

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 2020/047732 Uw brief van: 21 december 2020 Ons nummer: 20012021.01 Willemstad, 20 januari 2021
(letters):

Onderwerp: Verplichting om statuten te wijzigen conform
corporate governance code, Kadaster
(Art. 4 P.B. 2014, no. 3 (GT))

Bijlage(n):

1 Grondslag

De openbare rechtspersoon Curaçao is met inachtneming van artikel 4 van de Landsverordening corporate governance (P.B. 2014, no. 3 (G.T.)), een schriftelijke overeenkomst 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.

Conform artikel 10 van de Landsverordening corporate governance dient indien door of namens de verantwoordelijke minister wordt beslist of meebeslist over het ontslag van een bestuurder of commissaris de verantwoordelijke Minister het voornemen tot ontslag schriftelijk en gemotiveerd aan de adviseur corporate governance te melden.

In overeenstemming met het tweede lid van artikel 10 van de Landsverordening corporate governance dient de adviseur aan de Minister zijn advies te doen toekomen over de vraag of het voorgenomen ontslag voldoet aan de toepasselijke regels, de Code Corporate Governance en aan de statuten van de stichting en over de vraag of de stichting op grond van de voor het voorgenomen ontslag aangevoerde argumenten in redelijkheid tot een ontslag kan komen. In het advies geeft de adviseur corporate governance gemotiveerd aan of er al dan niet zwaarwegende bezwaren zijn tegen het voorgenomen ontslag en of er al dan niet in redelijkheid tot het voorgenomen ontslag kan worden gekomen.

Met in achtneming van voorgaande bepalingen heeft de Minister van Verkeer, Vervoer en Ruimtelijke Planning (hierna: de Minister) de adviseur benadert middels schrijven d.d. 21 december 2020 met zaaknummer 2020/047732 ontvangen op 30 december 2020 met het adviesverzoek met betrekking tot het stilzitten van het bestuur van stichting Kadaster en openbare registers Curaçao (hierna: Kadaster) om statuten te wijzigen conform corporate governance code en de mogelijk hieraan verbonden gevolgen.

2 Verplichting aanpassen statuten

In het schrijven van 21 december 2020 stelt de Minister onder andere het volgende:

“(…)

Hierbij wordt u benaderd met het verzoek om advies. Het gaat om de vraag of het bestuur in zijn geheel kan worden ontslagen op grond van het feit dat zij niet meewerkt aan de verplichting van de Minister om ervoor te zorgen dat de statuten van de Stichting Kadaster en Openbare Registers Curaçao kunnen worden aangepast.

De voorzitter van het bestuur van de Stichting Kadaster en Openbare Registers Curaçao stelt zich op het standpunt dat zij bezwaren hebben tegen het wijzigen van de huidige statuten naar de model-statuten, omdat de rechtspositie van het dagelijks bestuur in dier voege zal gaan wijzigen dat hij een overeenkomst van opdracht zal moeten aangaan.

(…)”

Ter onderbouwing van het verzoek verwijst de Minister naar de bepalingen van de Code en stelt dat in de Code corporate governance het volgende staat opgenomen m.b.t. de statuten van een overheidsentiteit:

“De statuten van de vennootschappen en stichtingen dienen 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”

Voorts stelt de Minister dat in de Code wordt uitgegaan van de structuur waarin naast het bestuur een aparte raad van commissarissen functioneert en dat het bestuur en de raad van commissarissen verantwoordelijk zijn voor de corporate governance structuur van de vennootschap alsook de naleving van de bepalingen van deze Code en de Vennootschappen als mede dat zij al het mogelijke moeten doen om zo spoedig mogelijk aan de principes en bepalingen van de Code te voldoen.

Het gestelde in het schrijven van de Minister dat de bepalingen van de Code tevens van toepassing zijn voor een Stichting vloeit ook voort uit de Code.

