

Staten van Aruba
ZJ 2022-2023-993

LANDSVERORDENING houdende machtiging van de minister van Toerisme en Volksgezondheid tot het aangaan namens het Land van een overeenkomst van dading met Lee Tofanelli and Associates Inc.

AANBIEDING

no. 1

De regering van Aruba biedt aan de Staten ter goedkeuring aan een ontwerp voor een Landsverordening houdende machtiging van de minister van Toerisme en Volksgezondheid tot het aangaan namens het Land van een overeenkomst van dading met Lee Tofanelli and Associates Inc.

Oranjestad,

05 DEC 2022

De minister van Toerisme en Volksgezondheid,



De minister van Financiën en Cultuur,



De minister van Algemene Zaken, Innovatie, Overheidsorganisatie,
Infrastructuur en Ruimtelijke Ordening,



STATEN VAN ARUBA
Ingek: 08 DEC 2022
Volgnr: IS/326/22-23

Staten van Aruba

ZJ 2022-2023-993

LANDSVERORDENING houdende machtiging van de minister van Toerisme en Volksgezondheid tot het aangaan namens het Land van een overeenkomst van dading met Lee Tofanelli and Associates Inc.

ONTWERP

no. 2

IN NAAM VAN DE KONING!

DE GOUVERNEUR van Aruba,

In overweging genomen hebbende:

- dat al geruime tijd een geschil loopt tussen het Land en het Amerikaanse bedrijf Lee Tofanelli and Associates Inc. naar aanleiding van diverse in het verleden tussen dat bedrijf en het Land verrichte rechtshandelingen, waarop diverse rechtszaken volgden die nog niet zijn afgerond en waarvan redelijkerwijs kan worden aangenomen dat de uiteindelijke uitkomst niet in het voordeel van het Land zal zijn.;
- dat inmiddels beide partijen de bereidheid hebben uitgesproken om dit geschil te beëindigen onder voorwaarden die gelet de omstandigheden niet ongunstig zijn voor het Land;
- dat een dergelijke geschillenbeëindiging door middel van een dadingsovereenkomst dient plaats te vinden, waarvoor ingevolge artikel 30, eerste lid, van de Comptabiliteitsverordening 1989 (AB 1989 no. 72) een voorafgaande bij landsverordening af te geven machtiging vereist is;
- dat het mitsdien wenselijk is dat deze machtiging wordt verleend;

Heeft, de Raad van Advies gehoord, met gemeen overleg der Staten, vastgesteld onderstaande landsverordening:

Artikel 1

1. De minister van Toerisme en Volksgezondheid wordt gemachtigd om namens het Land een overeenkomst met de Amerikaanse rechtspersoon Lee Tofanelli and Associates Inc. aan te gaan, welke overeenkomst ten doel heeft gerezen geschillen tussen partijen te beëindigen, onder betaling door het Land van een bedrag van USD 1.150.000,- plus wettelijke rente aan die rechtspersoon.
2. Het in het eerste lid bedoelde geschil betreft de hoogte van het aan de Amerikaanse rechtspersoon Lee Tofanelli and Associates Inc. te betalen bedrag aan schadeloosstelling voor de door die rechtspersoon geleden winstderving.

Artikel 2

Deze landsverordening treedt in werking met ingang van de dag na die van haar plaatsing in het Afkondigingsblad van Aruba.

Gegeven te Oranjestad,

De minister van Toerisme en Volksgezondheid,

De minister van Financiën en Cultuur,

De minister van Algemene Zaken, Innovatie, Overheidsorganisatie,
Infrastructuur en Ruimtelijke Ordening,

LANDSVERORDENING houdende machtiging van de minister van Toerisme en Volksgezondheid tot het aangaan namens het Land van een overeenkomst van dading met Tofanelli and Associates Inc.

