

Aan De Raad van Ministers
dtkv De Minister van Economische
Ontwikkeling
De heer Stanley M. Palm
AmiDos Building, Pletterijweg 43
Alhier

Uw nummer 2015/005116 Uw brief van: 4 februari 2015 Ons nummer: 02032015.02 Willemstad, 2 maart 2015
(letter):
Onderwerp: Statutenwijziging Fundashon Wega di Number
Kòrsou
Bijlage(n):

1 Grondslag

De openbare rechtspersoon Curaçao is met inachtneming van artikel 4 van de Landsverordening corporate governance (P.B. 2014, no. 3 (G.T.)), een schriftelijke overeenkomst aangegaan ingaande 1 mei 2012, met een bij Landsbesluit no. 2012/13836 aangewezen deskundige organisatie zijnde Stichting Bureau Toezicht en Normering Overheidsentiteiten (hierna: SBTNO). Uitgaande van het gestelde in artikel 4 derde lid van de Landsverordening corporate governance alsook de bepalingen van de overeenkomst van opdracht, behoren tot de werkzaamheden van de adviseur corporate governance onder meer het ambtshalve of op verzoek van het Land Curaçao adviseren van de aandeelhouder, de Regering, de Raad van Ministers dan wel de Ministers over de toepassing van de in het Landsbesluit Code Corporate Governance Curaçao (P.B. 2014, no. 4 (G.T.)) (hierna: de Code) en in de Landsverordening corporate governance opgenomen bepalingen.

Middels besluit van de Raad van Ministers van 4 februari 2015 (zaaknummer 2015/005116), ontvangen op 6 februari 2015, is de adviseur benaderd met het verzoek om advies inzake het voornemen tot statutenwijziging van Fundashon Wega di Number Kòrsou (hierna: FWNK).

2 Ontvangen en geraadpleegde relevante documenten

- Besluit Raad van Ministers van 4 februari 2015 (zaaknummer: 2015/005116);
- Brief van de Minister van Economische Ontwikkeling (hierna: de Minister) van 30 januari 2015 aan de Raad van Ministers;
- Conceptstatuten van FWNK (hierna: de Conceptstatuten);
- Statuten van FWNK van 15 augustus 1986; en
- Online uittreksel van het Handelsregister van de Kamer van Koophandel van Curaçao van FWNK van 23 februari 2015.

3 Melding aan de adviseur

Bij Besluit van de Raad van Ministers van 4 februari 2015 (zaaknummer: 2015/005116) is aan de adviseur om advies gevraagd. In de brief van de Minister aan de Raad van Ministers van 30 januari 2015 is door de Minister gesteld dat FWNK haar statuten conform de vastgestelde modelstatuten voor overheidsstichtingen dient aan te passen. In diezelfde brief heeft de

Minister aan de Raad van Ministers verzocht om de conceptstatuten aan de adviseur voor te leggen om advies.

4 Toetsing van de Conceptstatuten

4.1 Toetsingskader

Voor de toetsing van de Conceptstatuten zal als toetsingskader worden gebruikt de Landsverordening corporate governance, de Code en de modelstatuten overheidsstichtingen Land Curaçao van 11 november 2011 (hierna: de Modelstatuten).

Conform artikel 3, derde lid, van de Landsverordening corporate governance bewerkstelligt de de Minster, voor zoveel als dat mogelijk is, dat de vennootschap of stichting de principes en bepalingen van de Code naleeft.

Conform artikel 1 van de Code dienen de statuten van de vennootschappen en stichtingen zodanig te worden aangepast dan wel opgesteld dat alle bepalingen van de Code van toepassing verklaard kunnen worden. In ieder geval dient in de statuten van die overheidsentiteiten een verwijzing naar de Code te worden opgenomen alsook de verplichting om de bepalingen van de Code toe te passen, rekening houdend met de concrete omstandigheden van de vennootschap of stichting. Tevens is gesteld in voornoemd artikel dat het toepassen van de bepalingen van de Code impliceert dat de statuten van de stichtingen moeten worden aangepast dan wel opgesteld conform het Raad van Commissarissen model en dus conform de Modelstatuten.

4.2 Toetsing aan de Code en de Verordening

Bij het opstellen van de Modelstatuten is bijzondere aandacht besteed aan de bepalingen van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, de Landsverordening corporate governance en de Code. Eveneens is rekening gehouden met de bijzondere plaats van de overheidsstichtingen binnen de Curaçaose maatschappij.

