

I

PAO-Cursus

Radboud Universiteit Nijmegen &
the University of Curaçao

ACTUALITEITEN ONDERNEMINGSRECHT

“Overheidsentiteiten, statuten en Corporate Governance in Curaçao”

Woensdag 29 februari 2012 – WTC, Curaçao

Mr. K. Frielink

18.45 – 21.00 uur

Hieronder volgt de toelichting bij de diverse sheets die onderdeel uitmaken van het cursusmateriaal. Op *Karel's Legal Blog* (<http://www.curacao-law.com>) wordt uitvoerig verhaald over het recht van de Nederlandse Cariben. Voor vragen en opmerkingen: Karel.Frielink@Spigthoffcuracao.com.

II

Volgens Thomas Hobbes¹ hebben wij allemaal natuurlijke hartstochten die ons aanzetten tot onder andere partijdigheid, hoogmoed en wraakzucht. De natuurwetten, zoals Hobbes die ziet, waaronder ‘rechtvaardigheid’, ‘billijkheid’, ‘bescheidenheid’ en ‘vergevingsgezindheid’, zijn in strijd met onze hartstochten. Wij zullen de natuurwetten dan ook alleen naleven als we vrees hebben voor een macht die ons dwingt ze na te leven. Overeenkomsten zonder het zwaard

¹ Thomas Hobbes, *Leviathan*, Amsterdam: Boom 2007, p. 207 e.v. Interessant is ook de vergelijking tussen Thomas Hobbes en John Locke. Zie daarvoor *The Political Theories. John Locke and Thomas Hobbes*, <http://history2.professorpage.info/John%20Locke%20and%20Thomas%20Hobbes.htm>

bijvoorbeeld, zijn volgens hem slechts woorden, die elke kracht missen om iemand bescherming te bieden.

Voor Hobbes staat vast dat er een 'sterfelijke God' moet zijn, een soeverein, voor wie vrees bestaat, en die vrede en veiligheid kan afdwingen. Als iedereen (althans de meerderheid) zijn recht om zichzelf te besturen overdraagt aan één zo'n persoon (of vergadering van personen) dan ontstaat een '*civitas*', een staat. De soeverein heeft binnen die staat absolute macht: hij bepaalt alles, stelt de regels op en is zelf onschendbaar. Hobbes² stelt vervolgens: "*Maar aan de wetten die door de soeverein, of anders gezegd, door de staat, zelf worden gemaakt is hij niet onderworpen*".

Voor de soeverein is dat uiteraard een aantrekkelijk standpunt. Ik zou menen dat de door de staat (overheid) zelf uitgevaardigde regels, door diezelfde staat correct en stipt moeten worden nageleefd. Het is toch niet goed voorstelbaar dat, om maar een voorbeeld te noemen, politie en Openbaar Ministerie (als 'instrumenten' van de staat) straffeloos de wet zouden mogen overtreden?

Er kan dus, zoals uit deze korte inleiding blijkt, heel verschillend worden gedacht over de aard en de rol van de staat. Wat het onderwerp van vandaag betreft gaat het dan om de vraag hoe we tegen overheidsbedrijven en in het bijzonder de invloed van de overheid op die bedrijven moeten aankijken. De categorie overheidsstichtingen laat ik hier onbesproken.

III

Voor de meeste overheidsbedrijven zal waarschijnlijk gelden dat hun activiteiten oorspronkelijk tot de reguliere overheidstaken behoorden.³ Op enig moment zijn

² Hobbes, a.w., p. 293.

³ J. van den Noort, 'De verrassend veelzijdige geschiedenis van overheidsbedrijven', in: *Historische Bedrijfsarchieven Openbare Nuts- en Communicatiebedrijven. Een geschiedenis en bronnenoverzicht*, Amsterdam 1993, p. 13-70.

die activiteiten kennelijk (sterker) organisatorisch gebundeld en is daarin een zekere eenheid en samenhang gebracht, en kwam er vaak ook een juridische verzelfstandiging, het meest duidelijk blijkend wanneer deze activiteiten werden ondergebracht in een naamloze vennootschap.

