

Aan de Raad van Ministers  
dtkv de Minister van Financiën  
Dr. Jose Jardim  
Pietermaai  
Alhier

Uw nummer (letter): 2012/072541 Uw brief van: 30 nov 2012 Ons nummer: 13122012.6 Willemstad, 13 december 2012

Onderwerp: Advies inzake voornemen tot ontslag President-Commissaris IUH N.V. (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 oftewel 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 Ministers, de SBTNO als adviseur corporate governance, middels schrijven d.d. 30 november 2012, no. 2012/072541, ontvangen door de SBTNO op 3 december 2012, benadert met het verzoek om advies ten aanzien van het voornemen tot ontslag van de president-commissaris van IUH N.V. Het voorgaande is middels besluit van de Raad van Ministers d.d. 5 december 2012, no. 2012/072541 geaccordeerd.

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 het 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.

## 2 Ontvangen en geraadpleegde documenten

- Brief van de Minister van Financiën d.d. 30 november 2012 no. 2012/072541inzake voornemen ontslag van de President-Commissaris IUH N.V.
- Kopie besluit van de Raad van Ministers d.d. 5 december 2012 ter bekrachtiging van het verzoek van de Minister d.d. 30 november 2012.
- SOAB-rapport inzake IUH d.d. 12 oktober 2012.
- Statuten van de IUH d.d. 18 december 2011 en 16 januari 2002.

## 3 Toetsing ontslag van de bestuurder, President-Commissaris

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 Melding aan de Adviseur

Op grond hiervan heeft de Minister dan wel Raad van Ministers (RvM), de SBTNO als adviseur corporate governance middels schrijven d.d. 30 november 2012 dan wel bij besluit van de RvM d.d. 5 december benaderd met het verzoek om advies ten aanzien van het voornemen tot ontslag verlening aan de President-Commissaris van de IUH.

In voornoemd schrijven wordt o.a. het volgende gesteld dan wel de volgende motivering aangedragen om tot het voornemen te komen.

*Met betrekking tot de CUC NV. (BOO) wordt aangegeven dat in januari 2011 de aandelen van Aqualectra in CUCH NV. zijn overgedragen aan RdK, zulks zonder enige compensatie hiervoor waardoor de boekwaarde van het aandelen belang van IUH in CUC per eind 2010 in de jaarrekening 2010 tot nihil is afgeboekt. Terwijl de toenmalige directie van Aqualectra zich uitdrukkelijk verzette tegen de overdracht aandelen CUC "om niet" aan RdK, stelde de aandeelhouder zich op het standpunt dat deze aandelen geen waarde hadden omdat de BOO-centrale technisch en financieel failliet zou zijn.*

*Gesteld wordt dat het standpunt van de aandeelhouder niet houdbaar lijkt, aangezien de aandelen BOO jarenlang in de cijfers van Aqualectra gewaardeerd werden voor ruim ANG 65,5 miljoen. Dit werd ook in achtereenvolgende jaren door de accountant goedgekeurd. Dat deze aandelen opeens geen waarde neer zouden hebben wordt ook weersproken door het feit dat in de financiële stukken van RdK, de verwerving van de aandelen CUC wordt gekwalificeerd als een winst van ANG 65,478,390 uit hoofde van Acquisition of CUC Holding NV. ". In de geconsolideerde balans van RdK staat de waarde van de CUC Plant zelfs weergegeven als ANG 258,155,673.*

*Tevens wordt naar voren gebracht dat de aandelen CUC een omvangrijke contractswaarde vertegenwoordigen, aangezien Isla jaarlijks aan CUC dient te betalen de zgn. "take or pay payments" van USD 37,5 miljoen. ,*

*In diverse correspondentie tussen met name StIP, de minister van Algemene Zaken en de toenmalige directie van Aqualectra, blijkt dat de toenmalige directie onder dreiging van ondermeer schorsing en diepgaand onderzoek door de aandeelhouder "gedwongen" werd de aandelen "om niet" over te dragen aan RdK, zulks ondanks duidelijke en gemotiveerde waarschuwingen van de directie omtrent zowel de grote waarde van de aandelen als de zeer nadelige financiële gevolgen voor Aqualectra die een overdracht "om niet" zou hebben.*

*Het bovenstaande geeft sterk de indruk dat de aandeelhouder (vertegenwoordigd door de toenmalige minister van Algemene Zaken) op de stoel is gaan zitten van de directie, en dat de Raad van Commissarissen haar toezichthoudende rol ernstig heeft verzaakt door deze voor Aqualectra nadelige transactie goed te keuren. Ten tijde van deze transactie was dhr. O. van der Dijs zowel President Commissaris van Aqualectra als van RdK en was er bovendien duidelijk sprake van een tegenstrijdig belang tussen Aqualectra en RdK.*

*De RvC van Aqualectra diende ingevolge de (toenmalige) statuten uit zeven eden te bestaan. Van alle toen in functie zijnde commissarissen hebben slechts twee commissarissen, te weten dhr. O van der Dijs en dhr. Treurniet het goedkeuringsbesluit ondertekend.*

