

Aan De Raad van Ministers
dtkv De Minister van Verkeer, Vervoer
en Ruimtelijke Planning
Mevr. Zita Jesus-Leito
Berg Arrarat Perceel C
Alhier

Uw nummers 2018/016326 Uw brief van: 15 mei 2019 Ons nummer: 29052019.01 Willemstad, 29 mei 2019
(letters):

Onderwerp: Advies vrijwaring C-Post in zake duurtetoelag

Bijlage(n):

1 Inleiding

Middels besluit van de Raad van Ministers van 15 mei 2019 met zaaknummer 2018/016326 ontvangen op 16 mei 2019 heeft de SBTNO een verzoek om spoedadvies ontvangen. In het raadsbesluit staat echter niet vermeld waaromtrent advies wordt gevraagd.

Uit het bijgevoegd schrijven d.d. 27 februari 2019 van Wetgeving en Juridische Zaken (hierna: WJZ) met zaaknummer 2018/013626 kan de adviseur enigszins afleiden dat het verzoek betrekking zou kunnen hebben op de juridische interpretatie van het artikel 2.6.5 onder a, van de concessieovereenkomst tussen de openbare rechtspersoon Curaçao (Government) en Canada Post International Limited (CPIL) alsmede het verstrekken van enig verklaring van vrijwaring voor C-Post in verband met de "qualified opinion" gegeven door de externe accountant bij de controle van onder andere de jaarrekeningen 2012 t/m 2016 van C-Post International N.V. (hierna: C-Post).

De openbare rechtspersoon Land Curaçao is met inachtneming van artikel 4 van de Landsverordening corporate governance (P.B. 2014 no. 3), 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 als ook 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 de Code Corporate Governance en in de Verordening opgenomen bepalingen.

De Minister heeft met in achtneming van het voorgaande de adviseur benaderd met het verzoek om advies inzake het voorgaande.

2 Ontvangen en geraadpleegde relevante documenten

- Besluit van de Raad van Minister van 15 mei 2019 (zaaknummer: 2018/016326) ter fine van spoed advies;

- Advies WJZ d.d. 27 februari 2019 met zaaknummer 2018/016326 met als onderwerp Juridische uitleg van artikel 2.6.5 van de intussen beëindigde concessieovereenkomst tussen de overheid en CPIL.
- Brief APC d.d. 26 oktober 2018 met referentie AP AL-589/UP14550 met als onderwerp Duurtetoeslag NPNA;
- Advies WJZ d.d. 12 september 2018 met zaaknummer 2018/016326 met als onderwerp Brief van Small Trusted & Business Advisors inzake C-Post International N.V.;
- Brief van Small Trusted Legal & Business Advisors d.d. 16 april 2018 in zake C-Post International N.V.;
- Brief SMS Attorneys at Law d.d. 15 augustus 2012 betreffende advies vrijval voorziening duurtetoeslag;
- Brief SMS Attorneys at Law d.d. 28 augustus 2017 betreffende herbevestiging juridische advies d.d. 15 augustus 2012 ter zake vrijval voorziening duurtetoeslag;
- Aflossingsovereenkomst d.d. 22 september 2016;
- Concessieovereenkomst Land Nederlandse Antillen en Canada Post International Limited d.d. 12 november 2001;
- Uitspraak d.d. 6 juni 2016, AR 59672 van 2012 in de zaak APC tegen NPNA en NPNA tegen Land Curaçao;
- E-mail d.d. 30 augustus 2018 mevrouw H. van Rossum aan de SG van VVRP met betrekking tot vrijwaring C-Post inzake duurtetoeslag.

3 Diverse correspondenties en adviezen

3.1 Advies WJZ d.d. 22 februari 2019

Met betrekking tot een mogelijke vrijwaring en heling van de "qualified opinion" van de accountant stelt WJZ het volgende:

"(...)

