

Aan de Raad van Ministers
dtkv de Minister van Gezondheid, Milieu
& Natuur
De heer B.D. Whiteman
Bellisimaweg 17
Alhier

Uw nummer (letter): 2013/17335 Uw brief van: 3 april 2013 Ons nummer: 09042013.02 Willemstad, 9 april 2013

Onderwerp: Advies inzake voornemen tot ontslag Afd:
bestuursleden van BZV (art. 10, AB 2009 no. 92)

Bijlagen:

1 Inleiding

Bij besluit d.d. 3 april 2013 no. 2013/17335 heeft de Raad van Ministers de adviseur verzocht om spoedadvies uit te brengen ter zake het voornemen tot het verlenen van ontslag aan de leden van het bestuur van de Stichting BZV, mede gelet op de bevindingen in de tussentijdse rapportage van de Minister van GMN inzake het door de SOAB verrichte financieel onderzoek binnen de BZV.

Ter zake het ontslag van de bestuursleden van de BZV heeft de adviseur reeds op 8 maart 2013 advies uitgebracht. Verwezen wordt naar het gestelde in het advies van de adviseur d.d. 8 maart 2013 no. 08032013.01 welke als integraal onderdeel van dit advies moet worden gezien. De adviseur zal dan in dit advies nader adviseren op grond van de nader bekomen informatie en documentatie.

2 Ontvangen en geraadpleegde documenten

- Rapport van de SOAB d.d. 19 maart 2013 met kenmerk 13/0294C/JH en onderwerp Tussentijdse rapportage financieel onderzoek BZV.
- Besluit van de Raad van Ministers d.d. 3 april 2013 no. 2013/17335
- Statuten van de BZV d.d. 11 februari 1993.

3 Ontslaggronden

3.1 Wettelijke en statutaire bepalingen voor ontslag

Conform het tweede lid van artikel 10 van de verordening doet de adviseur corporate governance de Minister, de Raad van Minister dan wel Regering schriftelijk haar advies toekomen over de vraag of het voorgenomen ontslag voldoet aan de toepasselijke regelgeving, de Code Corporate Governance en aan de statuten van de vennootschap of stichting en over de vraag of de vennootschap of stichting op grond van de voor het voorgenomen ontslag aangevoerde argumenten in redelijkheid tot een ontslag kan komen. In het advies geeft de adviseur corporate governance gemotiveerd aan of er al dan niet zwaarwegende bezwaren zijn tegen het voorgenomen ontslag en of er al dan niet in redelijkheid tot het voorgenomen ontslag kan worden gekomen.

Ten aanzien van de mogelijkheid tot ontslag van bestuursleden van de BZV wordt verwezen naar de volgende bepalingen van de statuten van de BZV.

Artikel 3 negende lid:

9. Leden van het Bestuur die niet qualitate qua zijn benoemd, waaronder begrepen die hiervoor in lid 3 sub a bedoelde staffunctionarissen, treden volgens rooster, doch uiterlijk twee (2) jaar na hun benoeming, af. Het Bestuur stelt daartoe een rooster van aftreden op. Degene, die benoemd wordt in een tussentijdse vacature, neemt op het rooster van aftreden de plaats van zijn voorganger in. Aftredende bestuursleden zijn, met inachtneming van het bepaalde in lid 8, terstond herbenoembaar.

Voorname bepalingen van de statuten geven de Regering, de Raad van Ministers dan wel de Minister niet de bevoegdheid om een bestuurslid te ontslaan. Conform artikel 3 negende lid treden de leden van volgens en vast te stellen rooster van aftreden doch uiterlijk 2 jaar na hun benoeming.

Mocht de Regering, de Raad van Ministers dan wel de Minister het desalniettemin wenselijk achten om betrokkene uit hun functie te ontheffen dan kan dit geschieden met in achtneming van artikel 2:55 BW. De Regering, de Raad van Ministers dan wel de Minister kan hiertoe een verzoek richten aan de rechter. Wellicht is dit zelfs mogelijk middels een kortgeding dan wel voorlopige voorziening waardoor het ontslag binnen een week zou kunnen plaatsvinden.

