

Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao en
Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba
Datum: 5 juni 2013 (9.00 uur)
Zaaknummer: EJ 60654/13

PLEITNOTITIE MR. K. FRIELINK

Inzake

Integrated Utility Holding N.V.

Gevestigd te Curaçao
Verweerder (hierna: "Aqualectra")
Gemachtigde: mr K. Frielink

Tegen:

Het **Openbaar Ministerie**
Gevestigd te Curaçao
Verzoeker (hierna: het "OM")

Overige betrokken partijen:

Curaçao Oil (Curoil) N.V. en **Curoil Gas N.V.**
Beiden gevestigd te Curaçao
Verweerders (hierna gezamenlijk: "Curoil")
Gemachtigde: mr Ch. de Bres

Refineria di Korsou N.V.

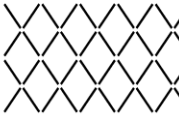
Gevestigd te Curaçao
Verweerder (hierna: "RdK")
Gemachtigde: mr. D. Liqui-Lung

Oswald Celso van der Dijs

Wonende te Curaçao
Gemachtigde: mrs. D.D. Zahavi en L.A.E. Timmer

Ray Anthony Treurniet

Wonende te Curaçao
Gemachtigde: mrs. D.D. Zahavi en L.A.E. Timmer

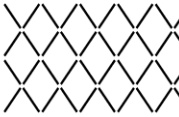
**Gerrit Fransisco Schotte**

Wonende te Curaçao

Gemachtigden: mr dr. P. van der Korst en mr dr. D.A.A. Boersema

Edelachtbaar College,

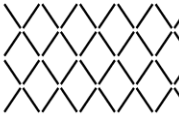
1. De kerntaak van Aqualectra – een nutsbedrijf – is het zoveel mogelijk garanderen van de kwaliteit en de continuïteit van de levering van water en electra aan haar afnemers in Curaçao – 24 uur per dag, elke dag weer. Het bestuur van Aqualectra heeft dan ook als belangrijkste taak zorg te dragen voor de kwaliteit en continuïteit van de onderneming. Water en electra zijn elementaire goederen, en het wegvallen van deze goederen, al is het maar tijdelijk, heeft direct merkbare gevolgen. Bij het maken van keuzes spelen die continuïteit en kwaliteit een wezenlijke rol. Wat dat betreft is Aqualectra niet te vergelijken met een ‘gewone’ commerciële onderneming. Bovendien moet het bestuur in een spanningsveld van verschillende, tegenstrijdige belangen opereren, en dus steeds gerechtvaardigde belangen zo goed mogelijk tegen elkaar afwegen en daarin een goede balans zien te vinden.
2. We spreken in deze procedure over overheidsvennootschappen, omdat de aandelen in die vennootschappen worden gehouden door het Land Curaçao. Het Land Curaçao wordt politiek bestuurd. Dat bestuur (de regering) wordt door de Staten gecontroleerd. Deze controle en de informatie-uitwisseling die daarbij hoort speelt zich af in het publieke domein. Er is - per definitie - een directe relatie tussen politieke keuzes en de uitoefening van aandeelhoudersrechten.
3. Overheidsvennootschappen in Curaçao opereren al decennialang in een spanningsveld. En hoewel we van tijd tot tijd accentverschillen zien, wordt dit spanningsveld mede veroorzaakt door de in de politiek breed aangehangen visie op overheidsvennootschappen, namelijk (i) dat het bij overheidsvennootschappen primair gaat om een collectief, sociaal maatschappelijk (en dus niet uitsluitend een commercieel) belang, (ii) dat ‘de’ politiek er is om dat belang te bewaken en (iii) dat een minister zich (tot op zekere hoogte) met de dagelijkse bedrijfsvoering moet kunnen bemoeien, ook al omdat hij op het (niet) functioneren van een



overheidsvennootschap kan worden aangesproken en daarop kan worden afgerekend.¹ Dat aanspreken of afrekenen vindt bovendien niet alleen in de Staten plaats, maar ook – en misschien wel vooral – daarbuiten: publiekelijk dus.

