

Aan De Raad van Ministers
dtkv De Minister van Financiën
De heer José M.N. Jardim
Pietermaai #17
Alhier

Uw nummer (letter): 2014/03040 Uw brief van: 16 mei 2014 Ons nummer: 03062014.02 Willemstad, 03 juni 2014

Onderwerp: Advies inzake voornemen tot benoeming lid en Afd:
voorzitter RvT SOAB (art. 9 PB 2014, no. 3 (GT))

Bijlagen: Geen

1 Grondslag

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

Op basis hiervan heeft de Raad van Ministers (hierna: RvM), de SBTNO als adviseur corporate governance, bij besluit van de RvM d.d. 19 februari 2014, no. 2014/3040 ontvangen door de SBTNO op 20 mei 2014, het voornemen tot het [REDACTED] van de RvT van de SOAB aan de adviseur gemeld.

Artikel 9 lid 1 van de Landsverordening corporate governance stelt dat indien door of namens de verantwoordelijk minister wordt meebeslist of beslist over de benoeming of voordracht tot benoeming van een bestuurder dient de verantwoordelijke minister het voornemen tot de benoeming of voordracht schriftelijk en gemotiveerd aan de adviseur corporate governance te melden. In overeenstemming met artikel 9 lid 2 van de Landsverordening corporate governance dient de adviseur corporate governance te adviseren over de vraag of een dergelijk voornemen voldoet aan de statuten van de stichting en aan de toepasselijke regels, waaronder de procedureregels zoals bedoeld in artikel 8 van de Landsverordening corporate governance en de bepalingen uit de Code. In het advies geeft de adviseur gemotiveerd aan of er al dan niet zwaarwegende bezwaren zijn tegen het gemelde voornemen.

2 Ontvangen en geraadpleegde documenten

- Besluit van de Raad van Ministers d.d. 19 februari 2014, no. 2014/3040;
- Brief van de SOAB d.d. 16 januari 2014, kenmerk 14/0081C/DS met de voordracht [REDACTED] Raad van Toezicht.
- Bijlage 2: Reglement Raad van Toezicht SOAB d.d. 10 februari 2011 (Algemeen profiel leden Raad van Toezicht SOAB)
- C.V. van de te [REDACTED]
- Online Handelsregister van de Kamer van Koophandel en Nijverheid van Curaçao d.d. 22 mei 2014 inzake SOAB;
- Statuten van de SOAB d.d. 30 juli 2013.

3 Toetsing procedureregels en profielschets

3.1 Procedureregels

Conform artikel 8 van de Landsverordening corporate governance meldt de Regering, de Raad van Ministers dan wel de Minister het voornemen tot het vaststellen van de te hanteren profielschets en procedureregels bij een benoeming of voordracht van een bestuurder aan de adviseur corporate governance.

Op grond van artikel 8 van de Landsverordening corporate governance dient de adviseur corporate governance in dit kader te adviseren over de vraag of het voornemen waarop de melding betrekking heeft, in overeenstemming is met de Code. In het advies geeft de adviseur corporate governance gemotiveerd aan of er al dan niet zwaarwegende bezwaren zijn tegen het gemelde voornemen.

Conform artikel 4.2 van de Code dient bij landsbesluit een entiteit te worden opgericht, welke belast is met de advisering van de overheid inzake de selectie en benoeming van commissarissen en bestuurders van de vennootschap. Deze entiteit heeft in ieder geval kort gezegd de volgende taken:

- het geven van adviezen inzake de te hanteren selectiecriteria en benoemingsprocedures voor commissarissen en bestuurders;
- de periodieke beoordeling van omvang en samenstelling van de raad van commissarissen en het bestuur van de vennootschap alsook het doen van een voorstel voor een profielschets van de raad van commissarissen;
- de periodieke beoordeling van het functioneren van individuele commissarissen en bestuurders van de vennootschap alsook de rapportage hierover aan de algemene vergadering van aandeelhouders.

Uit het voorgaande volgt dat niet alleen voor de benoeming van bestuurders procedureregels en criteria moeten worden opgesteld maar ook voor de benoeming van de leden van de Raad van Commissarissen.

3.2 Profielschets

Bij besluit d.d. 22 september 2010 no. 2010/55035 is reeds een algemene profielschets vastgesteld voor de leden van de Raad van Commissarissen van de overheidsentiteiten. De voormalige adviseur corporate governance heeft bij schrijven d.d. 27 oktober 2010 met kenmerk 10/0924C/JC o.a. geadviseerd om alsnog een specifieke profielschets voor de Raad van Commissarissen per overheidsentiteit vast te stellen.