De Minister vervolgt door het volgende te stellen:

“(…)

Het ongewijzigd laten van de statuten druist in tegen hetgeen in de corporate governance code is bepaald.

De statuten hadden als sinds 2009 aangepast moeten worden. In de Corporate governance code is een overgangsregeling opgenomen:

“Teneinde het bestuur in de gelegenheid te stellen om bij de introductie van deze Code zijn taakvervulling nader in lijn te brengen met de bepalingen van deze Code alsook om in verband met die introductie een zorgvuldige aanpassing van de contractuele bepalingen ten aanzien van bestuursleden mogelijk te maken, zal in dit kader een overgangsregeling gelden waarbij de bij de introductie bestaande benoemingen onaangetaast zullen blijven totdat de op dat moment lopende zittingstermijnen van die bestuurders eindigen dan wel totdat er uit anderen hoofde sprake is van een wijziging in de samenstelling van het bestuur. Bij die overgangsregeling geldt ook dat de vigerende bepalingen aangaande de huidige bestuurders gehonoreerd dienen te worden.

Aldus is een overgangsregeling opgenomen voor het dagelijks bestuur en zijn er aldus geen enkele juridische bezwaren die in de weg staan om de statuten aan te passen.

(…)”

Het hier gestelde door de Minister is niet onjuist. Niet staat er alleen in de Code vervat dat de statuten moeten worden aangepast, maar vloeit het voorgaande ook voort uit artikel 12 lid 2 van A.B. 2009, no. 92 de Eilandsverordening Corporate governance, thans Landsverordening Corporate Governance. Dit artikel staat niet meer in de geldende tekst P.B. 2014, no. 3 (GT)) daar hieraan reeds had moeten zijn voldaan. Dit brengt niet met zich mee dat de entiteiten die hier binnen de gestelde termijn niet aan hebben voldaan hier niet alsnog aan moeten voldoen.

Artikel 12 lid 2 A.B. 2009 no.98 stelde immers:

Voor zover de toepassing van artikel 3, derde lid (in het artikel stond per abuis tweede lid vermeld), verband houdt met de wijziging van de statuten van een vennootschap of stichting, mag in zeer uitzonderlijke gevallen, gehoord de adviseur corporate governance, tot uiterlijk zes maanden na de inwerkingtreding van deze eilandsverordening worden afgeweken van de in die bepaling geregelde verplichting.

Met in achtneming van voornoemd artikel behoorde de Minister (toen het Bestuurscollege) te bewerkstelligen dat alle entiteiten vallende onder de Landsverordening binnen 6 maanden na de inwerkingtreding van de Landsverordening hun statuten in overeenstemming hadden gebracht met het gestelde in de Code.

In het verlengde hiervan heeft het Land in het jaar 2011 modelstatuten opgesteld voor zowel de stichtingen als de vennootschappen vallende onder de Landsverordening. Deze modelstatuten zijn destijds ook aan alle entiteiten voorgelegd voor commentaar alsmede voor de nodige aanpassingen die voor ieder entiteit noodzakelijk was. Verwezen wordt onder andere naar het schrijven van de Minister van Algemene Zaken van 24 juni 2011 zaaknummer 2011/36915.

Ook Kadaster was in de gelegenheid gesteld om op het ontwerp "statutenwijziging" te reageren hetgeen Kadaster ook heeft gedaan middels schrijven van 16 mei 2011 met kenmerk 20110393.

De Minister-President heeft middels schrijven d.d. 12 maart 2013 met zaaknummer 2013/14700 de overheidsentiteiten ook verzocht om de profielschetsen voor de leden van de raad van commissarissen op te stellen.

Het feit dat Kadaster nadien zijn statuten nog niet had aangepast, was reden voor de adviseur om in verschillende adviezen waaronder die van 13 juni 2012, 17 november 2014, 5 juni 2015, 14 september 2008 en 28 september 2018 de Minister te adviseren om te bewerkstelligen dat de statuten van Kadaster alsnog in overeenstemming werd gebracht met de Code dan wel de modelstatuten overheidsstichtingen alsmede dat Kadaster een profielschets opstelt voor hun raad van commissarissen.

