

Aan de Raad van Ministers
dtkv de Minister van Economische
Ontwikkeling
Drs. S.M. Palm
Molenplein
Alhier

Uw nummer (letter): 2013/035261 Uw brief van: 19 juni 2013 Ons nummer: 19072013.01 Willemstad, 19 juli 2013

Onderwerp: Advies inzake voornemen tot ontslag Afd:
bestuursleden van Fundashon wega di Number
Korsou (art. 10, AB 2009 no. 92)

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 Raad van Ministers, de SBTNO als adviseur corporate governance, middels besluit d.d. 19 juni 2013, no. 2013/035261, ontvangen door de SBTNO op 20 juni 2013, benaderd met het verzoek om advies ten aanzien van het voornemen tot ontslag verlening aan de leden van het bestuur van Fundashon Wegá di Number Korsou (FWNK).

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 Economische Ontwikkeling d.d. 18 juni 2013, no. 2013/035261 inzake voornemen ontslag bestuursleden FWNK.
- Besluit van de Raad van Ministers d.d. 19 juni 2013, no. 2013/035261 met het verzoek om spoedadvies.
- Brieven van 15 april en 5 juni 2013 van de Minister van Economische Ontwikkeling aan de FWNK
- Statuten van de FWNK d.d. 15 augustus 1986

3 Toetsing ontslag van de bestuurdersleden

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/bestuurslid, dit voornemen tot 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. 18 juni 2013 dan wel bij besluit van de RvM d.d. 19 juni 2013, benaderd met het verzoek om advies ten aanzien van het voornemen tot ontslag verlening aan de leden van het bestuur van de FWNK.

In voornoemd schrijven wordt in het kort het volgende gesteld met betrekking tot het voorgenomen ontslag van de bestuurders/bestuursleden:

- Er zijn in strijd met de artikelen 2.1 en 2.4. van de Code geen begroting, activiteitenplan, jaarverslag/jaarrekening, bestuursreglement opgesteld.
- De statuten zijn nog niet in overeenstemming gebracht met de Code.
- Door de Minister gestelde vragen en informatie zijn niet afdoende beantwoorde dan wel verstrekt.
- Bij bepaalde bestuursleden is er mogelijk sprake van belangenverstremeling.
- Er bestaat onduidelijkheid m.b.t. het zgn. waarborgfonds.
- Het bestuur geniet niet het vertrouwen van de Regering.
- Het bestuur voert een rechterlijke vonnis niet uit.

Bij het schrijven en verzoek van de Minister zijn geen andere achterliggende stukken noch documentatie aan getroffen om de door de Minister naar voren gebrachte feiten nader te staven. Er is ook geen verweer van het bestuur van de FWNK dan wel de leden van het bestuur aangetroffen m.b.t. de overwegingen dan wel gronden aangedragen door de Minister dan wel Raad van Ministers om tot het voorgenomen ontslagbesluit te komen.

Ook blijkt uit de stukken niet dat het bestuur dan wel de leden van de het bestuur reeds van het voornemen van hun ontslag in kennis zijn gesteld en ter zake zijn gehoord.

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 5 zesde lid van de statuten van FWNK kunnen de leden van het bestuur door de Minister dan wel Raad van Ministers worden ontslagen.

Alhoewel voornoemde artikel stelt dat de Minister dan wel de Raad van Minister een bestuurder kan ontslaan, is de Minister dan wel de Raad van Minister daar niet geheel vrij in en kan dit niet ongemotiveerd dan wel zonder een deugdelijke motivering dan wel onderbouwing 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.

In het licht van artikel 2:7 BW almede de principes van Good Corporate Governance dient het bestuur dan wel de bestuursleden gehoord te worden t.a.v. het voorgenomen ontslag.

De Code heeft als uitgangspunt dat de overheidsentiteit een lange termijn samenwerkingsverband is van de diverse bij de overheidsentiteit betrokken partijen. In beginsel dient het aftreden van een lid van de Raad van Commissarissen dan wel bestuurslid te geschieden conform een rooster van aftreden¹.

Tussentijds aftreden kan geboden zijn bij onvoldoende functioneren van een lid, structurele onenigheid van inzichten tussen leden, onevenredigheid van belangen of indien de integriteit van een lid in het geding is².