Het zijn van bestuurder van een overheidsvennootschap is bepaald niet altijd even gemakkelijk. Het zijn van aandeelhouder in een overheidsvennootschap overigens evenmin. De bestuurders zullen doorgaans klagen over te veel invloed vanuit 'de' politiek, terwijl de politici doorgaans zullen vinden dat zij te weinig grip op overheidsbedrijven hebben. Er zijn twee belangrijke onderwerpen waarbij in dit verband kort moet worden stilgestaan.⁴

Het eerste onderwerp is de afbakening tussen de overheid en de markt.⁵ Welke activiteiten moet de overheid tot haar taken rekenen en welk kunnen aan de markt worden overgelaten? Vrij algemeen wordt de gedachte aangehangen dat de overheid publieke belangen moet regelen via wet- en regelgeving: zo zal de overheid niet de broodproductie hoeven te nationaliseren om te waarborgen dat deze eerste levensbehoefte betaalbaar blijft, maar kan zij dat doen door middel van prijsregulering.

Dat zich soms bijzondere situaties kunnen voordoen hebben we gezien bij de bankencrisis, waarbij de overheid in Nederland aandeelhouder werd van ABN Amro Bank en Fortis Bank Nederland (die in 2010 fuseerden). Maar het uitgangspunt daarbij is dat de overheid deze aandelen op termijn weer zal

⁴ Aan culturele aspecten ga ik hier voorbij. Zie daarover bijvoorbeeld hoofdstuk 8 van de dissertatie van A. van Marrewijk, *Internationalisation, cooperation and ethnicity in the telecom sector*, Delft: Uitgeverij Eburon 1999, 340 p. Mijn benadering van het hier aan de orde zijnde vraagstuk kan en zal als "Europees Nederlands" worden aangemerkt. Of die kwalificatie positief of negatief wordt opgevat is een kwestie van perceptie en appreciatie.

⁵ A.W.A. Boot, 'Overheid als aandeelhouder: een economisch perspectief', in: *Kenniscentrum voor Ordeningsvraagstukken; D. Blokland [et al.] (red.) Publieke belangen en aandeelhouderschap: essays over de borging van publieke belangen door publiek aandeelhouderschap*, Den Haag: Ministerie van Economische Zaken 2006, p. 48-70.

afstoten. Er is geen reden deze aandelen tot in lengte van jaren in handen van de overheid te houden.

IV

Het tweede onderwerp is de visie op de afstand tussen de overheid en overheidsbedrijven. Daarbij zijn twee uitersten te onderscheiden en voor beide standpunten is ook een motivering te geven.

(1) Overheid op afstand

De overheid moet zoveel mogelijk op afstand staan en zich als een 'gewone' aandeelhouder van een overheidsvennootschap gedragen. Anders gezegd: overheidsvennootschappen dienen bestuurd en aangestuurd te worden vanuit het perspectief van zakelijkheid, dus commercieel. Argumenten voor dit standpunt:⁶

- De politiek is te druk om zich met de bedrijfsvoering te bemoeien
- De politiek heeft geen verstand van 'business'
- De politiek bestuurt vanuit sociaal-maatschappelijke bril en ondermijnt het zakelijke aspect
- Risico voor te veel partijpolitieke inmenging, integriteit in gevaar

De uitgangspunten die daarbij horen zijn:

- De politiek stelt beleidkaders, prioriteiten en normen vast
- De politiek ontwikkelt een verantwoordingsprocedure en stuurt op resultaat
- De politiek laat de daadwerkelijke bedrijfsvoering in handen van ter zake kundigen

⁶ Ontleend aan een voordracht die mr Etienne Ys (voormalig minister-president van de Nederlandse Antillen) in 2008 hield over de omgang tussen commissarissen en politici.

- Toezicht en controle op normen door (onafhankelijke) commissarissen

Het ideale resultaat zou dan zijn: optimaal product of optimale dienst, lage kosten en maximale winst.

V

(2) Overheid niet op afstand

In de andere opvatting staat de overheid juist niet op afstand, maar wordt de overheidsvennootschap aangestuurd als ware het een overheidsdienst, dus een onderdeel van een departement (ministerie). De argumenten voor dit standpunt:

- De politiek wordt altijd aangesproken, dus moet zich met dagelijkse bedrijfsvoering kunnen bemoeien
- De politiek is er juist voor om het 'patrimonio nashonal' te bewaken en te beschermen tegen commerciële belangen van individuen
- Overheidsvennootschappen dienen het collectief sociaal maatschappelijk (en dus geen commercieel) belang
- Overheidsvennootschappen passen niet in een verzakelijkte sfeer

De politiek geeft niet graag macht uit handen. De directe participatie door politieke partijen in de RvC en het bestuur vergroot de invloed van de politiek. Politieke partijen oefenen (daardoor) indirect invloed uit op belangrijke beslissingen binnen een overheidsvennootschap, zoals benoemingen, werving personeel, aanbestedingen, e.d. De politiek doet aan 'ledenbinding' door middel van het vergeven van posities. Dat is een fenomeen waar we hier in Curaçao al decennialang last van hebben.

