

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

Uw nummer 2019/007260 Uw brief van: 13 maart 2019 Ons nummer: 22032019.01 Willemstad, 22 maart 2019
(letter):
Onderwerp: Voornemen tot vervreemding aandelen UTS N.V.
(art. 7 PB 2014, no. 3 (GT))
Bijlage(n):

1 Inleiding

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

Bij besluit van de Raad van Ministers van 13 maart 2019 met zaaknummer 2019/007260, ontvangen op 13 maart 2019 is de Raad van Minister akkoord gegaan met het aanmelden aan de adviseur corporate governance, t.w. SBTNO, van het voornemen van het Land om de aandelen van de overheidsvennootschap United Telecommunication Services N.V. (UTS) over te dragen aan Cable & Wireless Curaçao Holding B.V.

De Minister van Verkeer, Vervoer en Ruimtelijke Planning (hierna: de Minister) heeft het voornemen tot het vervreemden van alle aandelen van UTS schriftelijk en gemotiveerd aan de adviseur gemeld middels schrijven van 13 maart 2019 met zaaknummer 2019/007260. Dit verzoek omvat kennelijk niet slechts de vervreemding van aandelen van UTS maar tevens het direct dan wel indirect verkrijgen van aandelen van dochterondernemingen van UTS alsmede de vervreemding van de door UTS gehouden deelnemingen in bepaalde dochterondernemingen van UTS.

In overeenstemming met artikel 7 van de Landsverordening dient de verantwoordelijke Minister een voornemen om aandelen of certificaten van aandelen te vervreemden of bezwaren, schriftelijk en gemotiveerd aan de adviseur corporate governance (hierna: de adviseur) te melden. Binnen 4 weken na ontvangst van de melding, doet de adviseur corporate governance, de Minister schriftelijk zijn advies toekomen inzake de vervreemding of bezwaring van aandelen of certificaten van aandelen. In het advies geeft de adviseur aan of het algemeen belang van Curaçao zich al dan niet verzet tegen de vervreemding of bezwaring.

Indien de adviseur corporate governance van oordeel is dat het algemeen belang van Curaçao zich verzet tegen de voorgenomen vervreemding of bezwaring van aandelen of certificaten van aandelen, meldt hij dit gemotiveerd in het advies.

Volledigheidshalve zij gesteld dat het gaat om een marginale toetsing van de adviseur

2 Ontvangen en geraadpleegde documenten

- Besluit Raad van Ministers van 13 maart 2019 met zaaknummer 2019/007260 met de melding van het voornemen van het Land om de aandelen van UTS over te dragen aan Cable & Wireless Curaçao Holding B.V.;
- Share Purchase Agreement (hierna: SPA) by and among Cable & Wireless Curaçao Holding B.V., United Telecommunication Services N.V. and The Country of Curaçao dated as of March 7, 2019;
- Brief van de Minister van Verkeer, Vervoer en Ruimtelijke Planning (hierna: de Minister) d.d. 13 maart 2019 met zaaknummer 2019/007260 met als onderwerp Melding levering van aandelen UTS en deelnemingen;
- Written resolution of the general meeting of shareholders of UTS d.d. 8 maart 2019;
- Brief d.d. 20 februari 2019 van the Corporate Governance Council Sint Maarten;
- Landsbesluit van 3 september no. 18/2670 ter instelling van de Commissie Privatisering UTS, "Landsbesluit uitvoeringsstructuur Privatisering UTS";
- Ministeriele beschikking van 19 september 2018 no. 2018/042706 ter benoeming van de leden van de Commissie Privatisering UTS;
- Rapport Fase 1 en Fase 2 d.d. 13 november 2018 Commissie Privatisering UTS;
- Rapport Fase 3 en Fase 4 d.d. 10 januari 2019 Commissie Privatisering UTS;
- Rapport Fase 6 d.d. 16 februari 2019 Commissie Privatisering UTS;
- Rapport Fase 6 d.d. 14 maart 2019 Commissie Privatisering UTS
- Advies van Wetgeving en Juridische Zaken d.d. 11 februari 2019 met zaaknummer 2019/004428 met als onderwerp: Procedure overdracht aandelen land Curaçao in UTS;
- Advies van Wetgeving en Juridische Zaken met zaaknummer 2019/001751 met als onderwerp: Kwijtschelding schulden Koper UTS N.V.
- Advies van Wetgeving en Juridische Zaken d.d. 22 februari 2019 met zaaknummer 2019/004430 met als onderwerp: Share Purchase Agreement UTS N.V.;
- Advies van Wetgeving en Juridische Zaken d.d. 11 maart 2019 met zaaknummer 2019/007994 met als onderwerp nader advies Share Purchase Agreement;
- Advies Ministerie van Financiën d.d. 19 februari 2019 met als onderwerp: Conclusie Commissie Privatisering UTS;
- Advies Ministerie van Financiën d.d. 27 februari 2019 zaaknummer 2019/007984 met als onderwerp: Conclusie Commissie Privatisering UTS;
- Advies Ministerie van Financiën d.d. 28 februari 2019 zaaknummer 2019/008093 met als onderwerp: UTS-resoluties buiten vergadering;
- Advies Ministerie van Financiën d.d. 6 maart 2019 zaaknummer 2019/8487 met als onderwerp: Verkoop aandelen UTS;
- Advies Ministerie van Financiën d.d. 12 maart 2019 zaaknummer 2019/9605 met als onderwerp Advies n.a.v. betalingsovereenkomst tussen BTP, UTS en Land;
- Advies Ministerie van Financiën d.d. 13 maart 2019 zaaknummer 2019/9699 met als onderwerp: Escrow agreement UTS;
- Advies Ministerie van Financiën d.d. 13 maart 2019 zaaknummer 2019/9697 met als onderwerp: Share Purchase Agreement UTS;

- Brief Bureau Telecommunicatie en Post d.d. 13 maart 2019 met kenmerk BT2019/DIR-137 met als onderwerp: Advies Share Purchase Agreement betreffende verkoop aandelen in UTS;
- Brief Bureau Telecommunicatie en Post d.d. 15 februari 2019 met kenmerk BT2019/DIR-099 met als onderwerp: Advies stukken inzake strategische partner UTS;
- Brief Bureau Telecommunicatie en Post d.d. 3 december 2018 met kenmerk BT2018/DIR-579 met als onderwerp: Potentiele consequenties strategische partner UTS;
- Statuten van UTS, laatstelijk gewijzigd op 26 maart 1999; en
- Online uittreksel van het Handelsregister van de Kamer van Koophandel van Curaçao van UTS van 20 maart 2019.

3 Melding aan de adviseur

Voorafgaande aan de formele melding heeft de adviseur reeds ter voorbereiding diverse stukken en informatie van het Ministerie van Verkeer, Vervoer en Ruimtelijke Planning (hierna: het Ministerie) mogen ontvangen. De adviseur heeft toen ook voorlopig aangegeven welke documenten en informatie de adviseur ten behoeve van het uitbrengen van een advies dient te ontvangen. De adviseur heeft ook gevraagd of de commissie een eindrapport had opgesteld en heeft te kennen gekregen dat Rapport Fase 6 d.d. 16 februari 2019 het laatste rapport is van de commissie.

De Minister heeft het voornemen tot het vervreemden van alle aandelen van UTS schriftelijk en gemotiveerd aan de adviseur gemeld middels schrijven van 13 maart 2019 met zaaknummer 2019/007260 vergezeld van onder andere de adviezen van Wetgeving en Juridische Zaken (hierna: WJZ) en het Ministerie van Financiën. In het schrijven van de Minister is kort samengevat onder andere het volgende gesteld:

Als aandeelhouder heeft het land Curaçao belang bij de continuïteit van haar ondernemingen. De financiële problemen waarmee UTS en haar dochterondernemingen te kampen hebben, is niet onbekend. Door het bestuur zijn maatregelen genomen om de kosten te bezuinigen, zoals het afvloeien van personeel. Ook is de huidige financiële situatie van dien aard dat kapitaal van buiten nodig is om de continuïteit van de onderneming van UTS te borgen en om de concurrentiekracht van vorenbedoelde onderneming te bevorderen. De investeringen die nodig zijn, zijn enorm (tussen ANG. 50-75 miljoen). Het land Curaçao is als aandeelhouder echter niet in staat om, gezien de huidige precaire financiële situatie, de nodige investeringen te kunnen doen, waardoor er gereede kans bestaat dat de onderneming van UTS door de felle concurrentie haar bestaansrecht zal verliezen.

In eerste instantie was de gedachte dat (een deel van) de aandelen in handen zouden blijven van het land en dat een investeerder zou kunnen worden gevonden die bereid zou zijn in UTS te investeren door middel van samenwerking (strategic partnership). Zoals hierna zal blijken, was deze bereidheid er op een gegeven moment niet meer en is het proces omgezet in het leveren van alle aandelen aan een derde, waarmee het proces tot het vinden van een strategische partner was opgestart.

De Staten heeft in de vergadering van 9 december 2014 een motie aangenomen waarin de wens is geuit om op zoek te gaan naar een strategische partner voor UTS. Voor het vinden van een strategische partner is een selectieprocedure doorlopen door UTS. Deze procedure is opgestart nadat de Raad van Ministers bij besluit d.d. 9 maart 2016 (2015/057715) akkoord is gegaan met de notitie "Selectie Strategische partner United Telecommunications (UTS)".

De gevolgde procedure voor het aantrekken van een strategische partner, is in hoofdlijnen beschreven in het bijgevoegde rapport (rapport fase 1 en 2) van de "Commissie Privatisering UTS". Het proces was opgestart om een strategische partner te vinden. Twee partijen hebben een indicatief bod gedaan. Het proces is door UTS en Broadspan doorlopen.

Door de regering is bij Landsbesluit d.d. 3 september 2018 (POVO nr. 2018/037708) de "Commissie Privatisering UTS" (de "commissie") ingesteld. De taken van de commissie zijn in vorenbedoeld Landsbesluit opgenomen. De commissie heeft als taak om onderzoek te verrichten naar een mogelijk overdracht van aandelen door de openbare rechtspersoon land Curaçao aan een derde. Bij voldoende interesse van een of meer gegadigden zal de commissie onderhandelen over de voorwaarden voor de overdracht van de aandelen.

De commissie heeft een werkplan opgesteld die uit 6 fasen bestaat:

1. Nulmeting informatievoorziening bij aanvang werkzaamheden en optellen stappenplan;
2. Validering aanbestedingstraject en formele besluitvorming (governance) voorafgaand aan instelling commissie;
3. Validering methodologie waardering UTS;
4. Risicoanalyse beoogde transactie;
5.
 - a. gesprekken/onderhandelingen met stakeholders geïdentificeerd in fase 4 en
 - b. onderhandelingen met potentiële strategische partner/koper. Het resultaat van deze fase is het concept Share Purchase Agreement ("SPA");
6. Finale rapportage en presentatie aan Stuurgroep;

Sinds april 2018 zijn er uitsluitend gesprekken gevoerd met Liberty Latin America Limited. Liberty werd betrokken in fase twee van het aanbestedingstraject, inhoudende een due diligence onderzoek. Tijdens dit onderzoek werd bedrijfsgevoelige informatie van UTS gedeeld.

De commissie heeft de validering gedaan van het waarderingstraject. In dit traject is een financiële waardering gedaan van de aan UTS verbonden onderneming. Door BCS is een waardering gedaan. Vervolgens is aan Ernst & Young Dutch Caribbean (EY) ook gevraagd om een onafhankelijke validering op te stellen van de door BSC (Broad Span Capital)¹ opgestelde waardering. De commissie heeft vastgesteld dat voor de waardering ede bekende waarderingmethodieken is gehanteerd.

Rekening houdende met dit resultaat en met het feit dat de aandelen van UTS met de dag minder waard zullen zijn, is aan een advocatenkantoor gevraagd om advies uit te brengen over de vraag of voor de verkoop van aandelen een aanbestedingsprocedure geldt voor de verkoop van aandelen. Door HBN Law is d.d. 5 oktober 2018 advies uitgebracht. Dit advies komt erop neer dat er nergens in de wet is geregeld dat de verkoop van aandelen moet worden voorafgegaan door een aanbestedingstraject.

BTP heeft vorig jaar consultatierondes opgestart om een beleidsvoorstel m.b.t. de telecommunicatie te bespreken met de sector. Dit voorstel houdt onder meer in dat er in de toekomst sprake zal zijn van één gemeenschappelijk infrastructuur, beheerd door één netwerkbeheerder, waar alle telecommunicatiebedrijven gebruik van zullen moeten maken en waarbij de netwerkbeheerder verplicht is om toegang te geven aan anderen tot haar netwerk. Uit verkregen informatie heeft de hele telecommunicatiesector zich verzet tegen het voornemen van BTP om vorenbedoelde beleids/wetswijziging voor dragen aan de Minister VVRP, omdat ze van mening zijn dat er op deze manier niet vrij geconcurrereerd zal kunnen worden, omdat de kwaliteit van de dienstverlening afhankelijk zal worden van één netwerkbeheerder, terwijl nu elke aanbieder door middel van investeringen en bedrijfsstrategie, zijn positie op de markt kan beïnvloeden.

Liberty heeft in haar schrijven d.d. 8 oktober 2018 aangegeven dat dit beleidsvoorstel, indien zij wordt uitgevoerd, voor haar tot schade zal leiden voor haar bedrijfsvoering omdat zij daardoor niet het verwachte rendement zal kunnen realiseren. Liberty heeft vervolgens in het kader van de onderhandelingen bedongen om zich in te dekken tegen potentiële risico's die zouden kunnen ontstaan als gevolg van wets-of beleidswijzigingen. Dit risico is gegarandeerd door de escrow account.

¹ Door UTS ingehuurd financieel adviseur

Middels een schrijven d.d. 15 oktober 2018 adviseert Broadspan Capital (BSC) om het onderhandelingstraject met Liberty voort te zetten. Dit zou wel betekenen dat zowel Curaçao als SXM akkoord zullen moeten gaan met 100% overname van de aandelen in UTS². Zowel Curaçao als Sint Maarten stonden voor de beslissing om al dan niet het proces om een strategische partner te verlaten, dan wel te beslissen om het proces aan te passen c.q. om te zetten in een proces tot overdracht van aandelen. De commissie heeft de minister in haar rapport d.d. 13 november 2018 geadviseerd om verder te gaan met Liberty en het proces om te zetten in een proces tot verkoop van de aandelen in UTS aan Liberty.

De onderhandelingen met Liberty zijn op 10 december 2018 opgestart. Als één van de risico's voor de overdracht van de aandelen heeft de commissie aangegeven: "het aantrekken van een strategische partner versus een overname van alle aandelen door een derde partij".

In de openbare vergadering d.d. 10 december 2018 heeft de Staten een motie uitgebracht waarin zij instemt met het zoeken naar een strategische partner voor UTS en haar deelnemingen. De motie luidt als volgt:

"Pa gobiernu sigui negosha i presenta su proposishon final pa benta di akshonnan di UTS na un akshonista fuerte ku lo garantisá invershonnan den e kompania pa mantené un servisio di nivel haltu pa e konsumido, garantisá kupo di trabou i na bienestar di desaroyo sosial i ekonomiko den nos país".

In het rapport d.d. 16 februari 2019 adviseert de Commissie Privatisering UTS over een mogelijke beslissing tot overdracht van aandelen. De commissie maakt een aantal constatering:

- a. investeringen zijn noodzakelijk om te kunnen blijven concurreren op de zeer competitieve telecommunicatiemarkt;
- b. de landen (Curaçao en Sint Maarten) zijn, vanwege de precaire situatie waarin de beide landen zich thans bevinden, niet in staat om deze substantiële investeringen van tussen de ANC. 50 miljoen en ANC. 75 miljoen) op korte termijn te realiseren;
- c. de verwachting is dat de waarde van de onderneming van UTS — zonder de noodzakelijke investeringen- in de loop der jaren zal blijven afnemen door de technologische ontwikkeling, meer concurrentie en toenemende operationele kosten.

Indien niet van het momentum gebruik gemaakt wordt om alle aandelen in UTS te verkopen en er niet wordt geïnvesteerd, zal naar verwachting de intrinsieke waarde van UTS afnemen. Indien er te lang wordt gewacht met de verkoop van aandelen, zal dit tot een lagere koopprijs gaan leiden, als gevolg van bovengenoemde omstandigheden. De raad van ministers heeft aangegeven de verkoop van de aandelen van UTS voor te staan.

In de brief van 13 maart 2019 gaat de Minister ook nog in op de volgende zaken en documenten betrekking hebbende op de vervreemding van aandelen UTS:

- Inhoudelijk (Share Purchase Agreement);
 - Uitgesloten deelnemingen;
 - Jurisdictie c.q. toepasselijk recht;
 - Inkoop van aandelen van SXM door UTS;
 - Duurtetoeslag;
 - Escrow agreement;
 - Cable & Wireless Curaçao Holding B.V.;
 - Vaststellingsovereenkomst tussen BTP, Land en UTS.
- Adviezen Ministerie van Financiën;
- Adviezen Wetgeving en Juridische Zaken.