4. Die politiek breed aangehangen opvatting heeft zich het meest duidelijk gemanifesteerd in de al sinds jaar en dag bestaande benoemings- en ontslagcarrousel bij de Raden van Commissarissen: bij elke wisseling van de politieke wacht wordt ook de samenstelling van de RvC herzien. Deze visie wordt vervolgens door sommige van de commissarissen in praktijk gebracht door zich actief op te stellen en hun wettelijke en statutaire taak ruim te interpreteren; de één wat meer dan de ander, en bij de ene overheidsvennootschap wat meer dan bij de andere. Tot niet zo lang geleden waren gedeputeerden van het Eilandgebied Curaçao zelfs *qualitate qua* President-Commissaris van de onder hen ressorterende overheidsvennootschappen.
5. Ook de vakbonden spelen in dit spanningsveld een rol. Omdat overheidsvennootschappen, populair gezegd, van ons allemaal zijn en wij er collectief van afhankelijk zijn, wordt het spanningsveld mede veroorzaakt door de publieke opinie. De afnemers van water en electra willen een kwalitatief goede en ongestoorde levering tegen een zo laag mogelijke prijs, en verwachten tegelijkertijd dat Aquallectra perfect functioneert en financieel kerngezond is of op korte termijn wordt. In dat kader is het overigens zinvol om op te merken dat de tarieven die Aquallectra in rekening mag brengen geen commerciële tarieven zijn, omdat de overheid bij het vaststellen van de tarieven rekening houdt met het draagvlak bij en de draagkracht van de bevolking. Dat onderstreept nog eens het maatschappelijke karakter van Aquallectra.
6. De belangen en opvattingen van al deze betrokkenen lopen lang niet altijd parallel. Het bestuur van een overheidsvennootschap heeft het daardoor vaak niet makkelijk. Het bestuur behoort het veelkoppige “belang van de vennootschap” te dienen. Dat vennootschappelijk belang bestaat uit een meerkleurig pallet van deelbelangen: kwaliteit en continuïteit van de onderneming, belangen van werknemers, crediteuren, enz. Van belang bij het maken van keuzes is dat het bestuur de alternatieven goed tegen elkaar afweegt. De keuze vóór de ene mogelijkheid is

¹ Zie par. A.3 van het *Verweerschrift* van Aquallectra en (meer uitgebreid) mijn lezing ‘*Terugblik op de toekomst: de verdere ontwikkeling van corporate governance in Curaçao*’, AJV-Nieuwsbrief 1 (2013), p. 18 e.v.



tegelijkertijd een keuze tegen één of meer alternatieven. De kans is daardoor steeds groot dat er mensen of groepen zijn die het niet eens zijn met de keuze die het bestuur heeft gemaakt en hun ongenoegen al dan niet via de media uiten.

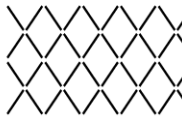
Kwalificaties als mismanagement of wanbeleid worden daarbij makkelijk in de mond genomen. Dat is overigens niet een verschijnsel van alleen de afgelopen paar jaar.

Dergelijke kwalificaties worden ongetwijfeld in veel gevallen oprecht gebruikt, maar ze zijn niet meer dan het subjectieve oordeel van de gebruiker.

