

## GERECHT IN EERSTE AANLEG VAN CURACAO

### VONNIS IN KORT GEDING

in de zaak van:

de vennootschap naar Nederlands recht  
**BALLAST NEDAM INFRA B.V.**,  
gevestigd in Nieuwegein,  
eiseres,  
gemachtigde: mr. J.A.M. Burgers,

tegen

de stichting  
**STICHTING SONA**,  
gevestigd in Curaçao,  
verweerster,  
gemachtigde: mr. J.C. Maris.

Partijen zullen hierna Ballast Nedam en Sona genoemd worden.

#### 1. Het procesverloop

- 1.1. Het verloop van de procedure is als volgt:
- het verzoekschrift van 23 januari 2020, met producties;
  - de aanvullende producties van Ballast Nedam;
  - de producties van Sona;
  - de behandeling ter zitting van 19 februari 2020;
  - de pleitaantekeningen van de gemachtigden.

- 1.2. Uitspraak is bepaald op vandaag.

#### 2. De feiten

2.1. In opdracht van het Land Curaçao heeft Sona de bouw van het nieuwe ziekenhuis in Otrobanda begeleid. Daartoe hebben het Land en Sona een beheersovereenkomst gesloten.

2.2. Ballast Nedam heeft als aannemer de bouw van het nieuwe ziekenhuis gerealiseerd. Zij heeft dit gedaan op basis van een op 4 januari 2013 met Sona gesloten aannemingsovereenkomst.

2.3. De grond waarop de gebouwen van het nieuwe ziekenhuis zijn gebouwd zijn eigendom van het Land. Het Land heeft deze grond in erfpacht gegeven aan HNO Vastgoed B.V. (hierna: HNO).

2.4. Op 27 juni 2019 is tussen partijen een vaststellingsovereenkomst tot stand gekomen. Deze vaststellingsovereenkomst bevat onder andere de volgende bepalingen:

**5. De USD 11 Miljoen Bankgarantie**

5.1. BNI draagt er zorg voor dat binnen 7 dagen na de datum van deze Vaststellingsovereenkomst aan SONA, mede ten behoeve van diens rechtsopvolgers, een abstracte "on-demand" bankgarantie van USD 5.500.000, met een looptijd van 18 maanden vanaf de datum van afgifte, wordt verstrekt door Zurich (de "USD 5.5 Miljoen Bankgarantie"). De USD 5.5 Miljoen Bankgarantie zal strekken tot verhaal voor nakoming van alle geldelijke verplichtingen van BNI uit hoofde van het Contract, waaronder die welke in deze Vaststellingsovereenkomst nader zijn bepaald. Een concept van de USD 5.5 Miljoen Bankgarantie is als Bijlage 3 aangehecht.

5.2. Bij het tijdig voldoen door BNI aan het in artikel 5.1 bepaalde, vervalt de verplichting van BNI tot het stellen van de bankgarantie zoals vermeld in artikel 17 van het Contract (de bankgaranties van USD 11 miljoen en USD 5,5 miljoen) definitief en komt de USD 5.5 Miljoen Bankgarantie daarvoor in de plaats. [...]

[...]

**8. De Contractovergang**

8.1. Onder de opschortende voorwaarde van (a) het bereiken van overeenstemming over het langdurig onderhoud zoals opgenomen in artikel 7.1, en (b) het bereiken van overeenstemming tussen BNI en HNO Vastgoed over de wijze waarop HNO Vastgoed de op dat moment uitstaande en toekomstige vorderingen van BNI in verband met het Contract zal voldoen, en overigens onder de voorwaarde dat bij gelegenheid van de contractsovername HNO Vastgoed (in de relatie HNO Vastgoed - SONA) zal verklaren dat SONA kwijting zal worden verleend voor haar verplichtingen, en dat HNO Vastgoed SONA zal vrijwaren voor uit of in verband met het Contract voortvloeiende aanspraken:

- (i) stemmen BNI en SONA ermee in dat HNO Vastgoed door een enkele schriftelijke verklaring aan BNI en SONA HNO Vastgoed in de plaats treedt van SONA onder het Contract op basis van contractsovername, hetgeen HNO Vastgoed hierbij aanvaardt; en
- (ii) zullen de vorderingen en rechten die verband houden met het Contract, voor zover die niet zijn overgegaan op HNO Vastgoed op basis van artikel 8.1, op eerste verzoek van BNI door SONA worden overgedragen aan HNO Vastgoed door middel van cessie of anderszins, hetgeen HNO Vastgoed hierbij aanvaardt, waaronder maar niet beperkt tot:
  - alle tussen BNI en SONA overeengekomen variation orders, waaronder VAR122;
  - alle aanhangige procedures,
  - alle geschillen tussen BNI en SONA met betrekking tot het Contract;en
  - deze Vaststellingsovereenkomst;

8.2. BNI zal onmiddellijk na contractsovername aan Sona verklaren Sona kwijting te verlenen voor haar verplichtingen voortvloeiende uit of in verband met het contract. Ter verduidelijking zal de dan verleende kwijting de uit het contract voortvloeiende verplichtingen van HNO Vastgoed niet aantasten.

