

Aan De Regering van Curaçao  
dtkv De Minister van Financiën  
De heer Dr. José M.N. Jardim  
Pietermaai # 4-4A  
Alhier

Uw nummer  
(letter):

Uw brief van:

Ons nummer: 27102016.01 Willemstad, 27 oktober 2016

Onderwerp: Advies uit eigen beweging adviseur conform  
artikel 4 lid 3 Landsverordening corporate  
governance Ontwerp Landsverordening  
optimalisering overheidsgelieerde entiteiten

Bijlage(n):

## Inleiding

Op zowel 4 augustus 2016 als 18 december 2015 heeft SBTNO u in zijn hoedanigheid van adviseur corporate governance (hierna: de adviseur) een schrijven gestuurd met het verzoek om gedachtewisseling met betrekking tot het Ontwerp Landsverordening overheidsgelieerde entiteiten (hierna: het Ontwerp) voordat deze door de Staten zou worden vastgesteld daar de adviseur de mening was toegedaan.

De adviseur had in voornoemd schrijven onder uw aandacht gebracht dat het Ontwerp regels bevat die alle overheidsentiteiten raken, in het bijzonder SBTNO als de adviseur corporate governance alsmede als een overheidsstichting. Gezien de taken en bevoegdheden van de adviseur corporate governance had het op uw weg gelegen om de adviseur te horen alvorens te komen tot een ontwerp van deze strekking. De adviseur had u tevens gewezen op het belang om de overheidsentiteiten dan wel de stakeholders hieromtrent te informeren gelet op de vergaande gevolgen van de invoering van deze wetgeving voor hun entiteit en hun werknemers.

De adviseur heeft naar aanleiding van voornoemde verzoeken tot heden geen reactie van u mogen ontvangen, noch is de adviseur op enige andere manier formeel geïnformeerd omtrent dit Ontwerp en de gevolgen daarvan.

De adviseur begrijpt dat u inmiddels in dialoog bent met de vakbonden, de Kamer van Koophandel en de Vereniging Bedrijfsleven Curaçao omtrent dit ontwerp een en ander nadat de vakbonden zich tegen dit Ontwerp hebben verzet.

De adviseur corporate governance heeft ondanks zijn eerdere brieven ook daarvoor geen uitnodiging ontvangen. Vanwege het uitblijven van een uitnodiging, wenst SBTNO middels dit schrijven zijn aandachtspunten omtrent dit Ontwerp aan u kenbaar te maken en zodoende een bijdrage te geven aan het dialoog omtrent dit ontwerp dan wel de wijze waarop de overheidsentiteiten daadwerkelijk kunnen worden geoptimaliseerd.

Uiteraard blijft SBTNO gaarne bereid om als nog met u in overleg te treden dan wel een aan voornoemd dialoog deel te nemen.

## Algemeen

Uit de informatie waarover SBTNO beschikt, is niet gebleken dat de totstandkoming van het Ontwerp op enig recent onderzoek is gebaseerd. Het is vooralsnog niet duidelijk waarom is afgezien om de publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke kaders, die er nu al zijn en waarbinnen de overheidsentiteit reeds in opereren, om die eerst uit te putten. De Subsidieverordening Curaçao 2007 dan wel Boek 2 BW alsmede de Code Corporate Governance geeft het Land als subsidie verstrekker dan wel aandeelhouder voldoende bevoegdheden en instrumenten op hetgeen wat kennelijk wordt beoogd met het Ontwerp te realiseren.

Uit de Memorie van Toelichting van het Ontwerp kan worden geconcludeerd dat u de mening bent toegedaan dat de overheidsentiteiten niet naar behoren functioneren. Enig onderscheid tussen de entiteiten is nauwelijks gemaakt. Er blijkt immers niet dat er een inventarisatie is gemaakt van welke entiteiten er al dan niet optimaal functioneren. Daarbovenop volgt uit de Brief van de Minister van Financiën aan de Staten, naar aanleiding van de vragen die aan hem in de Staten zijn gesteld, dat de minister geen definitief overzicht heeft kunnen overleggen van de entiteiten die onder de reikwijdte van het Ontwerp vallen (No. 9. Brief van de Minister van Financiën d.d. 16 augustus 2016). Het is dan de vraag hoe de Minister van Financiën heeft kunnen vaststellen dat de overheidsentiteiten niet naar behoren functioneren als in voornoemd schrijven gesteld wordt dat de desbetreffende toezichthouder zelf aan de hand van de in de wet gestelde criteria een inventarisatie moet maken van de overheidsentiteiten die onder deze wet vallen.

