

Vonnis van 24 juni 2015
Behorend bij A.R. 879 van 2012

GERECHT IN EERSTE AANLEG VAN ARUBA

VONNIS
in de zaak van:

de rechtspersoon naar vreemd recht
LEE TOFANELLI AND ASSOCIATES INC.,
gevestigd te New Jersey in de Verenigde Staten van Amerika,
hierna ook te noemen: LTA,
gemachtigde: de advocaat mr. J.J. Coutinho,

tegen:

de publiekrechtelijke rechtspersoon
HET LAND ARUBA,
zetelend in Aruba,
hierna ook te noemen: het Land,
gemachtigde: de advocaat mr. C.F.K.J Lejuez,

en in de zaak in vrijwaring van

de publiekrechtelijke rechtspersoon
HET LAND ARUBA,
zetelend in Aruba,
hierna ook te noemen: het Land,
gemachtigde: de advocaat mr. C.F.K.J Lejuez,

tegen

EDISON BRIESEN,
wonend te Aruba,
hierna ook te noemen: Briesen,
gemachtigden: de advocaten mr. A.A. Ruiz en I.R. Wever.

Minuut Exemplaar

GERECHT IN EERSTE AANLEG ARUBA

1. DE VERDERE PROCEDURE

In de hoofdzaak en in de vrijwaring

1.1 Het verloop van de procedure tot en met 9 april 2014 blijkt uit het tussenvonnis van die datum. De in dat tussenvonnis gelaste comparitie van partijen heeft plaatsgevonden op 26 augustus 2014. Vervolgens is in de vrijwaring door Briesen op de rolzitting van 3 september 2014 een akte na comparitie genomen, waarna het Land op de rolzitting van 17 september 2014 een contra-akte na comparitie heeft genomen.

1.2 Vervolgens is vonnis in de hoofdzaak en in de vrijwaring nader bepaald op heden.

2. DE VASTSTAANDE FEITEN IN DE HOOFDZAAK

2.1 LTA drijft een onderneming die zich (onder meer) bezig houdt met de organisatie van Music Festivals.

2.2 Op 14 juni 2002 is tussen LTA enerzijds en het Land c.q. de Minister van Toerisme en Transport (hierna: de MvTT) anderzijds een overeenkomst gesloten op grond waarvan LTA ten behoeve van het Land gedurende de jaren 2002, 2003, 2004 en 2005 het Aruban Music Festival (hierna: het AMF) zou organiseren.

2.3 Op 18 juni 2004 is tussen LTA enerzijds en het Land c.q. de MvTT anderzijds een overeenkomst gesloten op grond waarvan LTA ten behoeve van het Land gedurende de jaren 2006, 2007, 2008 en 2009 het AMF zou organiseren.

2.4 In de overeenkomsten d.d. 14 juni 2002 en d.d. 18 juni 2004 is in artikel 3 het volgende overeengekomen:

Producer shall produce the festival in accordance with the mutually approved budget (hereinafter "Budget"), approved by Owner which shall be attached hereto as Exhibit "A" and incorporated herein by this reference, and produce the Festival as diligently, expeditiously and economically as possible, and Producer shall insure that the production of the Festival will be of first class technical quality. In the event the actual costs of the festival are likely to exceed the Budget, Producer will immediately notify Owner of the possibility of the Budget being exceeded and Owner and Producer shall discuss and mutually agree to remedy the situation.

Op grond van deze bepaling dienden partijen jaarlijks per AMF overeenstemming te bereiken over de hoogte van het budget voor het betreffende AMF.

2.5 De Aruba Tourism Authority (hierna: ATA) is een overheidsdienst die belast is met de bevordering van het toerisme op Aruba. Zij was ook jaarlijks betrokken bij de organisatie alsmede bij de financiële afwikkeling en verantwoording van het AMF. In een brief van 6

februari 2008 van de directeur van ATA aan de Minister van Toerisme schrijft de directeur van ATA, voor zover van belang:

Er kan geconcludeerd worden dat dit een totale begroting is van \$960,000, dus AMF kost bijna één miljoen. (in het jaar 2007, toevoeging gerecht) [...]

Dezerzijds dient te worden opgemerkt als zijnde een marketing organisatie en budgethouder, dat deze uitgave (circa 1 miljoen) voor genoemd Festival totaal ongegrond en onredelijk is. Dit gezien het feit dat het festival geen goede ROI heeft (geïnvesteerd bedrag versus aantal bezoekers en/of stijging in aantal bezoekers door het evenement). Daarnaast maakt de ATA zelf extra advertentie uitgaven om de naamsbekendheid van het festival te vergroten en de toeristen naar dit festival te trekken. [...]