De adviseur heeft de Ministers middels schrijven d.d. 22 juni 2020 no. 22062020.01 wederom expliciet gewezen op de verplichting om te bewerkstellingen dat de statuten van overheidsentiteiten worden aangepast en dat profielschetsen worden opgesteld.

Dat de Minister thans wenst te bewerkstellingen dat de statuten van Kadaster wordt aangepast is derhalve in overeenstemming met de uit de Landsverordening en Code voortvloeiende verplichtingen voor de Minister en de stichting.

3 Ontslag bestuursleden

3.1 Wettelijk kader

In het slot van het schrijven van de Minister stelt de Minister dat om deze reden de adviseur ingevolge artikel 10 van de Landsverordening corporate governance benaderd wordt om haar van advies te voorzien over het voornemen om het bestuur, inclusief het dagelijks bestuur te

ontslaan, in het geval het bestuur op haar standpunt blijft staan dat zij niet wenst mee te werken aan een statutenwijziging.

Conform artikel 4 lid 2 van de statuten van Kadaster worden de leden van het bestuur benoemd, geschorst en ontslagen door het Bestuurscollege (thans de Minister).

Conform het tweede lid van artikel 10 van de Landsverordening doet de adviseur aan de Minister zijn advies toekomen over de vraag of het voorgenomen ontslag voldoet aan de toepasselijke regels, de Code en aan de statuten van de vennootschap/stichting en over de vraag of de betreffende vennootschap/stichting (in casu de Minister als orgaan van de stichting) op grond van de voor het voorgenomen ontslag aangevoerde argumenten in redelijkheid tot een ontslag kan komen. In het advies geeft de adviseur corporate governance gemotiveerd aan of er al dan niet zwaarwegende bezwaren zijn tegen het voorgenomen ontslag en of er al dan niet in redelijkheid tot het voorgenomen ontslag kan worden gekomen.

In overeenstemming met artikel 7 Boek 2 BW moet een rechtspersoon en degene die krachtens de wet of de statuten bij zijn organisatie betrokken zijn, zich als zodanig jegens elkander gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Een tussen hen krachtens de wet, gewoonte, statuten, reglement, besluit of overeenkomst geldende regel of beslissing is niet van toepassing voor zo ver dat in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. In het licht van dit artikel alsmede de principes van corporate governance dient indien er sprake is van een voornemen tot ontslag van een commissaris of bestuurslid de betreffende commissaris/bestuurslid te worden gehoord ten aanzien van het voorgenomen ontslag.

De Code heeft als uitgangspunt dat de overheidsentiteit een lange termijn samenwerkingsverband is van de diverse bij de overheidsentiteit betrokken partijen, daaruit volgt onder meer dat het aftreden van een commissaris in beginsel volgens een rooster van aftreden moet geschieden (artikel 2.10 Code). Desalniettemin stelt artikel 2.11 van de Code dat tussentijds aftreden van een commissaris geboden kan zijn bij onvoldoende functioneren, structurele onenigheid van inzichten, onverenigbaarheid van belangen of indien zijn integriteit in het geding is. Bij de beoordeling of deze situatie zich voordoet, is niet alleen het oordeel van de betrokken commissaris van betekenis. In het bijzonder de voorzitter van de raad van commissarissen dient in deze situaties waar nodig een actieve rol spelen. De voorzitter (en indien het in casu de voorzitter betreft de vice-voorzitter) van de raad van commissarissen, zal na interne discussie in de raad van commissarissen, de algemene vergadering van aandeelhouders (bij stichtingen de Minister) op de hoogte stellen ingeval zich een situatie voordoet als bedoeld in de eerste zin van dit punt, opdat de algemene vergadering van aandeelhouders (de Minister) zich een oordeel kan vormen over mogelijk te nemen maatregelen.