Voor de vaststelling van het voorgaande is de (periodieke) evaluatie van de leden van de Raad van Commissarissen dan wel bestuursleden noodzakelijk³.

De directe verplichtingen van het bestuur volgt o.a. artikel 10 van de statuten van de FWNK.

Voor het overige wordt verwezen naar het advies d.d. 15 februari 2013 no. 15022013.01 met betrekking tot het verzoek om collectief/massaal ontslag. Dit advies dient als integraal onderdeel van dit advies te worden gezien.

3.3 Beoordeling van het verzoek en de gronden.

Als eerste zij gesteld dat zoals reeds hierboven is aangegeven alvorens tot het ontslag van een bestuurslid kan worden overgegaan de leden van het bestuur gehoord dienen te worden m.b.t. de gronden dan wel redenen voor zijn ontslag. Om te kunnen beoordelen of de RvM dan wel de 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

¹ Artikel 2.10 Code

² Artikel 2.11 Code

³ Artikel 4.2 Code

de adviseur tevens beschikt over het verweer van de leden van het bestuur m.b.t. 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. Reeds gelet op het ontbreken hiervan heeft de adviseur in beginsel zwaarwegende bezwaren tegen de voorgenomen ontslagen.

Slechts indien de ontslaggronden reeds (onomstotelijk) vast staan dan kan dit achterwege blijven. Gezien het feit dat er geen achterliggende documenten en informatie is verstrekt met betrekking tot de genoemde ontslag gronden kan niet gesteld worden dat alle gronden vast staan.

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 het bestuur 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 overheidsentiteit 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.

Op grond van artikel 10 vijfde lid van de statuten van de FWNK dienen de diverse verslagen ter kennis te worden gebracht van de Minister dan wel de Regering. Het een en ander wel met in achtneming van de gestelde termijnen. Een verzuim hiervan kan een reden opleveren voor ontslag.

Met betrekking tot de door de Minister naar voren gebrachte argumenten voor ontslag zij het volgende opgemerkt.

- a. Het handelen in strijd met de Code, statutaire bepalingen dan wel wet of regelgeving kan een grondslag opleveren voor ontslag. In het kader van o.a. comply or explain maar ook in het kader van de redelijkheid en billijkheid (2:7 BW) dient het bestuur dan wel de bestuursleden wel in de gelegenheid te worden gesteld zich hierover uit te laten. Indien het bestuur dan wel de bestuursleden geen afdoende argumenten hebben voor het niet naleven van de bepalingen van de Code, statutaire bepalingen dan wel wet en regelgeving kan op grond hiervan tot ontslag worden besloten, dit onverlet het feit dat de code formeel nog niet van toepassing is voor de FWNK daar zij hun statuten niet hebben aangepast. De verantwoordelijkheid om de statuten aan de passen is immers des bestuur.
- b. Het feit dat de FWNK zijn statuten nog niet heeft aangepast in overeenstemming met de Code zou ook een grondslag kunnen opleveren voor ontslag. Ook ten aanzien hiervan dient het bestuur eerst te worden gehoord. Het is de adviseur bekend dat de FWNK reeds enige tijd geleden voorstellen voor de aanpassing van zijn statuten aan de Minister dan wel de Regering heeft kenbaar gemaakt en in afwachting is van een reactie dan wel besluit van de Regering dan wel Minister.
- c. Het feit dat de FWNK vragen van de Minister niet heeft beantwoord levert niet per definitie een grondslag op voor ontslag. Van belang hierbij is of de Minister op grond van de statutaire bepalingen dan wel wettelijke bepalingen bepaalde informatie en documenten kan opvragen bij de FWNK. Het gestelde onder punt a is dan van toepassing.
- d. Geheel terecht wordt door de Minister gesteld dat er geen sprake mag zijn van belangen verstrengeling. De Code gaat er van uit dat de schijn van belangen verstrengeling vermeden dient te worden. Op grond hiervan kunnen in beginsel ook geen ambtenaren benoemd worden als bestuursleden. Evenzo kunnen geen direct belanghebbenden zitting nemen in een bestuur. Dit neemt niet weg dat conform artikel 5 vierde lid van de statuten van FWNK de “vergunninghouders” voordrachten mogen door van personen ter benoeming in het bestuur. Van belang is echter dat de