U wordt sterk geadviseerd:

- Om ATA direct te laten onderhandelen met Lee Tofanelli.
- De ATA contributie te verminderen tot een maximum bedrag van \$500.000

2.6 Onder een brief van 26 februari 2008 van de directeur van ATA aan de MvTT, welke brief als onderwerp de organisatie van het AMF door LTA had, heeft de minister met de hand op 2 maart 2008 de volgende aantekening gemaakt:

*Acc. met wijziging "structuur" AMF

*Vwb het bedrag aan "sponsorship" is het misschien raadzaam om het totale bedrag aan sponsorship AMF in twee stappen te doen, dus afbouwen in 2008 en 2009.

2.7 In een brief van 10 maart 2008 van de directeur van ATA aan LTA schrijft de directeur, voor zover van belang:

The Minister of Tourism & Transportation, Mr. E. Briesen is in accordance with our proposal to reduce the amount of financial support from the ATA budget to the Aruba Music Festival. [...]

For 2008, it was decided to provide you with a maximum of US\$ 600.000 and a maximum of US\$ 500.000 in 2009 for the organization of the AMF.

2.8 In een Ministeriele Beschikking van de MvTT d.d. 8 augustus 2008 is besloten om voor het jaar 2008 af te zien van het houden van een aanbesteding in verband met het aangaan van een nadere overeenkomst ten aanzien van de productie van het AMF en is tevens besloten om de productie van het AMF te gunnen aan LTA onder toekenning van een budget van \$850.000,00.

2.9 Onder de benaming Production Services Agreement, die is gedateerd op 1 oktober 2008 en welke is ondertekend door zowel LTA als door het Land c.q. de MvTT, zijn partijen een overeenkomst aangegaan voor het organiseren van het AMF door LTA over de periode 2010, 2011, 2012 en 2013. In de considerans van de overeenkomst is (in de laatste volzin op pagina 1) bepaald dat de organisatie van de festivals in de jaren 2010, 2011, 2012 en 2013 zal plaats vinden:

with the dates and budgets to be mutually determined and approved by Owner, provided, however, the parties hereto agree that in no event shall the budget for each Festival be less than Eight Hundred and Fifty Thousand Dollars in United States currency.

2.10 In haar brief van 29 juni 2009 aan de MvTT schrijft de directeur van ATA, voor zover van belang:

As per our latest meeting on Jun 24, 2009 we decided to enforce the reduction of the amount of sponsorship for AMF 2009 to U\$550.000, as was communicated to them earlier.

2.11 In een brief van 31 juli 2009 aan de Minister van Toerisme en Transport schrijft LTA:

As a follow-up to our meeting of July 24, 2009, please allow me to take this opportunity to thank you for your continued confidence in our company by your agreement to extend our production services contract for the Aruba Music Festival for an additional four years.

2.12 Op 25 september 2009 vonden de verkiezingen plaats voor de Staten van Aruba. Na de vorming van een nieuw kabinet (met een andere politieke signatuur) is minister Briesen als Minister van Toerisme en Transport op 30 oktober 2009 opgevolgd door minister Oduber.

2.13 In de brief van 22 januari 2010 van de Centrale Accountantsdienst (hierna: CAD) aan de MvTT schrijft de CAD, voor zover van belang:

Resumerend, de overeenkomst van 1 oktober 2008 met Lee Tofanelli and Associates Inc. is volgens ons in strijd met artikel 25 en 31 van de comptabiliteitsverordening.

2.14 In zijn brief d.d. 6 mei 2010 schrijft de advocaat van LTA (mr D. De Boer van Stibbe New York) aan de MvTT:

LTA and Aruba are the parties to the Production Services Agreement between LTA and Aruba dated October 1, 2008 (but signed September 11, 2009) (...).

2.15 Op 28 januari 2010 schrijft de MvTT aan LTA dat de overeenkomst van 1 oktober 2008 niet door het Land zal worden nagekomen en dat op grond van de Comptabiliteitsverordening Briesen in persoon gebonden is.

3. DE STANDPUNTEN VAN PARTIJEN IN DE HOOFDZAAK

3.1 LTA vordert dat het gerecht bij vonnis, zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad,
- voor recht verklaart dat de overeenkomst getekend tussen partijen op 1 oktober 2008 ter zake van de productie van de Aruba Music festivals van 2010, 2011, 2012 en 2013, volkomen rechtsgeldig is;

- het Land beveelt deze overeenkomst na te komen voor zover dit nog mogelijk is voor de jaren 2012 en 2013;
- het Land veroordeelt om de door LTA geleden schade c.q. inkomstenderving over de jaren die reeds verlopen zijn, te vergoeden op te maken bij staat;
- met veroordeling van het Land in de kosten van dit geding.

