

Burgerlijke zaken over 2019
Registratienummers: AUA201803889– AUA2019H00026
Uitspraak: 24 september 2019

Vonnis no.:

GEMEENSCHAPPELIJK HOF VAN JUSTITIE

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

V O N N I S

in het kort geding van:

de naamloze vennootschap
PROJECT MANAGEMENT ENGINEERING AND CONSULTANCY N.V.,
gevestigd in Aruba,
oorspronkelijk eiseres,
thans appellante,
gemachtigden: mrs. J.P. Sjiem Fat en G.M. Sjiem Fat,

tegen

de naamloze vennootschap
CITGO ARUBA REFINING N.V.,
gevestigd te Aruba,
oorspronkelijk gedaagde,
thans geïntimeerde,
gemachtigden: mrs. J.M. Saade en L.A.M. Leeuwe.

De partijen worden hierna P MEC en Citgo genoemd.

1. Het verloop van de procedure

1.1 Bij akte van appel van 4 februari 2019 is P MEC in hoger beroep gekomen van het tussen partijen gewezen en op 16 januari 2019 uitgesproken vonnis van het Gerecht in eerste aanleg van Aruba (verder: het Gerecht).

1.2 Bij op 22 februari 2019 ingekomen memorie van grieven, met producties, heeft P MEC grieven tegen het vonnis aangevoerd en toegelicht. De conclusie van P MEC strekt ertoe dat het Hof het vonnis zal vernietigen en de vorderingen van P MEC alsnog zal toewijzen, kosten rechtens.

1.3 Citgo heeft op 29 maart 2019 een memorie van antwoord, met productie, ingediend. Citgo heeft daarbij geconcludeerd tot verwerping van de grieven en

bevestiging van het vonnis met veroordeling van PMEC in de kosten van het beroep, uitvoerbaar bij voorraad.

1.4 Het mondeling pleidooi in deze zaak heeft plaatsgevonden op 26 augustus 2019. Namens PMEC is de gemachtigde J.P. Sjiem Fat verschenen, vergezeld van de heer H. Wever, algemeen directeur en de heer R. Nava, financieel directeur. Namens Citgo zijn beide gemachtigden verschenen, vergezeld van de heren Roman en Hall, beiden advocaat in de Verenigde Staten van Amerika, mevrouw J. Calbert, Chief Counsel en de heer Crawford, General Manager van Citgo. De gemachtigden hebben een pleitnota overgelegd en het woord gevoerd. De heer Hall heeft eveneens het woord gevoerd.

1.5 Vonnis is gevraagd en bepaald op heden.

2. De beoordeling

2.1 Citgo is de huurder en exploitant van de voormalige Valero raffinaderij te Aruba.

2.2 Op 22 december 2016 hebben partijen een Service Contract Agreement Engineering and Staffing Services (hierna: de Overeenkomst) afgesloten in het kader van de “rehabilitation” en “refurbishment” van voormelde raffinaderij voor de duur van anderhalf jaar, later verlengd tot 30 juni 2019. Onder deze Overeenkomst stelde PMEC (deskundig) personeel ter beschikking, hield het toezicht en leverde het apparaat, materialen en machines voor de uit te voeren werkzaamheden. Verder regelde PMEC, onder meer, training, huisvesting en transport voor het voornoemde personeel.

2.3 Artikel 3 van de Overeenkomst luidt: “Work under the Agreement will be “authorized” through issuance of a Purchase Order (hereafter “Purchase Order” and “PO”) authorizing the Work to be complete and the expected time to complete such Work. Each such PO shall be issued by the Procurement Representative listed below or another member of the procurement organization. There may be multiple POs under this Agreement and each such PO shall be an independent and separate agreement governed by the Contract Documents as if set forth therein. Contractor will not begin any Work, including ordering of materials, until a PO has been issued by the Procurement Representative”.

2.4 Artikel 3 sub d van Exhibit C Compensation Time and Materials, getiteld Invoice, luidt: “Payment will be due within thirty (30) days after the Contractor’s invoice is received by the Company”.