De Regering dan wel de Raad van Ministers wordt hierbij nogmaals dringend aanbevolen om op zeer korte termijn alsnog zorg te dragen voor het opstellen van procedureregels en criteria voor de voordracht en benoeming van leden van de Raad van Commissarissen (en bestuursleden) alsmede de vereiste specifieke profielschets per overheidsentiteit voor de entiteiten waarbij dit nog niet is gebeurd.

Vooruitlopend op de strikte naleving van bovengenoemde bepalingen heeft de adviseur de Regering dan wel de Raad van Ministers erop aangedrongen om bij de melding aan de adviseur minstens aan te geven aan welke in de algemene profielschets vastgestelde kwalificatie een betreffende kandidaat voldoet, het een en ander zoals reeds ook vastgelegd in het besluit van 22 september 2010 no. 2010/55035. Bij het ontbreken van een deugdelijke motivering dan wel het niet aangeven dan wel onderbouwen ter vervulling van welke profiel een kandidaat zal worden benoemd kan de adviseur indien ook uit de CV van de voorgedragen kandidaat niet afdoende blijkt of de betreffende kandidaat aan een bepaald profiel voldoet niet anders oordelen dat er zwaarwegende bezwaren bestaan tegen een voorgenomen benoeming. Gelet hierop wordt er wederom op aangedrongen om ieder voornemen te motiveren en daarbij te vermelden ter invulling van welk profiel hij wordt voorgedragen.

Het voorgaande opdat er ook getoetst kan worden of de feitelijke samenstelling van de Raad van Commissarissen in overeenstemming is met de bij besluit van 22 september 2010 no. 2010/55035 vastgestelde samenstelling zijnde:

1. één persoon met financiële kennis en ervaring. De code eist in ieder geval een financieel-deskundige tussen de leden van de raad van commissarissen;
2. één juridisch deskundige met specifieke ervaring in het ondernemings en/of rechtspersonenrecht;
3. één persoon met (bedrijfs)-economische ervaring en kennis;
4. iemand met specifieke ervaring in de gebieden waar de rechtspersoon actief is.

Profielschets voor de voorzitter van de raad van commissarissen:

1. aantoonbare leidinggevende kennis en ervaring;
2. over HBO-werk- en denkniveau;
3. goede sociale en communicatieve vaardigheden;
4. minimaal 5 jaar management-ervaring;

Uit de aangeleverde stukken blijkt dat de SOAB een Reglement Raad van Toezicht SOAB d.d. 10 februari 2011 bevattende een Algemeen profiel leden Raad van Toezicht SOAB heeft vastgesteld. In tegenstelling tot de modelstatuten voor stichtingen waarin expliciet gesteld wordt dat de Minister de profielschets vaststelt, wordt in de statuten van de SOAB niet vermeld dat de profielschets door de Minister wordt vastgesteld. De statuten vermelden echter niet welk orgaan van de Stichting dit wel zou doen. De Code stelt echter dat de Raad van Commissarissen een profielschets opstelt en dat de AVA deze vaststelt. In het verlengde hiervan zou betoogd kunnen worden dat bij de SOAB de Raad van Toezicht de profielschets moet opstellen en de Minister deze vervolgens moet vaststellen ook al staat dit niet expliciete in de statuten vermeld.

Bij de toetsing van de voorgedragen kandidaat zal de adviseur onverlet het voorgaande als toetsingskader zowel de algemene profielschets als de door de SOAB vastgestelde profielschets gebruiken.

3.3 Herbenoeming

De voordracht betreft een herbenoeming. Artikel 2.10 van de Code stelt het volgende t.a.v. een herbenoeming:

- Een herbenoeming van een commissaris vindt slechts plaats na zorgvuldige overweging.
- Bij herbenoeming door de algemene vergadering van aandeelhouders van de commissarissen dient toetsing plaats te vinden aan het door de algemene vergadering van aandeelhouders vastgestelde profiel voor de raad van commissarissen van de vennootschap.
- Een commissaris kan maximaal twee maal voor een periode van vier jaar zitting hebben in de raad van commissarissen van de vennootschap.