Uit de Memorie van Toelichting volgt echter niet dat is onderzocht naar de kern van de reden voor het niet goed functioneren van de overheidsentiteiten. Immers niet valt uit te sluiten, dat het niet goed functioneren van de overheidsentiteiten wellicht is toe te schrijven aan het handelen en nalaten van de verantwoordelijke ministeries dan wel ministers.

Voor zo ver de adviseur bekend, is er in de praktijk veel wet- en regelgeving die niet dan wel niet correct worden toegepast. Zo kan gesteld worden, dat de Regering dan wel ministers niet genoegzaam hebben bewerkstelligd dat de Code Corporate Governance door de entiteiten wordt nageleefd. Daarnaast heeft de overheid zelf ondanks aandringen van de adviseur in zijn adviezen tot heden nagelaten om de entiteiten zoals gesteld in de artikelen 4.2 en 4.3. van de Code Corporate Governance in het leden te roepen.

Het is dan ook vooralsnog niet te verwachten dat meer wet- en regelgeving wel zal zorgen voor een beter functioneren van de overheidsentiteiten. Aangeraden worden om eerst uitvoering en invulling te geven aan de bestaande wet- en regelgeving.

Ook kan worden gesteld dat bij het redigeren van de bepalingen van het Ontwerp kennelijk uit het oog verloren is gegaan dat het bestuur van de vennootschappen en stichtingen primair verantwoordelijk is voor het bepalen van de strategie en het beleid van de overheidsentiteiten. Via het structuur van de overheidsentiteiten zijn aan hun organen taken en bevoegdheden toegekend. Die taken en bevoegdheden zitten allemaal ingekaderd met hun eigen structuur van checks and balances. In dit kader wordt onder andere verwezen naar de artikelen 2, 3 en 4 van

de Code. Het ~~zo~~ maar+doorkruisen van die taken en bevoegdheden zal ook gevolgen hebben voor de interne structuur van checks and balances binnen de overheidsentiteiten.

Bijvoorbeeld, in het geval van een vennootschap is een aandeelhouder primair vermogensverschaffer en dient . op de bevoegdheden na die aan hem via de statuten, de Code en Boek 2 BW zijn toegekend- de nodige afstand te worden behouden, opdat het bestuur zijn zelfstandigheid behoudt.

Dat de afzonderlijke organen binnen de overheidsentiteiten bij het uitoefenen van hun bevoegdheden hun grenzen nauwkeuring in de gaten moeten houden en dat de afzonderlijke organen in de gelegenheid moeten worden gesteld om de rechten en verplichtingen uit te oefenen, die voortvloeien uit hun bevoegdheden, volgt ook uit de Beschikking van het Hof in het kader van de Civiele Enquête van 15 juli 2013. Uit die beschikking volgt eveneens dat het bestuur haar werkzaamheden met een zekere mate van zelfstandigheid dient te kunnen uitoefenen. Met het Ontwerp worden deze verantwoordelijkheden en bevoegdheden doorkruist. Het Land dan wel de aandeelhouder beoogd middels dit ontwerp om de verantwoordelijkheden en bevoegdheden voor een deel van de NV~~o~~ en stichtingen aan banden te leggen.

Bovendien is het vanwege de diversiteit van de doelstellingen van de vennootschappen en stichtingen juist in het kader van een optimalisering niet wenselijk om voor bepaalde onderwerpen alle entiteiten gelijk te behandelen. Door het Ontwerp worden echter alle overheidsentiteiten wel gelijk behandeld. Daarnaast worden zaken zoals het beleidsplan, het jaarplan, en de jaarlijkse exploitatie- en investeringsbegroting van de overheidsentiteiten afzonderlijk niet in acht genomen. Uit de Memorie van Toelichting is niet gebleken, waarom er bijvoorbeeld voor alle overheidsentiteiten dezelfde primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden moeten worden gehanteerd.