2.5. Ballast Nedam heeft de in de vaststellingsovereenkomst bedoelde bankgarantie ten behoeve van Sona doen stellen.

2.6. Op 15 november 2019 is het nieuwe ziekenhuis in gebruik genomen. De bouw is nog niet afgerond.

2.7. Op 19 december 2019 is tussen Ballast Nedam en HNO overeenstemming bereikt over het onderhoud van de gebouwen en over de wijze waarop HNO de vorderingen van Ballast Nedam uit hoofde van de aannemingsovereenkomst zal voldoen, een en ander zoals bedoeld in artikel 8.1 van de vaststellingsovereenkomst.

2.8. Bij brief van 19 december 2019 heeft HNO verklaard dat zij in de plaats treedt van Sona als contractspartij van Ballast Nedam bij de aannemingsovereenkomst, dit gelet op artikel 8.1 onder (i) van de vaststellingsovereenkomst.

2.9. De in 2.8 bedoelde brief van 19 december 2019 luidt verder als volgt, weergegeven voor zover van belang:

HNO Vastgoed verleent hierbij kwijting aan Stichting SONA voor haar verplichtingen uit of in verband met het Contract.

HNO Vastgoed verklaart hierbij dat zij Stichting SONA zal vrijwaren voor uit of in verband met het Contract voortvloeiende verplichtingen of aanspraken, van welke aard dan ook.

[...]

HNO Vastgoed bevestigt hierbij (al dan niet bij voorbaat) de aanvaarding van voornoemde cessies en begunstigdwijziging ten behoeve van HNO Vastgoed.

Door medeondertekening van deze brief, bevestigt BNI (al dan niet bij voorbaat) dat de voornoemde cessies haar zijn medegedeeld en dat zij instemt met voornoemde begunstigdwijziging ten behoeve van HNO Vastgoed.

SONA wordt hierbij verzocht voornoemde kwesties [...] binnen twee (2) werkdagen na datum van deze brief uit te voeren en af te ronden.

#### **Kwijting door BNI van SONA**

Door medeondertekening van deze brief en onder de voorwaarde dat de contractsovername daadwerkelijk heeft plaatsgevonden, verleent BNI Stichting SONA kwijting voor haar verplichtingen voortvloeiende uit of in verband met het Contract.

2.10. Op 23 december 2019 heeft Ballast Nedam ten behoeve van HNO een bankgarantie doen stellen voor een bedrag van USD 5,5 miljoen.

2.11. Bij brief van 10 januari 2020 aan de Minister van GMN heeft Sona onder meer te kennen gegeven moeite te hebben met het uit handen geven van de controle over het project inzake het nieuwe ziekenhuis zonder met het Land tot afwikkeling te komen in verband met de beheersovereenkomst. Sona verzoekt de minister in deze brief te bevestigen dat met de in de vaststellingsovereenkomst overeengekomen contractsovername door HNO ook de met de aannemingsovereenkomst “samenhangende lusten en lasten in relatie tot het Land zijn begrepen.” Deze brief is tot op heden onbeantwoord.

2.12. Sona heeft de in 2.5 bedoelde bankgarantie niet terug gegeven.

### **3. Het geschil**

3.1. Ballast Nedam vordert, bij vonnis in kort geding uitvoerbaar bij voorraad, na wijziging van eis:

- A. SONA te gebieden de Oude Bankgarantie te retourneren aan BNI op het adres House of Change Winkelcentrum Colon — Unit nummer G001 — G01, Roodeweg, Otrobanda, Willemstad, Curacao binnen drie dagen na dagtekening van het in dezen te wijzen vonnis, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van USD 10.000 per dag althans een