Artikel 55

- 1. Op verzoek van het openbaar ministerie of een belanghebbende kan een bestuurder door de rechter worden ontslagen indien:
 - a. hij iets doet of nalaat in strijd met de bepalingen van de wet of de statuten;
 - b. naar het oordeel van de rechter uit het in artikel 54, zesde lid, bedoelde rapport blijkt dat de bestuurder zich schuldig heeft gemaakt aan kennelijk onbehoorlijk bestuur of dat zijn optreden als zodanig aan een behoorlijk functioneren van het bestuur in de weg staat.
- 2. De rechter kan bepalen dat een door hem ontslagen bestuurder gedurende vijf jaar nadat het ontslag onherroepelijk is geworden geen bestuurder van een stichting kan zijn.
- 3. Ten aanzien van de stichting particulier fonds kan een verzoek als bedoeld in het eerste lid uitsluitend worden gedaan door het openbaar ministerie.

Opdat het verzoek bij de rechter gehonoreerd wordt moet er sprake zijn het handelen in strijd met de wet dan wel statutaire bepalingen. Een ontslag op grond van wanbeleid dan onbehoorlijk bestuur is ook mogelijk met in achtneming van artikel 2:54 BW.

3.2 Ontslag gronden rapport SOAB

Voor wat betreft de mogelijke ontslaggronden verwijst de Minister naar het rapport van de SOAB. In het rapport van de SOAB is in het bijzonder in paragraaf 4.1 en 4.3 het volgende gesteld:

Paragraaf 4.1

Gedelegeerd bestuurder

Na het vertrek van de directeur van de Stichting BZV in 2012, is door het bestuur besloten uit hun midden een 'gedelegeerd bestuurder' aan te stellen die belast is met de algehele leiding binnen de Stichting BZV en voorts met de directietaken, zulks in de ruimste zin des woords. De vergoeding die hiervoor aan de gedelegeerd bestuurder is toegekend bedraagt NAf 24.000 per maand, aangevuld met NAf 900 aan onkostenvergoedingen. Daarnaast ontvangt de gedelegeerd bestuurder een vakantie-uitkering van jaarlijks 7% van het bruto jaarsalaris en 29 betaalde vakantiedagen. Desgevraagd geeft het bestuur aan dat het salaris van de voorlaatste directeur van BZV als uitgangspunt is genomen, en dat tevens advies is gevraagd aan de huisaccountant over de toe te kennen beloning. Ter illustratie merken wij nog op dat wij hebben vernomen dat de in december 2011 vertrokken directeur een salaris van NAf 15.184 per maand genoot.

In de overeenkomst met de gedelegeerd bestuurder is een artikel opgenomen waarin wordt gesteld dat indien de overeenkomst door de Stichting BZV voor 14 december 2015 wordt beëindigd, aanspraak gemaakt kan worden op doorbetaling van het loon tot en met deze einddatum. Wij hebben op 1 maart 2013 aan de gedelegeerd bestuurder gevraagd of hij voornemens is aanspraak te maken op deze doorbetaling tot 14 december 2015. Hierop heeft hij op 13 maart jl. bevestigend geantwoord. Op 21 december 2012 is door accountantskantoor H.M.G. Jourdain een adviesnotitie opgesteld waarin is berekend op welke afkoopsom de gedelegeerd bestuurder (67) op basis van zijn

overeenkomst recht zou hebben. Op 14 februari jl. is vervolgens op verzoek van bestuur en gedelegeerd bestuurder een bindend advies uitgebracht door VanEps, Kunneman, VanDoorne om de overeenkomst met de gedelegeerd bestuurder af te kopen voor een bedrag van NAF 764.704,14, zijnde 80% waar hij op basis van zijn overeenkomst recht op zou hebben. Deze korting van 20% op de afkoopsom is overigens door de gedelegeerd bestuurder zelf voorgesteld. Op 15 februari heeft betaling van dit bedrag door BZV plaatsgevonden.

