

## **TOELICHTING OP MODELSTATUTEN DEELNEMINGEN VAN HET LAND CURAÇAO**

Eindversie oktober 2011

### **Algemene toelichting**

Deze toelichting bij de modelstatuten geldt als leidraad voor uitleg van de statuten van alle vennootschappen met statutaire zetel in Curaçao en waarvan de aandelen of certificaten deels of in zijn geheel, rechtstreeks of door tussenkomst van een derde, in handen zijn van het land Curaçao (de “**overheidsvennootschap**”).

De modelstatuten zien op de overheidsvennootschap als naamloze vennootschap (de “**N.V.**”). Indien noodzakelijk kan ook voor een ander type rechtspersoon worden gekozen (zoals een besloten vennootschap). In dat geval zal een aantal statutaire bepalingen moeten worden aangepast, gelet op het afwijkende wettelijke regime.

Bij de overheidsvennootschap zal doorgaans sprake zijn van een 100% aandeelhouderschap door het land Curaçao. Dat maakt diverse bepalingen in deze statuten minder relevant voor de praktijk (bijvoorbeeld de blokkeringsregeling bij overdracht). Omdat echter niet is uitgesloten dat een overheidsvennootschap meerdere (al dan niet publieke) aandeelhouders kan hebben (bijvoorbeeld een publiek-private joint venture of een joint venture tussen de landen Curaçao en Sint Maarten in het kader van een interinsulaire samenwerking), wordt in deze modelstatuten en in de toelichting daarop toch aandacht besteed aan situaties die zich kunnen voordoen wanneer sprake is van meer dan één aandeelhouder. Waar het land Curaçao overigens een minderheidsbelang houdt in een overheidsvennootschap, kunnen de bepalingen van deze modelstatuten alleen worden toegepast voor zover deze modelstatuten met die situatie verenigbaar zijn en de overige aandeelhouders zich daarin kunnen vinden.

Voor een deelneming van de overheidsvennootschap (de “**dochtervennootschap**”) gelden deze modelstatuten in principe ook. Het enige verschil is dat als raad van commissarissen (de “**raad**”) van de dochtervennootschap zal fungeren de raad van de moedervernootschap. Het bestuur van de dochtervennootschap zal in beginsel gevormd moeten worden door de overheidsvennootschap. De onderhavige modelstatuten zorgen er dan voor dat de raad van de moedervernootschap tevens toezicht kan houden op het bestuur van, en de verdere gang van zaken bij, de dochtervennootschap.

Bij het opstellen van de modelstatuten is bijzondere aandacht besteed aan de bepalingen van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, de Verordening corporate governance (de “**Verordening**”) en de Code Corporate Governance (de “**Code**”). Daarnaast is met de bijzondere plaats van de overheidsvennootschap binnen de Curaçaose maatschappij rekening gehouden. De overheidsvennootschap dankt haar ontstaan en vermogen immers grotendeels aan de inbreng van geld of middelen door het land Curaçao of zijn voorgangers. Voorts bekleedt de overheidsvennootschap op verschillende gebieden in vergelijking tot andere private vennootschappen een bijzondere positie. Genoemd kan worden dat veel van de overheidsvennootschappen een monopoliepositie bekleden. Daarnaast zijn overheidsvennootschappen veelal ook belast met de uitoefening van een publieke taak. Daartoe innen zij direct of indirect, publieke gelden waaronder retributies. Als zodanig treden de overheidsvennootschappen op als bestuursorgaan of in een daaraan vergelijkbare gedaante. Ook het aandeelhouderschap van de overheid heeft de overheidsvennootschap nadrukkelijk gevormd. Dat aandeelhouderschap is doorgaans niet louter gericht winsten te behalen, maar is er voornamelijk op gericht de maatschappij de vruchten te laten plukken van de organisatie van een bepaalde overheidstaak in een private rechtsvorm. Een overheidsvennootschap is dus niet louter een vennootschap met in aandelen verdeeld kapitaal die op een commerciële wijze aan het rechtsverkeer deelneemt. Een overheidsvennootschap heeft daarnaast een bijzondere verantwoordelijkheid naar de maatschappij toe. Die verantwoordelijkheid komt erop neer dat de overheidsvennootschap, bij de verwezenlijking van het eigenlijke commerciële doel, het algemeen belang en een deugdelijke sociaal-economische ontwikkeling van het land Curaçao in acht neemt. De modelstatuten geven daaraan nadere invulling.

De modelstatuten en deze toelichting daarop zijn ontwikkeld in opdracht van het land Curaçao, in samenwerking met Directie Wetgeving, Afdeling Algemene en Juridische Zaken en de adviseur corporate governance. Bij diverse juridisch deskundigen is advies ingewonnen. Alle zittende bestuurders en commissarissen van de overheidsvennootschappen zijn in de gelegenheid gesteld hun visie te geven.

### **Toelichting per artikel**

#### **Toelichting artikel 1:**

- 1) Naast de statutaire naam kan de vennootschap tevens een (afwijkende) handelsnaam voeren. In geschriften, gedrukte stukken en schriftelijke uitingen van de vennootschap dient echter altijd de volledige statutaire naam te worden vermeld (art. 2:36 lid 2 BW). Verder dienen de statutaire zetel en de vestiging te worden vermeld, alsmede, indien er sprake is van een inschrijving bij het handelsregister, het inschrijfnummer. Deze verplichting geldt niet voor uitingen per telegram, telex, telefax en e-mail.
- 2) De vennootschap heeft haar zetel en daarmee haar woonplaats in Curaçao. Dit is van belang voor (o.a.) de bepaling van de bevoegde rechter in geval van geschillen aangaande de vennootschap (art. 2:9 BW). Ook het op de vennootschap toepasselijke recht wordt in beginsel bepaald door de statutaire zetelkeuze. De vennootschap kan filialen en bijkantoren buiten Curaçao opzetten.
- 3) De bepaling dat de vennootschap voor onbepaalde tijd is opgericht, is bij een N.V. wettelijk verplicht.

#### **Toelichting artikel 2:**

- 1) In lid 1 zal het doel moeten worden omschreven. Het doel varieert uiteraard per overheidsvennootschap, afhankelijk van de onderneming die wordt gedreven. Gemeenschappelijk voor alle overheidsvennootschappen is wel dat behartiging van het algemeen belang en een deugdelijke sociaal-economische ontwikkeling van het land Curaçao mede onder het doel vallen.
- 2) De omschrijving van het statutaire doel is zowel voor de interne als externe verhoudingen van de vennootschap van belang. Voor de interne verhoudingen is van belang dat, indien een bestuurder in strijd handelt met het statutaire doel, daarmee in beginsel (behoudens door de bestuurder te stellen bijzondere omstandigheden, die de overschrijding rechtvaardigen) een grond voor persoonlijke aansprakelijkheid jegens de vennootschap ontstaat voor de schade die door de doeloverschrijding wordt veroorzaakt (vgl. HR 29 november 2002, JOR 2003/2). Verder is voor de interne verhoudingen van belang dat een besluit in strijd met het doel in beginsel in strijd met de statuten is en daarmee nietig (art. 2:21 BW). Deze nietigheid volgt dus rechtstreeks uit de wet en kan door alle bij de vennootschap betrokkenen worden ingeroepen. In de externe verhouding is het doel relevant omdat rechtshandelingen vernietigbaar kunnen zijn bij doeloverschrijding. Daartoe is wel vereist dat de wederpartij bij die rechtshandeling wist of zonder eigen onderzoek moest weten, dat het doel werd overschreden (art. 2:13 lid 2 BW). Een externe rechtshandeling in strijd met het doel blijft geldig, zolang de vernietiging wegens doeloverschrijding niet is ingeroepen. Alleen de vennootschap kan dit beroep doen, niet de wederpartij. In het belang van de rechtszekerheid is bepaald dat de bevoegdheid om een beroep op de vernietigingsgrond te doen relatief snel vervalt: 6 maanden na de dag waarop de rechtshandeling is verricht (ongeacht of en wanneer het bestaan van de vernietigingsgrond bij de relevante organen van de vennootschap feitelijk bekend was).
- 3) In het slot van de doelomschrijving wordt tot uitdrukking gebracht dat de vennootschap het algemeen belang en een deugdelijke sociaal-economische ontwikkeling van het land Curaçao in acht neemt. Nu het vermogen van de overheidsvennootschap met name gevormd wordt door bijdragen uit de algemene middelen, en de vennootschap vaak (mede) een publieke taak vervult, is een dergelijke toevoeging aan het doel gepast. Daarmee wordt voor de organen van de vennootschap, waaronder het bestuur, ook onderstreept dat zij in hun

handelen bij de vennootschap de belangen van de maatschappij mogen en moeten meewegen. Daarmee wordt ook voorkomen dat het bestuur zich genoodzaakt voelt het verrichten van een bepaalde rechtshandeling welke – naast dat deze het belang van de vennootschap dient – het belang van de maatschappij dient, achterwege te laten uit vrees voor doeloverschrijdend handelen. Doordat deze bepaling ruim geformuleerd is, is het niet waarschijnlijk – behalve in zeer sprekende gevallen – dat in de externe verhoudingen snel een beroep zal kunnen worden gedaan op vernietigbaarheid van een rechtshandeling wegens strijd met dit onderdeel van het doel van de vennootschap. De bepaling moet dan ook vooral worden gezien als een instructie aan de organen van de vennootschap.

- 4) In lid 2 wordt een niet limitatieve opsomming gegeven van de wijzen waarop de vennootschap tracht haar doel te bereiken. Lid 2 biedt tevens een uitdrukkelijke basis voor de vennootschap op te treden als bestuurder van een dochtervennootschap. Verder biedt lid 2 ruimte voor vormen van concernfinanciering waarbij de ene overheidsvennootschap voor een andere overheidsvennootschap als financier of als garant op kan treden. Daarmee kunnen schaalvoordelen worden behaald, hetgeen kan resulteren in gunstigere leningsvoorwaarden. Per geval zal moeten worden beoordeeld of het opportuun en verantwoord is een financiering of garantie te verstrekken.

### **Toelichting artikel 3:**

- 1) In lid 1 wordt de samenstelling van het kapitaal van de vennootschap aangegeven. Sinds de invoering van boek 2 BW op 1 maart 2004 wordt de term “maatschappelijk kapitaal” in statuten als niet geschreven beschouwd. De term “geplaatst kapitaal” wordt gelezen als “nominaal kapitaal” (zie art. 37s van de Invoeringslandsverordening boek 2 BW). In de modelstatuten is gekozen voor een eenvoudige kapitaalstructuur waarin de vennootschap slechts een soort aandelen heeft met een nominale waarde welke per vennootschap bepaald kan worden. Uiteraard kan van dit beginsel worden afgeweken in bijzondere gevallen waarin een objectieve noodzaak en rechtvaardiging bestaat voor het introduceren van bijzondere soorten aandelen (bijvoorbeeld preferente aandelen of prioriteits- of letteraandelen). Dit zal in beginsel alleen aan de orde zijn wanneer er sprake is van meerdere aandeelhouders.
- 2) De nominale waarde van alle uitgegeven aandelen tezamen vormt het nominaal kapitaal. Gelet op de op handen zijnde wijziging van de officiële valuta van het land Curaçao wordt gesproken over eenheden van de officiële valuta.
- 3) Gekozen is voor uitsluitend aandelen op naam vanwege het in beginsel besloten karakter van de overheidsvennootschap.