Enig betoog in het kader van de optimalisering waarom bijvoorbeeld de primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden bij een bedrijf als UTS gelijk dienen te zijn aan die van de Autobusbedrijf dan wel Fundashon Marshe of visa versa ontbreekt. Zelfs binnen de overheid zijn er verschillende bezoldigingsstelsels en voorwaarden één en ander afhankelijk van de specifieke doelgroep. Zo is er een aparte bezoldigingsregeling voor de politie, onderwijzend en niet-onderwijzend personeel. Optimalisering dient primair gericht te zijn tot het efficiënt en gemotiveerd laten functioneren van het personeel en de bestuurders. Niet valt in te zien hoe de beoogde versobering van de primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden voor het personeel en de bestuurders tot een optimaler functioneren van het personeel en bestuur zal leiden.

Daarnaast is noch gesteld noch gebleken dat door het van toepassing verklaren van kaders en normen gelijk aan die van binnen de overheid op de overheidsentiteiten wel een optimale organisatie en bedrijfsvoering zal leiden. Het stellen van onder andere normen en kaders voor overheidsentiteiten gelijk aan die van de overheid zonder enig onderzoek dan wel onderbouwing op grond waarvan deze bij de entiteiten tot enig optimalisering zou leiden, is niet in overeenstemming met de Algemene Beginselen van Behoorlijk Bestuur nog de beginselen van de Corporate Governance. Overigens is het de vraag of de kaders en normen die middels dit Ontwerp van toepassing worden verklaard op de overheidsentiteiten wel tot optimalisering binnen de overheid hebben geleid.

Ook worden er heffingen (verkapte belastingen) opgelegd aan overheidsentiteiten, waardoor er uit willekeur een scheve verhouding ontstaat tussen de feitelijke fiscale verplichtingen van een overheidsentiteit conform het Ontwerp en andere entiteiten op het eiland. Uit de Memorie van

Toelichting volgt niet dat is onderzocht wat de (mogelijke) gevolgen van het voorgaande zullen zijn.

Uit het voorgaande volgt dan ook dat het Ontwerp Landsverordening optimalisatie overheidsgeleide entiteiten niet in overeenstemming is met de Landsverordening corporate governance, de Corporate Governance Code alsmede Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek omdat het de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur van de entiteiten ontnemt alsmede omdat het vennootschapsbelang dan wel het belang van de stichtingen niet voldoende wordt gewaarborgd.

In het algemeen kan worden gesteld, dat anders dan de bepalingen inhoudende een financiële maatregelen voor de overheidsentiteiten kan niet worden gesteld dat het Ontwerp bepalingen bevat die als doel hebben om de efficiëntie bij de overheidsentiteiten te verbeteren. Ter illustratie kan als voorbeeld worden gebruikt het dividendbeleid zoals opgenomen in artikel 9 lid 2 van het Ontwerp. Artikel 9 lid 2 van het Ontwerp stelt dat een overheidsgeleide entiteit, als bedoeld in artikel 8 lid 1 van hetzelfde ontwerp, een deel van de in een boekjaar behaalde winst kan reserveren voor de financiering van kapitaaluitgaven tot maximaal het bedrag dat op basis van de jaarrekening over dat jaar als volgt wordt berekend:  $5\% \times (\text{totale afschrijvingen voor zover niet incidenteel van aard}) \times (\text{eigen vermogen/totale vermogen})$ .

