

'GOOD CORPORATE GOVERNANCE OP CURAÇAO:

PUBLIEKE CONTROLE EN RECHTERLIJKE TOETSING

ZIJN NOODZAKELIJKE VOORWAARDEN VOOR SUCCES'

Lezing d.d. 13 april 2010 door Mr. Karel Frielink

Seminar '*Samenwerken met SBTNO*' georganiseerd
door Certa Legal ten behoeve van bestuurders en
commissarissen van overheidsentiteiten

Dames en Heren!

Inleiding

Gezamenlijk nemen de overheidsvennootschappen een niet onaanzienlijk deel van het bruto nationaal product voor hun rekening en zij vormen ook als werkgever een factor van betekenis. Een overheidsvennootschap dient te functioneren op een wijze die in hoge mate vergelijkbaar is met iedere andere professioneel gerunde commerciële vennootschap en behoort, waar mogelijk in vrije concurrentie met andere marktpartijen, primair gericht te zijn op het behalen van geldelijk voordeel voor de aandeelhouder, in dit geval dus de overheid (of - zo men wil - de *gemeenschap*).

Een overheidsvennootschap maakt geen deel (meer) uit van de publieke sector maar dient, afgezien van kwesties rond bijvoorbeeld concessies en vergunningen, gevrijwaard te zijn - en onafhankelijk te kunnen opereren - van directe of indirecte politiek bepaalde overheidsbeïnvloeding, met uitzondering van de invloed die direct voortvloeit uit de vennootschapsrechtelijke positie van de overheid als *aandeelhouder*.

De OECD (*Organization for Economic Co-operation and Development*) heeft in 2005 de '*Guidelines on Corporate Governance of State owned Enterprises*' uitgevaardigd. Daarin is het volgende vastgelegd: "*The State should act as an informed and active owner and establish a clear and consistent ownership policy, ensuring that the governance of the state owned enterprises is carried out in a transparent and accountable manner, with the necessary degree of professionalism and effectiveness*".

Van de overheid wordt dus geëist dat beleid wordt geformuleerd, zodat duidelijk is hoe de overheid zich als aandeelhouder zal gedragen, waarbij als uitgangspunten gelden

‘transparantie’ en het ‘afleggen van (publieke) verantwoording’, terwijl van de overheid tevens wordt verwacht dat die zich professioneel en resultaatgericht opstelt. Dat betekent volgens de OECD ook dat de overheid niet betrokken mag zijn bij het dagelijks beheer (de ‘*day-to-day business*’) en dat de overheid de onderneming volledige operationele autonomie moet gunnen.

Het belang van Curaçao bij regels van ‘good corporate governance’ is niet alleen gelegen in de noodzaak om in de pas te lopen met internationale ontwikkelingen en ontwikkelingen binnen het Koninkrijk op dit vlak. Politieke benoemingen en andere vormen van vriendjespolitiek vormen immers ook een ernstige bedreiging voor de rechtsstaat en er zijn dus regels nodig om dergelijke bedreigingen het hoofd te bieden.

Behoren politieke benoemingen tot het verleden?

Waar het betreft de benoeming en het ontslag van bestuurders en commissarissen, het dividendbeleid alsmede het verkrijgen of vervreemden van deelnemingen in rechtspersonen, zijn op Curaçao regels van ‘corporate governance’ van kracht geworden, die ik hier nu niet inhoudelijk zal bespreken. Ik ben vandaag met name geïnteresseerd in de vraag of politieke benoemingen inmiddels tot het verleden behoren en, zo niet, hoe dat soort benoemingen dan alsnog zoveel mogelijk kunnen worden tegengegaan.

Bestaat voor de overheid de plicht om, ik zeg het maar kort, de beste kandidaat tot bestuurder te benoemen in plaats van de kandidaat van de eigen politieke partij van de betrokken Gedeputeerde? Ik denk niet dat het vennootschapsrecht een dergelijke plicht aan de aandeelhouder oplegt. De aandeelhouder is vrij te benoemen wie hij wil zolang hij zijn stemrecht niet misbruikt. Het benoemen van politieke vrienden kan niet worden aangemerkt als misbruik in vennootschapsrechtelijke zin. Het vanzelfsprekende idee achter de regels van corporate governance is echter dat nu juist wel de beste kandidaat wordt benoemd.

