

‘GOOD CORPORATE GOVERNANCE OP SINT MAARTEN: WORDT HET EEN LANGE OF EEN KORTE WEG VAN PAPIER NAAR PRAKTIJK?’

Lezing d.d. 2 oktober 2009 door Mr. Karel Frielink

ter gelegenheid van de feestelijke opening van het kantoor

BergmanZwanikkenSnowEssed te Sint Maarten

Dames en Heren!

Elke positieve aanleiding, hoe klein ook, kan reden zijn voor een feestje. Vandaag is de aanleiding niet klein, maar juist groot. De aanleiding is groot in tweeërlei zin. Enerzijds omdat met de fusie tussen de kantoren Bergman Bloem & Bergman en ZwanikkenSnowEssed een groot advocatenkantoor is ontstaan. Anderzijds is de aanleiding groot, omdat door het nieuwe kantoor ook een groot pand is betrokken. De voordelen van een groter advocatenkantoor in termen van kwaliteit, specialisatie en continuïteit zijn evident. Voor Sint Maarten is dit een gelukkige ontwikkeling. Een behoorlijke diversiteit aan kwalitatief goede kantoren is immers nodig om ervoor te zorgen dat de bovenkant van de markt, de onderkant van de markt en alles wat daartussen zit, op passende wijze wordt bediend.

Ik vind het niet alleen een bijzondere eer, maar ook moedig van mijn Sintmaartsense vrienden, dat zij mij hebben gevraagd om, voorafgaand aan de feestelijkheden, een presentatie te houden voor hun cliënten en andere relaties. Moedig, omdat ik, al zeg ik het zelf, weliswaar beschik over kennis en ervaring, maar om mijn tact ben ik nog nooit geroemd. Er zullen onder u dan ook personen zijn die zich door mijn verhaal in onaangename zin geraakt zullen voelen. Dat is niet mijn bedoeling, maar net als bij sommige medicijnen is dat een niet te vermijden bijwerking. Bovendien ben ik van een concurrerend kantoor, ook al bevindt dat kantoor zich zo'n 1.000 kilometer ten zuiden van het mooie Sint Maarten. De kans dat ik het feestje vandaag verziek is dan ook niet gering, maar de heren hebben het desondanks aangedurfd. Dat is een teken van kracht en van geloof in de eigen kwaliteiten.

1. Wat gaan we behandelen?

We gaan het vandaag hebben over een modieus verschijnsel: *Corporate Governance*, ofwel over deugdelijk bestuur, deugdelijk toezicht én deugdelijke aandeelhoudersinvloed in ondernemersland.

Daarbij gaat het dus niet alleen om goed ondernemingsbestuur in de enge zin, dat wil zeggen om hoe het bestuur van een NV of BV functioneert. Het gaat om het functioneren van alle

organen van een NV of BV, dus om het bestuur, de raad van commissarissen en de aandeelhoudersvergadering, inclusief de wijze waarop deze organen mogelijk van buiten worden aangestuurd. Ik zal dat straks verduidelijken.

Dit onderwerp heeft betrekking op private ondernemingen en op overheidsondernemingen. Hoewel het onderwerp in de meeste publicaties betrekking heeft op beursvennootschappen, laat ik die categorie vandaag buiten beschouwing. De meesten van u hebben daarmee immers niets of nauwelijks iets te maken. Bovendien spelen bij beursvennootschappen deels ook andere kwesties, zoals het verschijnsel van aandeelhoudersabsenteïsme - het niet ter vergadering verschijnen van grote groepen aandeelhouders -, waardoor een relatief kleine minderheid ter vergadering toch de meerderheid van de stemrechten kan uitoefenen. In een dergelijk kader wordt de vraag relevant hoe verzekerd wordt dat die minderheid geen misbruik van de tijdelijk verworven macht maakt.

Ik zal het onderwerp van vandaag inleiden met een korte uiteenzetting over het functioneren van vennootschappen en in dat kader ook iets zeggen over de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Tenslotte zal ik het hebben over 'Corporate Governance' in relatie tot overheidsvennootschappen, dat wil zeggen NV's (maar het zouden ook BV's kunnen zijn) waarvan de aandelen door de overheid worden gehouden, al dan niet via een speciaal daartoe opgerichte stichting. We zullen zien dat bij overheidsvennootschappen de kern van het probleem zit bij de dominante aandeelhouder die zijn macht gebruikt voor andere doelen dan een gezonde bedrijfsvoering en continuïteit van de onderneming.

2. Inleiding

Bij veel ondernemingen is er niet meer dan een bestuur en een aandeelhoudersvergadering. Bij een groot deel daarvan zijn de aandeelhouders ook bestuurder. Zij zien de NV of BV ook als *hun* vennootschap of als *hun* bedrijf. Bij dat soort vennootschappen worden veel beslissingen in de praktijk genomen zonder dat wordt stilgestaan bij de vraag welke pet de betrokkene op heeft: die van aandeelhouder of die van bestuurder. Voor die categorie heeft de wetgever overigens de aandeelhouderbestuurde vennootschap bedacht.