VI

Mijn standpunt is deze discussie luidt als volgt. Een overheidsvennootschap maakt geen deel meer uit van de publieke sector maar dient, afgezien van kwesties rond concessies, vergunningen en andere publieke belangen, 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 zakelijke (*vennootschapsrechtelijke*) positie van de overheid als aandeelhouder.⁷ We kunnen hier in Curaçao dagelijks in de krant lezen dat de praktijk anders is.

Een overheidsvennootschap dient mijns inziens te functioneren op een wijze die in hoge mate vergelijkbaar is met iedere andere professioneel gerunde commerciële vennootschap en is, in vrije concurrentie met andere marktpartijen, gericht op het behalen van geldelijk voordeel voor de aandeelhouder, in dit geval dus de overheid (of - zo men wil - de *gemeenschap*).

Bovendien lijkt het mij gewenst dat de overheid een duidelijke keuze maakt. Als activiteiten zijn ondergebracht in een NV (of BV) dan hoort daarbij dat de directe invloed van de overheid op die activiteiten minimaal is. Dan hebben we het over 'good corporate governance'.⁸ Wil de overheid een grote(re) invloed dan lijkt het voor de hand te liggen om die activiteiten weer bij het takenpakket van de overheid onder te brengen en direct op de overheidsbegroting te laten drukken. Dan weet iedereen precies waar hij aan toe is.

Dat er in een kleine gemeenschap als die in Curaçao, met maar beperkte keuze wat betreft te benoemen bestuurders en commissarissen en waarin (familiale,

⁷ Zie ook paragraaf I.A. van de OECD '*Guidelines on Corporate Governance of State owned Enterprises*' (2005): "*There should be a clear separation between the state's ownership function and other state functions that may influence the conditions for state-owned enterprises, particularly with regard to market regulation.*"

⁸ Zie daarover ook mijn lezingen zoals gepubliceerd in: Karel Frielink en Mirto F. Murray, *Twee Curaçaose Meesters*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 39-57 en p. 71-77.

sociale) netwerken bij het maken van keuzes een belangrijke rol lijken te spelen, sprake is van een spanningsveld is evident. Des te belangrijker is het dat de overheid een duidelijke visie heeft op haar aandeelhouderschap en dat er goede en transparante procedures zijn, bijvoorbeeld wat betreft de benoeming van bestuurders en commissarissen.

VII

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 Minister? Ik denk niet dat het Curaçaose vennootschapsrecht een dergelijke plicht aan de aandeelhouder oplegt. De aandeelhouder is vrij te benoemen wie hij wil zolang hij zijn stemrecht niet misbruikt en het benoemen van politieke vrienden (als die ten minste marginaal de kwaliteitstoets doorstaan) is m.i. in principe geen vorm van misbruik in vennootschapsrechtelijke zin. Wellicht is het een vorm van misbruik in (politieke of) administratiefrechtelijke zin, maar dat is in beginsel een andere kwestie.

Is daarmee dan alles gezegd? De OECD heeft in 2005 de ‘*Guidelines on Corporate Governance of State owned Enterprises*’ uitgevaardigd.⁹ Daarin is onder meer 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. (...) The government should not be involved in the day-to-day management of SOEs and allow them full operational autonomy to

⁹ Zie ook de OECD publicatie: *Corporate Governance. Accountability and Transparency: A Guide for State Ownership* (2010), 130 p.

achieve their defined objectives. (...) The state should let SOE boards exercise their responsibilities and respect their independence.”

Van de overheid wordt dus bijvoorbeeld 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.

