

College 'Overheidsvennootschappen; Corporate Governance'

Mr. K. Frielink

Universiteit van de Nederlandse Antillen

Dinsdag 23 maart 2010 van 19.00 - 20.30 uur

Verwezen wordt naar de twee lezingen van mijn hand die op het 'Black Board' zijn geplaatst: de lezing over corporate governance op Sint Maarten (2 oktober 2009) en de lezing over de aansprakelijkheid van de overheid als aandeelhouder (26 februari 2010). Hierna volgen nog slechts enkele aanvullende en samenvattende opmerkingen.¹

Overheidsvennootschappen & Good Corporate Governance

1. De overheid kan direct of indirect, bijvoorbeeld via een stichting administratiekantoor, aandeelhouder zijn in een NV of BV. Veelal gaat het daarbij om bedrijven die actief zijn op terreinen van algemeen belang en ter zake waarvan de overheid tevens beleid ontwikkelt: water, electriciteit, openbaar vervoer, post, telecommunicatie, de haven, de luchthaven en noem maar op. We hebben het dus over Aqualectra, Curoil, Selikor, UTS, CPA, ABC en noem maar op.
2. Wat in de lezingen en hierna wordt gezegd geldt niet slechts voor de *overheidsvennootschappen* maar tot op zekere hoogte ook voor de tientallen *overheidsstichtingen* waarin op de eilanden in de loop der tijd tal van overheidstaken zijn ondergebracht (denk, voor wat het Curaçao betreft, aan het Sehos, de Capriles Kliniek, de Ambulance Stichting Cems, de Fundashon Kas Popular, de Reclassering, de Stichting Studiefinanciering, the Gaming Control Board enz.).
3. 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.
4. Mede als gevolg van de globalisering van markten is de gedachte niet meer van deze tijd dat dit soort vennootschappen – zoals in het verleden vaak wel gebeurde - zouden moeten worden aangestuurd vanuit gezichtspunten die primair te maken hebben met lokale industriepolitiek,

¹ Verwezen wordt steeds naar Boek 2 Burgerlijk Wetboek van de Nederlandse Antillen, tenzij anders is aangegeven. De afkorting RP staat voor rechtspersoon. Het collegedictaat beoogt een hulpmiddel bij het bestuderen van de literatuur te zijn, maar kan niet als een vervanging daarvoor dienen.

regionale ontwikkeling, stimulering van plaatselijke werkgelegenheid en algemene - desnoods alleen maar verliesgevende - nutsvoorzieningen; de tijd waarin men in dit verband sprak van “openbare nutsbedrijven” ligt achter ons.

5. Een overheidsvennootschap maakt geen deel meer uit van de publieke sector maar dient, afgezien van kwesties rond 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*.
6. Een overheidsvennootschap dient 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*).
7. Net als andere vennootschappen loopt ook een overheidsvennootschap de kans om failliet te gaan of om zich genoodzaakt te zien om te accepteren dat zij wordt overgenomen door een andere – desnoods buitenlandse – onderneming die denkt het commercieel beter te weten en te kunnen.
8. 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 of 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 en het benoemen van politieke vrienden 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.
9. Is daarmee dan alles gezegd? De OECD 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”*.
10. 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.
11. Zie ook de Selikor zaak die in de lezing van 26 februari 2010 wordt besproken: de rechter kan ook toetsen aan de vastgestelde benoemingsprocedure!
12. In 2008 hield mr Etienne Ys (voormalig minister-president) een voordracht over de omgang tussen commissarissen en politici. Aan zijn presentatie ontleen ik het volgende.

13. De gangbare doctrine (daarmee bedoelt hij m.i.: overheid op afstand):

- Politiek stelt beleidkaders, prioriteiten en normen vast
- Ontwikkelt een verantwoordingsprocedure en stuurt op resultaat
- Laat de daadwerkelijke bedrijfsvoering in handen van terzake kundigen
- Toezicht en controle op normen en tarieven door (onafhankelijke) deskundigen
- Resultaat: optimaal product/dienst, lage kosten, maximale winst

14. Argumenten van de voorstanders van de gangbare doctrine:

- Politiek is te druk om zich met de bedrijfsvoering te bemoeien
- Heeft geen verstand van 'business'
- Bestuurt vanuit sociaal maatschappelijke bril en ondermijnt het zakelijk aspect
- Risico voor te veel partijpolitieke inmenging, integriteit in gevaar

15. Argumenten van de tegenstanders van de gangbare doctrine:

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

16. Partijpolitieke belangen:

- Politiek geeft niet graag macht uit handen
- Directe participatie door politieke partijen in de RvC/bestuur, vergroot invloed
- Politieke partijen oefenen indirect invloed uit op belangrijke beslissingen binnen een ONV zoals benoemingen, werving personeel, aanbestedingen, e.d.
- Politiek doet aan ledenbinding door middel van het vergeven van posities
- Commissarissen en directeuren die onderpresteren, houden deze situatie in stand

17. De kern van de Corporate Governance Code:

- uitsluiting van politieke gezagdragers van de RvC en directie van overheidsvennootschappen;
- het beperken/uitsluiten van financiële en zakelijke belangen tussen commissarissen en de vennootschap;
- het beperken/uitsluiten van het genieten van persoonlijke voordelen uit de vennootschap;
- openbaarheid van het honorarium van de commissaris;
- de niet-gebondenheid van het honorarium van de commissaris aan het bedrijfsresultaat.

18. Eilandsverordening Curaçao inzake corporate governance (inmiddels tot stand gekomen):

- Uitgangspunten:
 - Regelt voorfase besluitvorming BC tot aan de algemene vergadering

- Niet naleving van voorschriften door BC kan leiden tot nietigheid/vernietigbaarheid
- Invloed BC is afhankelijk van grootte van belang (meerderheid of minderheid)
- Laat regelgeving van Boek 2 BW intact

- Regelt o.m.:
 - de verplichting tot vaststelling van een corporate governance code en te implementeren in de overheidsvennootschappen
 - de verplichting tot oprichting van een onafhankelijk advies- en toezichtorgaan
 - de verplichting om in bepaalde gevallen (bijvoorbeeld vaststellen van profielschetsen, benoemingen en benoemingsprocedures) advies in te winnen van dit orgaan, alvorens tot besluitvorming over te gaan
 - de openbaarheid van deze adviezen

19. Uitgangspunten bij het onafhankelijke adviesorgaan:

- Vergroten van de verzakelijking in de verhouding tussen het BC en de overheidsvennootschappen
- Toezicht op de naleving van de corporate governance code door overheidsvennootschappen
- adviseren van het BC
- Speelt een belangrijke rol bij het onderhouden (up to date maken) van de corporate governance code
- Er worden (tevens) leden benoemd door andere (aan de overheid niet gebonden) organisaties.

* * * * *