*Er was derhalve geen besluit van de voltallige RvC en in ieder geval geen quorum voor het nemen van enig geldig besluit. De heer van der Dijs had zich bovendien wegens zijn "twee petten" moeten onthouden van enige deelname in besluitvorming, hetgeen hij heeft nagelaten. In het licht van het bovenstaande heeft de Raad van Ministers besloten geen vertrouwen meer te hebben in de heer Van der Dijs als voorzitter van de Raad van Commissarissen van Aqualectra en voornemens te zijn aan betrokkene ontslag te verlenen in een Buitengewone Vergadering van Aandeelhouders.*

Uit het verzoek van de Minister blijkt niet dat de President-Commissaris reeds in kennis is gesteld van dit voornemen dan wel in de gelegenheid is gesteld om zich te verweren t.a.v. de gronden van dit voornemen.

### 3.2 Wettelijke en statutaire bepalingen

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 het 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 16 derde lid van de statuten van IUH en artikel 2:136 lid 2 BW kan een bestuurder te allen tijde door de algemene vergadering van aandeelhouders worden ontslagen.

Alhoewel voornoemde artikelen stellen dat de AVA een bestuurder te allen tijde kan ontslaan, is de vennootschap daar niet geheel vrij in en kan dit niet ongemotiveerd dan wel zonder een deugdelijke motivering geschieden.

Ingevolge artikel 2:7 BW zijn de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet of de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, gehouden zich als zodanig jegens elkander gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Een tussen hen krachtens wet, gewoonte, statuten, reglement, besluit of overeenkomst geldende regel of beslissing is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

De Code heeft als uitgangspunt dat de vennootschap een lange termijn samenwerkingsverband is van de diverse bij de vennootschap betrokken partijen.

In het licht van artikel 2:7 BW almede de principes van Good Corporate Governance dient de de RvC en de Leden van de RvC gehoord te worden t.a.v. het voorgenomen ontslag.

Bij een mogelijk ontslag van de leden van de RvC zullen de voorschriften voor besluitvorming ook in acht moeten worden genomen. Als er binnen vergadering wordt besloten, moet derhalve de raadgevende stem van alle bestuurders/commissarissen worden gevraagd (art. 2:132 lid 4 BW). Bij besluitvorming buiten vergadering moeten bestuur en raad vooraf tijdig worden geïnformeerd (art. 2:135 lid 1 BW), zodat zij desgewenst hun zienswijze met de algemene vergadering kunnen delen. Het niet in acht nemen van deze voorschriften kan leiden tot nietigheid dan wel vernietiging van het besluit.

Conform artikel 2.1 van de code dient de Raad van Commissarissen zich bij de vervulling van zijn taak te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden ondernemingen en weegt daartoe de in aanmerking komende belangen van de bij de vennootschap betrokken partijen af.

Conform artikel 2.9 van de code dient de commissaris zijn taak te vervullen zonder mandaat van degenen die hem hebben voorgedragen en onafhankelijk van bij de onderneming betrokken deelbelang. De commissaris dient onafhankelijk zijn taak te vervullen.

Conform artikel 2.12 is er in ieder geval sprake van een tegenstrijdige belang van een commissaris wanneer de vennootschap voornemens is een transactie aan te gaan met een rechtspersoon, waarbij een commissaris van de vennootschap een bestuurs- of toezichthoudende functie vervult. De betreffende commissaris neemt in dat geval dan niet deel aan de discussie en besluitvorming over een onderwerp of transactie betreffende die vennootschap waarmee een tegenstrijdige belang is.

### **3.3 Beoordeling van het verzoek en de gronden.**

#### **3.3.1 Procedureel**

Als eerste zij gesteld dat zoals reeds hierboven is aangegeven alvorens tot het ontslag van een commissaris kan worden overgegaan de betreffende commissaris gehoord dient te worden m.b.t. de gronden dan wel redenen voor zijn ontslag. Om te kunnen beoordelen of de RvM dan wel de AVA op grond van de voor het voorgenomen ontslag aangevoerde argumenten in redelijkheid tot ontslag van de commissaris kan overgaan, is het van belang dat de adviseur tevens beschikt over het verweer van de commissaris dan wel commissarissen m.b.t. de gronden voor het voorgenomen ontslag. Slecht indien de ontslaggronden reeds vast staan dan kan dit achterwege blijven.

Om in redelijkheid tot een ontslag te kunnen komen moet immers onder andere vast komen te staan dat een handelen dan wel nalaten van een commissaris in strijd is met de statuten, wet en regelgeving waaronder de code alsmede dat door dit handelen dan wel nalaten de belangen van de overheidsentiteit niet in voldoende mate gewaarborgd worden dan wel behartigd worden dan wel de vennootschap hierdoor schade heeft geleden dan wel zal lijden.

