

Zaaknummer: KG 2015/98
Datum: 16 juli 2015
Uitspraaknr:

GERECHT IN EERSTE AANLEG VAN SINT MAARTEN

Vonnis in kort geding

In de zaak van:

**De naamloze vennootschap
Gemeenschappelijk Electriciteitsbedrijf Bovenwindse Eilanden N.V.,**
h.o.d.n. N.V. GEBE,
gevestigd en kantoorhoudende in Sint Maarten,
eiseres in conventie, gedaagde in reconventie,
gemachtigde: mr. J.G. Bloem,

tegen:

Romelio MADURO,
wonende in Sint Maarten,
gedaagde in conventie, eiser in reconventie,
gemachtigden: mrs. S.H.M. Ibrahim en N. de la Rosa.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als **Gebe** respectievelijk **Maduro**.

1. Verloop van het kort geding

Op 18 juni 2015 heeft Gebe een inleidend verzoekschrift ingediend, met producties. Op 24 juni 2015 heeft Maduro een eis in reconventie ingediend. De behandeling heeft plaatsgevonden op 25 juni 2015. Daarbij waren aanwezig de leden van de Raad van Commissarissen van Gebe (Raad van Commissarissen), te weten de heer

R. Richardson (voorzitter), mevrouw Z. Bary, mevrouw V. Webster-Jansen en de heer E. Gumbs, allen bijgestaan door mr. Bloem voornoemd. Maduro is in persoon verschenen, bijgestaan door mrs. Ibrahim en De la Rosa voornoemd. Partijen hebben hun respectieve standpunten (nader) toegelicht aan de hand van pleitnotities en voorafgaand aan de behandeling ingediende producties.

Nu de grondslag van de vordering ziet op de geldigheid van het benoemingsbesluit van Maduro, welk besluit genomen is door de aandeelhoudster, het Land Sint Maarten, heeft het Gerecht het noodzakelijk geacht informanten op te laten roepen die het Gerecht een toelichting kunnen geven over de totstandkoming en inhoud van het benoemingsbesluit. Hiertoe zijn verschenen drs. Bas van den Bosch, mr. Lineke Haandrikman en mr. Angelique Gumbs, allen van de afdeling Legal Affairs van het Land.

Vonnis is nader bepaald op heden.

2. Vorderingen en geschil tussen partijen

2.1. In conventie

Gebe vordert dat het Gerecht bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

Primair:

- Maduro beveelt om, hangende de vaststelling van de rechtsgeldigheid van het benoemingsbesluit, geen bestuursdaden te verrichten namens Gebe, op straffe van een dwangsom van USD 100.000,00 per dag;
- Maduro de toegang te onttrekken tot de burelen van Gebe, op straffe van een dwangsom van USD 100.000,00 per dag;
- Maduro beveelt om binnen 48 uur na betekening van het in deze te wijzen vonnis de in productie 22 opgesomde goederen aan Gebe te verstrekken, op straffe van een dwangsom van USD 1.000,00 per dag;
- Gebe machtigt om hangende de vaststelling van de rechtsgeldigheid van het benoemingsbesluit Maduro te doen uitschrijven als bestuurder van Gebe in de registers van de Kamer van Koophandel;
- Maduro veroordeelt in de proceskosten;

Subsidiar:

- Maduro beveelt om, hangende de non actiefstelling dan wel schorsing van 11 juni 2015 door de Raad van Commissarissen van Maduro, geen bestuursdaden te verrichten namens Gebe, op straffe van een dwangsom van USD 100.000,00 per dag,
- Maduro beveelt om binnen 48 uur na betekening van het in deze te wijzen vonnis de in productie 22 opgesomde goederen aan Gebe te verstrekken, op straffe van een dwangsom van USD 1.000,00 per dag;
- Maduro veroordeelt in de proceskosten.

2.2. In reconventie

Maduro vordert dat het Gerecht, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, Gebe veroordeelt tot tijdige doorbetaling van het honorarium en bijkomstige emolumenten van Maduro, volgens de overeenkomst van opdracht, kosten rechtens.

2.3. Aan haar vordering (in conventie) legt Gebe -kort gezegd- het volgende ten grondslag. Gebe stelt dat het benoemingsbesluit van 29 mei 2015 (het benoemingsbesluit) van de aandeelhouder tot benoeming van Maduro tot 2 jaar als bestuurder van Gebe nietig is ex artikel 2:21, lid 2 van het Burgerlijk wetboek (BW). De reden daartoe is dat niet is voldaan aan de statutaire vereiste van de bindende voordracht van de Raad van Commissarissen met de namen van ten minste twee personen, aldus Gebe.