3.2 LTA grondt de vordering erop dat zij met het Land een overeenkomst heeft gesloten en dat het Land gehouden is om deze overeenkomst na te komen, althans om schadevergoeding aan LTA te betalen voor zover het Land de overeenkomst niet is nagekomen.

3.3 het Land voert hiertegen, zakelijk weergegeven, als verweer dat:

- de overeenkomst nietig is wegens strijd met de openbare orde;
- althans dat het Land niet is gebonden aan de overeenkomst, omdat deze is aangegaan in strijd met de artikelen 25 en 31 van de Comptabiliteitsverordening.

4. DE BEOORDELING IN DE HOOFDZAAK

4.1 Het gerecht zal als eerste het verweer bespreken dat de overeenkomst nietig is wegens strijd met de openbare orde. Ter onderbouwing van dat verweer heeft het Land aangevoerd dat de overeenkomst d.d. 1 oktober 2008 pas is getekend op 1 september 2009 en derhalve kort voor de Statenverkiezingen. De toenmalige MvTT is in de overeenkomst een financiële verplichting aangegaan voor US\$ 850.000,00 per jaar voor een periode van 4 jaar, terwijl die financiële verplichting niet was opgenomen in de eerdere contracten van 14 juni 2002 en 18 juni 2004 en zonder dat er een noodzaak was voor het opnemen van een dergelijke zwaardere verplichting. Het aangaan van deze overeenkomst met een zwaardere financiële verplichting dan voorheen vlak voor de Statenverkiezingen had als kennelijk motief om het opvolgend bestuur, van wie mocht worden aangenomen dat zij het budget voor het AMF aanmerkelijk zou verlagen, voor een fait accompli te stellen met alle consequenties van dien voor de schaarse openbare middelen.

4.2 Het gerecht overweegt als volgt ten aanzien van dit verweer. Het is vaste rechtspraak van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie (GHvJ 1 maart 2002, NJ 2002, 376; GHvJ 18 oktober 2011, ECLI:NL:OGHACMB:2011:BU3565; GHvJ 17 januari 2012, LJN BY1353 en GHvJ 20 november 2012, ECLI:NL:OGHACMB:2012:BY5788) dat een door het Land gesloten overeenkomst nietig kan zijn wegens strijd met de openbare orde, indien een dergelijke overeenkomst vlak voor een bestuurswisseling wordt gedaan met als kenbaar motief het volgende bestuur, waarvan men aanneemt dat dit anders zou beslissen, voor een fait accompli te stellen, met de consequenties van dien voor de schaarse openbare middelen. Het volgend bestuur zou hierdoor onaanvaardbaar kunnen worden belemmerd

in het in vrijheid uitoefenen van zijn publieke taak ter zake. Het gerecht acht in het licht van deze rechtspraak van het Hof in onderhavige zaak het volgende van belang.

4.3 Hoewel de overeenkomst is gedateerd op 1 oktober 2008, staat het tussen partijen vast dat die overeenkomst niet op de genoemde datum is ondertekend. Volgens het Land is de overeenkomst ondertekend op 1 september 2009 (waartoe zij verwijst naar de brief d.d. 6 mei 2010 van de advocaat van LTA), volgens LTA is de overeenkomst ondertekend in juli 2009. Echter, zo voegt LTA er aan toe, reeds in oktober 2008 was er wilsovereenstemming bereikt omtrent de overeenkomst. Dat er al op 1 oktober 2008 wilsovereenstemming was bereikt en aldus een rechtsgeldige overeenkomst tussen partijen tot stand was gekomen, is door het Land betwist.

4.4 Het gerecht is van oordeel dat op basis van de stellingen van partijen en de door hen overgelegde stukken de juiste datum van ondertekening van de overeenkomst (thans) niet vaststaat. Wel is op basis van de stellingen van partijen duidelijk dat dit in ieder geval op zijn vroegst op 24 juli 2009 is gebeurd. LTA stelt immers in zijn conclusie van repliek (onder nummer 27) dat het contract werd getekend in juli 2009, toen de heer Tofanelli in Aruba was. Gezien de inhoud van de brief d.d. 31 juli 2009 van LTA aan de MvTT, gaat het gerecht er vanuit - indien de ondertekening van het contract zou hebben plaatsgevonden in juli 2009 zoals door LTA gesteld - dat dit gebeurd moet zijn op 24 juli 2009, zijnde de datum van de bijeenkomst die door LTA in haar brief van 31 juli 2009 wordt genoemd. Het gerecht neemt daarom als vaststaand tussen partijen aan dat ondertekening van de overeenkomst niet voor 24 juli 2009 heeft plaatsgevonden.