Aan de voorzitter van het bestuur is gevraagd waarom een dergelijke overeenkomst met de gedelegeerd bestuurder is opgesteld. Volgens mr. Braam, de juridisch adviseur van het bestuur, is het gebruikelijk bij overheidsstichtingen en NV's dat doorbetalingen voor langere tijd in dergelijke overeenkomsten worden opgenomen. Ook is aan de voorzitter gevraagd waarom de looptijd van het contract langer is dan de zittingstermijn van de gedelegeerd bestuurder. Volgens de statuten zou de zittingstermijn van het huidige bestuur na 2 jaar, dus in 2013 eindigen terwijl de overeenkomst met de gedelegeerd bestuurder is aangegaan tot 14 december 2015.

Hierop is geantwoord dat bij het opstellen van de overeenkomst het uitgangspunt was dat de zittingsperiode van de regering 4 jaar zou zijn en dat de zittingsperiode van het bestuur met 2 jaar zou worden verlengd.

4.3. Notulen bestuursvergadering

Tijdens onze werkzaamheden hebben wij meerdere malen de notulen van de bestuursvergaderingen vanaf 1 januari 2012 tot heden bij HZV opgevraagd, maar niet ontvangen van het bestuur. Tijdens een gesprek met het bestuur heeft het bestuur bevestigd, en ook door advocaat Braam op schrift laten stellen dat geen notulen van bestuursvergaderingen worden opgesteld, maar dat via mailwisselingen de besluiten worden vastgelegd. Hiervan hebben we, ook na herhaaldelijk verzoek, nog geen voorbeelden ontvangen. Artikel 4.3 van de statuten stelt dat van het verhandelde in de vergaderingen van het bestuur worden notulen gehouden, welke na door de vergadering te zijn vastgesteld, door de voorzitter alsmede de secretaris worden ondertekend.

Artikel 4.1 van de statuten stelt dat het bestuur minstens eenmaal in de twee maanden vergadert (...). Wij hebben wegens het ontbreken van notulen niet vast kunnen stellen dat het bestuur in 2012 minstens eenmaal in de twee maanden heeft vergaderd.

Uit het voorgaande kan o.a. het volgende worden geconcludeerd:

- Het bestuur heeft uit zijn midden een bestuurslid met ingang van 1 juni 2012 benoemd als “gedelegeerde bestuurder”.
- Met het bestuurslid is een overeenkomst van opdracht afgesloten als “gedelegeerde bestuurder” tot 14 december 2015.
- Aan het bestuurslid is kennelijk na goedkeuring van het bestuur in februari 2013 een vergoeding uitbetaald wegens het vroegtijdig beëindigen van de overeenkomst van opdracht.
- De zittingsduur van het betreffende bestuurslid loopt van rechtswege af op 4 mei 2013.
- Besluiten van het bestuur vinden kennelijk via mailwisseling plaats.

Uit de register van de Kamer van Koophandel blijkt dat het bestuur kennelijk bestaat uit 5 bestuursleden. Of al deze bestuursleden nog in functie zijn is de adviseur niet bekend. Het komt immers geregeld voor dat stichtingen niet tijdig de mutaties aan de kamer door geven. In het schrijven van de Minister van 7 maart 2013 staat dat twee bestuursleden hun ontslag zouden hebben ingediend en 1 bestuurslid langdurig ziek is en in het buitenland verblijft. Wanneer de betreffende leden hun ontslag hebben ingediend staat niet in het schrijven vermeld. De adviseur heeft kennis genomen van het schrijven van het bestuurslid Asjes die zijn functie ter beschikking heeft gesteld. Benadrukt wordt dat het ter beschikking stellen van een functie nog geen ontslag impliceert. Het ontslag dient dan nog formeel plaats te vinden.

Indien het voorgaande juist zou zijn betekent dat, dat het bestuur van de BZV slechts uit 2 fungerende leden zou bestaan.