In de Verenigde Staten wordt in dat verband wel gesproken over '*the King and his kingdom*': de aandeelhouder is de '*King*' en zijn '*company*' is zijn koninkrijk. Winstmaximalisatie is daarbij bovendien het belangrijkste doel van de vennootschap. Anders gezegd: in de Angelsaksische wereld is een vennootschap in de eerste plaats een verlengstuk van de aandeelhouders. Zoals we nog zullen bespreken, is dat ongeveer de houding van de overheid als aandeelhouder – of dat nu het Land of een van de Eilandgebieden is.

Bij ons gaan we ervan uit dat bij een NV of BV partijen met verschillende, uiteenlopende belangen zijn betrokken (de '*stakeholders*'), die niet noodzakelijk hetzelfde doel nastreven. Denk in dat verband aan aandeelhouders, bestuurders, commissarissen, werknemers, crediteuren en (ook niet onbelangrijk) de samenleving als geheel (bescherming milieu). Het

primaire doel van de NV of BV is continuïteit en het zoveel mogelijk in harmonie nastreven van de verschillende doelen van de betrokken partijen.

Ondernemers hebben doorgaans een hekel aan regels en formaliteiten, vooral als ze de snelheid van hun handelen in de weg zitten. Dat moge zo zijn, maar de wet stelt wel normen waaraan hun doen en laten kan worden getoetst.

Bij de vervulling van hun taak moeten het bestuur (art. 2:8 lid 3 BW-NA) en de RvC (art. 2:19 lid 7 BW-NA) zich richten naar het vennootschappelijk belang, ofwel naar dat van de NV of BV en de daarmee verbonden onderneming. Bij de RvC komt daar nog iets bij. Tenzij de statuten anders bepalen, kan namelijk een commissaris, met inachtneming van de behartiging van het vennootschappelijk belang, in het bijzonder opkomen voor de belangen van degene die hem heeft benoemd of voorgedragen; hij mag deze belangen relatief zwaar laten wegen. Dat zulks bij overheidsvennootschappen doorgaans niet wenselijk is zullen we later bespreken.

Een enkel woord over de gevolgen van het door bestuurders en commissarissen niet in acht nemen van de genoemde en andere wettelijke normen. In de eerste plaats kan de bestuurder tegenover de NV of BV aansprakelijk zijn (*interne aansprakelijkheid*). Het gaat hier om aansprakelijkheid op grond van onbehoorlijk bestuur: een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de bestuursverbintenis. De plichtverzaking moet van een zekere ernst zijn wil een bestuurder aansprakelijk kunnen worden gesteld voor door de rechtspersoon geleden schade. In geval van bijvoorbeeld 'opzet', 'bewuste roekeloosheid', 'ernstige verwaarlozing van zijn taak', 'handelen in strijd met de wet of de statuten' en 'bewuste doeloverschrijding' zal doorgaans gesproken kunnen worden van ernstige verwijtbaarheid.

In geval van faillissement van de NV of BV kan sprake zijn van zogenaamde '*externe bestuurdersaansprakelijkheid*'. Iedere bestuurder is jegens de boedel (dat zijn primair de crediteuren) hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort - zijnde het bedrag van de schulden voor zover deze niet uit (de opbrengst van) de overige baten kunnen worden voldaan - indien er, in de voorafgaande periode van drie jaar, sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement (art. 2:16 lid 1 BW-NA). Indien niet is voldaan aan de administratieplicht - of wanneer de jaarrekening niet tijdig is opgemaakt - wordt vermoed dat er ook voor het overige sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur en dat bovendien dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement, tenzij sprake is van een onbelangrijk verzuim (art. 2:16 lid 2 BW-NA). Tegenbewijs is dus mogelijk.

Anders dan soms wel wordt gedacht, is het enkele feit dat een investering jammerlijk is mislukt en de NV of BV daarvan schade heeft ondervonden, nog geen reden voor persoonlijke aansprakelijkheid. Ondernemers mogen dus fouten maken zonder direct persoonlijk aansprakelijk te zijn. Het maken van fouten, bijvoorbeeld een verkeerde inschatting inzake een bepaalde investering, is natuurlijk ook iets heel anders dan het overtreden van wettelijke of statutaire regels. Het valt in de praktijk met die persoonlijke aansprakelijkheid dus nogal mee.

3. Corporate Governance: oud of nieuw?

Wat is Corporate Governance? Een algemene omschrijving uit Nederland (Commissie Peters; 1997) luidt: *“het is een stelsel van omgangsvormen voor bij de vennootschap en haar onderneming betrokken direct belanghebbenden – met name bestuurders, commissarissen en kapitaalverschaffers – inhoudende een aantal regels voor goed bestuur en goed toezicht en regels voor bevoegdheden die een evenwichtige invloed bewerkstelligen van de vennootschap en haar onderneming”*.

In de Belgische Corporate Governance Code 2009 treffen we de volgende omschrijving aan: *“Corporate governance omvat een reeks regels en gedragingen die bepalen hoe vennootschappen worden bestuurd en gecontroleerd. Het biedt mechanismen om leiderschap, integriteit en transparantie in het besluitvormingsproces te waarborgen. Het draagt bij tot het vaststellen van de doelstellingen van de vennootschap, hoe deze doelstellingen bereikt moeten worden en hoe prestaties geëvalueerd dienen te worden.”*

Ik noemde ‘Corporate Governance’ een modieus verschijnsel. Dat betekent zoveel als dat het een ‘hot topic’ is. Maar dat is niet iets van de afgelopen jaren. Het is al een oud verschijnsel. De bekende filosoof en econoom Adam Smith had het in zijn *‘An Inquiry into the Nature And Causes of the Wealth of Nations’* (1776) al over managers van vennootschappen die zelf géén kapitaalverschaffer waren en hij stelde dat van hen niet verwacht kon worden dat zij de belangen van de kapitaalverschaffers zouden behartigen op een wijze als ging het om hun eigen geld. Anders gezegd: met geld van een ander neem je makkelijker en meer risico’s dan met je eigen geld. De stelling van Adam Smith geldt uiteraard ook voor de politiek: politici ‘beheren’ immers evenzeer het geld van anderen.

