

Aan het Gemeenschappelijk Hof van Justitie
van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba
Zaaknummer: EJ 60654/13
Datum mondelinge behandeling: 5 juni 2013

PLEITNOTITIES VAN MR.DR. P.J. VAN DER KORST EN MR.DR. D.A.A. BOERSEMA

namens:

GERRIT FRANCISCO SCHOTTE;

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

tegen het verzoekschrift en de nadere conclusie die zijn ingediend door:

het **OPENBAAR MINISTERIE, (PARKET PROCUREUR-GENERAAL) VAN CURAÇAO, SINT MAARTEN, BONAIRE, SINT EUSTATIUS EN SABA**;

Gemachtigde: mr. A.C. van der Schans

overige betrokken partijen:

INTEGRATED UTILITY HOLDING N.V. ("Aqualectra");

Gemachtigde: mr. K. Frielink

CURACAO OIL (CUROIL) N.V. en

CUROIL GAS N.V. (tezamen met verweerder sub 2 "Curoil");

Gemachtigde: mr. C. de Bres

REFINERIA DI KORSOU N.V. ("RdK");

OSWALD CELSO VAN DER DIJS en

RAY ANTHONY TREURNIET;

Gemachtigden: mrs. D.D. Zahavi en L.A.E. Timmer

Edelgrootachtbaar College!

1. INLEIDING

- 1.1. Het verzoek van het OM voldoet op wezenlijke onderdelen niet aan de eisen die daarvoor gelden, zowel wat betreft de inhoud als wat betreft de doelstelling.
- 1.2. Wat betreft de *inhoud* van het verzoek:
 - FAS is onbevoegde verzoeker: FAS is geen belanghebbende in de zin van het enquêterecht. Zij heeft geen eigen belang dat door het enquêterecht wordt beschermd. Zij is geen aandeelhouder, certificaathouder of contractspartij van de Vennootschappen. Het OM en FAS beroepen zich niet op artikel 3: 305a BW en zij kunnen zich daar ook niet op beroepen (par 2.10 Verweerschrift Schotte).
 - Geen zelfstandig verzoek OM: Het OM vervult in deze procedure geen zelfstandige functie. Het stuurt kritiekloos de stukken van FAS door, zonder eigen onderzoek en zonder poging tot overleg. Er dus is geen sprake van een zelfstandig verzoek van het OM;
 - Ondeugdelijk verzoekschrift: er is geen deugdelijk processtuk van het OM waaruit blijkt waartoe zijn verzoek strekt en waarop dat is gebaseerd, ondanks de herkansing die het is geboden. Het is voor de andere procespartijen ondoenlijk om strekking en onderbouwing van het verzoek te (re)construeren aan de hand van de zes brieven van FAS met een zeer groot aantal bijlagen;
 - Ongewisse gronden: het OM maakt niet duidelijk welke vennootschapsrechtelijke normen door welk orgaan van de Vennootschappen zouden zijn overtreden;
 - Geen realisatie doelstellingen: een onderzoek, als verzocht door het OM, dient geen van de doelstellingen van het enquêterecht (waarover hierna meer);
 - Disproportioneel petitum: het OM maakt bij zijn enquêteverzoek geen afbakening naar onderwerpen, het verzoekt om een onderzoek naar “*het beleid en de gang van zaken bij de genoemde vennootschappen vanaf in ieder geval 10 oktober 2010*”. Dit is een disproportioneel verzoek dat alleen al daarom niet toewijsbaar is.
- 1.3. Het verzoek past wat betreft de achterliggende *doelstelling* evenmin binnen het enquêterecht. Het verzoek van FAS is politiek ingegeven en het richt zich voor een belangrijk deel op publiekrechtelijke en politieke besluitvorming. Het onderzoek zou zich volgens het verzoek mede moeten richten op het beleid van Schotte als “*voormalig Minister van Algemene Zaken en toenmalige vertegenwoordiger van de aandeelhouder van Acqualectra*” (dus van het land Curaçao). Een civielrechtelijke enquête is geen middel tot transparantie en verantwoording over politieke besluitvorming. Schotte is ieder moment bereid tot verantwoording over het toenmalige regeringsbeleid, maar dan – uiteraard - via de daartoe aangewezen parlementaire en politieke wegen.