### **Toelichting artikel 4:**

- 1) De bevoegdheid te besluiten over uitgifte van aandelen na oprichting wordt toegekend aan de algemene vergadering. Daarmee geldt bij een overheidsvennootschap dat de aandeelhouder (het land Curaçao) zelf bepaalt of er nieuwe aandeelhouders toetreden. Mocht het land Curaçao als aandeelhouder op gaan treden bij een uitgifte, zal ingevolge art. 6 van de Verordening het voornemen om aandelen te verkrijgen moeten worden gemeld bij de adviseur corporate governance, teneinde advies over de voorgenomen transactie te verkrijgen. Dit is van toepassing op zowel verkrijging via overdracht als verkrijging via uitgifte. Eenzelfde regeling geldt voor het vervreemden of bezwaren (bijvoorbeeld verpanden) van aandelen (art. 7 van de Verordening).
- 2) De algemene vergadering stelt ook de koers en de overige voorwaarden van de uitgifte vast, met dien verstande dat geen koers beneden pari (onder de nominale waarde) mag worden vastgesteld.
- 3) Overwogen is een kwaliteitseis voor aandeelhouders – inhoudende dat slechts een overheidslichaam aandeelhouder kon zijn – te introduceren doch daar is van afgezien. In de overheidsvennootschap controleert in beginsel de overheid welke additionele aandeelhouders kunnen toetreden, zodat een kwaliteitseis weinig toegevoegde waarde heeft. In joint venture-achtige situaties zou het wel opportuun kunnen zijn een kwaliteitseis in de statuten op te

nemen, bijvoorbeeld om te voorkomen dat een aanvankelijk publieke joint venture partij door privatisering opeens van karakter verandert.

#### **Toelichting artikel 5:**

- 1) De modelstatuten kiezen voor volstorting bij uitgifte. Dit is niet wettelijk verplicht. Het wordt voor een overheidsvennootschap evenwel niet passend geacht dat er bij uitgifte niet de door de overheid zelf bepaalde waarde wordt gestort (zie art. 4 lid 2). Bovendien heeft niet-(vol)storting een consequentie waar in de praktijk niet altijd rekening mee wordt gehouden, namelijk dat erkenning van een overdracht van aandelen waarop een bijstortingsplicht rust alleen kan plaatsvinden als er een akte met vaste dagtekening is, hetgeen registratie bij de bevoegde autoriteit vereist.
- 2) Storting in natura (bijvoorbeeld aandelen in een onderneming) is mogelijk, maar dient op basis van een overeenkomst te geschieden. Het aandeelhoudersbesluit tot uitgifte zal hiervoor ruimte moeten bieden, nu de voorwaarden van de uitgifte hierin worden bepaald (zie art. 4 lid 2). De waarde van een storting in natura moet bovendien in de akte van uitgifte worden vermeld (art. 2:107 lid 1 BW). Storting door middel van verrekening is uitgesloten, tenzij de vennootschap hiermee instemt (art. 2:107 lid 6 BW). Ook hiervoor zal het aandeelhoudersbesluit tot uitgifte ruimte moeten bieden.
- 3) Lid 3 bepaalt dat storting in vreemde valuta kan geschieden, mits de vennootschap daarmee instemt. Voorwaarde is uiteraard wel dat de vreemde valuta op de dag van storting vrijelijk kunnen worden ingewisseld zodat de vennootschap effectief in staat is de nominale waarde in de officiële valuta van Curaçao van de uitgegeven aandelen te verkrijgen. Of de vennootschap tot inwisseling overgaat, is uiteraard aan haar en zal afhangen van de omstandigheden van het geval (bijvoorbeeld op korte termijn een voorzienbare behoefte aan de valuta waarin is gestort).

#### **Toelichting artikel 6:**

- 1) Art. 6 bewerkstelligt twee gevolgen: (i) de zittende aandeelhouders kunnen hun procentuele belang (minimaal) handhaven bij uitgifte van nieuwe aandelen en (ii) de zittende aandeelhouders kunnen toetreding van (ongewenste) nieuwe aandeelhouders voorkomen door de uitgegeven aandelen zelf te nemen. Als meerdere zittende aandeelhouders het voorkeursrecht inroepen, worden de aandelen over de gegadigden verdeeld naar rato van de hoeveelheid aandelen die zij reeds bezitten.
- 2) Het voorkeursrecht is niet zelfstandig overdraagbaar. Nu het een wilsrecht betreft dat aan het aandeel is gekoppeld, ligt dat ook voor de hand. Een aandeelhouder kan uiteraard wel met een derde overeenkomen dat hij de aandelen zal nemen, om ze vervolgens aan die derde over te dragen. In dat geval geldt bij de opvolgende levering echter weer de blokkeringsregeling, zodat de overige aandeelhouders de overdracht dan kunnen tegenhouden.
- 3) Uitsluiting van het voorkeursrecht is mogelijk bij besluit dat met een versterkte meerderheid moet worden genomen, waarbij bovendien een quorum in de algemene vergadering vereist is. Dit is niet wettelijk verplicht, maar wel gepast. De ratio is dat het uitsluiten van het voorkeursrecht één van de belangrijke aandeelhoudersrechten beperkt. Uitsluiting van het voorkeursrecht kan bijvoorbeeld leiden tot verlies van belangrijke stemposities (bijvoorbeeld de aandeelhouder die 25% van de stemmen heeft, kan op grond van art. 27 een besluit tot statutenwijziging blokkeren; bij een emissie aan een ander met uitsluiting van het voorkeursrecht zou de aandeelhouder die blokkerende positie verliezen).

#### **Toelichting artikel 7:**

- 1) Aan lid 1 zal in de praktijk weinig behoefte bestaan. Op grond van art. 5 moet immers bij uitgifte worden volgestort. In uitzonderlijke gevallen kan het echter toch voorkomen dat een aandeel niet is volgestort (bijvoorbeeld als er consensueel door verrekening is gestort, terwijl

- de nemer achteraf gezien geen vordering op de vennootschap blijkt te hebben gehad). Voor die gevallen is een verbod toch nuttig.
- 2) Lid 2 regelt de verkrijging van volgestorte aandelen. Vereist is in de eerste plaats een besluit van de algemene vergadering. Verder mag door de aankoop het eigen vermogen niet lager worden dan het nominale bedrag van de uitgegeven aandelen tezamen. Dezelfde beperking geldt ook voor een uitkering van dividend (art. 2:118 lid 7 BW). Aangezien inkoop van een aandeel tevens uitkering van vermogen van de vennootschap aan een aandeelhouder inhoudt, is het logisch deze uitkering aan de voor een dividend geldende beperkingen te onderwerpen. Tenslotte geldt nog de beperking dat er altijd één aandeel met stemrecht moet blijven uitstaan bij een ander dan de vennootschap. Anders zou immers feitelijk een vennootschap zonder (stemgerechtigde) aandeelhouders worden geschapen.
  - 3) Lid 3 regelt dat de algemene vergadering kan besluiten aandelen, die door de vennootschap worden gehouden, in te trekken. Dit is een vorm van kapitaalvermindering die geen beslag legt op de financiële middelen van de vennootschap (er ontstaat immers geen verplichting tot terugbetaling). De aandelen houden op te bestaan door de intrekking.
  - 4) Lid 4 regelt dat de vennootschap ingekochte aandelen weer in circulatie kan brengen door deze te vervreemden. Daarvoor is de goedkeuring van de algemene vergadering vereist. Op de vervreemding is de blokkeringsregeling van toepassing, zodat zittende aandeelhouders de aandelen kunnen verwerven conform art. 11.
  - 5) Lid 5 sluit aan bij de wettelijke regeling (art. 2:114 lid 2 BW), die maakt dat de vennootschap geen "aandeelhoudersrechten" kan uitoefenen ten aanzien van door haar gehouden aandelen.

#### **Toelichting artikel 8:**

- 1) Dit artikel bepaalt dat de vennootschap deugdelijk moet administreren wie de aandeelhouders zijn en welke rechten, plichten of beperkingen aan het aandeel kleven. Daarmee wordt onder meer bewerkstelligd dat kan worden gecontroleerd waar de stemrechten liggen (die kunnen bijvoorbeeld ook bij een pandhouder of vruchtgebruiker liggen). Het aandeelhoudersregister is overigens niet bepalend voor het vaststellen van aandeelhouderschap. In geval van twijfel zal het aandeelhouderschap steeds moeten worden vastgesteld aan de hand van de akte van oprichting en eventueel daarna gevolgde aktes van overdracht of uitgifte van aandelen.
- 2) Het is de taak van het bestuur om deze administratie bij te houden. Uiteraard is het aan de aandeelhouders zelf om relevante gegevens aan het bestuur door te geven (adreswijzigingen, verpanding, etc.).
- 3) Aandeelhouders hebben recht op kosteloze inzage in het register.

#### **Toelichting artikel 9:**

Als de aandelen deel (gaan) uitmaken van een wettelijke gemeenschap, dient er duidelijkheid te bestaan over de persoon die de stemrechten kan uitoefenen namens die gemeenschap. Dit artikel verplicht de deelgenoten in de gemeenschap tot het aanwijzen van een vertegenwoordiger, waarmee die duidelijkheid wordt geboden.

#### **Toelichting artikel 10:**

Notariële tussenkomst is niet vereist voor levering van de aandelen. Voldoende is een akte (een ondertekend geschrift, bestemd om tot bewijs van de levering te dienen, art. 135 Rv.). Het vereiste van erkenning door of betekening aan de vennootschap maakt dat de aandelen en daarmee de aandeelhoudersrechten pas overgaan zodra de vennootschap bekend is met de overdracht. Door de wetenschap kan het bestuur het aandeelhoudersregister bijwerken. Daarmee wordt voorkomen dat stemmingen achteraf ongeldig blijken omdat een persoon op het moment van stemming geen aandeelhouder meer was.