Gesteld kan worden dat het opnemen van een dergelijke bepaling in een landsverordening vergaand is, daar het de flexibiliteit van en de zeggenschap binnen de vennootschap omtrent het te reserveren bedrag ontnemt. In de lijn met artikel 3.5 van de Code is het aan het bestuur van de betreffende vennootschap om met een dividendbeleidsvoorstel en balansnormering te komen en in overeenstemming met artikel 4.1 van de Code is het aan de algemene vergadering van aandeelhouders (voorafgaand aan een betreffend boekjaar) om een besluit te nemen om een dividendbeleid vast te stellen. Immers betoogd kan worden dat in het belang van de vennootschap dient bij het bepalen van de te reserveren bedrag ook specifieke (financiële) aspecten van de betreffende vennootschap in acht te worden genomen. Die ruimte biedt dit Ontwerp niet. De Code en de Landsverordening corporate governance beogen dat er een specifieke dividendbeleid per entiteit is en de Landsverordening corporate governance beoogt dat er een jaarlijkse besluitvorming is van een vennootschap inzake de winstbestemming teneinde de vermogensverschaffers een redelijke vergoeding te bieden voor het door hen geïnvesteerde vermogen. De mogelijkheid om een op maat gesneden dividendbeleid te hebben, zoals door de Code alsmede de Landsverordening corporate governance is voorgeschreven, wordt door het Ontwerp ontnomen.

### **De onafhankelijke adviseur vs het Bureau**

Adviseur corporate governance

De adviseur corporate governance is zelfstandig en onafhankelijk in zijn functioneren dat is ook zo opgenomen in de Memorie van Toelichting van artikel 4 van de Landsverordening corporate governance. Alhoewel SBTNO subsidie ontvangt, is er geen enkele inmenging van het Land bij de tenuitvoerlegging van de werkzaamheden in de hoedanigheid van adviseur corporate governance. SBTNO heeft zijn werkzaamheden als adviseur sinds zijn oprichting dan ook onafhankelijk en zelfstandig uitgevoerd. De Stichtingsvorm met een Raad van Commissarissen-Model en de verantwoordelijkheden en bevoegdheden van de organen zoals neergelegd in Boek 2 geeft ook een extra waarborg voor de onafhankelijke positie van de adviseur corporate governance.

Het Bureau overheidsgelieerde entiteiten

In overeenstemming met artikel 62 van het Ontwerp is er een Bureau overheidsgelieerde entiteiten (hierna: Het Bureau). Het Bureau bestaat uit drie kamers waaronder de adviseur corporate governance. In overeenstemming met artikel 66 van het Ontwerp is er een raad van toezicht, die daarop toezicht houdt. Conform artikel 65 lid 3 sub b van het Ontwerp is de Secretaris-Generaal van het Ministerie van Financiën, ambtshalve lid, of kan hij een vertegenwoordiger aanwijzen. De Secretaris-Generaal van het Ministerie van Financiën dan wel zijn vertegenwoordiger zal ook de voorzitter van de raad van toezicht zijn. Daarnaast is de Minister ook bevoegd een ander lid te benoemen. Een profielschets voor deze lid ontbreekt.

#### *Zelfstandig bestuursorgaan?*

Met het opnemen in het Ontwerp dat er een Bureau is, is daarmee het Bureau kennelijk als een zelfstandig bestuursorgaan ingesteld conform artikel 111 van de Staatsregeling.

Conform 98 van de Aanwijzing voor de regelgeving is een zelfstandig bestuursorgaan niet hiërarchisch ondergeschikt aan een minister. De niet hiërarchische ondergeschiktheid is eveneens de belangrijkste kenmerk van een zelfstandig bestuursorgaan.

Het in het Ontwerp opnemen dat de Secretaris-Generaal van het Ministerie van Financiën, ambtshalve lid is van de raad van toezicht van het Bureau maakt dat er in casu niet gesteld kan worden dat er sprake is van een niet hiërarchische ondergeschiktheid aan een minister. Immers de Secretaris-Generaal van het Ministerie van Financiën is als ambtenaar ondergeschikt aan de Minister van Financiën en dient als ambtenaar de aanwijzingen van zijn minister op te volgen. Van een niet hiërarchische verhouding waaraan een zelfstandige bestuursorgaan dient te voldoen is er in casu dan ook geen sprake. Daardoor is minstens de schijn ontstaan dat de entiteit, waaronder de adviseur corporate governance straks zal komen te ressorteren, niet onafhankelijk van de Minister van Financiën is. Dat is niet in overeenstemming met de Landsverordening corporate governance.