Artikel 2.6.5. Existing Liabilities

- Subject to clause (b), Government agrees to indemnify and hold Operator CPIL, harmless with respect to all liabilities and obligations of Government / the Ministries/ PNA in connection with the postal and post banking services and Emerging Markets existing prior to the "Transfer Date".
- CPIL agrees to indemnify and hold Government harmless with respect to all damages arising during Phase 1, Planning and set-up Phase that are attributable to any act or omission of CPIL.

Het artikel in sub a, geeft korthedshalve onder andere aan, dat alle kosten in verband met de post en post bankdiensten en Emerging Markets voor de 'Transfer Date' ten laste van de overheid komen. Volgens de directie van C-Post International N.V. (C-Post), zou het vaststellen van de juridisch betekenis van het artikel ertoe leiden, dat de 'qualified opinion', gegeven door de externe accountant, over een bepaald onderwerp in de jaarverslagen van 2012, 2013, 2014, 2015 en 2016, zou worden geheeld.

De 'qualified opinion' gegeven door de externe accountant, zal naar de mening van WJZ echter door de juridische betekenis van voornoemd artikel niet worden geheeld. De handelingen van bestuurders in een vennootschap die hebben geleid tot een 'qualified opinion' in een jaarverslag, kunnen namelijk daardoor niet ongedaan worden gemaakt. Dit geldt des te meer in het onderhavige geval, nu de jaarverslagen sinds 2012 op verschillende andere gronden ook van een 'qualified opinion' zijn voorzien.

(...)"

Voorts stel WJZ in zijn advies dat een oordeel met beperking meestal gegeven wordt vanwege een beperking van de reikwijdte waarin de auditor niet in staat was om voldoende bewijsmateriaal te verzamelen voor verschillende aspecten van de financiële overzichten. Zonder voldoende verificatie van transacties, kan een goedkeurende mening niet worden

gegeven. Een oordeel met beperking is geschikt wanneer boekhoudkundige procedures niet in overeenstemming zijn met GAAP. Ontoereikende toelichtingen in de toelichtingen bij de financiële overzichten, schattingonzekerheden of het ontbreken van een overzicht van kasstromen zijn ook gronden voor een oordeel met beperking. Tevens stelt WJZ dat bij nader onderzoek bij een externe accountant, deze heeft aangegeven dat een 'qualified opinion' niet kan worden geheeld.

De concessieovereenkomst waar WJZ naar verwijst is getekend tussen het Land Nederlandse Antillen en Canada Post International Limited. De aandelen van NPNA zijn in 2008 weer door CIPL aan het Land Nederlandse Antillen overgedragen. Hiermee is de werking van de overeenkomst inmiddels ook komen te vervallen.

3.2 Advies WJZ d.d. 12 september 2018

Met betrekking tot de duurtetoeslag stelt WJZ het volgende:

“(…)

Mogelijke bevestiging van vrijwaring van C-Post uit hoofde van de duurtetoeslag.

Vooropgesteld moet worden dat de aflossingsovereenkomst d.d. 22 september 2016 op de betalingsregeling van de bedragen zoals bij vonnis d.d. 6 juni 2016 bepaald, ziet. Deze bedragen zijn exclusief het door APC aan duurtetoeslag uitgegeven bedrag. Het vrijwaren van C-Post ten aanzien van het onderhavige dient door APC plaats te vinden en niet door het Land.

Mogelijke bedragen inclusief duurtetoeslag waarop APC bij de overheid aanspraak zou kunnen maken, indien geïndexeerd, uitgesplitst per jaar, heeft plaatsgevonden en mits toestemming van het Land, zijn die bedragen die vanaf september 2016 bij het Land middels factuur kenbaar is gemaakt. Ziet u hiervoor artikel 5 van de aflossingsovereenkomst waarbij de schuldovername heeft plaatsgevonden. Voor deze periode hoeft C-Post, in principe, op grond van de overeenkomst, geen duurtetoeslag door te berekenen. Een specifieke verklaring door/namens het land als partij aangaande deze kwestie (middels landsbesluit conform artikel 33 van de Staatsregeling) vanaf september 2016 is derhalve niet nodig, maar kan alsnog, indien u erop staat, op uw verzoek worden opgesteld en aan de Raad van Ministers ter goedkeuring worden voorgelegd.