² Dit is gebleken uit oriënterende gesprekken met Liberty gehouden tussen 7-12 november 2018

Bij het raadplegen van de aangeleverde documenten heeft de adviseur geconstateerd dat enige informatie dan wel motivering ten aanzien van bepaalde onderdelen ontbreekt.

Middels schrijven d.d. 20 maart 2019 no. 20032019.01 heeft de adviseur de Minister om navolgende nadere informatie en toelichting gevraagd:

- De adviseur heeft uit de stukken niet kunnen opmaken of er een risicoanalyse is gemaakt met betrekking tot de verplichtingen die in de overeenkomst zijn aangegaan dan wel de verklaringen en garanties die er worden verstrekt. De adviseur verneemt gaarne in hoeverre er risicoanalyse is verricht. Tevens ontvangt de adviseur informatie in hoeverre er maatregelen zijn getroffen om deze risico's te ondervangen en te mitigeren.
Volledigheidshalve zij gesteld dat in de Rapportage Fase 4 wel een risicoanalyse is vermeld ten aanzien van de beoogde transactie.
- De adviseur verneemt gaarne in hoeverre er een verklaring is verstrekt door de bestuurders en ook van de leden van de raad van commissarissen met betrekking tot het voorgaande een en andere zoals als voorwaarde gesteld in het advies van het Ministerie van Financiën d.d. 13 maart 2019 met zaaknummer 2019/9697 laatste volzin.
- Ten behoeve van de overeenkomst zullen er twee escrow regelingen worden afgesloten. Eén ten behoeve van de prijsaanpassing (Purchase Price Escrow Account; USD 10.000.000,-) en de andere ten behoeven and de risico's, verklaringen en garanties (Indemnification Escrow Account; USD 30.000.000,-). In de stukken heeft de adviseur niet kunnen achterhalen hoe tot de bedragen van deze zekerheden is gekomen. De commissie heeft in de Rapportage Fase 6 onder randnummer 30 en 31 wel kort aangegeven ten behoeve waarvoor deze zekerheden worden verstrekt. Doch is er in de stukken geen nadere uitleg dan wel onderbouwing aangetroffen met betrekking tot de hoogte van deze zekerheden. De adviseur ontvangt gaarne een toelichting hierop dan wel de onderbouwing hiervan.
- In Rapport Fase 6 Regulatory "Kost georiënteerde vrije toegang aan derden" staat onder randnummer 8 het volgende:

De Commissie stelt zich op het standpunt dat verplichte toegang — in de vorm van het tegen kost georiënteerde tarieven delen van netwerkfaciliteiten van passieve en actieve netwerkelementen — een expliciet vereiste moet zijn voor het aangaan van de transactie. Als bijlage bij de koopovereenkomst wordt een document toegevoegd waarin de huidige regelgeving uiteen wordt gezet. Er is een overgangperiode van vijf jaar overeengekomen met een daaraan verbonden schadeloosstelling voor LLA indien de huidige regelgeving ten aanzien van het toegang tot het netwerk binnen voornoemde periode zal worden gewijzigd. Van schadeloosstelling zal alleen sprake zijn als UTS (en/of de aan haar verbonden groepsvennootschappen) als enige op de markt door de betreffende maatregel worden getroffen.

Gaarne verneemt de adviseur onder welk artikel van de SPA geregeld is dat er van schadeloosstelling alleen sprake is als UTS (en/of de aan haar verbonden groepsvennootschappen) als enige op de markt door de betreffende maatregel worden getroffen. De adviseur leest dit niet in artikel 8.2 (g).

- De schadeloosstelling voortvloeiende uit artikel 8.2 (g) van de SPA heeft betrekking op een periode van 5 jaar. De Escrow account heeft een looptijd van 2 jaar. In hoeverre valt deze schade onder de escrow account en hoe zal de schadevergoeding dienen plaats te vinden indien de schade wordt belopen na de opheffingsperiode van 2 jaar van de escrow account.
- In het verlengde van het voorgaande ontvangt de adviseur nadere toelichting of de mogelijke schadevergoeding voortvloeiende uit de overeenkomst geheel afgetopt is op USD 30.000.00,- een ander zoals vervat in artikel 8.5 onder (b). Heeft deze aftopping ook betrekking op onder andere de in artikel 6 vervatte zaken? Is het mogelijk dat de koper voor het gerecht andere vorderingen kan instellen waardoor de overheid gehouden kan worden om bovenop de USD 30.000.000,- aan schade te vergoeden?
- Als toepasselijk recht en geschillenbeslechting is gekozen voor de "Law of State of New York" en als zetel voor de geschillenbeslechting en rechtszaken New York. Uit de stukken blijkt dat dit een van de vereisten is van de Koper. In de stukken is echter geen nadere onderbouwing en risicoanalyse voor Curaçao aangetroffen met betrekking tot voornoemde keuzes. WJZ heeft in zijn advies van 22 februari 2019 met zaaknummer 2019/004430 gesteld dat in het uiteindelijk dossier hierop toelichting dient te worden verstrekt. De adviseur ontvangt gaarne een toelichting hierop zoals geadviseerd door WJZ.

De adviseur heeft op 21 maart 2019 van het Ministerie het aangepast Rapport Fase 6 d.d. 14 maart 2019 van de commissie mogen ontvangen. Dit Rapport is ter vervanging van het eerdere Rapport Fase 6 d.d. 16 februari 2019.

De adviseur heeft van de commissie op 21 maart 2019 op verzoek van de Minister reactie mogen ontvangen op het verzoek om nadere informatie van de adviseur d.d. 20 maart 2019 no. 20032019.01.

4 Instelling Commissie Privatisering UTS

Bij Landsbesluit van 3 september 2018 no. 18/2670 welke kan worden aangehaald als "Landsbesluit uitvoeringsstructuur privatisering UTS" is de Commissie Privatisering UTS ingesteld bestaande uit 3 leden (hierna: de commissie).

Conform artikel 1 lid 2 van het Landsbesluit heeft de commissie tot taak onderzoek te verrichten naar een mogelijke overdracht van de aandelen door de openbare rechtspersoon "Curaçao" als meerderheidsaandeelhouder in UTS aan een derde partij (hierna ook "de privatisering van UTS" genoemd) te onderzoeken en, bij voldoende interesse van één of meer gegadigden, de nodige voorbereidingen te treffen en gesprekken te voeren met deze gegadigden inzake de eventuele voorwaarden voor de overdracht van de aandelen. Eén en ander rekening houdend met hetgeen in de wet en de statuten van UTS bepaald is ten aanzien van de overdracht en de prijsvaststelling van UTS-aandelen, alsmede eventuele aanwijzingen of adviezen zoals bedoeld in artikel 3, tweede lid en van de statuten van UTS.

Het valt de adviseur op dat in het Landsbesluit bevoegdheden worden toegekend aan de commissie welke zij zouden kunnen doen gelden jegens de vennootschap alsmede dat in het Landsbesluit verplichtingen worden opgelegd aan de vennootschap. Verwezen wordt onder andere naar artikel 4 lid 3 en 4 en de artikelen 7 tot en met 9 van het Landsbesluit.

Al eerste zij gesteld dat een Minister, de Regering dan wel de Raad van Ministers geen organen zijn van een vennootschap en derhalve geen bevoegdheden kunnen doen gelden jegens een vennootschap, interne informatie kunnen opvragen dan wel krijgen van een vennootschap anders dan middels de daartoe geëigende orgaan van de vennootschap zijnde de Algemene Vergadering van Aandeelhouders.

In het advies inzake ontslag directeur Refineria di Korsou d.d. 16 april 2018 no. 16042018.01 heeft de adviseur reeds gesteld dat een Landsbesluit in beginsel geheel niet bindend is voor een vennootschap. Op grond van een Landsbesluit kan een commissie in beginsel niet namens de vennootschap verplichtingen aangaan noch bevoegdheden doen gelden. Een vennootschap is dan ook niet verplicht dan wel gehouden om op grond van een Landsbesluit dan wel besluit van de Raad van Ministers enige verplichtingen aan te gaan dan wel rechtshandelingen te verrichten. Voor zover de vennootschap enige medewerking wil verlenen aan de werkzaamheden dan wel het bekostigen van de werkzaamheden van een commissie, daar de vennootschap van mening is dat deze werkzaamheden in het belang van de vennootschap zijn, ligt het op de weg van de vennootschap om ten aanzien hiervan vooraf schriftelijke afspraken te maken met de commissie dan wel hiervoor een overeenkomst aan te gaan met het land Curaçao met inachtneming van de wettelijke en statutaire bepalingen ter zake. Uit de aangeleverde stukken heeft de adviseur hieromtrent geen informatie aangetroffen.

Het voorgaande heeft in de praktijk kennelijk ook voor discussies tussen de commissie en de UTS omtrent de bevoegdheden van de commissie geleid zoals blijkt uit pagina 7 van het Rapport Fase 1 en Fase 2 d.d. 13 november 2018 van de commissie.

Bij het instellen van een commissie moeten de verantwoordelijkheden en bevoegdheden van de overheid en de vennootschap duidelijk gescheiden blijven. Indien het gaat om een commissie die primair de belangen van de vennootschap behartigt dan dient zo'n commissie door de vennootschap zelf te worden ingesteld. Indien het een commissie betreft die de belangen van de openbare rechtspersoon Curaçao behartigt als aandeelhouder van UTS dient de commissie

door het Land de worden ingesteld waarbij de kosten voor de commissieleden en de kosten voor de werkzaamheden door het Land worden bekostigd.

Door een strikte scheiding wordt een belangenverstrengeling dan wel schijn van belangenverstrengeling vermeden. Immers indien de kosten door de vennootschap worden gedragen, zou bij de commissie de indruk kunnen ontstaan dat zijn verantwoording schuldig zijn aan de vennootschap alsmede dat zij tevens de belangen van de vennootschap dienen te behartigen. Omgekeerd zou de vennootschap zich op het standpunt kunnen stellen dat de commissie aan de vennootschap verantwoording schuldig zijn en hun belangen moeten behartigen daar de vennootschap de kosten draagt.

Het moge duidelijk zijn dat de belangen van de aandeelhouder niet altijd gelijk zijn aan de belangen van de vennootschap dan wel de belangen van de bestuurders. Indien het gaat om het zoeken van een strategische partner waarbij het uitgangspunt is waarborging continuïteit en behoud van deelneming in de vennootschap, kunnen de belangen van de aandeelhouder en die van de vennootschap vaak gelijklopend zijn. Indien het gaat om vervreemding van alle aandelen of te wel de verkoop van alle aandelen kunnen de belangen van de aandeelhouder en de vennootschap en zijn bestuurders ver uiteenlopen. Het belang van de aandeelhouder bij een verkoop is doorgaans het verkopen van zijn aandelen tegen een zo hoog mogelijke prijs en met zo min mogelijke risico's voor de aandeelhouder. In zo'n proces kan een bestuurder die overgaat met de vennootschap in een situatie van ernstige belangenverstrengeling komen te verkeren waarbij hij zou moeten kiezen welk belang hij behartigd namelijk het belang van de verkoper dan wel het belang van zijn toekomstige aandeelhouder.

De wijze waarop de commissie is ingesteld waar bij de commissie een duaal karakter heeft gekregen daar zij formeel verantwoording dien af te leggen aan een stuurgroep van het Land maar bekostigd en ondersteund worden door de vennootschap biedt niet de nodige waarborgen om de belangenverstrengeling te voorkomen. Dit te meer gezien het feit dat het privatiseringstraject was opgestart als een traject waarbij de overheid niet alle aandelen zou vervreemden waarbij UTS het voortouw had en derhalve de belangen van UTS voorop stonden en daarna is omgezet in een traject waarbij alle aandelen zouden worden verkocht en derhalve de aandeelhouder zijnde het Land het voortouw had moeten nemen en de belangen van de aandeelhouder en het Land gewaarborgd moesten worden. De UTS heeft ook na de besluitvorming om alle aandelen te verkopen kennelijk een prominente rol behouden in het proces. Dat de belangen van de UTS, de bestuurders van de UTS en de aandeelhouder niet gelijk zijn blijkt ook uit het gestelde in het advies van HBN Law d.d. 13 maart 2019:

"As we act as attorneys to the Company and have not pre-discussed below comments with the Shareholder (except that we have discussed the SPA with Project Utah Government Commission), the Shareholder should still form its own opinion on adequacy and acceptability of the SPA."

Gelet op het voorgaande is het van belang dat de Minister de adviezen van WJZ, het Ministerie van Financiën, Bureau Post en Telecommunicatie goed in ogenschouw neemt.

5 Terms of Reference Selectie Strategische Partner UTS N.V.

Bij besluit d.d. 9 maart 2016 van de Raad van Ministers met zaaknummer 2015/057715 is de raad onder andere akkoord gegaan met de notitie "Selectie Strategische Partner United Telecommunications (UTS) — Versie 2.11-2015" met dien verstande dat in een memorandum, welke aan de notitie wordt toegevoegd, wordt aangegeven dat het proces wordt opgestart op voorwaarde dat de due diligence helderheid moet geven over UTS en haar dochters, zowel organisatorisch, juridisch, financieel, technisch en haar positie op de (regionale markt, alsmede dat aangegeven zal worden hoeveel aandelen in handen van de overheid al dan niet moeten blijven en onder welke voorwaarden.

Conform paragraaf 4.2 van de Terms of Reference Selectie Strategische Partner UTS N.V. (hierna: TOR) kan het doel van de opdracht als volgt geformuleerd worden:

- het garanderen van de lange termijn continuïteit van UTS door het zoeken en voordragen van een geschikte strategische partner, die UTS in staat stelt om binnen afzienbare tijd de noodzakelijke investeringen te doen teneinde haar concurrentiepositie duurzaam te behouden dan te versterken in het belang van de sociaaleconomische ontwikkeling van Curaçao.

Onder een strategische partner voor UTS wordt verstaan, een partner (bedrijf) die bereid is kapitaal te verschaffen in ruil voor aandelen, op zodanige manier dat het Land als medeaandeelhouder het publieke belang dat UTS dient, te allen tijde kan waarborgen.

Onder geschikt wordt verstaan, een kandidaat die minimaal voldoet aan de volgende eisen, te weten:

- Kenmerken van de kandidaat:
 - Beschikt over een hoog niveau van competenties op het gebied van telecommunicatie;
 - Streeft strategische doelen na die verenigbaar zijn met de statutaire doelstellingen van UTS in verband met marktbehoud en groei; en
 - Kan met haar operations bijdragen aan de economies of scale van UTS waardoor UTS competitiever wordt.
- Degree of Fitness:
 - Beschikt over een bedrijfscultuur* verenigbaar is met die van UTS dan wel een zodanige 'bedrijfscultuur die het ondernemingsgedrag UTS bevordert;
 - o Bereid is kennis te delen met UTS;
- Intangible asset:
 - Beschikt over een zeer goede reputatie op wereld- of regionaal niveau op het gebied van telecommunicatie;
 - Beschikt over ervaring met strategische partnerschap met aantoonbaar succes; en
 - Beschikt over 'oog gekwalificeerd personeel dat technisch goed onderlegd is;
- Marktkennis:
 - In staat is om waar mogelijk het regionaal marktaandeel van UTS te vergroten; en
 - Op de hoogte is van het lokale ondernemingsklimaat.
- Aanvullende capaciteit:
 - In staat is om het leiderschaps- en managementvermogen van UTS te versterken; en
 - Beschikt over het vermogen om nieuwe (aangrenzende) markten aan te boren door inzet van nieuwe distributiekkanalen.

De adviseur heeft in de ontvangen documenten geen documenten met betrekking tot de aanbesteding zoals verricht door de internationale adviseur, Broadspan Capital en UTS mogen aantreffen.

Bij navraag werd gesteld dat deze stukken vertrouwelijk zouden zijn en niet ter beschikking van de adviseur kunnen worden gesteld. Verondersteld wordt dat hetgeen vervat in de TOR als grondslag heeft gediend voor de aanbesteding.

Het proces en de aanbesteding zijn gevalideerd door de commissie zoals gesteld in het Rapport Fase 1 en Fase 2 van de commissie.

In het valideringsproces heeft de commissie vastgesteld als volgt:

- a) dat er van een long list naar een short list is toegewerkt en dat er één kandidaat voldoet aan de profielschets en door Broadspan geformuleerde objectieve criteria;
- b) dat een waardering van UTS is uitgevoerd (daarbij zijn bedrijfsonderdelen ook afzonderlijk gewaardeerd);
- c) dat er een ter zake deskundige en ervaren externe (corporate/financiële) adviseur is aangetrokken om het aanbestedingstraject te begeleiden;
- d) dat de verstrekte informatie overeenkomst met de in de digitale data room vastgelegde informatie; en
- e) dat het aanbestedingstraject voldoet aan de geldende wet en regelgeving.

De adviseur heeft met betrekking tot de aanbesteding om te komen tot een strategische partner geen opmerkingen. De TOR en gevolgde procedure boden genoeg waarborgen om te komen tot een selectie van geschikte strategische partner.

