

Aan De Raad van Ministers
dtkv De Minister-President
De heer D. Hodge
Fort Amsterdam
Alhier

Uw nummer (letter): 2013/6073 Uw brief van: 4 febr 2013 Ons nummer: 15022013.01 Willemstad, 15 februari 2013

Onderwerp: Advies inzake voornemen tot collectief/massaal ontslag bestuursleden van de overheidsstichtingen en leden van de RvC van de overheidsvennootschappen (art. 10, AB 2009 no. 92) Afd:

Bijlagen:

1 Grondslag

De openbare rechtspersoon het Land Curaçao is met inachtneming van artikel 4 van de Verordening corporate governance (A.B. 2009 no. 92), een schriftelijke overeenkomst aangegaan ingaande 1 mei 2012, met een bij Landsbesluit no. 2012/13836 aangewezen deskundige organisatie zijnde de Stichting Bureau Toezicht en Normering Overheidsentiteiten (SBTNO). Uitgaande van de Verordening 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 aangaande het benoemen of ontslaan van bestuurders bij de vennootschappen of –stichtingen ofwel de overheidsentiteiten.

Conform artikel 10 van de Verordening dient indien door of namens de Minister, de Raad van Minister dan wel Regering wordt beslist of meebeslist over het ontslag van een bestuurder, dit voornemen tot dat ontslag schriftelijk en gemotiveerd aan de adviseur corporate governance te worden gemeld.

Op grond hiervan heeft de Minister-President, de SBTNO als adviseur corporate governance, middels schrijven d.d. 4 februari 2013, no. 2013/6073, ontvangen door de SBTNO op 5 februari 2013, benadert met het verzoek om advies ten aanzien van het voornemen tot collectief/massaal ontslag van bestuursleden van de overheidsstichtingen en de leden van de Raad van Commissarissen van overheidsvennootschappen. Een besluit van de Raad van Minister met betrekking tot dit schrijven dan wel het voornemen heeft de adviseur naderhand ontvangen op 6 februari 2013. De adviseur heeft ook een afschrift ontvangen van een schrijven van de Minister-President aan de leden van de besturen en de Raden van Commissarissen van overheidsstichtingen en vennootschappen d.d. 4 februari 2013, no. 2013/6031, met het verzoek aan alle commissarissen en bestuursleden om hun functie per omgaande ter beschikking te stellen.

Conform het tweede lid van artikel 10 van de verordening doet de adviseur corporate governance de Minister, de Raad van Minister dan wel Regering schriftelijk haar advies toekomen over de vraag of een voorgenomen ontslag voldoet aan de toepasselijke regelgeving, de Code Corporate Governance en aan de statuten van de overheidsentiteit en over de vraag of de overheidsentiteit op grond van de voor het voorgenomen ontslag aangevoerde argumenten in redelijkheid tot een ontslag kan komen. In het advies geeft de adviseur corporate governance gemotiveerd aan of er al dan niet zwaarwegende bezwaren zijn tegen het voorgenomen ontslag en of er al dan niet in redelijkheid tot het voorgenomen ontslag kan worden gekomen.

2 Wettelijk kader en Jurisprudentie

2.1 Rijkswet

In het staatkundige proces is het belang van de transparantie en de bestuurlijke integriteit bij overheidsvennootschappen en —stichtingen onderkend. In het kader van de onderhandelingen van het Eilandgebied Curaçao met de andere partners in het Koninkrijk om de status van autonoom land binnen het Koninkrijk te verkrijgen, is op 22 januari 2008 een bestuurlijk overleg gehouden op Sint Maarten en is in dat overleg overeengekomen dat het Land Nederlandse Antillen en de eilandgebieden Curaçao en Sint Maarten regelgeving op de volgende terreinen zullen ontwikkelen:

- procedures voor de vervreemding en verkrijging van deelnemingen in rechtspersonen door het Land, respectievelijk de eilandgebieden;
- richtlijnen voor het dividendbeleid van rechtspersonen waarin het Land, respectievelijk de eilandgebieden deelnemen;
- procedures en eisen rond de benoeming en het ontslag van bestuurders van rechtspersonen waarin het Land, respectievelijk de eilandgebieden deelnemen.

In bovengenoemd bestuurlijk overleg is tevens overeengekomen wat de rol van het College financieel toezicht is op het terrein van de corporate governance. De rol van het College financieel toezicht is gelijk aan de rol die het college krijgt op het terrein van de andere onderdelen van het toezicht (signaleren, adviseren en escaleren)¹.

Het voorgaande is opgenomen in de Rijkswet van 7 juli 2010, houdende regels voor het financieel toezicht op de landen Curaçao en Sint Maarten (Rijkswet financieel toezicht Curaçao en Sint Maarten) onder Artikel 28.

Deelnemingen ²

De landen hebben regelgeving die voldoet aan internationaal aanvaarde normen op het gebied van:

- a. procedures voor vervreemding en verkrijging van aandelen in rechtspersonen door de landen;
- b. richtlijnen voor het dividendbeleid van rechtspersonen waarin de landen deelnemen, en
- c. procedures en eisen rond de benoeming en het ontslag van bestuurders van rechtspersonen waarin de landen deelnemen.

¹ Memorie van toelichting Eilandsverordening corporate governance

² Rijkswet financieel toezicht Curaçao en Sint Maarten

In het verlengde van het voorgaande is de landsverordening corporate governance (AB 2009 no. 96) vastgesteld welke op 1 januari 2010 in werking is getreden. Conform artikel 3 eerste lid van voornoemde verordening is vervolgens het landsbesluit Code Corporate Governance Curaçao (AB 2009 no. 96) vastgesteld. Welke eveneens op 1 januari 2010 in werking is getreden.