2.5 Artikel 11 van Exhibit A-1 getiteld: “General Terms and Conditions” (hierna te noemen: G&T), getiteld Force Majeure”, luidt: “No Default. Delays in performance of either party will not constitute default or give rise to any claims for damages if caused by a force majeure event. Force majeure events are acts of God, acts of the public enemy, acts of the Government (federal, state or local), or any other cause that could not reasonably have been anticipated and is beyond the control of the affected Party. The cause preventing performance must be removed with all possible dispatch.

In no case will either Party be required to settle labor disputes or under terms or conditions which it deems unacceptable”.

2.6 Section 1 van de Executive Order 13808 van 24 augustus 2017 van de President van de Verenigde Staten, getiteld: “Imposing Additional Sanctions With Respect to the Situation in Venezuela”, (hierna te noemen: EO 13808) luidt:

“(a) All transactions related to, provision of financing for, and other dealings in the following by a United States person or within the United States are prohibited:

(i) new debt with a maturity of greater than 90 days of Petroleos de Venezuela, S.A.

(PdVSA);

(ii) new debt with a maturity of greater than 30 days, or new equity, of the Government of Venezuela, other than the debt of PdVSA covered by subsection (a)(i) of this section; or

(iii) (...)

(iv) (...)

(b) (...)

(c) the prohibitions in subsections (a) and (b) of this section apply except to the extent provided by statutes, or in regulations, orders, directives, or licenses that may be issued pursuant to this order, and notwithstanding any contract entered into or any license or permit granted before the effective date of this order”.

2.7 General License 2 van 25 augustus 2017 getiteld: “Authorizing Certain Transactions Involving CITGO Holding, Inc.” bepaalt:

(a) Except as provided in paragraph (b) of this general license, all transactions prohibited by Subsections 1(a)(i), 1(a)(ii) and 1 (b) of Executive Order of August 24, 2017 “Imposing Additional Sanctions with Respect to the Situation in Venezuela”, where the only Government of Venezuela entities involved are CITGO Holding Inc. and any of its subsidiaries, are authorized.

(b) This general license does not authorize any transaction that is otherwise prohibited under EO 13808 of August 24, 2017, EO 13692 of March 8, 2015, or any part of 31 C.F.R. Chapter V.

2.8 General License 2A van 5 augustus 2019, getiteld: “Authorizing Certain New Debt, New Equity, and Securities Transactions Involving PDV Holding, Inc, and CITGO Holding, Inc” bepaalt:

(a) Except as provided in paragraph (b) of this general license, all transactions and activities prohibited by Subsections 1(a)(i), 1(a)(ii) and 1 (b) of Executive Order (EO) 13808, as amended by EO 13857 of January 25, 2019, or EO of August 5, 2019, where the only Government of Venezuela entities involved are PDV Holding Inc (PDVH), CITGO Holding Inc or any of their subsidiaries, are authorized.

(b) This general license does not authorize any transaction that is otherwise prohibited by EO of August 5, 2019, or EO 13835 of May 21, 2018, EO 13827 of March 19, 2018, EO 13850 of November 1, 2018, EO 13808, or EO 13692 of March 5, 2015, each as amended by EO 13857, or by any part of 31 C.F.R. Chapter V.

(c) Effective August 5, 2019, General License No. 2, dated August 25, 2017, is replaced and superseded in its entirety by this General License No. 2A.

2.9 Bij mail van 25 september 2018 heeft Citgo PMEC bericht dat de daarin genoemde PO's, zes in totaal, niet zullen worden vernieuwd na 30 september 2018.

2.10 Bij mail van 28 november 2018 heeft Citgo P MEC bericht dat de daarin genoemde PO's, vier in totaal, niet zullen worden vernieuwd na 31 december 2018.

