

Aan de Raad van Ministers
dtkv de Minister van Algemene Zaken
de heer G. Schotte
Fort Amsterdam z/n
Alhier

Uw nummer (letter): 2012/041302 Uw brief van: 18 juli 2012 Ons nummer: 23072012.1 Willemstad, 23 juli 2012

Onderwerp: Besluit Raad van Ministers inzake advies en Afd: benoeming directeur SSC

Bijlagen:

Heden 23 juli 2012 heeft de adviseur een afschrift mogen ontvangen van stukno. 2012/041302 bevattende het besluit van de Raad van Ministers (RvM) d.d. 18 juli 2012 inzake de benoeming van een directeur van de S.S.C.

1. Besluit van de Raad van Ministers

Het besluit van de RvM luidt als volgt:

“Akkoord met de reactie d.d. 17 juli 2012 van het bestuur van de Stichting Studiefinanciering Curacao (SSC). Gezien de motivering en onderbouwing van bijgaande reactie wordt alsnog overgegaan tot benoeming van mevrouw M. de Freitas tot directeur van de Stichting Studiefinanciering Curacao”

Artikel 9, vijfde lid van de Verordening corporate governance stelt het volgende:

Indien wordt afgeweken van een advies van de adviseur corporate governance waarin geconstateerd wordt dat er tegen een voornemen als bedoeld in het eerste lid, zwaarwegende bezwaren zijn, meldt de Regering dal we Raad van Ministers dit terstond schriftelijk en gemotiveerd aan de adviseur corporate governance.

Tot nu toe heeft de Regering dan wel de Raad van Ministers in gevallen dat is afgeweken van enig advies van de adviseur, dit terstond schriftelijk en gemotiveerd middels een door een door de Minister-president dan wel de Minister van Algemene Zaken ondertekend schrijven namens de Regering gemeld aan de adviseur.

Gelet op het voorgaande en het gestelde in artikel 9 van de Verordening beschouwd de adviseur het afschrift van het besluit met de bijgevoegde opmerkingen d.d. 17 juli 2012 van het bestuur van de S.S.C. ten aanzien van de conclusie van de adviseur, niet als een schriftelijke en gemotiveerde melding van de Regering dan wel Raad van Ministers aan de adviseur in verband met de afwijking van de Regering dan wel de Raad van Ministers van het advies van de adviseur d.d. 6 juli 2012.

Uit het afschrift blijkt niet of de Regering dan wel de Raad van Ministers integraal achter de opmerkingen staat van het bestuur dan wel hun opmerkingen volledig heeft overgenomen en dat hetgeen vervat in het schrijven van het bestuur van de S.S.C. gezien moet worden als de schriftelijke motivering van de Regering dan wel de Raad van Ministers.

Het voorgaande komt de adviseur ook onwaarschijnlijk voor. Conform het derde lid van artikel 3 van de Verordening bewerkstelligt de Regering dan wel de Raad van Ministers, voor zoveel als mogelijk is, dat de overheidsentiteiten de principes en bepalingen van de Code naleven. Indien de Regering dan wel de Raad van Ministers het commentaar van het bestuur zou overnemen dan handelt de Regering dan wel de Raad van Ministers niet in overeenstemming met voornoemde bepaling van de wet. De Raad van Ministers dan wel de Regering behoort er immers op toe te zien dat de wet- en regelgeving worden nageleefd.

Het is gelet op het voorgaande niet aan het bestuur om te motiveren waarom het advies van de adviseur niet door de Regering dan wel de Raad van Ministers gevolgd moet worden. De wet dan wel de Verordening corporate governance bepaald dat de Regering dan wel de Raad van Ministers de afwijking moet motiveren en melden. De Regering dan wel de Raad van Ministers heeft hierin een onafhankelijke rol, daar de Regering dan wel de Raad van Ministers juist moeten bewerkstelligen dat de overheidsentiteiten dan wel de besturen en Raad van Commissarissen van deze entiteiten de wet- en regelgeving naleven dan wel handelen conform de principes van Good Corporate Governance. Het is aan de Raad van Ministers dan wel de Regering om toezicht te houden op de overheidsentiteiten en de taak van de adviseur om in dit kader advies uit te brengen m.b.t. de naleving van de wettelijke voorschriften dan wel de Code en principes van Good corporate governance.

2. Commentaar op opmerkingen S.S.C.

Voor wat betreft de opmerkingen van het bestuur van de S.S.C. zij o.a. het volgende opgemerkt.