2.2 De Code

De Code heeft als uitgangspunt³ dat bij een vennootschap een lange termijn samenwerkingsverband is van diverse bij de vennootschap betrokken partijen. Deze partijen betreffen de groepen en individuele belanghebbenden, die direct of indirect het bereiken van de doelstellingen van de vennootschap beïnvloeden of er door worden beïnvloed. Het bestuur en de raad van commissarissen hebben een integrale verantwoordelijkheid voor de afweging van deze belangen, doorgaans gericht op de continuïteit van de vennootschap. Daarbij streeft de vennootschap naar het creëren van toegevoegde waarde voor alle betrokken partij en op de lange termijn. Het bestuur en de raad van commissarissen behoren met de belangen van de verschillende bij de vennootschap betrokken partijen rekening te houden. Vertrouwen van de bij de vennootschap betrokken partijen dat hun belangen worden behartigd, is een voorwaarde om binnen en met de vennootschap samen te blijven werken.

De Code veronderstelt derhalve dat de bestuurders zijnde de leden van de raad van commissarissen en de leden van het bestuur/directie voor een langere periode een samenwerkingsverband aangaan dan wel voor een bepaalde (lange) termijn benoemd worden.

2.2.1 Raad van commissarissen

In de Code wordt uitgegaan van de structuur waarin naast het bestuur een aparte raad van commissarissen functioneert⁴. Het bestuur en de raad van commissarissen zijn verantwoordelijk voor de corporate governance structuur van de vennootschap alsook de naleving van de bepalingen van deze Code. Het bestuur en de raad van commissarissen leggen hierover verantwoording af aan de algemene vergadering van aandeelhouders. Het bestuur legt verantwoording af over het beleid en uitvoering van de principes en bepalingen zoals opgenomen in deze Code. De raad van commissarissen rapporteert vanuit zijn toezichthoudende functie in hoeverre de principes en bepalingen zoals opgenomen in deze Code zijn nageleefd. De aandeelhouders nemen zorgvuldig kennis van deze verantwoordingen en maken een grondige beoordeling van de redengeving van eventuele afwijkingen door de vennootschap van de principes en bepalingen van zoals opgenomen in deze Code.

De raad van commissarissen heeft tot taak⁵ toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en staat het bestuur met raad ter zijde. De raad van commissarissen richt zich bij de vervulling van zijn taak naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en weegt daartoe de in aanmerking komende belangen van bij de vennootschap betrokken partijen af. De raad van commissarissen is zodanig samengesteld dat de commissarissen ten opzichte van elkaar, het bestuur en welk deelbelang dan ook onafhankelijk en kritisch kunnen opereren. De commissaris die wordt benoemd op basis van een specifieke voordracht moet zijn taak vervullen zonder mandaat van degenen die hem hebben voorgedragen en onafhankelijk van bij de onderneming betrokken deelbelangen.

De taken en bevoegdheden van de diverse organen van een overheidsentiteit zijn nauw afgebakend waarbij de raad van commissarissen en hun leden onafhankelijk en kritische dienen te opereren zonder mandaat dan wel instructie van degenen die hem hebben voorgedragen dan wel benoemd.

³ Artikel 1 Code

⁴ Artikel 1 Code

⁵ Artikel 2 Code

De Algemene Vergadering van Aandeelhouders stelt een rooster van aftreden⁶ vast om zoveel mogelijk te voorkomen dat veel commissarissen tegelijk aftreden. Tussentijds aftreden⁷ van een commissaris kan geboden zijn bij onvoldoende functioneren, structurele onenigheid van inzichten, onverenigbaarheid van belangen of indien zijn integriteit in het geding is. Bij de beoordeling of deze situatie zich voordoet, is niet alleen het oordeel van de betrokken commissaris van betekenis. In het bijzonder de voorzitter van de raad van commissarissen dient in deze situaties waar nodig een actieve rol te spelen.

Op grond van het voorgaande dient wederom gesteld te worden dat de Code uitgaat van een lange termijn samenwerkingsverband tussen de diverse organen van de overheidsentiteit waarbij er geen sprake is van een (gedwongen) tussentijds aftreden van een lid, dan wel gezamenlijk aftreden van het merendeel van de leden.

2.2.2 Raad van Bestuur

Het bestuur is belast met het besturen van de vennootschap, hetgeen onder meer inhoudt dat zij verantwoordelijk is voor de realisatie van de doelstellingen van de vennootschap, voor de strategie en voor het beleid en de daaruit voortvloeiende resultatenontwikkeling. In dit kader richt het bestuur zich bij de vervulling van zijn taak naar het belang van de vennootschap en weegt daartoe de in aanmerking komende belangen van de bij de vennootschap betrokken partijen af. Hiertoe zal het bestuur een beleid voeren waarbij rekening wordt gehouden met financiële, commerciële, technische, personele, informatiserings- en automatiseringsaspecten van de vennootschap. Het bestuur legt hierover verantwoording, af aan de raad van commissarissen en aan de algemene vergadering van aandeelhouders⁸.

De raad van bestuur formuleert schriftelijk de ondernemingsdoelstellingen, de strategie en het algemeen beleid van de vennootschap en doet deze vervolgens toekomen aan de raad van commissarissen en de aandeelhouders ter goedkeuring respectievelijk vaststelling hiervan. Het bestuur is verantwoordelijk.

De code en raad van commissarissen model veronderstelt derhalve dat het opstellen van het beleid des raad van bestuur is. De vaststelling hiervan is des raad van commissarissen en de algemene vergadering van aandeelhouders. Uitgangspunt hierbij is de doelstelling van de overheidsentiteit zoals statutair vastgelegd waarvoor de raad van bestuur voor de realisatie dient zorg te dragen.

