

Aan de Raad van Ministers
dtkv de Minister van Verkeer Vervoer en
Ruimtelijke Planning
dhr. E.W. Balborda
Alhier

Uw nummer (letter): 2013/61354 Uw brief van: 23 oktober 2013 Ons nummer: 11112013.01 Willemstad, 11 nov 2013

Onderwerp: Advies inzake voornemen tot ontslag leden van de Raad van Commissarissen van UTS 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 Raad van Ministers, de SBTNO als adviseur corporate governance, middels besluit d.d. 23 oktober 2013, no. 2013/61354, ontvangen door de SBTNO op 24 oktober 2013, benaderd met het verzoek om advies ten aanzien van het voornemen tot ontslag verlening aan 2 leden van de Raad van Commissarissen van de United Telecommunication Services N.V. (UTS)

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 Verkeer Vervoer en Ruimtelijke Planning d.d. 18 oktober 2013, no. KB 2013-1018-001 inzake het voornemen tot ontslag van 2 leden van de Raad van Commissarissen UTS.
- Besluit van de Raad van Ministers d.d. 23 oktober 2013, no. 2013/62354.
- Statuten van de UTS d.d. 26 maart 1999

3 Toetsing ontslag van de leden van de Raad van Commissarissen

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/bestuurlid, 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 oktober 2013 dan wel bij besluit van de RvM d.d. 23 oktober 2013, benaderd met het verzoek om advies ten aanzien van het voornemen tot ontslag verlening aan 2 leden van de RvC van de UTS.

In voornoemd schrijven wordt in het kort het volgende gesteld met betrekking tot het voorgenomen ontslag van de leden van de Raad van Commissarissen.

Een deel van de commissarissen treedt elk jaar af ten tijde van de jaarlijkse algemene vergadering van aandeelhouders, volgens een door de raad van commissarissen opgemaakt rooster van aftreden. De voornoemde personen behoren in de jaarlijkse algemene vergadering van aandeelhouders over boekjaar 2012 af te treden als commissaris.

De overheid is, als aandeelhouder, naast het vennootschapsrecht, ook gebonden aan de regels op het gebied van bestuursrecht, zoals de beginselen van behoorlijk bestuur.

Voordat de overheid als aandeelhouder de jaarrekening kan goedkeuren, is het gebruikelijk om de jaarrekening zowel door het Ministerie van Financiën als door de SOAB te laten toetsen. Pas wanneer deze adviezen positief zijn, zal de regering, op grond van beginselen van behoorlijk bestuur (o.a. zorgvuldigheidsbeginsel) een beslissing kunnen nemen op de jaarrekening.

Op dit moment wordt het moment van aftreden van de genoemde heren telkens uitgesteld, omdat UTS niet meewerkt aan het aanleveren van informatie. Indien de normale tijdsplanning in acht zou zijn genomen, zou de jaarvergadering al in augustus hebben kunnen plaatsvinden. Het voorgaande is niet aanvaardbaar. Om deze reden wordt verzoekt om, vooruitlopend op de jaarvergadering, betrokkenen te mogen ontslag als commissaris van UTS.

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 de leden van de Raad van Commissarissen van de UTS 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.

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 8 zesde lid van de statuten van UTS kunnen de leden van de Raad van Commissarissen door de Algemene Vergadering van Aandeelhouders worden ontslagen.

Alhoewel voornoemde artikel stelt dat de AVA een lid van de Raad van Commissarissen kan ontslaan, is de AVA 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, dan wel dient dit in voldoende mate op een andere wijze komen vast te staan.

In casu is er een rooster van aftreden vastgesteld voor de Raad van Commissarissen waarin gesteld wordt dat de 2 leden van de Raad van Commissarissen aftreden in de AVA van het boekjaar 2012. Deze AVA heeft nog niet plaatsgevonden waardoor er in beginsel geen sprake kan zijn van aftreden dan wel eindigen van hun zittingsperiode.

.

¹ Artikel 2.10 Code

² Artikel 2.11 Code

³ Artikel 4.2 Code

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 AVA, 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 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.

Uit de door de Minister aangeleverde stukken is niet gebleken dat de betreffende leden bewust niet meewerken aan het afhandelen van de stukken opdat de jaarlijkse AVA al dan niet kan plaatsvinden. De Minister heeft zelf in zijn schrijven aangegeven dat de overheid in het kader van behoorlijk bestuur bepaalde procedure dient te doorlopen en o.a. advies van de SOAB dient in te winnen.

Niet is gebleken dat het uitblijven van de AVA toe te rekenen is aan enig handelen van de betreffende leden. Ook kan niet gesteld worden dat de termijn overschrijding tot nu tot onaanvaardbaar lang is. Indien dit het geval zou zijn geweest had dit een mogelijke grondslag kunnen zijn voor een tussentijds ontslag dan wel het voortijdig verlenen van ontslag.

Artikel 116 BW2 stelt immers dat Jaarlijks binnen acht maanden na afloop van het boekjaar, behoudens verlenging van deze termijn door de algemene vergadering op grond van bijzondere omstandigheden met ten hoogste zes maanden, maakt het bestuur een jaarrekening op, ten minste bestaande uit een balans, een winst en verliesrekening en een toelichting op deze stukken.

Indien de jaarrekening binnen voornoemde termijn is opgesteld is er door het bestuur en de Raad van Commissarissen voldaan aan de wettelijke vereisten. De vaststelling hiervan is vervolgens een aangelegenheid van de AVA.

Gelet op het voorgaande en het feit dat de leden van de Raad van Commissarissen niet in de gelegenheid zijn gesteld om 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 de Raad van Commissarissen van de UTS.

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.

5 Conclusie en advies

1. De adviseur heeft zwaarwegende bezwaren tegen de voorgenomen ontslagen van de leden van de Raad van Commissarissen van de UTS om de in dit advies genoemde redenen.
2. De adviseur adviseert de Minister, de Regering dan wel de Raad van Minister om de Raad van Commissarissen dan wel de leden van de Raad van Commissarissen te horen t.a.v. de voorgenomen ontslagen.
3. De adviseur adviseert de Minister, de Regering dan wel de Raad van Minister om na het horen van de Raad van Commissarissen dan wel de leden van de Raad van Commissarissen 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