4.5 Met het Land is het gerecht voorts van oordeel dat niet is komen vast te staan dat er reeds op 1 oktober 2008, dan wel op enig ander tijdstip voor 24 juli 2009, door het bereiken van wilsovereenstemming een bindende overeenkomst tussen partijen was ontstaan. LTA heeft geen feiten gesteld waaruit dit volgt. Uit de brief d.d. 31 juli 2009 volgt daarentegen dat er ook in de beleving van LTA pas tijdens de bijeenkomst op 24 juli 2009 definitief overeenstemming is bereikt over de inhoud van de overeenkomst over de jaren 2010 tot en met 2013 (los van de vraag of tijdens die bijeenkomst de overeenkomst wel of niet is ondertekend).

4.6 De slotsom van hetgeen hiervoor in de nummers 4.4 en 4.5 is overwogen, is dat er ook in de visie van LTA destijds pas vanaf 24 juli 2009 sprake was van een overeenkomst die bindend was voor partijen.

4.7 Volgens LTA had de overeenkomst uit 2009 geen andere strekking dan het continueren van de reeds eerder gesloten overeenkomsten betreffende het AMF. Die overeenkomsten werden telkens voor vier jaren aangegaan, omdat artiesten naar wie veel vraag is vaak lang van tevoren zijn volgeboekt. Het enige verschil tussen de litigieuze overeenkomst en de eerder gesloten overeenkomsten is, aldus LTA, dat in de laatste

overeenkomst een beschikbaar budget van minimaal US\$ 850.000,00 was vastgelegd. De eerdere jaren hadden geleerd dat het organiseren van het AMF telkens op dit bedrag uitkwam. LTA had er belang bij dat dit bedrag in de overeenkomst werd vastgelegd, omdat de directrice van ATA ieder jaar opnieuw vervelend deed over de hoogte van het budget en dit wilde verlagen.

4.8 Hieromtrent wordt als volgt overwogen. In onderhavig geval wordt in de litigieuze overeenkomst een verplichting aangegaan namens het Land voor de jaren 2010 tot en met 2013 voor een bedrag van US\$ 850.000,00 per jaar. In de voorafgaande overeenkomsten d.d. 14 juni 2002 en d.d. 18 juni 2004 die betrekking hadden op de jaren 2002 tot en met 2009 had het Land zich niet verbonden dat per jaar voor het evenement minimaal een bedrag van US\$ 850.000,00 - dan wel enig ander bedrag - beschikbaar zou worden gesteld aan het MFA. Die eerdere overeenkomsten voorzagen erin dat er jaarlijks een budget voor het MFA zou worden vastgesteld. In de periode voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst voor de periode 2010 - 2013 is de MvTT er door ATA diverse keren op gewezen dat een budget van US\$ 850.000,00 (dat ook in de eerdere jaren een gebruikelijk budget was) in de ogen van ATA niet verantwoord was. Om die reden drong ATA er bij de MvTT op aan om het budget drastisch naar beneden bij te stellen. Weliswaar heeft LTA er terecht op gewezen dat niet ATA - die onder de verantwoordelijkheid van de MvTT valt - het budget voor het AMF bepaalt, maar dat de vaststelling van dat budget de verantwoordelijkheid van de MvTT (dan wel het kabinet) is, maar in het licht van de bedenkingen van de ATA (waar het Land in deze procedure met nadruk op heeft gewezen) had van LTA wel mogen worden verwacht dat zij gemotiveerd had gesteld op welke redelijke gronden de MvTT had kunnen komen tot het besluit om in de overeenkomst uit 2009, in afwijking van de eerdere overeenkomsten, een budget vast te stellen van minimaal US\$ 850.000,00 per jaar. De stelling van LTA dat het op voorhand vastleggen van een dergelijk budget nodig was, omdat al een paar jaar van tevoren (LTA noemt in het verzoekschrift onder nummer 9 een periode van 2 tot 3 jaar) wordt begonnen met het vastleggen van de artiesten en dat dan dus ook al duidelijk moet zijn welk budget beschikbaar is, is daartoe niet voldoende. Allereerst is daarmee niet verklaard waarom in de overeenkomsten uit 2002 en uit 2004 voor de periode 2002 tot en met 2009 geen budgets waren vastgesteld en kennelijk in die periode wel kon worden volstaan met het telkens jaarlijks vaststellen van een budget. Van de zijde van LTA is in dit verband in ieder geval niet gesteld dat zij in de periode 2002 tot en met 2009, dan wel de laatste jaren voorafgaand aan 2009, hierdoor voor onoverkomelijke problemen was komen te staan. Ten tweede heeft LTA met bedoelde stelling niet duidelijk gemaakt waarom in 2009 de budgets moesten worden vastgesteld tot en met 2013 en waarom niet had kunnen worden volstaan met een kortere periode.