6 Toetsing voornemen vervreemding aandelen

6.1 Wettelijke bepalingen

Artikel 4 van de Landsverordening stelt het volgende met betrekking tot het vervreemden van aandelen:

- a) De Minister meldt een voornemen om aandelen of certificaten van aandelen te vervreemden of bezwaren, schriftelijk en gemotiveerd aan de adviseur corporate governance.
- b) Binnen 4 weken na ontvangst van de melding, bedoeld in het eerste lid, doet de adviseur corporate governance, zoals bepaald in de overeenkomst, de Minister schriftelijk zijn advies toekomen inzake de vervreemding of bezwaring van aandelen of certificaten van aandelen. In het advies geeft de adviseur corporate governance aan of het algemeen belang van Curaçao zich al dan niet verzet tegen de vervreemding of bezwaring.
- c) Indien de adviseur corporate governance van oordeel is dat het algemeen belang van Curaçao zich verzet tegen de voorgenomen vervreemding of bezwaring van aandelen of certificaten van aandelen, meldt hij dit, zoals bepaald in de overeenkomst, gemotiveerd in het advies.
- d) Indien wordt afgeweken van een advies van de adviseur corporate governance waarin geconstateerd wordt dat het algemeen belang van Curaçao zich verzet tegen een voorgenomen vervreemding of bezwaring als bedoeld in het eerste lid, meldt de Minister dit terstond schriftelijk en gemotiveerd aan de adviseur corporate governance.

Voor genoemd artikel geeft aan dat alvorens de Minister een besluit neemt ten aanzien van het vervreemden van aandelen, dit schriftelijk en gemotiveerd aan de adviseur moet worden gemeld. Gesteld kan worden dat de Minister middels het schrijven van 13 maart 2019 met zaaknummer 2019/007260 aan dit vereiste heeft voldaan. Alvorens een beslissing te nemen dient de Minister het advies van de adviseur af te wachten. De adviseur dient binnen 4 weken na ontvangst van de melding advies uit te brengen. Indien de adviseur van oordeel is dat het algemeen belang van Curaçao zich tegen de vervreemding verzet, kan de Minister hiervan afwijken en dient dit terstond schriftelijk gemotiveerd aan de adviseur te worden gemeld.

6.1.1 Algemeen belang

De adviseur dient in zijn advies aan te geven of het algemeen belang van Curaçao zich al dan niet verzet tegen de vervreemding of bezwaring van aandelen. Zowel in de Landsverordening als in de Memorie van Toelichting bij de Landsverordening is hierop geen nadere toelichting gegeven. De Memorie gaat echter uit van de een andere formulering van artikel 7 van de Landsverordening dan die is vastgesteld. In de aanbidding van het ontwerp Eilandsverordening aan de Eilandsraad en de daarbij behorend ontwerp Eilandsverordening stond in artikel 7 vermeld: In het advies geeft de adviseur corporate governance aan of er al dan niet zwaarwegende bezwaren zijn tegen de vervreemding of bezwaring. De formulering is na de indiening kennelijk middels een nota van wijzing veranderd waarbij in plaats van zwaarwegende bezwaren het algemeen belang van het Land Curaçao werd gesteld .



In algemene termen kan onder het algemeen belang worden verstaan dat de feiten/omstandigheden/uitkomsten nuttig zijn voor de samenleving als geheel³. In dit kader is het van belang om te toetsen of de overheid heeft gehandeld met in achtname van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. De verplichting tot motivering is tevens neergelegd in artikel 7 van de Landsverordening.

De adviseur zal in dit kader in het bijzonder de volgende zaken toetsen:

- De motivering en grondslag om tot de vervreemding van de aandelen te komen;
- De gevolgde procedure om de aandelen te vervreemden;
- Het publieke belang dat de beschikbaarheid en toegankelijkheid van een complete telecommunicatie-infrastructuur in Curaçao gewaarborgd is⁴;
- De overige financiële en materiele gevolgen voor Curaçao.

6.1.2 Afwijkende motivering

In de SPA is, onder Section 3.2 “Closing Deliverables and Actions” onder (b) sub (iii), onder andere de volgende verplichting opgenomen:

“(…)

the Shareholder shall deliver to the Buyer..... , and (2) the advice of the Advisor Corporate Governance Curaçao relating to the Transaction; or, in case the advice would not permit the Shareholder to share the advice with third parties for confidentiality reasons, a written statement issued by an authorized representative of the Shareholder confirming that the advice of the Advisor Corporate Governance Curaçao relating to the Transaction was requested and obtained. If the Advisor Corporate Governance Curaçao advised that the Transaction opposes the general interest of the Country Curaçao, the Shareholder shall deliver to the Buyer a copy of the comprehensive explanation, as submitted by the Minister to the Advisor Corporate Governance Curaçao to substantiate the decision to deviate from the advice of the Advisor Corporate Governance;

(…)”

Deze bepaling in de SPA doet voorkomen alsof dat het reeds vaststaat dat indien de adviseur stelt dat het algemeen belang van Curaçao zich tegen de vervreemding van de aandelen verzet de Minister van het advies van de adviseur zal afwijken en gehouden is hiervan een kopie aan de koper te verstrekken. Deze bepaling SPA is niet in overeenstemming met de geest van artikel 7 lid 4 van de Landsverordening. Artikel 7 lid 4 veronderstelt dat de Minister een weloverwogen besluit neemt na kennis te hebben genomen van het advies van de adviseur. Het reeds vooraf stellen dat hiervan gemotiveerd zal worden afgeweken is derhalve niet in overeenstemming met de wettelijk bepaling en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In deze bepaling van de SPA had moeten worden opgenomen dat “indien de Minister gemotiveerd afwijkt” zij een afschrift hiervan aan de koper verstrekt.

Dat er kennelijk veel haast geboden is met het afronden van de overeenkomst heeft de adviseur ook kunnen op maken uit onder andere de adviezen van WJZ waarin vermeldt staat dat ze benaderd zijn met het verzoek om spoed adviezen uit te brengen en waarin WJZ ook opmerkt dat de aangeleverde stukken niet volledig zijn en dat zij mede gezien het korte tijdsbestek waarin geadviseerd moet worden, niet kan worden uitgesloten dat bepaalde aspecten onderbelicht blijven, alsmede dat WJZ wegens de tijd waarin moet worden geadviseerd, heeft afgezien om bepaalde niet ontvangen stukken te toetsen. WJZ geeft tevens aan dat niet alle door de WJZ voorgestelde wijzigingen dan wel commentaar zijn geadresseerd. Ook uit de adviezen van het Ministerie van Financiën blijkt dat zij binnen een korte tijdsbestek advies hebben moeten uitbrengen. Ook aan de adviseur is in deze gevraagd om spoedadvies.

³ Lycaeus Economische woordenboek

⁴ [ECLI:NL:PHR:2018:618](#) / 3.5.1

Gesteld dient te worden dat aan de Ministeries en adviesinstantie van de overheid genoeg tijd moet worden gegund om deugdelijk en volledig te kunnen adviseren. Conform de Landsverordening dient de adviseur binnen 4 weken zijn advies uit te brengen.

Het is dan ook de taak van de overheid dan wel de onderhandelingscommissie om de wederpartij reeds aan het begin van de onderhandelingen terdege te informeren over de wettelijke procedures en verplichtingen van de overheid en dat na de onderhandeling aan de overheid en overheidsinstanties de nodige tijd moet worden gegund om de Minister deugdelijk en volledig van advies te kunnen voorzien op grond waarvan de Regering dan wel Minister uiteindelijk een wel overwogen besluit kan nemen.

Zoals reeds gesteld doet de formulering in de SPA onder Section 3.2 onder (b) sub (iii) voorkomen alsof het reeds vast staat dat de overeenkomst zal worden aangegaan. Dit blijkt ook uit het feit dat er op 8 maart 2019 reeds een besluit buiten AVA van de UTS door de Minister is getekend, waarin besloten is om de aandelen van Curaçao over te dragen aan de koper. Ook is er reeds een Ministeriele beschikking met betrekking tot de overdracht vastgesteld inzake Antelecom N.V. Alhoewel deze besluiten nog geen rechtsgevolgen met zich meebrengen zolang de overdracht van aandelen niet heeft plaatsgevonden, had in het kader van behoorlijk bestuur eerst alle adviezen moeten worden afgewacht alvorens hiertoe te beslissen.

6.1.3 Publicatieplicht adviseur

Conform artikel 4 lid 4 van de Landsverordening wordt binnen twee weken na het uitbrengen van een op grond van deze Landsverordening door de adviseur corporate governance gegeven advies, wordt dat advies door de adviseur op de eigen website geplaatst, tenzij er sprake is van de uitzonderingen en beperkingen, bedoeld in artikel 11 van de Landsverordening openbaarheid van bestuur Curaçao.

Artikel 11; Uitzonderingen en beperkingen van de Landsverordening openbaarheid van bestuur Curaçao (A.B. 2010, no. 87) stelt het volgende:

1. Het verstrekken van informatie ingevolge deze Landsverordening blijft achterwege voor zover dit:
 - a) de eenheid van de regering, bedoeld in artikel 31 van de Staatsregeling van Curaçao, zou kunnen schaden;
 - b) de veiligheid van het Land zou kunnen schaden;
 - c) bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld.
2. Het verstrekken van informatie ingevolge deze Landsverordening blijft eveneens achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen de volgende belangen:
 - a) de economische of financiële belangen van het Land;
 - b) de opsporing en vervolging van strafbare feiten;
 - c) de inspectie, controle of het toezicht door of vanwege bestuursorganen;
 - d) de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer;
 - e) het belang, dat de geadresseerde erbij heeft als eerste kennis te kunnen nemen van de informatie;
 - f) het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden;
 - g) de betrekkingen van Curaçao en van het Koninkrijk met andere staten of internationale organisaties

Section 6.2 “Confidentiality; Public Announcements” van de SPA betreft de geheimhouding van onder andere bedrijfsgevoelig en vertrouwelijke informatie. Deze bepaling strekt zich ook uit tot andere organen en instanties van de overheid zoals het Parlement, de Algemene Rekenkamer Curaçao, Bureau Telecommunication and Post Curaçao, College Financieel Toezicht alsmede de Adviseur Corporate Governance.

De adviseur heeft zoals gesteld een publicatieplicht conform artikel 4 lid 4 van de Landsverordening met inachtneming van de beperkingen gesteld in artikel 11 van de Landsverordening openbaarheid van bestuur (hierna: LOB). De koper heeft echter in de SPA bij de koop naast privaatrechtelijke zaken ook verschillende publiekrechtelijke zaken bedongen. In het bijzonder zij gesteld dat er rekening mee dient te worden gehouden dat publiekrechtelijke zaken in beginsel niet onder beperkingen zoals gesteld in artikel 11 van de LOB vallen.

Ook bepaalde privaatrechtelijke zaken die bedongen zijn vallen niet onder voornoemde beperkingen. Ook de koopprijs en de wijze van totstandkoming van de koopprijs valt niet onder deze bepaling dit te meer gezien het feit dat de gevolgen van het vervreemden van de aandelen in de begroting en jaarrekening van het Land verantwoord dienen te worden.

De adviseur zal zo mogelijk bij de publicatie van zijn advies rekening houden met het gestelde in Section 6.2 van de SPA.

6.2 Gevolgde procedure strategische partner / vervreemding aandelen

In de brief van de Minister d.d. 13 maart 2019 met zaaknummer 2019/0072960 is de gevolgde procedure met betrekking tot het zoeken naar een strategische partner voor UTS dan wel het vervreemden van de aandelen globaal beschreven.

Uit het Rapport Fase 1 en Fase 2 van de commissie volgt met betrekking tot de gevolgde procedure onder andere ook het volgende:

In juni 2017 heeft UTS een internationaal adviseur, Broadspan Capital ("Broadspan"), aangetrokken. Samen met Broadspan heeft UTS 33 kandidaten wereldwijd aangeschreven in het kader van een aanbestedingstraject/biedingsproces. Uiteindelijk hebben twee partijen een indicatief bod gedaan.

Op 1 augustus 2018 heeft UTS het Land — in de hoedanigheid van aandeelhouder van UTS — bericht dat er op dat voornoemde partijen in het kader van het aanbestedingstraject ieder een initieel bod hebben gedaan.

De Commissie heeft geen additionele partijen benaderd. Dit proces is in lijn met de Motie en het RvM van 9 maart 2016 met zaaknummer 2015/057715 door UTS en Broadspan doorlopen. Uitgangspunt voor de Commissie is dat zij haar taken zoals omschreven in randnummer 1 uitvoert met de partijen die door UTS en Broadspan aan de aandeelhouder zijn aangeboden.

In het kader van de validering van het aanbestedingstraject heeft de Commissie diverse gesprekken gevoerd met de directie en raad van commissarissen van UTS en Broadspan. Immers, deze partijen waren betrokken bij het aanbestedingstraject.

De Commissie heeft geconstateerd dat een aanbestedingstraject is doorlopen wat heeft geleid tot twee initiële biedingen.

Een beschrijving van het aanbestedingstraject:

- i Broadspan heeft aan alle aangeschreven kandidaten een e-mail gestuurd met de uitnodiging om te participeren in het aanbestedingstraject;
- ii de initieel geïnteresseerde kandidaten hebben vervolgens een teaser ontvangen;
- iii negen kandidaten hebben een non-disclosure letter ontvangen en ondertekend en daaropvolgend een Corporate Information Memorandum ("CIM") ontvangen;
- iv twee kandidaten hebben naar aanleiding van de CIM een non-binding offer gedaan aan UTS door tussenkomst van Broadspan.

Een overzicht van de criteria die zijn gehanteerd om de gekozen 33 aangeschreven kandidaten te benaderen:

- i kennis en ervaring in de telecom sector;
- ii aantoonbare Interesse van de aangeschreven kandidaat in de regio (zijn er partners geïnteresseerd in de Caribische regio en de (relatieve) kleinschaligheid van de beoogde transactie);

- iii heeft de kandidaat voldoende financiële middelen voor de transactie en is de kandidaat transparant over de uiteindelijke belanghebbenden;
- iv heeft de kandidaat toegang tot de operationele/technologische expertise voor de beoogde transactie;
- v heeft de kandidaat een "fit" met het functieprofiel dat door UTS is opgesteld.

Broadspan heeft voornoemde criteria en de kennis verkregen uit praktijkervaring als uitgangspunt genomen om een initiële lijst van 25 potentiële kandidaten op te stellen. Aan deze lijst heeft UTS 8 potentiële kandidaten toegevoegd. Deze in totaal 33 mogelijke kandidaten zijn vervolgens aangeschreven en uitgenodigd om deel te nemen aan het aanbestedingstraject.

UTS en Broadspan hebben de twee kandidaten verzocht nadere informatie te geven over hun bedrijf om te bezien of de betreffende partij een mogelijke fit zou kunnen zijn voor UTS en het Land alvorens over te gaan tot fase 2 van het aanbestedingstraject, waarin bedrijfsvertrouwelijke informatie van UTS wordt verstrekt. Meer specifiek is aan beide partijen verzocht de navolgende informatie te verstrekken:

- a. identificatie van uiteindelijk belanghebbenden en financieringsbron;
- b. track-record in de telecommunicatiemarkt; en
- c. de strategische visie voor de investering in UTS.

UTS en Broadspan hebben te kennen gegeven dat één van de kandidaten aan dit verzoek heeft voldaan en de relevante informatie heeft aangeleverd.

Bij aanvang van het aanbestedingstraject heeft Broadspan namens UTS het expliciete voorbehoud gemaakt dat een participant in het aanbestedingstraject geen rechten kan onttelen aan dit traject en dat UTS de discretionaire bevoegdheid behoudt te bepalen met welke participanten nader zal worden onderhandeld. UTS c.q. Broadspan was ook niet gehouden participanten over de voortgang van het traject te berichten.

Bij brief van 15 oktober 2018 heeft Broadspan UTS formeel geadviseerd in het onderhandelingstraject verder te gaan met de overgebleven kandidaat.

Gelet op het voorgaande heeft de Commissie de Minister op basis van exclusiviteit — wat beperkt is in tijd (maximaal zes weken) — het onderhandelingstraject in te gaan met de kandidaat.

Uit het Rapport Fase 3 en Fase 4 d.d. 10 januari 2019 van de commissie volgt met betrekking tot de gevolgde procedure onder andere ook het volgende:

De kandidaat heeft aangegeven dat zij geïnteresseerd is in 100% van de aandelen van UTS en dat voor een succesvolle Transactie, de consensus tussen de twee huidige aandeelhouders cruciaal is. Het uitblijven van een transactie met Sint Maarten zal het proces met de kandidaat stagneren met als gevolg dat (i) het proces van waardering en bieding opnieuw moet worden doorlopen en/of (ii) De kandidaat mogelijk afziet van de Transactie.