MEMORIE VAN TOELICHTING

no. 3

§1. Inleiding

Al geruime tijd bestaat er een geschil tussen het Land en het Amerikaanse promotiebedrijf Lee Tofanelli and Associates Inc (LTA) dat uitgemond is in diverse rechtszaken. Op 14 juni 2002 werd tussen het Land en LTA een overeenkomst onder de naam "Production Service Agreement" gesloten op grond waarvan LTA ten behoeve van het Land gedurende 2002, 2003, 2004 en 2005 het zogenaamde "Aruban Music Festival" (AMF) zou organiseren. Op 18 juni 2004 werd een soortgelijke overeenkomst ten behoeve van het AMF in 2006 tot en met 2009, evenals op 1 oktober 2008 voor de organisatie van het AMF in 2010, 2011, 2012 en 2013.

Ten aanzien van de laatstbedoelde overeenkomst stelde het Land zich naderhand op het standpunt dat die niet geldig was, omdat het tot stand was gekomen in strijd met artikel 25 van de Comptabiliteitsverordening (AB 1989 no. 72). Het Land meende daarom niet aan die overeenkomst gebonden te zijn en kwam de daarin opgenomen voor haar opgenomen verplichtingen dan ook niet na. Hierop werd door LTA nakoming van het Land geëist. Dit mondde uit in rechtszaak waarin LTA een verklaring voor recht vorderde dat de Production Service Agreement van 1 oktober 2008 rechtsgeldig was en dat het Land deze overeenkomst alsnog diende na te komen voor de jaren 2012 en 2013. Ook vorderde LTA veroordeling van het Land tot vergoeding van de door LTA geleden schade c.q. inkomstenderving over de jaren in kwestie. Deze vorderingen werden door de rechter in eerste aanleg bij vonnis van 24 juni 2015 afgewezen.

Bij uitspraak van 22 november 2016 – naar aanleiding van een door LTA op 4 augustus 2015 ingesteld hoger beroep – bepaalde het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao en Sint Maarten, en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba (het Hof) dat de Production Service Agreement van 1 oktober 2008 wél rechtsgeldig was en het Land

in verband daarmee veroordeeld om de door LTA geleden schade - op te maken bij staat - als gevolg van het niet nakomen van de overeenkomst, te vergoeden. Nadat dit vonnis onherroepelijk was geworden kwamen het Land en LTA overeen om een onafhankelijke deskundige de omvang van de schade te laten berekenen, zonder dat het resultaat van de berekening meteen bindend zou zijn voor de partijen. Als deskundige werd het bekende accountantskantoor Deloitte aangewezen.

§2. Deskundigenrapport

Op 30 april 2019 concludeerde de deskundige in zijn rapport ten eerste dat de gemiddelde winst van de LTA over de referentie jaren US\$ 397.071,00 per jaar bedroeg. Dit bracht met zich mee dat de gederfde winst van de LTA over de jaren 2010, 2011, 2012 en 2013 in totaal (exclusief rente) US\$ 1.588.284,00 bedroeg. De rente tot op de dagtekening van het rapport bedroeg US\$ 378.218,00 bedragen. De totale door het Land aan de LTA te betalen schadevergoeding bedroeg derhalve US\$ 1.966.502,00.

De uitkomsten van dit rapport werden door het Land nadrukkelijk betwist. Ten eerste bleken daarvoor (nagenoeg) uitsluitend gegevens te zijn gebruikt die door LTA waren aangeleverd. Voorts waren de gegevens niet door middel van een zogenaamde audit geverifieerd, hetgeen voor het Land een minimumvoorwaarde was om eventuele conclusies te kunnen aanvaarden. Bovendien was het vastgestelde gemiddelde winstbedrag op jaarbasis van US\$ 379,071.00 in strijd met de door de LTA zelf aangegeven winstbedragen. Ondanks het verschil van mening over het resultaat van het deskundigenrapport diende LTA op 27 december 2019 een verzoek tot een schadestaatprocedure in bij de rechter.

§3. Schadestaatprocedure

Een schadestaatprocedure kan uitsluitend toepassing vinden bij wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, zoals die welke voortvloeien uit vastgestelde wanprestatie of onrechtmatige daad. In deze fase is de schuld- en toerekeningsvraag dus niet meer aan de orde. In casu staat onherroepelijk vast dat het Land schadevergoeding aan LTA moet betalen. De enige vraag die daarbij nog openstaat, is hoeveel het Land moet betalen.