Het bestuur gaat met hun commentaar zoals gesteld onder 1 sub a geheel voorbij aan het feit dat het in casu om een wettelijk voorgeschreven procedure gaat zoals vervat in artikel 8 van de verordening. Deze voorschriften zijn er juist om te waarborgen dat conform een deugdelijke en transparante werving- en selectieprocedure de meest geschiktste kandidaat voor de functie wordt geworven, e.e.a. conform de principes van Good Corporate Governance dan wel de Code Corporate Governance. Conform de principes van Good Corporate Governance dient zulks een werving en selectie middels een open sollicitatieprocedure te geschieden ter waarborging van transparantie en om de mogelijkheid te creëren de meest geschiktste kandidaat voor een functie te werven.

Onder 1 sub b stelt het bestuur geheel ten onrechte dat de artikelen 4.2 en 4.3 niet van toepassing zouden zijn, daar het in casu niet om een bestuurder dan wel lid van de Raad van Commissarissen gaat maar om werknemers. Het bestuur gaat er ten onrechte blijkbaar nog steeds van uit dat een (statutair) directeur een werknemer is. Dit is onjuist en niet in overeenstemming met het gestelde in het BW, de Code en de Verordening. Verwezen wordt naar artikel 1 sub c van de Verordening waarin gesteld is dat onder een bestuurder ook de statutair directeur wordt verstaan. De artikelen 4.2 en 4.3 zijn derhalve integraal van toepassing t.a.v. de te benoemen directeur van de S.S.C. dan wel de procedure om deze te werven.

Onder 1 sub d stelt het bestuur dat om de schijn van belangenverstremgeling weg te nemen zij de werving en selectie aan een onafhankelijke selectiecommissie hebben opgedragen. Benadrukt wordt dat het instellen van de Commissie de schijn van belangenverstremgeling dan wel belangenverstremgeling niet weg neemt.

De belangenverstremgeling dan wel de schijn hiervan is immers tot stand gekomen door het besluit van het bestuur (waarbij kennelijk ook de voorzitter aanwezig was) om zich zelf dan wel de bestuursleden zelf als interne kandidaten te beschouwen. Zij hebben zichzelf hiermee in een bevoorrechte positie geplaatst t.o.v. derden die niet konden solliciteren omdat het geen open sollicitatie was. Door dit besluit is ook iedere mogelijke “concurrentie” voor de interne kandidaten inclusief bestuursleden uitgeschakeld. Een derde met wellicht meer kennis en ervaring is hiermee a-prior uitgesloten.

De deugdelijkheid en transparantie is door zulks een beknotte procedure juist niet gewaarborgd hetgeen in strijd is met de Code en Verordening.

Ook de verwijzing van het bestuur naar het vermeende feit dat de overheid als beleid zou hebben om eerst intern te werven dan extern en dat dit met de vakbonden zou zijn overeengekomen is onjuist.

Het beleid van de overheid voor wat betreft top-kader dan wel directeuren en hetgeen afgesproken is met de vakbonden is juist dat voor deze functie een open sollicitatieprocedure dient plaats te vinden ondersteund door een onafhankelijk deskundige en waarbij een assessment onderdeel vormt van de procedure. Ook voor overheidsentiteiten heeft de Regering dan wel de Raad van Ministers conform de hiervoor vastgestelde TOR werving- en selectieprocedure voor directeuren een open sollicitatieprocedure voorgeschreven. De door het bestuur van S.S.C. gehanteerde procedure is derhalve niet overeenkomstig het beleid van de overheid zoals zij willen doen voorkomen.

Ook het gestelde onder punt 1 sub f zijnde een stelling alsof het de bedoeling zou zijn van Corporate Governance om taken en verantwoordelijkheden van het bestuur over te hevelen naar de Minister en andere entiteiten is onjuist. De regels van Corporate governance zijn wettelijk verankerd en dienen te worden nageleefd. Deze regels beperken, in tegenstelling tot wat het bestuur stelt, juist de inmenging van een Minister dan wel andere entiteiten. Wel brengt de wet- en regelgeving met zich mee dat de Minister dan wel Raad van Ministers en de Adviseur gehouden zijn toezicht te houden op de entiteiten en te bewerkstelligen dat de wet- en regelgeving worden nageleefd. De stelling van het bestuur dat in casu een “advies” slechts een advies is doet voorkomen alsof het advies van de adviseur zomaar terzijde kan worden gelegd door de Regering dan wel de Raad van Minister. Wellicht ontgaat het bestuur dat de adviseur een bij wet ingestelde dan wel genoemde organisatie is die conform de wettelijke bepalingen advies uitbrengt. Afwijken van deze adviezen kan niet zomaar, maar dient deugdelijk gemotiveerd te geschieden met in achtname van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In het bijzonder in die gevallen waarin de adviseur wijst op het niet in acht nemen van wettelijke bepalingen en procedures kan niet zondermeer van het advies van de adviseur worden afgeweken daar dit tevens een schending van wettelijke bepalingen kan inhouden.