De rol van de aandeelhouder in deze is derhalve uiterst marginaal als vermogensverschaffer.

2.2.3 Algemene Vergadering van Aandeelhouders

De algemene vergadering van aandeelhouders dient zodanig invloed te kunnen uitoefenen op het beleid van het bestuur en de raad van commissarissen van de vennootschap, dat zij een volwaardige rol speelt in het systeem van “checks and balances” in de vennootschap. De besluiten van het bestuur omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming zijn aan de goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders onderworpen⁹.

⁶ Artikel 2.10 Code

⁷ Artikel 2.11 Code

⁸ Artikel 3.1 Code

⁹ Artikel 4.1 Code

Onderwerpen die door de vergadering van aandeelhouders behandeld moeten worden en waarover zij besluiten dienen te nemen zijn o.a.

- 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.
- benoemingen, schorsing en ontslag van de bestuurders.

Alhoewel de onderwerpen waarover een aandeelhouder besluiten kan en dient te nemen niet beperkt is tot de genoemde onderwerpen zij gesteld dat gelet op de bevoegdheid en verantwoordelijkheids verdeling tussen de organen van de vennootschap of stichting de beslissingsbevoegdheid niet veel verder strekt van de genoemde onderwerpen.

2.3 Verordening corporate governance

Op grond van artikel 9 van de Verordening corporate governance dient de adviseur corporate governance te adviseren over de vraag of het voornemen tot benoeming dan wel ontslag van een bestuurder aan de statuten van de vennootschap en aan de toepasselijke regels voldoet, waaronder de procedureregels en profielschets als bedoeld in artikel 8 van de Verordening en de bepalingen uit de Code Corporate Governance Curaçao. In het advies geeft de adviseur corporate governance gemotiveerd aan of er al dan niet zwaarwegende bezwaren zijn tegen het gemelde voornemen.

Bij besluit d.d. 22 september 2010 no. 2010/55035 is reeds een algemene profielschets vastgesteld voor de leden van de raad van commissarissen dan wel bestuursleden van de overheidsentiteiten. De voormalige adviseur corporate governance (SOAB) 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.

Alle zittende commissarissen dan wel bestuurders zijn conform artikel 9 van de verordening getoets aan de vastgestelde profielschets door de adviseur corporate governance. Benadrukt wordt dat al deze bestuurders ook zijn benoemd na een verklaring van geen zwaarwegende bezwaren zijdens de adviseur. De commissarissen dan wel bestuurders waar tegen er zwaarwegende bezwaren waren zijn niet benoemd door de daartoe bevoegde orgaan.

Conform het tweede lid van artikel 10 van de verordening doet de adviseur corporate governance de Minister, de Raad van Minister dan wel Regering schriftelijk haar advies toekomen over de vraag of een voorgenomen ontslag voldoet aan de toepasselijke regelgeving, de Code Corporate Governance en aan de statuten van de vennootschap of stichting en over de vraag of de vennootschap of stichting op grond van de voor het voorgenomen ontslag aangevoerde argumenten in redelijkheid tot een ontslag kan komen. In het advies geeft de adviseur corporate governance gemotiveerd aan of er al dan niet zwaarwegende bezwaren zijn tegen het voorgenomen ontslag en of er al dan niet in redelijkheid tot het voorgenomen ontslag kan worden gekomen.

Conform artikel 4.2 van de Code Corporate Governance is de Regering dan wel de Raad van Ministers gehouden een entiteit op te richten, welke belast is met de advisering van de overheid inzake de selectie en benoeming van commissarissen en bestuurders van de overheidsentiteiten. Waaronder de periodieke beoordeling van het functioneren van individuele commissarissen en bestuurders van de vennootschap alsook de rapportage hierover aan de algemene vergadering van aandeelhouders dan wel de daartoe strekkende orgaan.

Conform artikel 10 van de Verordening dient indien door of namens de Minister, de Raad van Minister dan wel Regering wordt beslist of meebeslist over het ontslag van een bestuurder, dit voornemen tot dat ontslag schriftelijk en gemotiveerd aan de adviseur corporate governance te worden gemeld.

Bij de melding dient derhalve aangegeven te worden welke bestuurder dan wel bestuurders de Minister, de Raad van Minister dan wel Regering voornemens is/zijn te ontslaan en bij welke overheidsentiteit met de daarbij behorende motivering per bestuurder dan wel bestuurders.

Het gestelde in artikel 4.2 van de code zijnde een periodieke beoordeling dan wel functioneren dient hierbij in acht te worden genomen. Eveneens dient hierbij de statutaire bepalingen als de vereisten van BW 2 in acht te worden genomen.

Het voornemen dient derhalve deugdelijk gemotiveerd te zijn onderbouwd met de nodige feiten met betrekking tot het functioneren van de bestuurder dan wel de positie van de bestuurder.

2.4 BW 2

In artikel 2:21 BW is bepaald dat een besluit van een orgaan van een rechtspersoon onder meer vernietigbaar is indien het in strijd is met wettelijke of statutaire bepalingen die de totstandkoming van besluiten regelen of wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid die door artikel 2:7 BW wordt geëist of wegens strijd met een reglement. In artikel 2:21 BW is bepaald dat een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, zich als zodanig jegens elkaar moeten gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Toetsingsmaatstaf daarbij is, volgens vaste jurisprudentie (zie HR 9 januari 1987, NJ 1987, 959), de vraag of het orgaan dat het besluit heeft genomen bij afweging van alle bij het besluit betrokken belangen van de in artikel 2:7 BW bedoelde persoon in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen. De rechter zal het besluit tot een ontslag marginaal toetsen. Benadrukt wordt dat het voorgaande niet betekent dat het besluit slecht summier dient te zijn gemotiveerd. De Motivering dient deugdelijk te zijn. Bij het ontbreken van een motivering dan wel een te summiere dan wel apert niet houdbare motivering is er een gerede kans dat zulks een besluit de rechterlijke toetsing niet zal doorstaan.