### **Toelichting artikel 11:**

- 1) Bij een overheidsvennootschap past beperkte overdraagbaarheid van de aandelen, waarmee het besloten karakter van de vennootschap wordt verzekerd. Art. 11 maakt dat de zittende aandeelhouders toetreding van een ongewenste nieuwe aandeelhouder kunnen voorkomen door zelf de aandelen van de vertrekkende aandeelhouder te verwerven. Als de aandeelhouders geen bezwaar hebben tegen de toetreding van een nieuwe partij, kan de blokkeringsregeling worden omzeild met een schriftelijke instemming als omschreven in lid 14.
- 2) De regeling houdt – kort gezegd – in dat de aandeelhouder die zijn aandelen wenst te verkopen het bestuur schriftelijk mededeelt hoeveel aandelen hij wil verkopen en tegen welke prijs. Verder dient de aandeelhouder aan te geven wie de kandidaat-koper is, zodat de bestaande aandeelhouders kunnen nagaan of zij bezwaren tegen toetreding van deze partij hebben (in welk geval zij de aandelen zelf kunnen kopen).
- 3) Accepteren de zittende aandeelhouders alle aangeboden aandelen tegen de gevraagde prijs, dan ontstaat een verplichting tot levering tegen contante afrekening, tenzij de aanbieder aandeelhouder zijn aanbod alsnog intrekt.
- 4) Geven de zittende aandeelhouders (en de vennootschap) aan geen belangstelling te hebben in de aandelen, dan mag de vertrekkende aandeelhouder zijn aandelen gedurende zes maanden vrijelijk overdragen, maar niet tegen een lagere prijs dan bij het aanbod aan de zittende aandeelhouders is vermeld.
- 5) Is er wel belangstelling van de zittende aandeelhouders (of de vennootschap), maar niet tegen de aangeboden prijs, dan kan een schattingsprocedure volgen, waarbij een accountant de waarde van de aandelen schat. Als partijen niet samen tot benoeming van een deskundige komen, kan dit op verzoek van één van de betrokken partijen, door het Gerecht in eerste aanleg gebeuren.. Na die schatting kunnen zowel de aanbieder als de zittende aandeelhouders er alsnog voor kiezen de aandelen niet tegen de geschatte waarde te verkopen (resp. te kopen). Als de zittende aandeelhouders niet kopen, is de aanbieder weer vrij aan derden te verkopen, maar niet tegen een lagere waarde. Trekt de aanbieder zijn aanbod in, dan is hij uiteraard niet gerechtigd aan derden te verkopen. De deskundige bepaalt ook hoe de kosten van de schatting worden verdeeld tussen de vennootschap, de aanbieder en de aandeelhouders die schatting hebben verzocht. Daarbij past in veel gevallen een onderscheid op basis van het vervolg op de schatting. Trekt bijvoorbeeld de aanbieder zich terug nadat de schatting is uitgekomen op de koers die vergelijkbaar is met de koers genoemd bij het aanbod, dan zal het in veel gevallen redelijk zijn dat de aanbieder de kosten draagt. Trekken de kandidaat-kopers zich terug in een dergelijke situatie, dan hebben zij nodeloos de kosten van een schatting veroorzaakt en zal het in veel gevallen redelijk zijn dat zij de kosten dragen. Is er sprake van een min of meer neutrale situatie, dan kan de deskundige de kosten ook bij de vennootschap leggen.
- 6) Als de zittende aandeelhouders aangeven (tezamen) meer aandelen te willen afnemen dan er worden aangeboden, dan deelt het bestuur de aangeboden aandelen zoveel mogelijk toe naar rato van het bestaande aandelenbezit van de kandidaat-kopers. Als dat niet kan (bv. omdat toedeling naar rato niet tot een verdeling in ronde getallen leidt, maar tot breukdelen), dan wordt het niet pro rata te verdelen restant door middel van loting verdeeld.
- 7) Lid 14 bepaalt dat een overdracht van aandelen ook kan plaatsvinden zonder inachtneming van de procedure van art. 11, mits alle aandeelhouders daarmee schriftelijk instemmen.
- 8) Lid 15 bepaalt dat, ingeval van liquidatie, ontbinding of faillissement van een aandeelhouder, de aandelen van de betreffende aandeelhouder moeten worden aangeboden aan de medeaandeelhouders met inachtneming van het hiervoor bepaalde, binnen drie maanden na het plaatsvinden van de betreffende gebeurtenis. Het is voor de vennootschap niet gewenst dat dergelijke personen (langdurig) aandeelhouder blijven. De verplichte aanbieding verloopt

zoveel mogelijk volgens hetzelfde stramien als de vrijwillige aanbieding, met dien verstande dat de aanbieder het aanbod niet mag intrekken.

- 9) Opgemerkt zij nog dat ingevolge art. 6 van de Verordening het voornemen om aandelen te verkrijgen ingevolge dit art. 11 moet worden gemeld bij de adviseur corporate governance, teneinde advies over de voorgenomen transactie te verkrijgen.

#### **Toelichting artikel 12 lid 1:**

- 1) Lid 1 brengt tot uitdrukking dat het bestuur verantwoordelijk is voor het besturen van de vennootschap, onder het toezicht van de raad. Nadere invulling van de taken van het bestuur is te vinden in de artt. 3.3 - 3.9 van de Code.
- 2) Het bestuur moet zich bij de vervulling van haar taak richten naar het statutaire doel, en naar het belang van de vennootschap en haar onderneming. Het belang van de vennootschap wordt grotendeels bepaald door de deelbelangen van alle zogenaamde stakeholders (aandeelhouders, werknemers, crediteuren, etc.). Daarnaast heeft de vennootschap ook een eigen belang dat moet worden meegewogen: continuïteit en het dienen van het statutaire doel. Bij de overheidsvennootschap is daarbij het in acht nemen van het algemeen belang en een deugdelijke sociaal-economische ontwikkeling van het land Curaçao specifiek toegevoegd via de doelomschrijving. Verder is gedacht aan de eenheid van het bestuur. Dit komt tot uitdrukking in de slotzin van lid 1.
- 3) Daarnaast moet het bestuur algemene instructies van de algemene vergadering in acht nemen. De algemene instructies van de algemene vergadering zullen in de praktijk neerkomen op instructies op het gebied van het door het bestuur te voeren beleid. Overwogen is of statutair aan de algemene vergadering tevens een specifieke instructiebevoegdheid ten aanzien van het bestuur zou moeten worden gegeven. De specifieke instructies van de algemene vergadering zouden in de praktijk met name neerkomen op het door het bestuur verrichten van een bepaalde rechtshandeling. Daarbij is de volgende passage uit de memorie van toelichting bij artikel 2:8 BW van belang: "De statuten en een krachtens de wet of de statuten vastgesteld reglement kunnen ook bepalingen bevatten die een ander orgaan een instructierecht geven. Voor de NV en de BV naar Nederlands recht wordt in het vierde lid van de artikelen 129 en 239 NedBW dit instructierecht beperkt tot de algemene lijnen van het te voeren beleid op bepaalde terreinen. Deze beperking is niet overgenomen. Een ruimer instructierecht is niet in strijd met de wet." Ook de Verordening en de Code staan een specifiek instructierecht niet in de weg. Het expliciteren van een instructiebevoegdheid draagt bij aan helderheid van bestuur en beleid. Gebruikmaking van het instructierecht door de algemene vergadering zou dan plaatsvinden in de vorm van een schriftelijk besluit, waarbij de algemene vergadering de bestuurders en commissarissen in de gelegenheid moeten stellen van hun raadgevende stem gebruik te maken. Voorts zal het besluit (de instructie) op straffe van nietigheid niet in strijd mogen zijn met het doel en de overige onderdelen van de statuten van de vennootschap (artikel 2:21 BW). Ondanks al deze voordelen en waarborgen is er vooralsnog toch van af gezien een specifiek instructierecht op te nemen. De reden daartoe is dat een statutair specifiek instructierecht zou kunnen worden opgevat als een vrijbrief voor de algemene vergadering op de stoel van het bestuur te gaan zitten, hetgeen niet de bedoeling is. Bovendien zou uitoefening van een dergelijke bevoegdheid ertoe kunnen leiden dat de aandeelhouder(s) in geval van faillissement middels art. 2:16 lid 9 BW als feitelijk beleidsbepalers aansprakelijk kunnen worden gesteld.
- 4) Bepaalde algemene instructies kunnen aanleiding tot discussie vormen. Het bestuur zal in beginsel deze instructies moeten uitvoeren, omdat anders in strijd met de statuten wordt gehandeld, hetgeen weer een grond voor aansprakelijkheid jegens de vennootschap kan opleveren. Als algemene regel kan hierbij worden gegeven dat het bestuur een algemene instructie slechts dan niet hoeft (of mag) opvolgen als het belang van de vennootschap, mede gelet op het doel van de vennootschap, zich daartegen verzet, dan wel de instructie in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Het bestuur moet dan wel vernietiging van het besluit

- houdende de algemene instructie vragen bij de rechter. Onder omstandigheden zal een bestuurder zich gedwongen kunnen zien af te treden als hij geen gehoor wenst te geven aan een algemene instructie van de algemene vergadering.
- 5) Bestuurders hebben ook wettelijk vastgelegde verplichtingen jegens de vennootschap. Art. 2:14 BW bepaalt dat de bestuurder jegens de vennootschap gehouden is tot een behoorlijke vervulling van de aan hem opgedragen taken (zie art. 13 over de taakverdeling). Daarnaast is iedere bestuurder verantwoordelijk voor de algemene gang van zaken (waartoe in ieder geval de financiële toestand van de vennootschap kan worden gerekend) en voor het afwenden van schade, ook als die voortvloeit uit een taakgebied dat niet het zijne is. Bestuurders moeten elkaar op grond van art. 2:14 BW regelmatig op de hoogte houden van de stand van zaken op hun taakgebieden.
  - 6) Een bestuurder is aansprakelijk jegens de vennootschap indien hij de hiervoor beschreven taken niet deugdelijk vervult en hem daarvan, gelet op alle omstandigheden van het geval, “een ernstig verwijt” valt te maken (zie HR, JOR 1997/29). Indien de bestuurder in strijd handelt met de statuten of de wet, is in beginsel het “ernstige verwijt” gegeven (behoudens bijzondere door de bestuurder te stellen disculperende omstandigheden, vgl. HR 29 november 2002, JOR 2003/2).
  - 7) De aansprakelijkheid op grond van art. 2:14 BW is in beginsel een collectieve: alle bestuurders zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de schade. Niet aansprakelijk is echter de bestuurder die kan aantonen dat de onbehoorlijke taakvervulling, mede gelet op de taakverdeling binnen het bestuur en op de periode dat hij in functie was, niet aan hem te wijten is en hij ook niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen ter voorkoming of beperking van de schade.
  - 8) De schadeplichtigheid van de bestuurder kan worden beëindigd door een decharge, verleend door de algemene vergadering. Voor een geldige decharge is vereist dat de relevante feiten in het kader van de algemene vergadering bekend zijn gemaakt aan de aandeelhouders, of dat deze ondubbelzinnig blijken uit de jaarstukken. Een decharge werkt niet ten aanzien van frauduleuze onttrekkingen die door manipulatie van de boeken niet uit de jaarrekening en de verslaglegging kenbaar zijn, ongeacht of de algemene vergadering deze feiten kende toen zij decharge verleende (HR NJ 2010/373). Een dechargebesluit kan verder vernietigbaar zijn wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid. Een dechargebesluit kan niet worden ingeroepen indien de curator een vordering wegens onbehoorlijke taakvervulling instelt namens de gefailleerde vennootschap (art. 2:14 lid 5 BW). Van belang is verder nog dat, waar een rechtspersoon wordt aangesteld als bestuurder, dit de achterliggende personen niet beschermt tegen aansprakelijkheid. Volgens art. 2:17 BW rust de aansprakelijkheid tevens op de bestuurders van die rechtspersoon-bestuurder. Deze doorbraak van aansprakelijkheid gaat net zo lang door totdat een natuurlijke persoon is bereikt. Deze doorbraakregel geldt voor alle wettelijke bestuurdersaansprakelijkheden.
  - 9) Naast de reguliere aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling is er nog een specifieke aansprakelijkheid in geval van faillissement. De bestuurder kan door de curator aansprakelijk worden gesteld voor het tekort in de failliete boedel indien sprake is geweest van “kennelijk onbehoorlijk bestuur” en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Bij kennelijk onbehoorlijk bestuur moet worden gedacht aan de situatie dat de bestuurder heeft gehandeld als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zou hebben gedaan (HR JOR 1996/68). Verder is vereist dat de bestuurder redelijkerwijs moest begrijpen dat crediteuren van de vennootschap mogelijk zouden worden benadeeld (HR NJ 2001/454). De aansprakelijkheid is collectief. Niet aansprakelijk is echter de bestuurder die kan aantonen dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur, mede gelet op de taakverdeling binnen het bestuur en op de periode dat hij in functie was, niet aan hem te wijten is en hij ook niet nalatig is geweest in het voorkomen daar treffen van maatregelen ter voorkoming of beperking van de schade (art. 2:16 lid 3 BW). De aansprakelijkheid geldt alleen in verband met kennelijk onbehoorlijk bestuur in de 3 jaren voorafgaand aan het faillissement (of, indien van toepassing, de voorafgaande surséance), art. 2:16 lid 8 BW.