Curaçao dient zich te beraden over de vraag of zij een strategisch partner wil aantrekken en derhalve aandeelhouder blijft van UTS of dat zij bereid is al haar aandelen over te dragen aan een derde. De Minister heeft de commissie verzocht haar te adviseren in hoeverre het opportuun is dat Curaçao een belang blijft houden in UTS.

De Commissie heeft ter beoordeling van de wensen van Curaçao een aantal oriënterende gesprekken gevoerd met de kandidaat en deze wensen besproken. Uit deze gesprekken is gebleken als volgt:

- i de kandidaat heeft een sterke voorkeur voor een 100% overname;
- ii mocht Curaçao een belang willen houden in UTS, dan dient Curaçao pro rata mee te investeren;
- iii het risico dat een eventueel belang van Curaçao in UTS zal worden verwaterd is aanzienlijk. Na voltooiing van de Transactie is de kandidaat voornemens bedrijfsonderdelen van de kandidaat en UTS te fuseren. Alleen al door deze fusie zal het belang van Curaçao verwateren;

De redenen waarom Curaçao een belang zou willen behouden zijn te ondervangen via de concessies en andere reeds bestaande regelgeving waar UTS zich aan zal moeten blijven houden (nationale veiligheid, bescherming consumenten) en waar nodig nader contractueel vast te leggen (gratis wifi voor scholen en buurtcentra).

De Commissie adviseert de Minister af te zien van het behouden van een belang in UTS, nu dit bedrijf na de Transactie zal worden gefuseerd met bedrijfsonderdelen van de Kandidaat en Curaçao dientengevolge hetzij dient mee te investeren, hetzij zal worden verwaterd en nagenoeg geen reëel belang meer zal behouden. In de onderhandelingen zijn de wensen van Curaçao ondervangen hetzij met een verwijzing naar bestaande regelgeving (waaronder de concessies) of nader gestipuleerd in de koopovereenkomst.

De commissie heeft een juridisch advies over de vraag of het Land gehouden is een formele aanbestedingsprocedure uit te schrijven voor de verkoop van door het Land in een vennootschap gehouden aandelen. De Commissie heeft een brief van HBN Law d.d. 5 oktober 2018 ontvangen waarin wordt geconcludeerd dat voor de verkoop door het Land Curaçao van aandelen in een overheidsvennootschap geen aanbestedingsplicht geldt. Ook Wetgeving en Juridische zaken (hierna: WJZ) heeft met betrekking tot de procedure van overdracht aandelen op 11 februari 2019 advies uitgebracht.

Artikel 41 (Vervreemding van roerende goederen) van de Landsverordening financieel beheer bepaalt:

1. Behoudens het bepaalde in het derde lid geschiedt de verkoop van roerende zaken in het openbaar.
2. In afwijking van het eerste lid, behoeft de verkoop niet in het openbaar te geschieden mits de Minister van Financiën daarmee instemt en de waarde van de roerende zaak ten hoogste NAF 25.000 bedraagt. De ministeriële beschikking waarbij de afwijking wordt toegestaan bevat de gronden waarop tot de afwijking is besloten.
3. Het eigendom van de roerende lichamelijke zaken gaat niet eerder op de wederpartij over, dan nadat de levering daarvan is geschied overeenkomstig de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek.

In het advies van HBN Law wordt gesteld dat hoewel de kop daarvan anders doet vermoeden, dit artikel niet gaat over de verkoop van roerende goederen maar om roerende (lichamelijke) zaken. Ook de memorie van toelichting bij dit artikel rechtvaardigt, door te spreken over "voorwerpen", dat het artikel alleen van toepassing is bij de verkoop van roerende zaken. De aandelen in UTS zijn als vermogensrechten roerende goederen maar geen roerende zaken. HBN acht gelet op het voorgaande genoemd voorschrift (verkoop in het openbaar) dus niet van toepassing.

WJZ stelt in zijn advies van 11 februari 2019 met zaaknummer 2019/004428 het volgende met betrekking tot de overdracht van aandelen:

Uit de opstelling van de bepalingen en de toelichting daarop (o.a. het gebruik van de woorden 'materieelbeheer', 'voorraden' (toel. op art. 39) en 'voorwerpen' (toel. op artikel 41), is WJZ van mening dat deze bepalingen meer zijn gericht op voorraden voor de (continuïteit van de) bedrijfsvoering van het Land, die, zoals wordt mogelijk gemaakt in artikel 40 van de landsverordening, kunnen worden verworven door een organisatieonderdeel. Voor de overdracht van de aandelen sec is derhalve geen wettelijke bepaling op grond waarvan goedkeuring (bij landsverordening) van de Staten is vereist.

Wel dient op grond van artikel 44, tweede lid van de Landsverordening comptabiliteiten 2010 de Minister van VVRP gezamenlijk met de Minister van Financiën bij Landsbesluit te worden gemachtigd om de overeenkomst tot vervreemding van de aandelen aan te gaan.

Het Ministerie van Financiën heeft voor zover de adviseur heeft kunnen nagaan in zijn adviezen geen uitspraak gedaan ten aanzien van de te volgen procedure voor de verkoop van aandelen door het Land.

De adviseur kan zowel HBN als WJZ volgen in hun conclusie dat er ten aanzien van de verkoop van aandelen uit de wet geen verplichting voortvloeit om deze in het openbaar te verkopen en dat er tevens geen goedkeuring van de Staten vereist is voor de verkoop van aandelen.

Ieder handelen van de overheid dan wel een bestuursorgaan dient in beginsel een wettelijke grondslag te hebben, het legaliteitsbeginsel. Zowel de wijze/procedure voor het vervreemden van roerende zaken als onroerende zaken is wettelijk geregeld. Het is de vraag of de wetgever er bewust voor heeft gekomen om de procedure voor het vervreemden van aandelen niet wettelijk te regelen dan wel of dit een omissie is geweest van de wetgever. Het is de vraag nu het niet wettelijk is geregeld of het de overheid vrijstaat om zonder enige procedure te volgen tot vervreemding van aandelen over te gaan, dan wel of de overheid aansluiting dient te zoeken bij aanverwante wetgeving, dan wel dient te handelen met in achtname van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Het zou voor de hand liggen dat de overheid bij het vervreemden van aandelen zoveel mogelijk aansluit zoekt bij de wettelijke bepalingen ten aanzien van het vervreemden van roerende goederen (zaken).

Bij het zoeken naar een strategische partner voor UTS kan gesteld worden dat de overheid/UTS hierbij aansluiting heeft gezocht. Bij besluit d.d. 9 maart 2016 van de Raad van Ministers met zaaknummer 2015/057715 is de raad onder andere akkoord gegaan met de notitie "Selectie Strategische Partner United Telecommunications (UTS) — Versie 2.11-2015" zijnde de Terms of Reference Selectie Strategische Partner UTS N.V. op grond waarvan de UTS een aanbesteding heeft gehouden om te komen tot een strategische partner. De kandidaten zijn ook op grond hiervan geselecteerd en de onderhandeling met de geschikt bevonden kandidaat is ook op grond hiervan aangevangen.

De commissie heeft aangegeven dat de kandidaat gedurende de onderhandelingen heeft aangegeven de voorkeur te hebben om niet meer een overeenkomst met de UTS aan te gaan als strategische partner maar 100% van de aandelen van UTS zou willen verkrijgen. De commissie heeft de Minister geadviseerd af te zien van het behouden van een belang in UTS. Er heeft op dat moment een cruciale wijziging plaatsgevonden waarbij afgezien werd van het zoeken naar een strategische partner en er besloten is tot de 100% vervreemding van de aandelen van UTS.

Uit de stukken heeft de adviseur echter niet kunnen opmaken in hoeverre na het nemen van dit besluit is overwogen om het proces stop te zetten en opnieuw aan te besteden in plaats van dit proces voort te zetten met de kandidaat waarmee besprekingen gaande was als strategische partner.

Niet uitgesloten is immers dat de eisen en profiel voor het aantrekken van een koper anders zijn dan wel kunnen zijn dan die voor het aantrekken van een strategische partner. Ook de criteria voor een fit met UTS kunnen geheel anders zijn dan die voor een strategische partner. Tevens is niet uitgesloten dat de kandidaten die zijn benaderd om mee te dingen in de aanbesteding als strategische partner van UTS wellicht een ander bod zouden hebben uitgebracht dan wel anders hadden ingeschreven indien zij wisten dat zij 100% van de aandelen van UTS konden verkrijgen. Het is derhalve niet uitgesloten dat er wellicht meer geschikte kandidaten zouden kunnen zijn voor het 100% verkrijgen van de aandelen van UTS dan de enkele kandidaat die voldeed aan de criteria voor een strategische partner.

Ook heeft de adviseur uit de stukken niet kunnen opmaken wat de mogelijke gevolgen voor de onderhandelingen dan wel de onderhandelingspositie van Curaçao zouden zijn bij het door onderhandelen met de reeds gekozen kandidaat zonder daar bij een fallback position te hebben.

Het is immers niet uitgesloten dat de kandidaat kennis heeft kunnen nemen dan wel kunnen vermoeden dat hij de enige kandidaat is waardoor de kandidaat een sterkere onderhandelingspositie heeft kunnen innemen en zwaarder eisen heeft kunnen stellen daar de kandidaat bekend was met het feit dat Curaçao geen andere opties had. Uit de stukken heeft de adviseur ook niet kunnen vernemen of Curaçao een exit strategie had, of te wel een strategie had om indien de onderhandelingen niet tot een voor Curaçao gunstig resultaat zouden leiden de onderhandelingen te staken.

6.3 Vervreemding alle aandelen UTS

6.3.1 Overwegingen tot vervreemding alle aandelen UTS

In de melding van de Minister d.d. 13 maart 2019 heeft de Minister onder andere het volgende gesteld met betrekking tot de verkoop van de aandelen van UTS.:

Als aandeelhouder heeft het Land Curaçao belang bij de continuïteit van haar ondernemingen. Het Land Curaçao is als aandeelhouder echter niet in staat om, gezien de huidige precaire financiële situatie, de nodige investeringen te kunnen doen, waardoor er gereede kans bestaat dat de onderneming van UTS door de felle concurrentie haar bestaansrecht zal verliezen.

In eerste instantie was de gedachte dat (een deel van) de aandelen in handen zouden blijven van het Land en dat een investeerder zou kunnen worden gevonden die bereid zou zijn in UTS te investeren door middel van samenwerking (strategic partnership). Deze bereidheid was er op een gegeven moment niet meer en is het proces omgezet in het leveren van alle aandelen aan de derde, waarmee het proces tot het vinden van een strategische partner was opgestart.

In het advies van het Ministerie van Financiën d.d. 27 februari 2019 met zaaknummer 2019/007984 wordt met betrekking tot het voornemen om alle aandelen te vervreemden het volgende gesteld:

Het verwachte totaalverlies op deze verkooptransactie op deze omvang (NAf 93,3 miljoen) kan de vraag oproepen of wel tot verkoop moet worden overgegaan. Hierbij moet in ogenschouw worden genomen dat in dit tekort de waardevermindering van de 3 jaarsperiode (NAf 63,7 miljoen) is begrepen, die ook zonder verkooptransactie in aanmerking moest worden genomen. Ook moeten de correcties als gevolg van de verhoging van het agiobedrag (totaal NAf 22,3 miljoen bij instemming met deze transactie) nog verwerkt worden. Het uiteindelijke negatieve resultaat bij verkoop, dat resteert en dat ten laste van de gewone dienst komt, bedraagt nog NAf 7,3 miljoen en kan mogelijk nog worden goedgeemaakt door de opbrengsten van de buiten scope gehouden vermogensbestanddelen en de waarde van de fiscale verliescompensatie.

De waardedaling van UTS is dus een gegeven, dat nu bij de verkoop manifest is geworden. Die waardedaling moet nu echter niet aan de verkoop zelf moet worden toegerekend. De beslissing om wel of niet tot verkoop over te gaan moet veeleer afhangen van de vraag of UTS zelfstandig in staat is weer afdoende winstgevend te worden en of UTS voldoende geldmiddelen kan verkrijgen om de komende investeringen in technologische ontwikkelingen te financieren. De algemene vergaderingen van aandeelhouders heeft die vragen in de afgelopen jaren niet positief beantwoord en daarin werd mede om die redenen besloten om een strategische partner te zoeken. Het ontbreken van mogelijkheden tot (mede) financiering van de technologische vernieuwingen kan dan tot de keuze leiden de aandelen te verkopen.

De commissie stel in Rapport Fase 3 en 4 met betrekking tot het voornemen om alle aandelen te vervreemden onder andere het volgende:

De redenen waarom Curaçao een belang zou willen behouden zijn te ondervangen via de concessies en andere reeds bestaande regelgeving waar UTS zich aan zal moeten blijven houden (nationale veiligheid, bescherming consumenten) en waar nodig nader contractueel vast te leggen (gratis wifi voor scholen en buurtcentra).

De Commissie adviseert de Minister af te zien van het behouden van een belang in UTS, nu dit bedrijf na de Transactie zal worden gefuseerd met bedrijfsonderdelen van LLA en Curaçao dientengevolge hetzij dient mee te investeren, hetzij zal worden verwaterd en nagenoeg geen reëel belang meer zal behouden. In de onderhandelingen zijn de wensen van Curaçao ondervangen hetzij met een verwijzing naar bestaande regelgeving (waaronder de concessies) of nader gestipuleerd in de koopovereenkomst.

De adviseur kan de Minister en het Ministerie van Financiën volgen in hun financiële redenering om tot vervreemding van alle aandelen van UTS over te gaan. Wel heeft de adviseur kanttekeningen met betrekking tot het besluit om de procedure om te komen tot een strategische partner voort te zetten in de onderhandelingen tot verkoop van de aandelen zoals gesteld in paragraaf 6.2 van dit advies.

Uit financieel oogpunt kan gesteld worden dat het algemeen belang van Curaçao zich niet tegen de vervreemding van de aandelen UTS verzet.

6.3.2 Meldingsplicht FTAC / Concentratie

Een overname van UTS door C&W, waartoe aanbieder FLOW behoort, zal het aantal aanbieders op de markt voor vaste telecommunicatienetwerken reduceren tot twee, waarbij opgemerkt dient te worden dat het vaste netwerk van Digicel/TRES een zeer beperkte dekking en zeer klein marktaandeel kent. Een dergelijke overname resulteert derhalve per definitie in een monopolistische situatie op de markt voor vaste telecommunicatienetwerken en -diensten. Bovendien verkrijgt C&W/FLOW alsdan tevens de beschikking over een volwaardige mobiele telecommunicatie-infrastructuur, hetgeen die marktpositie verder zal versterken⁵.

Indien een onderneming betrokken is bij een fusie, overname of joint venture dan kan het zijn dat deze "concentratie" vooraf bij de FTAC moet worden gemeld. Dit is geregeld in artikel 5.2 van de Landsverordening inzake concurrentie.

De meldingsplicht voor concentraties geldt voor alle binnen- en buitenlandse ondernemingen die economische activiteiten verrichten in Curaçao. Economische activiteiten kunnen bestaan uit het aanbieden van producten en/of diensten op de markt door ondernemingen.

Niet elke concentratie hoeft te worden gemeld bij de FTAC. De meldingsplicht is alleen van toepassing op relatief grote concentraties in Curaçao. U dient de concentratie te melden indien één van de onderstaande situaties van toepassing is.

1. De gezamenlijke omzet van de betrokken ondernemingen bedroeg minimaal NAf.125 miljoen in het voorgaande kalenderjaar. Daarnaast behalen ten minste twee van de betrokken ondernemingen een jaaronzet van minimaal NAf.15 miljoen in Curaçao; of
2. De betrokken ondernemingen creëren of versterken tezamen een marktaandeel van minimaal 30% op een of meer "relevante markten".

De concentratie moet voldoende concreet zijn voordat de melding wordt gedaan. Er moet tussen de betrokken ondernemingen ten minste overeenstemming bestaan over de hoofdlijnen van de concentratie.

Concentraties kunnen leiden tot ondernemingen met een machtspositie en daarmee tot minder concurrentie in Curaçao. De meldingsplicht geeft de FTAC de mogelijkheid om het ontstaan of versterken van machtsposities van ondernemingen te volgen. Het hebben van een machtspositie is niet verboden onder de Landsverordening inzake concurrentie, maar wel het misbruiken daarvan. Bij misbruik van een machtspositie of ter voorkoming van misbruik kan de FTAC ingrijpen⁶.

De adviseur heeft uit de stukken kunnen vernemen dat de koper inmiddels het proces voor een melding bij FTAC zou zijn begonnen en reeds ter zake besprekingen heeft gevoerd met FTAC.