Ondanks dat de nieuwe regels er goed en degelijk uitzien, zal veel afhangen van de mentaliteit van de betrokken politici. Cruciaal is echter ook wie er tot lid van het bestuur respectievelijk tot commissaris van de *Stichting Bureau Toezicht en Normering Overheidsentiteiten* (SBTNO) worden benoemd, waarbij het niet alleen om kennis en ervaring gaat, maar bovenal om integriteit en politieke onafhankelijkheid. Daarnaast is van belang dat de SBTNO zich tot een niet van de politiek afhankelijke organisatie kan ontwikkelen, ook in termen van financiering. Het zijn met name de overheidsbedrijven en overheidsstichtingen die belang hebben bij een goed georganiseerd, onafhankelijk en kritisch SBTNO, omdat zij daarmee (hopelijk) de politiek op afstand kunnen houden.

Maar hoe strak de procedures ook geformuleerd zijn, er blijft nog steeds ruimte voor politieke benoemingen, zij het dat die niet meer zo willekeurig zullen zijn als in het verleden het geval was en dat ze waarschijnlijk ook moeilijker als zodanig te herkennen zullen zijn. In dat verband verdienen twee kritische succesfactoren aandacht: publieke controle en rechterlijke toetsing.

Publieke controle noodzakelijk

Een kritische succesfactor is publieke controle. Daarvoor is informatie en voorlichting nodig. Een belangrijk aspect van de nieuwe regelgeving is de openbaarmaking van de adviezen van de Adviseur Corporate Governance (SBTNO) op de eigen website, zij het dat daarbij de persoonlijke levenssfeer (de *privacy*) van bijvoorbeeld kandidaat-bestuurders zoveel mogelijk moet worden gewaarborgd. Het verdient opmerking dat in de Memorie van Toelichting (2008, 23, nr. 3) uitdrukkelijk is overwogen dat de SBTNO géén controlerende of toezichhoudende taken heeft waar het de overheid betreft. De politiek geeft dus zelf aan niet door de SBTNO gecontroleerd te willen worden! Aangezien de SBTNO ook ongevraagd met adviezen mag komen, staat echter niets eraan in de weg dat deze organisatie het doen en laten van de overheid nu juist wel kritisch volgt en de overheid door middel van een ook openbaar te maken advies wijst op haar tekortkomingen.

Voor effectieve publieke controle is ook nodig dat er journalisten zijn die niet alleen verstand van zaken hebben, maar de overheid en de overheidsvennootschappen op dit vlak kritisch volgen en daarvan op adequate wijze verslag doen. Een belangrijk uitgangspunt van de Eilandsverordening corporate governance is dat het beleid en de bedrijfsvoering van overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen transparanter wordt. Dat houdt ook in dat meer openheid moet worden betracht, ook over de wijze waarop de overheid zich als aandeelhouder opstelt.

Vanwege de bijzondere positie van overheidsvennootschappen, waarbij het uiteindelijk toch om publiek geld gaat, is er bovendien veel voor te zeggen dat die verplicht zouden moeten worden hun jaarrekening te deponeren bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel, zodat die door een ieder kan worden ingezien. Publieke controleerbaarheid, al dan niet via de media, is immers een belang waarmee naar de heersende opvatting rekening behoort te worden gehouden.

Strengere rechterlijke toetsing vereist

Een andere kritische succesfactor is de rechterlijke toetsing. De regels van Corporate Governance bevatten zelf geen strafrechtelijke of andere sancties. De Corporate Governance wet- en regelgeving heeft in de eerste plaats betrekking op het gedrag van de overheid (de politiek) zelf en laat het vennootschapsrecht (Boek 2 BW) intact. De Corporate Governance regels dragen de overheid op om zijn invloed als aandeelhouder aan te wenden om ervoor te zorgen dat overheidsvennootschappen die regels zoveel mogelijk naleven en bijvoorbeeld vastleggen in hun statuten. Hoewel er dus geen apart sanctieregime is ingevoerd, zullen de Corporate Governance regels wel relevant zijn, bijvoorbeeld wanneer een rechter op grond van Boek 2 BW een besluit moet toetsen aan de eisen van redelijkheid en billijkheid.

Met name waar het gaat om besluiten tot benoeming of ontslag van bestuurders of commissarissen van overheidsvennootschappen of overheidsstichtingen, is een te grote terughoudendheid van de rechter bepaald niet gewenst.

