

Registratienummer:
EJ 84462 - HAR 11/18
Datum uitspraak: 14 juni 2018 (bij vervroeging)

Beschikking no.:

GEMEENSCHAPPELIJK HOF VAN JUSTITIE

van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en
van Bonaire, Sint Eustatius en Saba

BESCHIKKING

in de zaak van:

het **OPENBAAR MINISTERIE VAN SINT MAARTEN**,

hierna: het OM,

vertegenwoordigd door de advocaat-generaal, aanvankelijk mr. A.C. van der Schans, thans mr. J. Spaans, alsmede door officier van justitie mr. D. Hazejager en plaatsvervangend-hoofdofficier van justitie mr. H. Festen, gemachtigden: de advocaten mrs. R.F. van den Heuvel en R.B. van Hees, verzoeker,

tegen:

de naamloze vennootschappen

- 1. SINT MAARTEN HARBOUR HOLDING COMPANY N.V.,**
- 2. SINT MAARTEN HARBOUR FINANCE N.V.,**
- 3. SINT MAARTEN HARBOUR OPERATIONS N.V.,**
- 4. SINT MAARTEN HARBOUR CRUISE FACILITIES N.V.,**
- 5. SINT MAARTEN HARBOUR CARGO FACILITIES N.V.,**
- 6. SIMPSON BAY CAUSEWAY N.V.,**
- 7. SINT MAARTEN PORTS DEVELOPMENT (SMPD) N.V.,**
- 8. SMH CRANE COMPANY N.V.,**
- 9. SIMPSON BAY LAGOON AUTHORITY CORPORATION (SLAC) N.V.,**
- 10. SINT MAARTEN HARBOUR FUELING COMPANY N.V.,**
- 11. SINT MAARTEN PORTS AUTHORITY N.V.,**
- 12. SINT MAARTEN HARBOUR CONSULTING N.V.,**
- 13. SINT MAARTEN HARBOUR SEASHORE DEVELOPMENT N.V.,**

alle gevestigd te Sint Maarten,

hierna ook gezamenlijk te noemen: ‘de vennootschappen’,

gemachtigden: de advocaten mrs. E.R. de Vries, C. de Bres en J. Knol, verweersters,

met als verschenen belanghebbenden:

de (gewezen) commissarissen van verweerster sub 1:
[belanghebbenden 1 tot en met 7],
allen wonend te Sint Maarten,
gemachtigden: de advocaten mrs. N.C. de la Rosa en B. Brooks,

en:

het **LAND SINT MAARTEN**,
zetelend te Sint Maarten,
verschenen bij zijn waarnemend Minister van Toerisme, Economische Zaken,
Transport en Telecommunicatie C. de Weever,
gemachtigde: de advocaat mr. J.G. Bloem.

1. Verloop van de procedure

Op 1 september 2017 heeft het OM ter griffie te Sint Maarten een verzoekschrift ingediend tot het gelasten van een enquête en het treffen van voorlopige voorzieningen. Dat verzoekschrift is in het ongerede geraakt. Op 19 februari 2018 heeft het OM het verzoekschrift nogmaals ingediend.

Vervolgens heeft het Hof verzoeker, verweersters en belanghebbenden doen oproepen.

Namens de vennootschappen is op 15 mei 2018 een verweerschrift ingediend.

Op 21 mei 2018 heeft het OM een akte ingediend houdende overlegging van producties tevens vermindering van het verzoek tot het gelasten van voorlopige voorzieningen.

Het verzoek is behandeld ter zitting van het Hof in het Court House in Sint Maarten op 24 mei 2018. Namens het OM en verweersters zijn pleitnotities voorgedragen en overgelegd. Ook de minister en zijn gemachtigde hebben het woord gevoerd.

Beschikking is bij vervroeging bepaald op heden.

2. Het verzoek en de grondslag van het verzoek

2.1 Het Land Sint Maarten is enig aandeelhouder van verweerster sub 1. Verweerster sub 1 houdt, direct of indirect, alle aandelen in de overige verweersters. Alle vennootschappen leggen zich toe op activiteiten die verband houden met de haven van Sint Maarten. Tot 29 juni 2017 was statutair bestuurder [naam bestuurder] volledig bevoegd verweerster sub 1 en de meeste overige verweersters te vertegenwoordigen.

2.2 Bij brief van 8 juli 2015 heeft het OM een verzoek om inlichtingen aan verweerster sub 1 gedaan op grond van artikel 2:272 lid 3 BW, zulks naar aanleiding van bij het OM gerezen bedenkingen bij het functioneren en de integriteit binnen de ondernemingen van de vennootschappen. Hierover, en over de aanvullende verzoeken van het OM, is in de twee daarop volgende jaren tussen de advocaat van de vennootschappen en het OM gecorrespondeerd.