4.9 De conclusie van het vorenstaande is dan ook dat de MvTT eind juli 2009, en dus nog geen 2 maanden voor de verkiezingen van 2009, een overeenkomst heeft gesloten met LTA waarin aanzienlijke financiële verplichtingen voor het Land werden aangegaan,

waarbij (1) die financiële verplichtingen aanzienlijk zwaarder waren dan in de eerdere overeenkomsten die die tussen LTA en het Land waren gesloten en waarbij (2) niet duidelijk is welke objectieve grond bij het aangaan van die overeenkomst aanwezig was om een dergelijke zwaardere verplichting aan te gaan. Nu aldus deze overeenkomst zo kort voor de verkiezingen voor een periode van vier jaar onverplicht is aangegaan, terwijl duidelijk was dat volgens ATA een budget van US\$ 850.000,00 per jaar uit het oogpunt van 'return on investment' niet verantwoord was, was het kennelijke motief van het sluiten van de overeenkomst om het opvolgend bestuur, waarvan men kon verwachten dat het anders zou beslissen, voor een fait accompli te stellen met alle consequenties van dien voor de schaarse openbare middelen. Het gerecht is dan ook van oordeel dat de overeenkomst - in het licht van de rechtspraak van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie omtrent het afscheidsbeleid - een inbreuk oplevert op zodanig fundamentele beginselen van de rechtsorde dat zij op de voet van artikel 3:40 lid 1 BW wegens strijd met de openbare orde nietig is.

4.10 Het vorenstaande brengt mee dat de vorderingen van LTA, die zijn gebaseerd op de litigieuze overeenkomst, dienen te worden afgewezen. Hierna zal dienovereenkomstig worden beslist. LTA zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van de procedure in de hoofdzaak aan de zijde van het Land gevallen en die tot op heden worden begroot op Afl. 2.700,00 aan salaris van gemachtigde.

4.11 In het vonnis in het incident d.d. 28 november 2012 is beslist dat over de proceskosten in het incident tegelijk met de beslissing in de hoofdzaak zal worden beslist. Het Land zal worden veroordeeld in die kosten aan de zijde van LTA gevallen en welke tot op heden worden begroot op Afl. 900,00 aan salaris van gemachtigde (3 punten van liquidatietarief 5).

5. DE STANDPUNTEN VAN PARTIJEN IN DE ZAAK IN VRIJWARING

5.1 Het Land vordert, naar het gerecht begrijpt – uitvoerbaar bij voorraad – veroordeling van Briesen tot betaling van hetgeen waartoe het Land in de hoofdzaak jegens LTA zal worden veroordeeld, te vermeerderen met de proceskosten die het Land in de hoofdzaak en in het vrijwaringsincident heeft gemaakt, met veroordeling van Briesen tot vergoeding van de proceskosten in de zaak in vrijwaring.

6. DE BEOORDELING IN DE ZAAK IN VRIJWARING

6.1 Omdat de vordering in de hoofdzaak niet toegewezen wordt, moet de vordering in de zaak in vrijwaring worden afgewezen met veroordeling van het Land tot vergoeding van

de proceskosten van Briesen, welke tot op heden worden begroot op Afl. 3.150,00 aan salaris voor gemachtigde (3,5 punten van liquidatietarief 5).

7. DE UITSPRAAK

De rechter in dit gerecht:

in de hoofdzaak

wijst het gevorderde af;

veroordeelt LTA in de kosten van de procedure aan de zijde van het Land gevallen en die tot op heden worden begroot op Afl. 2.700,00 aan salaris voor gemachtigde;

veroordeelt het Land in de kosten van het incident aan de zijde van LTA gevallen en tot op heden begroot op Afl. 900,00 aan salaris voor gemachtigde;

in de zaak in vrijwaring

wijst het gevorderde af,

veroordeelt het Land in de kosten van de procedure in de vrijwaring aan de zijde van Briesen gevallen en die tot op heden worden begroot op Afl. 3.150,00 aan salaris voor gemachtigde.

Dit vonnis is gewezen door mr. J.J. Verhoeven, rechter, en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van woensdag 24 juni 2015 in aanwezigheid van de griffier.

Minuut Exemplaar