2.5 Jurisprudentie

Twee bestuursleden van de StIP zijnde de heren Emerenciana en Gois hebben in 2007 een rechtzaak aangespannen tegen de StIP /Bestuurscollege i.v.m. het besluit van het Bestuurscollege om hun als bestuursleden te ontslaan. Het College had de heer Emerenciana ontslagen omdat hij niet gestemd had in overeenstemming met het besluit van het Bestuurscollege dan wel de "instructie" van het College niet had opgevolgd. Het Eilandgebied verweet Emerenciana dat hij er blijk van heeft gegeven niet te beschikken over het voor zijn functie vereiste politieke inlevingsvermogen. Het ontslag heeft plaatsgevonden op verzoek van de partij die hem voor deze functie had voorgedragen. Aldus heeft Emerenciana volgens het Bestuurscollege het vertrouwen van de partij die hem had voorgedragen als bestuurslid — de MKP - onherstelbaar geschonden.

Voor wat betreft de Motivering van het ontslag van Gois beroept het Eilandgebied zich op het zowel op Curaçao als in de Nederlandse Antillen bestendige gebruik om met de wisseling van de Regering ook de bestuurders en commissarissen van overheids-NV's en —stichtingen te vervangen. Het ontslag van Gois maakt deel uit van een standaardontslagronde.

De StIP en het Bestuurscollege beroepen zich er tevens op dat het ontslag van beide bestuurders heeft plaatsgevonden op grond van een gewichtige reden die betrekking heeft op het belang van het Bestuurscollege. Emerenciana en Gois hebben hun ontslag aan gevochten met verwijzing naar o.a. de artikelen 2:21 en 2:7 BW en de statutaire bepalingen van de StIP.

Het gerecht in eerste aanleg heeft op 21 mei 2007, AR 2006/1234 in deze zaak vonnis gewezen. In dit vonnis is o.a. het volgende gesteld dan wel geoordeeld.

Met betrekking tot Emerenciana.

Het gerecht is van oordeel dat het Bestuurscollege het stemgedrag van Emerenciana in redelijkheid niet als taakverwaarlozing of gewichtige reden in de zin van artikel 5 lid 1 van de statuten heeft kunnen aanmerken. In de tweede plaats geldt dat Emerenciana — met de meerderheid van het bestuur - zijn stem heeft uitgebracht conform de voordracht van de raad van commissarissen van IUH en het adviesrapport van Deloitte & Touche, zodat van een (de belangen van Stip, het Eilandgebied en IUH in aanmerking genomen) onverantwoorde stem bezwaarlijk kan worden gesproken. Belangrijker is echter dat bestuurders van StIP eenmaal benoemd- conform de eigen richtlijnen van het Bestuurscollege voor bestuursleden van StIP uitdrukkelijk onafhankelijk van het Bestuurscollege en de daarvan deeluitmakende politieke partijen hun bestuurstaak moeten kunnen uitoefenen.

In het licht van vorenbedoelde regels, feiten en omstandigheden, is het besluit alleen Emerenciana op 21 september 2006 met onmiddellijke ingang te ontslaan, in strijd met artikel 5 lid 1 van de statuten. want onvoldoende gemotiveerd, en zonder dat sprake is van taakverwaarlozing of een voldoende gewichtige reden, tot stand gekomen. Krachtens artikel 2:21 lid 1 BW is de nietigheid van het besluit daarvan het gevolg,

Met betrekking tot Gois

Het Eilandgebied voert als (inmiddels indirect) aandeelhouder in de diverse overheids NV's en overheidsstichtingen sinds jaar en dag een bestendig henoemings- en ontslagbeleid voor commissarissen en bestuurders. Dit beleid komt er in essentie op neer dat telkens hij een wisseling van de wacht in de eilandelijke bestuurssamenstelling wordt gezien welke commissarissen en/of bestuurders in verband met de gewijzigde samenstelling van het Eilandsbestuur moeten worden vervangen en welke kunnen blijven. Het is immers de coalitie als combinatie van politieke partijen die de door het Bestuurscollege/ Eilandgebied naar voren geschoven bestuurders en commissarissen vertegenwoordigen, Zij dienen voor de overheids-NV's en —stichtingen de door de (nieuwe) coalitie uitgestippelde koers binnen de hiervoor beschreven grenzen van bestuursautonomie en individuele bestuurdersverantwoordelijkheid te volgen. Dat betekent dat sommige bestuurders een wisseling van de wacht overleven en anderen dienen te vertrekken. Dit beleid is op zichzelf niet in strijd met de tekst en de strekking van artikel 5 lid 1 van de statuten van StIP. Het is hetzelfde beleid waaraan Da Silva de Goes zijn benoeming als bestuurder van StIP te danken hebben. Zijn positie als bestuurder stond en viel in beginsel met de deelname van de PAR aan het Bestuurscollege, hetgeen ook met zoveel woorden in zijn benoemingsbesluit staat. Het kan zich derhalve, gelet op het bepaalde in artikel 2:7 BW, nu niet op de onredelijkheid of onwenselijkheid van dit beleid beroepen. Voor de rechter is op dit punt geen zelfstandige taak weggelegd. De vorderingen die verband houden met het ontslag van Da Silva de Goes zullen derhalve worden afgewezen.