Na de grote crisis die in 1929 begon werd er uitvoerig over Corporate Governance geschreven. Vanaf ongeveer de jaren 70 van de vorige eeuw wordt er wereldwijd over gedebatteerd. In 1997 vond de Oost-Aziatische financiële crisis plaats, waarbij de economieën van Thailand, Indonesië, Zuid-Korea, Maleisië en de Filippijnen instortten als gevolg van het wegstromen van buitenlands kapitaal. De oorzaak daarvan wordt gezocht in het ontbreken van adequate *Corporate Governance*-regels.

De oorzaak van het omvallen van Enron en Worldcom in 2002 wordt in dezelfde hoek gezocht. En bij de bankencrisis die nu heerst is het eigenlijk niet anders. Daar waar duidelijke en verantwoorde spelregels ontbreken, of niet voldoende op de naleving van die spelregels wordt toegezien, kunnen zich financiële rampen voltrekken. Geef je iemand macht en mogelijkheden zonder een goed systeem van *‘checks & balances’* dan kan dat leiden tot uitwassen.

Om die reden zien we overal ter wereld Corporate Governance Codes verschijnen. Het doel van zo’n Code is, en ik citeer weer de Belgische Code, *“het bevorderen van waardecreatie op lange termijn. Zakelijke successen hebben aangetoond dat goede corporate governance kan leiden tot*

creatie van welvaart, niet alleen voor de aandeelhouders maar ook voor andere stakeholders. Een gebrekkige bedrijfsvoering kan echter tot aanzienlijke verliezen leiden die verder reiken dan het verlies van aandeelhouderswaarde". Dat die Codes primair voor beursvennootschappen worden opgesteld, betekent niet dat ze niet relevant zijn voor particuliere ondernemingen en overheidsvennootschappen. Het is daarbij wel zaak om de verschillen in het oog te houden, want die Codes voorzien bijvoorbeeld meestal niet in voorschriften die de overheid als dominante aandeelhouder voldoende beteugelen.

4. Corporate Governance in de particuliere sector

Corporate Governance of Good Corporate Governance kan op meerdere zaken betrekking hebben. Ik beperk mij er tot drie.

(1) Formele toepassing regels en toezicht daarop

In de eerste plaats op het functioneren van de verschillende organen van een NV of BV. De meest simpele in dat verband te stellen vraag is of het bestuur, de raad van commissarissen (als die er is) en de aandeelhoudersvergadering de formele regels in de wet en de statuten in acht nemen. Wordt bijvoorbeeld de oproepingstermijn voor de aandeelhoudersvergadering in acht genomen? Worden bestuurders en commissarissen in de gelegenheid gesteld hun raadgevende stem te laten horen voordat de aandeelhouders een besluit nemen? Leeft het bestuur de wettelijke verplichting op het voeren van een deugdelijke financiële administratie na? Wordt de aandeelhoudersvergadering tijdig geïnformeerd als sprake is van een tegenstrijdig belang? Dat lijken vervelende regels, en ze zijn dat misschien ook wel, maar realiseert u zich dat het niet in acht nemen daarvan ertoe kan leiden dat een rechter een besluit kan vernietigen of dat u als bestuurder persoonlijk aansprakelijk bent.

(2) Inhoudelijke toepassing van de regels en toezicht daarop

Het wordt al gecompliceerder als we zien dat het bestuur op grond van de wet verplicht is te handelen in het belang van de NV of BV en de daarmee verbonden onderneming (art. 2:8 lid 3 BW). Dan komt bijvoorbeeld de vraag aan de orde welke belangen een rol spelen, hoe die tegen elkaar worden afgewogen en hoe op die afweging toezicht wordt uitgeoefend. Het gaat dan ook om begrippen als:

- transparantie – is voor de toezichthouder (RvC of aandeelhoudersvergadering) voldoende duidelijk *welke* afweging heeft plaatsgevonden en *hoe* die heeft plaatsgevonden,

en

- integriteit – heeft de afweging op zuivere gronden plaatsgevonden, of spelen er mogelijk nog andere belangen (van vriendjes, of politieke belangen) een rol?

In dit verband moeten ook als vragen worden genoemd: of het bestuur tijdig plannen maakt, op welke wijze het bestuur de organisatie controleert, hoe de informatiestromen zijn georganiseerd, hoe intern de bevoegdheden, taken en verantwoordelijkheden zijn verdeeld, enz.

(3) De maatschappelijke omgeving

Corporate Governance kan tenslotte ook op een breder terrein betrekking hebben. Dan gaat het niet alleen om hoe de NV of BV intern functioneert, maar om de rol en plaats van die NV of BV in de samenleving. In dat verband wordt wel gesproken over de sociale en maatschappelijke verantwoordelijkheid van de onderneming. Ik ga daaraan op dit moment voorbij.