In de onderhavige schadestaatprocedure hadden partijen hun standpunten en stellingen uiteengezet, waarna de rechter op 1 december 2021 door middel van een tussenvonnis een comparitie van partijen gelastte. Van belang daarbij is ten eerste de navolgende overweging van de rechter:

4.9 Verder heeft het Land gewezen op het "2007 Aruba Music Festival Production budget and disbursement", een kostenoverzicht dat door LTA in de procedure die heeft geleid tot het vonnis van het Gerecht van 24 juni 2015 als bijlage bij het verzoekschrift is overgelegd (productie 11 conclusie van antwoord). Daarin is vermeld dat de begrote kosten over dat Jaar USD 863.400,00 bedroegen en de reële kosten USD 761.108,51. Aldus laat dit overzicht over het jaar 2007 een winst zien van USD 123.074,49, terwijl uit het rapport van Deloitte voor dat jaar een winst van USD 329.184,51 volgt. Het Gerecht stelt vast dat dit inderdaad een zeer groot verschil betreft en dat hier een gedegen uitleg van de LTA tegenover dient te staan.

Daarnaast overwoog de rechter het navolgende:

4.12 Daar staat tegenover dat vaststaat dat het Land in ieder geval enige vorm van schadevergoeding dient te betalen.

In verband hiermee vond op 1 februari 2022 een comparitie van partijen plaats. De rechter was daarbij ten principale van oordeel dat deze zaak geregeld moest worden om verdere procedures (en kosten) te voorkomen. Daarbij gaf hij een duidelijke indicatie van wat als een redelijke schadevergoeding kon worden beschouwd, namelijk US\$ 800.000,- wat gelijk is aan US\$ 200.000,- per jaar winstderving. Uit de context van wat er ter zitting werd aangevoerd en over en weer werd gesteld, bleek dat LTA in principe bereid was om voor een totaalbedrag van US\$ 750.000,- (exclusief rente) de zaak te regelen. Daarbij ging LTA uit van een gemiddelde winstderving ter waarde van US\$ 187.500,- per jaar over 4 jaar.

Van belang hierbij is dat indien partijen niet tot een overeenstemming kunnen komen met betrekking tot de geldelijke omvang van de schade, het aan de rechter is om de schade te begroten. Artikel 6.97 van het Burgerlijk Wetboek van Aruba bepaalt namelijk dat de

rechter de schade begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat.

De rechter heeft volgens vaste rechtspraak een grote mate van discretionaire bevoegdheid bij het begroten van de schade. Bij het begroten van de schade is de rechter ook gehouden om het tijdstip waarop de schade moet worden geacht te zijn ingetreden vast te stellen, evenals het moment waarop de schadevergoedingsverplichting opeisbaar is geworden. Dit is immers van belang voor de wijze waarop de wettelijke rente moet worden berekend. In de onderhavige comparitie ging de rechter uit van een bedrag van USD 800.000,- (namelijk 4 keer USD 200.000,-) (exclusief rente) aan schadevergoeding.

§4. Regeling versus verder procederen

De hamvraag die nu aan de orde is, luidt of het Land kiest voor verder procederen of voor een regeling in den minne. Bij het laatste luidt de vervolgvraag hoeveel het Land zal moeten betalen. Gelet op de feiten en omstandigheden van dit geval kiest de regering voor het laatste. In aanvulling op wat hierboven reeds is vermeld, kunnen de volgende argumenten worden aangevoerd:

- Verder procederen houdt in dat de rechter waarschijnlijk een deskundige moet gaan benoemen met alle gevolgen en kosten van dien. Deze procedure zal minimaal twee jaar duren (zo niet langer). De juridische kosten – exclusief hoger beroep dat na een vonnis in eerste aanleg niet uitgesloten is - voor het verder procederen worden geschat op Afl.100.000 tot Afl.150.000 over de gehele procedure. Overigens kunnen deze kosten ook nog behoorlijk oplopen, aangezien de deskundigen een reconstructie moeten gaan maken met gegevens die meer dan 10 jaren oud zijn, waarbij deze gegevens ook nog geverifieerd moeten worden.
- .- De wettelijke rente blijft ondertussen oplopen wat op zichzelf een bijkomende schadepost voor het Land is.
- De tegenpartij heeft zich bereid verklaard om de zaak te regelen en niet verder te procederen, en daarbij een voorstel voor een regeling gedaan die qua schadevergoedingsbedrag lager ligt dan die van de rechter.

