

Aan De Raad van Ministers
dtkv De Minister van Onderwijs,
Wetenschap, Cultuur en Sport
Mevr. I. A. Dick
Fort Amsterdam
Alhier

Uw nummer (letter): 2014/045658 Uw brief van: 1 oktober 2014 Ons nummer: 16102014.01 Willemstad, 16 oktober 2014

Onderwerp: Voorgenomen ontslag bestuurslid van FEFFIK

Bijlage: 1

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 (hierna: de Landsverordening) opgenomen bepalingen.

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

Op grond daarvan is de adviseur corporate governance bij Besluit van de Raad van Ministers van 1 oktober 2014, ontvangen 3 oktober 2014, benaderd met het verzoek om advies met betrekking tot de voorgenomen ontslagverlening aan een bestuurslid van Fundashon Pa Edukashon i Formashon di Fishi i Kapasitashon (hierna: FEFFIK).

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

2 Ontvangen en geraadpleegde relevante documenten

- Besluit van de Raad van Ministers d.d. 1 oktober 2014, no. 2014/045658;
- Brief van de Minister van Onderwijs, Wetenschap, Cultuur en Sport (hierna: de Minister) d.d. 26 september 2014 aan de Raad van Ministers (zaaknummer 2014/045658);
- Brief van FEFFIK d.d. 25 september 2014 aan de Minister;
- Brief van FEFFIK d.d. 9 september 2014 aan de Minister;
- Brief van FEFFIK d.d. 9 juli 2014 aan de Minister;
- Brief van FEFFIK d.d. 14 mei 2014 aan de Minister;
- Uittreksel van het Handelsregister van de Kamer van Koophandel en Nijverheid van Curaçao d.d. 7 oktober 2014 inzake FEFFIK; en
- Statuten van FEFFIK d.d. 30 september 2014.

3 Melding aan de adviseur

Op 1 oktober 2014 heeft de Raad van Ministers bij besluit met zaaknummer 2014/045658 besloten het voornemen betreffende het ontslag van de heer ██████ aan de adviseur voor te leggen.

Het ontslag voornemen van de Minister is in casu gebaseerd op het feit, zoals aangegeven in de brief van de Minister aan de Raad van Ministers van 26 september 2014, dat de aanwezigheid en inzet van de betreffende persoon als bestuurslid minimaal zijn.

Hierbij wordt opgemerkt dat er ondertussen een statutenwijziging op 30 september 2014 betreffende FEFFIK heeft plaatsgevonden. Volgens de informatie in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel en Nijverheid van Curaçao verkregen op 7 oktober 2014, staat de heer ██████ nog steeds ingeschreven als bestuurslid van FEFFIK. Desalniettemin in de geest van de Code om de statuten van de overheidsstichtingen om te zetten in een Raad van Commissarissen model, gaat de adviseur ervan uit dat de heer ██████ op dit moment feitelijk de functie van commissaris van FEFFIK bekleedt. De melding van de Minister betreffende het ontslag van de heer ██████ zal daardoor dan ook door de adviseur worden behandeld als het ontslag van een commissaris van FEFFIK.

4 Wettelijke en statutaire bepalingen

In overeenstemming met artikel 10 lid 1 van de Landsverordening indien door of namens de verantwoordelijke minister wordt beslist of meebeslist over het ontslag van een bestuurder dan wel een commissaris dient de verantwoordelijke minister zijn voornemen tot ontslag schriftelijk en gemotiveerd aan de adviseur corporate governance te melden.

Conform het tweede lid van artikel 10 van de Landsverordening dient de adviseur aan de Minister zijn advies te doen toekomen over de vraag of het voorgenomen ontslag voldoet aan de toepasselijke regels, de Code en aan de statuten van de stichting en over de vraag of de betreffende 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 9 lid 8 van de statuten van FEFFIK kan een lid van de raad van commissarissen door de Minister worden ontslagen. Ter zake een besluit tot ontslag zal de betrokkene voorzover mogelijk, in de gelegenheid worden gesteld zich tegenover de Minister te verantwoorden.

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

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

Bij het vormen van voornoemd oordeel dient de Minister ook de (periodieke) beoordeling van de individuele commissarissen van de betreffende stichting mee te nemen, dan wel dient dat in voldoende mate op een andere wijze te komen vast te staan.