2.4. Volgens Gebe was zowel de aandeelhouder als Maduro voor de benoeming bekend met onderbouwde bezwaren van de Raad van Commissarissen tegen de aanstelling van Maduro. Deze bezwaren vinden hun grondslag in (financiële) onregelmatigheden en toerekenbare tekortkomingen begaan door Maduro bij de uitvoering van zijn per 31 mei 2015 van rechtswege beëindigd werkverband. Dit werkverband, zo begrijpt het Gerecht, was gestoeld op de overeenkomst van opdracht met Maduro die per 31 mei 2015, na verloop van de overeengekomen periode van 3 jaren, van rechtswege is geëindigd.

2.5. Volgens Gebe is het benoemingsbesluit overigens genomen terwijl het verslag de veiligheidsscreening van Maduro nog niet voorhanden lag.

2.6. Gebe heeft voorts gesteld dat Maduro op 2 juni 2015 een cheque heeft achtergelaten ter betaling van USD 68.600,00 aan SXM Services Provider en dat hij die cheque vervolgens heeft laten vernietigen/annuleren en een nieuwe cheque heeft laten uitschrijven voor betaling van het bedrag van USD 20.600,00. Volgens Gebe was de eerste cheque in strijd met artikel 8, lid 2 van de statuten van Gebe, waaruit volgt dat bestuurders slechts voor het bedrag van Naf. 50.000,00 rechtshandelingen mogen aangaan. Kennelijk realiseerde Maduro dat de eerste betaling de toestemming van de Raad van Commissarissen behoeft en besloot die betaling op te delen in deelbetalingen teneinde de kwestie alsnog aan het toezicht van de Raad van Commissarissen te onttrekken, aldus nogmaals Gebe.

2.7. Gebe verwijst voorts naar een brief van 5 juni 2015 van Maduro aan de medewerkers van Gebe, waarin hij aankondigde voor twee jaren te zijn benoemd tot bestuurder van Gebe. Nu Maduro weigert om, hangende de beslechting van de rechtsgeldigheid van het benoemingsbesluit, geen bestuursdaden te verrichten, heeft Gebe spoedeisend belang bij het gevorderde.

2.8. Maduro heeft, niettegenstaande een sommatie van 11 juni 2015 om zaken van Gebe terug te geven, slechts een aantal zaken van Gebe geretourneerd, behalve een mobiele telefoon, een iPad, kantoor sleutels en 2 credit cards (master card black en master card gold).

2.9. Voor zover noodzakelijk heeft de Raad van Commissarissen van Gebe Maduro geschorst met ingang van 11 juni 2015.

2.10. Ter gelegenheid van de behandeling heeft Gebe voorts gesteld dat het benoemingsbesluit ook nietig dan wel vernietigbaar is, wegens strijdigheid met zowel de Landsverordening Corporate Governance Code als de Corporate Governance Code zelf. Ten slotte heeft Gebe gesteld dat het benoemingsbesluit onbevoegd is genomen, nu dit door de hele Ministerraad en niet slechts door een Minister als aandeelhoudersvertegenwoordiger heeft moeten plaatsvinden.

2.11. Maduro heeft de stellingen van Gebe betwist en stelt op zijn beurt -kort gezegd- dat er sprake is van een voortgezette contractuele relatie en dat hij daardoor belang heeft bij zijn vordering (in reconventie).

2.12. De stellingen van partijen zullen hierna, en voor zover van belang, worden beoordeeld.

3. Beoordeling

3.1. Gelet op de samenhang van de vordering in reconventie met de vordering in conventie zullen de geschillen gezamenlijk worden behandeld

3.2. Door Maduro is aangevoerd dat Gebe geen spoedeisend belang heeft bij diens vorderingen, nu hij sinds zijn schorsing geen bestuursdaden heeft verricht. Het Gerecht zal hieraan voorbij gaan, nu het spoedeisend belang reeds in de aard van de vordering ligt besloten.

3.3. Het meest verstrekkende standpunt in deze is dat het benoemingsbesluit van 29 mei 2015 door de aandeelhoudster nietig is. Bij de beoordeling hiervan zal het Gerecht, gelet op het karakter van de procedure, moeten nagaan of deze stelling voorshands aannemelijk is.