- 1.4. Schotte vertrouwt Uw Hof bekend met alle bezwaren en verweren opgenomen in zijn eerdere processtukken. Wij zullen die vandaag niet herhalen maar handhaven deze uiteraard wel.
- 1.5. Net als in de eerdere processtukken namens Schotte gaan wij hierna in op het verzoek en de gronden, voor zover die kunnen worden gedistilleerd uit de door het OM ingediende stukken. Dit houdt geen erkenning in dat het verzoek zou voldoen aan de wettelijke eisen.
- 1.6. Wij maken bezwaar tegen het laattijdig indienen van *“aanvullende producties”* door het OM. Het OM stuurde deze stukken toe, ruim nadat zij al een herkansing van Uw Hof had gekregen om alsnog een behoorlijk verzoek in te dienen. Ook bij deze stukken beperkt het OM zich tot het kritiekloos doorsturen van door FAS aangereikte stukken, zonder een eigen beoordeling en zonder toelichting. De andere procespartijen hebben daardoor geen gelegenheid om zich behoorlijk voor te bereiden op de mogelijke argumenten die het OM hieraan mocht ontleen.
- 1.7. Om deze redenen moeten deze aanvullende producties buiten beschouwing blijven. Acceptatie daarvan zou in strijd komen met een goede procesorde (artikelen 429i en 109 lid 1 Rv). Artikel 429d lid 2 Rv en artikel 58 van het Procesreglement bepalen dat bij het verzoekschrift de producties worden overgelegd waarop de verzoeker zich beroept. Dit had het OM dus uiterlijk bij de Nadere Conclusie moeten doen.

2. FEITEN DATEREND VOOR 1 JANUARI 2012 GEEN GROND VOOR ENQUETE

- 2.1. Feiten van vóór 1 januari 2012 kunnen niet de grondslag vormen voor een enquêteverzoek. Doel van de enquêteprocedure is om te beoordelen of sprake is geweest van wanbeleid en of de in artikel 2:283 BWC vermelde voorzieningen moeten worden getroffen, zoals de vernietiging van een besluit van de rechtspersoon.
- 2.2. Een enquête naar feiten van vóór 1 januari 2012 zou betekenen dat handelen, nalaten en besluitvorming binnen een rechtspersoon zouden worden getoetst aan wettelijke normen zoals *“gegronde redenen om te twifelen aan een juist beleid”* en *“wanbeleid”*, die op het moment van handelen, nalaten en besluitvorming niet golden en die kunnen leiden tot vergaande maatregelen zoals het gelasten van een enquête en het uitspreken van een wanbeleidsoordeel.
- 2.3. Dat zou in strijd zijn met de strekking van de overgangsregeling voor Boek 2 BWC, met name artikelen 2:20-23 BWC die de nietigheid en vernietigbaarheid van besluiten van de rechtspersoon regelen. Deze bepalingen *“gelden niet voor een besluit van een orgaan dat voor het in werking treden van Boek 2 is genomen. Voor een dergelijk besluit blijft het toen geldende recht van toepassing”* (artikel 37i Lvo Boek 2 BWNA/Lvo BWNA).
- 2.4. Artikel 4 Lvo BWNA bepaalt dat een rechtshandeling verricht vóór de toepasselijkheid van de nieuwe wet niet nietig of vernietigbaar kan worden ten gevolge van een omstandigheid die de nieuwe wet, in tegenstelling tot het tevoren geldende recht, aanmerkt als een grond voor nietigheid of vernietiging. Zo ook de memorie van toelichting bij de Lvo BWNA: *“(…) of een rechtshandeling, verricht vóór de nieuwe wet,*

geldig of ongeldig is, valt buiten het overgangsrecht, omdat zij alleen naar het oude recht wordt beoordeeld."

- 2.5. Kortom, het gelasten van een onderzoek naar beleid en gang van zaken van vóór 1 januari 2012 is in strijd met de rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel, de overgangswet en de daarin vastgelegde principes.

3. AANDEELHOUDERSCHAP OVERHEID

- 3.1. FAS stelt dat:

(a) Schotte besluiten van Aqualectra inzake de BOO transactie zou hebben "*doorge-drukt*" (brief 4 januari jl, p.7);

(b) Aqualectra de MoU van Aqualectra met Assyce "*onder druk van de Minister van Algemene Zaken*" zou hebben getekend (brief 4 januari jl, p. 23 en brief 28 mei jl, p. 3), en

(c) RdK op "*instructie*" van de Overheid in augustus 2012 een oneigenlijke uitkering zou hebben verricht (brief 4 januari jl, p. 39);

en dat dit zou neerkomen op wanbeleid. Ten onrechte.