- zodanig bedrag door uw Gerecht te bepalen per dag of dagdeel dat SONA hiermede in gebreke blijft;
- B. SONA te gebieden in een verklaring afstand te doen van aanspraken onder de Oude Bankgarantie door de Dechargeverklaring te doen ondertekenen door een daartoe bevoegd persoon en te retourneren aan BNI op het adres House of Change Winkelcentrum Colon — Unit nummer G001 — G01, Roodeweg, Otrobanda, Willemstad, Curacao, binnen drie dagen na dagtekening van het in dezen te wijzen vonnis, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van USD 10.000 per dag althans een zodanig bedrag door uw Gerecht te bepalen per dag of dagdeel dat SONA hiermede in gebreke blijft;
- C. SONA te verbieden de Oude Bankgarantie in te roepen bij Zurich voor ieder bedrag en op enigerlei wijze, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van USD 5,5 miljoen per inbreuk althans een zodanig bedrag door uw Gerecht te bepalen per inbreuk dat SONA hiermede in gebreke blijft;  
althans ten aanzien van de geboden en het verbod in vorderingen A. tot en met C. hierboven, een door uw Gerecht in goede justitie te bepalen veroordeling uit te spreken;
- D. Sona te gebieden uitvoering te geven aan de overdracht aan HNO Vastgoed en Beheer van de bij het Hof aanhangige procedures CUR2018H00166 en CUR2018H00167, door het Hof te bevestigen dat HNO Vastgoed en Beheer de nieuwe wederpartij is van BNI in die appel procedures, binnen drie dagen na dagtekening van het in dezen te wijzen vonnis, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van USD 10.000 per dag althans een zodanig bedrag door uw Gerecht te bepalen per dag of dagdeel dat SONA hiermede in gebreke blijft;
- E. SONA te veroordelen in de kosten van deze procedure, waaronder begrepen nakosten en een tegemoetkoming in de kosten van processuele bijstand aan de zijde van BNI.

3.2. Sona voert gemotiveerd verweer en concludeert tot afwijzing van de vorderingen, met veroordeling in de proceskosten.

#### **4. De beoordeling**

4.1. Ballast Nedam heeft gesteld dat zij als gevolg van het feit dat Sona de bankgarantie niet teruggeeft extra kosten moet maken (voor het behoud van de bankgarantie) en bovendien financiële risico's loopt (omdat de mogelijkheid bestaat dat Sona onder de – abstracte – bankgarantie zal trekken zolang zij die niet heeft teruggegeven). Gelet hierop heeft Ballast Nedam voldoende spoedeisend belang.

4.2. Aan haar vordering legt Ballast Nedam ten grondslag dat de in artikel 8.1 van de vaststellingsovereenkomst afgesproken contractovername inmiddels tot stand is gekomen, omdat alle opschortende voorwaarden zijn vervuld. Bovendien is Sona volgens Ballast Nedam verplicht om over te gaan tot cessie aan HNO van de overige vorderingen die verband houden met de aannemingsovereenkomst, zulks op grond van artikel 8.1 (ii) en de in 2.9 weergegeven brief van 19 december 2019. Dit betekent dat Sona in het geheel geen vorderingen meer heeft op Ballast Nedam uit hoofde van de aannemingsovereenkomst dan wel daarmee verband houdende overeenkomsten. Sona heeft daarom geen belang bij behoud van de door Ballast Nedam afgegeven bankgarantie en zij zal die moeten teruggeven.

4.3. Niet ter discussie staat dat tussen Ballast Nedam en HNO overeenstemming is ontstaan over het langdurig onderhoud van de gebouwen van het nieuwe ziekenhuis en over de wijze waarop bestaande en toekomstige vorderingen van Ballast Nedam door HNO zullen worden voldaan. Evenmin staat ter discussie dat HNO Sona heeft gevrijwaard voor aanspraken die uit de aannemingsovereenkomst voortvloeien. Aan de opschortende voorwaarden zoals neergelegd in artikel 8.1 is dus voldaan. Verder is niet in geschil dat HNO de schriftelijke verklaring als bedoeld in artikel 8.1 onder (i) heeft afgelegd.

4.4. Het verweer van Sona komt erop neer dat zij belang heeft bij behoud van de bankgarantie zolang zij niet met het Land tot een afwikkeling van de beheersovereenkomst is gekomen. Zolang dat niet is gebeurd, loopt zij het risico dat het Land haar aansprakelijk zal houden voor kwesties die met de bouw van het ziekenhuis te maken hebben. Het Land zal volgens Sona dus eerst moeten verklaren dat met de contractsovername door HNO ook de lusten en de lasten uit hoofde van de beheersovereenkomst zijn begrepen.

4.5. Het gerecht is voorlopig van oordeel dat het Sona niet vrij staat een aanvullende opschortende voorwaarde voor de contractsovername te introduceren, in die zin dat het Land eerst de zojuist bedoelde verklaring zou moeten geven. Een opschortende voorwaarde van die strekking kan niet in artikel 8.1 worden gelezen en evenmin heeft Sona feiten gesteld die meebrengen dat het de bedoeling van partijen was dat de contractsovername onder deze opschortende voorwaarde tot stand zou komen. Ook aan de in artikel 8.1 onder (ii) bedoelde verplichting tot cessie kan Sona zich naar voorlopig oordeel niet onttrekken met een beroep op nog met het Land te maken afspraken.