3.4. Conform de statuten van Gebe wordt een managing director (bestuurder) benoemd door de Aandeelhoudersvergadering na een bindend voordracht van de Raad van Commissarissen waarbij minstens twee kandidaten worden genoemd (artikel 7, lid 2 en lid 4 van de statuten). Indien na vier maanden, nadat er een vacature van een bestuurder is ontstaan, de Raad van Commissarissen geen voordracht heeft gedaan, staat het de aandeelhoudersvergadering vrij om een bestuurder te benoemen (artikel 7, lid 4, derde zin van de statuten). De aandeelhoudersvergadering is bevoegd om bij meerderheid van stemmen het bindend karakter van de voordracht te ontnemen (artikel 7, lid 4, vierde zin van de statuten). De vergoeding en andere voorwaarden van de benoeming worden bepaald door de aandeelhoudersvergadering, na daartoe gedane voorstel van de Raad van Commissarissen, en worden schriftelijk vastgesteld in een contract met Gebe (artikel 7, lid 9 van de statuten).

3.5. Uit het benoemingsbesluit van 29 mei 2015 volgt dat de overeenkomst met Maduro is verlengd met twee jaren en dat een concept van een overeenkomst voor die periode aan de aandeelhouder dient te worden voorgelegd ter "ratification and or approval" door de Raad van Commissarissen. Uit genoemd besluit volgt voorts dat "the Board of Supervisory Directors and the Board of Managing Directors of GEBE have been given the opportunity to cast an advisory vote on the following decision".

3.6. Voorop zij gesteld dat het Gerecht voorshands ervan uit gaat dat de heer M.F.A. Gumbs, a.i. Minister of Housing, Spatial Planning, Environment & Infrastructure" bevoegd is geweest om genoemd besluit te nemen als de aandeelhoudersvertegenwoordiger van Gebe. Het Gerecht concludeert daartoe gelet op het Landsbesluit LB 13/0820 waarnaar gerefereerd wordt in de kop van het besluit en gelet op hetgeen, desgevraagd door de rechter, zijdens de informant van het Land als onvoldoende betwist naar voren is gebracht. Zijdens het Land is immers toegelicht dat, ondanks de regeerakkoord waarin is bepaald dat de Raad van Ministers "will be responsible for all matters related to

decision-making regarding appointments, representations and functionaries of all government-owned companies, foundations and government entities”, de daartoe strekkende besluiten van overheidswege nog in de maak zijn en dat het Lansbesluit LB 13/0820 nog niet is ingetrokken. Gelet hierop zal het Gerecht dit standpunt van Gebe, dat overigens tardief is gesteld, immers pas ter gelegenheid van de behandeling, passeren.

3.7. Ter zake de rechtsgeldigheid van het besluit van 29 mei 2015, het volgende. Uit strekking van de door beide partijen ingenomen standpunten volgt dat Maduro's aanvankelijke benoemingstermijn als bestuurder per 31 mei 2015 afliep. Uit zowel artikelen 1, 2, 3 en 26 onder f van de overeenkomst van opdracht tussen Gebe en Maduro, waarvan de inhoud niet is betwist, volgt bovendien dat de contractuele relatie tussen partijen onlosmakelijk verbonden is aan de benoeming van Maduro als bestuurder. Hiervan uitgaande en aangezien de overeenkomst in ieder geval tot en met 31 mei 2015 geldig was, dient het besluit van 29 mei 2015 waarin is besloten over de verlenging van de overeenkomst met Maduro eveneens te worden gezien als een tot zijn herbenoeming als bestuurder.

3.8. Bij gebrek aan andersluidende regels in het statuut van Gebe, gaat het Gerecht er voorts vanuit dat bij de herbenoeming van een bestuurder dezelfde benoemingsprocedure geldt als ware er een vacature bestaat. Een andersluidende conclusie zou niet stroken met de algemeen aanvaarde en, in geval van Gebe, statutair bepaalde controle- en adviesbevoegdheden van een Raad van Commissarissen en zal de Raad van Commissarissen buiten spel zijn in geval van een reeds zittende bestuurder. Het voorgaande brengt met zich dat het Gerecht er voorshands vanuit gaat dat voor de herbenoeming van Maduro een bindende voordracht van de Raad van Commissarissen statutair was voorgeschreven.

3.9. De vraag die thans beantwoording behoeft, is of de aandeelhouder uit de uitlatingen van de Raad van Commissarissen heeft kunnen of mogen afleiden dat zij Maduro ter herbenoeming als bestuurder heeft voorgedragen. Deze vraag beantwoordt het Gerecht op voorhand ontkennend en wel om de navolgende redenen.