In een zaak die in 2006 speelde, daarbij ging het om het ontslag van een commissaris, verwees het Gerecht¹ naar het *“sinds jaar en dag bestendig benoemings- en ontslagbeleid voor commissarissen en bestuurders”* (r.o. 2.8). Dat beleid komt er op neer dat bij een politieke wisseling van de wacht, direct daarna bestuurders en commissarissen van een andere politieke kleur worden benoemd. Het Gerecht toetste in die zaak ook aan dat beleid en constateerde dat niet is gebleken dat het ontslag van de betrokken commissaris *“niet in lijn is met dit beleid”* (r.o. 2.11). Het beleid zelf werd dus niet ter discussie gesteld.

In een zaak die speelde in 2007 overwoog het Gerecht² zelfs uitdrukkelijk dat voor de beoordeling van de redelijkheid of wenselijkheid van dat beleid – dus de periodieke, politieke standaard benoemings- en ontslagronde - geen zelfstandige taak is weggelegd (r.o. 3.13).

De rechter toetst hier dus niet of het redelijk of wenselijk is dat bij iedere politieke wisseling van de wacht nieuwe bestuurders en commissarissen bij overheidsvennootschappen (en stichtingen) worden benoemd. De rechter had natuurlijk anders kunnen oordelen, omdat bijvoorbeeld ook de uitoefening van aan aandelen verbonden stemrecht in redelijkheid moet plaatsvinden en daarbij het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming in het oog moet worden gehouden. Dat betekent mijns inziens dat ook beleid, dat ziet op de wijze waarop het stemrecht zal worden uitgeoefend, in een concreet geval door de rechter kan worden getoetst.

In 2007 was dat kennelijk nog een brug te ver. Nog geen jaar later klinkt er echter vanuit het Gerecht een heel ander geluid. In die zaak³ ging het om de benoeming van een bestuurder bij een overheidsvennootschap, waarbij van de vastgestelde open sollicitatieprocedure werd afgeweken, de benoemde kandidaat niet eens had gesolliciteerd en ook niet was vastgesteld of de betrokkene voor die functie wel geschikt was, terwijl daarbij vijf andere kandidaten werden gepasseerd.

Het Gerecht heeft het in die zaak over een zuiver politieke benoeming, tot stand gekomen onder druk van de Gedeputeerde en zijn partij (r.o. 3.13). Een dergelijk met ‘Good Corporate Governance’ strijdig benoemingsbesluit wordt door het Gerecht met een beroep op de redelijkheid en billijkheid vernietigd. Met die beslissing plaatst het Gerecht (a) het belang van

¹ GEAC 3 juli 2006, AR 2006/154 inzake Darwin Gregg vs UTS. Ik wijs er op dat op grond van art. 2:19 lid 8 BW in relatie tot art. 2:136 lid 2 BW, commissarissen net als bestuurders te allen tijde kunnen worden ontslagen, dus ongeacht het ontslagbeleid dat de aandeelhouder hanteert.

² GEAC 21 mei 2007, AR 2006/1234 inzake Emerencia en Da Silva de Goes vs StIP, het Land en het Eilandgebied Curaçao.

³ GEAC 11 februari 2008, AR 2007/594 inzake Tromp c.s. vs StIP en Selikor.

de betrokken overheidsvennootschap en de daarmee verbonden onderneming centraal, maar eveneens (b) de (toen nog niet wettelijk vastgelegde) regels van Corporate Governance.

Het zou goed zijn als het Gerecht deze lijn zou vasthouden en in de toekomst waar mogelijk duidelijk de grenzen zou aangeven van hetgeen wel en niet toelaatbaar is. Met de invoering van Corporate Governance regels is er geen enkele reden meer op grond waarvan de rechter besluiten, in het bijzonder die besluiten die betrekking hebben op de benoeming van bestuurders, slechts marginaal zou mogen toetsen. Marginaal toetsen wil zoveel zeggen als: beoordelen of degene die het besluit nam in redelijkheid tot dat besluit had kunnen komen. Als het besluit die marginale toets kan doorstaan dan grijpt de rechter niet in, ook al zou een ander besluit beter zijn geweest. Naar mijn mening moet de rechter ten volle toetsen of het beste besluit is genomen, zonder daarbij uiteraard beleidskeuzes te maken, want hij moet niet op de stoel van de aandeelhouder gaan zitten.