2.3 Bij brief van 20 juli 2017 heeft het OM de vennootschappen en de RvC zijn bezwaren kenbaar gemaakt tegen het beleid en de gang van zaken binnen de vennootschappen. Hierop is namens de vennootschappen en de RvC bij brieven van 1 augustus 2017 gereageerd, maar niet naar genoegen van het OM.

2.4 In zijn op 1 september 2017 en 19 februari 2018 ingediend verzoekschrift verzoekt het OM dat het Hof, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. een onderzoek zal bevelen naar het beleid en de gang van zaken bij de vennootschappen gedurende het tijdvak vanaf 1 januari 2009, of zoveel eerder als het onderzoek naar de hierna te noemen onderwerpen daartoe aanleiding geeft, tot de datum waarop het (eind)rapport gereed zal zijn, althans gedurende een door het Hof in goede justitie te bepalen tijdvak, en met betrekking tot door het Hof in goede justitie te bepalen onderwerpen;
2. drie personen zal benoemen teneinde dit onderzoek te verrichten;
3. voor de duur van het geding de volgende, althans door het Hof in goede justitie te bepalen, voorlopige voorzieningen zal treffen:
 - a) schorsing van de bestuursvoorzitter [naam bestuurder];
 - b) aanstelling van een nieuwe bestuursvoorzitter van verweerster sub 1, met toekenning van een ten laste van verweerster sub 1 komende, door het Hof in goede justitie te bepalen beloning;
 - c) schorsing van alle huidige commissarissen van verweerster sub 1;
 - d) aanstelling van een aantal commissarissen bij verweerster sub 1 op zodanige wijze dat wordt voldaan aan alle statutair kwantitatieve en kwalitatieve vereisten, met toekenning van een ten laste van verweerster sub 1 komende, door het Hof in goede justitie te bepalen beloning;
 - e) bevel aan de vennootschappen binnen twee maanden na de datum van de uitspraak in deze zaak een *legal and compliance officer* te benoemen die toezicht houdt op naleving van de toepasselijke wet- en regelgeving, statuten en Corporate Governance Code binnen de vennootschappen, met uitdrukke-

lijke bepaling dat de door het Hof te benoemen tijdelijk bestuurder tot die benoeming bij uitsluiting bevoegd is;

f) bevel aan de vennootschappen binnen twee maanden na de datum van de uitspraak in deze zaak een ombudsman/vertrouwenspersoon te benoemen waar personeelsleden van de vennootschappen misstanden, al dan niet anoniem, kunnen melden, en in dat kader een zogeheten *Non-Retaliation Policy* vast te stellen, met uitdrukkelijke bepaling dat de door het Hof te benoemen bestuurder tot die benoeming bij uitsluiting bevoegd is;

4. de vennootschappen zal veroordelen in de kosten van dit geding.

2.5 Aan deze verzoeken heeft het OM in zijn verzoekschrift ten grondslag gelegd dat gebleken is van gegronde redenen om aan een juist beleid binnen de vennootschappen te twijfelen in de zin van artikel 2:274 BW. Het OM noemt in het verzoekschrift, samengevat, de volgende vijf gronden:

1. *Corporate Governance*

Al jaren wordt niet voldaan aan de eisen gesteld door de statuten van verweerder sub 1 en de *Corporate Governance Code for Island Owned Companies Sint Maarten* op het vlak van Corporate Governance. Zo heeft de toenmalige Minister van Toerisme, Economische Zaken, Transport en Telecommunicatie in augustus 2012 als vertegenwoordiger van de aandeelhouder zonder deugdelijke onderbouwing aan alle leden van de RvC verzocht om voortijdig hun ontslag in te dienen, waarna de RvC werd samengesteld uit drie leden in plaats van de statutair voorgeschreven minimale bezetting van vijf leden. De eveneens statutair voorgeschreven expertise binnen de RvC (scheepvaart/cruise, economisch, financieel en juridisch) is daarbij al jaren niet toereikend. Voorts is de RvC structureel informatie onthouden, zijn door het bestuur (op instructie van de aandeelhouder) besluiten genomen zonder noodzakelijke instemming van de RvC en wordt al jaren niet voldaan aan de verplichting om binnen een half jaar na het afsluiten van het boekjaar een algemene vergadering van aandeelhouders te houden met als doel het bevestigen en aannemen van de jaarcijfers en het jaarverslag.

2. *Het project Causeway*

Besloten is tot de bouw van een brug over de Simpson Bay. De vennootschappen hebben hiervoor een financiering van USD 50 miljoen aangetrokken. Het belang van de vennootschappen bij de opdracht tot de bouw van de Causeway valt volgens het OM niet in te zien, te minder nu voor de vennootschappen tegenover de aanzienlijke rentelasten geen inkomsten staan. Daarnaast roept de gang van zaken bij de gunning aan Volker Construction International en de totstandkoming van de uiteindelijke (hogere) prijs vragen op die de vennootschappen niet hebben beantwoord.