⁵ Brief BTP d.d. 15 februari 2019 met kenmerk BT2019/DIR-099

⁶ De Meldingsplicht voor Fusies, Overnames en Joint Ventures, Brochure FTAC, <https://ftac.cw>

6.3.3 Het publieke belang beschikbaarheid en toegankelijkheid telecommunicatie-infrastructuur

In het advies van BTP d.d. 15 februari 2019 staat onder andere vermeld dat in een nieuw telecommunicatiebeleid, waarvan thans de consultatiefase zich in de afronding bevindt, wordt aangestuurd op het waarborgen van een toekomstvaste telecommunicatie-infrastructuur voor Curaçao. Dit beleidsuitgangspunt heeft als twee belangrijke pijlers:

- i het faciliteren van investeringen in één passieve (vaste) telecommunicatie-infrastructuur, waarvan door meerdere aanbieders gedeeld gebruik gemaakt kan worden, en
- ii het stimuleren van concurrentie op dienstniveau.

In Rapport Fase 3 en 4 wordt ten aanzien van het voorgaande het volgende gesteld:

- LLA heeft per brief van 8 oktober 2018 aan de Minister en de Commissie kenbaar gemaakt dat zij zal afzien van de potentiële Transactie indien:
 - er één gemeenschappelijke infrastructuur wordt aangelegd, die wordt beheerd door één netwerkbeheerder, waar alle telecommunicatiebedrijven gebruik van moeten maken; en
 - de netwerkbeheerder wordt verplicht aan derden toegang te verlenen tot haar netwerk.
- LLA geeft aan dat deze wijzigingen haaks staan op haar verdienmodel en dat zij hierdoor schade zal lijden. LLA is niet voornemens in UTS te investeren als zij geen rendement op haar investering (return on investment) kan realiseren.

In Rapport Fase 6 stelt de commissie ten aanzien van het voorgaande:

- De Commissie stelt zich op het standpunt dat verplichte toegang — in de vorm van het tegen kost georiënteerde tarieven delen van netwerkfaciliteiten van passieve en actieve netwerkelementen — een expliciet vereiste moet zijn voor het aangaan van de transactie.
- Er is een overgangperiode van vijf jaar overeengekomen met een daaraan verbonden schadeloosstelling voor LLA indien de huidige regelgeving ten aanzien van het toegang tot het netwerk binnen voornoemde periode zal worden gewijzigd.
- Van schadeloosstelling zal alleen sprake zijn als UTS (en/of de aan haar verbonden groepsvennootschappen) als enige op de markt door de betreffende maatregel worden getroffen.

Het voorgaande is in artikel 8.2(g) van de SPA vastgelegd. Met betrekking tot de rijkwijde en de schadeloosstelling van dit artikel heeft de adviseur verzocht om nadere informatie.

In het advies (e-mail) van HBN d.d. 1 maart 2019 wordt met betrekking tot voornoemd artikel het volgende gesteld:

Section 8.2(g) is dus een vrijwaringbepaling. Het Land Curaçao geeft een vrijwaring af tegen schade welke door de koper (inclusief gelieerde maatschappijen, m.n. de over te nemen UTS groep) geleden wordt als gevolg van een wijziging van het recht van Curaçao die direct of indirect gericht is tegen UTS of de telecom sector waarin UTS actief is. De bepaling tast dus niet de bevoegdheid van het Land Curaçao (of de Staten) aan wetgeving te maken ofte wijzigen. Wel is het gevolg van een dergelijke wijziging van het recht van Curaçao, indien deze (i) binnen 5 jaar na Closing plaatsvindt, (ii) gericht is tegen UTS of de telecomsector, en (iii) daaruit schade voortvloeit, dat het Land Curaçao die schade moet vergoeden.

Een dergelijke bepaling is gebruikelijk in internationale transacties. Het doel is bescherming van investeringen door een buitenlandse investeerder. Met name waar, zoals hier, de verkoper tevens de wetgeving kan beïnvloeden, zou een transactie zonder een dergelijke bescherming de weg openstellen voor de verkoper eerst een (hoge) koopsom te bedingen op basis van de huidige stand van zaken (het investeringsklimaat), om vervolgens na de verkoop de wetgeving zodanig aan te passen dat de verkoper extra voordelen krijgt (bijv. hogere vergoedingen van UTS, of extra verplichtingen voor UTS), die de investering aantasten, en de betaalde koopsom dus niet langer rechtvaardigen.

Ook zonder een contractuele bepaling zoals Section 8.2(g), bestaat genoemde bescherming overigens reeds. Hierbij is allereerst van belang dat Curaçao, als onderdeel van het Koninkrijk der Nederlanden, partij is bij investeringsverdragen met meer dan 100 landen, waarin een gelijke bescherming standaard is opgenomen.

De commissie licht het voorgaande nader toe door te stellen dat:

de zogenoemde stabilization clause wat wordt opgenomen in transactiedocumentatie tussen een (soevereine) staat (als verkoper) en een buitenlandse investeerder (als koper) is bedoeld om de investeerder een fair and equitable treatment te geven. Dit is een principe van internationaal recht waar ook Curaçao – via bilaterale investeringsverdragen – aan gehouden is. De legitieme expectations van de investeerder ten tijde van het realiseren van de investering dienen in zekere mate te worden beschermd. Uit internationale rechtspraak volgt in beginsel “if the legal framework governing the investment changes in a way that was not anticipated or foreseen by the investor at the time of making the investment, then the investor should be compensated for the cost of complying with those changes”. Met andere woorden: ook zonder artikel 8.2(g) zou de koper een vordering tot schadeloosstelling kunnen instellen.

Artikel 8.2(g) zwakt voornoemde hoofdregel af in vorm (geen freeze of law maar compensation of loss) en in tijd (maximaal 5 jaar – dit is inderdaad langer dan de periode dat een bedrag in escrow wordt gehouden).

De commissie heeft aangegeven comfort te hebben bij de verklaringen van haar juridische adviseurs ten aanzien van dit artikel met de daarin opgenomen reikwijdte.

De adviseur kan de toelichtingen op artikel 8.2 (g) volgen. Alhoewel de bevoegdheid van de Staten in directe zin niet wordt beperkt met dit artikel wordt deze indirect wel beperkt door een wijziging van de wet financiële implicatie met zich mee kan brengen. Een mogelijke wetswijziging zal dan wel overwogen moeten plaatsvinden om de financiële consequenties te mitigeren. Dit te meer gezien het feit dat de looptijd van een mogelijke schadeloosstelling voortvloeiende uit deze bepaling de periode van de indemnification escrow overschrijdt.

Niet kan worden gesteld dat de het publieke belang, beschikbaarheid en toegankelijkheid van de telecommunicatie-infrastructuur door de overname en het gestelde in onder andere artikel 8.2 (g) ernstig in het gedrang komen.

6.4 Ondernemingswaarde van UTS

Ten aanzien van de waardering en de validering van de ondernemingswaarde van UTS heeft de Commissie het volgende kunnen vaststellen⁷:

- a) BSC heeft voor de waardering van UTS de bekende standaard waarderingmethodieken gehanteerd;
- b) Met de door BSC gehanteerde waarderingmethodes — zoals blijkt uit de Tweede BSC Waardering — is de ondernemingswaarde van UTS tussen USD 185 miljoen en USD 210 miljoen. Daarbij wordt uitgegaan van een EBITDA (winst vóór rente, belastingen, afschrijvingen en amortisatie) van USD 30 miljoen en een multiple van 6.2 - 6.4. De mediaan van de ondernemingswaarde ligt op USD 194.7 miljoen. De ondernemingswaarde omvat de "in scope" bedrijfsonderdelen;
- c) Het Tweede Indicatieve Bod van LLA bevindt zich in de bandbreedte van de Tweede BSC Waardering.
- d) De Tweede BSC Waardering en het Tweede Indicatieve Bod van LLA en door EY gevalideerde ondernemingswaarde van UTS sluiten op elkaar aan.

In Rapport Fase 6 van 16 februari 2019 is gesteld dat als waarderingsgrondslag om te komen tot de koopprijs is genomen de genormaliseerde EBITDA maal factor 6.09. De te verwachten genormaliseerde EBITDA is na onderhandelingen door partijen vastgesteld op USD 31.1 miljoen. De te verwachte ondernemingswaarde c.q. de koopprijs is derhalve USD 189.39 miljoen (de "Verwachte Koopprijs").

⁷ Rapport Fase 3 en Fase 4 d.d. 10 januari 2019 van de commissie

Het gestelde in voornoemd Rapport blijkt echter achterhaald te zijn. In Rapport Fase 6 van 14 maart 2019 wordt gesteld dat intern onderzoek inmiddels heeft aangetoond dat de EBITDA waarschijnlijk zal verlagen naar 30.5 waardoor de verwachte ondernemingswaarde USD 185.4 miljoen zal zijn. Voor Curaçao zal de “verwachte Koopprijs” derhalve USD 162.2 bedragen.

Volledigheidshalve zij gesteld dat de uiteindelijke koopprijs tot aan de datum van “Closing” kan wijzigen en na de verkoop pas het definitieve koopprijs wordt vastgesteld. Het voorgaande betreft ook een bruto koopprijs waarvan nog geïdentificeerde schulden van UTS in mindering zullen worden gebracht waardoor de netto koopprijs geschat wordt op USD 84 miljoen. Hier van zal nog een bedrag van USD 40 miljoen bestemd worden voor twee escrow account. De adviseur zal in paragraaf 6.5.4 hier nader op ingaan.

De adviseur heeft geen commentaar op waarderingmethodiek om de ondernemingswaarde te bepalen van UTS. Het proces is ook door de commissie gevalideerd en goed bevonden.

6.5 Shared Purchase Agreement

6.5.1 De Koper / Liberty Latin America Limited / Cable & Wireless Curaçao Holding B.V

De SPA wordt aangegaan tussen Cable & Wireless Curaçao Holding B.V., UTS en het Land Curaçao. De inschrijver bij de aanbesteding was echter Liberty Latin America Limited (hierna: LLA). De onderhandelingen hebben ook plaatsgevonden met LLA. Uit de aangeleverde stukken is echter geen enkel document met betrekking tot LLA aangetroffen. WJZ merkt dit ook op in zijn advies van 22 februari 2019 met zaaknummer 2019/004430.

Het is begrijpelijke dat bedrijfsgevoelige informatie in zo'n proces niet kan worden prijsgegeven doch had er wel algemene bedrijfsinformatie kunnen worden gevoegd bij de stukken die wel publiekelijk beschikbaar zijn. Alhoewel alle onderhandelingen hebben plaatsgevonden met LLA wordt de overeenkomst niet afgesloten met LLA maar met een kennelijk specifiek op 24 januari 2019 hiervoor opgerichte BV, Cable & Wireless Curaçao Holding B.V, die de aandelen van UTS gaat verkrijgen. Uit de statuten van de vennootschap blijkt dat de vennootschap door Columbus Curaçao (Barbados) INC. is opgericht.

De Minister stelt dat hierbij fiscale en juridische motieven een rol hebben gespeeld. Deze vennootschap heeft volgens de commissie slechts het doel om als koper te fungeren en lijkt voor de rest een lege vennootschap te betreffen⁸. Uit het uittreksel van het Handelsregister van Curaçao blijkt dat de vennootschap 10 aandelen met een nominale waarde van USD 1 bezit.

Het is niet ongebruikelijk dat bij overnames van aandelen zo'n constructie wordt gebruikt niet alleen louter om fiscale en juridische motieven maar in het bijzonder ter bescherming van de koper dan wel de moedermaatschappij.

Het voorgaande kan echter wel met zich mee brengen dat de verhaalsmogelijkheden van de verkoper indien de verkoper een claim zou kunnen doen gelden op de koper beknop worden. Je kunt immers de moedermaatschappij waarmee de onderhandeling feitelijk hebben plaatsgevonden niet aanspreken dan wel aansprakelijk stellen daar zij geen partij zijn bij de uiteindelijke overeenkomst.

⁸ Brief d.d. 13 maart 2019 met zaaknummer 2019/007260 van de Minister

De SPA in hoofdlijnen de volgende bepalingen:

- I. Article I DEFINITIONS
- II. Article II PURCHASE AND SALE OF TRANSFERRED SHARES
- III. Article III CLOSING
- IV. Article IV REPRESENTATIONS AND WARRANTIES OF THE SHAREHOLDER
- V. Article V REPRESENTATIONS AND WARRANTIES OF THE BUYER
- VI. Article VI POST-CLOSING COVENANTS
- VII. Article VII [INTENTIONALLY OMITTED]
- VIII. Article VIII INDEMNIFICATION
- IX. Article IX MISCELLANEOUS

De adviseurs zal voor zover noodzakelijk de artikelen bespreken.

6.5.2 Onderhandelingsdomein

Uitgangspunt van de onderhandelingen was de verkoop van 100% van de aandelen van UTS. Het behoort dan in beginsel te gaan om een stikt privaatrechtelijke onderhandeling en transactie. Waarbij Curaçao als openbare rechtspersoon onderhandelingen voert om zijn belangen in de UTS te vervreemden. De Corporate Governance brengt dan met zich mee dat er een stikte scheiding aangehouden dient te worden tussen de privaatrechtelijke aangelegenheden en publiekrechtelijke aangelegenheden een en ander met in achtneming van artikel 4.1 van de Code, de statutaire bepalingen van UTS alsmede de relevante artikelen van boek 2.

De onderhandelingen hadden in beginsel gelet op het voorgaand slechts privaatrechtelijke zaken moeten betreffen aangaande de vennootschap. Het is de adviseur opgevallen dat de koper kennelijk van de gelegenheid gebruik heeft gemaakt om ook publiekrechtelijke zaken te bedingen. Verwezen wordt naar onder andere sectie 3.2 sub (b) onder (xx), (xxi) en onder (xxiv) waarbij de verplichting is opgenomen om een tweetal ministeriele beschikking af te geven. Eveneens wordt verwezen naar sectie 3.2 sub (b) onder (xxv) en sectie 6.14 waarbij de verplichting wordt opgelegd opdat de Inspectie der Belasting bepaalde beschikking af geven. Ook sectie 6.12, 6.13 alsmede 8.2 (g) betreffen publiekrechtelijke zaken. Alhoewel het uit het oogpunt van de koper te volgen is dat deze zaken in de onderhandelingen betrokken worden, had het op de weg van Curaçao gelegen om te stellen dat er in de onderhandelingen in beginsel geen mengeling mag plaatsvinden tussen de privaatrechtelijke aangelegenheden en publiekrechtelijke aangelegenheden.

6.5.3 Toepasselijk recht

In de sectie 9.7 van de SPA wordt de 'Law of the State of New York' van toepassing verklaard op de overeenkomst, met uitzondering van die bepalingen die de interpretatie van de overeenkomst en de geschillen daar uitvloeiende zou overlaten aan het recht van een ander jurisdictie. Tevens wordt voorgesteld om geschillen voor te leggen aan de American Arbitration Association met zitplaats New York, New York. Voor voorlopige maatregelen kan de 'United States District Court for the Southern District of New York dan wel the New York State Supreme Court, County of New York, voor zover bevoegd, worden benaderd (Artikel 9.8 (h)). De adviseur heeft begrepen dat de koper bezwaar had tegen de keuze van het Curaçaos recht. Het had echter op de weg van Curaçao gelegen nu de koper tevens publiekrechtelijke zaken heeft bedongen om te bedingen dat het recht van Curaçao op de SPA van toepassing zou worden verklaard. Daarnaast zij gesteld dat de kosten gemoeid met het procederen in New York en de Claims die daar kunnen worden toegekend aanzienlijk hoger zijn dan hier te lande. De commissie heeft aangegeven dat de koper niet bereid was om te onderhandelen over het toepasselijk recht en zich terug zou trekken indien dit geen NY law zou zijn.

6.5.4 Purchase price

Het Land Curaçao is voor 87,5% aandeelhouder in UTS. Het gaat om 157.500 aandelen, genummerd 22.501 tot 180.000.

In de SPA artikel II is overeengekomen dat de kopende partij (Curaçao) in beginsel afgerond USD 165.500.000⁹ zal betalen voor de verkrijging van de aandelen van verkopende partij (de aankoopsom), gebaseerd op $6.09 * 87.5\% * \text{de (target) EBITDA per 31-12-2018 van USD 31.085.000}^{10}$.

Op deze op de (bruto)aankoopsom (Purchase price) van USD 165.544.5000 zullen ingevolge de concept-SPA de volgende aanpassingen plaatsvinden direct voorafgaand aan de datum van afsluiting (Closing) van de overeenkomst (SPA), gebaseerd op de te goeder trouw (good faith) alsdan op te leveren Estimated Closing Statement door UTS:

- Indien aan de orde verhoogd met 87,5% van het bedrag waarmee de Estimated Closing Working Capital groter is dan de Target Working Capital (van negatief ANG 40.890.000) dan wel verlaagd met 87,5% van het bedrag waarmee de Estimated Closing Working Capital groter is dan de Target Working Capital.
- Verlaagd met 87,5% van het beraamde bedrag van de uitstaande schulden (Indebtedness) van UTS (voor zover deze de Included Businesses treft)
- Verlaagd met het beraamde bedrag van nog te betalen kosten verband houdende met de totstandkoming van overeenkomst/transactie (Transaction Expenses).

Alsdan resteert de zogenoemde Closing Date Payment.