VIII

De overheid als aandeelhouder van ABN Amro Bank kwam al even ter sprake. De rol van de overheid als aandeelhouder roept allerlei vragen op, waarvan de beantwoording (deels) zal afhangen van de visie die inzake die rol wordt aangehangen. Het gaat om zeer uiteenlopende vragen zoals bijvoorbeeld:¹⁰

- Mag de overheid als aandeelhouder het aan de aandelen verbonden stemrecht gebruiken om publieke belangen te behartigen, bijvoorbeeld door de banken op te dragen gunstige voorwaarden te hanteren bij kredietaanvragen voor investeringen in duurzame energie?
- Zal de overheid zich als aandeelhouder van deze banken anders gedragen dan een ‘gewone’ aandeelhouder nu het systeembanken betreft die ‘kosten wat het kost’ overeind gehouden moeten worden?
- Mag de overheid als aandeelhouder een stringenter beleid ten aanzien van bonussen voeren omdat dat nu eenmaal het overheidsbeleid is, ook al zou

¹⁰ K. Frielink, *Aansprakelijkheid van de overheid als aandeelhouder*, TAR-Justicia 2 (2010), p. 109-117.

een 'gewone' aandeelhouder dat op zakelijke gronden mogelijk juist niet doen?¹¹

- Mag de overheid een staatsbank instrueren om leningen aan te gaan met overheidsbedrijven tegen meer gunstige condities dan voor andere bedrijven worden gehanteerd?¹²
- Mag de overheid informatie die zij als aandeelhouder ontvangt over misstanden in de NV of over milieuovertredingen gebruiken in haar publieke taak als handhaver van de wet?
- Wanneer en in welke mate valt informatie die met het aandeelhouderschap samenhangt onder de regels voor openbaarheid van bestuur?¹³
- In welke gevallen kunnen werknemers van een NV waarvan de overheid alle aandelen houdt wel en in welke gevallen kunnen zij niet worden aangemerkt als 'ambtenaar' in de zin van het Wetboek van Strafrecht?¹⁴
- Levert het aandeelhouderschap van de overheid belangentegenstellingen op dan wel de schijn daarvan, bijvoorbeeld als de NV van de overheid wel (snel) een concessie krijgt, maar een privaat gehouden NV niet?

Deze vragen laten zien dat de overheid niet zonder meer een "gewone" aandeelhouder is.

¹¹ Vgl. S. Bartman, *Het benoemings- en vetorecht van de Nederlandse Staat in de raad van commissarissen van ING: vervolg naar aanleiding van Kamervragen*, WPNR 6817 (2009), p. 847-850. Ik zou zelf niet over 'vetorecht' willen spreken, maar (los van de mogelijke 'wankelheid' van de juridische basis) over een afspraak om alléén op basis van unanimitéit tot besluitvorming te komen. Daarnaast vraag ik mij af of (en in hoeverre) een commissaris zich op voorhand contractueel mag binden tot het op een bepaalde wijze uitbrengen van zijn stem in een RvC, bijvoorbeeld om bonussen boven een bepaald niveau te allen tijde tegen te houden. Een dergelijke afspraak lijkt mij in beginsel in strijd met het systeem van de Nederlandse wet en dus nietig.

¹² Zie ook paragraaf I.F. van de OECD *'Guidelines on Corporate Governance of State owned Enterprises'* (2005): "[State owned Enterprises] should face competitive conditions regarding access to finance. Their relations with state-owned banks, state-owned financial institutions and other state-owned companies should be based on purely commercial grounds."

¹³ Vgl. Rb Rotterdam 14 oktober 2002, LJN: AE9419 inzake NRC vs Minister van Financiën.

¹⁴ Vgl. HR 14 oktober 2009, LJN: BJ6793.

IX

Op 1 januari 2010 is in Curaçao de Landsverordening inzake corporate governance van kracht geworden. Op grond daarvan is de Code Corporate Governance Curaçao tot stand gekomen, die eveneens op 1 januari 2010 in werking is getreden. Daarin wordt nog gesproken over het Bestuurscollege en over het eilandgebied Curaçao, maar met ingang van 10 oktober 2010 moeten daarvoor de regering van Curaçao en het Land Curaçao worden gelezen.

De Landsverordening verplicht niet alleen tot het vaststellen van een corporate governance code, maar ook om de Code te implementeren in de overheidsvennootschappen. Die implementatieplicht heeft in 2011 geleid tot het opstellen van modelstatuten, waarover straks meer.

De wet verplicht daarnaast tot oprichting van een onafhankelijk advies- en toezichtorgaan: de *Stichting Bureau Toezicht en Normering Overheidsentiteiten* (SBTNO). Naar verluidt zal de SBTNO binnen enkele maanden operationeel zijn. De taak van de SBTNO is tot op heden waargenomen door de Stichting Overheids-Accountants Bureau (SOAB).