- 10) Met een bestuurder worden gelijkgesteld degene die feitelijk het beleid heeft bepaald als ware hij een bestuurder en degene die als oprichter kennelijk onzorgvuldig heeft gehandeld (art. 2:16 lid 9 BW).
- 11) Verder moet worden bedacht dat, naast de wettelijke regelingen op het punt van aansprakelijkheid, ook een contractuele regeling van toepassing kan zijn (bijvoorbeeld een overeenkomst van opdracht). Ook onder die overeenkomst kan de bestuurder nog aansprakelijk worden gesteld door de vennootschap.

#### **Toelichting artikel 12 leden 2 en 3:**

- 1) De algemene vergadering bepaalt het aantal bestuurders, benoemt de individuele bestuurders en schorst en/of ontslaat hen. De raad heeft slechts een bevoegdheid tot schorsen. Een bestuurder die de van overheidswege vastgestelde pensioengerechtigde leeftijd bereikt, treedt aan het einde van het lopende boekjaar af, tenzij de algemene vergadering toestemt in een langer aanblijven. Dit artikel beoogt te voorkomen dat de bestuurspostie een soort erebaan voor het leven wordt. De bestuurder moet een toegevoegde waarde voor de vennootschap houden en moet fysiek en mentaal in staat zijn de bestuurstaken volledig uit te oefenen.
- 2) Politieke gezagsdragers kunnen niet worden benoemd tot bestuurder (art. 3.2 Code).
- 3) Zowel bij schorsing als bij ontslag van een bestuurder zullen de voorschriften voor besluitvorming in acht moeten worden genomen. Als er binnen vergadering wordt besloten, moet derhalve de raadgevende stem van alle bestuurders en 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 vernietiging van het besluit.
- 4) Waar het land Curaçao aandeelhouder is van de overheidsvennootschap of als de betrokken minister anderszins kan (mee)beslissen over ontslag en/of benoeming van een bestuurder, vergen de artt. 9 en 10 van de Verordening dat over die besluiten eerst advies wordt gevraagd aan de adviseur corporate governance.
- 5) Als een schorsing wordt opgelegd, dient deze binnen 2 maanden te worden gevolgd door een ontslagbesluit, bij gebreke waarvan de schorsing vervalt.

#### **Toelichting artikel 12 lid 4:**

Dit artikellid regelt de situatie dat één of meer bestuurders niet in staat zijn hun functie uit te oefenen (bijvoorbeeld door ziekte). De taken worden dan door de overige bestuurders overgenomen. Zijn alle bestuurders verhinderd, dan voorziet de raad tijdelijk in het bestuur. De raad kan daartoe commissarissen uit haar midden aanwijzen, maar mag ook externe kandidaten aanstellen. De algemene vergadering zal zo spoedig mogelijk een definitieve regeling moeten treffen.

#### **Toelichting artikel 12 lid 5 en lid 6:**

Lid 5 en lid 6 gaan over de beloning en de overige contractvoorwaarden, waaronder de duur en de secundaire voorwaarden, van de bestuurders. De algemene vergadering bepaalt in dat kader het beleid. De raad stelt voor iedere individuele bestuurders de beloning en overige contractvoorwaarden vast, met inachtneming van het beleid dat de algemene vergadering heeft opgesteld. De raad neemt deze op in een schriftelijke overeenkomst tussen de bestuurder en de vennootschap. De voorzitter van de raad van commissarissen of diens plaatsvervanger ondertekent de overeenkomst namens de vennootschap. Hierbij verdient opmerking dat de verhouding tussen de vennootschap en een bestuurder geacht wordt geen arbeidsovereenkomst te zijn (art. 2:8 lid 5 BW). Voor de hand ligt dat de schriftelijke overeenkomst tussen de vennootschap en de bestuurder in de vorm van een overeenkomst van opdracht zal worden aangegaan. Voor wat betreft de duur van die overeenkomst zal er voor moeten worden gewaakt dat het recht van de algemene vergadering de bestuurder te allen tijde te ontslaan niet illusoir wordt gemaakt. Het zal dan ook de voorkeur hebben dat de overeenkomst van opdracht een bepaling bevat dat zij eindigt op het moment waarop het

bestuurderschap eindigt. Ter bescherming van rechtvaardige belangen van de bestuurder kan daarbij een plicht voor de vennootschap worden opgenomen een billijke vergoeding te betalen, bijvoorbeeld indien sprake is van een ontslagbesluit dat in strijd is met de wet, de statuten of de redelijkheid en billijkheid. Mede gelet op de ter zake geldende opvattingen in het buitenland, zal de uit te keren vergoeding tot een maximum van de geldende beloning over de periode van een jaar moeten worden beperkt. De Code bevat in art. 3.11 nog een groot aantal voorschriften over de beloning van het bestuur. Zo verdient een (deels) prestatie-afhankelijke beloning de voorkeur, waarbij de prestaties worden gemeten tegen vooraf vastgestelde meetbare doelen. Uiteraard moet wel worden voorkomen dat het bestuur wordt beloond voor korte-termijn strategieën die het langere termijn-belang van de vennootschap ondermijnen. In het verplichte jaarlijkse functioneringsgesprek tussen de raad en de bestuurder wordt aan de prestaties van het bestuur aandacht besteed.

### **Toelichting artikel 13:**

- 1) Bij grotere overheidsvennootschappen zal het praktisch zijn een reglement op te stellen waarin de organisatie en besluitvorming van het bestuur nader worden geregeld. Te denken valt aan een verdeling van portefeuilles (bv. financiële, juridische, personeels- en operationele zaken). Bedacht moet echter worden dat dit een bestuurder niet ontslaat van alle verantwoordelijkheid voor portefeuilles van de overige bestuurders (zie hiervoor de toelichting op art. 12 lid 1). Het bestuur kan het reglement pas vaststellen nadat dit door de raad is goedgekeurd. Dit houdt tevens in dat als de raad bedenkingen heeft tegen bepaalde onderdelen van het reglement, het bestuur daaraan in een gewijzigd reglement tegemoet komt.
- 2) De positie van de, door de algemene vergadering benoemde, (vice-)voorzitter brengt in beginsel geen bijzondere extra (stem-)rechten met zich. De voorzitter zal echter wel de vergaderingen van het bestuur voorzitten en de uitslag van stemmingen moeten bijhouden. Bij reglement kunnen de taken nader worden ingevuld.
- 3) Lid 3 bepaalt dat elke bestuurder het recht heeft een vergadering te laten plaatsvinden. In die vergadering wordt met een normale meerderheid van de stemmen beslist. Staken de stemmen, dan beslist de voorzitter van de raad. In dergelijke gevallen verdient het wel de voorkeur dat de algemene vergadering tevens wordt geïnformeerd over de patstelling binnen het bestuur, zodat kan worden gezien of de samenstelling van het bestuur nog optimaal is.
- 4) Voor wat betreft de locatie van de vergaderingen is gekozen voor maximale vrijheid. Vergaderingen kunnen bijvoorbeeld ook via conference call of een ander communicatiemiddel plaatsvinden. Het enige vereiste is dat de deelnemers elkaar kunnen verstaan en met elkaar kunnen praten. Besluitvorming door het bestuur kan ook buiten vergadering geschieden, maar dan alleen met unanimitéit. Daarbij zal uiteraard wel vereist zijn dat het voorstel zodanig wordt toegelicht, dat beraadslaging niet noodzakelijk is om de overige bestuurders in staat te stellen een beslissing te nemen.
- 5) Een keer per jaar, binnen een door de raad vastgestelde termijn, doch uiterlijk op 1 oktober van het boekjaar, moet het bestuur de ondernemingsdoelstellingen, de strategie, het algemeen beleid, de algemene en financiële risico's, het beheers- en controlesysteem en een begroting inclusief investeringsplan en liquiditeitsplanning formuleren. Het bestuur zal daarbij vanzelfsprekend in acht moeten nemen de aanwijzingen genoemd in art. 12 lid 1, voor zover deze zijn gegeven en van kracht zijn. Het bestuur legt een en ander ter goedkeuring voor aan de raad. Op basis hiervan zal de raad moeten bepalen of het bestuur geen onverantwoorde risico's neemt. De raad dient de begroting uiterlijk 15 december te hebben goedgekeurd (art. 3.4 Code). Deze verplichtingen volgen onder meer uit art. 2.1 van de Code. Nadere uitwerking van deze verplichtingen is te vinden in de artt. 3.3 – 3.9 van de Code. Gedurende het boekjaar zal de raad er op moeten toezien dat het bestuursbeleid in overeenstemming is met het goedgekeurde beleidsplan.
- 6) Lid 6 en lid 8 bevatten besluiten die dusdanig belangrijk zijn dat het bestuur deze niet zonder goedkeuring van de raad of algemene vergadering mag nemen. In bepaalde gevallen zal een grensbedrag passend zijn. Dat is in deze modelstatuten niet opgenomen, omdat dit per

vennootschap zal verschillen, afhankelijk van de omvang van de onderneming. Als algemene richtlijn kan evenwel gelden dat het grensbedrag niet onder 100.000 eenheden van de officiële valuta van het land Curaçao (momenteel NAf. 100.000,=) gesteld wordt, anders blijft er van de autonomie van het bestuur weinig over. Geen toestemming is vereist voor handelingen die zijn opgenomen in eerder door de raad goedgekeurde begrotingen e.d.