(…)”

3.3 Brief van Small Trusted Legal & Business Advisors d.d. 16 april 2018

In het schrijven van Small wordt onder andere het volgende gesteld met betrekking tot de duurtetoeslag:

“(…)”

CPIL aandeelhouder in NPNA

Op 12 november 2001 is tussen de overheid van de Nederlandse Antillen en Canadian Post International Limited [hierna: "CPIL"] een concessieovereenkomst gesloten [hierna: "de Concessieovereenkomst"] Op grond van de Concessieovereenkomst was het CPIL toegestaan om vanaf 1 mei 2003 de postale activiteiten op de Nederlandse Antillen te verrichten. In dat kader heeft CPIL op 10 januari 2003 de rechtspersoon NPNA opgericht voor de uitvoering van de postale activiteiten in de voormalige Nederlandse Antillen. In de Concessieovereenkomst is in artikel 2.6.5 een bepaling opgenomen waarin hoofdzakelijk is aangegeven dat de Overheid van de Nederlandse Antillen de Operator CPIL vrijwaart ten aanzien van alle schulden en verplichtingen van het Gouvernement, de Ministeries en PNA in verband met de postale dienstverlening tot aan 1 mei 2003. In dit verband heeft NPNA in haar jaarrekening over 2006 ten aanzien van de duurtetoeslag in de toelichting bij de balans- en verliesrekening, onder andere, opgenomen dat op grond van de Concessieovereenkomst de overheid aansprakelijk is voor alle pensioenverplichtingen opgebouwd vóór de transitiedatum van 1 mei 2003. Op

grond hiervan heeft het Management van NPNA — dat mede werd aangestuurd vanuit CPIL — ook in de jaarrekening 2006 van NPNA geen voorziening gevormd voor de duurtetoeslag.

Overdracht aandelen NPNA aan de overheid

Op 3 april 2008 zijn middels een overeenkomst van aandelenoverdracht de aandelen gehouden in NPNA door CPIL overgedragen aan de overheid van de Nederlandse Antillen. Na de overdracht van de aandelen van NPNA in 2008 aan de overheid van de Nederlandse Antillen heeft het (nieuwe) bestuur van NPNA bij de samenstelling van de jaarrekening over het jaar 2007 en 2008 besloten om op basis van het voorzichtigheidsbeginsel met terugwerkende kracht een voorziening duurtetoeslag te vormen. Dit aangezien het in die periode van de samenstelling van de jaarrekeningen 2007 en 2008 van NPNA het voor het bestuur van NPNA onvoldoende duidelijk was voor wiens rekening de opbouw van de duurtetoeslag diende te komen. In dat verband heeft NPNA op 31 maart 2010 door Buck Consultants N.V. een rapport laten uitbrengen ten aanzien van, onder andere, de hoogte van de verplichting van de duurtetoeslag per 30 april 2003 zijnde de voornoemde transitiedatum. In dit verband is in de jaarrekeningen 2007 en 2008 een voorziening duurtetoeslag opgenomen.

(...)"

"(...)

Gelet op de materialiteit van deze specifieke post voor de financiële cijfers in de jaarrekening en de vermeende onzekerheid met betrekking tot de vraag of de verplichting voor duurtetoeslag (7 voor rekening van C-Post is, verlangt de Externe Accountant een bevestiging zijdens het land Curaçao dat C-Post op grond van het bovenstaande gevrijwaard is van enig verplichting uit hoofde van de duurtetoeslag.

Het is algemeen bekend dat het onderwerp "Duurtetoeslag" thans zeer actueel is bij een aantal overheidsentiteiten en dat er zelfs gerechtelijke procedures in gang gezet schijnen te zijn. Het moge echter op grond van het vorenstaande duidelijk zijn dat deze materie bij C-Post anders ligt dan bij overige overheidsvennootschappen.