Het Landsbelang is met andere woorden gediend met het stopzetten van de procedure

en het aangaan van een regeling met LTA in de vorm van een dadingsovereenkomst.

§5. Ontwerp-dadingsovereenkomst

LTA heeft inmiddels verklaard bereid te zijn om de zaak voor een bedrag ter waarde van USD 1.150.000,- (inclusief rente) te schikken en het Land een betalingstermijn van 1 jaar te geven om het voorgeschreven wetgevingstraject voor het aangaan van een dadingsovereenkomst te doorlopen. Tijdens de comparatiefase zijn partijen overigens in principe overeengekomen om de ingangsdatum voor de wettelijke rente te laten ingaan op 5 mei 2022 in plaats van 1 januari 2020. Dit aangezien in het schadebedrag van USD 1.150.000,- reeds de wettelijke rente tot en met 4 mei 2022 is ingecalculeerd. Aanvaarding van dit voorstel is naar het oordeel van de regering dus in het voordeel van het Land.

In dit kader werd op 3 juni 2022 een zogenaamde Heads of Terms tussen het Land en LTA vastgesteld, op grond waarvan onder meer de schadestaatprocedure voor een periode van maximaal een jaar zal worden aangehouden. In deze Heads of Terms is voorts opgenomen dat het Land en LTA te zijner tijd over en weer de noodzakelijke rechtshandelingen zullen verrichten ter beëindiging van het geschil in kwestie, in lijn met de uitspraak van 22 november 2016 van het Hof.

Het een en ander leidt tot het aangaan van een overeenkomst van dading tussen het Land en LTA. Een dergelijke overeenkomst valt onder de werking van artikel 30 van de Comptabiliteitsverordening 1989. Dit betekent dat de betrokken minister vooraf gemachtigd moet zijn voor het aangaan van een die overeenkomst. Vanwege het geldelijke belang bij die overeenkomst heeft de machtiging de vorm van een landsverordening. Het ontwerp strekt hiertoe. Opgemerkt zij dat een dading een overeenkomst is tussen twee partijen die een lopend geschil wensen te beëindigen en in dat kader mogelijke toekomstige geschil over dezelfde aangelegenheid wensen te voorkomen. Onderdeel daarvan is het over en weer verlenen van finale kwijting ten aanzien van alle mogelijke schulden. Aangezien een dadingsovereenkomst als doel heeft een geschil definitief te beëindigen, is het uitgesloten dat partijen in toekomst eventuele nog uitstaande vorderingen nog voor de rechter zullen kunnen brengen

§6. Financiële consequenties

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat de financiële consequenties van het onderhavige ontwerp voor het Land USD 1.150.000,- bedragen, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 5 mei 2022 tot aan de dag van voldoening.

De minister van Toerisme en Volksgezondheid,



De minister van Financiën en Cultuur,

 *A.I.*

De minister van Algemene Zaken, Innovatie, Overheidsorganisatie,
Infrastructuur en Ruimtelijke Ordening,

 *A.I.*



RAAD VAN ADVIES

Aan Zijne Excellentie de Gouverneur van Aruba,
t.a.v. de Minister van Algemene Zaken, Innovatie,
Overheidsorganisatie, Infrastructuur en Ruimtelijke
Ordering
L.G. Smith Blvd. 76
Alhier

*Staten van Aruba
ZJ 2022-2023-993
Bijlage : A*

Uw brief: 20 oktober 2022
Uw kenmerk: LV - 22/0026
Datum: 11 november 2022
Kenmerk: RvA 100-22

Onderwerp: Ontwerp-Landsverordening houdende machtiging van de minister van Toerisme en Volksgezondheid tot het aangaan namens het Land van een overeenkomst van dading met Lee Tofanneli and Associates Inc.