Vooropgesteld moet worden dat van de bepalingen van de Modelstatuten slechts in zeer uitzonderlijke gevallen kan worden afgeweken. Voor het afwijken, moet in ieder geval sprake zijn van een voldoende rechtvaardiging. Ook uit de strekking van de toelichting op modelstatuten deelnemingen van het land Curaçao (de Toelichting), welke voor zo ver mogelijk eveneens naar analogie als toelichting op de Modelstatuten van de overheidsstichtingen kan worden gebruikt, volgt dat slechts in zeer uitzonderlijke gevallen kan worden afgeweken van de Modelstatuten. Daarvoor zal doorgaans een deugdelijke motivering ten grondslag liggen.

Reeds in eerdere adviezen, waaronder het advies van de adviseur van 3 februari 2015 met nummer 03022015.01 inzake de toetsing van de conceptstatuten van Fundashon Marshe, heeft de adviseur aangegeven, dat het niet-motiveren van voorgestelde afwijkingen van de Modelstatuten met zich meebrengt dat voor die wijzigingen geen voldoende rechtvaardiging is om van de Modelstatuten af te wijken.

Bij het toetsen van de Conceptstatuten heeft de adviseur geconstateerd dat de Conceptstatuten op een aantal punten afwijken van de Modelstatuten. De adviseur heeft voor die afwijking geen motivering aangetroffen.



De Conceptstatuten wijken op de volgende punten af van de Modelstatuten:

Artikel 2 Conceptstatuten

Bij artikel 2 van de Conceptstatuten ontbreekt de slotzin van de Modelstatuten zijnde:

"(...), en overigens al hetgeen te doen dat dienstig kan zijn om het gestelde doel te bereiken, alles in de ruimste zijn des woords en met inachtneming van het algemeen belang en een deugdelijke sociaal-economische ontwikkeling van Curaçao."

Deze slotzin is ook opgenomen in artikel 2 van de modelstatuten van de deelnemingen van het Land. Daarover stelt de artikelsgewijze toelichting daarop het volgende:

(...) 3) In het slot van de doelomschrijving wordt tot uitdrukking gebracht dat de vennootschap het algemeen belang en een deugdelijke sociaal-economische ontwikkeling van het land Curaçao in acht neemt. Nu het vermogen van de overheidsvennootschap met name gevormd wordt door bijdragen uit de algemene middelen, en de vennootschap vaak (mede) een publieke taak vervult, is een dergelijke toevoeging aan het doel gepast. Daarmee wordt voor de organen, van de vennootschap, waaronder het bestuur, ook onderstreept dat zij in hun handelen bij de vennootschap de belangen van de maatschappij mogen en moeten meewegen. Daarmee wordt voorkomen dat het bestuur zich genoodzaakt voelt het verrichten van een bepaalde rechtshandeling welke - naast dat deze het belang van de vennootschap dient - het belang van de maatschappij dient, achterwege te laten uit vrees voor doeloverschrijdend handelen. (...) De bepaling moet dan ook vooral worden gezien als een instructie aan de organen van de vennootschap. (...)

Bovendien volgt uit de algemene toelichting van de Toelichting . samengevat- dat de betrokkenheid van de overheid bij overheidsstichtingen gericht is om de maatschappij vruchten te laten plukken van de organisatie van een bepaalde overheidstaak in een private rechtsvorm. Een overheidsstichting heeft tevens een bijzondere verantwoordelijkheid naar de maatschappij toe. Die verantwoordelijkheid komt erop neer dat de overheidsstichting, bij de verwezenlijking van haar doel, het algemeen belang en een deugdelijke sociaal-economische ontwikkeling van het land Curaçao in acht moet nemen.

Met inachtneming van het bovenstaande wordt geadviseerd de ontbrekende slotzin bij artikel 2 Conceptstatuten op te nemen.

Artikel 6 Conceptstatuten

Artikel 6 lid 4 van de Conceptstatuten luidt:

- % Niet benoembaar tot bestuurder is:
- een lid van de staten van het Land;
 - een lid van de raad van ministers van het Land;
 - een ambtenaar van het Land;
 - een persoon die het vrije beheer over zijn vermogen mist;
 - degene die een tegenstrijdig belang met de doelen voor de Stichting heeft.+

Aan artikel 6 lid 4 is een extra sub aan toegevoegd, namelijk sub e. Deze bepaling heeft FWNK kennelijk overgenomen uit de huidige statuten. Ten gevolge daarvan is in de statuten nu uitdrukkelijk opgenomen dat personen, die een tegenstrijdig belang hebben met de doelen van FWNK niet benoembaar in de functie van bestuurder alsmede commissaris zijn.