De noodzaak voor het elimineren van deze onzekerheid met betrekking tot de duurtetoeslag bij C-Post klemt des te meer nu de Externe Accountant aangeeft dat de kwestie sinds de jaarrekening 2012 speelt en dat het risico eminent is dat deze kwestie thans qua gewicht verandert van "basis for qualified opinion" naar "basis for disqualification" met alle negatieve gevolgen van dien voor de jaarrekening van C-Post. Het moge duidelijk zijn dat dit laatste voor alle betrokkenen zeer ongewenst is en derhalve vermeden moet worden.

(...)"

Uit voorgaande adviezen dan wel brieven kan de adviseur het volgende afleiden.

- C-Post wil voorkomen dat ook in de volgende jaarrekeningen de account een verklaring geeft met "qualified opinion" dan wel zelfs "disqualification".
- C-Post is van mening dat dit voorkomen zou kunnen worden indien C-Post door het Land gevrijwaard wordt van enige verplichting uit hoofde van duurtetoeslag.
- WJZ stelt dat een 'qualified opinion' van een accountant niet kan worden geheeld.
- WJZ stelt dat het vrijwaren van C-Post ten aanzien van de duurtetoeslag door APC dient plaats te vinden en niet door het Land.
- Het Management van NPNA — dat mede werd aangestuurd vanuit CPIL — heeft in de jaarrekening 2006 van NPNA geen voorziening gevormd voor de duurtetoeslag.
- In de jaarrekeningen NPNA voor de jaren 2007 en 2008 is er wel een voorziening opgenomen voor duurtetoeslag.
- In de jaarrekening 2012 en volgende is deze voorziening vrij komen te vallen.
- De aflossingsovereenkomst tussen C-Post, APC en Land Curaçao heeft geen betrekking op de duurtetoeslag.

4 Wettelijke regelingen en jurisprudentie

4.1 De relevante wettelijke regelingen

Duurtetoeslagregeling gepensioneerden 1943 (PB 1943, no. 77)

Artikel 3

1. De duurtetoeslag wordt bij beschikking van den Gouverneur vastgesteld en tegelijk met de inkomsten, waarover hij is berekend, uitbetaald.
2. De jaarlijks aan de gepensioneerden uitgekeerde duurtetoelagen en kindertoelagen komen ten behoeve van het Algemeen Pensioenfonds van de Nederlandse Antillen ten laste van de geldmiddelen van de Nederlandse Antillen, de eilandgebieden en de krachtens artikel 2, derde lid, van de Pensioenverordening Burgerlijke Landsdienaren 1938 aangewezen rechtspersonen. De bedragen zijn, onderscheiden per gepensioneerde, verschuldigd door het lichaam dat als laatste aan het desbetreffende gepensioneerde ontslag heeft verleend uit een betrekking, waarvan de tijd gedurende welke deze betrekking bestond, als diensttijd in aanmerking kwam.

De Landsverordening verhoging leeftijdsgrens 1996 (PB 1995, no. 230)

Artikel XVIII

1. Met de uitvoering van dit hoofdstuk is belast het Algemeen Pensioenfonds van de Nederlandse Antillen.
2. De uitkering komt ten laste van de rechtspersoon waarbij de belanghebbende in dienst was totdat hem ontslag werd verleend.
3. Een rechtspersoon als bedoeld in het tweede lid, betaalt maandelijks de ten laste van haar komende uitkering over de voorafgaande kalendermaand aan het Algemeen Pensioenfonds van de Nederlandse Antillen.
4. De artikelen 70 tot en met 72 van de Pensioenlandsverordening zijn van overeenkomstige toepassing.

De Pensioenlandsverordening overheidsdienaren (PB 2013, no. 27 GT)

In de hierna volgende tekst zijn niet de wijzigingen verwerkt van PB 2015, no. 78.