- 7) Deze goedkeuringsregel heeft in beginsel ook externe werking, op grond van art. 2:10 lid 2 jo. 2:8 lid 2 BW. Een gebrek in de interne besluitvorming leidt dus ook tot een gebrek aan externe vertegenwoordigingsbevoegdheid. Art. 2:10 lid 3 BW bepaalt dat alleen een derde die het gebrek kende noch behoorde te kennen wordt beschermd tegen de gevolgen van de onbevoegdheid. Aangezien de statuten op te vragen zijn bij het handelsregister van de kamers van koophandel zal niet snel sprake zijn van bescherming van een derde te goeder trouw; hij had immers zelf aan de hand van publieke bronnen kunnen nagaan dat er geen bevoegdheid was zonder een goedkeuringsbesluit en hij had kunnen navragen of dat besluit was genomen. De wederpartij zelf kan zich niet op onbevoegdheid beroepen. Hij kan slechts een beroep doen op art. 2:10 lid 4 BW. Dit lid bepaalt dat, wanneer het bestuur van de vennootschap desgevraagd niet tijdig bevestigt dat aan alle voorwaarden voor het intreden van vertegenwoordigingsbevoegdheid was voldaan, de wederpartij de rechtshandeling als ongeldig van de hand mag wijzen.

#### **Toelichting artikel 14:**

- 1) Lid 1 brengt tot uitdrukking dat de vennootschap bij het aangaan van rechtshandelingen (zoals het sluiten van overeenkomsten) wordt vertegenwoordigd door ieder van de bestuurders. Dit is in overeenstemming met het wettelijk uitgangspunt. Bescherming tegen eenzijdig handelen van een bestuurder moet worden gezocht in art. 13 leden 6 en 8.
- 2) Lid 2 kiest voor een brede benadering van het tegenstrijdigbelang-begrip. De wet (art. 2:11 BW) voorziet slechts in een regeling voor transacties en procedures tussen de vennootschap en een bestuurder. Bij een overheidsvennootschap lijkt het echter gepast te waken voor elke (schijn van) belangenverstreming. Daarom is er voor gekozen ook overige tegenstrijdigbelang-situaties te reguleren. Bij de in lid 2 genoemde kwalitatieve tegenstrijdigbelang-situaties moet worden gedacht aan de situatie dat een bestuurder ook een rol heeft bij de wederpartij (als bestuurder, aandeelhouder, commissaris, etc.). Verder geldt de regeling ook als de vennootschap bijvoorbeeld een transactie aangaat met een familielid van de bestuurder. Het begrip tegenstrijdig belang is recent veranderd van inhoud. Terwijl voorheen elk (formeel) tegenstrijdig belang voldoende werd geacht om de bevoegdheid te ontnemen, hanteert de Hoge Raad inmiddels een materieel criterium. Dit komt er in feite op neer dat niet elke formele tegenstrijdig belang-situatie tot onbevoegdheid leidt, maar dat er per geval moet worden bekeken of de bestuurder met dusdanig onverenigbare belangen te maken heeft, dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich laat leiden door de belangen van de vennootschap (HR 29 juni 2007, NJ 2007/420). Dit beginsel is door de toevoeging van het woord "materieel" ook in de statuten geïncorporeerd. Dit voorkomt dat elk wissewasje tot onbevoegdheid leidt. Voordeel van de nieuwe materiële leer is dat er meer mogelijk is. Nadeel is echter rechtsonzekerheid: een rechter kan achteraf een andere beoordeling van de situatie hebben dan partijen op het moment van aangaan van de rechtshandeling (met name wanneer de rechtshandeling achteraf nadelig uit blijkt te vallen voor de vennootschap). Met name voor de wederpartij verdient het daarom de voorkeur bij twijfel toch een aanwijzingsbesluit aan de raad of de algemene vergadering te ontlokken.
- 3) Wanneer een tegenstrijdig belang bestaat, is het gehele bestuur niet bevoegd tot vertegenwoordiging tenzij het (of een van de bestuurders) wordt aangewezen door de raad of door de algemene vergadering.
- 4) Dit artikel in de statuten handelt met name over externe bevoegdheid van een bestuurder met een tegenstrijdig belang. Art. 3.12 van de Code bevat verder nog een uitgebreide regeling over het voorkomen van (en omgaan met) tegenstrijdig belang-situaties. In een dergelijk

geval dient een bestuurder zich ook te onthouden van deelname aan de besluitvorming in het bestuur omtrent het betreffende onderwerp.

- 5) Voor de commissarissen geldt geen formele tegenstrijdig-belang regeling. Art. 2:12 van de Code bevat echter wel regels over hoe om te gaan met situaties waarin een belangenverstremming tussen de vennootschap en een commissaris optreedt.
- 6) De algemene vergadering is overigens steeds bevoegd om, met gehele of gedeeltelijke terzijdestelling van de statutaire regeling voor gevallen van tegenstrijdig belang tussen de rechtspersoon en een bestuurder, commissaris, lid of aandeelhouder, incidenteel of voor een bepaalde periode, een of meer personen als bijzonder vertegenwoordiger van de rechtspersoon aan te wijzen (art. 2:11 lid 3 BW). De bestuurder of commissaris die weet of behoort te begrijpen dat ter zake van een voorgenomen rechtshandeling sprake is van een tegenstrijdig belang tussen hem en de rechtspersoon, bevordert zoveel mogelijk dat de algemene vergadering, of de aangewezen bijzonder vertegenwoordiger, daarvan tijdig op de hoogte worden gesteld (art. 2:11 lid 4 BW).

#### **Toelichting artikel 15:**

- 1) Dit artikel maakt het mogelijk dat het bestuur een doorlopende volmacht (ook wel procuratie genaamd) verstrekt aan anderen dan bestuurders. Te denken valt aan het hoofd facilitaire zaken, die regelmatig pennen zal moeten bestellen. Het is niet gewenst dat voor dit soort aangelegenheden telkens het bestuur zou moeten worden ingeschakeld om rechtsgeldige vertegenwoordiging mogelijk te maken. Gelijktijdig scheidt de mogelijkheid van procuraties wel een risico dat personen die niet door de algemene vergadering zijn benoemd de vennootschap binden. Daarom is het verlenen van procuraties aan voorafgaande goedkeuring door de raad verbonden (art. 13 lid 6 onder u).
- 2) De tweede zinsnede gaat over het toekennen van titels. Goed moet worden bedacht dat het verlenen van bijvoorbeeld de titel "directeur" nimmer tot de aanstelling van een directeur/bestuurder in de zin van de wet en statuten kan leiden. Gesproken wordt dan van een "titulair directeur" in plaats van een "statutair directeur". Het verdient wel de voorkeur in externe verhoudingen geen onduidelijkheid te creëren over de status van de betreffende "directeur".

#### **Toelichting artikel 16:**

- 1) In deze modelstatuten wordt gekozen voor een raad van commissarissen. Deze is wettelijk gezien optioneel, maar de Code gaat uit van een raad van commissarissen-model bij overheidsvennootschappen. Ook het aantal commissarissen is optioneel. In dit geval is voor het aantal drie tot zeven gekozen, waarbij ook een raad met minder commissarissen nog geldige besluiten kan nemen.
- 2) Doordat is gekozen voor een RvC met maximaal zeven commissarissen, kan ook het vereiste van art. 2.4 van de Code gelden dat een auditcommissie uit de raad wordt benoemd, die met specifiek toezicht is belast (met name toezicht op de financiën en de "compliance"). Dit is het geval wanneer er meer dan vijf commissarissen zijn.
- 3) De algemene vergadering stelt een vergoeding vast voor de commissarissen. Daarbij zal doorgaans worden gekeken naar de hoeveelheid tijd die het commissariaat in beslag neemt. In de Code is vastgelegd dat de beloning niet resultaatafhankelijk mag zijn (art. 2:14). Verder is daarin bepaald dat de commissaris niet tevens betaald adviseur mag zijn.
- 4) De algemene vergadering benoemt, schorst en ontslaat de commissarissen. Verder wijst de algemene vergadering een voorzitter van de raad aan. De voorzitter mag geen voormalig bestuurder van de vennootschap zijn (art. 2.6 van de Code). De taken van de voorzitter worden nader omschreven in art. 2.6 van de Code. Ook gelden beperkingen ten aanzien van de benoeming van een voormalig bestuurder tot regulier commissaris (art. 2.6 Code).
- 5) Alleen een natuurlijk persoon kan als commissaris worden benoemd. Art. 2.3 van de Code noemt ook diverse personen die niet verkiesbaar zijn (bijvoorbeeld familieleden tot in de

tweede graad van een zittende commissaris). Politieke gezagsdragers dienen niet te worden benoemd (art. 2.8 Code).

- 6) De raad stelt zelf een profielschets op ten aanzien van de gewenste omvang en samenstelling. Deze profielschets bindt de algemene vergadering echter niet. Nadere vereisten aan de inhoud van de profielschets zijn te vinden in art. 2.3 van de Code. Zo zal minimaal één commissaris voldoende financiële expertise moeten hebben. Verder geeft art. 2.9 van de Code nadere invulling aan het vereiste van onafhankelijkheid van de commissarissen. Art. 2.13 van de Code handelt over het aantal commissariaten per persoon (maximaal vijf, waarbij het voorzitterschap dubbel telt).

#### **Toelichting artikel 17:**

- 1) Teneinde onafhankelijkheid te waarborgen, is het nodig dat de band tussen bestuur en de raad niet te hecht wordt. Commissarissen worden daarom geacht na vier jaar af te treden.
- 2) Herbenoeming is slechts mogelijk mits een commissaris in totaal niet langer dan acht jaar commissaris is van de betreffende overheidsvennootschap. Bij die herbenoeming zal de raad ook weer de profielschets in de afweging moeten betrekken (art. 2.10 van de Code). In het rooster van aftreden dat de algemene vergadering op grond van de Code moet opstellen, kan de algemene vergadering zorgen voor een zodanige spreiding dat er niet te veel commissarissen tegelijk aftreden, hetgeen kennisoverdracht aan de nieuwe commissarissen zou bemoeilijken.
- 3) Defungeert één van de commissarissen, dan kan de raad nog steeds functioneren (geldige besluiten nemen), maar dient zo snel mogelijk een nieuwe commissaris te worden benoemd door de algemene vergadering indien dit, gelet op een door de algemene vergadering goedgekeurde en geldende profielschets, tot een vacature heeft geleid.
- 4) Voor commissarissen is geen maximale leeftijdsgrens opgenomen, mede gelet op de beperkte benoembaarheid. Uiteraard moet een commissaris wel fysiek en mentaal in staat zijn de commissaristaken uit te oefenen.