Tot slot

Ik pleit er voor dat we een stap verder gaan dan de Corporate Governance-regels en dat de in de wet geregelde onafhankelijke Raad van Commissarissen, en dus ook het jaarrekeningregime van de grote NV, voor alle overheidsvennootschappen verplicht wordt gesteld.⁴ De beginselen van goed ondernemingsbestuur en van goed overheidsbestuur brengen dat naar mijn mening met zich. Op dit moment is de onafhankelijke Raad van Commissarissen alleen op Sint Maarten in de telecom sector ingevoerd en wel op het niveau van de topholding (*TeEm Group*), maar zodanig dat de taak van die Raad zich ook uitstrekt tot de dochtervennootschappen. Dat is een goede zaak en dat moet vooral ook zo blijven, al zijn er signalen dat de politiek dit weer zou willen terugdraaien. Met dit enkele voorbeeld is de noodzaak van publieke controle gegeven.

Ik dank u voor uw aandacht.

⁴ Bij de NV is het mogelijk een 'onafhankelijke raad van commissarissen' in te stellen (art. 2:139 BW). Bij de BV kan geen onafhankelijke Raad van Commissarissen worden ingesteld. Volgens de MvT is een dergelijke Raad goed denkbaar bij naamloze vennootschappen in de financiële sector of bij (geprivatiseerde) overheidsbedrijven. Met het begrip 'onafhankelijk' wordt bedoeld dat de commissarissen onafhankelijk zijn van bepaalde aandeelhouders of belangengroepen en, tot op zekere hoogte, ook onafhankelijk van de algemene vergadering van aandeelhouders als zodanig. Zij hebben een eigen verantwoordelijkheid en functioneren zonder (verplichte) last of ruggespraak met degenen die hen hebben benoemd of voorgedragen. Artikel 2:140 lid 2 BW schrijft voor dat tot de taak van de onafhankelijke Raad van Commissarissen in elk geval behoort het houden van toezicht op het bestuur. Bij de vervulling van deze taak richt de Raad zich op het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming(en). De Raad van Commissarissen ziet er op toe dat de belangen van minderheidsaandeelhouders en werknemers niet onnodig of onevenredig worden geschaad (art. 2:140 lid 2 BW) en daarmee is de mogelijkheid uitgesloten, die bij de gewone Raad van Commissarissen wel bestaat (art. 2:19 lid 7 derde volzin BW), dat een commissaris wordt benoemd die tot taak heeft om in het bijzonder op te komen voor de belangen van degene die hem heeft voorgedragen (lees: de overheid). Hiermee wordt de onafhankelijkheid nog eens extra benadrukt. Een onafhankelijke commissaris kan te allen tijde worden geschorst of ontslagen maar alleen door de Raad van Commissarissen zelf op een niet voor beperking vatbare voordracht van de algemene vergadering of het bestuur of een ander in de statuten aangewezen orgaan. Dit zal, nu er ten minste twee organen zijn die bij deze besluitvorming zijn betrokken, niet al te lichtvaardig gebeuren. Als de Raad van Commissarissen niet tot schorsing of ontslag overgaat is een beroep op de rechter mogelijk. Op verzoek van de algemene vergadering, het bestuur, de Raad van Commissarissen of een ander in de statuten aangewezen orgaan kan een commissaris evenzeer worden geschorst of ontslagen door de rechter indien hij zijn taak kennelijk onbehoorlijk vervult of wegens andere gewichtige redenen.

CURRICULUM VITAE

Mr. Karel Frielink is als advocaat en partner verbonden aan Spigthoff Advocaten & Belastingadviseurs te Curaçao. Daarnaast is hij Deken van de Orde van Advocaten Curaçao, lid van het bestuur van de Kamer van Koophandel te Curaçao, docent ondernemingsrecht aan de Universiteit van de Nederlandse Antillen, 'Fellow' van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit te Nijmegen, lid van het bestuur van de Stichting Beroepsopleiding Advocatuur, lid van het bestuur van de Stichting Youth Into Media (*Caribbean Kids News*) en lid van de Raad van Advies van de Curaçaose reddingsbrigade (*Citro*).

Hij heeft tal van publicaties op zijn naam staan, is lid van de kernredactie van *JOR* (Jurisprudentie Onderneming & Recht), lid van de redactie van '*Commentaar Financieel Recht*' en lid van de redactie van *TAR Justicia* (Tijdschrift voor Antilliaans Recht). Tenslotte schrijft hij over uiteenlopende onderwerpen op *Karel's Legal Blog* (www.curacao-law.com).