

Aan de Raad van Ministers
dtkv de Minister van Financiën
Dr. Jose Jardim
Fort Amsterdam z/n
Alhier

Uw nummer (letter): 2012/072398 Uw brief van: 30 nov 2012 Ons nummer: 07122012.1 Willemstad, 7 december 2012

Onderwerp: Advies inzake voornemen tot ontslag leden van de Afd:
Raad van Commissarissen Refineria di Korsou
N.V. (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 Ministers, de SBTNO als adviseur corporate governance, middels schrijven d.d. 30 november 2012, no. 2012/072398, ontvangen door de SBTNO op 3 december 2012, benadert met het verzoek om advies ten aanzien van het voornemen tot ontslag verlening aan de leden van de Raad van Commissarissen van Refineria di Korsou N.V. (RdK). Het voorgaande is middels besluit van de Raad van Ministers d.d. 5 december 2012, no. 2012/072398 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. 2012/072398 inzake voornemen ontslag één of meerdere commissarissen Refineria di Korsou 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.
- Statuten van de RdK d.d. 8 mei 2012.

3 Toetsing ontslag van de bestuurders, 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, 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 benadert met het verzoek om advies ten aanzien van het voornemen tot ontslag verlening aan de leden van de Raad van Commissarissen van RdK.

In voornoemd schrijven wordt verwezen naar een bijlage met de overwegingen van de Raad van Ministers om te komen tot het (voornemen) tot ontslag van de leden van van de RvC van RdK.

Gesteld wordt dat op grond van de inhoudelijk overwegingen zoals opgenomen in de bijlage de Raad van de Ministers besloten heeft dat er voldoende grond bestaat voor het opzeggen van het vertrouwen in de leden van de RvC van RdK. Het land oordeelt dat de RvC niet de deskundigheid heeft en de verantwoordelijkheid neemt, die van een deskundige RvC in een bedrijf als de RdK kan en mag worden verwacht.

Bij het schrijven en verzoek van de Minister is geen verweer van de RvC als orgaan van de vennootschap dan wel de leden van de RvC aangetroffen m.b.t. de overwegingen van de RvM om tot het voorgenomen besluit te komen.

Ook blijkt uit de stukken niet dat de RvC dan wel de Leden van de RvC reeds van het voornemen 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 16 derde lid van de statuten van RdK 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.

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 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 onomstotelijk 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 almede 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.

In de bijlage bij het schrijven van de Minister d.d. 30 november zijn 17 punten dan wel overwegingen aangedragen als grondslag voor het voorgenomen ontslag van alle leden van de Raad van Commissarissen.

Gesteld kan worden dat alle overwegingen te summier zijn opgesteld en nader onderbouwd dienen te worden waarbij expliciet wordt aangegeven welk handelen dan wel nalaten aan zo mogelijk welke commissaris, dan wel bestuurder (gedelegeerde commissaris) is toe te schrijven en wat de (nadelige) gevolgen van dit handelen dan wel nalaten zijn voor de vennootschap.

Ter staving van de feiten, stellingen dan wel beweringen dienen de relevante documenten te worden overlegd dan wel hier expliciet naar verwezen te worden opdat het een en ander verifieerbaar is.

Tevens zal in acht moeten worden genomen welke bevoegdheden en verantwoordelijkheden aan de betreffende vennootschapsorganen bij een bepaalde handeling toekwamen dan wel in hoeverre bepaalde vennootschapsorganen al dan niet hebben gehandeld met in achtneming van de hun toekomende bevoegdheden dan wel verantwoordelijkheden.

Gelet op het voorgaande zal de adviseur niet inhoudelijk ingaan op al de overwegingen maar de nadere onderbouwing dan wel nadere toelichting afwachten alsmede de reactie dan wel het verweer van de leden van de Raad van Commissarissen hierop.

Met betrekking tot de volgende overwegingen brengt de adviseur reeds het volgende onder uw aandacht.