Alvorens tot het ontslag van een commissaris kan worden overgegaan, dient de betreffende commissaris te worden gehoord met betrekking tot zijn ontslag. Gezien het feit dat de adviseur slechts marginaal toetst, is het niet aan de adviseur om te oordelen of de betreffende commissaris genoegzaam is gehoord met inachtneming van artikel 2:7 BW. Slechts indien er geen hoor en wederhoor heeft plaatsgevonden dan wel in de gevallen dat bij het horen de gronden voor het voorgenomen ontslag niet dan wel niet genoegzaam aan de raad van commissarissen dan wel aan de betreffende leden van de raad van commissarissen zijn kenbaar gemaakt, zou dit voor de adviseur een reden kunnen zijn om te stellen dat er zwaarwegende bezwaren zijn tegen het voorgenomen ontslag, vanwege het niet volgen van de geëigende procedure. De toetsing van de adviseur zal zich dan ook tot het voorgaande beperken voor wat de procedure van hoor en wederhoor betreft.

5 Relevante feiten en omstandigheden

Gezien het karakter van deze melding acht de adviseur het in casu nodig om alvorens over te gaan tot de toetsing van het voornemen van de Minister om de heer ████████ te ontslaan eerst een korte uiteenzetting te geven van de meest relevante feiten en omstandigheden aan de hand van het gestelde in de brieven van het bestuur van FEFFIK aan de Minister met betrekking tot het functioneren van de heer ████████ voor wie het ontslagvoornemen bestaat.

In de brief van het bestuur van FEFFIK van 14 mei 2014 aan de Minister is het volgende aan de Minister gemeld:

§) In de maand september 2013 hebben de volgende personen zitting genomen in het bestuur van de stichting FEFFIK (§), de heer ████████ als secretaris en (§).

Zoals reeds aan u is medegedeeld in de vergadering van 15 april 2014, zouden wij u een overzicht doen toekomen van het deelnamepercentage van de bestuursleden aan de bestuursvergaderingen.

Een opmerkelijk punt hierbij is dat de secretaris, de heer ██████████, sedert eind januari 2014 de bestuursvergaderingen niet meer heeft bijgewoond.

Onnodig te vermelden, dat door de afwezigheid van een secretaris in een bestuursfunctie, de voortgang van de werkzaamheden, niet op een normale wijze kunnen plaatsvinden.

Het bestuur van de FEFFIK heeft gemeend u dit geval onder uw aandacht te brengen, mede in het kader van de richtlijnen van corporate governance en transparant bestuur. (ō)+

Uit de lijst die bij deze brief is bijgevoegd blijkt dat de aanwezigheidsgraad van de heer ██████████ bij de vergaderingen 14,29% is. Uit deze lijst blijkt eveneens dat de heer ██████████ 4 keer heeft afgezegd en 8 keer zonder bericht van verhindering de vergadering niet heeft bijgewoond.

Tevens heeft het bestuur van FEFFIK in de vervolgbrieven van 9 juli 2014, 9 september 2014 en 25 september 2014 aan de Minister wederom het voorgaande gemeld, waarin in de brief van 25 september 2014 het ontslag van de heer ██████████ door het bestuur is verzocht.

6 Toetsing SBTNO

Als eerste zij gesteld, zoals reeds hierboven is aangegeven, alvorens tot het ontslag van een commissaris kan worden overgegaan, dient de betreffende commissaris te worden gehoord met betrekking tot zijn ontslag. Om te kunnen beoordelen of een Minister op grond van de voor het voorgenomen ontslag aangevoerde punten dan wel argumenten in redelijkheid tot ontslag van de commissaris kan overgaan, is het van belang dat de adviseur tevens beschikt over het verweer van de betreffende commissaris met betrekking tot de gronden voor het voorgenomen ontslag. Het proces van hoor en wederhoor dient dus te hebben plaatsgevonden en deze stukken dienen tevens aan de adviseur te worden overlegd. Bij het ontbreken hiervan heeft de adviseur in beginsel zwaarwegende bezwaren tegen de voorgenomen ontslagen. Slechts indien de ontslaggronden reeds genoegzaam vast staan, kan dat 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 lid van de raad van commissarissen in strijd is met de statuten, wet en regelgeving waaronder de Code alsmede dat door dit handelen dan wel nalaten de belangen van FEFFIK niet in voldoende mate gewaarborgd worden dan wel behartigd worden dan wel dat FEFFIK hierdoor schade heeft geleden dan wel kan lijden. Hierbij dient tevens rekening te worden gehouden met de %comply or explain+beginsel zoals vervat in artikel 4.5 van de Code. De Taak en Werkwijze van een raad van commissarissen zijn onder andere vastgelegd in artikel 2.1 van de Code.