Artikel 5

1. In deze landsverordening worden onder overheidsdienaren tevens verstaan de werknemers in dienst van een rechtspersoon die, gelet op zijn doelstelling en zijn financiële verhouding tot het Land, bij besluit is aangewezen als lichaam waarvan het personeel overheidsdienaar in de zin van deze landsverordening is. Nadere criteria voor de aanwijzing van een zodanige rechtspersoon kunnen bij landsbesluit, houdende algemene maatregelen, worden vastgesteld.
2. Een aanwijzing geschiedt uitsluitend op verzoek van hetzij de betrokken rechtspersoon, hetzij een centrale of andere organisatie van werknemers die naar het oordeel van de Gouverneur voldoende representatief is voor de werknemers van de betrokken rechtspersoon. ...

Artikel 70

Het bestuur is bevoegd

- a. de invorderingskosten van de door een lichaam aan het fonds verschuldigde bedragen ten laste van dat lichaam te brengen
- b. de kosten van het ter plaatse doen vaststellen van de vereiste gegevens ten laste van een lichaam te brengen, indien het betrokken lichaam geen of een onvolledige opgave heeft gedaan van gegevens die het bij of krachtens deze landsverordening verplicht is te verstrekken.



4.2 Jurisprudentie

ECLI:NL:OGECAC:2017:221 d.d. 06-11-2017, Zaaknummer AR 77524/2016

UTS, Antelecom tegen APC

“(…)

Het geschil

3.1.

UTS c.s. vorderen, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, samengevat het volgende:

1. een verklaring voor recht dat voor de vordering van APC op UTS voor wat betreft de duurtetoeslag en de VUT geen grondslag bestaat;
2. een verklaring voor recht dat voor de vordering van APC op Antelecom voor wat betreft de duurtetoeslag en de VUT geen grondslag bestaat;
3. een verklaring voor recht dat de door Antelecom betaalde bedragen ter zake de duurtetoeslag en de VUT onverschuldigd aan APC zijn betaald;
4. een verklaring voor recht dat, indien UTS dan wel Antelecom voor wat betreft de VUT-regeling wel tot betaling aan APC gehouden is, dit niet geldt voor uitkeringen aan personen die na 31 december 1995 55 zijn geworden, en dat voor zover in dat verband betalingen zijn gedaan die betalingen onverschuldigd zijn verricht;
5. met veroordeling van APC in de proceskosten.

3.2.

APC voert verweer en concludeert tot afwijzing van de vorderingen, met veroordeling van UTS c.s. in de proceskosten, te vermeerderen met de wettelijke rente, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

Met betrekking tot de duurtetoeslag heeft het gerecht als volgt geoordeeld onder rechtsoverweging 4.7.: Tegen de achtergrond van het overwogene in 4.5 en 4.6 acht het Gerecht het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat UTS thans een beroep doet op het ontbreken van een wettelijke grondslag voor het voldoen van de kosten voor de duurtetoeslag en de VUT. Dit zou mogelijk anders zijn geweest als UTS feitelijk zou hebben gehandeld overeenkomstig haar thans ingenomen standpunt, door bijvoorbeeld voor de betrokken werknemers een andere pensioenvoorziening in het leven te roepen en in dat kader de nodige betalingen te doen. Daarvan is echter geen sprake. Zij gaat er onverminderd van uit dat haar werknemers recht hebben op een APC-pensioen, zij draagt ook de eigenlijke pensioenpremies af aan APC, maar ten aanzien van de financiering van de duurtetoeslag en de VUT stelt zij zich thans op het standpunt dat APC daarvoor niet bij haar moet aankloppen. Dit standpunt kan in de gegeven omstandigheden niet in rechte worden aanvaard.

(…)”

ECLI:NL: OGEAC:2017:80 d.d 12-06-2017 AR 68436/2014

Selikor tegen APC

“(…)

2 De vorderingen

2.1.