7. Dat er kritiek mogelijk is op keuzes die zijn gemaakt wil niet zeggen dat sprake is van een gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen. Zelfs een, al dan niet bij nader inzien, minder gelukkige keuze betekent niet dat dus sprake is van wanbeleid of een vermoeden van wanbeleid. In het enquêterecht gaat het om de vraag of is gehandeld in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap. Het gaat daarbij om de beoordeling van beleid, niet om de toetsing van een besluit, althans in de regel gaat het niet om de toetsing van een individueel besluit.² Tot het instellen van een onderzoek kan aanleiding bestaan als sprake is van zeer ernstig tekortschietend, flagrant ondermaats beleid.³ Als eerder aangegeven is niet sprake van een concernenquête en dient het beleid van Aqualectra afzonderlijk te worden beoordeeld.
8. Zoals blijkt uit hetgeen door het openbaar ministerie (OM) naar voren is gebracht kan er over diverse besluiten van Aqualectra zeer verschillend worden gedacht. Ik noem hier in dat verband slechts de in het *Verweerschrift* van Aqualectra reeds uitvoerig besproken onderwerpen als het terugsturen van een deel van de Aggreko's, het onderhoud aan de gasturbines en de aanschaf van een nieuw IT systeem. Aqualectra is op basis van een zorgvuldige afweging gekomen tot de besluiten die zij heeft genomen. Het OM heeft op geen enkele wijze aannemelijk gemaakt dat hier sprake is van zeer ernstig tekortschietend beleid.
9. In dat verband wordt nog opgemerkt dat zijdens het OM allerlei stukken in de procedure zijn ingebracht die tot de bedrijfsvertrouwelijke gegevens van Aqualectra behoren en die alleen met schending van een geheimhoudingsplicht bij het OM terecht hebben kunnen komen. Zoals reeds in het *Verweerschrift* aangegeven is

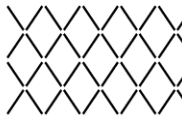
² A.J.M. Klein Wassink, *Toetsing van besluiten in het rechtspersonenrecht*, diss. 2012, p. 111.

³ Vgl. B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag*, diss. 2007, p. 404.



Aqualectra terughoudend in bespreken van deze stukken, en doet zij dat niet diepgaand, omdat zij anders de gerede kans loopt dat ook die informatie terecht komt bij derden die niets met haar bedrijfsvoering en haar bestuur te maken hebben. Een enquêteprocedure behoort niet te leiden tot een doorbreking van de vertrouwelijkheid waarop een onderneming normaal gesproken aanspraak moet kunnen maken. Dat door anderen ethische en juridische grenzen zijn overschreden betekent niet dat Aqualectra via deze procedure wezenlijke informatie richting het publieke domein hoeft te laten stromen. Mede met het oog op de bescherming van de belangen van Aqualectra had daarom van het OM mogen worden verwacht dat het wél eerst eigen onderzoek had gedaan én dat het OM terughoudend zou zijn geweest in het delen van de verweerschriften en antwoordconclusies met derden.

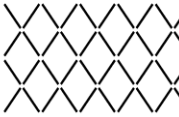
10. Het spreekt voor zich dat Aqualectra is en wordt geconfronteerd met uitdagingen van uiteenlopende aard. De financiële positie van Aqualectra is niet rooskleurig, maar als eerder aangegeven behoort het beleid inzake tarieven tot het domein van het publiekrecht en heeft het Land de bevoegdheid om een maximumprijs voor elektriciteit en water te bepalen die Aqualectra aan verbruikers in rekening mag brengen. Gedurende zes maanden in 2011 werd het bestuur van Aqualectra ook geconfronteerd met een uitdaging op bestuurlijk niveau, namelijk toen de RvC had besloten dat alle verplichtingen en uitgaven boven de 50 gulden moesten worden goedgekeurd door de RvC. Dat besluit is echter niet verlengd en niet valt in te zien dat er één of meer doeleinden van het enquêterecht zinnig zouden kunnen worden gediend met onderzoek naar deze periode.
11. Blijkens de aanvullende producties die het OM op 24 mei 2013 stuurde, zonder deze overigens toe te lichten, worden er kennelijk nog meer verwijten aan het adres van Aqualectra geuit, die echter niet voorafgaand aan de procedure, noch in het inleidende *Verzoekschrift* en evenmin in de *Conclusie na verweerschriften* van het OM aan de orde zijn gesteld. Aqualectra maakt bezwaar tegen deze gang van zaken: het gaat hier om nieuwe bezwaren die – en dat is voor de vraag naar de ontvankelijkheid van belang - niet voorafgaand aan de enquêteprocedure kenbaar zijn gemaakt. De *Aanvullende productie 3* (verklaring van de heer Dieudonne van der Veen d.d. 23 mei 2013) en de *Aanvullende productie 5* (brief van de toenmalige minister-president d.d. 25 mei 2011) gaan over twee in 2010 door Aqualectra met Scadta gesloten overeenkomsten inzake nieuw te bouwen kantoren, welke overeenkomsten door



