 2.12 van de Code en dat de adviseur zwaarwegende bezwaren zou hebben tegen de benoeming van de kandidaat.

De adviseur adviseert de Minister te bewerkstellingen dat voornoemde schendingen worden teniet gedaan. Benadrukt wordt dat het commissariaat bij CRU onlosmakelijk verbonden is aan die van RdK hetgeen inhoud dat het voorgaande ook consequenties heeft voor de positie van de betreffende commissaris bij RdK.



6 Conclusie en Advies

- De positie van de betreffende commissaris als permanente adviseur bij CRU-Vendor en commissaris bij CRU brengt met zich mee dat er sprake is van zowel schijn van belangenverstrengeling alsmede potentieel tegen tegenstrijdig belang welke mogelijkwerwijs geregeld kan lijden tot daadwerkelijke tegenstrijdige belangen zoals gesteld in artikel 2.12 van de code.
- Gelet op de duurzame relatie van de betreffende commissaris met CRU-Vendor en de duurzame en significante verhouding tussen CRU-Vendor en CRU komt de onafhankelijkheid van de commissaris ook in het gedrang.
- De Minister wordt geadviseerd te bewerkstellingen dat de schendingen van artikel 2.9 en 2.12 van de Code worden teniet gedaan.

SBTNO

De adviseur corporate governance

SBTNO website

cc. Minister van Financiën