

‘Politieke invloed op nv’s ongezond’

Het College financieel toezicht (Cft), de Stichting Bureau Toezicht en Normering Overheidsentiteiten (SBTNO) en de Dutch Caribbean Accountants Association (DCAA) organiseerden gisteren in Kurá Hulanda een seminar getiteld ‘Checks and Balances in Corporate Governance op Curaçao’. Gastspreker advocaat Karel Frielink verzorgde daarbij de afsluitende lezing. Het *Antilliaans Dagblad* publiceert hieronder integraal een deel uit deze lezing.

„Ik zal het over overheidsvennootschappen hebben (nv’s), maar mijn betoog is evenzeer voor overheidsstichtingen relevant. De bestuurder van een overheidsvennootschap heeft het vaak niet makkelijk. Hij zit klem tussen enerzijds een doorgaans actieve overheid als aandeelhouder en door diezelfde overheid benoemde (vaak minstens even actieve) commissarissen, en anderzijds het veelkoppige ‘belang van de vennootschap’ dat hij geacht wordt te dienen en dat bestaat uit een meerkleurig palet van deelbelangen.

De overheid moet wat mij betreft een duidelijke keuze maken: óf activiteiten worden uitgeoefend in de vorm van een overheidsdienst en onder directe verantwoordelijkheid van een minister, óf activiteiten worden uitgeoefend in de vorm van een vennootschap, maar dan moeten die ook zoveel mogelijk buiten de politieke invloedssfeer worden gehouden.

De huidige situatie heeft een hybride karakter: er is wel gekozen voor de vennootschapsvorm, maar met zoveel mogelijk behoud van politieke invloed. Die situatie is ongezond en leidt tot soms aanzienlijke spanning. Als naar de rol van commissarissen wordt gekeken, dan kan men zich niet aan de indruk onttrekken dat sommige (voormalige) commissarissen de hen wettelijk en statutair toebedeelde toezichttaak wel heel erg hebben opgerekt. Niet zelden lijken zij op de stoel van de bestuurder te zitten, of beschouwen zij een bestuurder als iemand die geacht wordt blindelings instructies van de raad of zelfs van individuele commissarissen op te volgen.

Sommige commissarissen zijn bij wijze van spreken langer aanwezig op het kantoor van de vennootschap dan de bestuurder zelf, of lopen talloze keren per dag bij een bestuurder binnen om zaken te bespreken. Dat soort situaties zijn niet



Sprekers tijdens het seminar vlnr. op de voorste rij: Karel Frielink, Donald de Palm (SBTNO), Erik van Engelen (Cft), André Delger (DCAA) en Marloes Kempes (Cft).

FOTO JEU OLIMPIO

gezond. Het tast ook het autonome functioneren van het bestuur aan.

Daarbij komt dan nog eens dat er commissarissen zijn die de politieke partij die hen als kandidaat naar voren heeft geschoven over hun werkzaamheden inlichten. Dat past niet bij goed corporate governance en is in strijd met de geheimhoudingsplicht die zij hebben als het om vertrouwelijke informatie gaat.

Er was zelfs een politicus die openlijk verklaarde dat hij ‘zijn’ commissarissen specifieke instructies gaf over wat zij moesten doen of nalaten. Aan dat soort praktijken dient een einde te komen.

In de wet (art. 2:19 lid 7 BW) is vastgelegd dat niet is uitgesloten dat een commissaris in het bijzonder opkomt voor de belangen van degene die hem heeft benoemd of voorgedragen en deze belangen relatief zwaar laat wegen. Daar past mijns inziens een belangrijke kanttekening bij. Hoewel de politieke kleur dus niet zelden een rol speelt bij de (voordracht tot) benoeming, wordt de betrokken commissaris niet door een politieke partij maar door (een orgaan van) de overheid als aandeelhouder benoemd.

Als hij de belangen van degene die hem heeft benoemd zwaar laat wegen, mogen dat niet de partijpolitieke belangen zijn van de partij waartoe de betrokken minister behoort, maar eerder zoiets als het ‘algemeen belang’. Het lijkt er soms op dat sommige politici dit aspect van de bepaling niet ten volle onderkennen en er vanuit lijken te gaan dat de door hen voorgedragen commissaris nu juist het politieke partijbelang zwaar mag laten wegen. Voor die opvatting bestaat in ieder geval geen wettelijke basis.

De Curaçaose Landsverordening corporate governance en de Code corporate governance kunnen niet verhinderen dat er politieke benoemingen plaatsvinden. Ik verwacht ook niet dat de overheid het hybride model op korte termijn zal veranderen.

Uitgaande van dat gegeven moet niet alleen worden gekeken of een kandidaat past binnen het functieprofiel (en of het bestuur dan wel de Raad van Commissarissen op een juiste wijze is samengesteld), maar zal in toenemende mate moeten worden gekeken naar actuele of potentiële belangenverstrengeling en hoe daarmee zal worden omgegaan. Het kernbegrip is hier transparantie. Degene die wordt gevraagd voor een bestuurs- of toezichtsfunctie bij een overheidsvennootschap, dient naar mijn mening een volledig overzicht te verschaffen van zijn zakelijke belangen en andere functies. Zowel door degene die tot benoeming bevoegd is als door SBTNO moet worden beoordeeld of zich voorzienbaar belangenconflicten kunnen voordoen.