3. De Octaviolening

In 2009 heeft de RvC een geldlening van circa NAF 2,5 miljoen goedgekeurd voor de aanschaf van een havenkraan. Kredietverstrekker was het Panamese Octavio, waarvan een broer van de destijds fungerende RVC-voorzitter bestuurder was. Volgens het OM is hier sprake van een evident belangenconflict, valt niet in te zien waarom de kraan niet met eigen vermogen werd gefinancierd en is door de vennootschappen kennelijk geen onderzoek gedaan naar Octavio en de herkomst van het geld.

4. De schikking met Zebec

Verweerster sub 1 is volgens het OM onverantwoorde risico's aangegaan door met Zebec te contracteren over de uitgifte in ondererfpacht van een stuk grond van 3.000 m² in het havengebied, welke fout de samenleving van Sint Maarten ten minste USD 10 miljoen heeft gekost, het bedrag waartegen de vennootschappen de vorderingen van Zebec hebben geschikt.

5. Fraude met nepfacturen

Uit een strafrechtelijk onderzoek is gebleken dat in elk geval vanaf 2013 gefingeerde en in hoogte sterk overdreven facturen werden ingediend bij en betaald door de vennootschappen, die veelal nipt beneden de grens van USD 25.000 bleven waarboven de toestemming van de RvC vereist is. Deze facturen werden voor uitbetaling getekend door bestuurder [naam bestuurder]. Op deze wijze is volgens het OM tot juli 2017 zeker USD 7 miljoen uit het vermogen van de vennootschappen weggesluisd.

3. De beoordeling

3.1 Op grond van artikel 2:271 BW kan het Hof een of meer onderzoekers benoemen met de opdracht een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken bij een rechtspersoon en daarmee nauw verbonden rechtspersonen. Artikel 2:272 lid 2 BW bepaalt onder meer dat het openbaar ministerie steeds bevoegd is een dergelijk verzoek te doen om redenen van openbaar belang. Ingevolge artikel 2:272 lid 3 BW kan het openbaar ministerie voorafgaand aan een in te dienen verzoek inlichtingen doen inwinnen bij de betreffende rechtspersoon over het beleid en de gang van zaken en is die rechtspersoon verplicht de gevraagde inlichtingen te verschaffen en inzage te verlenen. Artikel 2:276 lid 1 BW bepaalt dat het Hof in iedere stand van het geding waarin een onderzoek wordt verzocht voorlopige voorzieningen kan treffen als bedoeld in het derde lid van die bepaling.

3.2 Het door het OM ingediend verzoek om een enquête en zijn daaraan voorafgegane verzoeken aan de vennootschappen om inlichtingen hebben op een aantal punten reeds effect gesorteerd. Bestuurder [naam bestuurder] is aansluitend op een schorsing van twee maanden op non-actief gesteld. Op 29 juni 2017 zijn naast [naam bestuurder] tot statutair bestuurders benoemd de heren [namen nieuwe bestuurders]. De RvC telt inmiddels vijf leden. Ook is er is een

klokkenluidersregeling ingevoerd. Het OM heeft op grond van deze door de vennootschappen getroffen maatregelen haar verzoeken om de voorlopige voorzieningen genoemd in overweging 2.4 onder 3b), 3c), 3d) en 3f) tweede gedeelte ingetrokken.

3.3 Ten aanzien van de gevraagde voorlopige voorzieningen 3e) (benoeming *legal and compliance officer*) en 3f) eerste gedeelte (benoeming ombudsman/vertrouwenspersoon) heeft het OM verklaard bereid te zijn de betreffende verzoeken in te trekken zodra de vennootschappen uitvoering hebben gegeven aan het door hen geuite voornemen dergelijke functionarissen op korte termijn te benoemen.

3.4 Het OM heeft volhard bij de gevraagde voorlopige voorziening 3a) (de schorsing van bestuurder [naam bestuurder]). De vennootschappen hebben verklaard zich niet tegen die voorziening te verzetten. Zij hebben gesteld voornemens te zijn [naam bestuurder] te ontslaan indien hij door het Gerecht in eerste aanleg schuldig wordt bevonden in de tegen hem lopende strafzaak. Ook [naam bestuurder] zelf (die niet is verschenen) heeft geen blijk gegeven van bezwaar tegen de verzochte schorsing. Uit de stukken en het verhandelde ter zitting is voldoende gebleken van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid en juiste gang van zaken bij de vennootschappen. Gelet op de aan het verzoek tot schorsing ten grondslag gelegde redenen en gelet op de omstandigheid dat de vennootschappen tot dusver zelf - behoudens [naam bestuurder]'s op non-actiefstelling met behoud van vertegenwoordigingsbevoegdheid - niet of nauwelijks maatregelen lijken te hebben getroffen of onderzoek lijken te hebben gedaan naar aanleiding van in het bijzonder de kwestie van de facturen, is het Hof van oordeel dat het belang van de vennootschappen de schorsing van [naam bestuurder] als statutair bestuurder eist. De schorsing van [naam bestuurder] is noodzakelijk en de redenen daarvoor zijn zwaarwegend. Die voorlopige voorziening zal dan ook worden getroffen.