5. Hoever kan de invloed van de politiek reiken?

'Good Corporate Governance' is een *'selling tool'*, ook in de politiek. Iedereen is er voor, althans als we op de publiekelijk gedane verbale uitingen mogen afgaan. Maar niet iedereen verstaat onder dit begrip hetzelfde. Voordat we stilstaan bij enkele rechterlijke uitspraken en bij de regelingen die op Sint Maarten zijn ingevoerd, bespreken we eerst enkele manieren waarop de politiek van oudsher invloed uitoefent als het gaat om overheidsvennootschappen (of overheidsstichtingen, maar die zal ik niet afzonderlijk bespreken).

(1) Benoeming en ontslag, aanbestedingen

Wanneer de overheid – het Land of een Eilandgebied - aandeelhouder is dan is de overheid bevoegd om bestuurders en commissarissen te benoemen en te ontslaan. Wanneer van die bevoegdheden op een correcte en transparante wijze gebruik wordt gemaakt, hoeft daar niet per definitie iets mee mis te zijn. De praktijk van alledag leert anders, zoals straks uit de te behandelen rechtspraak zal blijken. Het gaat (hopelijk: ging) om het geven van baantjes aan politieke vriendjes. Daarbij gaat het niet alleen om bestuurders en commissarissen, de politiek heeft zich in het verleden ook bemoeit met onder andere het personeelsbeleid, waaronder het aannemen van werknemers door overheidsvennootschappen, en met aanbestedingsprocedures, zodat opdrachten bij familieleden of bevriende relaties terecht kwamen. Aan dergelijke praktijken behoort definitief een einde te komen.

(2) Leegzuigen van de melkkoe

De overheid ziet een overheidsvennootschap ook niet zelden als een 'kip met gouden eieren' of als een melkkoe. Dat betekent dat de overheid zal proberen jaarlijks een zo hoog mogelijk dividend uitgekeerd te krijgen. Als de financiële wensen van de overheid onredelijk zijn en de bedrijfsvoering door te hoge dividenduitkeringen ernstig wordt belemmerd, bijvoorbeeld doordat daardoor noodzakelijke investeringen geen doorgang kunnen vinden, dan kunnen bestuurders daar in theorie veel, maar in de praktijk weinig tegen doen. In theorie kunnen ze in een procedure aan de rechter vragen een dergelijk dividendbesluit te vernietigen omdat het in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. In de praktijk zal een bestuurder die zich op die manier tegen de overheid (en dat is de aandeelhouder) keert waarschijnlijk kunnen rekenen op zijn ontslag. Op dat vlak is het mijn indruk dat onder invloed van de hernieuwde discussie over

het maatschappelijke belang van regels van Corporate Governance het tij wel eens aan het keren zou kunnen zijn.

(3) Publiek beleid via een privaat instrument

Verder kan de overheid zich als aandeelhouder met overheidsvennootschappen bemoeien door te trachten ook langs die weg overheidsbeleid ten uitvoer te brengen. Daar echter waar publieke belangen in het geding zijn, behoort het waarborgen daarvan plaats te vinden via wet- en regelgeving en niet door het uitoefenen van aandeelhoudersrechten, en al helemaal niet wanneer dat in een zekere beslotenheid gebeurt. Overheidsvennootschappen dienen bestuurd en aangestuurd te worden vanuit het perspectief van zakelijkheid, dus commercieel. Voor het bewaken van publieke belangen heeft de overheid, als gezegd, het instrument van wet- en regelgeving, waarbij bovendien de nodige procedurele waarborgen zijn ingebouwd en openbaarheid een leidend beginsel is.

De politiek heeft ook jarenlang weinig tot niets gehèd tegen de grote en vergaande invloed op overheidsvennootschappen. Mijn indruk is dat onze politici het onderwerp ook niet op de politieke agenda hebben gezet vanuit een diep gewortelde overtuiging, want ze geven immers een deel van hun vrijheid uit handen, maar dat zij daartoe door de maatschappelijke omgeving werden gedwongen. De politiek ziet zich immers als de hoeder van het algemeen belang bij uitstek. Maar minder politieke invloed op overheidsvennootschappen is nu eenmaal nodig en gezond. Netjes gezegd houdt de politiek zich namelijk bezig met maatschappelijke kwesties en die zijn uit hun aard nu eenmaal wezenlijk verschillend van de bedrijfsvoering van overheidsvennootschappen. Door de politieke invloed loopt de zakelijke aansturing van overheidsvennootschappen gevaar. Politieke en dus ook partijpolitieke inmenging levert buitendien integriteitsrisico's op.

6. Rechtspraak

In zijn vonnis van 3 juli 2006 (Darwin Gregg vs UTS; AR 2006/154), in welke zaak Gregg zijn ontslag als commissaris bij UTS aanvecht, heeft het Gerecht het over een "*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 toetst ook aan dat beleid en constateert dat niet is gebleken dat het ontslag van Gregg als commissaris bij UTS "*niet in lijn is met dit beleid*" (r.o. 2.11). Het ontslagbesluit blijft om die reden in stand. De vraag is natuurlijk wat de relevantie van deze overweging is. Zou de rechter anders hebben geoordeeld als er een ander beleid was geweest? Dat lijkt niet erg voor de hand te liggen. 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.