3.2 Ontslagprocedure en gronden

Alvorens tot het ontslag van een of meerdere bestuursleden kan worden overgegaan dient de betreffende bestuurslid dan wel leden te worden gehoord met betrekking tot het voornemen tot ontslag. Om te kunnen beoordelen of de Minister op grond van de voor het voorgenomen ontslag aangevoerde punten dan wel argumenten in redelijkheid tot ontslag van de bestuursleden kan overgaan, is het van belang dat de adviseur tevens beschikt over het verweer van de betreffende bestuursleden met betrekking tot de gronden voor het voorgenomen ontslag. Het proces van hoor en wederhoor dient dus te hebben plaatsgevonden en deze stukken dienen tevens aan de adviseur te worden overlegd.

Om in redelijkheid tot een ontslag te kunnen komen moet immers onder andere vast komen te staan dat een handelen dan wel nalaten van een bestuurslid in strijd is met de statuten, wet- en regelgeving waaronder de Code of dat dat door dit handelen dan wel nalaten van een bestuurslid de belangen van stichting niet in voldoende mate gewaarborgd worden dan wel

behartigd worden dan wel dat de stichting hierdoor schade heeft geleden dan wel kan lijden. Hierbij dient tevens rekening te worden gehouden met de “comply or explain” beginsel zoals vervat in artikel 4.5 van de Code.

Alle overheidsentiteiten waaronder ook Kadaster hadden zoals gesteld reeds sinds 2010 conform de Landsverordening, de Code en het beleid van de overheid hun statuten in overeenstemming moeten brengen met de Code dan wel de modelstatuten voor stichtingen. In het verlengde hiervan had het bestuur ook een profielschets moeten opstellen voor de raad van commissarissen.

Conform artikel 9 van de statuten van Kadaster wordt de stichting in en buiten rechten vertegenwoordigd door het bestuur en in het bijzonder door de voorzitter en de secretaris in gezamenlijkheid. Conform artikel 14 is het bestuur bevoegd de statuten te wijzigen na vooraf verkregen goedkeuring van het Bestuurscollege (de Minister).

Gesteld kan worden dat het bestuur dan wel de bestuursleden van Kadaster sinds 2010 bevoegd en gehouden waren om de statuten van Kadaster in overeenstemming te brengen met de Code dan wel de modelstatuten overheidsstichtingen conform het beleid van de overheid en het gestelde in artikel 12 van A.B. 2009, no. 92. Gezien het feit dat het hier een Stichting betreft die opgericht is door het Land (Eilandgebied) ter uitvoering van taken van het Land zou tevens nog betoogd kunnen worden dat de Stichting gehouden is het beleid van het Land te volgen. Onverlet het feit dat het bestuur reeds uit eigen beweging alles in het werk had moeten stellen om de statuten van Kadaster in overeenstemming te brengen met de Code is het echter ook de vraag in hoeverre de Minister heeft trachten te bewerkstelligen dat het bestuur de statuten wijzigt.

Indien het bestuur dit heeft nagelaten had de Minister de verplichting om conform artikel 3 derde lid van de Landsverordening Corporate Governance te bewerkstelligen dat de Code wordt nageleefd.

Indien de Minister al het mogelijk heeft gedaan om te bewerkstelligen dat een stichting dan wel het bestuur van een stichting de Code naleeft dan wel zijn statuten in overeenstemming brengt met de Code en de stichting heeft dit nagelaten dan wel geweigerd dit te doen, dan zou gesteld kunnen worden dat een tussentijdsaftreden van het bestuur dan wel bestuursleden geboden is conform artikel 2.11 van de Code zijnde dat er sprake is van onvoldoende functioneren daar niet gehandeld is conform de wettelijke bepaling artikel 12 A.B. 2009 no. 92 dan wel het gestelde in de Code. Tevens zou gesteld kunnen worden dat het bestuur het beleid van de overheid met betrekking tot statutenwijzing niet genoegzaam in acht heeft genomen en dat er sprake is van structurele onenigheid van inzichten tussen de Minister dan wel het Land en in casu de stichting.