Aqualectra in 2011 zijn beëindigd en terzake waarvan een schikking met Scadta is getroffen. Door de aandeelhouder van Aqualectra zijn destijds de heren O.A. van der Dijs en W. Wiels tot bijzonder vertegenwoordiger aangewezen. Over de vraag of het wel of niet wenselijk was om door te gaan met de realisatie van de twee nieuwbouwprojecten kan verschillend worden gedacht, en niet onbegrijpelijk is dat een voormalig lid van de directie van Aqualectra daar zo zijn eigen opvattingen over heeft. Dat Aqualectra na afweging van de diverse mogelijkheden een andere keuze heeft gemaakt betekent niet dat (dus) sprake is van zeer ernstig tekortschietend, flagrant ondermaats beleid. Deze kwesties - de beëindiging van de twee overeenkomsten en de aanwijzing van twee bijzonder vertegenwoordigers - zijn overigens bepaald niet nieuw en reeds lang bekend bij FAS, zodat het enige verbazing wekt dat die nu vlak voor de mondelinge behandeling voor het eerst worden opgeworpen.

12. In de *Aanvullende productie 1* – dat een relaas bevat van allerlei persoonlijke indrukken van een ex-werkneemster – wordt ingegaan op het door Aqualectra in dienst nemen van uitzendkrachten en ingehuurde werknemers bij aannemers die soms al tientallen jaren op een andere basis ten behoeve van Aqualectra werkzaam waren.⁴ De vakbonden, de Staten en de toenmalige Minister hebben zich er intensief voor ingespannen dat scheve verhoudingen zouden worden rechtgetrokken, zodat voor met name inhuurkrachten (lassers werden bijvoorbeeld via een aannemersbedrijf ingehuurd) en uitzendkrachten (die via een uitzendbureau werden ingehuurd) gelijke voorwaarden zouden gelden als reeds golden voor de medewerkers in dienst van in dit geval Aqualectra (verlofdagen, vakantie, etc.). Wat betreft uitzendkrachten geldt bovendien dat in de CAO was vastgelegd dat die maximaal één jaar op die basis zouden werken en dat na die periode de functie middels een vaste benoeming diende te worden ingevuld, welke bepaling gedurende een lange periode niet is nageleefd. Daarnaast zijn er ook meteropnemers en cassières in dienst genomen die daarvoor op basis van *outsourcing* werkzaamheden voor Aqualectra verrichtten, omdat het bestuur van Aqualectra deze werkzaamheden tot haar *core business* rekent en uitbesteding daarvan minder wenselijk is gaan vinden. Over dit onderwerp kan verschillend worden gedacht, maar nog even los van het feit dat Aqualectra primair een maatschappelijke onderneming is, valt niet in te zien dat het

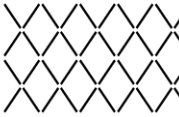
⁴ Zie het *Verweerschrift* van Aqualectra onder C.11 en de *Antwoordconclusie* van Aqualectra onder 2.5.



rechttrekken van scheve verhoudingen en het aldus beteugelen van onrust, gegronde redenen oplevert om aan een juist beleid te twijfelen. Het OM kan niet met droge ogen beweren dat hier sprake is van zeer ernstig tekortschietend, flagrant ondermaats beleid.