In het bijzonder dient ook te worden gekeken naar de gevallen waarin de Code stelt dat het tussentijds aftreden van een commissaris geboden kan zijn te weten bij het onvoldoende functioneren, de structurele onenigheid van inzichten, de onverenigbaarheid van belangen of indien de integriteit van de commissaris in het geding is.

Aan de hand van de ontvangen en geraadpleegde documenten kan geconcludeerd worden dat de reden van de Minister voor dit ontslag, alhoewel niet expliciet aan de adviseur gemeld, berust op het onvoldoende functioneren van de heer ██████████ in het bestuur van FEFFIK. Aan de hand van de aangeleverde documenten blijkt dat het oordeel van de Minister om de betreffende commissaris te ontslaan berust op de informatie die de Minister van het bestuur heeft ontvangen. Daaruit volgt dat de aanwezigheid en participatie van de heer ██████████ in het bestuur van FEFFIK minimaal is. Uit een lijst met de aanwezigheidsgraad van het bestuur van FEFFIK blijkt dat de heer ██████████ van 5 november 2013 tot en met 9 mei 2014 twaalf (12) keer afwezig was. Van die twaalf (12) keer was hij acht (8) keer zonder bericht van verhindering afwezig. In een schrijven van het bestuur van september 2014 is gesteld dat de heer ██████████ als secretaris van het bestuur sinds januari 2014 geen enkele vergadering heeft bijgewoond. In dat kader heeft het bestuur van FEFFIK gesteld dat door de afwezigheid van een secretaris in een bestuur de voortgang van de werkzaamheden niet op een normale

wijze kunnen plaatsvinden. Overigens kan uit de aangeleverde documenten worden afgeleid, dat de betreffende commissaris wel wordt uitgenodigd voor de bestuursvergaderingen.

De wijze van functioneren van de heer ██████ als commissaris kan worden bestempeld als onvoldoende functioneren zoals bedoeld in artikel 2.11 van de Code. Immers door vaak niet aanwezig te zijn dan wel langdurig afwezig te zijn bij bestuursvergaderingen en een minimale dan wel geen inzet te hebben, worden de belangen van FEFFIK niet in voldoende mate gewaarborgd dan wel behartigd door de heer ██████. Ten gevolge daarvan zou het aftreden van de heer ██████ geboden kunnen zijn. Het voorgaande levert in beginsel voldoende grondslag voor ontslag.

Echter uit de aangeleverde documenten blijkt niet dat de betreffende commissaris reeds van het voornemen om hem te ontslaan door de Minister in kennis is gesteld en ter zake zou zijn gehoord. Immers de betrokkene moet in de gelegenheid worden gesteld om zich te verweren. Ook de onderliggende documenten waaruit van het voorgaande zou moeten blijken, had aan de adviseur moeten worden voorgelegd.

Alhoewel in dit specifiek geval de stukken, waaruit zou moeten blijken dat het proces van hoor en wederhoor zou hebben plaatsgevonden ontbreken, kan gesteld worden dat uit de verschillende brieven van het bestuur van FEFFIK aan de Minister omtrent de minimale dan wel geen participatie van de heer ██████ genoegzaam is gebleken dat de heer ██████ onvoldoende functioneert. Betoogt zou kunnen worden dat in casu de ontslaggronden voor het ontslag, op grond van de brieven van het bestuur van FEFFIK genoegzaam vaststaat. Dat neemt echter niet weg dat de Minister de heer ██████ moet horen alvorens zijn ontslag voort te zetten.

Met inachtneming van het voorgaande en indien na het horen van de heer ██████ komt vast te staan dat hij onvoldoende functioneert dan wel dat hij de kans heeft gekregen om op het voornemen van zijn ontslag te reageren, heeft de adviseur geen zwaarwegende bezwaren tegen zijn ontslag.

7 Code Corporate Governance

De adviseur vraagt hierbij wederom ook expliciet uw aandacht voor het gestelde onder de bepaling 4.2 van de Code. De Regering dan wel de Raad van Ministers wordt wederom geadviseerd om op korte termijn een entiteit op te richten zoals vermeldt in voornoemde bepaling ter verrichting van de in voornoemde bepaling vermelde taken waaronder de beoordeling/evaluatie van commissarissen dan wel bestuursleden.