3.3 Statutaire bepalingen, Raad van Commissarissen model

De Code veronderstelt een stichting met een Raad van Commissarissen model waarbij er een toezichthouder is zijnde de RvC dan wel een algemeen bestuur en een Raad van Bestuur dan wel directie die belast is met de algemene leiding en werkzaamheden. Een duidelijke functiescheiding dan wel scheiding van de verantwoordelijkheden en bevoegdheden is het uitgangspunt. De statuten van de BZV geven ook een duidelijke scheiding aan. Het structuur van de BZV bestaat immers uit een bestuur (artikel 3) en het bureau (artikel 5) waarbij het dagelijkse leiding van het bureau en het beheer van de middelen worden toevertrouwd aan een directie bestaand uit een of meer directeuren. De statuten veronderstellen derhalve dat er een of meerdere directeuren moeten zijn. Betoogd kan worden dat het benoemen van een

“gedelegeerde bestuurder” op gespannen voet staat met het gestelde in het tweede lid van artikel 5. Het bestuur was immers gehouden een directeur dan wel interim-directeur te benoemen en niet een “gedelegeerde bestuurder”. Voor zover er een noodzaak was om op korte termijn een voorziening te treffen voor de vacature van een directeur dan had dit beperkt moeten worden voor enkele maanden waarbij met spoed tot de werving en selectie van een (interim)directeur moest worden overgegaan. Het afsluiten van een overeenkomst van opdracht met een “gedelegeerde bestuurder” lopende tot 15 december 2015 kan niet als tijdelijk voorziening worden gezien en is derhalve in strijd met zowel de code als de statuten. Kennelijk is deze looptijd ingegeven door het feit dat de betreffende bestuurder op 15 december 2015 de 70 jarige leeftijd bereikt en conform het achtste lid van artikel 3 niet meer als bestuurder kan worden benoemd. Niet kan worden gesteld worden dat de belangen van de Stichting dan wel de werkzaamheden die voor de stichting verricht, als uitgangspunt hebben gediend voor de vaststelling van de looptijd van de overeenkomst van opdracht. Ook dit staat op gespannen voet met de Code in het bijzonder artikel 2.14 en 2.15 van de Code. Dit te meer nu de betreffende bestuurder wist dat zijn benoemingsperiode als bestuurder van rechtswege op 4 mei 2013 eindigt. Het is niet aan de bestuurder om te veronderstellen dat zijn benoeming nadien zou worden verlengd. Een verlenging is immers geen automatisme maar dient met in achtneming van artikel 2.10 van de Code te geschieden. Een herbenoeming vindt slechts plaats na een zorgvuldige overweging waarbij de evaluatie van het functioneren van een commissaris/bestuurder noodzakelijk is. Gelet hierop had de looptijd van de overeenkomst van opdracht voor zover deze gerechtvaardigd is aangegaan, beperkt moeten worden tot de einddatum van de benoemingsperiode zijnde 4 mei 2013. Ook een vergoedingsregeling bij beëindiging had in beginsel niet verder mogen strekken dan voornoemde datum. Je kunt immers geen “gedelegeerde bestuurder” zijn als je geen bestuurder meer bent.

In het vijfde lid van artikel 5 staat vermeld dat met bestuursleden geen arbeidsovereenkomsten worden afgesloten. De statuten van de BZV dateren voor de inwerkingtreding van de nieuwe BW 2 waaruit voortvloeit dat met directeuren een overeenkomst van opdracht dient te worden afgesloten. Niet anders kan worden gesteld dat het vijfde lid er toe strekt dat bestuursleden niet als directeur kunnen worden benoemd dan wel met hun geen overeenkomst kan worden aangegaan. Het omzeilen van deze bepaling door het aangaan van een overeenkomst van opdracht met een bestuurder bevattende alle elementen van een arbeidsovereenkomst, zoals vakantiedagen, vakantie-uitkering kan aangemerkt worden als schending van deze statutaire bepaling.

3.4 Besluitvormingen en belangenverstrengeling

Van belang zijn de volgende bepalingen van de Code

2.12 Tegenstrijdig belang

Elke vorm en schijn van belangenverstrengeling tussen de vennootschap en commissarissen moet worden vermeden.

Een commissaris neemt niet deel aan de discussie en de besluitvorming over een onderwerp of transactie waarbij deze commissaris een tegenstrijdig belang heeft.