In zijn vonnis van 21 mei 2007 (Emerencia en Da Silva de Goes vs StIP, het Land en het Eilandgebied Curaçao; AR 2006/1234), in welke zaak de twee eisers hun ontslag bij StIP aanvechten, geeft het Gerecht aan 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).

Met andere woorden: de rechter toetst 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. Dat betekent dat evenzeer beleid, dat ziet op de wijze waarop stemrechten zullen 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.

De oprichting van de Stichting Implementatie Privatisering (StIP) in 2000 was bedoeld om de privatisering van overheidsvennootschappen voor te bereiden. Gekozen was voor deze vorm in een poging om de directe invloed van de politiek op overheid NV's te verminderen. StIP is de aandeelhouder van onder andere Selikor. In de zaak van Tromp c.s. vs StIP en Selikor (AR 2007/594) waren de eisers in deze procedure kandidaat voor de functie van directeur van Selikor, maar zij werden tot hun verrassing geconfronteerd met de benoeming van Ivar Asjes, waarbij van de vastgestelde open sollicitatieprocedure werd afgeweken, en zij vorderden de vernietiging van het benoemingsbesluit.

In zijn vonnis van 11 februari 2008 moest het Gerecht in de eerste plaats constateren dat niet is gebleken dat het Bestuurscollege zich rekenschap heeft gegeven van de achtergrond van de oprichting van StIP, namelijk het op afstand houden van de politiek (r.o. 3.13).

Het Gerecht overweegt voorts dat niet duidelijk is geworden op grond waarvan het Bestuurscollege heeft gemeend dat moest worden afgeweken van de door StIP voorgestane, openbare sollicitatieprocedure. 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), terwijl Asjes niet eens had gesolliciteerd en evenmin was vastgesteld of hij voor die functie geschikt was. Een dergelijk met 'Good Corporate Governance' strijdig benoemingsbesluit wordt door het Gerecht met een beroep op de redelijkheid en billijkheid vernietigd. Daarmee werd de benoeming van Asjes dus ongedaan gemaakt.

Met die beslissing plaatst het Gerecht

- (a) het belang van de betrokken overheidsvennootschap en de daarmee verbonden onderneming

én

(b) de (toen nog niet wettelijk vastgelegde) regels van Corporate Governance centraal.

En zo hoort het ook! Verwacht mag worden dat het Gerecht deze lijn niet alleen zal vasthouden, maar met name benoemingsbesluiten steeds strenger zal toetsen, zeker tegen de achtergrond van de nieuwe Corporate Governance-regelgeving. Dit soort benoemingen en andere vormen van vriendjespolitiek zijn immers op termijn een ernstige bedreiging voor de rechtsstaat.

7. Regelgeving Sint Maarten inzake Corporate Governance

Gaat het hier – wat onaardig gezegd - om lawaaiwetgeving in reactie op maatschappelijke druk, of om een serieuze, eerste poging van de politici om hun eigen gedrag als het gaat om met name politieke benoemingen te verbeteren? Dat is de vraag die zich laat stellen bij wat kortweg is gaan heten de '*Eilandsverordening Corporate Governance*' (AB 2009, Nr. 10), het '*Instellingsbesluit Corporate Governance Council*' (11 mei 2009, Nr. 930) en de *Corporate Governance Code* (11 mei 2009).

Op 22 januari 2008 vond hier in het *Bel Air Community Center* een vergadering plaats van de politieke Stuurgroep Staatkundige Veranderingen Nederlandse Antillen. Toen is afgesproken dat serieus werk zou worden gemaakt van Corporate Governance-regelingen. Wat Sint Maarten betreft gaat het om de volgende regelingen:

A) de Eilandsverordening Corporate Governance, in werking getreden op 1 mei 2009 (Eilandsbesluit van 11 mei 2009, No. 932), die samengevat de volgende zaken regelt:

- Dat de Eilandsraad een Corporate Governance Code vaststelt die aan internationaal aanvaarde normen voldoet.
- Dat het Bestuurscollege er zoveel mogelijk voor zorgt dat overheidsvennootschappen (en –stichtingen) de principes en bepalingen van die Code naleven en daarover verslag doen in hun jaarverslag.
- Dat de Eilandsraad een adviesraad met de naam Corporate Governance Council instelt. Daarover straks meer.
- Dat het Bestuurscollege er zoveel mogelijk voor zorgt dat overheidsvennootschappen een dividendbeleid hebben dat voldoet aan balansnormering. Het gaat daarbij om een zodanige vermogensstructuur dat de continuïteit van de NV of BV op lange termijn wordt gewaarborgd.
- De verkrijging, vervreemding en bezwaring van aandelen of certificaten daarvan.
- De benoeming en het ontslag van bestuurders en commissarissen (in de Eilandsverordening gezamenlijk aangeduid als bestuurders).
- Als het Bestuurscollege wil afwijken van een advies van de adviesraad bijvoorbeeld inzake het dividendbeleid of de benoeming of het ontslag van bestuurders of

commissarissen, dan kan dat, mits aan dat advies zwaarwegende bezwaren kleven en het Bestuurscollege van dat voornemen schriftelijk en gemotiveerd mededeling doet aan de adviesraad (*'comply or explain'*).