#### **Toelichting artikel 18 lid 1:**

- 1) Lid 1 bevat de taakomschrijving van de commissarissen. Zij dienen toezicht te houden op het beleid van het bestuur en de gang van zaken bij de vennootschap en haar onderneming. Verder kunnen zij het bestuur adviseren.
- 2) Ten aanzien van de toezichthoudende taak bevat art. 2.1 van de Code nog een aanzienlijk aantal specifieke verplichtingen. Verwezen zij naar de lijst in dit artikel. Verder zij nog gewezen op de verplichting om jaarlijks functioneringsgesprekken te hebben met bestuurders (art. 3.11 Code).
- 3) Bij een verantwoordelijkheid hoort ook immer een aansprakelijkheid. De wet bepaalt daarom dat commissarissen op gelijke voet aansprakelijk zijn als bestuurders (art. 2:19 lid 7 jo. 2:14 en 2:16 BW). Daarbij geldt uiteraard wel dat het bij de commissaris moet gaan om het onbehoorlijk vervullen van de toezichthoudende en raadgevende taak. Voor de aansprakelijkheid ex art. 2:14 BW betekent dit dat de commissaris "een ernstig verwijt" zal moeten treffen ten aanzien van deze taken. Bij de aansprakelijkheid ex art. 2:16 BW is "kennelijk onbehoorlijk toezicht" vereist. De vermoedens die ten aanzien van een bestuurder gelden als de administratie niet op orde is of als de jaarrekening niet tijdig is opgemaakt, gelden niet rechtstreeks voor de commissaris (HR 28 juni 1996, NJ 1997/58 en Gemeensch. Hof van Justitie v.d. Ned. Antillen en Aruba, 9 juni 2009, LJN BI7716). In de praktijk zal in dergelijke gevallen (met name wanneer de jaarrekening niet tijdig is opgemaakt) wel sprake zijn van reflexwerking, hetgeen inhoudt dat al snel kennelijk onbehoorlijk toezicht zal worden aangenomen. Er is immers een wettelijke termijn voor het opmaken van de jaarrekening, zodat de raad het verzuim van het bestuur op dit punt niet over het hoofd kan zien. Voor het overige zij verwezen naar de opmerkingen in de toelichting bij art. 12, die mutatis mutandis van toepassing zijn op de commissaris.

**Toelichting artikel 18 lid 2:**

Bij hun taakvervulling nemen de commissarissen het doel van de vennootschap in acht. Overwogen is ook een bepaling op te nemen conform art. 2:19 lid 7 BW inhoudende dat zij de belangen van degene die hen heeft benoemd (lees: de overheid als aandeelhouder) relatief zwaar mogen laten wegen. Nu de commissarissen echter reeds het doel van de vennootschap in acht hebben te nemen en onderdeel van dat doel is inachtneming van het algemeen belang en een deugdelijke sociaal-economische ontwikkeling van het land Curaçao, is een dergelijke toevoeging overbodig. Daarmee geldt immers ook voor de commissarissen dat zij bij het uitoefenen van hun toezichthoudende taak ervoor hebben te waken dat de vennootschap het algemeen belang en een deugdelijke sociaal-economische ontwikkeling van het land Curaçao in acht neemt.

**Toelichting artikel 18 lid 3:**

Lid 3 bevat een verplichting voor het bestuur de raad en de individuele commissarissen tijdig de nodige informatie te verschaffen. Dit recht op informatie, ook voor de individuele commissarissen, is van dwingend recht (art. 2:19 lid 6 BW). Daarbij dient bedacht te worden dat een commissaris die zich onvoldoende van zijn toezichthoudende taak kwijt, aansprakelijkheid naar zich toetrekt. Het enkele vragen om informatie ontslaat de raad uiteraard niet van elke verantwoordelijkheid. Waar duidelijk is dat het bestuur onvoldoende (tijdige) informatie verstrekt, zal de raad c.q. de commissaris actief moeten optreden om in die situatie verandering te brengen. Art. 18.6 biedt daartoe een middel. Art. 3.10 van de Code bevat nadere regels over de inhoud van de informatievoorziening, over de afspraken die de raad daarover met het bestuur dient te maken (o.a. over de frequentie) en over het toezicht op de naleving van die afspraken. De raad kan regels opleggen aan zijn commissarissen omtrent geheimhouding. Schending van die regels kan dan tot aansprakelijkheid van het betreffende lid leiden.

**Toelichting artikel 18 lid 4:**

Dit lid biedt een basis voor een reglement waarin de raad nadere invulling kan geven aan het besluitvormingsproces en waarin ook een taakverdeling tussen de individuele commissarissen kan worden neergelegd. Volgens art. 2.1 van de Code dient de raad verplicht een dergelijk reglement op te stellen. In het reglement kunnen ook afspraken worden vastgelegd omtrent de minimale vergaderfrequentie, zoals vereist door de Code. De raad zal in ieder geval elke drie maanden moeten vergaderen. Het reglement moet verder verplicht regels bevatten omtrent tegenstrijdig belang-situaties die de raad betreffen (art. 2.12 van de Code). De raad kan – al dan niet bij reglement – vastleggen dat er speciale commissies worden opgericht voor specifieke doeleinden (bijvoorbeeld een auditcommissie). Worden commissies ingesteld, dan stelt de raad plenair een eigen reglement voor iedere commissie op. Het verslag van de raad zal aandacht moeten besteden aan de werkzaamheden van iedere commissie. Zie voor dit alles art. 2.5 van de Code.

**Toelichting artikel 18 lid 5:**

De raad benoemt zelf een of meer vice-voorzitters. Deze nemen de rol van de door de algemene vergadering aangewezen voorzitter over wanneer deze niet beschikbaar is. Dit is een verplichting voor de raad. Eveneens verplicht is de benoeming van een secretaris, die verantwoordelijk is voor administratieve zaken (bv. notulen, oproeping van raadsvergaderingen, verspreiden documenten, etc.). De secretaris hoeft zelf geen deel uit te maken van de raad.

**Toelichting artikel 18 lid 6:**

Om te voorkomen dat de raad vleugellam wordt gemaakt door tegenwerking van het bestuur, bevat lid 6 een aantal bevoegdheden, die de ieder der commissarissen of de raad in staat stellen onafhankelijk van het bestuur inlichtingen over de vennootschap te verzamelen. Externe adviseurs kunnen daarbij door de raad als geheel worden ingeschakeld, op kosten van de vennootschap. Het inwinnen van adviezen is ook een bevoegdheid van de raad als geheel. Daarover zal de raad van tijd tot tijd dus een besluit moeten nemen.

**Toelichting artikel 18 lid 7:**

Dit artikel ziet op de vergaderfrequentie. Om contact te houden met de gang van zaken binnen de vennootschap zal in ieder geval periodiek een vergadering moeten plaatsvinden. In deze statuten is gekozen voor vier maal per jaar, het minimum vereist door de Code. Het verdient de voorkeur die vergaderingen zoveel mogelijk over het jaar te spreiden. Daarnaast vergadert de raad zo dikwijls als hij zelf nodig acht (mits hetzij de voorzitter, hetzij twee commissarissen om een vergadering verzoeken). In tenminste twee vergaderingen per jaar zal een evaluatie moeten plaatsvinden van de raad en zijn commissarissen, alsmede van het bestuur en haar bestuurders (art. 2.1 Code).

**Toelichting artikel 18 lid 8:**

Voor vergaderingen van de raad geldt een soortgelijk systeem als voor die van het bestuur. De raad komt bijeen waar hem dat wenselijk voorkomt en kan ook via elektronische communicatiemiddelen vergaderen. Veelal zal het de voorkeur verdienen ten kantore van de vennootschap te vergaderen, (in ieder geval deels) in aanwezigheid van het bestuur, zodat de raad zich over de toestand van de vennootschap kan laten informeren, alvorens tot besluitvorming over te gaan. Overigens biedt lid 16 ook de mogelijkheid voor besluitvorming buiten vergadering, maar het verdient de voorkeur van die mogelijkheid terughoudend gebruik te maken teneinde te vermijden dat de raad later wordt verweten dat hij zijn taak onvoldoende nauwgezet heeft vervuld.

**Toelichting artikel 18 lid 9:**

- 1) De voorzitter is verantwoordelijk voor het (laten) bijeenroepen van de vergaderingen van de raad en voor de inhoud van de agenda. De agenda is van belang aangezien deze de inhoud van de vergadering in beginsel bepaalt. Tijdens een vergadering kan niet worden besloten over een onderwerp dat niet op de agenda staat, tenzij alle commissarissen aanwezig zijn en geen van hen daartegen bezwaar maakt.
- 2) Komt de voorzitter niet tijdig tegemoet aan een verzoek van twee commissarissen van de raad conform lid 7, dan mogen deze zelf een geldige oproep verzenden.
- 3) Wordt het bestuur tevens uitgenodigd, dan is het verplicht te verschijnen en alle gevraagde inlichtingen te verstrekken. Dit past bij de rol van de raad als toezichthouder op het bestuur.

**Toelichting artikel 18 lid 10:**

De voorzitter of (in zijn afwezigheid) de vice-voorzitter bepaalt in beginsel de orde van de vergadering. Zijn beiden niet aanwezig, dan wijst de vergadering zelf een voorzitter aan. De voorzitter draagt ook verantwoordelijkheid voor correcte weergave van het besprokene in de notulen. De voorzitter tekent deze na vaststelling van de notulen door de raad als geheel. Dit betekent overigens niet dat de notulen bindend bewijs zijn van hetgeen ter vergadering is gezegd. Als de meerderheid weigert bepaalde delen van de vergadering te notuleren, kan desgewenst altijd nog via een gerechtelijk getuigenverhoor worden afgedwongen dat de betreffende uitlatingen ook in rechte als bewijs kunnen worden aangewend.

**Toelichting artikel 18 lid 11:**

Voor de besluitvorming in de raad geldt een quorum-eis. Meer dan de helft van de commissarissen dient ter vergadering aanwezig te zijn om geldige besluiten te kunnen nemen. Van de geldig uitgebrachte stemmen dient de absolute meerderheid (de helft plus één) voor het voorstel te zijn om een geldig besluit te nemen.

**Toelichting artikel 18 lid 12:**

Dit lid regelt dat een blanco stem of een ongeldige stem (elke stem die niet een goedkeuring of afkeuring van het voorstel inhoudt, elke stem uitgebracht door een aanwezige die geen deel uitmaakt van de raad etc.) niet wordt meegewogen in de besluitvorming.

**Toelichting artikel 18 lid 13:**

Dit lid regelt dat een commissaris zich ter vergadering door een medecommissaris kan laten vertegenwoordigen, mits er een schriftelijke volmacht wordt gegeven. Die volmacht kan ook een stemvolmacht inhouden. Net als bij het bestuur, is het niet mogelijk een volmacht af te geven aan een persoon die geen commissaris is van de vennootschap. Deelname van derden aan de besluitvorming zou niet passen bij het persoonlijke karakter van het commissariaat. Voor de volmacht gelden geen bijzondere vormvoorschriften, anders dan een schriftelijkheids- en een ontvangstvereiste (de volmacht moet dus voor aanvang van de vergadering door de overige commissarissen zijn ontvangen, al dan niet via de secretaris of voorzitter).

**Toelichting artikel 18 lid 14:**

Lid 14 regelt de wijze van stemmen. Er wordt mondeling gestemd, doorgaans via een simpel “vóór” of “tegen”. Ook stemming bij acclamatie is mogelijk, als niemand zich daartegen verzet. Dit houdt in dat de voorzitter van de vergadering vraagt of er iemand tegen het voorstel is. Als niemand ontkennend antwoordt, geldt het voorstel als aangenomen. Staken de stemmen (hetgeen alleen mogelijk is bij een even aantal geldig uitgebrachte stemmen), dan is het voorstel verworpen. Er moet dus altijd een absolute meerderheid zijn om een besluit te nemen. Onderwerpen die niet bij de oproeping zijn vermeld kunnen alleen in stemming worden gebracht indien alle commissarissen aanwezig zijn en niemand bezwaar maakt tegen het in stemming brengen.