In het vonnis AR 2006/154 inzake Darwin Gregg tegen UTS e.a. heeft het gerecht tevens geoordeeld dat het voorgaand beleid niet in strijd is met het bepaalde in boek 2 BW. Tevens is gesteld dat gelet op de tekst van artikel 2:19 lid 7 BW en hetgeen daarover in de memorie van toelichting is bepaald, het Gerecht voorshands van oordeel is dat het door het Land en het Eilandgebied gevoerde benoemings— en ontslagbeleid niet in strijd is met de wet of de bedoeling van de wetgever. De statuten van UTS voorzien niet in een onafhankelijke raad van commissarissen zoals bedoeld in artikel 2:139 BW, waarvoor bijzondere aangescherpte (benoemings- en) ontslagregels gelden.

Benadrukt dient te worden dat alle twee uitspraken dateren voor de invoering van de Verordening en Code Corporate Governance per 1 januari 2010. Naast de BW 2 dient nu ook de nieuwe wet en regelgeving in acht te worden genomen.

In de verordening en Code zijn vereisten en procedures voor de benoeming en ontslag opgenomen. Daarnaast gaat de Code ook uit van een onafhankelijke dan wel zonder mandaat functioneren van een lid van de raad van commissarissen. En gaat de Code uit van aftreden conform een rooster van aftreden. De verordening eist ook een motivering voor een voorgenomen ontslag of benoeming.

De wet heeft met andere woorden zwaardere eisen gesteld aan een ontslag en benoeming dan ten tijde van voornoemde rechterlijke uitspraken.

Gelet op het voorgaande is niet uitgesloten dat de rechter anders zal oordelen t.a.v. een ontslag met als enig grondslag het aantreden van een nieuw kabinet.

3 Melding aan de Adviseur

Conform artikel 10 van de Verordening dient indien door of namens de Minister, de Raad van Minister dan wel Regering wordt beslist of meebeslist over het ontslag van een bestuurder, dit voornemen tot dat ontslag schriftelijk en gemotiveerd aan de adviseur corporate governance te worden gemeld.

3.1 Brief van de Minister-President

Bij schrijven van 4 februari 2013, no. 2013/6073 bericht de Minister-President de adviseur ter uitvoering van het bepaalde in artikel 10 juncto artikel 4 van de Eilandsverordening corporate governance (A.B. 2009, no. 92) het volgende:

Zoals bij u genoegzaam bekend, is het sinds jaar en dag gevoerde benoemings- en ontslagbeleid ten aanzien van commissarissen van overheidsvennootschappen en van bestuurders van overheidsstichtingen dat bij een politieke wisseling van de wacht (voorheen: bij het aantreden van een nieuw bestuurscollege (bc) van het voormalige Eilandgebied Curaçao dan wel bij een kabinetswisseling op het niveau van het voormalige land de Nederlandse Antillen en sinds 10 oktober 2010 bij het aantreden van een nieuw kabinet van het land Curaçao) alle commissarissen van overheids nv's dan wel bestuursleden van overheidsstichtingen worden verzocht hun functies ter beschikking te stellen teneinde het nieuw aangetreden politieke bestuur de gelegenheid te geven om te bezien welke zittende commissarissen dan wel bestuursleden al dan niet kunnen worden gehandhaafd rekening houdende met de gewijzigde politieke verhoudingen.

Dat jarenlang gehanteerde beleid had en heeft als uitgangspunt dat de samenstelling van de toezichthoudende organen van genoemde overheidsentiteiten zoveel mogelijk een weerspiegeling dient te vormen van de nieuwe samenstelling van het recent aangetreden politieke bestuur. Immers, het nieuwe politieke bestuur dient er in goed vertrouwen van uit te gaan dat de door haar uitgestippelde koers ook wordt gevolgd binnen genoemde entiteiten, uiteraard binnen de daarvoor beschreven grenzen van bestuursautonomie en individuele bestuurdersverantwoordelijkheid.

Bovengeschetst beleid is naar het oordeel het huidige kabinet toelaatbaar. Van belang hierbij is om te vermelden dat de huidige commissarissen en bestuurders hun benoeming grotendeels te danken hebben aan dat beleid, waarbij overigens ten overvloede dient te worden opgemerkt dat dat beleid niet als onredelijk dan wel onwenselijk kan worden gekwalificeerd. Vaststaat immers dat het merendeel - zo niet alle - zittende RvC- dan wel bestuursleden voorgedragen zijn door de politieke partijen die in de periode 10 oktober 2010 tot 29 september 2012 regeringsverantwoordelijkheid droegen.

Voor de goede orde wil de regering hierbij vermelden dat bovengenoemd beleid niet van toepassing is op de statutaire directeuren van de overheidsrechtspersonen.

Ten overvloede bericht de regering u dat zij de leden van de besturen en van de RvC's van alle rechtspersonen reeds heeft benaderd met het verzoek om hun functies ter beschikking te stellen, opdat kan worden overgegaan tot de voordracht en benoeming van nieuwe leden, daar waar noodzakelijk en wenselijk wordt geacht.

Op grond van het bovenstaande verneem ik gaarne zo spoedig mogelijk uw advies met betrekking tot het voornemen van de regering om met inachtneming van het beleid, zoals hierboven uiteengezet, over te gaan tot collectief/massaal ontslag van commissarissen en bestuurders

3.2 Analyse en beoordeling van het verzoek en de motivering.

Kort gezegd wordt in het schrijven van de Minister-President de adviseur om advies gevraagd ter uitvoering van artikel 10 van de verordening m.b.t. het voornemen om over te gaan tot collectief dan wel massaal ontslag. Als grondslag hiervoor wordt aangedragen:

- het sinds jaar en dag gevoerde benoeming- en ontslagbeleid ten aanzien van commissarissen van overheidsvennootschappen en van bestuurders van overheidsstichtingen bij een politieke wisseling van de wacht
- uitgangspunt dat de samenstelling van de toezichthoudende organen van genoemde overheidsentiteiten zoveel mogelijk een weerspiegeling dient te vormen van de nieuwe samenstelling van het recent aangetreden politieke bestuur.
- het nieuwe politieke bestuur er in goed vertrouwen van uit dient te gaan dat de door haar uitgestippelde koers ook wordt gevolgd binnen genoemde entiteiten,
- dat het merendeel - zo niet alle - zittende RvC- dan wel bestuursleden voorgedragen zijn door de politieke partijen die in de periode 10 oktober 2010 tot 29 september 2012 regeringsverantwoordelijkheid droegen.