B) het Instellingsbesluit Corporate Governance Council d.d. 11 mei 2009, dat de instelling behelst van een Corporate Governance Council, ofwel een adviesraad. In het Instellingsbesluit komt, kort gezegd, het volgende aan de orde:

- De adviesraad ondersteunt het eilandgebied o.a. door het beoordelen van en adviseren over jaarrekeningen, businessplannen, kwartaalrapportages etc. van overheidsvennootschappen.
- De adviesraad helpt met het voorbereiden van gewone en bijzondere vergaderingen van aandeelhouders en besluiten buiten vergadering.
- De adviesraad helpt mee met de implementatie van Good Corporate Governance regels door middel van projecten o.a. (i) met betrekking tot de vraag of de systemen om financiële en andere risico's te beheersen voldoen aan 'best practices'-normen; (ii) het adviseren over dividendbeleid; (iii) het adviseren inzake het opstellen van performancecontracten; (iv) het stimuleren en ondersteunen bij het opstellen van profielen voor de RvC, (v) het bijstaan van het eilandgebied bij het opstellen van beleid op de terreinen waarop de overheidsvennootschappen actief zijn, (vi) het toezien op de naleving van het overheidsbeleid en algemene richtlijnen van de overheid in verband met overheidsvennootschappen en (vii) het adviseren van het eilandgebied op het gebied van corporate governance.
- De adviesraad heeft o.a. de bevoegdheid om bij de overheidsvennootschappen voor haar taak relevante informatie op te vragen en om namens het eilandgebied evaluaties te verrichten van de besturen en Raden van Commissarissen van overheidsvennootschappen. Aan de leden van de adviesraad worden benoemingseisen gesteld wat betreft kennis en ervaring. Deze leden dienen zich onafhankelijk en objectief op te stellen.

Wat betreft de bevoegdheden van de adviesraad in relatie tot overheidsvennootschappen (en overheidsstichtingen) is het goed er op te wijzen dat de bevoegdheden van de adviesraad niet verder reiken dan de bevoegdheden die aan het eilandgebied conform de wet, de statuten, een reglement of anderszins toekomen (art. 2 lid 2 Instellingsbesluit).

De pluspunten van de nieuwe regelingen zijn uiteraard dat

- (1) er betere procedures zijn voor wat betreft de besluitvorming door het eilandgebied als aandeelhouder van overheidsvennootschappen, dat er
- (2) meer transparantie komt (adviezen worden naar de Eilandsraad gestuurd) en
- (3) dat het principe van *'comply or explain'* (pas toe of leg uit) moet worden toegepast, zodat het bestuurscollege wordt gedwongen om gemotiveerd aan te geven wanneer er zwaarwegende bezwaren zijn om van het advies af te wijken.

Cruciaal is echter wie er tot lid van de adviesraad worden benoemd, waarbij het niet alleen om kennis en ervaring gaat, maar evenzeer om integriteit en politieke onafhankelijkheid. De adviesraad heeft, als gezegd, de bevoegdheid om namens het eilandgebied evaluaties te verrichten van de besturen en Raden van Commissarissen van overheidsvennootschappen. Eén belangrijke speler is niet genoemd: de aandeelhouder. Ook de rol van de overheid als aandeelhouder dient onderdeel van een evaluatie te zijn. Die rol is zo wezenlijk dat die niet buiten beschouwing mag worden gelaten.

Burgers kunnen een beroep op de *Landsverordening openbaarheid van bestuur* doen. Voor de toepassing van deze regeling is gekozen opdat burgers wel over zoveel mogelijk informatie kunnen beschikken, maar de persoonlijke levenssfeer (de privacy) van bijvoorbeeld kandidaat-bestuurders zoveel mogelijk wordt gewaarborgd.

C) de Corporate Governance Code, die een bijlage is bij het Instellingsbesluit van 11 mei 2009. Het stuk bevat gedetailleerde voorschriften inzake o.a. de taken, bevoegdheden en werkwijze van de RvC en het bestuur. Ik zal die hier verder niet bespreken. Wat mij betreft

- (a) hadden bijvoorbeeld de criteria voor de onafhankelijkheid van commissarissen strakker geformuleerd mogen worden,
- (b) had er ook wat betreft de onafhankelijkheid van bestuurders tegenover de politiek een duidelijke regel in mogen staan (bestuurders en commissarissen behoren geen marionetten van de politiek te zijn),
- (c) had er in moeten staan dat de controlerend accountant iedere 5 of 7 jaar door een accountant van een ander kantoor wordt vervangen,
- (d) had er in moeten staan dat de jaarrekening (inclusief het jaarverslag) openbaar wordt gemaakt, zodat iedereen daarvan kennis kan nemen en
- (e) zou er iets in hadden mogen staan over het periodiek verplicht volgen van cursussen Corporate Governance en (bedrijfs)ethiek.

Ik zal deze regelingen niet in hun geheel bespreken maar licht er een paar punten uit.

Ontbreken sancties

Ter voorkoming van misverstanden eerst dit. 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.

De overheid als aandeelhouder

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.