De voornoemde toevoeging is niet nader gemotiveerd, het had echter op de weg van de Minister gelegen om dit nader te motiveren, doch gezien het feit dat het in lijn is met de Code heeft de adviseur geen bezwaar om het in de statuten van FWNK expliciet te regelen. Voor wat betreft de formulering gaat de adviseur ervan uit dat het woord %oor+abusievelijk is getypt in plaats van het woord %an+. Geadviseerd wordt om het woord %oor+ te veranderen in %an+ in artikel 6 lid 4 sub e van de Conceptstatuten om mogelijke onduidelijkheden te voorkomen.



Een ander afwijking van de Modelstatuten betreft artikel 6 lid 9 van de Conceptstatuten. Dat artikel 6 lid 9 luidt als volgt:

% De overige regeling van de werkwijze en besluitvorming van het bestuur geschiedt bij reglement van het bestuur, vast te stellen door het bestuur, na overleg met van de raad van commissarissen.+

Artikel 6 lid 9 van de Modelstatuten luidt:

% De overige regeling van de werkwijze en besluitvorming van het bestuur geschiedt bij reglement van het bestuur, vast te stellen door het bestuur, na goedkeuring van de raad van commissarissen.+

In de Toelichting op artikel 13 lid 1 van modelstatuten van de deelnemingen van het Land Curaçao, welke in casu gedeeltelijk naar analogie kan worden gebruikt, volgt dat de bedoeling van deze goedkeuring van de raad van commissarissen is om indien de raad van commissarissen bedenkingen heeft tegen bepaalde onderdelen van het concept bestuursreglement dat het bestuur in een gewijzigde concept daaraan tegemoet moet komen. Uit het voorgaande volgt dat het opnemen in de statuten van FWNK dat het bestuursreglement wordt vastgelegd na overleg met de raad van commissarissen niet voldoende toeziet op de bedoeling dan wel strekking van de Modelstatuten.

Nu er in casu een motivering voor deze afwijking ontbreekt, kan niet ambtshalve worden gesteld dat voor deze afwijking een voldoende rechtvaardiging is. Gelet op het voorgaande wordt geadviseerd om de Conceptstatuten op dit punt in lijn te brengen met de Modelstatuten, zijnde dat het bestuursreglement pas kan worden vastgesteld na goedkeuring van de raad van commissarissen.

Artikel 9 Conceptstatuten

In tegenstelling tot de Modelstatuten is aan artikel 9 lid 4 van de Conceptstatuten toegevoegd dat de commissarissen na hun eerste benoeming voor nog één periode van maximaal vier (4) jaar herbenoemd kunnen worden.

Voor wat betreft deze toevoeging is het in lijn met artikel 2.10 van de Code. Alhoewel betoogd kan worden dat het dubbel op is, gezien het feit dat de Code van toepassing is op FWNK, is er geen bezwaar om het ook in de statuten van FWNK te regelen. Alhoewel het op de weg had gelegen om deze extra waarborg voor het opnemen in de statuten van FWNK te motiveren, heeft de adviseur desondanks geen bezwaren tegen deze toevoeging.

Artikel 11 Conceptstatuten

Artikel 11 lid 2 van de Conceptstatuten luidt:

% Na ontvangst van een verzoek tot vergadering als in de vorige volzin bedoeld, is de voorzitter verplicht binnen vijf (5) dagen, de dag van de oproeping en van de vergadering niet meegenomen, een vergadering van de raad van commissarissen bijeen te roepen. Indien aan het verzoek niet wordt voldaan kan de verzoeker zelf overgaan tot bijeenroeping op dezelfde wijze als voor de voorzitter is bepaald.+

De zinsnede de dag van de oproeping en van de vergadering niet meegenomen+ is toegevoegd aan de tekst van artikel 11 lid 2 van de Modelstatuten. Deze toevoeging komt de adviseur onjuist voor en aangezien deze toevoeging ongemotiveerd is, kan niet anders worden betoogd, dat er voor deze toevoeging geen voldoende rechtvaardiging is. Gelet op het voorgaande wordt geadviseerd om de zinsnede de dag van de oproeping en van de vergadering niet meegenomen+ te verwijderen uit de Conceptstatuten en de tekst van artikel 11 lid 2 van de Modelstatuten te handhaven.