Om dit te kunnen toetsen dient de Minister dan wel de Raad van Minister de adviseur niet slechts een motivering te doen toekomen maar een deugdelijke motivering voorzien van de onderliggende stukken alsmede het verweer dan wel de zienswijze van betrokkene. Het feit dat de toetsing van de adviseur in zeker zin marginaal dient plaats te vinden brengt immers niet met zich mee dat de motivering van de Minister dan wel de Raad van Minister marginaal, summier dan wel zonder enige onderliggende stuk kan geschieden. De adviseur kan immers geen gedegen advies uitbrengen, noch een marginale toetsing verrichten indien de melding geschiedt met een summier motivering zonder de relevante onderliggende stukken dan wel zonder kennis te kunnen nemen van het verweer van betrokkene op het voornemen.

### 3.3.2 De feiten en Motivering

Vast staat dat de heer President-Commissaris van IUH N.V tevens President-Commissaris is van RdK N.V. Gelet hierop dient de President-Commissaris bij elke aangelegenheid betreffende de RdK zich conform artikel 2.12 van de code zich te onthouden van enige beraadslaging en besluitvorming hieromtrent.

Uit het schrijven van de Minister volgt dat het goedkeuringsbesluit voor de overdracht van de aandelen BOO/CUC aan RdK mede is ondertekend door de President-Commissaris. Gelet hierop is er gehandeld in strijd met o.a. artikel 2.12 van de code.

Uit het schrijven van de Minister en het rapport van de SOAB blijkt dat de aandelen BOO jarenlang in de cijfers van Aqualectra gewaardeerd werden voor ruim ANG 65,5 miljoen en dat dit werd ook in achtereenvolgende jaren door de accountant goedgekeurd.

In het schrijven van de minister en het rapport van SOAB staat vermeld dat de aandelen van de BOO/CUC met kennelijk de goedkeuring van de RvC van de IUH om niet zijn overgedragen aan de RdK, doch dat de RdK deze aandelen in haar boeken heeft opgenomen voor een waarde van ANG 65,478,390.

Uit het schrijven van de Minister blijkt tevens dat de aandelen CUC een contractswaarde vertegenwoordigen, aangezien Isla jaarlijks aan CUC dient te betalen de zgn. "take or pay payments" van USD 37,5 miljoen.

Gelet op het voorgaande kan enig betoog dat de aandelen van de BOO/CUC geen waarde hebben geen stand houden dit ook gezien het feit dat deskundigen hebben gesteld dat de aandelen een bepaalde waarde vertegenwoordigen.

De RvC van de RdK dan wel de President-Commissaris van de RdK heeft door het laten opnemen van de aandelen van BOO/CUC in de boeken van RdK ter waarde van ANG 65,478,390 erkend dat de waarde van deze aandelen niet op nihil gesteld kunnen worden.

Niet kan worden ontkend dat de vermogenspositie van de IUH door de overdracht van de aandelen om niet aan RdK is aangetast.

Dat de vertegenwoordiger van de aandeelhouder dan wel de aandeelhouder van IUH heeft aangedrongen tot deze overdracht om niet dan wel hiermee heeft ingestemd doet niet ter zake. Benadrukt wordt dat zowel de vertegenwoordiger van de aandeelhouder als de aandeelhouder zelf geen orgaan is van de vennootschap. Een commissaris is gelet hierop en gelet op het gestelde in artikel 2.1 en 2.9 van de code niet gehouden enig verzoek dan wel instructie van de vertegenwoordiger van de aandeelhouder dan wel de aandeelhouder te volgen. Hij dient primair onafhankelijk te handelen in het belang van de vennootschap.

Slechts indien de aandeelhoudersvergadering enig besluit ter zake zou hebben genomen had de Raad van Commissarissen dan wel de President-commissaris dit in acht moeten nemen voor zover dit niet in strijd zou zijn met de wet en regelgeving dan wel enige statutaire bepalingen.

De aandeelhouder als vermogensverschaffer zou slechts in een AVA kunnen bewerkstelligen dat de vermogenspositie van de vennootschap wordt aangetast. In casu is niet gebleken dat er een aandeelhoudersbesluit is met betrekking tot de overdracht van de aandelen om niet van de BOO/CUC aan RdK.

Nu niet kan worden ontkend dat de vermogenspositie van de IUH door de overdracht van de aandelen om niet aan RdK is aangetast en dat een besluit van deze strekking niet in het belang was van de IUH is er tevens gehandeld in strijd met de artikelen 2.1 en 2.9 van de code.

Gelet op het voorgaande kan worden gesteld dat de Minister dan wel de Raad van Minister op grond van de aangevoerde argumenten in redelijkheid tot het voornemen van het ontslag van de President-Commissaris kan komen. De adviseur heeft dan ook geen zwaarwegende bezwaren tegen het voorgenomen ontslag.

Wel adviseert de adviseur de Minister dan wel de Raad van Ministers als nog betrokkene te horen t.a.v. het voorgenomen ontslag en de wettelijke en statutaire bepalingen zoals eerder aangegeven in acht te nemen.

#### 4 Conclusie en advies

1. De adviseur heeft geen zwaarwegende bezwaren tegen het voorgenomen ontslag van de President-commissaris van IUH. .
2. De adviseur adviseert de Minister, de Regering dan wel de Raad van Minister om de President-commissaris formeel te horen in een AVA t.a.v. het voorgenomen ontslag.

De SBTNO  
adviseur corporate governance

cc Minister President

SBTNO website