3.10. Alhoewel de Raad van Commissarissen per brief van 26 februari 2015 aan de aandeelhouder heeft geadviseerd om de overeenkomst van Maduro, na ommekomst van de periode tot 31 mei 2015 met twee jaren te verlengen, hem een performance bonus toe te kennen over de termijn tot en met mei 2014 en om bevestiging hiervan heeft gevraagd, heeft de Raad van Commissarissen per brief van 15 mei 2015 de aandeelhouder als volgt geïnformeerd: "(...) We urgently inform you that after our advice to you and your decision to extend the agreement, we have discovered that Mr. Maduro has been committing serious misconduct in executing his duties of COO and President of the Company. The misconduct committed by Mr. Maduro is of such serious nature that, had we been aware of this before, we would certainly not have considered advising the Shareholder to extend the present agreement which terminates on May 31st, 2015." De brief gaat verder door een viertal voorbeelden aan te halen waaruit

“the gross misconduct” bestaat. Per brief van 26 mei 2015, derhalve voordat het litigieus besluit werd genomen, informeert de Raad van Commissarissen de aandeelhoudster als volgt: (...) We hasten to call on you pertaining to the following. On May 15, 2015, the Supervisory Board of N.V. GEBE conveyed our position not to offer Mr. Maduro a new contract as COO in light of the disturbing fact that came to light after our initial position to renew his contract for two (2) years. The Board hereby also wishes to confirm the Shareholder’s endorsement of the Board’s decision not to extend said agreement with the COO of N.V. GEBE. For completeness sake, the Board hereby submits the following supporting documents outlining said disturbing facts that lead to our decision not to renew: (...). Deze brief gaat verder met de beschrijving van de bijbehorende bijlagen en sluit af met het volgende: “Finally, the board is aware that continuity is needed in N.V. GEBE and the board has already discussed options moving forward”. Niet is betwist dat deze brief, inclusief bijlagen, op 26 mei 2015 is afgeleverd bij het Bestuurskantoor. Het Gerecht gaat er daarom vanuit dat de aandeelhoudster in ieder geval kennis heeft moeten dragen van de inhoud van deze brief, inclusief bijlagen.

3.11. Voor zover in de brief van 26 februari 2015 een bindende voordracht tot herbenoeming van Maduro moet worden gelezen, dient reeds op voorhand uit de uitdrukkelijke inhoud van de brieven van 15 mei 2015 en 26 mei 2015 te volgen dat de Raad van Commissarissen de voordracht op basis van met bijlagen gemotiveerde gronden heeft ingetrokken. Hierdoor is het niet aannemelijk geworden dat de “advisory vote” van de Raad van Commissarissen, zoals genoemd in het benoemingsbesluit, betrekking kan hebben gehad op de toen nog ten faveure van de verlenging van Maduro’s contract geldende voordracht van de Raad van Commissarissen van 26 februari 2015. Aan het verweer van Maduro dat aan de aandeelhoudster de bevoegdheid toekomt om het bindend karakter van een voordracht te ontnemen en dat een besluit in dit kader een aan de aandeelhoudster voorbehouden recht is, ex artikel 7, lid 4, vierde zin, gaat het Gerecht voorbij, nu er, zoals reeds beoordeeld, ten tijde van het besluit niet aannemelijk is geworden dat er sprake was van een geldende voordracht van de Raad van Commissarissen.

3.12. Bij gebrek aan nadere statutaire regels om een bestuurder buiten een geldende voordracht van de Raad van Commissarissen om te (her)benoemen, oordeelt het Gerecht op voorhand dat het benoemingsbesluit in strijd is genomen met de statuten van Gebe en derhalve nietig is ex artikel 2:21, lid 2 BW. Het zonder een geldende voordracht van de Raad van Commissarissen nemen van het besluit behelst een fundamenteel totstandkomingsgebrek dat door de wet met de nietigheid is gesanctioneerd.

3.13. Dat deze nietigheid aan Maduro kan worden tegengeworpen volgt reeds uit de omstandigheid dat uit zijn overeenkomst van opdracht met Gebe volgt dat zijn contractuele relatie afhankelijk is van zijn benoeming. Op voorhand kan derhalve niet worden gesteld dat Maduro met ingang van 1 juni 2015 nog bestuurder is van Gebe.

3.14. Hetgeen Gebe voor het overige heeft gesteld ter zake de rechtsgeldigheid van het benoemingsbesluit kan, gelet op het voorgaande, onbesproken blijven.