Als eerste zij opgemerkt dat artikel 10 van de verordening geen melding veronderstelt van een collectief/dan wel massaal ontslag in algemene zin dan wel een voornemens daartoe. Een ontslag dan wel voornemens daartoe dient conform voorgaande artikel concreet te zijn in die zin dat het gaat om een bepaalde commissaris dan wel bepaalde commissarissen bij een bepaalde overheidsentiteit dan wel entiteiten. Gelet hierop had de Minister-President ter voldoening aan het gestelde in artikel 10 bij zijn schrijven een overzicht moeten voegen van de bestuurders waartoe de zij voornemens zijn te ontslaan.

In het schrijven van de Minister-President wordt verwezen naar een schrijven aan alle overheidsentiteiten dan wel de bestuurders daarvan waarin gesteld wordt dat het de bedoeling is om daar waar noodzakelijke dan wel wenselijk over te gaan tot de voordracht en benoeming van nieuwe leden. Het kennelijk voorgenomen collectief dan wel massaal ontslag zal gelet op het voorgaande wellicht niet alle bestuurders treffen. Er zal kennelijk een beoordeling plaatsvinden op grond waarvan bepaalde bestuurders wel en anderen niet zullen worden ontslagen. De criteria dan wel grondslag om te bepalen of een ontslag van een specifieke bestuurder noodzakelijk dan wel wenselijk is heeft de Minister-President in geen van beide schrijven aangegeven. Door het ontbreken van deze criteria dan wel grondslag wordt niet voldaan aan de vereiste motivering welke door artikel 10 wordt gevraagd.

Gelet op het voorgaande kan het schrijven van de Minister-President niet gezien worden als een melding in de zin van artikel 10 van de verordening dan wel ter uitvoering van artikel 10 zoals gesteld in het schrijven. Het schrijven behelst immers een aankondiging tot het voornemen om over te gaan tot collectief/massaal ontslag. Het voornemen zelf dient derhalve nog gemotiveerd en met in achtneming van het voorgaande en bijvoeging van de namen van de bestuursleden waarop het voornemen betrekking heeft aan de adviseur te worden gemeld. Het niet melden van dit voornemen met in achtneming van het voorgaande zal een handelen in strijd met artikel 10 van de verordening opleveren. De adviseur wijst in dit kader erop 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.

Voor zover het schrijven van de Minister-President wel gezien zou kunnen worden als een melding in de zin van artikel 10 van de verordening “quod non” zij het volgende gesteld.

In het schrijven aan alle overheidsentiteiten dan wel de bestuurders daarvan is gesteld dat het de bedoeling is om daar waar noodzakelijke dan wel wenselijk over te gaan tot de voordracht en benoeming van nieuwe leden. De motivering dan wel onderbouwing waar en op welke gronden het al dan niet noodzakelijk dan wel wenselijk is om over te gaan tot een ontslag dan wel benoeming is niet aangegeven in het schrijven. Hiermee komt de vereiste motivering conform artikel 10 van de verordening geheel dan wel deels te ontbreken. Reeds gelet hierop zal de adviseur moeten melden dat er zwaarwegende bezwaren zijn tegen zulks een voorgenomen ontslag.

Voor wat betreft de overige naar voren gebrachte argumenten voor het kennelijk voorgenomen massaal/collectief ontslag het volgende.

De adviseur heeft reeds in het jaar 2010 per schrijven d.d. 1 december 2012 met als kenmerk 10/1063C/MH aangegeven dat er zwaarwegende bezwaren zijn tegen het toen voorgenomen massaal/collectief ontslag.

De adviseur had toen geoordeeld dat het collectief ontslag niet in overeenstemming is met de Code waarbij de in het verlengde hiervan aangevoerde ontslagredenen tevens niet redelijk zijn op basis van het volgende:

- 1 Door het ontbreken van een nadere invulling dan wel concretisering van het overheidsbeleid is een objectieve beoordeling door de overheid van het functioneren van de commissarissen/toezichthouders, afgezien van het vaststellen of er voldaan wordt aan de in de Code opgenomen deskundigheidsvereisten welk onder meer blijken uit een profielschets, onzes inziens niet mogelijk.
- 2 Het aspect van vertrouwen zoals aangegeven door de Raad van Ministers impliceert vanuit de Code dat, op basis van een periodieke evaluatie door de overheid van het functioneren van de commissarissen/toezichthouders dan wel op basis van een eigen evaluatie door de raden van commissarissen/toezicht van hun functioneren alsook die van de individuele leden, er sprake moet zijn van een structurele onenigheid van inzichten dan wel onverenigbaarheid van belangen tussen enerzijds de commissarissen/toezichthouders en anderzijds de overheid als aandeelhouder dan wel het orgaan dat de statuten kan wijzigen of bestuurders kan benoemen en ontslaan. Uit het voornemen tot collectief ontslag van commissarissen/toezichthouders door de Raad van Ministers blijkt niet in hoeverre deze beoordeling heeft plaatsgevonden.
- 3 Het aspect vertrouwen is voorts vanuit de Code niet nader uitgewerkt waardoor de Code onvoldoende aanknopingspunten biedt om een ontslagvoorstel door de overheid vanuit het vertrouwensaspect te objectiveren. Indien daarnaast geen beoordeling van het functioneren van de commissarissen/toezichthouders door de overheid heeft plaatsgevonden waaruit een structurele onenigheid van inzichten dan wel onverenigbaarheid van belangen blijkt, is er tevens sprake van onvoldoende ontslaggronden.