**Toelichting artikel 18 lid 15:**

Lid 15 bevat een bepaling die voorkomt dat besluitvorming wordt gefrustreerd doordat commissarissen niet komen opdagen. Is er geen meerderheid van de commissarissen aanwezig, dan kan een nieuwe vergadering worden opgeroepen, die plaatsvindt minimaal één week en maximaal één maand later. Tijdens die vergadering kan ook een besluit worden genomen (over onderwerpen die op de oproep zijn vermeld) als er geen meerderheid van de commissarissen aanwezig is. De Code vergt overigens dat commissarissen die frequent afwezig zijn bij vergaderingen, daarop worden aangesproken door de overige commissarissen.

**Toelichting artikel 18 lid 16:**

Dit lid biedt de mogelijkheid voor besluitvorming buiten vergadering. Vereist is dat alle commissarissen zich schriftelijk over het voorstel uitlaten en dat de meerderheid vóór het besluit is. Dat het besluit is genomen, blijkt uit een verklaring van de voorzitter (of de vice-voorzitter in zijn afwezigheid) of uit een verklaring van twee commissarissen. Deze verklaring is uiteraard geen dwingend bewijs. De uitspraken van de individuele commissarissen moeten worden bewaard, zodat te allen tijde kan worden vastgesteld of er inderdaad een geldig besluit tot stand is gekomen.

**Toelichting artikel 19:**

- 1) Lid 1 bepaalt dat alle “restbevoegdheden” bij de algemene vergadering liggen.
- 2) Lid 2 regelt dat de algemene vergadering algemene aanwijzingen aan het bestuur mag geven. Zie de opmerkingen hierover in de toelichting op art. 12 lid 1.
- 3) Lid 3 bepaalt dat er minimaal één maal per jaar een algemene vergadering wordt gehouden, en wel binnen 9 maanden na het einde van ieder boekjaar (zie in dit verband art. 24 lid 1, dat het boekjaar gelijk stelt aan het kalenderjaar). De verplichting één maal per jaar te vergaderen is een wettelijke (art. 2:128 lid 1 BW). In die jaarlijkse vergadering worden in ieder geval behandeld: de jaarrekening, decharge van het bestuur en de raad voor het functioneren in het afgelopen boekjaar en verantwoording omtrent naleving van de Code. Dit laatste volgt uit de algemene beginselen van de Code (art. 1). Verder moeten de agendapunten worden gesepareerd in die zin dat vaststelling van de jaarrekening of van het dividend moet worden losgekoppeld van de dechargebesluiten (art. 4.1 Code). Het is niet de bedoeling dat de aandeelhouder alleen dividend kan krijgen wanneer hij tegelijkertijd decharge verleent. Art. 4.1 van de Code bevat verdere voorschriften over agendapunten die apart ter algemene vergadering moeten worden behandeld. Dit hoeft echter niet tijdens elke verplichte jaarlijkse



algemene vergadering te geschieden. De onderwerpen dienen te worden behandeld op het moment dat zij aan de orde zijn.

- 4) Een algemene vergadering wordt bijeengeroepen wanneer het bestuur of de raad dit wenst. Het gaat dan om besluiten waarvoor de normale stemregels gelden. Verder wordt een algemene vergadering bijeengeroepen wanneer dit wordt verzocht door één of meerdere aandeelhouders die tezamen minimaal 10% van de stemrechten controleren, mits het verzoek de te behandelen onderwerpen duidelijk vermeldt. Gaat het bestuur vervolgens niet binnen 14 dagen tot oproeping over, dan kunnen de betrokkenen dit zelf doen (art. 2:129 lid 3 BW), waarbij zij geen andere onderwerpen op de agenda kunnen plaatsen dan die in het oorspronkelijke verzoek (art. 2:129 lid 4 BW). Deze oproep dient ook aan het bestuur en de raad te worden gezonden (art. 2:129 lid 5 BW).
- 5) Lid 5 regelt dat, wanneer uitstel is verleend aan het bestuur voor het opmaken van de jaarrekening (conform art. 24 lid 2), de behandeling van de jaarrekening in de algemene vergadering met een gelijke termijn opschuift. Dit betekent dat de jaarrekening uiterlijk 15 maanden na einde van het boekjaar zal moeten worden behandeld.

#### **Toelichting artikel 20:**

- 1) Lid 1 bepaalt dat vergaderingen moeten plaatsvinden te Curaçao. In een elders gehouden vergadering kunnen alleen geldige besluiten worden genomen als alle aandeelhouders aanwezig zijn. Een minderheidsaandeelhouder kan besluitvorming dan dus blokkeren door niet te verschijnen.
- 2) De vergaderingen kunnen worden bijeengeroepen door het bestuur en de raad. Verder kunnen aandeelhouders zelf een algemene vergadering bijeenroepen als bestuur en raad weigerachtig blijven aan een verzoek daartoe te voldoen. Zie in dit verband de toelichting 4 bij art.19. De oproepingstermijn bedraagt ten minste twaalf dagen, de dag van oproeping en de dag van de vergadering niet meegerekend. Dit betekent dat er altijd minimaal 12 volledige dagen tussen de oproeping en de vergadering zitten. Dit is de minimale wettelijke termijn (art. 2:130 lid 2 BW). Zonder geldige oproep kan slechts met unanimiteit worden besloten in een vergadering waar het gehele aandelenkapitaal is vertegenwoordigd. Hetzelfde geldt ten aanzien van besluiten die niet in de oproep zijn vermeld.
- 3) Oproeping geschiedt aan de adressen van de aandeelhouders zoals die in het register zijn geadministreerd. De oproepingsbrieven moeten verder de te behandelen onderwerpen voldoende nauwkeurig omschrijven, zodanig dat voor de aandeelhouders duidelijk is welke besluiten er ter vergadering kunnen worden genomen. De aandeelhouders moeten zich immers kunnen voorbereiden.

#### **Toelichting artikel 21:**

- 1) Lid 1 behoeft geen verdere toelichting.
- 2) Lid 2 regelt de notulering. Tenzij een notaris is ingeschakeld voor de notulering stellen de voorzitter en de secretaris de notulen vast en tekenen zij deze. Zij kunnen de vaststelling echter ook laten geschieden door de algemene vergadering zelf, in de eerstvolgende vergadering. Dit laatste is de gebruikelijke gang van zaken. Bedacht moet overigens worden dat notulen geen bindend bewijs vormen.
- 3) Lid 3 bepaalt dat de voorzitter van de vergadering een notaris kan inschakelen voor het opmaken van de notulen (in de vorm van een notarieel proces-verbaal).

#### **Toelichting artikel 22:**

- 1) Leden 1 en 2 behoeven weinig toelichting. Elk aandeel geeft recht op één stem en alleen geldig uitgebrachte stemmen worden geteld (vgl. in dit verband art. 18 lid 11). Het besluit is genomen als er een volstreekte meerderheid (de helft plus 1) van de geldige stemmen vóór het besluit is (behalve in situaties waarin de wet of statuten andere meerderheden voorschrijven, zoals bijvoorbeeld bij een wijziging van de statuten).

- 2) Lid 3 bepaalt dat de voorzitter bepaalt hoe er wordt gestemd (handopsteken, briefjes, mondeling, bij acclamatie, etc.). Alleen bij besluiten over benoeming, schorsing en ontslag van personen kan elke aanwezige persoon met stemrecht verlangen dat dit anoniem en schriftelijk gebeurt.
- 3) Leden 4 en 5 bevestigen nog eens dat er geen besluit tot stand komt als deze meerderheid niet wordt gehaald. Het onderscheid tussen het niet tot stand komen van een besluit (bij personen, lid 4) of het verworpen zijn van een besluit (over andere zaken, lid 5) is juridisch bezien weinig relevant, maar kan voor de betrokken personen (emotioneel en publicitair) wel belangrijk zijn. Lid 6 geeft de aandeelhouder het recht een ander in zijn plaats naar de vergadering te zenden. Vereist is een schriftelijke volmacht. Iedere aandeelhouder heeft ook het recht zijn standpunt kenbaar te maken in de algemene vergadering.
- 4) Leden 7, 8 en 9 zien op de participatie van het bestuur en de raad in de algemene vergadering. Bestuurders en commissarissen zijn te allen tijde gerechtigd de algemene vergadering bij te wonen. Zij zijn daartoe ook verplicht indien tenminste 10% van de aandeelhouders daarom verzoekt. In dat geval zal het bestuur en de raad in beginsel antwoord moeten geven op vragen die een aandeelhouder ter algemene vergadering stelt (tenzij een zwaarwegend belang van de vennootschap zich daartegen verzet, bijvoorbeeld waar sprake is van concurrentiegevoelige informatie). Deze bepaling is ingevoegd om de algemene vergadering in de gelegenheid te stellen zelfstandig informatie te verzamelen die binnen bestuur of raad voorhanden is.

#### **Toelichting artikel 23:**

Dit artikel ziet op besluitvorming door de algemene vergadering buiten vergadering. Voor deze besluitvorming geldt een schriftelijkheidsvereiste (art. 2:135 BW). Bestuur en raad moeten tijdig bericht ontvangen, zodat zij in de gelegenheid zijn te adviseren over het voorstel. Schending van dit voorschrift kan tot vernietiging ex art. 2:21 BW leiden. Lid 2 ziet op de bekendmaking van het besluit. De aandeelhouders die het besluit hebben genomen, moeten bestuur en raad op de hoogte stellen van het besluit. Lid 3 bepaalt dat het besluit voldoende blijkt uit een verklaring van degenen die vóór hebben gestemd. De onderliggende bescheiden moeten echter worden bewaard, zodat bij onenigheid nog bewijs voorhanden is dat er daadwerkelijk een besluit tot stand is gekomen.

#### **Toelichting artikel 24:**

Het boekjaar – de periode waarop de jaarlijkse financiële verslaglegging ziet – loopt van 1 januari tot en met 31 december. Het is ook mogelijk een ander boekjaar te kiezen doch daar in in deze modelstatuten niet voor gekozen. Binnen zes maanden na einde boekjaar maakt het bestuur een jaarrekening en een jaarverslag op. Deze dienen te voldoen aan de wettelijke vereisten, die kunnen variëren naar gelang de omvang van de onderneming van de vennootschap. Doorgaans zal echter in ieder geval een balans en winst-/verliesrekening met toelichting moeten worden opgemaakt. Conform de Code dient tevens een hoofdstuk te worden gewijd aan de corporate governance structuur (zie art. 1 van de Code) en aan afwijkingen van de Code gedurende het boekjaar. Dergelijke afwijkingen dienen te worden toegelicht en verklaard. Daarnaast moet het verslag (onder meer) informatie over de bezoldiging van het bestuur bevatten (art. 3.11 Code). Verder bevat het jaarverslag een verslag van de raad. Art. 2.2 van de Code bevat een nadere toelichting op hetgeen dit verslag moet inhouden. Het verslag maakt verder melding van zakelijke banden tussen de vennootschap en commissarissen (art. 2.15 Code). Art. 5 van de Code bevat daarnaast nog bepalingen over de financiële verslaglegging en (het benoemen van) de externe accountant die de jaarrekening moet controleren. De algemene vergadering kan het bestuur zes maanden extra gunnen om de jaarrekening op te maken. Dit uitstel kan van belang zijn ter vermindering van het vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur op grond van art. 2:16 BW (zie hiervoor in de toelichting van art. 12). Alle bestuurders en commissarissen moeten de jaarrekening tekenen. Als één van hen niet heeft getekend, moet de jaarrekening een toelichting bevatten op de redenen daarvan. Het laatste lid

bepaalt dat de opgemaakte jaarrekening ten kantore van de vennootschap ligt vanaf de dag van de oproeping van de algemene vergadering.