13. Een ander voorbeeld waaruit blijkt dat verschillend over een onderwerp kan worden gedacht betreft de in het *Verweerschrift* van Aqualecta (onder C.9) al besproken *MoU* met de Spaanse onderneming Assyce Fotovoltaica S.A. met betrekking tot zonnepanelen. Binnen Aqualecta zijn in het verleden meerdere studies uitgevoerd om te bekijken of en op welke wijze Aqualecta zonne-energie zou kunnen gebruiken. FAS is “verbijserd” dat een MoU is gesloten. De inhoudelijke discussie over de voor- en nadelen van duurzame energie, en zonne-energie in het bijzonder, en de vraag welke rol Aqualecta op dat vlak kan of moet vervullen, gaat het bestek van deze procedure te buiten. Voor zover hier van belang luidt het verwijt dat het bestuur van Aqualecta gezwicht zou zijn voor de druk van de toenmalige minister-president. Hier wordt niet meer dan een vermoeden uitgesproken. Bovendien is het niet meer dan logisch dat Aqualecta serieus ingaat op een voorstel van haar aandeelhouder om zonne-energie aan haar productiemix toe te voegen. Niet serieus op een degelijk voorstel ingaan zou Aqualecta een verwijt kunnen opleveren. Voorts is het zo dat het bestuur van Aqualecta zelf heeft gekozen voor een MoU (voorzien van allerlei voorwaarden⁵) en niet voor een definitieve overeenkomst tot aanschaf van zonnepanelen. De MoU had slechts als doel om de haalbaarheid van een door Assyce aangeboden zonne-energie project te onderzoeken en door voor een MoU in deze vorm te kiezen zette Aqualecta ook druk op Assyce om te laten zien of en hoe serieus deze partij was. Dat hier, zoals FAS stelt, sprake zou zijn van wanbeleid is een conclusie die niet door feiten wordt gedragen. Integendeel: het bestuur neemt verzoeken van de regering zonder meer serieus, maar maakt een eigen afweging waar het betreft het honoreren van verzoeken en waar het betreft de wijze waarop Aqualecta aan een verzoek gevolg wil en kan geven. De MoU is door Aqualecta uiteindelijk ook beëindigd; dit was de eigen keuze van het bestuur van Aqualecta.
14. Als we, en dit ter afsluiting, het ‘strijdtoneel’ overzien, en de formele verweren, die al genoegzaam uiteen zijn gezet even buiten beschouwing laten, dan is de conclusie

⁵ Zie bijlage 20 bij de brief van FAS van 2 augustus 2012. In de MoU is o.a. opgenomen dat Aqualecta een uitgebreid due diligence-onderzoek kan uitvoeren naar het aangeboden product, de prijsstelling, Assyce zelf, haar *track-record* enz.



gerechtvaardigd dat de politiek-bestuurlijke omgeving waarin Aqualectra opereert weliswaar niet altijd even makkelijk is, maar dat niet gezegd kan worden dat is gehandeld in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap. Dus zelfs als het OM ter zake van één of meer verwijten in zijn verzoek kan worden ontvangen, geven deze verwijten géén aanleiding tot het gelasten van een onderzoek, nog daargelaten de belangenafweging waarvoor Aqualectra in de schriftelijke ronde uitdrukkelijk aandacht heeft gevraagd. Wat zou een onderzoek nog kunnen toevoegen aan de feiten die al bekend zijn? En hoewel er ongetwijfeld ook een zekere maatschappelijke druk is om een onderzoek te laten plaatsvinden, dient het verzoek van het OM aan de wettelijke criteria te worden getoetst. Het Land Curaçao, dat zich achter het verzoek van het OM heeft geschaard, staan als aandeelhouder desgewenst genoeg middelen ter beschikking om zelf een (met waarborgen omgeven) onderzoek te laten plaatsvinden.

15. Aqualectra volhardt dan ook in haar standpunt.

Curaçao, 5 juni 2013

Gemachtigde

Deze zaak wordt behandeld door mr. K. Frielink (Spigt Dutch Caribbean), Scharlooweg 33, Curaçao, T 461 8700, F 461 8073 E Karel.Frielink@SpigtDC.com.