De wet verplicht ook om in bepaalde gevallen (bijvoorbeeld bij de benoeming of het ontslag van bestuurders en commissarissen, en bij het vaststellen van benoemingsprocedures en profielschetsen) advies in te winnen van de SBTNO en wel voordat tot besluitvorming wordt overgegaan. Deze adviezen worden door de SBTNO op een website openbaar gemaakt. In het advies wordt door SBTNO aangegeven of er zwaarwegende bezwaren tegen het voornemen bestaan. Als dat het geval is dan mag de regering desondanks van het advies afwijken, maar moet de regering dit terstond schriftelijk en gemotiveerd aan de SBTNO melden.

Indien de regering (als vertegenwoordiger van de aandeelhouder), bijvoorbeeld, het voornemen heeft om een bestuurder van een overheidsvennootschap te

ontslaan, dan zal dit voornemen onder opgave van redenen naar de SBTNO worden gestuurd, die daarover dan een openbaar te maken advies naar de regering stuurt. Als de SBTNO geen zwaarwegende bezwaren tegen dat voornemen heeft dan kan het ontslagbesluit worden genomen. Als dergelijke bezwaren wel bestaan dan moet de regering schriftelijk en gemotiveerd aangeven waarom van het advies wordt afgeweken, maar kan het ontslagbesluit gewoon worden genomen.

Daarbij moet niet worden vergeten dat de regels van corporate governance Boek 2 BW Curaçao intact laten. Uitgangspunt is dat een statutair bestuurder “te allen tijde” kan worden ontslagen. In dat uitgangspunt van het BW brengen de regels van corporate governance géén verandering. Niet uitgesloten mag worden dat bij de inkleuring van normen van Boek 2 BW Curaçao, denk aan de redelijkheid en billijkheid, de regels en beginselen van corporate governance wel een rol kunnen spelen.

X

De regels van corporate governance dragen de regering op te bewerkstelligen dat de statuten van overheidsvennootschappen (en overheidsstichtingen) in overeenstemming met de bepalingen daarvan worden gebracht. De termijn daarvoor is al geruime tijd verstreken. Wat de vennootschappen betreft is het niet zo moeilijk om de statuten aan te passen, omdat de overheid in de meeste gevallen direct of indirect alle aandelen houdt. De regering heeft modelstatuten opgesteld, waarvan de eerste versie in de cursusmap zit.

De toetsing van de modelstatuten kan tweeledig plaatsvinden: aan Boek 2 BW van Curaçao en aan regels en beginselen van corporate governance.

De toetsing aan Boek 2 BW Curaçao, welk wetboek ingaande 1 januari 2012 is gewijzigd, is meer technisch van aard.

Toetsing aan regels en beginselen van corporate governance is deels technisch van aard, maar gaat verder. In artikel 4 lid 1 van de Landsverordening inzake corporate governance is het volgende vastgelegd:

“De regering stelt bij besluit een Code Corporate Governance vast, regelende volgens internationaal aanvaarde normen een goed en transparant bestuur van vennootschappen en stichtingen en het toezicht daarop in eigen verband.”

De wet gaat er vanuit dat telkens twee jaar na vaststelling wordt bekeken of de Code Corporate Governance moet worden aangepast, uiteraard nadat de SBTNO daarover is gehoord. Indien gewijzigde internationaal aanvaarde normen daartoe nopen, wordt de Code in ieder geval aangepast. Tot die normen behoren mijns inziens in ieder geval de ‘*Guidelines on Corporate Governance of State owned Enterprises*’ van de OECD uit 2005. Dergelijke internationale normen zijn ook van belang voor de interpretatie van de Code Corporate Governance.

XI

De in de map opgenomen modelstatuten dateren van 15 maart 2011.¹⁵ Intussen zijn de modellen voor de vennootschappen en voor de stichtingen op onderdelen aangepast en door de regering vastgesteld. Omdat de oorspronkelijke modellen tot nogal wat discussies aanleiding hebben gegeven zullen die vandaag worden besproken. Daarbij zullen, voor zover relevant, latere wijzigingen worden vermeld.

¹⁵ Zie voor kritiek daarop: K. Frielink, *Visie Land op overheids-NV's verkeerd*, Antilliaans Dagblad 15 april 2011, p. 16 alsmede M.L. Alexander, F.B.M. Kunneman, L.G. Santine en R.J. in 't Veld, *Modelstatuten ten sterkste afgeraden*, Antilliaans Dagblad 20 september 2011, p. 14-15. Zie voorts K. Frielink, *Stop politieke benoemings- en ontslagcarousel*, Antilliaans Dagblad 14 september 2010, p. 14-15.