- voorgedragen personen geen belangenverstremgeling mogen hebben en onafhankelijk moeten functioneren van degene die hun heeft voorgedragen.
- e. Voor zover de FWNK al dan niet wettelijk dan wel op grond van een overeenkomst gehouden is rekening en verantwoording af te leggen m.b.t. de waarborgfonds en zij verzuimen dit ongemotiveerd dan wel zonder deugdelijke motivering te doen kan dit een grondslag zijn voor ontslag.
 - f. Een gebrek aan vertrouwen, louter op grond van het feit dat de huidige bestuursleden niet door deze constellatie van de Raad van Ministers zijn benoemd, als grondslag voorontslag, houdt geen stand. De Regering dan wel Raad van Ministers is een continuïteit onverlet welke personen als Ministers zijn benoemd. Daarnaast verondersteld de Code ook een continuïteit en is ontslag in beginsel alleen maar mogelijk op grond van objectieve gronden waarbij een evaluatie van de leden van de Raad van Commissarissen ten grondslag moet liggen. Met betrekking tot dit punt wordt expliciet verwezen naar het advies van de adviseur m.b.t. massaal ontslag, waarin uitgebreid wordt gesteld dat ontslag op grond van gebrek aan vertrouwen zoals door de minister gesteld geen stand houdt.
 - g. Uitvoeren van een vonnis is een aangelegenheid van het bestuur. Het bestuur zou om haar moverende reden en na inwinnen van de nodige juridische adviezen een uitvoering kunnen aanhouden dan wel hoger beroep kunnen instellen tegen een vonnis. Dit levert op zich geen gronden voor ontslag. Het is raadzaam het bestuur ook t.a.v. dit punt om nadere inlichtingen te vragen.

Geconcludeerde kan worden dat de gezamenlijk door de minister naar voren gebrachte gronden dan wel feiten grondslag kunnen opleveren voor ontslag van de bestuursleden.

Doch alvorens tot ontslag over te kunnen gaan dienen de bestuursleden in deze gehoord te worden. De gronden dienen met inachtneming van het verweer van de bestuursleden nader onderbouwd te worden en gestaafd te worden met de relevante onderliggende stukken. U wordt geadviseerd om het verweer van het bestuur tezamen met de onderliggende stukken wederom aan de adviseur te voor te leggen ter finale toetsing.

Gelet op het voorgaande dan wel het ontbreken van de onderliggende stukken en in het bijzonder dat de leden van het bestuur nog niet in de gelegenheid zijn gesteld op het voorgenomen ontslag te reageren dan wel in deze zijn gehoord, heeft de adviseur zwaarwegende bezwaren tegen de voorgenomen ontslagen van de leden van het bestuur van FWNK.

4 Code Corporate Governance

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

Uit onze beoordeling van de statuten van de FWNK zoals bij de KvK geregistreerd, blijkt dat deze nog niet zijn aangepast aan de bepalingen van de Code Corporate Governance. In dit kader verwijzen wij tevens naar de wettelijke verplichting gesteld in artikel 12, lid 2 van de Verordening corporate governance. De adviseur verzoekt de Regering dan wel de Raad van Ministers met verwijzing naar artikel 3 derde lid van de Verordening te bewerkstelligen dat de statuten van de FWNK op korte termijn worden aangepast.

5 Conclusie en advies

1. De adviseur heeft zwaarwegende bezwaren tegen de voorgenomen ontslagen van de leden van het bestuur van de FWNK.
2. De adviseur adviseert de Minister, de Regering dan wel de Raad van Minister om het bestuur dan wel de bestuursleden te horen t.a.v. de voorgenomen ontslagen.
3. De adviseur adviseert de Minister, de Regering dan wel de Raad van Minister om de overwegingen na het horen van de bestuursleden zo nodig nader te onderbouwen met in achtneming van het gestelde in dit advies.
4. De adviseur adviseert de Minister, de Regering dan wel de Raad van Minister om na het horen van het bestuur dan wel de bestuursleden t.a.v. de voorgenomen ontslagen dit verzoek wederom aan de adviseur te melden conform de verordening.

De SBTNO
adviseur corporate governance

cc Minister-President
Minister van Financiën

SBTNO website