3.15. Het voorgaande brengt eveneens met zich dat Gebe belang heeft bij haar primaire vorderingen ter zake het verrichten van bestuursdaden, de ontzegging van de toegang tot de kantoren van Gebe en de uitschrijving van Maduro als bestuurder uit de registers van de Kamer van Koophandel. Nu eveneens, zoals ter gelegenheid van de behandeling door Gebe is gesteld, bekend is dat Gebe een bodemprocedure heeft geëntameerd tegen het Land ter zake de rechtsgeldigheid van het benoemingsbesluit, zullen die vorderingen tot zoverre worden toegewezen, met dien verstande dat het bevel en ontzegging zullen gelden zolang er nog niet bij onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak in de bodemprocedure is beslist over de rechtsgeldigheid van het benoemingsbesluit. De machtiging tot uitschrijving van Maduro kan ongeclausuleerd worden toegewezen. Mocht het benoemingsbesluit alsnog bij onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak rechtsgeldig worden beoordeeld, dient Maduro opnieuw te worden ingeschreven in de daartoe bestemde registers van de Kamer van Koophandel. Alhoewel Maduro ter gelegenheid van de behandeling heeft gezegd dat de kansen zeer miniem zullen zijn dat hij bestuursdaden zou verrichten, maakt deze beoordeling niet anders, nu hij voorshands niet als bestuurder heeft te gelden en derhalve geen bestuursdaden mag verrichten en evenmin naar derden toe de indruk mag wekken bestuurder te zijn. Uit diens verklaring distilleert het Gerecht evenwel de bereidheid van Maduro om zich te houden aan de in deze te geven bevel, waardoor het Gerecht geen dwangsom zal opleggen.

3.16. Gebe heeft eveneens gevorderd om Maduro te bevelen om een aantal zaken die hij nog in bezit zou hebben aan Gebe te retourneren. Uit de door Maduro overgelegde producties is het voldoende aannemelijk dat hij intussen de gevorderde mobiele telefoon, kantoor sleutels en 2 credit cards (master card black en master card gold) heeft geretourneerd. Ten aanzien van de iPad heeft hij aangevoerd dat die zich bevindt op het kantoor van Gebe. Nu dit niet verder door Gebe is betwist, zal deze vordering worden afgewezen aangezien Gebe daar geen belang meer bij heeft.

3.17. Nu het Gerecht op voorhand heeft beoordeeld dat Maduro niet langer bestuurder is van Gebe, kan er geen sprake zijn van een voortgezette contractuele relatie met hem. Reeds hierom dient zijn vordering tot doorbetaling van hetgeen hem op basis van de overeenkomst van opdracht was verschuldigd te worden afgewezen.

3.18. Dat aan hem enige betaling toekomt gelet op de aan hem gegeven schorsing, het volgende. De schorsing is aan hem op voorwaardelijke gronden gegeven, zo begrijpt het Gerecht, voor zover zijn benoeming (voorshands) geldig zou worden bevonden. Nu dat niet het geval is, dient zijn vordering ook hierom te stranden.

Proceskosten

3.19. Als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij zal Maduro in de proceskosten worden veroordeeld. Gelet op de samenhang tussen de vorderingen, zal het Gerecht de proceskosten in de reconventionele zaak matigen tot nihil.

4. Beslissing in kort geding

Het Gerecht

In conventie

- beveelt Maduro om, zolang er nog niet bij onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak is beslist over de rechtsgeldigheid van het benoemingsbesluit, geen bestuursdaden te verrichten namens Gebe;
- ontzegt Maduro, zolang er nog niet bij onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak is beslist over de rechtsgeldigheid van het benoemingsbesluit, de toegang tot de kantoren van Gebe;
- machtigt Gebe om Maduro te doen uitschrijven als bestuurder van Gebe uit de daartoe bestemde registers van de Kamper van Koophandel;
- verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst af het meer of anders gevorderde;

In reconventie

- wijst de vordering af;

In conventie en in reconventie

- veroordeelt Maduro in de kosten van dit geding aan de zijde van Gebe, tot aan deze uitspraak begroot op Naf. 770,50 aan verschotten, waaronder Naf. 450,- aan griffierechten, en Naf. 1.500,00 aan salaris gemachtigde;
- verklaart de proceskostenveroordeling eveneens uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. M.J. de Kort, rechter in het Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten en in aanwezigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 16 juli 2015.