Artikel 2 lid 1

We bespreken de modelstatuten voor de naamloze overheidsvennootschap. Wat al meteen opvalt is dat in de doelomschrijving is vastgelegd dat de NV haar doel moet realiseren '*met inachtneming van een deugdelijke sociaal-economische ontwikkeling, en ook overigens het algemeen belang van Curaçao*'. Deze bepaling is inmiddels geschrapt, maar desondanks wordt er bij stilgestaan.

Achter deze bepaling zit een rechtspolitieke keuze. In de toelichting wordt opgemerkt dat deze vennootschappen een bijzondere positie innemen, niet zelden die van monopolist, dat zij veelal ook zijn belast met de uitoefening van publieke taken, dat zij hun ontstaan en vermogen grotendeels te danken hebben aan het Land Curaçao (of zijn voorgangers), en dat zij een bijzondere verantwoordelijkheid naar de maatschappij toe hebben. Boek 2 BW geeft de ruimte om de statuten aldus in te richten.¹⁶

Los van de rechtspolitieke keuze, waarover verschillend kan worden gedacht, dient zich uiteraard de vraag aan hoe je als bestuurder of commissaris van een overheidsvennootschap kunt vaststellen wat het 'algemeen belang van Curaçao' inhoudt en wat een 'deugdelijke sociaal-economische ontwikkeling' betekent, en hoe je deze belangen vervolgens moet wegen en in je besluitvorming moet betrekken. Het gevaar dat in het gebruik van dergelijke begrippen schuilt is dat niet de bestuurder of commissaris tot een eigen afweging komt, maar dat de aandeelhouder - dus de regering die er op dat moment zit - aangeeft of dicteert hoe deze begrippen op dat moment en in die concrete situatie moeten worden begrepen.

De bepaling lijkt ook op gespannen voet te staan met de eerder genoemde OECD '*Guidelines on Corporate Governance of State owned Enterprises*' uit 2005. De overheid heeft vaak meerdere petten op: in de telecomsector

¹⁶ Vgl. K. Frielink, *Aansprakelijkheid van de overheid als aandeelhouder*, TAR-Justicia 2 (2010), par. 3.

bijvoorbeeld is de overheid zowel aandeelhouder van een van de grootste telecombedrijven als *regulator*. De OECD stelt in dat verband:

'The state often plays a dual role of market regulator and owner of SOEs with commercial operations, particularly in the newly deregulated and often partially privatised network industries. Whenever this is the case, the state is at the same time a major market player and an arbitrator. Full administrative separation of responsibilities for ownership and market regulation is therefore a fundamental prerequisite for creating a level playing field for SOEs and private companies and for avoiding distortion of competition.'

Het gevaar dat dreigt is dat via het begrippenpaar 'algemeen belang' bijvoorbeeld aan tarief- en prijspolitiek wordt gedaan, terwijl dit onderwerp niet hoort bij de rol van de overheid als aandeelhouder.

XII

Behalve dat de overheid zich met markttoegang en -regulering bezig houdt, behoort ook industriepolitiek (of meer algemeen het economisch beleid) tot de taken van de overheid. Daarover stelt de OECD:

'Another important case is when SOEs are used as an instrument for industrial policy. This can easily result in confusion and conflicts of interest between industrial policy and the ownership functions of the state, particularly if the responsibility for industrial policy and the ownership functions are vested with the same branch or sector ministries. A separation of industrial policy and ownership will enhance the identification of the state as an owner and will favour transparency in defining objectives and monitoring performance. However, such separation does not prevent necessary co-ordination between the two functions. (...) In implementing

effective separation between the different state roles with regard SOEs, both perceived and real conflicts of interest should be taken into account.'

Je kunt je op grond hiervan afvragen of het wel wenselijk is dat een criterium als 'deugdelijke sociaal-economische ontwikkeling' in de doelomschrijving wordt opgenomen. Los van het feit dat het een weinig bepaald criterium is, behoren vraagstukken van macro-economisch beleid tot de kerntaken van de overheid, maar niet in de hoedanigheid van aandeelhouder en behoren ze niet tot het takenpakket van een bestuurder of commissaris, tenzij en voor zover dat beleid in wet- en regelgeving nader is bepaald.

XIII

Artikel 12 lid 1

Het bestuur moet, volgens het eerste ontwerp van de modelstatuten, '*specifieke aanwijzingen door de algemene vergadering gegeven in overeenstemming met de statuten opvolgen*'. Deze bepaling is inmiddels geschrapt.