Naar aanleiding van bijgaand aan de Raad ter advies toegezonden ontwerp-Landsverordening houdende machtiging van de minister van Toerisme en Volksgezondheid tot het aangaan namens het Land van een overeenkomst van dading met Lee Tofanneli and Associates Inc., moge de Raad Uwe Excellentie het volgende berichten.

1. Met het onderhavige ontwerp wordt beoogd machtiging te verkrijgen van de Staten van Aruba tot het verrichten van een of meer privaatrechtelijke rechtshandelingen ter beëindiging en voorkoming van geschillen tussen het Land en opgemelde rechtspersoon (hierna te noemen: Tofanelli).¹
2. Hoewel de toelichting inzicht geeft in de reikwijdte en de geldwaarde van de verzochte machtiging, constateert de Raad dat voorgesteld artikel 1 niet zelfdragend is nu dit geen concrete duiding geeft van de inhoud van de machtiging en de begrenzing daarvan. De Raad acht dit een gebrek. Voornoemd artikel zou de kernelementen van de te sluiten dadingsovereenkomst dienen te bevatten, zodat de inhoud en de reikwijdte van de verzochte machtiging voldoende worden bepaald. Gelet op het machtigingskarakter² van het ontwerp - zijnde een machtiging vooraf - moet het immers voor de Staten duidelijk zijn waarover een dading wordt gesloten en met welke maximale geldwaarde.³

¹ Considerans j.o. MvT, p. 5. Anders dan het ontwerp en de toelichting aangeven, is de juiste tenaamstelling van deze rechtspersoon naar vreemd recht: Lee Tofanelli and Associates Inc.

² Zie artikel 30 van de CV 1989.

³ Zie onder meer de adviezen van de Raad d.d. 19 mei 2010 (kenmerk: RvA 79-10) en 17 maart 2020 (kenmerk: RvA 31-20).

De Raad acht het op grond van het bovenstaande noodzakelijk dat voorgesteld artikel 1 in voornoemde zin wordt aangevuld, met verbetering van het ontwerp en de toelichting ten aanzien van de tenaamstelling van de betrokken rechtspersoon naar vreemd recht.⁴

3. Voorts is zonder nadere toelichting onduidelijk op welke mogelijke toekomstige geschillen⁵ mede een dading getroffen dient te worden. De toelichting dient nader op dit aspect in te gaan en aan te geven wat de mogelijke financiële implicaties van deze geschillen voor het Land zijn.

4. Tot slot geeft de toelichting aan dat Tofanelli bereid is om de zaak voor een bedrag ter waarde USD 1.150.000,- (inclusief rente) te schikken en dat dit bedrag lager is dan door de rechter is voorgesteld.⁶ Zonder nadere toelichting is deze stelling evenwel onbegrijpelijk, nu de rechter zou hebben aangegeven dat een redelijke schadevergoeding USD 800.000,- zou zijn.⁷ De toelichting dient op dit punt helderheid te verschaffen.

In de marge van het ontwerp en de toelichting zijn enkele voorstellen tot redactionele verbetering opgenomen.

De Raad kan zich voor het overige verenigen met de doelstelling en de inhoud van het ontwerp en geeft u in overweging het aan de Staten aan te bieden, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De Secretaris,

mr. A. Braamskamp

De plv. Voorzitter,

mr. D.G. Kock

⁴ Zie noot 1. Voor wat betreft het ontwerp gaat het hier om de aanhef, considerans en artikel 1.

⁵ Voorgesteld artikel 1.

⁶ MvT, p. 5.

⁷ MvT, p. 3.



Aan de Gouverneur van Aruba
Plaza Eman 3
ALHIER



Uw kenmerk:

Onderwerp: ontwerp-Landsverordening houdende machtiging van de minister van Toerisme en Volksgezondheid tot het aangaan namens het Land van een overeenkomst van dading met Lee Tofanelli and Associates Inc.