Als aandeelhouder behoort het uitgangspunt te zijn dat de overheid zich opstelt als een normale, zakelijke aandeelhouder, en geen intensieve bemoeienis heeft met de operationele bedrijfsvoering van de betrokken ondernemingen. Daar waar publieke belangen in het geding zijn, bijvoorbeeld de vaststelling van de prijs van water en electriciteit, behoort het waarborgen daarvan plaats te vinden via wet- en regelgeving en niet door het uitoefenen van aandeelhoudersrechten. Als aandeelhouder dient de overheid zich te gedragen als iedere andere aandeelhouder die niet tevens bestuurder en/of commissaris is.

Taken en bevoegdheden van aandeelhouders en bestuurders zijn in de wet en in de statuten van de onderscheidene overheidsvennootschappen vastgelegd. Aandeelhouders bepalen in de regel de hoofdlijnen van het te voeren (financiële, sociaal-economische, milieu- en overige) beleid van de vennootschap. Dat betekent veelal dat het bestuur een plan voorbereidt dat de aandeelhouders, al dan niet gewijzigd, accepteren. Het daadwerkelijk besturen van de vennootschap is vervolgens aan het bestuur voorbehouden. Het bestuur neemt de concrete beslissingen en vertegenwoordigt (in juridische zin) de vennootschap naar buiten toe. De aandeelhouders behoren geen '*day to day*'-beslissingen te nemen, al is de praktijk soms anders. Dat geldt overigens ook voor de RvC, want ook die heeft in de praktijk nog wel eens de neiging om op de stoel van de bestuurder te gaan zitten en zich overal mee te bemoeien. De hoogte van de vergoedingen werkt dat soms ook in de hand. Politieke invloed op de bedrijfsvoering en de dagelijkse gang van zaken binnen een overheidsbedrijf moet tot een absoluut minimum worden beperkt. Het belang van een gezond voortbestaan van de onderneming dient immers voorop te staan.

Dividendbeleid

De overheid heeft altijd behoefte aan geld. Een mogelijkheid om inkomsten te verwerven is het doen uitkeren van dividenden door de overheidsvennootschappen. Los van de *formele* grenzen waaraan dividenduitkeringen zijn gebonden, is de vraag naar de bedrijfseconomische wenselijkheid of juist onwenselijkheid van een bepaalde dividenduitkering vanuit de optiek van de vennootschap.

Als aandeelhouder behoort de overheid rekening te houden met onder meer de (statutaire) doelstelling van de betrokken vennootschap. Samengevat dienen de overheids-NV's:

- a. continuïteit na te streven (onder meer met het oog op hun dienstverlenende activiteiten en werkgelegenheidsbelangen), en

- b. een vanuit bedrijfseconomisch oogpunt bevredigend rendement op het eigen vermogen te realiseren.

In de Eilandsverordening is nu vastgelegd dat dividenduitkeringen aan de ‘balansnormering’ moeten voldoen. De vermogensstructuur van de betrokken NV of BV moet zodanig zijn dat de continuïteit van de vennootschap op lange termijn wordt gewaarborgd. De adviesraad moet vooraf door het bestuurscollege worden geconsulteerd. De adviesraad geeft binnen vier weken advies en moet gemotiveerd aangeven of er tegen de voorstellen van het bestuurscollege zwaarwegende bezwaren bestaan die verband houden met de balansnormering. Als het bestuurscollege vervolgens wil afwijken van het advies moet het de adviesraad daarvan op de hoogte brengen en gemotiveerd aangeven waarom er zwaarwegende bezwaren aan het advies kleven.

De norm voor dividenduitkeringen mag dus niet zijn hoeveel geld de overheid nodig heeft ter bestrijding van haar eigen financieringsbehoeften. Neemt de overheid een dividendbesluit waarmee het bestuur van de vennootschap het niet eens is, dan kan dat besluit voor vernietiging aan de rechter worden voorgedragen op grond van strijd met de redelijkheid en billijkheid. Juist omdat de adviesraad zich hier al inhoudelijk mee heeft bemoeid zal het voor de rechter eenvoudiger zijn dan in het verleden om een dergelijk besluit te toetsen. Bovendien is het met onder de Corporate Governance-regels niet meer zo makkelijk om bestuurders zomaar te ontslaan, reeds omdat de adviesraad daarbij moet worden betrokken, zodat die bestuurders zich hopelijk niet door dat soort dreigementen laten afschrikken als zij overwegen om de rechter in te schakelen.

Benoeming van bestuurders

Overheidsvennootschappen zijn in de eerste plaats vennootschappen die een onderneming drijven. Het zijn geen politieke speeltjes. Uiteindelijk gaat het bij die vennootschappen om geld van de gemeenschap en daarmee moet op een verantwoorde, zakelijke manier worden omgegaan. Dat betekent dat de politieke invloed op de bedrijfsvoering tot een minimum moet worden beperkt. De benoeming en het ontslag van bestuurders moet dan ook volgens vaste procedures en op transparante wijze plaatsvinden. Voor iedere te benoemen bestuurder en commissaris moet worden uitgegaan van een zakelijk profiel (dus van zakelijke selectiecriteria) en benoemingen mogen uitsluitend met inachtneming van een dergelijk profiel plaatsvinden. In de afweging behoort te worden meegenomen of de betrokken kandidaat in staat is om eventuele politieke druk te weerstaan.