Volgens de toelichting bij het eerste ontwerp komt dit instructierecht er in de praktijk met name op neer dat het bestuur op instructie van de aandeelhouder wordt verplicht om bepaalde rechtshandelingen aan te gaan (lees: contracten te sluiten).

Op basis van een zodanig instructierecht zou het bestuur van een overheidsvennootschap verplicht kunnen worden om bepaalde mensen in dienst te nemen, bepaalde activa te kopen of te verkopen, een bepaalde samenwerking aan te gaan of te verbreken, enzovoort. De invloed van het Land Curaçao als aandeelhouder op de dagelijkse gang van zaken binnen de overheidsvennootschappen zou aldus aanzienlijk zijn vergroot. Dat zou een onwenselijke ontwikkeling zijn geweest. De kans op politieke beïnvloeding, vriendjespolitiek en (andere vormen

van) misbruik zou hierdoor immers toenemen. De bepaling is dan ook terecht geschrapt.

Los daarvan is in artikel 3.2 van de Code Corporate Governance vastgelegd dat wat het bestuur van een overheidsvennootschap betreft de begrippen transparantie en integriteit centraal staan, en dat daarom belangenverstrengeling moet worden voorkomen. Het is daarom voor politieke gezagsdragers niet mogelijk om zitting te nemen in het bestuur van een overheidsvennootschap. Met dat uitgangspunt verdraagt zich niet een instructierecht van de aandeelhouder (lees de minister) die als quasi-bestuurder het beleid (mede) bepaalt en ter zake instructies mag geven die de 'gewone' bestuurders verplicht zijn op te volgen.

Als we de verhalen mogen geloven is het al jaar en dag zo dat ministers bellen met of langsgaan bij wat zij als 'hun' bestuurders (en commissarissen) van overheidsvennootschappen beschouwen om door te geven wat zij op hun wensenlijstje hebben staan, waarbij zij ervan uitgaan dat een en ander conform dat lijstje zal worden uitgevoerd. In veel gevallen is dat waarschijnlijk ook gewoon gebeurd. Het destijds voorgestelde instructierecht was mijns inziens dan ook niet bedoeld om een nieuw fenomeen te introduceren, maar om een bestaande praktijk te formaliseren en bij niet-opvolging van instructies sneller tot een ontslag te kunnen komen. De bepaling is geschrapt, maar de praktijk zal waarschijnlijk voorlopig niet wijzigen.

XIV

Artikel 13 lid 8 sub b.(iv) en d(ii)

In het oorspronkelijke ontwerp was opgenomen dat aan de goedkeuring van de algemene vergadering zijn onderworpen besluiten van het bestuur inzake investeringen die *'van principiële aard zijn'*, en besluiten inzake deelnemingen die van *'ingrijpende betekenis of principiële aard'* zijn.

Deze bepaling is terecht geschrapt. Begrip als 'ingrijpende betekenis' en 'van principiële aard' zijn niet hanteerbaar. Dergelijke criteria zouden potentieel een bron van conflicten kunnen zijn.

In het nieuwe ontwerp staat dat aan goedkeuring van de algemene vergadering zijn onderworpen, zodanige besluiten van het bestuur als de algemene vergadering bij nader schriftelijk besluit bepaalt. Dit biedt op zichzelf de mogelijkheid om langs die weg de begrippen 'ingrijpende betekenis' en 'van principiële aard' weer te introduceren, maar dat zou bepaald niet verstandig zijn. Minimaal zal de eis mogen worden gesteld dat een dergelijke ingrijpende beperking van de bestuursbevoegdheid duidelijk en ondubbelzinnig wordt geformuleerd, zodat de kans op interpretatiediscussies zoveel mogelijk wordt beperkt.

XV

Artikel 18 lid 2

Iedere commissaris van een overheidsvennootschap moet in het bijzonder opkomen voor het algemeen belang van Curaçao en laat dit belang relatief zwaar wegen, aldus het eerste ontwerp van de modelstatuten. Ook deze bepaling is inmiddels geschrapt.

Als gezegd is een begrip 'algemeen belang' te vaag en te onbepaald om als werkbaar criterium gebruikt te kunnen worden. De wet laat overigens wel toe dat een commissaris wordt belast met bijzondere belangen.