Zo zal het in zijn algemeenheid onwenselijk zijn als een bestuurder of eigenaar van een bedrijf dat direct concurreert met een overheidsvennootschap, bij laatstgenoemde tot commissaris wordt benoemd. Dat er ook een regeling inzake tegenstrijdig belang bestaat (art. 2:12 Code) is wat mij betreft niet voldoende. In de Code zou het begrip ‘onafhankelijkheid’ moeten worden aangescherpt.

Recent is enige discussie ontstaan over het verzoek van het Land (de regering) om commissarissen collectief te vragen op te stappen en het voornemen desnoods collectief te ontslaan. Hoewel een dergelijke gedragslijn van de overheid aanvankelijk door het Gerecht werd geaccepteerd, is er de laatste jaren een duidelijke kentering in de rechtspraak waar te nemen. Uitgangspunt van de corporate governance is dat aan een ontslagbesluit een deugdelijke motivering ten grondslag moet liggen. De vraag waarover SBTNO zich moet uitlaten is of op grond van de aangevoerde argumenten in redelijkheid tot een ontslag kan worden gekomen. SBTNO moet voorts bekijken of er zwaarwegende bezwaren tegen het ont-

slag bestaan. Het gaat daarbij om een individuele toetsing. Dat zal dus per commissaris moeten worden bekeken.

Een algemene motivering langs de lijn dat de overheid graag haar beleid wil uitvoeren en denkt dat minder goed te kunnen doen met commissarissen die zij niet zelf heeft benoemd is onvoldoende. Dat is misschien geen prettige boodschap, maar wel een die direct samenhangt met mijn opvatting dat de regels van corporate governance serieus moeten worden genomen. Daaraan voeg ik dan nog toe dat wat de overheid ‘beleid’ noemt in de regel betrekking zal hebben op haar publieke taken: die taken moet de overheid uitoefenen via publiekrechtelijke wet- en regelgeving en juist niet als aandeelhouder van een overheidsvennootschap.

Een lastig punt is dat de Landsverordening corporate governance geen sanctieregime bevat. Als de overheid als aandeelhouder bijvoorbeeld wil afwijken van een negatief advies van SBTNO inzake de benoeming of het ontslag van een bestuurder of commissaris, dan kan worden volstaan met een gemotiveerde schriftelijke reactie, waarna de overheid het voorgenomen besluit gewoon kan nemen.(...)

Voorts dient naar mijn mening de autonomie van het bestuur van een overheidsvennootschap weer centraal komen te staan. Het bestuur bestuurt. De aandeelhouder niet. De Raad van Commissarissen evenmin. Aandeelhouder en Raad van Commissarissen dienen zich te onthouden van het geven van specifieke instructies aan het bestuur. En dan heb ik het, ter illustratie, over bijvoorbeeld instructies die zien op de aan- of verkoop van een bepaald gebouw, het aanstellen of ontslaan van personeel, het inhuren van adviseurs en het openbreken van bestaande contracten. Het verdient aanbeveling de Code corporate governance op dit punt aan te scherpen. Ik weet dat Boek 2

BW het opnemen van een ruimhartige instructiebevoegdheid in de statuten toestaat, maar de regels en beginselen van corporate governance verzetten zich hiertegen en daarover moet geen misverstand bestaan.

De aandeelhouder heeft enerzijds een toezichthoudende taak in het kader van het door het bestuur afleggen van verantwoording in de vergadering van aandeelhouders (dus achteraf), en heeft anderzijds de bevoegdheid om de hoofdlijnen van het te voeren beleid vast te stellen (dat ziet op de toekomst). Daar moet het normaal gesproken bij blijven. Binnen die kaders is het bestuur vrij om te handelen.

De Raad van Commissarissen houdt ook toezicht, zij het meer frequent en meer in detail dan de aandeelhouder, heeft het recht het bestuur te adviseren, en haar goedkeuring kan vereist zijn voor het nemen van bepaalde besluiten. De lijst van onderwerpen die aan goedkeuring van de Raad zijn onderworpen dient zo beperkt mogelijk te zijn, terwijl het om wezenlijke zaken moet gaan. In de regel zou het niet zo moeten zijn dat het aannemen of ontslaan van een werknemer, of het voeren van procedures, per definitie aan goedkeuring van de Raad van Commissarissen wordt onderworpen.

Het uitgangspunt dient wat mij betreft dus te zijn dat de overheid als aandeelhouder en de Raad van Commissarissen in beginsel niet bij het dagelijks beheer (de ‘day-to-day business’) dienen te zijn betrokken.

Als het aan mij ligt wordt er een fundamentele discussie gevoerd over de verhouding van de diverse organen van een overheidsvennootschap en wordt de uitkomst daarvan ook in de Landsverordening en Code corporate governance opgenomen. Eerder al opperde ik het idee om de in Boek 2 BW geregelde onafhankelijke Raad van Commissarissen, en dus ook het jaarrekeningregime van de grote nv, voor alle overheidsvennootschappen verplicht te stellen. Wat mij betreft gaat de discussie ook daarover. (...)

De paar gedachten die ik vandaag heb uitgesproken zijn bedoeld als een bijdrage aan de discussie. Die discussie moet naar mijn mening uitmonden in een aanpassing (lees: aanscherping) van de Landsverordening en Code corporate governance en eventueel ook van Boek 2 BW. De Landsverordening is in zijn huidige vorm wat mij betreft nog te vrijblijvend en geeft ‘de’ politiek meer speelruimte dan gezond is. Ik sluit af met een citaat van Confucius: „Het is niet moeilijk het goede te herkennen, maar wel het in daden om te zetten.”