Ons kenmerk: SMR-W-385/2021

Oranjestad, 02 DEC 2022
Staten van Aruba
XJ 2022-2023-993
Bijlage: B

Ik heb de eer, namens mijn ambtgenoten van Toerisme en Volksgezondheid alsmede van Financiën en Cultuur, u hierbij aan te bieden het advies van de Raad van Advies van 11 november 2022, nr. RvA 100-22, betreffende het bovenvermelde ontwerp. De Raad kan zich met de doelstelling en de inhoud ervan verenigen en geeft u mitsdien in overweging het aan de Staten aan te bieden, nadat met zijn opmerkingen rekening zal zijn gehouden.

1.

De Raad geeft onder dit punt een omschrijving van het ontwerp en de strekking ervan.

De hier gemaakte opmerkingen behoeven geen bespreking.

2.

Daarna constateert de Raad dat, alhoewel de toelichting inzicht geeft in de reikwijdte en de geldswaarde van de verzochte machtiging, het voorgestelde artikel 1 niet zelfdragend is, nu het geen concrete duiding geeft van de inhoud van de machtiging en de begrenzing daarvan. De Raad acht dit een gebrek. Het artikel zou de kernelementen van de te sluiten dadingsovereenkomst dienen te bevatten, zodat de inhoud en de reikwijdte van de verzochte machtiging voldoende worden bepaald. Volgens de Raad moet het, gelet op het machtigingskarakter van het ontwerp, voor de Staten duidelijk zijn waarover een dading wordt gesloten en met welke maximale geldswaarde.

Naar aanleiding van deze opmerking heb ik voorgestelde artikel 1 ingrijpend aangepast en de tekst ervan concreter geformuleerd. Ik moge daarnaar verwijzen.

3.

Voorts is het voor de Raad zonder nadere toelichting onduidelijk op welke mogelijke toekomstige geschillen mede een dading getroffen dient te worden. Volgens de Raad dient de toelichting nader op dit aspect in te gaan en aan te geven wat de mogelijke financiële implicaties van deze geschillen voor het Land zijn.

Dienaangaande kan ik opmerken dat een dading een overeenkomst is tussen twee partijen die een lopend geschil wensen te beëindigen en in dat kader mogelijke toekomstige geschil over dezelfde aangelegenheid wensen te voorkomen. Onderdeel daarvan is het over en weer verlenen van finale kwijting ten aanzien van alle mogelijke schulden. Aangezien een dadingsovereenkomst als doel heeft een geschil definitief te beëindigen, is het uitgesloten dat partijen in toekomst eventuele nog uitstaande vorderingen nog voor de rechter zullen kunnen brengen. Ik heb de toelichting met deze passage aangevuld.

4.

Tot slot constateert de Raad dat in de toelichting wordt gesteld dat Tofanelli bereid is om de zaak voor een bedrag ter waarde USD 1.150.000,- (inclusief) te schikken en dat dit bedrag lager is dan door de rechter is voorgesteld. Naar het oordeel van de Raad is deze stelling zonder nadere toelichting evenwel onbegrijpelijk, nu de rechter zou hebben aangegeven dat een redelijke schadevergoeding USD 800.000,- zou zijn. Volgens de Raad dient de toelichting op dit punt helderheid te verschaffen.

Opgemerkt zij dat ik me kan vinden in deze opmerkingen van de Raad. Het zinsdeel waarin de desbetreffende passage is opgenomen is dan ook geschrapt.

De voorstellen tot redactionele verbetering zijn zowel in het ontwerp als in de memorie van toelichting verwerkt.

Ik veroorloof derhalve u het gewijzigde ontwerp en de daarbij gewijzigde behorende memorie van toelichting, wederom te doen toekomen en u in overweging te geven het ontwerp aan de Staten ter goedkeuring aan te bieden.

De minister van Algemene Zaken, Innovatie, Overheidsorganisatie,
Infrastructuur en Ruimtelijke Ordening.