- 3.2. De Vennootschappen zijn geen gewone rechtspersonen, maar overheids-N.V.'s. Zij zijn voor de Raad van Ministers het middel om haar publieke taken te vervullen. Het OM onderkent dat in het Verzoekschrift ("*De Vennootschappen beheersen de energie- en waterketen en zijn derhalve van levensbelang voor Curaçao*"). De statutaire doelomschrijving van de Vennootschappen bevestigt deze publieke taakstelling, met de bepaling dat de vennootschap moet handelen "*met inachtneming van het algemeen belang en een deugdelijke sociaal-economische ontwikkeling van Curaçao*".
- 3.3. Het is niet alleen de bevoegdheid, maar ook de *taak* van de Raad van Ministers om haar wettelijke en statutaire middelen als aandeelhouder van de Vennootschappen in te zetten ter uitvoering van het beleid (zie HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 (OGEM), r.o. 9.1.-9.4.). Zo heeft de Raad van Ministers de statutaire bevoegdheid - en dus ook de publieke *taak* - om het bestuur aanwijzingen te geven en om specifieke besluiten al dan niet goed te keuren. Ook bepalen de statuten dat aan de AvA alle bevoegdheid toekomt die niet aan anderen is toegekend.
- 3.4. De Code Corporate Governance voor overheidsvennootschappen (artikel 4.1.) bevestigt dat de Raad van Ministers als aandeelhouder zodanig invloed moet kunnen uitoefenen op het beleid van het bestuur en de RvC dat zij een volwaardige rol speelt in het systeem van "*checks and balances*" in de Vennootschap.
- 3.5. Voor een reguliere aandeelhouder geldt dat hij zijn (stem)rechten naar eigen inzicht mag uitoefenen (bijv. HR 30 juni 1944, NJ 1944/45, 465 (Wennex)). Voor de Raad van Ministers geldt dat zij haar wettelijke en statutaire bevoegdheden binnen de Vennootschappen niet alleen mag, maar zelfs *moet* inzetten. Het OM en FAS maken niet duidelijk dat de Raad van Ministers hun bevoegdheden zouden hebben overschreden. Daarvan is ook geen sprake.
- 3.6. Wat betreft de door FAS genoemde gevallen:

De BOO-transactie

Aqualectra heeft in haar verweerschrift uitvoerig deze transactie uiteen gezet. Daaruit blijkt dat Aqualectra op goede gronden heeft besloten haar 49%-belang aan RdK over te dragen. Ook naar het huidige inzicht van Aqualectra is geen sprake geweest van oneigenlijke druk door de toenmalige Raad van Ministers.

De huidige ministerraad heeft in februari dit jaar bepaald dat de koopprijs tussen Aqualectra en RdK moet worden aangepast, zo blijkt uit Aqualectra's verweerschrift. Ook de huidige ministerraad oefent dus haar bevoegdheden binnen Aqualectra en RdK uit ter verwezenlijking van haar publieke taak. Met deze aangepaste koopprijs is het bezwaar van FAS tegen deze transactie weggenomen.

MoU Aqualectra met Assyce

Aqualectra is in haar verweerschrift ook nader ingegaan op FAS' verwijten over de Memorandum of Understanding met Assyce inzake zonne-energie. Ook over dit onderwerp is sprake geweest van zuivere besluitvorming binnen Aqualectra. De MoU is aangegaan onder ontbindende voorwaarden, waaronder "*satisfactory outcome, in Aqualectra's sole discretion, of a due diligence*" en het verkrijgen van de vereiste vergunningen. De MoU is ontbonden. FAS maakt niet duidelijk waaruit het vermeende wanbeleid zou bestaan, welke normen zouden zijn overtreden en welke nadelige gevolgen Aqualectra zou hebben ondervonden. Van dit alles is geen sprake geweest.