APC vordert na vermeerdering van eis de veroordeling van Selikor:

- tot betaling aan haar van het bedrag van NAF 2.701.632,18 wegens tot en met 30 september 2015 verschuldigde duurtetoeslagen, alsmede tot betaling van de duurtetoeslagen die na 30 september 2015 tot en met de datum van het in deze te wijzen vonnis verschuldigd zullen zijn,

te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de respectieve vervaldata;

- tot betaling aan haar van het bedrag van NAF 39.810,77 wegens tot en met 30 september 2015 verschuldigde VUT uitkeringen, alsmede tot betaling van de VUT uitkeringen die na 30 september 2015 tot en met de datum van het in deze te wijzen vonnis verschuldigd zullen zijn, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de respectieve vervaldata.

Daarnaast vordert APC 15% invorderingskosten.

2.2.

APC legt daaraan – kort samengevat – het volgende ten grondslag. De vorderingen met betrekking tot de duurttoeslagen zijn gebaseerd op het bepaalde in artikel 103 lid 1 van de Pensioenlandsverordening Overheidsdienaren (PB 2013, no. 27 GT) in verbinding met artikel 3 lid 2 Duurttoeslagregeling Gepensioneerden 1943 (PB 1943, no. 77). De vorderingen met betrekking tot de VUT uitkeringen zijn gebaseerd op het bepaalde in artikel XVIII lid 2 van de Landsverordening verhoging leeftijdsgrens (PB 1995, no. 230).

Met betrekking tot de duurttoeslag heeft het gerecht als volgt geoordeeld onder 7.1. en volgende:

Selikor heeft dit verweer onderbouwd met de stelling dat de omstandigheid dat APC op grond van de Landsverordening APNA (PB 1997, no. 311) met de uitvoering van de landsverordening is belast, nog niet betekent dat zij ook bevoegd is de duurttoeslag te innen.

Dit verweer overtuigt niet.

7.2.

Daartoe dient in de eerste plaats dat de duurttoeslag de hoogte van de door APC te betalen pensioen mede bepaalt. Dan ligt voor de hand om aan te nemen dat de aan APC met betrekking tot de pensioenen opgedragen taken en bevoegdheden, zich ook uitstrekken tot de duurttoeslagen.

Dit ligt ook besloten in artikel 3 lid 2 van de Duurttoeslagregeling 1943. Dit artikel bepaalt (sinds PB 1995, no. 17) dat de jaarlijks aan de gepensioneerden uitgekeerde duurttoeslagen (...) ten behoeve van het Algemeen Pensioenfonds van de Nederlandse Antillen ten laste komen van de geldmiddelen van de Nederlandse Antillen, de eilandgebieden en de (...) aangewezen rechtspersonen. Niet goed voorstelbaar is dat de wetgever het APC belast met de uitbetaling van duurttoeslagen die ten laste komen van anderen en APC gelijktijdig het recht onthoudt deze aan hem verschuldigde duurttoeslagen bij nalatige schuldenaren te mogen innen. Van deze beperking is niet gebleken.

7.3.

De slotsom is dan ook dat het APC bevoegd is de rechtmatig door haar betaalde duurttoeslagen in rechte te vorderen.

(...)”

5 Duurttoeslag en vrijwaring

Conform *artikel XVIII lid 2 van de Landsverordening verhoging leeftijdsgrens 1996* (PB 1995, no. 230) komen de uitkering ten laste van de rechtspersoon waarbij de belanghebbende in dienst was totdat hem ontslag werd verleend. Het derde lid van voornoemd artikel stelt dat een rechtspersoon als bedoeld in het tweede lid, maandelijks de ten laste van haar komende uitkeringen over de voorafgaande kalendermaand aan het Algemeen Pensioenfonds van de Nederlandse Antillen betaalt.