De uitstaande schulden bedragen conform het "indebtedness Detail" op 28 februari 2019 ruim USD 94 miljoen. Ruim USD 40 miljoen hiervan betreft hypotheek, faciliteit bij de bank, lening en financiering bij een leverancier. Ruim USD 55 miljoen betreft voorziening voor duurtetoeslag, achterstallige duurtetoeslag en voorzieningen voor de reorganisatie. Ook is er een bedrag van circa USD 7 miljoen bestemd voor onbetaalde concessies. De schulden worden deels gecompenseerd met de liquide middelen van UTS. Het restant van ruim USD 94 miljoen wordt voor 87,5% in mindering gebracht op de (bruto)koop prijs van Curaçao. Hierdoor komt de (netto)koop prijs voor Curaçao USD. 79.3 miljoen te bedragen¹¹.

De adviseur heeft in de stukken niet alle achterliggende documenten aangetroffen met betrekking tot uitstaande schulden. Wel heeft de adviseur in het bijzonder ten aanzien van de duurtetoeslag problematiek alsmede de schuldverhouding tussen BTP, Curaçao en UTS enige informatie alsmede adviezen van het Ministerie van Financiën en WJZ aangetroffen. Uit de stukken valt niet op te maken in hoeverre het Ministerie van Financiën dan wel het Ministerie van VVRP zich gebogen hebben over deze schulden die meer belopen dan de helft van de (bruto) verkoopprijs.

De betaling van de aankoopsom (Purchase Price) zal op de datum van afsluiting van de overeenkomst (SPA) door de kopende partij conform de concept-SPA als volgt geschieden:

- Aan de aandeelhouder het bedrag waarmee de Closing Date Payment de bedragen ten behoeve van de escrow rekeningen overstijgt;
- Aan de Escrow Agent de bedragen voor de Purchase Price Escrow Account (USD 10.000.000) en de Indemnification Escrow Account (USD 30.000.000).
- Aan de toepasselijke personen c.q. bedrijven de uitstaande schulden namens UTS (voor zover deze de Included Businesses treft)

⁹ Bedrag is inmiddels verlaagd naar USD 162.2; Rapport Fase 6 d.d. 14 maart 2019

¹⁰ Bedrag is inmiddels verlaagd naar USD 30.5; Rapport Fase 6 d.d. 14 maart 2019

¹¹ Deze bedragen zijn aan wijzigingen onderhevig, de berekeningen en bedragen moeten gezien worden als een benadering van hetgeen de verkoop zou kunnen opleveren.

- Aan de toepasselijke personen c.q. bedrijven de uitstaande kosten verband houdende met de totstandkoming van de overeenkomst/ transactie

Zoals hierboven vermeld zal bij de “Closing” op de (netto)koop prijs ook de bedragen voor de escrow regelingen hierop in mindering worden gebracht, waardoor de door Curaçao te ontvangen bedrag circa USD 39 miljoen zal bedragen.

Uiterlijk 120 dagen na de datum van afsluiting van de overeenkomst (SPA) zal de kopende partij een te goeder trouw Closing Statement op stellen op basis waarvan de Closing Date Payment (ex post de datum van afsluiting overeenkomst) nog kan worden aangepast. Bij afwijkingen van de Closing EBITDA ten opzichte van de Target EBITDA zijn maximale aanpassingen voor wat betreft de Closing Date Payment naar boven (USD 1,8 mln. indien ten gunste van de verkopende partij) dan wel naar beneden (USD 3.9 mln. indien ten gunste van de kopende partij) overeengekomen.

Op het moment dat er, na mogelijk gemaakt bezwaar van de verkopende partij (en mogelijke arbitrage), geen betwiste onderdelen meer zijn in de Closing Statement dan wordt op basis daarvan de finale aankoop som (Final Purchase Price) bepaald.

Wanneer alsdan de Closing Date Payment groter is dan de Final Purchase Price (in het voordeel van de kopende partij) zal het verschil vanuit de Purchase Price Escrow account aan de kopende partij worden uitbetaald. Het na de uitbetaling van de kopende partij dan resterende saldo op de Purchase Price Escrow account (indien aanwezig) zal vervolgens aan de verkopende partij worden uitbetaald.

Mocht het verschil tussen de Closing Date Payment en de Final Purchase Price groter zijn dan het bedrag op de Purchase Price Escrow account (USD 10.000.000) dan wordt aan de kopende partij 1) het volledige saldo van de Purchase Price Escrow account uitbetaald en 2) voor het meerdere wordt de kopende partij uitbetaald uit de Indemnification Escrow account, met dien verstande dat de verkopende partij alsdan de Indemnification Escrow account aan dient te vullen.

Wanneer de Closing Date Payment gelijk is de Final Purchase Price zal de het volledige saldo (van USD 10.000.000) van de Purchase Payment Escrow account aan de verkopende partij worden uitbetaald.

Wanneer de Final Purchase Price groter is dan de Closing Date Payment (in het voordeel van de verkopende partij) dan zal de het volledige saldo van de Purchase Price Escrow account (USD 10.000.000) aan de verkopende partij worden uitbetaald en zal de kopende partij het verschil tussen de Final Purchase Price en de Closing Date Payment (met rente vanaf de datum van afsluiting van de overeenkomst) aan de verkopende partij overmaken.

De Indemnification Escrow account van USD 30.000.000 dient ter dekking van op grond van artikel VIII mogelijk in te dienen claims door de kopende partij die voortvloeien uit het niet nakomen van in de concept-SPA opgenomen verplichtingen dan wel waarborgen van de verkopende partij, bijzonderlijk in Artikel IV van de SPA.

Ingevolge artikel VI van de SPA kan de verkopende partij (het Land Curaçao) nog gecompenseerd worden als binnen 6 maanden van de datum van afsluiting van de overeenkomst (SPA) voor de kopende partij (via de belastingdienst) voldoende is komen vast te staan wat de exacte hoogte van de nog ongebruikte compensabele verliezen van UTS (voor zover het de Included Businesses betreft) zijn en wanneer deze verlopen. Deze vergoeding kan maximaal USD 7.500.000 bedragen.



Geconcludeerd kan worden dat in de meest gunstigste scenario waarbij er geen enkel schadeloosstelling dan wel schadevergoeding zal worden uitgekeerd alsmede de hierboven genoemde compensatie van USD 7.500.000,- zal worden ontvangen de geschatte netto opbrengst voor Curaçao USD 85 miljoen zal bedragen.

In de worst case scenario waarbij beide escrow account volledig worden aangesproken en de compensatie uitblijft zal de geschatte netto opbrengt voor Curaçao circa USD 40 miljoen bedragen.

In het voorgaande zijn de mogelijke opbrengsten van de excluded business buiten beschouwing gelaten.

6.5.5 Verklaringen en garantie

Artikel 4 van de SPA betreft verklaringen die Curaçao aflegt omtrent onder andere de feiten en rechtstoestand van UTS alsmede de garantie die Curaçao verstrekt ten van diverse zaken.

De aandeelhouder is in beginsel allen maar vermogens verschaffer en aan hem komt geen andere bevoegdheden en verantwoordelijkheden toe dan die hij in een aandeelhoudervergadering kan uitoefenen. De vennootschap dient in dit kader een dusdanig besluit te nemen ten aanzien van de winst bestemming teneinde de vermogensverschaffers een redelijke vergoeding te bieden voor het door hen geïnvesteerde vermogen.

Afgezien van de besluiten die een aandeelhouder kan nemen in een vergadering van aandeelhouders ten aanzien van benoemingen en ontslag van bestuurders en leden van de raad van commissarissen, verstrekt hij ook bijvoorbeeld goedkeuring aan de besluiten van het bestuur omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming.

Ook neemt de aandeelhouder besluiten in de algemene vergadering van aandeelhouders ten aan zien van onder andere:

- het reservering- en dividendbeleid van de vennootschap (de hoogte en bestemming van de reservering, de hoogte van het dividend);
- het voorstel tot uitkering van dividend;
- eventuele vervreemding van aandelen van de vennootschap;
- eventuele participatie in andere rechtspersonen dan wel vervreemding van deelnemingen waarin de vennootschap participeert;
- goedkeuring van het door het bestuur gevoerde beleid (décharge van bestuurders);
- goedkeuring van het door de raad van commissarissen uitgeoefende toezicht (décharge van commissarissen);
- benoeming van de externe accountant, uitgaande van een maximale zittingstermijn van vier jaren.

De bevoegdheid en verantwoordelijkheid van de aandeelhouder zijn gelet op het voorgaande en de scheiding van verantwoordelijkheden en bevoegdheden tussen de organen van de vennootschap zeer beperkt. Ook de kennis van interne aangelegenheden en feiten van de vennootschap zijn gelet op het voorgaande zeer beperkt. Het merendeel van de in artikel 4 van de SPA opgesomde zaken waarvoor Curaçao dient in te staan, betreffen feiten en zaken waar Curaçao als aandeelhouder in beginsel geen kennis van draagt nog kan dragen. Het betreffen voor het merendeel interne zaken van UTS waar de bestuurder en zijn management team en de raad van commissarissen kennis van dragen.

Het Ministerie van financiën stelt in zijn advies van 13 maart 2019 met zaaknummer 2019/9697 het volgende ten aanzien van het voorgaande:

Een groot deel van de SPA gaat over de vraag van de koper of hij datgene krijgt, dat hem is beloofd. Zowel de beloofde items als de uitzonderingen daarop worden in artikel 4 in vele secties uitgewerkt en moeten in detail worden beschreven in de overzichten, opgenomen in de Company Disclosure Schedules. Die overzichten zijn niet bij de ontvangen versie gevoegd.

Hoewel de aandeelhouder verantwoordelijk wordt gesteld voor de juistheid en volledigheid van die overzichten, moeten die gegevens door het management van UTS zijn aangeleverd. Het is dus van het grootste belang voor de aandeelhouder, dat de leden van het management van UTS zich zorgvuldig van die taak kwijten dan wel hebben gekwetend en hiervoor ook hun verantwoordelijkheid aanvaarden. Ik onderschrijf dan ook het bepaalde in punt 49 van het advies van de commissie privatisering, waarin het bestuur van UTS wordt uitgenodigd een schriftelijke verklaring op te stellen en te overleggen aan de commissie en het Land Curaçao dat de "representations & warranties" zoals opgenomen in de SPA zijn geverifieerd door UTS en dat het bestuur instaat voor de juistheid, volledigheid en betrouwbaarheid daarvan. Deze verklaring dient ook de gegevens van de jaarrekening 2018 te omvatten.

Het Ministerie van financiën adviseert de Minister om een dergelijke verklaring van het management van UTS te ontvangen alvorens de SPA kan worden ondertekend.

In het advies van WJZ d.d. 11 maart 2019 met zaaknummer 2019/007994 is het volgende gesteld met betrekking tot decharge, vrijwaring en aansprakelijkheid van de bestuurder:

WJZ vraagt uw aandacht voor Section 6.4 van de SPA. Dit artikel/deze paragraaf is in eerdere adviezen voor wat betreft de kwijtschelding en finale kwijting aspect reeds aangekaart.

In de SPA is met namen door de Koper bedongen dat partijen elkaar over en weer vrijwaren van elke aansprakelijkheid en elkaar toezeggen niet dusdanige acties jegens elkaar te ondernemen onder andere voor wat betreft de bedrijven die deel uitmaken van de zogenoemde Company Group en hun vertegenwoordigers in verband met zaken die zich voor de Closing hebben voltrokken. Hieronder vallen ook de huidige bestuurders van UTS die conform de onderliggende concept SPA zullen aanblijven als bestuurders meegaan na de verkoop

Uit de voorgestelde agenda voor de AVA die op 31 januari 2019 zou plaatsvinden en het laatste aandeelhoudersbesluit dat WJZ heeft ontvangen blijkt ook dat aan de bestuurders decharge zal worden verleend ten aanzien van het jaarverslag van 2017 en tevens decharge voor de uitvoering van hun taken tot en met 31 december 2017.

Hiernaast zal het Land na de Closing ook verantwoordelijk blijven voor de verschillende verplichtingen die UTS jegens de Koper heeft op grond van de SPA en voor garanties en verklaringen die UTS jegens de Koper doet in de SPA.

WJZ merkt daarnaast op dat UTS over de afgelopen jaren (>2008) al dan niet door haar dochterondernemingen verlies heeft geleden. Voor zover bekend heeft geen onderzoek plaatsgevonden naar de rol die de bestuurders van UTS eventueel hebben gespeeld bij het creëren van deze verliezen en in hoeverre al dan niet is gehandeld conform good corporate governance.

De vraag is derhalve of het Land als aandeelhouder hierbij zorgvuldig en conform good corporate governance handelt indien het Land onbepaald en onvoorwaardelijk decharge verleent, dan wel toezeggingen hiertoe doet in de SPA.

De adviseur kan zich vinden in het standpunt van het Ministerie van Financiën alsmede de aandachtspunten van WJZ. Het is aan te raden om niet slechts een verklaring van het bestuur te ontvangen van de juistheid van onder andere de in artikel 4 van de SPA vermelde zaken maar ook een verklaring van de raad van commissarissen. Dit te meer gezien het feit dat de algemene vergadering van aandeelhouder onverlet het advies van WJZ reeds decharge heeft verstrekt aan de bestuurders en leden van de raad van commissarissen bij de vaststelling van de jaarrekening 2017 van UTS middels een besluit buiten AVA van 8 maart 2019.

Volledigheidshalve zij gesteld dat de adviseur geen voorstel tot dividendbeleid en balansnormering UTS heeft mogen ontvangen voor het jaar 2017.

6.5.6 Duurtetoeslag

Het Ministerie van Financiën wijst in zijn advies van 19 februari 2019 ook op het negatieve gevolg voor het Land Curaçao door het onderbrengen van duurtetoeslagverplichtingen van UTS bij Vida Nova van geschat op USD 3.4 miljoen, omdat de kopende partij niet bereid is deze verplichtingen op zich te nemen.

In de aanbiedingsbrief aan SBTNO van de Minister van 13 maart 2019 staat het volgende met betrekking tot de duurtetoeslagverlichtingen:

Er is een kleine groep werknemers die beide kan doen op duurtetoeslag. Conform de wet is de werkgever (UTS) verantwoordelijk voor de uitbetaling van de duurtetoeslag. De hoogte van het bedrag is vastgesteld. UTS is financieel niet solvabel genoeg om het bedrag aan duurtetoeslag uit te betalen. De koper wil dit risico niet hebben. Vidanova heeft aangeboden het bedrag aan duurtetoeslag te zullen uitkopen. Daartegenover staat een escrow als garantie indien Vidanova failliet zou gaan. ...Een bedrag van ANG. 3 mln. [van de Indemnification escrow account] blijft voor een periode van 40 jaar dan wel tot aan het moment dat het juridisch risico ten aanzien van de duurtetoeslag volledig is gemitigeerd.

De adviseur merkt op dat in de concept-SPA middels artikel 3.2 b. (xxiii), 6.13, 4.23 p en 8.4 het volgende is opgenomen met betrekking tot de duurtetoeslagverplichtingen:

De aandeelhouder [het Land Curaçao] draagt zorg voor de levering aan de koper van de overeenkomst (bijgevoegd als Exhibit E) betreffende gemaakte afspraken aangaande bepaalde pensioenverplichtingen/aansprakelijkheden van UTS/de Company Group, in voorkomend geval, uitgevoerd door de toepasselijke partij(en) (de Pension Arrangement).

De aandeelhouder [het Land Curaçao] dan wel UTS heeft volledige en accurate informatie aan Vidanova verstrekt met betrekking tot de onderhandelingen, evaluatie, besprekingen en formalisering van de Pension Arrangement.

De aandeelhouder zal de aanwijzing van UTS/Antelecom intrekken dan wel zorgdragen voor de intrekking op grond van artikel 5 van de pensioenlandsverordening overheidsdienaren, en zal zich aanvullend uiterst inspannen om (a) de pensioenlandsverordening, de duurtetoeslagregeling of andere van toepassing zijnde wetgeving te wijzigen en/of (b) het bevorderen van een (contractuele) overeenkomst alsdan resulterend in de onherroepelijke en onvoorwaardelijk ontheffing van elke verplichting/aansprakelijkheid voor UTS/de Company Group gerelateerd aan de Pension Arrangement (de Pension Release).

In het geval de Pension Release niet heeft plaatsgevonden binnen 24 maanden na de Closing Date, zal USD 3 mln. niet worden vrijgegeven van de Indemnification escrow account en zal daarop blijven tot dat (1) de Pension Release is voltooid dan wel (2) de datum waarop er geen verplichtingen/aansprakelijkheden meer bestaan met betrekking tot de Pension Arrangement.

Inmiddels is het bedrag van USD 3 miljoen verhoogd tot USD 5 miljoen. Het Ministerie van Financiën heeft in zijn advies van 22 maart 2019 aangegeven geen bezwaar te hebben tegen deze wijziging. De totale omvang van de betreffende escrow zal ongewijzigd blijven.