4.6. Dit betekent echter niet dat de vorderingen toewijsbaar zijn.

4.7. Het gerecht begrijpt de bezwaren van Sona aldus dat, mocht haar contractuele verhouding met Ballast Nedam in haar geheel overgaan naar HNO, zij het nakijken heeft in het geval het Land haar (Sona) aansprakelijk houdt voor een vordering die zij op basis van de aannemingsovereenkomst op Ballast Nedam zou hebben kunnen verhalen als zij partij bij die overeenkomst zou zijn gebleven. Dit gaat niet alleen over de relatie van Sona met het Land (waar Ballast Nedam in beginsel buiten staat), maar roept ook vragen op van uitleg van de vaststellingsovereenkomst. Moeten ook dergelijke (nu nog onbekende of niet bestaande) vorderingen op Ballast Nedam geacht worden over te zijn gegaan naar HNO, dan ligt in beginsel in de rede dat ook de vrijwaring van Sona door HNO op dergelijke vorderingen betrekking heeft. Partijen hebben zich over deze kwesties van uitleg niet uitgelaten en uit de processtukken kan het gerecht niet afleiden dat partijen hierover al met elkaar in overleg zijn geweest.

4.8. In dit verband klemt dat Ballast Nedam en HNO kennelijk buiten Sona om met elkaar in overleg zijn getreden om tot de contractsovername en cessie te komen. Deze handelwijze past niet goed bij de in artikel 8.1 van de vaststellingsovereenkomst voorziene contractsovername (waarvoor een tussen verkrijger en vervreemder (Sona) opgemaakte akte is vereist; artikel 6:159 BW) en cessie (waarvoor een akte van de vervreemder is vereist; artikel 3:94 BW). Het is het gerecht niet gebleken van omstandigheden die tot deze handelwijze noopten.

4.9. Tegenover het onvoldragen debat over de uitleg van de vaststellingsovereenkomst staat dat niet is gebleken van zwaarwegende belangen aan de zijde van Ballast Nedam om vooruitlopend op een beoordeling in een bodemprocedure de bankgarantie terug te krijgen. In theorie bestaat de mogelijkheid dat Sona zonder grond trekt onder de bankgarantie, maar enige aanwijzing dat Sona hiertoe zal overgaan ontbreekt. Verder is weliswaar aannemelijk dat Ballast Nedam extra kosten heeft om twee bankgaranties operationeel te houden, maar de omvang van die kosten is niet door Ballast Nedam gespecificeerd, zodat niet kan worden aangenomen dat met het voorkomen van die extra kosten een zwaarwegend belang is gemoeid. Bij deze stand van zaken komt groter gewicht toe aan het belang van Sona om duidelijkheid te verkrijgen omtrent de uitleg van de vaststellingsovereenkomst dan

zaaknummer: CUR202000211

datum vonnis: 4 maart 2020

wel met het Land tot nadere afspraken te komen. Niet valt in te zien waarom Sona hiervoor niet enige tijd gegund zou kunnen worden.

4.10. Een afweging van belangen brengt dus mee dat het gerecht geen grond ziet om Sona bij wijze van voorlopige voorziening te bevelen de bankgarantie terug te geven. Hierbij past dat ook de vorderingen onder B en C niet toewijsbaar zijn.

4.11. De vordering onder D is niet toewijsbaar. In artikel 8.1 van de vaststellingsovereenkomst kan op zichzelf geen verplichting voor Sona worden gelezen om de rechter in een lopende procedure te informeren over de contractsovername. Een bericht zoals door Ballast Nedam gevorderd stuit naar voorlopig oordeel bovendien af op regels van procesrecht. Kennelijk meent Ballast Nedam dat als gevolg van de contractsovername de betrekking waarin Sona het geding voerde (namelijk als contractspartij bij de aannemingsovereenkomst) is opgehouden. Voor een dergelijke situatie biedt de regeling van artikel 185 Rv een voorziening. Nu de door Ballast Nedam bedoelde procedures al geruime tijd voor vonnis staan, is de mogelijkheid van schorsing om daarmee een wijziging in de procespartij te kunnen doorvoeren een gepasseerd station (zie artikel 186 Rv). Geen grond bestaat om aan deze wettelijke regeling voorbij te gaan.

4.12. Ballast Nedam zal worden veroordeeld in de proceskosten.

## 5. De beslissing

Het Gerecht, oordelend in kort geding:

- 5.1. wijst de vorderingen af;
- 5.2. veroordeelt Ballast Nedam in de proceskosten van Sona, begroot op NAF 1.500;
- 5.3. verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. Th. Veling, rechter in het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao, en in aanwezigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 4 maart 2020.