Artikel 11 lid 3 van de Conceptstatuten luidt:

%a. De leden van de raad van commissarissen worden tenminste vijf (5) dagen, de dag van de oproeping en van de vergadering niet meegenomen, voor de vergaderingen door of namens de voorzitter schriftelijk opgeroepen, onder vermelding van plaats en tijdstip van de vergadering en opgave van een agenda, waarin de ter vergadering te behandelen onderwerpen zijn vermeld. In, naar het oordeel van de voorzitter, spoedeisende gevallen kan van het bepaalde in dit lid worden afgeweken, waarbij geldige besluiten kunnen worden genomen. Indien de bijeenroeping niet schriftelijk is geschied, of onderwerpen aan de orde komen die niet bij de oproeping werden vermeld, dan wel de bijeenroeping is geschied op een termijn korter dan de voorgeschreven termijn, is besluitvorming niettemin mogelijk mits de vergadering voltallig is en geen van de leden van de raad van commissarissen zich alsdan tegen het besluit verzet.+

Op de onderstreepte woorden na is artikel 11 lid 3 van de Conceptstatuten gelijklopend met artikel 11 lid 3 van de Modelstatuten. Die onderstrepingen betreffen allemaal toevoegingen aan de tekst van de Modelstatuten. Voor geen van die toevoegingen is een motivering ontvangen.

Met betrekking tot de zinsnede de dag van de oproeping en van de vergadering niet meegenomen+ kan desalniettemin worden betoogd dat die zinsnede is bijgevoegd ter verduidelijking van de termijn, die gehanteerd moet worden bij het oproepen van de vergaderingen. Gelet daarop heeft de adviseur, ondanks feit dat deze afwijking gemotiveerd had moeten worden, geen bezwaren tegen deze afwijking.

Voor wat betreft de zin %a, naar het oordeel van de voorzitter, spoedeisende gevallen kan van het bepaalde in dit lid worden afgeweken, waarbij geldige besluiten kunnen worden genomen+.+ wordt op het volgende gewezen. Betoogd kan worden dat deze toevoeging geen toegevoegde waarde heeft, immers ook al zou de toegevoegde zinsnede weggelaten worden, zouden die besluiten ook rechtsgeldig kunnen worden genomen. Terwijl aan de andere kant kan worden betoogd, dat het toevoegen van deze zinsnede de indruk kan creëren dat het weglaten van die zinsnede bij andere entiteiten de rechtsgeldigheid van dergelijke besluiten bij die entiteiten in twijfel kan brengen. Vanwege het feit dat het een onnodige toevoeging betreft, welke niet is gemotiveerd en ter voorkoming van mogelijke interpretatieverschillen, is er geen voldoende rechtvaardiging voor deze afwijking van de Modelstatuten. Gelet op het voorgaande wordt geadviseerd om de zinsnede waarbij geldige besluiten kunnen worden genomen+weg te laten en de tekst conform de Modelstatuten te hanteren.

Artikel 11 lid 8 van de Conceptstatuten luidt:

%b. Voorzover in deze statuten niet anders is bepaald, worden besluiten door de raad van commissarissen genomen met volstrekte meerderheid van stemmen in een vergadering waarin tenminste de helft van de in functie zijnde leden van de raad van commissarissen aanwezig of vertegenwoordigd is. Indien aan dit laatste vereiste niet is voldaan, kunnen over de in verband daarmee aangehouden onderwerpen rechtsgeldige besluiten worden genomen in een volgende vergadering, te houden tussen een en twee weken na die eerste vergadering, ongeacht het aantal dan ter vergadering aanwezige of vertegenwoordigde leden van de raad van commissarissen. Ingeval van staking van stemmen over zaken beslist de voorzitter. Ingeval van staking van stemmen over personen wordt het voorstel geacht verworpen te zijn. Blanco stemmen worden geacht niet te zijn uitgebracht.+

De onderstreepte woorden betreffen wijzigingen van de tekst van de Modelstatuten. Bij de Modelstatuten luidt die tekst slechts: Ingeval van staking van stemmen beslist de voorzitter+.+

De voornoemde toevoeging is niet nader gemotiveerd, het had echter op de weg van de Minister gelegen om dit nader te motiveren. Doch is deze afwijking niet onbegrijpelijk daar door deze formulering het geheimhoudingsrecht van de voorzitter bij het staken van stemmen over personen niet geschonden wordt. Het waarborgen van dit fundamenteel recht is voldoende rechtvaardiging voor deze afwijking.