De Regering heeft toen per schrijven d.d. 20 december 2012 no. 2010/100712 aan de adviseur kenbaar gemaakt af te zullen wijken van het advies van de adviseur.

De regering heeft toen de noodzaak om over te gaan tot een massaal ontslag als o.a. volgt nader gemotiveerd :

- Tevens acht de Raad van Ministers het noodzakelijk om tot ontslag van de huidige leden over te gaan daar zij niet benoemd zijn met in achtneming van Code dan wel niet aan de profielschetsen voldoen dan wel niet op grond van objectieve criteria dan wel vastgestelde criteria ter benoeming zijn voorgedragen.
- het niet- c.q. niet tijdig voldoen van de rechtspersonen aan het verzoek van het toenmalige Bestuurscollege d.d. 27 september 2010 (POVOnr. 201 0/55072) aan de stichtingen en overheidsvennootschappen om aan te geven of en op welke wijze zij aan de corporate governance code hebben voldaan.

De nader motivering van de regering in 2010 voor zoverre dit toen als een deugdelijke en steekhoudende motivering zou kunnen worden aangemerkt “quod non” kan nu niet als motivering worden aangedragen. Het moge bij de Regering immers bekend worden verondersteld dat alle zittende bestuurders, commissarissen dan wel bestuursleden benoemd zijn na een verklaring van geen zwaarwegende bezwaren van de adviseur. M.a.w. alle benoemde personen voldoen aan de vastgestelde profielschets. Daarnaast hebben de meeste overheids N.V.'s inmiddels hun statuten aangepast conform de code en zijn de Stichtingen doende hun statuten aan te passen.

Nu alle zittende bestuurders, commissarissen dan wel bestuursleden benoemd zijn met in achtneming van de verordening en de code en de Regering in zijn schrijven niet heeft aangegeven dan wel onderbouwd dat de bestuurders, commissarissen dan wel bestuursleden hun taken niet uitvoeren met in achtneming van de code kan ook de nadere motivering uit het schrijven van 20 december 2012 niet als grondslag dienen voor het kennelijk voorgenomen massaal ontslag.

Een beroep op het ontslagbeleid kan ook niet worden gedaan. Het ontslagbeleid dateert ten eerste van een periode voor de invoering van de code en de verordening. Ten tweede voor zover betoogd wordt dat het ontslagbeleid ook na de invoering van de code is voortgezet zij gesteld dat dit is geschied in strijd met de code en onverlet de zwaarwegende bezwaren van de adviseur in 2010. Daarnaast zij gesteld dat in tegenstelling tot in het jaar 2010 nu wel alle bestuurders, commissarissen dan wel bestuursleden voldoen aan de profielschets.

Ook het argument dat de samenstelling van de toezichthoudende organen van genoemde overheidsentiteiten zoveel mogelijk een weerspiegeling dient te vormen van de nieuwe samenstelling van het recent aangetreden politieke bestuur houdt geen stand en is in strijd met de code. Er wordt voorbij gegaan aan het feit dat na de invoering van de Code de commissaris die zijn benoemd op basis van een specifieke voordracht zijn taak moet vervullen zonder mandaat van degenen die hem hebben voorgedragen en onafhankelijk van bij de onderneming betrokken deelbelangen. Het stellen dat de toezichthoudende organen van genoemde overheidsentiteiten zoveel mogelijk een weerspiegeling dient te vormen van de nieuwe samenstelling van het recent aangetreden politieke bestuur is derhalve niet in overeenstemming met de code die de onafhankelijkheid van de bestuurders, commissarissen dan wel bestuursleden voor staat.

Ook de motivering dat het nieuwe politieke bestuur er in goed vertrouwen van uit dient te gaan dat de door haar uitgestippelde koers ook wordt gevolgd binnen de overheidsentiteiten is niet in overeenstemming met de code. Als eerste zij gesteld dat bestuursleden en commissarissen toezichthouders zijn en geen beleidsmakers noch beleidsuitvoerders. Reeds gelet hierop is het niet aan hun om enige beleid te volgen doch primaire toezicht te houden conform de statutaire bepalingen en de code. Daarnaast zij gesteld dat de overheid in beginsel geen beleid maakt voor de overheidsentiteiten. De overheidsentiteiten dienen immers de in hun statuten gestelde doelstelling te realiseren. Op grond hiervan stellen de overheidsentiteiten zelfstandig hun beleidsplan op. Bij overheidsvennootschappen formuleert het bestuur (directie) schriftelijk de ondernemingsdoelstellingen, de strategie en het algemeen beleid van de vennootschap en doet deze vervolgens toekomen aan de raad van commissarissen en de aandeelhouders ter goedkeuring respectievelijk vaststelling hiervan.

Bij overheidsstichtingen kan de goedkeuring van het beleid indirect geschieden op grond van de subsidieverordening.

Ook het argument dat het merendeel - zo niet alle - zittende RvC- dan wel bestuursleden voorgedragen zijn door de politieke partijen die in de periode 10 oktober 2010 tot 29 september 2012 regeringsverantwoordelijkheid droegen kan de Regering niet baten. Het is immers geheel niet relevant wie de kandidaten hebben voorgedragen. De kandidaten dienen immers te voldoen aan de profielschets en onafhankelijk en zonder mandaat hun taak uit te voeren. Zo lang de commissarissen dan wel bestuursleden hun toezichthoudende taak naar behoren uitvoeren is er derhalve geen reden om hun uit hun functie te ontheffen dan wel hun te verzoeken om hun functie ter beschikking te stellen.