- Met betrekking tot de tweede overweging zijnde, dat de RvC er mee akkoord is gegaan de BOO aandelen van Aqualectra te verwerven, zonder dat er een behoorlijke due diligence zowel op technisch, financieel als juridisch gebied heeft plaatsgevonden, het volgende. De aandelen zijn door Aqualectra om niet overgedragen aan RdK terwijl Aqualectra betoogd dat deze aandelen een aanzienlijke waarde vertegenwoordigen. RdK heeft in haar boeken deze aandelen kennelijk ook voor een aanzienlijke waarde opgenomen. De aandelen hebben kennelijk een waarde van 65 miljoen zoals gestel in het schrijven van de Minister d.d. 30 november no. 2012/072541 inzake voornemen ontslag commissarissen IUH N.V. Het voorgaande staat kennelijk ook in de rapporten opgesteld door de deskundigen. Gelet hierop dient nader gemotiveerde te worden wat het verwijt is aan de RvC en welk nadeel de vennootschap lijdt door het kennelijk niet behoorlijk hebben verricht van een due diligence en het verwerven van deze aandelen. Tevens dient de rol van de aandeelhouder dan wel de vertegenwoordiger van de aandeelhouder hierbij zo nodig in acht te worden genomen.
- Met betrekking tot de vierde overweging zijnde het feit dat de RvC kennelijk akkoord is gegaan met een overeenkomst van 28 december 2011 geheten “Loan, Payment, Relinquishment and Termination Agreement” met CUC, het volgende. Ook dit punt dient nader onderbouwd te worden waarbij tevens wordt aangegeven wat het nadeel is dat de vennootschap als gevolg van het aangaan van deze overeenkomst ondervindt. Daarnaast zij gesteld dat in casu ook een onderscheid dient te worden gemaakt tussen de verantwoordelijkheden en bevoegdheden van de bestuurder/directeur en de toezichthouder/RvC. Overeenkomsten worden doorgaans onderhandelt en aangegaan door de directeur namens de vennootschap en waar de statuten dat vereisen na goedkeuring dan wel met goedkeuring van de RvC.
- Met betrekking tot de negende overweging zijnde het feit dat de RvC vanaf mei 2012, twee commissarissen had aangewezen als Gedelegeerd Bestuurder en sindsdien de RvC feitelijk op de stoel van bestuurder is gaan zitten, waardoor elk effectief toezicht op het bestuur van RDK is komen te ontvallen, het volgende. Het aanwijzen van gedelegeerde commissarissen is conform de statuten en wet toegestaan en volgt in casu uit artikel 12 vierde lid van de statuten van de RdK. Gelet hierop dient deze overweging nader onderbouwd te worden. Slechts 2 commissarissen waren formeel met het bestuur belast de overige commissarissen hebben formeel hun toezicht houden de rol behouden.
- Met betrekking tot de tiende overweging zijnde dat de RvC bovendien zonder enig voortvarendheid werk maakte om in een definitieve voorziening van het bestuur te voorzien, het volgende.

Om in het definitief bestuur te voorzien is er kennelijk reeds een werving en selectieprocedure opgestart voor twee directeuren van de RdK. Bij de nadere onderbouwing van deze overweging dient dit te worden betrokken.

Gelet op de summiere onderbouwing van de overwegingen en het feit dat het gestelde in de overwegingen nog niet onomstotelijk vast staan daar de leden van de Raad van Commissarissen nog niet in de gelegenheid zijn gesteld hierop 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.

4 Conclusie en advies

1. De adviseur heeft zwaarwegende bezwaren tegen de voorgenomen ontslagen van de leden van de Raad van Commissarissen.
2. De adviseur adviseert de Minister, de Regering dan wel de Raad van Minister om de overwegingen nader te onderbouwen met in achtneming van het gestelde in dit advies.
3. De adviseur adviseert de Minister, de Regering dan wel de Raad van Minister om de Raad van Commissaris dan wel de leden van de Raad van Commissarissen te horen t.a.v. de voorgenomen ontslagen.
4. De adviseur adviseert de Minister, de Regering dan wel de Raad van Minister om na het horen van de Raad van Commissaris 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