Indien een bestuurslid benoemd wordt als gedelegeerde bestuurder en met hem een overeenkomst wordt afgesloten staat het vast dat hij als belanghebbende in een positie komt te verkeren waarbij er evident sprake is van tegenstrijdige belangen.

Conform de code had het bestuurslid, welke als “gedelegeerde bestuurder” is benoemd en waarmee een overeenkomst van opdracht is afgesloten niet deel mogen nemen aan de beraadslaging en besluitvorming met betrekking tot zijn eigen benoeming en overeenkomst van opdracht. Ook bij de beraadslaging en besluitvorming t.a.v. van de beëindiging van de overeenkomst van opdracht van het als “gedelegeerde bestuurder” had hij geen deel mogen nemen aan de beraadslaging en besluitvorming. Indien hij hieraan heeft deel genomen is er gehandeld in strijd met de code. Gelet op de aard en reikwijdte van voornoemde besluiten kan dit een grondslag op leveren voor ontslag van zowel de bestuurder die als “gedelegeerde bestuurder is benoemd” als de overige bestuursleden die aan de beraadslaging en besluitvorming hebben deelgenomen.

Voor wat betreft de besluitvorming zelf wordt verwezen naar artikel 4 van de statuten van de BZV. Besluitvorming vindt in beginsel in een vergadering plaats en vergaderingen dienen minstens eenmaal in de twee maanden te worden gehouden. Conform het vijfde lid van artikel 4 kunnen besluiten buiten de vergadering worden genomen, mits dit schriftelijk geschiedt en het besluit door de daarvoor vereiste aantal zitting hebbende leden is ondertekend. Dit dient vervolgens in de notulen van de eerstvolgende vergadering worden opgenomen. Een besluitvorming via e-mail zoals kennelijk heeft plaatsgevonden is niet overeenkomstig de statutaire bepalingen. Indien de statutaire bepalingen niet in acht zijn genomen kan betwist worden of er wel geldige besluiten tot stand zijn gekomen. Artikel 2:21 BW stelt immers het volgende:

Artikel 21

1. Een besluit van een orgaan van de rechtspersoon dat in strijd is met de wet of de statuten is nietig, tenzij iets anders uit de wet voortvloeit.
2. Nietig is ook een besluit indien een door dit boek of de statuten voorgeschreven quorum, meerderheid, voorstel, voordracht of machtiging ontbreekt. Nietig is voorts een besluit zolang een door dit boek of de statuten voorgeschreven goedkeuring van een ander orgaan ontbreekt.

De adviseur heeft ook kennis kunnen nemen van een schrijven d.d. 10 november 2011 getekend door de voorzitter en de secretaris van het bestuur van de BZV gericht aan de Minister van GMN waarin zij o.a. zich zelf voor dragen ter benoeming in de indicatiecommissie alsmede voorstellen om de vergoeding aan de leden van deze commissie en derhalve ook zich zelf te verhogen tot NAF 1.750,- . Ook hier is er evident sprake van tegenstrijdige belangen van de voorzitter en secretaris en is er derhalve gehandeld in strijd met artikel 2.12 en 2.15 van de code.

3.5 Persoonlijke voordelen

De Code stelt tevens dat een bestuurder op geen enkele wijze persoonlijk profijt mag te trekken van de ondernemingsactiviteiten anders dan via de commissarissenvergoedingen (bestuurdersvergoedingen) dat hij elke schijn van misbruik dient te voorkomen. Gelet op het gestelde in de Code staat het aangaan van een overeenkomst van opdracht van de Stichting met een bestuurder waarbij extra vergoedingen aan een bestuurder worden toegekend op gespannen voet met artikel 2.15 van de code.

2.15 Persoonlijke voordelen

Commissarissen dienen op geen enkele wijze persoonlijk profijt te trekken van de ondernemingsactiviteiten anders dan via de commissarissenvergoeding. Dit betekent dat zij, teneinde elke schijn van misbruik te voorkomen, beperkingen dienen te aanvaarden in hun vrijheid van handelen ten aanzien van de vennootschap, zoals het aanvaarden van nevenfuncties.