**Toelichting artikel 25:**

- 1) Er kan pas winst worden uitgekeerd indien de jaarrekening laat zien dat de voorgestelde winstuitkering geoorloofd is. Dat wil zeggen: dat zij er niet toe leidt dat het eigen vermogen minder wordt dan het nominale bedrag van de geplaatste aandelen (lid 3 en art. 2:116 lid 7 BW).
- 2) Lid 2 regelt dat de algemene vergadering vrij is in de winstbestemming, met dien verstande dat zij niet kan besluiten een onderscheid te maken tussen aandeelhouders. Alle aandeelhouders moeten dus een dividend krijgen naar rato van hun aandelenbezit. Is dit niet gewenst, dan moet er een andere statutaire regeling worden getroffen.
- 3) Als de stemmen over het winstbestemmingsvoorstel staken, dan wordt alle winst gereserveerd. Het beginsel is dus “reserveren, tenzij” en niet “uitkeren, tenzij”.
- 4) Door de vennootschap gehouden aandelen tellen voor de berekening van het uit te keren dividend niet mee, aangezien deze aandelen ook niet meedelen in de winst.
- 5) Lid 5 bepaalt dat het bestuur bevoegd is tussentijdse winstuitkeringen te doen, na verkregen toestemming van de raad. Het bestuur zal dan wel goed moeten nagaan dat het eigen vermogen van de vennootschap niet te veel verminderd en dat het vermogen van de vennootschap om aan haar verplichtingen jegens crediteuren te voldoen niet wordt ondergraven. In het laatste geval kan het bestuur aansprakelijk zijn jegens crediteuren voor de schade die zij lijden omdat hun vordering als gevolg van de dividenduitkering onverhaalbaar is geworden. Bedacht moet verder worden dat, als er meerdere aandeelhouders zijn, een besluit om geen winst uit te keren onder omstandigheden in strijd kan zijn met de redelijkheid en billijkheid. Een beleid van structurele winstreservering, zonder deugdelijke objectieve rechtvaardiging, zal in beginsel onredelijk zijn jegens de minderheidsaandeelhouder die daar niet mee instemt. Verder zij er op gewezen dat in art. 5 van de Verordening is opgenomen dat in het kader van het dividendbeleid bij overheidsvennootschappen zoveel mogelijk zorg wordt gedragen voor “balansnormering”, hetgeen betekent dat een zodanige vermogensstructuur wordt nagestreefd, dat de continuïteit van de vennootschap op langere termijn wordt gewaarborgd. Het gaat niet alleen over het in staat zijn schuldeisers te blijven betalen, maar ook over het in staat zijn de opgedragen taken op de langere termijn te blijven uitvoeren.

**Toelichting artikel 26:**

In beginsel moet de vennootschap het dividend betaalbaar stellen nadat een periode van een maand is verstreken na het nemen van het besluit tot uitkering. Het tot uitkering bevoegde orgaan kan echter ook een andere termijn vaststellen. Als de tot dividend gerechtigde aandeelhouder niet binnen 5 jaar na de betaalbaarstelling aanspraak maakt op uitbetaling, vervalt zijn aanspraak op dit dividend.

**Toelichting artikel 27:**

Dit artikel gaat over de bijzondere besluiten tot fusie, splitsing, statutenwijziging en ontbinding. Deze besluiten worden dusdanig ingrijpend geoordeeld dat daarvoor een verzwaaarde meerderheid in de algemene vergadering geldt. Een fusie houdt in een samenvoeging van vermogens onder algemene titel. Splitsing gaat juist over het verdelen van vermogen onder algemene titel. Ontbinding houdt in het beëindigen van de vennootschap. Ontbinding leidt tot een verplichting tot vereffening van het vermogen van de vennootschap (het tegelde maken van de activa en het – zoveel mogelijk – voldoen van de schulden, waarna een eventueel restant kan worden uitgekeerd aan de gerechtigden tot het liquidatiesaldo, in dit geval de aandeelhouders – zie art. 29). Pas zodra de vereffening is geëindigd, houdt de vennootschap daadwerkelijk op te bestaan. De in lid 1 genoemde besluiten vereisen een verzwaaarde meerderheid van de stemmen (75%) in een vergadering waarin de houders van tenminste 75% van het geplaatste kapitaal aanwezig of vertegenwoordigd zijn. Is het vereiste kapitaal niet aanwezig, dan kan een tweede vergadering worden opgeroepen waarin deze quorum-eis niet

geldt, maar waarin nog wel dezelfde verzwaarde meerderheid van de uitgebrachte stemmen nodig is om een besluit te nemen. Voor een voorstel tot juridische splitsing waarbij niet alle aandeelhouders op gelijke wijze aandeelhouder zullen worden in de afgesplitste vennootschappen (de zogenaamde ruziesplitsing, die niet alleen het vermogen splitst, maar ook het aandeelhoudersbestand), geldt nog een bijzondere eis. Een besluit daartoe kan slechts worden genomen in een vergadering waarin 95% van het geplaatst kapitaal aanwezig of vertegenwoordigd. Dit vereiste volgt uit art. 2:360 sub d. BW. In deze vergadering geldt nog wel de normale verzwaarde meerderheid (75% van de geldig uitgebrachte stemmen). Lid 2 gaat over de bekendmaking van het voorstel tot wijziging van de statuten. Ten aanzien van een statutenwijziging moet nog worden opgemerkt dat deze kan worden vernietigd indien daardoor de rechtspositie wordt aangetast van een persoon die krachtens wet of statuten bij de organisatie van de vennootschap is betrokken (waartoe in ieder geval behoren: de aandeelhouders, bestuurders en commissarissen), mits deze persoon een zwaarwegend belang heeft bij handhaving van zijn rechtspositie (art. 2:134 lid 4 BW). Te denken valt bijvoorbeeld aan een statutair recht voor een minderheidsaandeelhouder om een bindende voordracht te doen voor benoeming van een bestuurder of commissaris. De schrapping daarvan kan een significante benadeling van de belangen van die partij opleveren.

#### **Toelichting artikel 28:**

Dit artikel bevat regels voor kennisgevingen aan de vennootschap en de aandeelhouders. Belangrijke kennisgevingen zullen in beginsel bij aangetekende brief geschieden om ontvangst te verzekeren (en om een bewijs van ontvangst te hebben). Het gebruik van telefax is in beginsel ook geoorloofd, net als het gebruik van e-mail. Telefax en e-mail zijn alleen geoorloofd als de beoogde ontvanger daartoe een faxnummer of e-mail adres heeft opgegeven. Het is niet de bedoeling dat een belangrijke mededeling zomaar naar een algemeen e-mail adres of faxnummer van de ontvanger wordt gestuurd. Het bericht moet de juiste persoon bij de ontvanger bereiken. Voor berichten aan de aandeelhouders is daarnaast ook vereist altijd nog een afschrift bij aangetekende brief wordt verzonden, teneinde te voorkomen dat belangrijke berichtgeving de aandeelhouders niet bereikt door storingen in elektronische communicatiemiddelen. Bij communicatie met de aandeelhouders dient gebruik van telefax of e-mail dus alleen om de aandeelhouders sneller op de hoogte te stellen van relevante feiten. Lid 2 bepaalt nog dat wettelijk of statutair verplichte mededelingen aan de aandeelhouders ook altijd kunnen geschieden door deze op te nemen in oproepingsbrieven voor de algemene vergadering.

#### **Toelichting artikel 29:**

Indien de overheidsvennootschap de taak waarvoor zij is opgericht, heeft voltooid (of als die taak is komen te vervallen), zal doorgaans worden overgegaan tot ontbinding. Als een ontbindingsbesluit is genomen met inachtneming van de quorum- en meerderheidseisen van art. 27, bevindt de vennootschap zich vanaf dat moment "in liquidatie". Deze term moet na ontbinding ook in alle van de vennootschap uitgaande stukken worden vermeld (art. 2:28 lid 2 BW). Na ontbinding moet het vermogen van de vennootschap worden vereffend. De bestuurders zijn verantwoordelijk voor de vereffening en de raad houdt toezicht, tenzij de algemene vergadering een andere regeling treft. De algemene vergadering stelt ook de beloning van de vereffenaar(s) en toezichthouder(s) vast. In het kader van de vereffening moeten de activa tegelde worden gemaakt en moeten de schulden (zoveel mogelijk) worden voldaan. Is er een tekort, dan moet de vereffenaar het faillissement aanvragen, tenzij alle bekende schuldeisers instemmen met vereffening buiten faillissement (art. 2:29 lid 3 BW). De schuldeisers zullen daartoe bereid zijn als zij verwachten dat het salaris van de curator zal leiden tot een groter tekort in de boedel en dus tot een lagere uitkering op hun vorderingen. De vereffening moet plaatsvinden conform het bepaalde in de wet (art. 2:29 e.v. BW). Dit betekent onder meer dat de vereffenaar tussentijdse uitkeringen mag doen als daartoe ruimte bestaat. Verder is relevant dat de vereffenaar een rekening en verantwoording van de vereffening moet opstellen en deponeren bij het handelsregister. Als er gelden resteren nadat alle crediteuren zijn voldaan, wordt het restant aan de aandeelhouders uitgekeerd naar rato van hun aandelenbezit. Gedurende de vereffening blijft de vennootschap bestaan (en kan dus ook in rechte optreden) voor zover dat voor de vereffening nodig

is. De vennootschap kan dus niet zo maar nieuwe activiteiten gaan ontplooiën; haar bestaan dient alleen nog de vereffening. De vereffenaars moeten verder een partij aanwijzen (of door de rechter laten aanwijzen) die de administratie nog gedurende 10 jaar zal bewaren. Dit hangt samen met de boekhoudverplichting op grond van art. 2:15 lid 3 BW.

**Toelichting artikel 30:**

Op overheidsvennootschappen is de Code van toepassing (zoals die van tijd tot tijd gewijzigd kan worden). Alle organen van de vennootschap zijn verplicht de Code in acht te nemen, behalve waar de wet of een specifieke bepaling van deze statuten in overeenstemming met de Code anders zou bepalen. Handelen in strijd met de Code kan dus grond opleveren voor aantastbaarheid van besluiten van organen van de vennootschap. Bovendien kan dergelijk handelen leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders en/of commissarissen.