Conform artikel 3 lid 2 Duurttoeslagregeling gepensioneerden 1943 (PB 1943, no. 77) komen de jaarlijks aan de gepensioneerden uitgekeerde duurttoeslagen en kindertoelagen ten behoeve van het Algemeen Pensioenfonds van de Nederlandse Antillen ten laste van de geldmiddelen van de Nederlandse Antillen, de eilandgebieden en de krachtens artikel 2, derde lid, van de Pensioenverordening Burgerlijke Landsdienaren 1938 aangewezen rechtspersonen. De bedragen zijn, onderscheiden per gepensioneerde, verschuldigd door het lichaam dat als laatste aan het desbetreffende gepensioneerde ontslag heeft verleend uit een betrekking, waarvan de tijd gedurende welke deze betrekking bestond, als diensttijd in aanmerking kwam.

Vornoemde wettelijke bepalingen brengen derhalve met zich mee dat de rechtspersoon waarbij

De gepensioneerde als laatste werkzaam was voor zijn pensionering de bedragen van de duurtetoeslag verschuldigd zijn aan APC. Er ontstaat derhalve pas een (maandelijkse) vordering van de APC op de rechtspersoon op het moment dat de gepensioneerde in aanmerking komt voor pensioen en duurtetoeslag. Indien bijvoorbeeld een werknemer voor zijn pensionering komt te overlijden zal er nimmer een vordering ontstaan.

Het (nieuwe) bestuur van NPNA heeft bij de samenstelling van de jaarrekening over het jaar 2007 en 2008 besloten om op basis van het voorzichtigheidsbeginsel met terugwerkende kracht een voorziening duurtetoeslag te vormen. Dit aangezien het in die periode van de samenstelling van de jaarrekeningen 2007 en 2008 van NPNA het voor het bestuur van NPNA onvoldoende duidelijk was voor wiens rekening de opbouw van de duurtetoeslag diende te komen. In dat verband heeft NPNA op 31 maart 2010 door Buck Consultants N.V. een rapport laten uitbrengen ten aanzien van, onder andere, de hoogte van de verplichting van de duurtetoeslag per 30 april 2003 zijnde de voornoemde transitiedatum. In dit verband is in de jaarrekeningen 2007 en 2008 een voorziening duurtetoeslag opgenomen.

APC heeft echter in de zaak AR 59672 van 2012, uitspraak d.d. 6 juni 2018 geen betaling van duurtetoeslag gevorderd. De aflossingsovereenkomst van 22 september 2016 tussen APC, C-Post en Land Curaçao naar aanleiding van voornoemd uitspraak bevat ook geen voorziening met betrekking tot duurtetoeslag. In het schrijven van APC van 26 oktober 2018 stelt APC dat ten tijde van de rechtszaak NPNA geen openstaande schuld uit hoofde van duurtetoeslag had bij APC reden waarom dit niet gevorderd was in de rechtszaak.

Gelet op het voorgaande is het de vraag of er ten tijde van het afsluiten van de concessieovereenkomst tussen het Land Nederlandse Antillen en CPIL op 12 november 2001 enige vordering was met betrekking tot duurtetoeslag. Ook is het de vraag of gedurende de looptijd van de Concessie welke op 3 april 2008 is komen te vervallen een vordering van APC op C-Post dan wel NPNA met betrekking tot duurtetoeslag is ontstaan.

Voor zoverre er bij de totstandkoming van de concessieovereenkomst geen vorderingen waren voor de transactiedatum zoals gesteld in de concessieovereenkomst, kan niet gesteld worden dat het Land Nederlandse Antillen en nu het Land Curaçao als rechtsopvolger van het Land Nederlandse Antillen in deze de C-Post dient te vrijwaren op grond van artikel 2.6.5 van de concessieovereenkomst. Voor zover er sprake was van enige vordering dan zou slechts CPIL gevrijwaard dienen te worden.