De adviseur verwijst in dit kader naar artikel 21 BW

Artikel 21

1. Een besluit van een orgaan van de rechtspersoon dat in strijd is met de wet of de statuten is nietig, tenzij iets anders uit de wet voortvloeit.
2. Nietig is ook een besluit indien een door dit boek of de statuten voorgeschreven quorum, meerderheid, voorstel, voordracht of machtiging ontbreekt. Nietig is voorts een besluit zolang een door dit boek of de statuten voorgeschreven goedkeuring van een ander orgaan ontbreekt.
3. Een besluit van een orgaan van de rechtspersoon is vernietigbaar op vordering van iemand die een redelijk belang heeft bij naleving van het voorschrift dat niet is nageleefd wegens:
 - a. onverminderd het bepaalde in het tweede lid, strijd met bepalingen van de wet of de statuten, die de totstandkoming van besluiten regelen;
 - b. strijd met de redelijkheid en billijkheid die door artikel 7 wordt geëist;
 - c. strijd met een reglement;
 - d. strijd met een vennootschappelijke overeenkomst als bedoeld in het derde lid van de artikelen 127 en 227.

4. De bevoegdheid om vernietiging van een besluit te vorderen, vervalt zes maanden na het einde van de dag waarop, hetzij aan het besluit voldoende bekendheid is gegeven, hetzij de belanghebbende van het besluit kennis heeft genomen of daarvan is verwittigd.

Een besluit dat niet is genomen met inachtneming van de wet, statuten dan wel voorschriften is conform voornoemd artikel nietig dan wel vernietigbaar.

Gelet hierop dient een bestuur, de Raad van Commissarissen, de Regering dan wel Raad van Ministers de nodige voorzichtigheid te betrachten bij het afwijken van een advies van de adviseur en de afwijking deugdelijk te motiveren met in achtname van alle wettelijke en statutaire bepalingen alsmede geldende voorschriften.

Ook het gestelde onder punt 1 sub g is niet in overeenstemming met de Code dan wel Good Corporate Governance. Het bestuur stelt dat de benoeming van een lid in de commissie namens de Minister ten doel had de participatie van de Minister in het proces te garanderen en dat hiermee gehandeld is in de geest van de huidige statuten. Het bestuur verliest hierbij kennelijk uit het oog dat de huidige statuten in strijd zijn met de verordeningen en de Code die juist beogen de participatie en inmenging van Ministers in processen bij overheidsentiteiten te beperken.

3. Slot

Voor zover het in de bedoeling van de Regering heeft gelegen om de opmerkingen dan wel de motivering van het bestuur van S.S.C. over te nemen als de motivering van de Regering dan wel de Raad van Ministers om af te wijken van het advies van de adviseur zij als slot het volgende gesteld.

1. Gelet op het feit dat de Regering dan wel de Raad van Ministers conform artikel 3 derde lid dient te bewerkstelligen dat de overheidsentiteiten de principes en bepalingen van de code naleven, dient de Regering dan wel de Raad van Ministers in beginsel onafhankelijk van het bestuur dan wel Raad van Commissarissen hun afwijking van het advies van de adviseur te motiveren. De adviseur ziet, voor zover de Regering dan wel de Raad van Ministers het besluit van 18 juli onverkort wenst te handhaven, conform het gestelde in artikel 9 lid 5 de schriftelijke en gemotiveerde melding van de Regering dan wel de Raad van Ministers tegemoet ter publicatie.
2. Met betrekking tot de werving- en selectieprocedure voor bestuurders/directeuren wordt de Regering dan wel de Raad van Ministers verzocht aan te geven of er een beleidswijziging heeft plaatsgevonden en of het beleid t.a.v. een open en transparante werving- en selectie zoals vervat in de door de Raad van Ministers vastgestelde TOR voor werving- en selectie van directeuren al dan niet meer van toepassing is.

De SBTNO
adviseur corporate governance

cc. Minister van Financiën