In de statuten van de SOAB staat onder artikel 10 zesde lid het volgende vermeld t.a.v. de zittingsperiode en herbenoeming van de leden van de Raad van Toezicht:

6. Elk lid van de Raad van Toezicht treedt uiterlijk vier (4) jaren na zijn benoeming af volgens een door de Raad van Toezicht op te maken rooster van aftreden. Een aftredend lid van de Raad van Toezicht is terstond doch maximaal tweemaal herbenoembaar. Na de derde zittingsperiode komt het lid van de Raad van Toezicht gedurende een periode van vier jaren niet voor benoeming in aanmerking.

In het advies van de adviseur van 13 november 2012 m.b.t. de statuten van de SOAB heeft de adviseur reeds gesteld dat de conceptstatuten van de SOAB niet gelijklopend zijn met de Model-statuten dan wel de bepalingen daarvan. De adviseur heeft toen gesteld dat gezien het feit dat in de aangeboden conceptstatuten van de SOAB een artikel was opgenomen die de Code van toepassing verklaarde en stelde dat de bepalingen van de Code prevaleren boven de bepalingen van de statuten, er voldaan is aan het gestelde in artikel 1 van de Code.

De statutaire bepalingen van de SOAB zijn niet in overeenstemming met die van de Model-statuten en het gestelde in de Code. De Model-statuten en de Code gaan uit van het feit dat een lid van de Raad van Commissarissen (Raad van Toezicht) maximaal twee keer kan worden benoemd en dat de gezamenlijk benoemingsperiode in totaal maximaal 8 jaren bedraagt. De statuten van de SOAB stellen dat een lid maximaal 3 keer aaneengesloten kan worden benoemd (één benoeming en twee herbenoemingen). Daarnaast geven de statuten van de SOAB ook de mogelijkheid om na een tussenperiode van 4 jaren hetzelfde lid wederom te benoemen. Elke benoeming dan wel herbenoeming kan conform de statuten voor een periode van 4 jaar geschieden waardoor het totaal aantal benoemingsjaar het maximaal van 8jaar zoals gesteld in de Code kan overschrijden.

De statuten van de SOAB wijken derhalve op een fundamenteel punt af van de Code. De Code beoogde met deze bepaling immers te voorkomen dat dezelfde personen te lang zitting zouden nemen in een overheidsentiteit.

Uit de toelichting op de Model-statuten (vennootschappen), welke voortvloeit uit de Code en tevens als toelichting geldt voor de Model-statuten voor Stichtingen, volgt ook dat het niet in de bedoeling heeft gelegen om een lid van de Raad van Commissarissen dan wel lid van de Raad van Toezicht voor een periode langer dan 8 jaar zitting te laten nemen in een Raad.

In de toelichting is o.a. het volgende gesteld:

- Teneinde onafhankelijkheid te waarborgen, is het nodig dat de band tussen het bestuur en de raad niet te hecht wordt. Commissarissen worden daarom geacht na vier jaar af te treden.
- Herbenoeming is slechts mogelijk mits een commissaris in totaal niet langer dan acht jaar commissaris is van de betreffende overheidsvennootschap. Bij die herbenoeming zal de raad ook weer de profielschets in de afweging moeten betrekken (art. 2.10 van de Code).
- Voor commissarissen is geen maximale leeftijdsgrens opgenomen, mede gelet op de beperkte benoembaarheid.

In de stukken is geen motivering dan wel onderbouwing aangetroffen waarom de statuten van de SOAB op dit punt afwijken van de Code en de Modelstatuten. Daarnaast kan de vraag worden gesteld of er op dit punt wel kan worden afgeweken van de Code en of de zogenaamde "Comply or Explain" regel zoals vervat in de Code ook voor zulke afwijkingen bedoeld is.

In artikel 4.5 van de Code staat het volgende vermeld:

- Het bestuur en de raad van commissarissen dienen in het jaarverslag te vermelden in hoeverre zij de bepalingen van deze Code hebben opgevolgd.
- Zij motiveren daarin het besluit indien de bepalingen van deze Code (deels) niet zijn opgevolgd of indien van voormelde bepalingen is afgeweken. (het zogenaamde “comply or explain” beginsel).

Het voorgaande geeft aan dat de “Comply or Explain” regel primair betrekking heeft op de taak en werkwijze van het bestuur en de Raad van Commissarissen.