8 Overige opmerkingen

In een tweetal adviezen van 1 april 2014 (nummer: 01042014.02) en van 17 juli 2014 (nummer: 17072014.01) heeft de adviseur reeds gewezen op het feit dat de Minister conform de dan geldige statuten van FEFFIK van 15 februari 1991 maximaal vier personen kan benoemen.

In het voornoemd advies van 17 juli 2014 heeft de adviseur daaromtrent het volgende gesteld:

¶ Conform artikel 6 van de statuten van FEFFIK kunnen maximaal veertien (14) bestuursleden worden benoemd. Daarvan kunnen maximaal vier (4) leden door het Eilandgebied Curaçao (lees nu: de Minister van Onderwijs, Wetenschap, Cultuur en Sport of de Regering) worden benoemd. De overige bestuursleden worden door andere instellingen benoemd. Volledigheidshalve, indien de Minister overgaat tot het benoemen van meer dan vier (4) leden in het bestuur van FEFFIK dan waarvoor zij op grond van de statuten bevoegd is, dan zijn de rest van de benoemingen gelet op artikel 2:21 BW nietig.

In het advies van 1 april 2014 had de adviseur reeds op het voorgaande gewezen. Uit het online Handelsregister van de Kamer van Koophandel blijkt dat er reeds zeven personen zijn geregistreerd als bestuurslid van FEFFIK waarover de adviseur advies heeft uitgebracht. Indien al deze 7 leden door de Minister zijn benoemd, is dit niet in

overeenstemming met de statuten van FEFFIK en zijn de drie laatste benoemingen derhalve nietig conform artikel 2:21 BW. (ō)

Volledigheidshalve wijst de adviseur erop dat indien er reeds 7 leden door de Minister zijn benoemd betrokkene de 8^{ste} lid zou zijn. Zoals reeds gesteld kunnen er slechts 4 leden door de Minister worden benoemd en is de benoeming van een 8^{ste} lid gelijk aan de benoeming van de 3 laatste leden nietig zijn. (ō)+

Uit de informatie waarover de adviseur beschikt, zouden er kennelijk alle zeven personen die volgens het uittreksel van 7 oktober 2014 van het Handelsregister van de Kamer van Koophandel van Curaçao (Bijlage 1) nog als bestuursleden staan ingeschreven en kennelijk door de Minister zijn benoemd. Zoals reeds gesteld in het advies van 17 juli 2014 had de Minister conform de op dat moment geldige statuten van FEFFIK van die zeven personen slechts vier personen als bestuursleden kunnen benoemen. De Minister had geen bevoegdheid om de laatste drie personen te benoemen. Ten gevolge daarvan zou de benoeming van de laatste drie leden nietig zijn.

Het voorgaande is anders geregeld in de huidige statuten van FEFFIK. Onder de huidige statuten van FEFFIK van 30 september 2014 beschikt de Minister in overeenstemming met artikel 9 van de statuten van FEFFIK wel over de bevoegdheid om alle commissarissen zijnde minimaal drie en maximaal zeven commissarissen met inachtneming van een vooraf door de Minister voor ieder lid vastgestelde profielschets te benoemen.

Naar aanleiding van het voorgaande wordt geadviseerd om de benoemingen die niet met inachtneming van de juiste procedures hebben plaatsgevonden alsnog met inachtneming van de statutaire bepalingen te doen plaatsvinden.

Volgens het Handelsregister van de Kamer van Koophandel van Curaçao staan de huidige leden van de raad van commissarissen ingeschreven als bestuursleden e.e.a. wellicht mede op grond van de oude statutaire bepalingen. Geadviseerd wordt te bewerkstelligen dat de inschrijving van die personen welke als commissaris zijn benoemd in de functie van lid van de raad van commissarissen worden ingeschreven.

9 Conclusie en Advies

- De adviseur heeft geen zwaarwegende bezwaren tegen het ontslag van de heer ██████████, met dien verstande dat betrokkene in de gelegenheid wordt gesteld om zich te verweren.
- De Minister, de Regering dan wel de Raad van Ministers wordt hierbij geadviseerd om de benoemingen die niet met inachtneming van de juiste procedures hebben plaatsgevonden alsnog met inachtneming van de statutaire bepalingen te doen plaatsvinden.
- De Minister, de Regering dan wel de Raad van Ministers wordt hierbij geadviseerd om te bewerkstelligen dat de inschrijving van die personen welke als commissaris zijn benoemd in de functie van lid van de raad van commissarissen in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel van Curaçao worden ingeschreven.

SBTNO

De adviseur corporate governance