3.5 Ten aanzien van het verzoek om een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken bij de vennootschappen hebben de vennootschappen het standpunt ingenomen dat er inderdaad, gelet op de constatering op het gebied van de *corporate governance* en gelet op de kwestie van de nepfacturen, gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid. Zij stellen voorts dat een enquête kan bijdragen aan de ook door hen, zeker bij overheidsvennootschappen, van groot belang geachte transparantie. Niettemin zijn de vennootschappen van mening dat een onderzoek zoals door het OM verzocht achterwege moet blijven. Zij stellen te vrezen dat de kosten van een enquête hoog zullen zijn en dat de onderzoekers een groot beslag zullen leggen op de tijd van hun bestuurders, terwijl die bestuurders zich volledig dienen te richten op het herstelproces na de orkanen van vorig jaar. Ter zitting hebben de vennootschappen subsidiair verzocht een te gelasten enquête niet eerder dan over een half jaar te laten aanvangen. Zij hebben voorts te kennen gegeven dat zij voornemens zijn zelf onderzoek te laten doen (een “nulmeting”), dat zij ervoor openstaan om in samen-

spraak met het OM tot nadere maatregelen te komen en dat zij, in het bijzonder ook wat betreft het project Causeway, bereid zijn tot het verstrekken van nadere inlichtingen aan het OM. Binnenkort zal volgens de vennootschappen een commissaris met een juridische achtergrond worden benoemd, zodat dan ook zal zijn voldaan aan de kwalitatieve eisen die de statuten stellen aan de samenstelling van de RvC. Over de verdenkingen tegen [naam bestuurder] en diens positie binnen de vennootschappen verwachten de vennootschappen meer duidelijkheid te krijgen als zijn strafzaak later deze maand wordt behandeld.

3.6 Bij de behandeling ter zitting hebben het Land en de RvC het standpunt van de vennootschappen onderschreven.

3.7 Het Hof ziet aanleiding zijn uitspraak ten aanzien van het gevraagde onderzoek en de gevraagde voorlopige voorzieningen 3e) (benoeming *legal and compliance officer*) en 3f) eerste gedeelte (benoeming ombudsman/vertrouwenspersoon) aan te houden tot na een voortzetting van de behandeling. Daarmee krijgen de vennootschappen de gelegenheid voort te gaan met het treffen en afronden van maatregelen ter verbetering van het beleid en de gang van zaken bij de vennootschappen en tot het treffen van maatregelen om de gevolgen van eerder gevoerd onjuist beleid zoveel mogelijk ongedaan te maken of te beperken. De vennootschappen zullen voorts met het OM in overleg kunnen treden over de vraag in hoeverre de bezwaren van de vennootschappen tegen een enquête - de kosten en het tijdsbeslag - kunnen worden verlicht, alsmede over de vorm en reikwijdte van een in opdracht van de vennootschappen en/of een eventueel op last van het Hof te verrichten onderzoek.

3.8 Bepaald zal worden dat de behandeling zal worden voortgezet op 13 december 2018. Alle partijen dienen zich op de rolzitting van het Hof van 27 november 2018 in Curaçao bij akte uit te laten over de vraag in hoeverre nadere maatregelen als hiervoor bedoeld zijn getroffen en wat hun dan actuele standpunt is ten aanzien van nut en noodzaak van de verzochte enquête.

4. Beslissing

Het Hof:

4.1 schorst, bij wijze van voorlopige voorziening en vooralsnog voor de duur van het geding, met ingang van heden, [naam bestuurder] als statutair bestuurder van de vennootschappen;

4.2 verklaart deze beschikking tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

4.3 bepaalt dat de behandeling van de zaak zal worden voortgezet ter zitting van het Hof in het Court House te Sint Maarten op donderdag 13 december 2018, 10.00 uur;

4.4 bepaalt dat partijen op de rolzitting van het Hof in Curaçao van 27 november 2018 een akte zullen nemen als bedoeld onder 3.8 (peremptoir, uitstel in beginsel niet mogelijk);

4.5 houdt iedere verdere beslissing aan.

Deze beschikking is gegeven door mrs. P.E. de Kort, G.C.C. Lewin, en J. de Boer, leden van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie, en ter openbare terechtzitting in Sint Maarten uitgesproken op 14 juni 2018 in tegenwoordigheid van de griffier.