Artikel 20 van de statuten van de SOAB stellen echter het volgende:

```

----- CORPORATE GOVERNANCE -----
----- Artikel 20 -----
1. De regels zoals vastgesteld in de Landsverordening ---
Corporate Governance, het Landsbesluit Code -----
Corporate Governance Curaçao en alle daaruit -----
voortvloeiende wettelijke regelingen zijn van toepassing
op de stichting. De stichting is gehouden vorenbedoelde
regelingen na te leven. -----
2. Indien voornoemde Landsverordening Corporate
Governance Curaçao en de daaruit voortvloeiende -----
wettelijke regelingen, conflicteren met statutaire -----
bepalingen van de stichting prevaleren voornoemde -----
Landsverordening Corporate Governance Curaçao en de ----
daaruit voortvloeiende wettelijke regelingen boven de ---
statutaire bepalingen van de stichting. ----

```

Uitgaande van het tweede lid van artikel 20 van de statuten kan betoogd worden dat het gestelde in de Code onder artikel 2.10 prevaleert boven het gestelde in artikel 10 zesde lid van de Statuten van de SOAB.

Gelet op het voorgaande kan betoogd worden dat een derde benoeming dan wel een herbenoeming waarbij de totale zittingsduur 8 jaar overschrijdt in strijd is met de statuten gezien het feit dat de bepaling van de Code van toepassing zijn.

De adviseur wijst er volledigheidshalve op dat besluiten die niet genomen zijn met inachtneming van de wet en regelgeving, statutaire bepalingen dan wel voorschriften, conform artikel 2:21 BW nietig dan wel vernietigbaar zijn.

4 Toetsing voornemen tot benoeming bestuurder

In overeenstemming met artikel 9 lid 1 van de Landsverordening corporate governance dient de verantwoordelijke minister het voornemen tot de benoeming of voordracht tot benoeming van een bestuurder schriftelijk en gemotiveerd aan de adviseur corporate governance te melden, indien hij beslist of meebeslist over een dergelijke benoeming of voordracht.

Op grond van artikel 9 leden 2 en 3 van de Landsverordening corporate governance dient de adviseur corporate governance in dat kader te adviseren over de vraag of een voornemen tot benoeming of voordracht tot benoeming van een bestuurder voldoet aan de statuten van de betreffende stichting en aan de toepasselijke regels, waaronder de procedureregels en de profienschets zoals bedoeld in artikel 8 lid 1 van de Landsverordening corporate governance en aan de Code. In dat advies geeft de adviseur gemotiveerd aan of er al dan niet zwaarwegende bezwaren zijn tegen het gemelde voornemen.

Conform artikel 9 lid 4 van de Landsverordening corporate governance is er in ieder geval sprake van een zwaarwegend bezwaar als het voornemen van de verantwoordelijke minister met betrekking tot de benoeming of voordracht tot benoeming van een bestuurder, niet voldoet aan de profielschets en de procedureregels zoals bedoeld in artikel 8 lid 1 van de Landsverordening corporate governance.

Wel is als bijlage een Algemeen profiel voor de leden van de Raad van Toezicht van de SOAB aangeleverd. Op dit document staat vermeld dat het op 10 februari 2011 door de Raad van Toezicht is vastgesteld. In de statuten van SOAB is niet expliciet opgenomen wie het profielschets moet vaststellen. In lijn met artikel 2.3 van de Code wordt de profielschets opgesteld door in casu de Raad van Toezicht en wordt het vervolgens vastgesteld door de Minister.

Bij de toetsing van het voornemen van de voordracht tot benoeming van de aangemelde kandidaat als lid van het bestuur van SOAB heeft de adviseur als toetsingscriteria gehanteerd de in de algemene profielschets geformuleerde eisen voor leden van de Raad van Commissarissen (bestuur), inclusief de daarin opgenomen feitelijke samenstelling van de Raad van Commissarissen zoals vastgesteld bij besluit van 22 september 2010 no. 2010/55035 van het Bestuurscollege alsmede de statutaire vereisten zoals vervat in de statuten van de SOAB.

De Minister heeft het voornemen betreffende de voordracht [REDACTED] van de Raad van Toezicht van SAOB geheel ongemotiveerd aan de adviseur gemeld. Ook in het schrijven van de SOAB aan de Minister bevattende de voordracht is geen motivering dan wel onderbouwing van de voordracht aangetroffen.