2.11 Bij verzoekschrift in kort geding heeft P MEC het Gerecht verzocht om Citgo te bevelen om binnen 24 uur na het in deze te wijzen vonnis aan P MEC, bij wege van voorschot, het bedrag van Afl. 3.664,532,36 ter zake door Citgo - met een beroep op EO 13808 - onbetaald gelaten rekeningen, te voldoen, kosten rechtens, dan wel zodanige andere voorziening te geven als het Gerecht in goede justitie billijk acht.

2.12 In het bestreden kortgedingvonnis heeft het Gerecht het door P MEC verzochte afgewezen en P MEC veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van Citgo gevallen en tot aan de uitspraak begroot op Afl. 2.500,= aan salaris voor de gemachtigden.

2.13 P MEC heeft haar eis bij memorie van grieven verminderd tot het bedrag van Afl. 3.453.992,71.

2.14 Volgens vaste jurisprudentie is ten aanzien van geldvorderingen in kort geding terughoudendheid geboden. Onderzocht moet worden of het bestaan van de vordering voldoende aannemelijk is. Dat betekent dat met een grote mate van waarschijnlijkheid te verwachten moet zijn dat de bodemrechter haar zal toewijzen. Daarnaast moet sprake zijn van feiten of omstandigheden die meebrengen dat uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening is vereist. Voorts dient in de afweging van de belangen van partijen het restitutierisico betrokken te worden.

2.15 P MEC heeft haar spoedeisend belang voldoende aannemelijk gemaakt en Citgo heeft daar onvoldoende tegenover gesteld. Gelet daarop zal van een spoedeisend belang worden uitgegaan.

2.16 Niet ter discussie staat dat de huidige politieke, economische en humanitaire crisis in Venezuela, die gepaard gaat met, onder meer, schending van de mensenrechten en fundamentele vrijheden in het algemeen alsmede corruptie, repressie en geweld tegen de politieke oppositie en vluchtelingenstromen in het bijzonder, heeft geleid tot het uitvaardigen van economische sancties door de President van de Verenigde Staten, waaronder EO 13808, waarop door Citgo in deze procedure een beroep wordt gedaan. Die sancties van de Verenigde Staten zijn erop gericht om buitenlandse bedrijven en instellingen ervan te weerhouden om zaken te doen met de Venezolaanse overheid en met haar gelieerde instellingen en deze de toegang tot financiële instellingen en bronnen te ontfemen met als doel om de (financiële) slagkracht van de regering Maduro en haar achterliggers te ondermijnen en uiteindelijk het terugtreden van de regering te bewerkstelligen. De onderhavige zaak zal met het hiervoor overwogene in het achterhoofd worden beoordeeld.

2.17 Volgens Citgo is het haar op basis van EO 13808 en de later uitgevaardigde EO 13850 en EO 13884 van 5 augustus 2019, nog los van de vraag of zij de gevorderde bedragen erkent, onmogelijk om de facturen van P MEC te betalen zonder vergunning van de Office of Foreign Assets Control (hierna: OFAC), althans dit zou haar op grote boetes komen te staan en haar medewerkers blootstellen aan mogelijk langdurige gevangenisstraffen. Citgo heeft de Amerikaanse autoriteiten verzocht om toestemming tot het doen van betalingen aan P MEC maar daarop is (nog) geen bericht ontvangen. Citgo stelt dat dus sprake is van overmacht op grond van artikel 11 van de G&T dan wel de bepalingen van het BW. Citgo doet in het bijzonder een beroep op een act of Government vanwege de EO 13808 van 24 augustus 2017.

2.18 Nu niet is gesteld of gebleken dat Citgo later dan 24 augustus 2017 bekend is geraakt met de EO 13808, gaat het Hof ervan uit dat Citgo vanaf die datum met de daarin opgenomen economische sancties bekend was. Vast staat dat het overgrote deel van de facturen waarvan P MEC betaling vordert, betrekking heeft op, samengevat weergegeven, diensten die na 24 augustus 2017 zijn verleend door P MEC en afgenomen door Citgo. Het kleine deel dat betrekking heeft op diensten van voor deze datum is, door de niet verdere verlenging van de PO's door Citgo, gefactureerd in het kader van de door de opzegging noodzakelijk geworden afronding van de werkrelatie.