Artikel 17 Conceptstatuten

Artikel 17 van de Conceptstatuten luidt:

De tegenstelling tot hetgeen is bepaald in artikel 9, lid 3, sub b, juncto artikel 6, lid 4, sub c, zouden die bestuurders die aan de in de hiervoor vermelde artikelen voldoen, voor een periode van maximaal zes (6) maanden tot commissaris kunnen worden benoemd, zulks ter bevordering van een soepele overgang van het huidige naar het nieuwe bestuursstelsel.

Volgens artikel 9 lid 3 sub b juncto artikel 6 lid 4 sub c van de Conceptstatuten kunnen geen ambtenaren worden benoemd in de functie van commissaris bij FWNK. Het voorgaande is ook in overeenstemming met de Code en de Modelstatuten.

Conform de Code dient de commissaris die benoemd wordt op basis van een specifieke voordracht zijn taak te vervullen zonder mandaat van degenen die hem hebben voorgedragen en onafhankelijk van bij de onderneming betrokken deelbelangen, verwezen wordt naar artikel 2.9 van de Code. Tevens dient elke schijn van belangenverstremming te worden vermeden zoals vervat in artikel 2.12 van de Code. In het licht van het voorgaande is de benoeming van een ambtenaar dan wel een aan hem gelijkgestelde functionaris bij de overheid onverenigbaar met de Code. Slechts in bijzondere gevallen kan van deze bepaling van de Code worden afgeweken dit dient echter deugdelijk gemotiveerd te geschieden.

Artikel 17 Conceptstatuten creëert de mogelijkheid om ambtenaren te benoemen als commissarissen bij FWNK. Een dergelijke mogelijkheid is in strijd met de Code en Modelstatuten. Die afwijking is ongemotiveerd aangeleverd. Gezien de eerdere adviezen van de adviseur betreffende de benoemingen van ambtenaren in overheidsentiteiten had het juist op de weg gelegen om deze afwijking deugdelijk te motiveren. Dat de tekst van artikel 17 Conceptstatuten inhoudt dat de deze afwijking behoeft ter bevordering van een soepele overgang van het huidige naar het nieuwe bestuursstelsel is onvoldoende. Op grond van het voorgaande is er geen voldoende rechtvaardiging om van de Modelstatuten af te wijken. Gelet op het voorgaande wordt geadviseerd om artikel 17 Conceptstatuten te verwijderen.

5 Overige opmerkingen

Voor wat betreft de inleidende bepalingen van de Conceptstatuten merkt de adviseur het volgende op. Inmiddels is er een geconsolideerde tekst voor de Code zijnde het Landsbesluit Code Corporate Governance (P.B. 2014, no. 4 (G.T.)). In lijn daarmee wordt geadviseerd om in de inleidende bepalingen van de Conceptstatuten inzake de definitie van de Code de vindplaats van het Landsbesluit Code Corporate Governance te wijzigen in (P.B. 2014, no. 4 (G.T.)).

Voorts voor wat betreft de definitie van het Land in de inleidende bepalingen wordt geadviseerd om daarbij dezelfde definitie als in de geconsolideerde tekst van de Landsverordening corporate governance zijnde de openbare rechtspersoon Curaçao te hanteren.

Overigens volgt uit artikel 4 van de Conceptstatuten dat het vermogen van FWNK zal worden gevormd door inkomsten uit de hiervoor sub a en sub b genoemde activiteiten. Echter uit de verdere tekst van de Conceptstatuten valt niet af te leiden welke die activiteiten zijn. Geadviseerd wordt om op dit punt de nodige correcties aan te brengen.

6 Conclusie en Advies

Geadviseerd wordt om de Conceptstatuten met inachtneming van hetgeen gesteld is in dit advies aan te passen en in overeenstemming te brengen met de bepalingen zoals vervat in de Code en de Modelstatuten.

SBTNO

De adviseur corporate governance

cc. Minister-President
Minister van Financiën

SBTNO website