Conform artikel 2.10 van de Code dient een herbenoeming echter slechts na een zorgvuldige overweging plaats te vinden. Zo'n zorgvuldige overweging zou met in achtname van het gestelde in artikel 4.2 van de Code dienen te gebeuren zijnde een beoordeling van het functioneren van de individuele commissaris dan wel lid van de RvT waartoe het voornemen tot herbenoeming strekt. Uit de stukken is noch gebleken noch gesteld dat zulks een zorgvuldige heroverweging heeft plaatsgevonden, enige motivering bij het voornemen tot herbenoeming ontbreekt immers. Ook heeft de adviseur uit de stukken niet kunnen afleiden dat een evaluatie dan wel beoordeling van de te herbenoemen kandidaat heeft plaatsgevonden.

Uit het CV [REDACTED] een opleiding Doctoraal Bedrijfseconomie als mede een Postdoctoraal Registeraccountant heeft afgerond. Betrokkene beschikt over ervaring op het gebied van Strategisch en Financieel Management alsmede Financiële administratie, Bedrijfscalculatie en Administratieve organisatie. Betrokkene beschikt ook over ruime bestuurservaring in diverse organisaties. [REDACTED]

Uit de beoordeling van de Curriculum Vitae [REDACTED] kan redelijkerwijs worden aangenomen dat de kandidaat voldoet aan de hiervoor aangegeven en vastgestelde minimale vereiste zoals gesteld in de algemene profielschets als ook de door de SOAB vastgestelde profielschets om de functie afdoende te kunnen vervullen. Uit het CV van betrokkene blijkt echter ook dat betrokkene reeds [REDACTED] van de Raad van Toezicht van SOAB en dit kennelijk telkens voor een periode van 4 jaar in totaal dus 8 jaar.

Gelet op het gestelde in de vorige paragraaf van dit advies is een tweede herbenoeming dan wel derde benoeming van betrokkene dan wel een benoeming waarbij de totale zittingsduur 8 jaar overschrijdt niet in overeenstemming met de Code die prevaleert boven de statuten.

5 Code Corporate Governance

De adviseur vraagt hierbij ook uw aandacht voor het feit dat conform de bepalingen van de Code Corporate Governance er geen sprake dient te zijn van belangenverstremgeling bij commissarissen (bestuursleden) van een overheidsentiteit, verwezen wordt naar artikel 2.1.2 van de Code. Tevens dient iedere commissaris onafhankelijk te zijn conform het gestelde in artikel 2.9 van de Code.

Het behoort in beginsel niet tot de taak van de adviseur om het voorgaande te toetsen. Voorts brengt de adviseur onder uw aandacht dat het evenmin tot de taak van de adviseur behoort om een integriteittoets en/of antecedentenonderzoek te verrichten.

De kandidaten dienen voor het aanvaarden van hun benoemingen zelf aan te geven of er sprake is van belangenverstremgeling dan wel of zij voldoen aan de onafhankelijkheidscriteria zoals gesteld in voornoemde bepalingen. De Regering, Raad van Ministers, aandeelhouder dan wel AVA kan de kandidaten hiertoe een verklaring laten afleggen. Het is vervolgens aan de Regering, de Raad van Ministers dan wel de AVA zelf om haar eigen beoordeling op deze aspecten te maken alvorens tot de benoeming over te gaan van een kandidaat.

Uit het CV van de her te benoemen kandidaat blijkt dat [REDACTED]. Wat de werkzaamheden van de Commissie in houden blijkt niet uit het CV. Gezien het feit dat het gaat om werkzaamheden op het financieel vlak t.b.v. de Ministerie van Financiën dan wel het Land zou er hier wellicht sprake kunnen zijn van schijn van belangenverstremgeling.

Tevens attendeert de adviseur de Regering dan wel de Raad van Ministers op het feit dat conform artikel 2.13 van de Code het aantal commissariaten functies van een persoon bij een overheidsentiteit conform de Code Corporate Governance maximaal vijf kan bedragen, waarbij het voorzitterschap van een Raad van commissarissen als dubbel telt.

6 Conclusie en advies

- De Minister, de Regering, dan wel de Raad van Ministers wordt hierbij wederom geadviseerd om uitvoering te geven aan het gestelde onder de bepalingen 4.2 van de Code.
- De adviseur heeft zwaarwegende bezwaren tegen het voornemen tot [REDACTED] van de Raad van Toezicht van de SOAB om de in dit advies genoemde redenen.
- De Minister, de Regering dan wel de Raad van Ministers wordt hierbij vooruitlopend op de strikte naleving van de bepalingen van de Landsverordening corporate governance wederom geadviseerd om de voornemens voldoende gemotiveerd aan de adviseur te melden.

SBTNO
De adviseur corporate governance

cc. Minister-President