2.19 Veronderstellenderwijs uitgaande van de juistheid van de door Citgo gegeven interpretatie van de toepasselijkheid en inhoud van de EO 13808 (en gemakshalve ook van die van EO 13850 en 13884), wist Citgo op het moment van het afnemen van de diensten en het beëindigen van de werkrelatie met P MEC dat de EO's betaling verhinderden van de facturen van P MEC, althans dat zij zelf de EO's zo uitlegde, en dat die betaling, nu het einde van de crisis in Venezuela niet in zicht was en nog steeds niet is, ook in de nabije toekomst niet was te voorzien. Vast staat dat Citgo daarin geen aanleiding heeft gezien om af te zien van het afnemen van de diensten van P MEC of om met P MEC te overleggen of zij nog langer bereid was haar diensten te leveren in het licht van de EO's en zo ja, onder welke voorwaarden. Gelet op deze bewuste keuzes van Citgo tot voortzetting van het afnemen van de diensten van P MEC, is de tekortkoming van Citgo in de nakoming van de Overeenkomst haar, naar het voorlopig oordeel van het Hof, toe te rekenen en is er geen sprake van een onvoorzienbare omstandigheid in de zin van artikel 11 van de G&T dan wel in de zin van artikel 6:75 BW. Voldoende aannemelijk is dat de bodemrechter, indien geadeerd, het beroep op overmacht zal afwijzen.

2.20 Het is daarbij nog maar de vraag of EO 13808 zo kan worden uitgelegd dat deze betaling van schulden van de regering van Venezuela en met haar gelieerde instellingen van ouder dan 30 dagen verbiedt. Met name de woorden "new debt with a maturity of greater than 90 (respectievelijk 30) days", en in aanmerking nemende de achtergrond van de EO, wijzen er eerder op dat moet

worden voorkomen dat de regering van Venezuela structurele financiële fondsen, meer in het bijzonder leningen of andere kredietfaciliteiten met een looptijd van meer dan dertig dagen, tot haar beschikking krijgt en daardoor meer financiële slagkracht heeft, dan dat het hen verboden is om schulden aan anderen te betalen. Nu betaling aan de schuldeisers voor de door hen verleende diensten de regering van Venezuela geen nieuwe financiële fondsen oplevert maar de bestaande financiële fondsen juist doet afnemen, is strijd met EO 13808 niet vanzelfsprekend.

2.21 Daarbij geldt dat General License 2 uitdrukkelijk heeft bepaald dat EO 13808 niet van toepassing is op Citgo Holding, Inc en haar dochterondernemingen. General License 2A, die General License 2 heeft vervangen per 5 augustus 2019, heeft zulks nog verder uitgebreid tot PDV Holding, Inc (PDVH) en haar dochterondernemingen. Gelet op het overgelegde organogram kan Citgo worden aangemerkt als de (klein)dochter van PDVH en heeft voorts te gelden dat Citgo sterke banden heeft met de dochter van Citgo Holding, Inc, Citgo Petroleum Corporation, die, op basis van een service agreement, de Treasury werkzaamheden voor Citgo, bestaande uit het verwerken en betalen van de rekeningen van Citgo, op zich heeft genomen. Op grond van deze Licenses zijn, althans lijken, betalingen aan PMEC zonder vergunning van OFAC toegestaan.