Voor de overige leden van de raad van toezicht van het Bureau geldt, dat er geen profielschets is opgenomen. Ook zijn de werkzaamheden en toezichthoudende bevoegdheden van de raad van commissarissen niet (voldoende) afgebakend. Niet gesteld kan worden dat door het onderbrengen van de adviseur corporate governance in het Bureau de onafhankelijkheid en de zelfstandigheid van de adviseur zal zijn gewaarborgd. Het is dan ook niet te volgen waarom zonder dat er sprake is van enige grond gekozen is om van het huidige structuur van de adviseur corporate governance af te wijken. Overigens is in het rapport van de evaluatiecommissie corporate governance niet aangegeven, dat het wenselijk is om structuur waarin SBTNO fungeert als adviseur corporate governance om dat te wijzigen.

#### *Inrichting bureau*

In de Memorie van Toelichting is gesteld dat het Bureau een bezetting zal hebben van 12 FTE's. Ook is gesteld dat de kosten voor het Bureau op NAF 2,7 miljoen zijn geraamd. Uit de Memorie van Toelichting volgt echter niet waarop het aantal FTE's is gebaseerd en hoe tot de kostenraming is gekomen. Ook is de samenstelling van 12 FTE's niet aangegeven. Gezien de werkzaamheden die het Bureau zou moeten gaan verrichten, had het wel op de weg gelegen van de Minister om de bezetting en inrichting van het Bureau deugdelijk te onderbouwen.

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de opnemings van de adviseur corporate governance als een van de kamers van het Bureau niet in overeenstemming is met de Landsverordening corporate governance. De onafhankelijkheid en zelfstandigheid waarbinnen

SBTNO als de adviseur corporate governance sinds zijn oprichting zijn werkzaamheden heeft uitgevoerd, kunnen door de nieuwe structuur zijnde als een één van de drie kamers van het Bureau niet worden gegarandeerd. Ter zijde wordt opgemerkt dat de inrichting van het Bureau kennelijk niet op onderzoek is gebaseerd, het is dan ook vooralsnog niet duidelijk in hoeverre het Bureau zelf optimaal aan de haar opgedragen taken zal kunnen voldoen.

## Conclusie

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat het Ontwerp feitelijk geen bepalingen bevat die de wellicht beoogde efficiëntie dan wel optimalisering moeten bewerkstelligen. Het Ontwerp omvat bepalingen die bezuinigingen en financiële verplichtingen op de overheidsentiteiten oplegt. Het is dan ook vooralsnog niet duidelijk welke (negatieve) gevolgen de invoering van dit Ontwerp met zich zal meebrengen.

Praktijk heeft bewezen dat de huidige wettelijke en statutaire bepalingen betreffende de overheidsentiteiten niet, niet correct dan wel voldoende worden toegepast. Het had daarom om de weg van de verantwoordelijke ministers en in het bijzonder de Minister van Financiën om alvorens met zo'n Ontwerp te komen eerst de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke kaders waarbinnen de overheidsentiteiten werken om die eerst uit te putten. Het feit dat die overheidsentiteiten kennelijk niet naar verwachting functioneren, is dan wellicht niet het gevolg van die publiekrechtelijke en privaatrechtelijke kaders maar eerder het gevolg van de wijze waarop de gezagsdragers dan wel ministeries de overheidsentiteiten aansturen.

Het is dan ook de vraag of met de invoering van meer wet- en regelgeving een verbetering dan wel optimalisering bij de overheidsentiteiten zal worden bewerkstelligd. Het realiseren van een efficiëntieslag, het verhogen van de kwaliteit van de producten alsmede voor zo ver van toepassing het verhogen van de winstmarge bij de overheidsentiteiten kan ook met de reeds bestaande instrumenten, zoals opgenomen in de Subsidieverordening Curaçao 2007, Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Code Corporate Governance, worden gerealiseerd. Het invoeren van meer wet- en regelgeving, het vergroten van de bevoegdheden van de Minister van Financiën en het instellen van het Bureau zal niet automatisch een efficiëntieslag met zich meebrengen.

SBTNO  
De adviseur corporate governance