Echter gezien het feit dat de Regering van wel de Ministers hebben nagelaten, om bij verschillende stichtingen ondanks het aandringen van de adviseur, genoegzaam te bewerkstelligen dat deze stichtingen hun statuten aanpassen, zal de Minister indien een stichting zijn statuten nog niet heeft aangepast dan wel profielschetsen nog niet heeft opgesteld dit alsnog dienen te doen alvorens te kunnen stellen dat de bestuurders niet bereid zijn te handelen conform de Landsverordening, de Code dan wel het beleid van de overheid. Mocht een bestuur nadat de Minister al het mogelijke in werk heeft gesteld om het bestuur ertoe te bewegen om te handelen in overeenstemming met de Landsverordening, de Code dan wel het beleid van de overheid na laten dit te doen dan zou de Minister gemotiveerd met in achtname van artikel 2.11 van de Code en artikel 10 van de Landsverordening het proces in gang kunnen zetten om de bestuurders te ontslaan.

Benadrukt wordt dat zoals reeds eerder gesteld de bestuursleden ten aanzien van het voornemen tot ontslag dienen te worden gehoord.

4 Conclusie en Advies

- Alle overheidsentiteiten vallende onder de Landsverordening Corporate Governance waren gehouden om reeds binnen 6 maanden na de inwerkingtreding van de Eilandsverordening A.B. 2009 no. 92. hun statuten in overeenstemming te brengen met de raad van commissarissen model en een bepaling in de statuten op te nemen om de Code van toepassing te verklaren, dan wel hun statuten te wijzigen conform de modelstatuten voor overheidsstichtingen conform het beleid van de overheid.
- Alle overheidsentiteiten vallende onder de Landsverordening Corporate Governance waren ook gehouden om profielschetsen op te stellen voor de raad van commissarissen.
- De Regering dan wel Ministers hebben de overheidsentiteiten in het verleden reeds gewezen op de verplichting om hun statuten aan de passen en profielschetsen op te stellen, doch is dit niet genoegzaam gebeurt.
- De adviseur heeft de Regering en Ministers in verschillende adviezen telkenmale gewezen op de verplichting om de bewerkstelligen dat de overheidsentiteiten de bepalingen van de Code naleven en in het bijzonder dat de statuten worden aangepast conform de modelstatuten voor overheidsstichtingen en dat de profielschetsen voor de raad van commissarissen worden opgesteld.
- Het niet naleven van de Code door bestuursleden dan wel het niet in overeenstemming van de statuten brengen met de Code dan wel de modelstatuten voor overheidsstichtingen conform het beleid van de overheid kan een grondslag zijn voor het tussentijds aftreden conform artikel 2.11.
- De Minister wordt geadviseerd om alvorens over te gaan tot het voornemen van ontslag van de bestuurder zoals gesteld in het schrijven van 21 december 2020 eerst nogmaals al het mogelijke te doen om te bewerkstelligen dat Kadaster haar statuten in overeenstemming brengt met het gestelde in de Code dan wel met de Modelstatuten conform het beleid van de overheid.
- De Minister wordt geadviseerd om indien de Minister voornemens is om over te gaan tot het ontslag van de bestuursleden, de bestuursleden deugdelijk te horen ten aanzien van dit voornemen.
- Het voornemen tot ontslag dient vervolgens met in achtneming van artikel 10 van de Landsverordening deugdelijk gemotiveerd met alle onderliggende documenten aan de adviseur te worden gemeld.

SBTNO
De adviseur corporate governance

Cc Minister President
Minister van Financiën