2.22 Bij pleidooi is door Citgo, onder verwijzing naar de brief van Willkie Farr & Gallagher van 21 augustus 2019, hertegen ingebracht dat PdVSA bij EO 13850 van 1 november 2018, 13857 van 25 januari 2019 en 13884 van 5 augustus 2019, is aangemerkt als special designated national waarvan de eigendom en belangen in eigendom zijn geblokkeerd. In zowel General License 2A, als ook General License 7C betreffende het blokkeren van eigendommen, valt te lezen dat de License alleen geldt indien “the only Government of Venezuela entities involved are PDVH, CITGO Holding, Inc or any of their subsidiaries”. Nu PdVSA het Aruba-project heeft ontworpen en voordeel zou kunnen hebben bij de afronding daarvan, PdVSA via Citgo Holding, Inc en PDVH fondsen voor het Aruba-project ter beschikking heeft gesteld alsmede personeel dat een belangrijke toezichthoudende rol vervulde binnen het project en ook op het werk van PMEC, kan OFAC het standpunt innemen dat betalingen aan PMEC niet zijn toegestaan zonder vergunning van OFAC nu PdVSA is betrokken, aldus Citgo.

2.23 Het Hof volgt Citgo niet in dit betoog. Niet alleen heeft Citgo de betrokkenheid van PdVSA niet nader onderbouwd, hetgeen wel van haar had mogen worden verwacht, maar ook, indien de gestelde betrokkenheid juist zou zijn, is sprake van een dermate ver verwijderd verband dat – zonder nadere toelichting welke ontbreekt – niet zonder meer aannemelijk is dat de Amerikaanse overheid dan wel een Amerikaanse rechter zouden menen dat betaling van de rekeningen van PMEC door Citgo zonder vergunning van OFAC, waardoor de fondsen van de regering van Venezuela en met haar

gelieerde instellingen zouden afnemen, een schending van de genoemde EO's zouden impliceren, althans zouden menen dat daarvoor boetes of gevangenisstraffen, nog los van de vraag of zulks zich wel verdraagt met het internationaal recht, aan de orde zijn voor Citgo of medewerkers van Citgo dan wel Citgo Holding, Inc.

2.24 In aanmerking nemend het hiervoor overwogene is voldoende aannemelijk dat een bodemrechter van oordeel zal zijn dat het deel van de facturen van PMEC dat tot op heden niet is betaald met een beroep op de EO's en het niet hebben verkregen van een OFAC vergunning ad Afl 1.453.992,71 (vide pleitnota in eerste aanleg van Citgo) alsnog door Citgo moet worden betaald, temeer nu een inhoudelijke betwisting van dit deel van de vordering van PMEC ontbreekt.

2.25 Uit de overgelegde facturen met betrekking tot "reimbursable standard perks en fringe benefits expats" kan worden afgeleid dat daarmee, onder meer, de kosten van huurauto's, huurvergoedingen en verblijfkosten van de door PMEC voor Citgo ingehuurde werknemers worden bedoeld. Niet is betwist dat dergelijke vergoedingen in het verleden werden betaald door (de voorganger van) Citgo. Betaling van dergelijke vergoedingen kan ook niet als ongebruikelijk of onredelijk worden aangemerkt. Uit de e-mail van 20 november 2017 van John Perreira, Procurement Manager bij Citgo, blijkt ook dat partijen het eens waren over de verschuldigdheid van voormelde vergoedingen en hebben onderhandeld over de hoogte daarvan. Daarmee is voldoende aannemelijk dat een (aanzienlijk) deel van deze kosten door een bodemrechter zal worden toegewezen. Het Hof zal daarom een bedrag van Afl. 400.000,00 toewijzen bij wege van voorschot.

2.26 Niet in geschil is dat Purchase Order 450741552 van 20 juli 2017 ad Afl. 626.500,00 betrekking heeft op de vordering terzake het Manpower Engineering support Mancamp Project. Deze Purchase Order is door Citgo uitgegeven. Citgo erkent dat zij een bedrag van Afl. 460.889,58 niet heeft betaald en stelt dat tussen partijen nimmer een prijs was overeengekomen voor een senior pipe designer en architect landscape. Uit productie 5 bij de memorie van grieven blijkt evenwel dat het in deze gevorderde bedrag het bedrag betreft wat resteert nadat deze kosten buiten beschouwing worden gelaten. Gelet op het vorenstaande had het op de weg van Citgo gelegen om haar betwisting van de vordering nader te onderbouwen. Nu zij dit heeft nagelaten zal uitgegaan worden van de verschuldigdheid van het gevorderde bedrag.