3.6 Beoordeling voornemen tot ontslag.

Uit het voorgaande kan geconcludeerd worden dat het bestuur dan wel enkele bestuursleden bij hun handelen dan wel besluitvorming de Code niet dan wel niet voldoende in acht hebben genomen. Alhoewel de statuten van de BZV nog niet zijn aangepast en in de statuten niet zijn opgenomen dat de Code van toepassing is op de BZV, zij gesteld dat het bestuur dan wel de bestuursleden bij hun handelen de Code in acht hebben moeten nemen gezien het feit dat de BZV een Stichting is in de zin van de verordening en Code corporate governance. Zoals reeds eerder gesteld komt aan de Minister geen directe bevoegdheid toe om de bestuursleden te ontslaan reden waarom de adviseur in zijn eerdere advies ook geseld heeft zwaarwegende bezwaren te hebben tegen het voorgenomen ontslag daar dit statutair niet mogelijk is.

De Minister dan wel het Land zou wel met in achtneming van artikel 2:55 BW zich tot de rechter kunnen wenden met het verzoek de bestuursleden te ontslaan. Gelet op het voorgaande heeft de adviseur geen zwaarwegende bezwaren tegen zulks een voornemen.

3.7 Verder te nemen stappen

Vooruitlopend op een ontslag van de bestuurders kan de Minister reeds nu over gaan tot de invulling van de vacatures in het bestuur met in achtneming van de te doorlopen procedure conform de Verordening. De adviseur had reeds aangegeven geen zwaarwegende bezwaren te hebben tegen twee van de voorgedragen kandidaten.

Indien de rechter het verzoek van de Minister honoreert en de bestuurders ontslaat zou het nieuw benoemde bestuur de nodige stappen kunnen nemen tegen de ontslagen bestuurders.

Het vorderen van de uitbetaalde vergoeding voor de beëindiging van de overeenkomst van opdracht behoort hierbij tot de mogelijkheden indien er vast komt te staan dat er inderdaad gehandeld is in strijd met de statuten en de wet. In dit kader zal de besluitvorming en beraadslaging door het bestuur nader onderzocht moeten worden. De notulen van de betreffende vergaderingen dan wel de e-mails met de besluitvorming en beraadslaging ter zake zullen geraadpleegd moeten worden.

Ten aanzien van de aansprakelijkheid van bestuurders wordt verwezen naar artikel 2:14 BW.

Artikel 14

1. Iedere bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de binnen zijn werkkring gelegen taak.
2. Tot de werkkring van een bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de statuten aan één of meer andere bestuurders zijn toegedeeld.
3. Iedere bestuurder draagt niettemin verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken en is gehouden zoveel mogelijk bij te dragen tot het afwenden van de gevolgen van een schadetoebrenkend feit, ook al behoort de aangelegenheid niet tot zijn werkkring. De bestuurders aan wie ingevolge het tweede lid bepaalde taken zijn toegedeeld houden de overige bestuurders regelmatig op de hoogte van de stand van zaken op dat taakgebied.
4. De aansprakelijkheid ter zake van het bepaalde in het eerste tot en met het derde lid van dit artikel is een hoofdelijke voor alle bestuurders. Niet aansprakelijk is echter de bestuurder die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling, mede gelet op zijn werkkring en de periode gedurende welke hij in functie is geweest, niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

Inden er derhalve sprake is van onbehoorlijke taakvervulling van een bestuurder waardoor de stichting schade heeft geleden, kunnen de bestuurders opgrond van voorgaande artikel hiervoor aansprakelijk worden gesteld.

4 Conclusie en advies

1. De adviseur heeft geen zwaarwegende bezwaren tegen een voorgenomen ontslagverzoek conform artikel 2:55 BW.
2. Het (nieuwe)bestuur kan indien er vast komt te staan dat er sprake is geweest van schending van de wet en statutaire bepalingen, dan wel sprake is geweest van onbehoorlijke taakvervulling de hiervoor verantwoordelijke (ex-)bestuurders aansprakelijk stellen.

De SBTNO
adviseur corporate governance

cc. Minister van Financiën
Minister-President