Wezenlijk is voorts dat er een scheiding is tussen degenen die de overheidsvennootschap besturen en degenen die daar toezicht op uitoefenen (de RvC). Maar even wezenlijk is dat zowel het bestuur als de RvC in onafhankelijkheid kunnen functioneren en dus niet politiek beïnvloedbaar zijn. De op Sint Maarten ingevoerde regels van Corporate Governance voorzien nu wel in bijvoorbeeld het gebruik van een zakelijk benoemingsprofiel, maar kunnen politieke benoemingen niet voorkomen. Vriendjespolitiek behoort dus nog steeds tot de mogelijkheden

en ik maak mij wat dat betreft ook geen enkele illusie. Als over enkele jaren een evaluatie plaatsvindt zal met name dit aspect in het bijzonder de aandacht vragen.

Hoewel de nieuwe regels op Sint Maarten hierbij al redelijk in de buurt komen, zou ik ervoor willen pleiten dat overheids NV's een onafhankelijke RvC instellen, zoals bedoeld in Boek 2 BW. Bij de NV is het namelijk mogelijk een 'onafhankelijke raad van commissarissen' in te stellen (art. 2:139 BW). Bij de BV kan geen onafhankelijke RvC 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 RvC 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 RvC 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 RvC 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 RvC 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 RvC niet tot schorsing of ontslag overgaat is een beroep op de rechter mogelijk. Op verzoek van de algemene vergadering, het bestuur, de RvC 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.

Kortom, deze en andere aspecten van de regeling van de onafhankelijke RvC plaatsen de politiek op nog meer afstand dan onder de Corporate Governance-regels het geval is. Vanuit de politiek verwacht ik dan ook geen warm applaus voor dit voorstel.

Tot slot

Woorden zijn maar woorden en papier is geduldig. Er zijn talloze boeken en rapporten over '*good Corporate Governance*' geschreven. In allerlei landen zijn er wettelijke regelingen of is sprake van zelfregulering. Het geven en volgen van cursussen en seminars op dit vlak is 'hot'. Je telt eigenlijk niet mee als je er niet op de een of andere wijze bij betrokken bent. Maar

uiteindelijk gaat het om de toepassing en naleving van regels en dus om menselijk gedrag. De vraag is in hoeverre politici de verleiding kunnen weerstaan om de oude gewoonte om vriendjes of andere aan hen of hun partij loyale personen te benoemen. De enige hindernis die ze nu op hun weg vinden is dat er nu een adviesraad over hun schouders meekijkt en dat de te benoemen kandidaat aan een zakelijke profielschets moet worden getoetst.

Het zou daarom goed zijn als in de toekomst een tot oordelen geroepen rechter 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: 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.

Ik pleit er daarnaast voor dat we een stap verder gaan dan de Corporate Governance-regels en dat de in de wet geregelde onafhankelijke RvC, en dus ook het jaarrekeningregime van de grote NV, voor alle overheidsvennootschappen verplicht wordt gesteld. De beginselen van goed ondernemingsbestuur en van goed overheidsbestuur brengen dat naar mijn mening met zich. Op dit moment is de onafhankelijke RvC alleen in de telecom sector ingevoerd en wel op het niveau van de topholding (*TelEm Group*), maar zodanig dat de taak van die RvC zich ook uitstrekt tot de dochtervennootschappen. Dat is een goede zaak en dat moet vooral ook zo blijven, al zou het mij niet verbazen als de politiek zou proberen dat weer terug te draaien. Wees op uw hoede en laat dat niet gebeuren!

Maar invoering van een onafhankelijke RvC zou evenzeer bij bijvoorbeeld de haven en de luchthaven een verstandige stap zijn. Je kunt je sowieso afvragen waarom er bij de luchthaven (*Princess Juliana International Airport*; PJIA) drie Raden van Commissarissen zijn, en niet slechts één op het niveau van de holding. Bij drie Raden zijn er natuurlijk meer baantjes te vergeven, maar voor het overige is er geen enkele reden en geen enkele noodzaak om drie Raden van Commissarissen te handhaven.

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. Het belang van publieke controle, al dan niet via de media, is immers een belang waarmee naar de heersende opvatting rekening behoort te worden gehouden.

Daarnaast zou het goed zijn om na bijvoorbeeld een jaar of twee à drie een publiek debat te houden over het functioneren van de Corporate Governance-regels. Wellicht kan worden

afgesproken dat de adviesraad tegen die tijd een publiek te maken evaluatierapport zal uitbrengen, waarin ook aan de rol van de overheid als aandeelhouder aandacht wordt besteed. Hoe meer transparantie, des te beter.

Dames en heren, hoewel wel eens over het 'politieke bedrijf' wordt gesproken, gaat het daarin voor een belangrijk deel om geheel andere kwaliteiten dan die vereist zijn om een onderneming succesvol te leiden. De politiek moet dan ook met zijn handen afblijven van de bedrijfsvoering bij overheidsvennootschappen en alleen op die terreinen invloed uitoefen waarop verwacht mag worden dat zakelijke aandeelhouders in andere vennootschappen invloed uitoefenen. Het is mede aan u of de weg van papier naar praktijk een lange of een iets minder lange weg zal worden.

Ik dank u voor uw aandacht.

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) en lid van de redactie van 'Commentaar Financieel Recht'. Tenslotte schrijft hij over uiteenlopende onderwerpen op *Karel's Legal Blog* (www.curacao-law.com).