2.27 De vordering met betrekking tot de cessantia is volgens Citgo niet betaald omdat PMEC de back ups niet had toegestuurd. Daarom is de toegezegde betaling van de cessantia op grond van artikel 3 E van Exhibit C opgeschort in afwachting van de verzochte toelichting, aldus Citgo. Vast staat evenwel dat de back ups bij verzoekschrift in eerste aanleg zijn overgelegd. Daarmee is de grond aan de opschorting komen te ontvallen. Nu Citgo heeft

nagelaten om de back ups te betwisten, zal worden uitgegaan van de verschuldigdheid van het gevorderde bedrag van Afl. 273.586,00.

2.28 De Manpower termination notice invoices betreffen de kosten van de uitgekeerde opzegtermijn van een maand voor de werknemers die door P MEC voor Citgo waren ingehuurd. Volgens Citgo is zij deze niet verschuldigd nu zij de Overeenkomst niet heeft opgezegd maar alleen de Purchase Orders niet heeft verlengd. Vast staat evenwel dat P MEC de arbeidsovereenkomsten daardoor heeft moeten opzeggen. De minimale opzegtermijn die in dat geval wettelijk geldt is een maand. Deze termijn kan alleen bij cao worden verkort en daarvan is niet gebleken. Nu vaststaat dat de werknemers ten behoeve van Citgo zijn ingehuurd, komen deze kosten van de opzegtermijn ad Afl. 577.586,88, gelet ook op artikel 6 sub d G&T waarin partijen zijn overeengekomen dat bij de beëindiging van het werk de daarmee gepaard gaande redelijke en noodzakelijke kosten van “complying with Company instructions for terminating the Work”, voor rekening van Citgo.

2.29 Nu Citgo heeft nagelaten te stellen welke consequenties de mogelijke overtreding van de Foreign Corruption Practices Act door de directeur van P MEC zal hebben voor dit geschil, zal het betreffende betoog worden gepasseerd.

2.30 Verwacht mag worden dat een bodemrechter, indien geadieerd, de vorderingen van P MEC zal toewijzen tot de hoogte als hiervoor vermeld. Voorts is niet, althans onvoldoende gebleken van het gestelde restitutierisico. De vorderingen zullen derhalve worden toegewezen tot een bedrag van Afl 3.166.055,17.

2.31 Citgo zal als de hoofdzakelijk in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten in beide instanties aan de zijde van P MEC gevallen en in eerste aanleg begroot op Afl 7.500,= aan griffierechten en Afl. 2.500,= aan salaris gemachtigde en in hoger beroep Afl. 15.000,= aan griffierechten, Afl 192,14 aan verschotten en Afl. 27.000,= aan salaris gemachtigde.

B E S L I S S I N G

Het Hof:

rechtdoende in kort geding:

- vernietigt het bestreden vonnis en opnieuw rechtdoende:
- veroordeelt Citgo tot betaling, bij wege van voorschot, van het bedrag van Afl. 3.166.055,17;

- veroordeelt Citgo tot betaling van de proceskosten in beide instanties aan de zijde van PMEC gevallen en in eerste aanleg begroot op Afl 7.500,= aan griffierechten en Afl. 2.500,= aan salaris gemachtigde, en in hoger beroep op Afl. 15.000,= aan griffierechten, Afl 192,14 aan verschotten en Afl. 27.000,= aan salaris gemachtigde;
- verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mrs. M.W. Scholte, E.M. van der Bunt en M.B. van den Enden, leden van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba en ter openbare terechtzitting van het Hof in Aruba uitgesproken op 24 september 2019 in tegenwoordigheid van de griffier.

R. Jansen

M.W. Scholte