Pas indien er op grond van een evaluatie/beoordeling van hun functioneren zoals gesteld in artikel 4.2 van de Code blijkt dat een commissaris dan wel bestuurslid niet naar behoren functioneert kan zijn tussentijds ontslag worden overwogen.

Gelet op het voorgaande zal de adviseur zwaarwegende bezwaren hebben tegen een voorstel om over te gaan tot massaal/collectief ontslag op de in het schrijven van de Minister-President genoemde gronden.

4 Conclusie en advies

1. Het schrijven van de Minister-President kan niet gezien worden als een melding in de zin van artikel 10 van de verordening dan wel ter uitvoering van artikel 10 zoals gesteld in het schrijven. Door de algemene strekking van dit schrijven is er hier eerder sprake van een aankondiging van een melding tot een voornemen zoals gesteld in artikel 10 van de verordening.
2. De Regering dan wel de Raad van Ministers dient ter voldoening aan artikel 10 van de verordening, indien zij voornemens zijn om daadwerkelijk over te gaan tot het ontslag van enige dan wel alle leden van de Raad van Commissarissen dan wel leden van de besturen, dit alsnog concreet te melden aan de adviseur met vermelding van de naam van de betreffende commissarissen dan wel leden van de besturen en de overheidsentiteiten waarin zij zullen worden ontslagen met de daarbij behorende motivering.
3. De code gaat uit van een lange termijn samenwerkingsverband tussen de diverse organen van de overheidsentiteit waarbij er geen sprake is van een (gedwongen) tussentijds aftreden van een lid, dan wel gezamenlijk aftreden van het merendeel van de leden, maar aftreden conform een rooster van aftreden. Slechts indien er op grond van een evaluatie/beoordeling van het functioneren van bestuurders zoals gesteld in artikel 4.2 van de Code blijkt dat een commissaris dan wel bestuurslid niet naar behoren functioneert kan zijn tussentijds (gedwongen) ontslag worden overwogen.
4. Met betrekking tot de motivering dan wel genoemde gronden om te komen tot een collectief/massaal ontslag het volgende.
 - a. De motivering dan wel onderbouwing in welke overheidsentiteit en op welke gronden het al dan niet noodzakelijk dan wel wenselijk is om over te gaan tot een ontslag dan wel benoeming is niet aangegeven in het schrijven van de Minister-President. Hiermee komt de vereiste motivering conform artikel 10 van de verordening geheel dan wel deels te ontbreken, waardoor er reeds gelet hierop de adviseur zal moeten melden dat er zwaarwegende bezwaren zijn tegen zulks voorgenomen ontslagen.
 - b. Nu alle zittende bestuurders, commissarissen dan wel bestuursleden benoemd zijn met in achtneming van de Verordening en Code en de Minister-President in zijn schrijven niet gesteld dan wel onderbouwd heeft dat de bestuurders, commissarissen dan wel bestuursleden hun taken niet uitvoeren met in achtneming van de code dan wel het vertrouwen in enige vorm hebben geschonden is er geen moverende reden om tot hun ontslag over te gaan dan wel hun te verzoeken hun functie ter beschikking te stellen.
 - c. Een beroep op het ontslagbeleid kan niet worden gedaan. Het ontslagbeleid dateert ten eerste van een periode voor de invoering van de code en de verordening. Ten tweede voor zover betoogd wordt dat het ontslag beleid ook na de invoering van de code is voortgezet zij gesteld dat dit is geschied in strijd met de code en onverlet de zwaarwegende bezwaren van de adviseur in 2010. Daarnaast zij gesteld dat in tegenstelling tot in het jaar 2010 nu wel alle bestuurders, commissarissen dan wel bestuursleden voldoen aan de profielschets. De nadere motivering uit het schrijven van 20 december 2012 dat de bestuurders niet zouden voldoen aan de profielschets houdt om deze reden ook geen stand meer als grondslag voor een collectief/massaal ontslag.

- d. Het stellen dat de toezichhoudende organen van genoemde overheidsentiteiten zoveel mogelijk een weerspiegeling dient te vormen van de nieuwe samenstelling van het recent aangetreden politieke bestuur is ook niet in overeenstemming met de code die de onafhankelijkheid van de bestuurders, commissarissen dan wel bestuursleden voor staat.
- e. De motivering dat het nieuwe politieke bestuur er in goed vertrouwen van uit dient te gaan dat de door haar uitgestippelde koers ook wordt gevolgd binnen de overheidsentiteiten is mede gelet op het voorgaande ook niet in overeenstemming met de code.
- f. Het argument dat het merendeel - zo niet alle - zittende RvC- dan wel bestuursleden voorgedragen zijn door de politieke partijen die in de periode 10 oktober 2010 tot 29 september 2012 regeringsverantwoordelijkheid droegen kan niet gezien worden als een motivering in de zin van artikel 10. Het is immers geheel niet relevant wie de kandidaten hebben voorgedragen, van belang is dat zij benoemd zijn in overeenstemming met de Verordening en de Code.

Zoals gesteld in het advies van de adviseur van 1 december 2012 met als kenmerk 10/1063C/MH waren er in 2010 reeds zwaarwegende bezwaren tegen het toen voorgenomen massaal/collectief ontslag. In het verlengde hiervan en op grond van de in dit advies nadere aangegeven redenen deelt de adviseur u mede dat er zwaarwegende bezwaren zullen zijn tegen een collectief/massaal ontslag op de in het schrijven van de Minister-President genoemde gronden.

De SBTNO
adviseur corporate governance

cc Minister van Financiën