Volledigheidshalve wijst de adviseur erop dat van de bruto koopprijs ook aanzienlijke bedragen in mindering worden gebracht in verbande met pensioen dan wel duurtetoeslag voorzieningen een en andere zoals volgt uit de "Indebtedness Detail"



6.5.7 Escrow accounts

Naar aanleiding van het verzoek tot nadere informatie heeft de commissie toelichting gegeven met betrekking tot de hoogte van de Purchase Price Escrow account (USD 10.000.000) de Indemnification Escrow account van USD 30.000.000. de commissie heeft hieromtrent het volgende aangegeven:

Indemnification escrow: tussen 10% en 20% van de verkoopprijs. Dit is een marktconforme methode om de escrow amount te bepalen.

Purchase price escrow: tussen de 5% en 10% van de verkoopprijs. Ook marktconform (deze escrow zit nu rond de 5% van de verkoopprijs).

De Commissie heeft zich tijdens de onderhandelingen ingezet voor een goede prijs (uiteraard afhankelijk van de resultaten (EBITDA) van UTS)) en een lage escrow. De Indemnification escrow is door de koper ingezet op USD 50 miljoen en de purchase price escrow is door de koper ingezet op USD 12.5 miljoen.

Voorts heeft UTS de afgelopen jaren verliezen gemaakt. In 2017 ANG 42 miljoen, in 2018 ANG 73 miljoen en voor 2019 is het vooruitzicht ook somber. Het is de verwachting dat Land Curaçao in de komende 3 a 4 jaar om en nabij ANG 150/ANG 160 zou moeten gaan afschrijven indien de transactie geen doorgang vindt.

De commissie heeft in zijn toelichting gesteld dat de wijze om te komen tot de hoogte van de escrow account marktconform zouden zijn, dit echter zonder enige bronvermelding.

Alhoewel er geen bron vermelding is kan de adviseur zich op grond van eigen marginaal onderzoek^{12 13} enigszins verenigen met de voor de escrow account gestelde kaders voor de vaststellen van de hoogte hiervan. Alhoewel de adviseur de mening is toegedaan de Indemnification escrow wellicht aan de hoge kant is zijnde bijna 19%. van de bruto verkoopprijs.

De adviseur vraagt zich ook wel af of deze percentages niet aan een correctiefactor onderhevig moeten zijn, een en andere afhankelijk van de schulden en verplichtingen die de verkoper bij de koop reeds op zich neemt en ten lasten gaat van de bruto opbrengst. Indien immers bij het vaststellen van de hoogte van de escrow account alleen als uitgangspunt de bruto verkoopprijs in acht wordt genomen zonder dat de aftrekposten hierop in beschouwing worden genomen zou theoretische de slotsom kunnen zijn de verkoper netto een zeer gering bedrag uitbetaald krijgt.

Indien het escrowbedrag voor de Indemnification in dit geval afgezet wordt tegen de netto koopprijs UTS komt dit neer op ruim 37% van de netto verkoopprijs.

6.5.8 Overige

Artikel 6.7 van de SPA bevat de verplichting om de Chippie en UTS “brands” te blijven gebruiken tot eind 2019. Uit de stukken is niet gebleken waarom Curaçao het voorgaande bedongen heeft.

In artikel 6.8 zijn de diensten aan de gemeenschap bedongen zoals; internet voor scholen, Universiteiten en bibliotheken voor een periode van nog 10 jaar. Dit betreft kennelijk diensten die UTS reeds verleende aan de gemeenschap.

In artikel 6.9 zijn bepaalde zekerheden gesteld ten behoeven van het personeel van UTS een en ander met een looptijd van 2 jaar.

Artikel 6.10 regelt het recht van Curaçao om me te dingen naar de koop van de aandelen indien de koper deze gaat verkopen.

¹² <https://www.sfgh.com/siteFiles/News/EMC%20-%20CBA%20Indemnification%20Presentation%20Final.pdf>

¹³ https://www.seyfarth.com/dir_docs/publications/MA%20SurveyBookEdition2.pdf

Voor de verplichtingen en garantie van de koper is het kennelijk niet noodzakelijk geacht om een escrow account als zekerheid aan te houden voor de mogelijke schade die Curaçao zou kunnen leiden indien de koper zijn verplichtingen niet na zou komen.

7 Gevolgen voor de begroting Curaçao

Gebaseerd op van en aansluitend bij het rapport van de Commissie Privatisering UTS (fase 6) d.d. 16 februari 2019, geeft het Ministerie van Financiën in het advies van 19 februari 2019, aan dat voor het Land Curaçao vanwege de overdracht van 87,5% van de aandelen van UTS een netto koopprijs [*in de concept-SPA de Closing Date Payment*] resteert van USD 87,2 miljoen¹⁴., waarbij vooralsnog slechts rekening is gehouden met de betaling van het beraamde bedrag van de uitstaande schulden van UTS (voor zover deze de Included Businesses treft).

Aangezien uit deze netto verkoopprijs twee escrow accounts worden gevuld [ter zekerstelling van de koper] - de Purchase Price escrow van USD 10 mln. en de Indemnification escrow van USD 30 mln. -, waarvan de eerste een korte looptijd heeft, verwacht het Ministerie van Financiën in 2019 maximaal een bedrag voor 2019 van USD 57,2 mln.

De adviseur tekent aan dat op de Closing Date derhalve vooralsnog slechts van USD 39.3 miljoen mag worden uitgegaan

De adviseur merkt op dat de commissie een bedrag van USD 88,6 (87.4)¹⁵ noemt als netto koopprijs. Overigens lijken de cijfers met betrekking tot de netto koopprijs (Closing Date Payment) tot aan de finalisatie van de transactie met name voor wat betreft de uitstaande schulden van UTS (Indebtedness) waarmee de bruto verkoopprijs wordt verlaagd en de netto koopprijs mogelijk lager kan uitvallen.

In het advies van het Ministerie van Financiën wordt aangegeven dat de commissie de netto koopprijs (Closing Date Payment) heeft afgezet tegen de berekende intrinsieke [markt]waarde van (de bij de voorgenomen aandelentransactie betrokken onderdelen) van UTS en alsdan een positief verkoopresultaat wordt gerealiseerd. [Voor het aandelenpakket van Curaçao is dit door de Commissie Privatisering UTS berekend op USD 18,6 mln.]

Uitgaande van het in de boeken opgenomen tegen de historische kostprijs gewaardeerde aandelenpakket van Curaçao in UTS, een opgenomen dividenduitkering en een vordering wegens overwaarde, berekent het Ministerie van Financiën een boekverlies van ANG 93,4 mln. bij de verkoop van de aandelen UTS. Het Ministerie van Financiën tekent daarbij evenwel aan dat dit boekverlies niet geheel moet worden toegeschreven aan de voorgenomen aandelentransactie, omdat hierin ook de 3 jaarsperiode waardevermindering is inbegrepen. Het Ministerie stelt in zijn advies van 19 februari 2019 dat de beslissing om wel of niet tot verkoop [van de aandelen] over te gaan veeleer moet afhangen van de vraag of UTS zelfstandig in staat is weer afdoende winstgevend te worden en of UTS voldoende geldmiddelen kan verkrijgen om technologisch te investeren.

Het Ministerie heeft in zijn advies ook aan dat de uiteindelijke netto verkoopprijs nog kan worden beïnvloed door:

- De waarde van de compensatie verliezen van UTS [maximaal USD 7,5 positief];
- Het aanspreken van de Purchase Price escrow account [maximaal USD 10 miljoen negatief];
- Het aanspreken van de Indemnification account [maximaal USD 30 miljoen. negatief]

¹⁴ Dit bedrag is niet meer actueel en bedraagt inmiddels om en nabij de USD 79,3 miljoen

¹⁵ Rapport Fase 6 d.d. 14 maart 2019; ook het bedrag van 87.4 is achterhaald

De adviseur merkt op dat indien de uiteindelijke netto koopprijs USD 15 miljoen lager zou uitkomen, door het niet nakomen van afspraken door de verkopende partij, dan wel claims door de verkopende partij, de intrinsieke [markt]waarde zoals aangegeven door de Commissie Privatisering UTS, niet meer wordt goedge maakt en het boekverlies navenant zal stijgen

8 Overdracht aandelen Sint Maarten

Uit het schrijven van 13 maart 2019 met zaaknummer 2019/00726 van de Minister en Rapport Fase 6 d.d. 16 februari 2019 van de Commissie volgt het volgende ten aanzien van de overdracht dan wel verkoop van de aandelen van Sint Maarten:

De koper heeft aangegeven alle aandelen van UTS te willen verkrijgen, In het enkel verkrijgen van een meerderheidsbelang heeft de koper geen interesse. Voor een succesvolle Transactie is een consensus tussen de twee huidige aandeelhouders derhalve cruciaal. De Commissie heeft kunnen begrijpen dat Sint Maarten inmiddels besloten heeft haar aandelen — indirect — te verkopen aan de koper. Op 8 februari 2019 heeft de Commissie Sint Maarten aan de Commissie en de koper bevestigd dat Sint Maarten akkoord gaat met het voorstel dat de aandelen van Sint Maarten door UTS worden ingekocht tegen een prijs per aandeel gelijk aan de prijs per aandeel in de Transactie. Het ligt derhalve in de bedoeling dat de aandelen van Sint Maarten in UTS (12,5 %) zullen worden ingekocht door UTS. Conform de statuten (artikel 5, vijfde lid) kan de vennootschap aandelen inkopen. Hiertoe is een besluit van de Algemene Vergadering van Aandeelhouders nodig.

De adviseur heeft in de stukken afgezien van het schrijven van the Corporate Governance Council Sint Maarten d.d. 20 februari 2019 geen stukken aangetroffen waaruit de instemming van Sint Maarten blijkt ten aanzien van de verkoop dan wel inkoop van de aandelen van Sint Maarten en de hieraan verbonden voorwaarden.

Met betrekking tot de verkoop dan wel de inkoop door de UTS van de aandelen van Sint Maarten stel het Ministerie van Financiën in zijn advies van 19 februari 2019 en 27 februari 2019 met zaaknummer 2019/007984 het volgende:

Sint Maarten deelt mee in de opbrengsten van de verkoop van de aandelen en in de mogelijke opbrengsten van de vermogensbestanddelen, die buiten de transactie worden gehouden. Sint Maarten draagt echter niet mee in de risico's, die met de escrow-regelingen worden afgedekt. Hoewel hier een onevenwichtigheid in schuilt, heeft de commissie voor deze oplossing gekozen om Sint Maarten aan de overeenkomst te kunnen binden en gezien het beperkte aandeel in het risico, dat aan de eerste escrow-regeling is verbonden (12,5% van US\$ 10 miljoen). Het risico van de tweede escrow-regeling wordt bepaald door besluitvorming van Curaçao en het is volgens de commissie dan ook logisch dat Sint Maarten niet in dit risico hoeft te delen. Het Ministerie van Financiën kan zich vinden in deze redenering.

De adviseur kan de redenering van de commissie en het Ministerie van Financiën hierin niet geheel volgen. De rechten, plichten en waarde van aandelen zijn niet afhankelijk van wie de aandeelhouder is dan wel waar de aandeelhouder gevestigd is. Gelet hierop zou bij zo'n transactie waarbij 100% van de aandelen aan eenzelfde koper wordt vervreemd er sprake moeten zijn van gelijke behandeling van alle aandeelhouders waarbij alle aandeelhouders in gelijke mate meedelen in de baten en lasten en risico's van de transactie.

Uit het voor Curaçao beschikbare bedrag worden een tweetal escrow rekeningen gevuld ten behoeve van mogelijk alsnog optredende risico's. Deze risico's worden dus volledig door Curaçao gedragen.

De eerste escrow regeling (purchase price escrow) met een bedrag van US\$ 10 miljoen heeft een looptijd van 120 dagen en dient in het bijzonder ter dekking het risico van alsnog blijvende verschillen/posten in de jaarrekening 2018, die invloed hebben op de berekening van de verkoopprijs.

De tweede escrow regeling (vrijwaring-escrow) met een bedrag van US\$ 30 miljoen heeft een looptijd van in totaal 2 jaar en dient ter dekking van het risico, dat bij de verkoop door de overheid gegeven garanties niet worden nagekomen. Dit betreft onder andere risico's op het gebied van regelgeving en heffingen door de regulator (BTP) en door de overheid, die UTS eenzijdig zouden treffen¹⁶. Een bedrag van ANG. 3 miljoen (inmiddels verhoogd tot USD 5 miljoen) blijft gehandhaafd voor een langere periode tot aan het moment dat het juridische risico ten aanzien van de duurtetoeslag volledig is gemitigeerd¹⁷.

De adviseur merkt hier op dat conform Section 8.3 sub (h) Release of Indemnification Escrow account het gaat om USD 3 miljoen (USD 5 miljoen) en geen ANG 3 miljoen.

De verwachte netto opbrengsten voor de landen uit de transactie conform het rapport Fase 6 bedraagt USD 87.6 miljoen voor Curaçao (87.5% van de aandelen) en USD 12.7 miljoen voor Sint Maarten (12.5% van de aandelen)¹⁸. Benadrukt wordt dat deze bedragen inmiddels zijn verminderd. Doch ter illustratie van de onevenwichtigheid zal van deze bedragen worden uitgegaan.

Uitgaande van het voorgaande betekent dat elk der landen per 1% aandeel in beginsel het bedrag van USD 1.0129 miljoen zou toekomen.

Indien verondersteld wordt dat de aandelen van Sint Maarten door de UTS worden ingekocht voor dat de transactie met Curaçao plaatsvindt betekend dit dat die aandelen voor een vaststaand prijs worden ingekocht en niet afhankelijk zullen zijn van o.a. de vaststelling van de jaarrekening 2018 welke na de transactiedatum zal plaatsvinden.

Echter Curaçao loop het risico dat de Purchase price escrow wordt aangesproken waardoor Curaçao maximaal USD 10 miljoen minder ontvangt voor het totale pakket van aandelen met als gevolg dat Curaçao dan slechts 0.899 miljoen zal ontvangen per 1% aandeel.

Benadrukt dient te worden dat de zaken die de Purchase price beïnvloeden geheel buiten de beïnvloedingsfeer van Curaçao liggen en slechts afhankelijk zijn van UTS gerelateerde zaken, dan wel de vaststelling van de jaarrekening 2018 betreffen. Deze risico zoude gelet hierop door alle aandeelhouders in gelijke mate moeten worden gedragen.

Voor wat betreft de tweede escrow regeling zijnde de vrijwaring-escrow wordt gesteld dat Het risico van de tweede escrow-regeling wordt bepaald door besluitvorming van Curaçao en het is volgens de commissie dan ook logisch dat Sint Maarten niet in dit risico hoeft te delen. Ook hier kan de adviseur de commissie niet geheel volgen. Als eerste zij gesteld dat de overeenkomst tot verkoop van alle aandelen alleen maar tot stand is gekomen omdat Curaçao heeft ingestemd met alle door de koper gestelde voorwaarden en verplichtingen zoals vervat in de SPA. De commissie had aangegeven dat indien Curaçao niet zou hebben ingestemd met bepaalde punten de koper zou hebben afgezien van de koop. Dit zou met zich meebrengen dat ook Sint Maarten zijn aandelen niet zou hebben kunnen verkopen. Sint Maarten had derhalve zijn aandelen niet kunnen verkopen indien Curaçao niet bepaalde verplichtingen was aangegaan waarvoor Curaçao aansprakelijk gehouden zou kunnen worden en op grond waarvan de vrijwaring-escrow door de koper zou kunnen worden aangesproken. Sint Maarten heeft er derhalve gelet op de Situatie waarin UTS is komen te verkeren ook alle baat bij de aandelen kunnen worden verkocht.

Afgezien van het voorgaande zij gesteld dat in tegenstelling tot het gestelde door de commissie en het Ministerie van Financiën uit de SPA niet blijkt dat het risico van de tweede escrow-regeling slechts wordt bepaald door besluitvorming van Curaçao. Een groot aantal van de in "Article VI Representations and Warranties of the Shareholder" vervatte zaken betreffen verklaringen, zekerheden en garanties die door de UTS dan wel de bestuurders van UTS verstrekt moeten worden.

¹⁶ Advies Ministerie Financiën 19 februari 2019

¹⁷ Brief d.d. 13 maart 2019 met zaaknummer 2019/007260 van de Minister

¹⁸ Rapport Fase 6. d.d. 16 februari 2019 randnummer 27 (dit rapport is nadien vervangen door een rapport van 14 maart 2019)

Het betreffen onder andere bedrijfsgegevens en zaken waar een aandeelhouder doorgaans geen kennis van draagt, maar indien deze onjuist blijken te zijn dan wel tot schade leiden Curaçao daarvoor wel kan worden aangesproken. Ook de uit artikel VI en VIII voortvloeiende risico's voor schadevergoeding zijn niet allemaal dan wel geheel afhankelijk van besluitvorming van Curaçao. Zo is bijvoorbeeld het risico met betrekking tot duurtetoeslag feitelijk een bedrijfsaangelegenheid die niet toe te schrijven is aan Curaçao als aandeelhouder. Het zijn derhalve niet slechts zaken waarvan het risico afhankelijk is van het handelen of nalaten van Curaçao. En zoals reeds gesteld had de overeenkomst nimmer tot stand kunnen komen indien Curaçao deze verplichtingen niet zou zijn aangegaan. Gelet op het voorgaande zou betoogd kunnen worden dat ook hier alle aandeelhouders voor een deel de risico's moeten dragen, dan wel een deel in de escrow account zouden moeten bijdragen.