Volgens artikel 2:19 lid 7 BW Curaçao richt de raad van commissarissen zich bij de vervulling van zijn taak naar het belang van de rechtspersoon en, voor zover daarvan sprake is, de met deze verbonden onderneming. Tenzij de statuten

anders bepalen, sluit dit niet uit dat een commissaris, met inachtneming van de vorige volzin, in het bijzonder opkomt voor de belangen van degene die hem heeft benoemd of voorgedragen en deze belangen relatief zwaar laat wegen.

Een dergelijke 'bijzondere' commissaris zal vooral in joint venture verhoudingen een rol kunnen spelen, maar kan bijvoorbeeld ook op voordracht van de overheid of de externe financier zijn benoemd.

Een belang 'zwaar laten wegen' betekent echter niet dat aan dat belang voorrang mag worden gegeven ten koste van het vennootschappelijk belang. De wet is daar duidelijk over.

XVI

Artikel 18 lid 6

De Raad van Commissarissen kan op kosten van de vennootschap adviezen inwinnen die de Raad voor een juiste uitoefening van zijn taak wenselijk acht. Deze tekst staat ook in de definitieve versie.

Op zichzelf beschouwd is dit een begrijpelijke en nuttige bepaling. In het eerste ontwerp stond dat individuele commissarissen zich op kosten van de vennootschap konden laten bijstaan door externe financieel, juridisch of andere deskundigen. Gezien het klimaat van begunstiging (nepotisme, patronage) waarover geregeld wordt gesproken, zou dit een prachtige manier zijn geweest om allerlei mensen aan opdrachten te helpen. Doordat nu de beperking is opgenomen dat de Raad (als orgaan) zich kan laten bijstaan, betekent dit mogelijk een zekere rem op het al te ongebreideld verstrekken van opdrachten. Al teveel moet daar nu ook weer niet van worden verwacht. Sommige externe deskundigen zie je geregeld ingeschakeld worden, zelfs als ernstige twijfels inzake hun kwaliteit en professionaliteit bestaan.

XVII

Enkele afsluitende gedachten. In Curaçao wordt het belang van corporate governance nog net wel met de mond beleden, maar in de praktijk worden de regels en beginselen daarvan als hinderlijk ervaren, met name uiteraard door diegenen die vanuit 'de' politiek gewoon willen (kunnen) dicteren wat er moet gebeuren. In Sint Maarten zijn er al politici die gewoon openlijk verkondigen dat de Corporate Governance Council aldaar maar moet worden afgeschaft, omdat het verspilling van belastinggeld zou zijn en omdat de politiek als geen ander goed in staat is om de 'publieke gelden' te beheren.

De OECD Richtlijnen zijn als een internationale 'benchmark' te beschouwen. Zoals we zagen wordt in de kern van de overheid 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. Als ik het speelveld van de afgelopen maanden in Curaçao overzie, zeg maar gerust slagveld, dan is het duidelijk dat wij nog een lange weg hebben te gaan.

Het is ongezond voor de bedrijfsvoering bij een overheidsvennootschap om op bijna dagelijkse basis te moeten meebuigen met de vaak wispelturige wensen van de overheid. En zolang de overheid zelf op zijn minst de indruk wekt zich aan de beginselen van corporate governance niet veel gelegen te laten liggen, wordt het belang van regels, transparantie en rechterlijke toetsing steeds belangrijker.

Transparantie betekent niet alleen dat de overheid een duidelijke visie moet hebben waar het betreft overheidsvennootschappen, maar die visie ook openbaar maakt en daardoor (hopelijk) ook toetsbaar. Die toetsing zou niet alleen door de Staten moeten plaatsvinden, maar ook door de SBTNO en uiteraard (mede via journalisten) ook door het publiek.

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) ongemoeid. 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.

Overwogen zou moeten worden om aan de regels van corporate governance wel sancties te verbinden, zodat rechterlijke toetsing sneller kan plaatsvinden en niet pas bijvoorbeeld in het kader van een ontslagbesluit. Om Hobbes te parafaseren: De naleving van regels van corporate governance kun je alleen bereiken als er vrees is voor een macht die dwingt deze regels na te leven.

Vooraf het eerste ontwerp van de modelstatuten laat zien, en dat wordt in de toelichting ook bevestigd, dat het de overheid er vooral om te doen is om zoveel mogelijk (extra) grip op overheidsvennootschappen te krijgen. Dat is een verkeerde en uiterst zorgelijke ontwikkeling. Laten we hopen dat het tij wordt gekeerd voordat de schade nog groter wordt.

* * * * *