Nu de concessieovereenkomst is komen te vervallen en uit het schrijven van APC van 26 oktober 2018 blijkt dat er geen openstaande vorderingen zijn, valt niet in te zien op grond waarvan het Land Curaçao de C-Post dient te vrijwaren, voor zoverre het Land hiertoe verplicht zou zijn. Uit het schrijven van APC van 26 oktober 2018 blijkt zelfs dat NPNA een vordering op APC had.

Zoals ook reeds gesteld, volgt uit de wettelijke bepalingen dat de rechtspersoon waarbij een gepensioneerde als laatste werkzaam is, gehouden is de duurtetoeslag te betalen. Het voorgaande blijkt ook uit de twee rechterlijke uitspraken AR 77524/2016 UTS, Antelecom tegen APC en AR 68436/2014 Selikor tegen APC.

Dat de duurtetoeslag voor vele rechtspersonen tot problemen en onduidelijkheden kan leiden is ook gebleken ten tijde van de verkoop van de aandelen van UTS N.V. De overheid heeft daar in de transactie besloten om geheel onverplicht de gehele bestaande vorderingen en toekomstige vordering in zake duurtetoeslag te betalen uit de verkoop opbrengsten.

In de jaarrekeningen 2007 en 2008 van NPNA is kennelijk een voorziening duurtetoeslag opgenomen. Gelet op een schrijven van APC van 6 juni 2016 waarin gesteld was dat er geen duurtetoeslag meer gevorderd werd is de voorziening voor de duurtetoeslag voor de periode voor 2003 vrij komen te vallen en verwerkt in de jaarrekening 2012 zoals gesteld in het schrijven van Small d.d. 16 april 2018.

Een rechtspersoon kan op twee manieren zorgdragen voor de betaling van duurtetoeslag. Een rechtspersoon kan reeds jaarlijks voorzieningen treffen voor de toekomstige betaling van duurtetoeslagen om te voorkomen dat de kosten van duurtetoeslag geheel ten laste komen van het lopend kalenderjaar. Een rechtspersoon kan er ook voor kiezen om geen voorzieningen te treffen voor de duurtetoeslag en dit geheel als kosten op te nemen in het lopend kalenderjaar waarin de vordering ontstaat.

In de stukken heeft de adviseur niet de jaarrekening van NPNA dan wel C-Post mogen aantreffen. Het is voor de adviseur dan ook niet geheel duidelijk waarom de accountant bij de controle van de jaarrekening verklaring met “qualified opinion” heeft gegeven. Uit het advies van WJZ blijkt dat de “qualified opinion” niet slechts gerelateerd was aan de duurtetoeslag.

6 Conclusie en Advies

- Conform de wettelijke bepalingen volgt dat de rechtspersoon waarbij een gepensioneerde als laatste werkzaam is, gehouden is de duurtetoeslag te betalen. Het voorgaande blijkt ook uit jurisprudentie.
- Vorderingen in zake duurtetoeslag ontstaan pas bij pensionering van een werknemer.
- C-Post dan wel NPNA hebben hadden tot en met oktober 2018 geen openstaande vordering in zake duurtetoeslag bij APC.
- Artikel 2.6.5 van de concessieovereenkomst had geen betrekking op duurtetoeslag.
- De concessieovereenkomst is sinds 2008 geëindigd de daarin vervatte bepalingen hebben dan ook geen werking meer.
- De concessieovereenkomst brengt geen verplichtingen met zich mee voor het Land Curaçao om NPNA dan wel C-Post te vrijwaren voor vorderingen inzake duurtetoeslag.
- Nergens blijkt uit dat een vrijwaring door het Land van de C-Post dan wel NPNA er toe zal leiden dat de account geen verklaring zal afgeven met een “qualified opinion”.
- Het is aan C-Post dan wel NPNA om met hun accountant tot overeenstemming te geraken wat er gedaan dient te worden dan wel nodig is om een “qualified opinion” in de toekomst te voorkomen.
- De minister is niet gehouden enige vrijwaring inzake duurtetoeslag te verstrekken.

SBTNO

De adviseur corporate governance

cc. Minister-President
Minister van Financiën