FAS schrijft dat deze MoU haar heeft "*verbijsterd*" omdat volgens "*de beleidsdocumenten 2011 van Aqualectra geen toepassing van zonne-energie was opgenomen*" (brief 28 mei jl, p. 2). Het is echter bij uitstek een overheidstaak om het energiebeleid permanent te ijken en te herijken. De toenmalige Raad van Ministers benoemde als speerpunt de ontwikkeling en inzet van alternatieve energiebronnen zoals zonne-energie. Zij legde dit vast in de '*Beleidsnota regulering electriciteitsvoorziening 2011-2015*' van 4 februari 2011. Uiteraard betrok zij Aqualectra in de uitvoering van dit beleid, met inzet van haar wettelijke en statutaire bevoegdheden. FAS is het als buitenstaander mogelijk niet eens met dit beleid, en mag daar zelfs "*verbijsterd*" over zijn, maar dat is natuurlijk geen voldoende reden om te twifelen aan een juist beleid binnen Aqualectra.

Uitkering RdK augustus 2012

RdK is in augustus 2012 overgegaan tot een interim dividend besluit. Destijds waren de bestuursposities vacant zodat gedelegeerd commissarissen de bestuurstaken tijdelijk hadden overgenomen. Er was geen sprake van een ongeoorloofde uitkering en FAS stelt dat ook niet.

FAS stelt dat de RvC van RdK destijds wist dat deze uitkering bestemd was voor het traject "*gratis onderwijs*", dat die bestemming in strijd zou zijn met een aanwijzing van de Commissie Financieel Toezicht hetgeen "*medeplichtigheid*" van RdK zou betekenen (brief 4 januari jl, p.39) en dus wanbeleid binnen RdK. Bedoeld zal zijn strijd met de op advies van het College Financieel Toezicht bij Koninklijk Besluit van 13 juli 2012 gegeven aanwijzing volgens de Rijkswet financieel toezicht.

Schotte betwist dat sprake zou zijn van strijd met die aanwijzing. Maar los daarvan: de bestemming van overheids gelden is een publieke en politieke kwestie. Dat is ook het geval als deze gelden afkomstig zijn uit (interim) dividend van bijvoorbeeld RdK. Het valt buiten de taak, verantwoordelijkheid en bevoegdheid van bestuur en RvC van RdK om te bepalen welke bestemming wordt gegeven aan de door RdK uitgekeerde dividenden. Een enquêteprocedure dient er niet voor om vast te stellen of overheids gelden al dan niet juist zijn uitgegeven, ongeacht of deze uit (interim) dividend afkomstig zijn.

4. GEEN NUTTIG DOEL ONDERZOEK

- 4.1. Voor deze onderwerpen geldt bovendien dat een onderzoek, als verzocht door het OM, geen nuttig doel dient.
- 4.2. *Openheid van zaken* is al ruimschoots gerealiseerd. Zelfs vertrouwelijke stukken zijn ter beschikking van FAS gekomen. Het OM geeft in zijn verzoek ook niet aan wat nu nog onderzocht zou moeten worden.
- 4.3. Er is geen noodzaak tot *herstel van gezonde verhoudingen*. Aqualectra en RdK geven zelf aan geen behoefte aan onderzoek te hebben. Het OM ziet dit zelf kennelijk ook zo, omdat het de aanvankelijk genoemde voorlopige voorzieningen (schorsing stemrecht, ontslag (!) van bestuurders en commissarissen) niet doorzet.
- 4.4. Het *bepalen van verantwoordelijkheid* is niet een doelstelling op zich. Die doelstelling is louter relevant als sprake zou zijn van “gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid” respectievelijk van “wanbeleid”. Daarvan is in dit geval geen sprake.

5. GEEN UITVOERBAARHEID BIJ VOORRAAD

- 5.1. Het OM heeft niet verzocht om uitvoerbaarheid bij voorraad. Zo Uw Hof, ondanks alle verweren en bezwaren, zou besluiten tot het bevelen van een onderzoek verzoekt Schotte om die beschikking niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. Uw Hof zal in dat geval een aantal principiële verweren tegen het verzoek niet hebben gehonoreerd. In dat geval is het geraden dat dat oordeel in cassatie wordt getoetst alvorens een uitvoerig en kostbaar onderzoek plaatsvindt.

Wij handhaven namens Schotte alle verweren en bezwaren tegen het enquêteverzoek, alsmede zijn verzoek tot kostenveroordeling, onder herhaling van het bewijsaanbod dat zich ook uitstrekt over hetgeen ter zitting namens hem naar voren is gebracht.

Willemstad, 5 juni 2013

Gemachtigde