Indien alleen Curaçao hiervoor moet instaan, draagt Curaçao alleen het volledige risico voor USD 30 miljoen. Curaçao loopt derhalve het risico dat indien de vrijwaring-escrow wordt aangesproken Curaçao maximaal USD 30 miljoen minder ontvangt voor de totale pakket aandelen met als gevolg dat Curaçao dan slechts 0.556 miljoen zal ontvangen per 1% aandeel indien beide escrow regelingen volledig worden aangesproken. Dit vergeleken met de 1.0129 miljoen die Sint Maarten zou ontvangen.

Alhoewel Sint Maarten in de koop en verkoop van de aandelen geen enkele risico draagt, deelt Sint Maarten wel mee in de mogelijke opbrengsten van de vermogensbestanddelen, die buiten de transactie worden gehouden. Gesteld kan worden dat er hier weldegelijk sprake is van een onevenwichtigheid tussen de verdeling voor Curaçao en Sint Maarten voor wat betreft de opbrengsten en risico's gepaard gaande met de verkoop van de aandelen.

Om deze onevenwichtigheid te compenseren zou gedacht kunnen worden om met Sint Maarten tot een overeenstemming te komen dat zij geen deel nemen dan wel aanspraak maken op de mogelijke opbrengsten van de vermogensbestanddelen, die buiten de transactie worden gehouden. Niet kan worden gesteld dat het belang van Curaçao wordt gediend met deze onevenwichtigheid.

9 Uitgesloten deelnemingen

Als voorwaarde voor de overname van de aandelen van UTS heeft de koper gesteld dat de aandelen van een aantal deelnemingen geen deel uit zullen maken van de beoogde transactie. De ondernemingen van de betreffende deelnemingen zijn naar het oordeel van de koper niet rendabel. Het wordt door de koper dan ook niet wenselijk geacht om de aandelen van deze deelnemingen over te nemen¹⁹.

De bedrijfsonderdelen die geen onderdeel uitmaken van de verkoop worden ondergebracht in een Stichting. Het betreft de navolgende activa en de daarmee verbonden vorderingen en schulden:

- Data Planet N.V. (Dataplanet);
- Antilliaanse Televisie Maatschappij N.V. (ATM);
- CuraçaoFlix N.V.
- Telematica Facilities Management N.V. (TMF);
- ET UTS N.V. (ET);
- Carib Teleconsult N.V. CCT);
- United Telecommunication Services Suriname N.V. (UTS Suriname);
- UTS Sint Kitts and Nevis Limited (UTS Sint Kitts and Nevis)

¹⁹ Brief d.d. 13 maart 2019 met zaaknummer 2019/007260 van de Minister

De vermogensbestanddelen, die buiten de transactie worden gehouden en die mogelijk nog een positieve bijdrage aan de transactie geven zijn ATM, St. Kitts & Suriname en Dataplanet en de daarmee verbonden vorderingen en schulden. Mogelijk blijven ook een tweetal panden op Curaçao (Rigelweg en Santa Maria) buiten de transactie. De opbrengst van met name Dataplanet wordt door de commissie geschat op US\$ 20 miljoen a US\$ 25 miljoen. De commissie heeft geen onderbouwing gegeven van deze schatting. Gezien de voorgeschiedenis van Dataplanet (faillissement CTEX); de overnamesom van US\$ 12,5 miljoen in 2015 en de verliezen, die zijn geleden vanaf de overname van CTEX acht het Ministerie van Financiën deze schatting niet realistisch²⁰.

De UTS heeft kennelijk besloten dat deze vermogensbestanddelen worden ondergebracht in de Stichting Beheer en Afwikkeling Activa UTS (hierna: de Stichting). De stichting is door UTS opgericht op 31 december 2018 en heeft als doel:

"acquiring, managing and liquidating assets of UTS and any of its subsidiaries (...)"

De Stichting heeft een bestuur bestaande uit twee of meerdere bestuurders (natuurlijke personen). Het bestuur benoemt, schorst en ontslaat de bestuursleden. Bij oprichting zijn twee bestuurders, zijnde beide werknemer van de UTS, benoemd.

Uit de stukken is niet gebleken dat de landen vooraf door de UTS geïnformeerd waren dan wel betrokken waren bij de oprichting van deze stichting. De statuten en structuur van deze stichting zijn niet in overeenstemming met de door de overheid gehanteerde modelstatuten noch in overeenstemming met de Code.

Zowel de commissie als het Ministerie van Financiën hebben kritische kanttekeningen geplaatst bij de structuur van deze stichting en geadviseerd om de statuten aan te passen.

De Commissie stelt zich op het standpunt dat vanuit een corporate governance aspect niet voldoende gewaarborgd is dat de Landen de noodzakelijke checks and balances kunnen uitvoeren binnen de Stichting. Anders dan de belanghebbenden aanwijzen is er geen zeggenschapsrol weggelegd voor de Landen. Immers, het bestuur en de raad van toezicht hebben volledige bevoegdheid om de leden binnen het betreffende orgaan te benoemen, schorsen en/of ontslaan zonder daarvoor ruggenspraak te moeten voeren met de Landen. De raad van toezicht houdt toezicht op het bestuur, maar heeft geen bevoegdheid de leden van het bestuur te benoemen, schorsen en/of ontslaan. Bovendien heeft het bestuur de bevoegdheid om de statuten te wijzigen en de Stichting te ontbinden, wederom zonder ruggenspraak te hoeven voeren met de raad van toezicht en/of de Landen. Nu de Stichting het beheer voert en de afwikkeling waarborgt voor activa die tot de UTS groep behoren waarin de Landen als uiteindelijk belanghebbenden een zekere zeggenschap hebben ten aanzien van eventuele baten uit de activa, dient deze zeggenschap ook binnen de governance structuur van de Stichting te worden gewaarborgd²¹.

Concreet adviseert de Commissie de statuten van de Stichting te wijzigen opdat de navolgende governance structuur wordt gerealiseerd:

- a) ieder van de Landen benoemt een lid van de raad van toezicht. Deze twee leden benoemen gezamenlijk een derde lid van de raad van toezicht. De raad van toezicht bestaat uit drie leden;
- b) de raad van toezicht houdt toezicht op het bestuur. Benoeming, schorsing en ontslag van de bestuursleden geschiedt door de raad van toezicht (bij meerderheid van stemmen);
- c) wijziging van de statuten en het ontbinden van de Stichting geschiedt door het bestuur na goedkeuring van de raad van toezicht. Wel stellen wij voor met de notaris te overleggen over een structuur waarbij ook de raad van toezicht deze bevoegdheid niet kan misbruiken.

²⁰ Advies Ministerie Financiën 19 februari 2019

²¹ Rapport Fase 6 d.d. 14 maart 2019

Het Ministerie van Financiën stelt dat de vermogensbestanddelen, die buiten de transactie blijven maken in principe deel uit van de verkoopopbrengst en zijn daarna eigendom van het Land Curaçao en Sint Maarten. Het past dus niet om die excluded business in eigendom over te dragen aan deze stichting. Bovendien is in de statuten van de Stichting Beheer en Afwikkeling Activa UTS opgenomen, dat de opbrengsten uit de verkoop van deze activa ten goede komen aan een "development bank; institution or fund". Een dergelijke constructie ondergraaft de bepalingen over de verkoop van eigendommen van Curaçao opgenomen in de Landsverordening Domaniale gronden en de Landsverordening Financieel Beheer. Ook bestaat het risico dat op deze wijze de opbrengsten en de bestemming hiervan buiten begrotingsverband blijven. Het Ministerie van Financiën adviseert om de (gezamenlijke) eigendom van de excluded business/ uitgezonderde vermogensbestanddelen bij de verkoop overgaat naar Curaçao en Sint Maarten en dat de comptabele bepalingen c.s. van beide landen bij beheer en verkoop in acht worden genomen²².

De Minister heeft aangegeven dat op het moment van het aanbieden van deze omslag de aanpassing van de statuten van de Stichting nog niet heeft plaatsgevonden. En dat de adviseur in een aparte omslag de gewijzigde statuten zal worden aangeboden ter advisering. De adviseur heeft wel reeds kennis mogen nemen van een concept van de gewijzigde statuten welke kennelijk in overeenstemming is met de modelstatuten. De adviseur heeft ook kennis genomen van een schrijven van de bestuurders²³ die aangeven de statuten zo spoedig mogelijk na de "Closing" te zullen aanpassen.

De adviseur adviseert de Minister om te bewerkstelligen dat de statuten van de Stichting voor de "Closing" en voor de overdracht van de vermogensbestanddelen van UTS aan deze stichting plaatsvindt wordt gewijzigd en geheel in overeenstemming wordt gebracht met de model statuten voor stichtingen van de overheidsentiteiten. Tevens dient er voor de raad van commissarissen alsmede de bestuurders profielschetsen te worden opgesteld met in achtneming van de Code.

Met betrekking tot het voorstel van de commissie ten aanzien van de benoeming van commissarissen van de stichting geeft de adviseur in overweging om de benoemingsverhouding tussen Curaçao en Sint Maarten een weerspiegeling te laten zijn van de aandelenverhouding die zij hebben binnen UTS. Dit zou met zich meebrengen dat 2 van de commissarissen door de Curaçao worden benoemd en 1 van de commissarissen door Sint Maarten een en ander met in achtneming van een vastgestelde profielschets.

Het voorgaande voor zover Sint Maarten een aandeel toekomt in de vermogensbestanddelen, die buiten de transactie worden gehouden.

Voor wat betreft de benoemde bestuurders van de Stichting Beheer en Afwikkeling Activa UTS brengt de adviseur het volgende onder uw aandacht. Uit de stukken is niet gebleken waarom er twee directeuren voor de Stichting noodzakelijk zijn. De adviseur kan zich voorstellen dat voor de continuïteit en kennis overdracht dit wellicht noodzakelijk zou kunnen zijn. De twee directeuren zijn managers dan wel kaderpersoneel van UTS. Uit de stukken blijkt niet of deze twee personen nog na de "Closing" een arbeidsverhouding zullen hebben met UTS dan wel een van de daaraan gelieerde entiteiten. Indien dit het geval is zou er wellicht een situatie kunnen ontstaan waar er sprake zou kunnen zijn van belangenverstremgeling. Gelet hierop zou er indien er twee directeuren noodzakelijk worden geacht voor de stichting in overweging kunnen worden genomen om een van de directeuren aan te stellen die niet afkomstig is van UTS.

De adviseur heeft niet van alle excluded businesses een online uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel kunnen inzien. Uit het uittreksel die de adviseur heeft kunnen inzien zoals die van Dataplanet N.V., CuraçaoFlix N.V. en TeleCuraçao blijkt dat de huidige bestuurder van UTS tevens bestuurder is van deze vennootschappen. Uit de stukken blijkt niet of de bestuurders van de stichting tevens aangesteld zullen worden als

²² Advies Ministerie Financiën 19 februari 2019

²³ Brief d.d. 14 maart 2019 van de Stichting Beheer en Afwikkeling Activa UTS.

bestuurders van de excluded business of dat de huidige bestuurder van UTS directeur blijft van de excluded business. In het kader van mogelijke belangen verstrengeling vraagt de adviseur uw aandacht voor het voorgaande.

Voor wat betreft de overname van de vermogensbestanddelen door de Stichting zij het volgende gesteld. Het Ministerie van Financiën stelt dat de vermogensbestanddelen, die buiten de transactie blijven in principe deel uit maken van de verkoopopbrengst en zijn daarna eigendom van het Land Curaçao en Sint Maarten. Het voorgaande brengt met zich meer dat indien deze vermogensbestanddelen overgedragen worden aan de Stichting Curaçao dan wel de Landen voor deze aandelen certificaten dient te ontvangen.

Conform artikel 1 van de landsverordening is een vennootschap vallende onder de landsverordening een naamloze of besloten vennootschap met statutaire zetel in Curaçao en waarvan de aandelen deels of in het geheel, rechtstreeks of door tussenkomst van een derde, in handen zijn van Curaçao. Conform artikel 6, Verrijking van aandelen, meldt de minister een voornemen om aandelen of certificaten van aandelen te verkrijgen, schriftelijk en gemotiveerd aan de adviseur corporate governance. Uitgaande van deze bepalingen dient het verkrijgen van de aandelen dan wel de certificaten daarvan door de Minister aan de adviseur te worden gemeld.

10 Conclusie en Advies

- De Minister wordt geadviseerd om bij onderhandeling reeds bij de aanvang van de onderhandelingen aan de wederpartij kenbaar te maken dat aan het eind van de onderhandelingen genoeg tijd aan de overheid moet worden gegund op dat instanties van de overheid de overheid van advies kunnen voorzien.
- De Minister wordt geadviseerd om de Ministeries reeds in een vroeg stadium bij de onderhandelingen te betrekken op dat hun standpunten mee kunnen worden genomen in de onderhandelingen en de belangen van het land beter kunnen worden gewaarborgd.
- De Minister wordt geadviseerd om bij het instellen van commissie ten behoeve van het verrichten van werkzaamheden voor vennootschappen rekening te houden met de verdeling van bevoegdheden van de vennootschapsorganen en de overheidsorganen.
- De Minister wordt geadviseerd om bij het instellen van commissie ten behoeve van het verrichten van werkzaamheden voor vennootschappen rekening te houden met mogelijk belangenverstrengelingen opdat de belangen van de overheid zo goed mogelijk kunnen worden gewaarborgd.
- De Minister wordt geadviseerd om bij het opstellen van een Terms of References ten behoeve van het verrichten van werkzaamheden voor vennootschappen rekening te houden met de verdeling van bevoegdheden van de vennootschapsorganen en de overheidsorganen alsmede mogelijke belangenverstrengeling.
- De Minister wordt geadviseerd om bij onderhandelingen in de overeenkomst op te nemen dat de overheid en overheidsinstantie een publicatieplicht hebben ten aanzien van bepaalde zaken alsmede dat de overheid zelf op grond van de LOB gehouden is bepaalde informatie te verstrekken.
- De Minister wordt geadviseerd om reeds bij de aanvang van de onderhandelingen zo mogelijk een fall-back positie te hebben dan wel een exit-strategie te hebben om de onderhandelingspositie van de overheid te versterken.
- De Minister dan wel de Regering wordt geadviseerd om te bewerkstelligen dat voor het vervreemden van aandelen een procedure dan wel wettelijke regeling vast te stellen.
- De Minister dan wel de Regering wordt geadviseerd om bij onderhandelingen indien in het bijzonder een overeenkomst ook publiekrechtelijke bepalingen bevat te bedingen dat het recht van Curaçao van toepassing is.

- Niet kan worden gesteld dat de het publiekbelang, beschikbaarheid en toegankelijkheid van de telecommunicatie-infrastructuur door de overname en het gestelde in onder andere artikel 8.2 (g) ernstig in het gedrang komen.
- Afhankelijk van de aanspraken op de twee escrow accounts bedraagt de geschatte netto opbrengst voor Curaçao tussen de USD 85 miljoen en USD 40 miljoen.
- De Minister dan wel de Regering wordt geadviseerd om bij de controle van de (geconsolideerde) jaarrekeningen van de overheidsvennootschappen extra aandacht te besteden aan de dochterondernemingen van deze vennootschappen.
- Afhankelijke van de uiteindelijke netto koopprijs, door aanspraken op de escrow account zou het kunnen dat, de intrinsieke [markt]waarde zoals aangegeven door de Commissie Privatisering UTS, niet meer wordt goedge maakt en het boekverlies voor Curaçao navenant zal stijgen
- Gezien het feit dat Sint Maarten kennelijk niet meedeelt in de risico's maar wel meedeelt in de mogelijke baten van de excluded business kan gesteld worden dat er sprake is van een onevenwichtigheid tussen de verdeling voor Curaçao en Sint Maarten voor wat betreft de opbrengsten en risico's gepaard gaande met de verkoop van de aandelen UTS.
- De Minister wordt geadviseerd om te bewerkstelligen dat de statuten van de Stichting Beheer en Afwikkeling Activa UTS voor de "Closing" en voor de overdracht van de vermogensbestanddelen van UTS aan de stichting plaatsvindt wordt gewijzigd en geheel in overeenstemming wordt gebracht met de model statuten voor stichtingen van de overheidsentiteiten. Tevens dient ten behoeve van de raad van commissarissen alsmede de bestuurders profielschetsen te worden opgesteld met in achtneming van de Code.
- De adviseur is niet van oordeel dat het algemeen belang van Curaçao zich tegen de vervreemding van de aandelen van UTS verzet.

SBTNO

De adviseur corporate governance

cc. Minister van Financiën
Minister-President