

JIN 2018/163, Gerechtshof Amsterdam, 17-07-2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3008, 200.196.175/01 en 200.201.407/01 (annotatie)

Gegevens

Publicatie

JIN 2018/163

Instantie

Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak

17 juli 2018

Datum publicatie

12 oktober 2018

Annotator

E.J.H. Zandbergen

FERMM Advocaten J.M. Kuipers

FERMM Advocaten

ECLI

[ECLI:NL:GHAMS:2018:3008](#)

Zaaknummer

200.196.175/01 en 200.201.407/01

Relevante informatie

[Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering \(geldt in geval van niet-digitaal procederen\) \[Tekst geldig vanaf 01-05-2023\] \[Regeling ingetrokken per 2023-05-01\] art. 431, Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, Rome, 04-11-1950 \[Tekst geldig vanaf 01-08-2021\] art. 6](#)

Inhoudsindicatie

Tussenarrest, IPR, Procesrecht, Pseudo-exequatur, Albanees vonnis kan wegens strijd met de openbare orde in Nederland niet op de voet van art. 431 lid 2 Rv worden erkend, Volgt inhoudelijke herbeoordeling van de zaak

Samenvatting

Vordering tot veroordeling om te voldoen aan een Albanees vonnis op de voet van art. 431 lid 2 Rv. Erkenning van het buitenlandse vonnis wordt afgewezen omdat het Albanese vonnis naar het oordeel van het hof niet tot stand is gekomen in een procedure die voldoet aan de eisen van een behoorlijke en met voldoende waarborgen omklede rechtspleging nu de Albanese uitspraak 'arbitrary and manifestly unreasonable' wordt geacht. Bovendien oordeelt het hof dat erkenning van het Albanese vonnis tot een verplichting tot nakoming zou leiden van een willekeurige en evident onjuiste en onredelijke rechterlijke beslissing, hetgeen in strijd is met fundamentele waarden en beginselen van de Nederlandse rechtsorde.

Uit het Gazprombank-arrest volgt dat een buitenlandse beslissing in Nederland in beginsel wordt erkend indien (i) de bevoegdheid van de rechter die de beslissing heeft gegeven berust op een bevoegdheidsgrond die naar internationale maatstaven algemeen aanvaardbaar is, (ii) de buitenlandse beslissing tot stand is gekomen in een gerechtelijke procedure die voldoet aan de eisen van behoorlijke en met voldoende waarborgen omklede rechtspleging, (iii) de erkenning van de buitenlandse beslissing niet in strijd is met de Nederlandse openbare orde, en (iv) de buitenlandse beslissing niet onverenigbaar is met een tussen dezelfde partijen gegeven beslissing van de Nederlandse rechter, dan wel met een eerdere beslissing van een buitenlandse rechter die tussen dezelfde partijen is gegeven in een geschil dat hetzelfde onderwerp betreft en op dezelfde oorzaak berust, mits die eerdere beslissing voor erkenning in Nederland vatbaar is.

Het hof ziet aanleiding eerst de onder ii en iii bedoelde criteria te bespreken.

De rechtbank te Tirana heeft in haar vonnis van 24 maart 2009 geen woord gewijd aan het uitdrukkelijk door Enel c.s. gevoerde verweer ten aanzien van het rapport van 'de Experts' en de daarin berekende gemiste inkomsten. In plaats daarvan heeft de rechtbank geconcludeerd dat ABA schade heeft geleden die het rechtstreekse gevolg is van het niet tijdig starten met de bouw van 'het Project', een vertraging van vier jaar, waarmee ze winst uit die periode hebben gemist, dat het rapport van de Experts "een zeer belangrijk bewijs is" en dat het verzoek van de eisende partij moet worden toegewezen door de gedaagde partij te verplichten om aan de eiser de buitencontractuele schade te betalen zoals die door de deskundigen is berekend. De rechtbank te Tirana heeft Enel c.s. vervolgens veroordeeld om bij wijze van schadevergoeding aan ABA te betalen de som van de met het Project in 2004 en van 2005 tot en met 2011 te genereren inkomsten, waarbij geen rekening is gehouden met de kosten van het bouwen en onderhouden van de waterkrachtcentrale en de kosten van het opwekken, transporteren en verkopen van de energie.

In het licht van het geldende Albanese recht en mede gelet op het daarmee gemoeide geldelijk belang moet het door Enel c.s. gevoerde verweer ten aanzien van de schade als essentieel worden beschouwd. De rechtbank en het Hof van Appel te Tirana hadden dit essentiële verweer dan ook zonder meer moeten onderzoeken en daarop bij de motivering van hun oordeel moeten responderen. Dat zij dat niet hebben gedaan is volstrekt onbegrijpelijk.

Het hof is met Enel c.s. en de dochtermaatschappijen van oordeel dat de in het Albanese vonnis neergelegde en in de latere instanties in stand gebleven beslissing moet worden aangemerkt als "arbitrary and manifestly unreasonable" en dat de Albanese rechtsgang daarmee niet voldoet aan de op grond van art. 6 EVRM daaraan te stellen eisen. Dit betekent dat het Albanese vonnis niet tot stand is gekomen in een gerechtelijke procedure die voldoet aan de eisen van een behoorlijke en met voldoende waarborgen omklede rechtspleging. Bovendien zou de erkenning van het Albanese vonnis tot gevolg hebben dat Enel c.s. in Nederland gehouden zouden kunnen worden tot nakoming van een willekeurige en evident onjuiste en onredelijke rechterlijke beslissing, hetgeen in strijd is met fundamentele waarden en beginselen van de Nederlandse rechtsorde. Daarmee is erkenning van het op bovengenoemde wijze tot stand gekomen vonnis, in de zin dat daaraan in

Nederland geheel of gedeeltelijk rechtsgevolgen worden toegekend, strijdig met de openbare orde, zowel wat het procedurele aspect (r.o. 3.22. onder ii) als wat het materiële aspect betreft (r.o. 3.22. onder iii).

Gelet op deze conclusie behoeft thans geen bespreking meer of aan Gazprombank-criterium i is voldaan, of vanwege de arbitrale uitspraak (ook) aan Gazprombank-criterium iv niet is voldaan en daarmee evenmin of de partijen en het geschil in beide procedures (voldoende) gelijk zijn.

Uitspraak

Hof:

1. Het geding in hoger beroep

Op 17 oktober 2017 heeft het hof in de zaken met bovengenoemde zaaknummers een tussenarrest in incident gewezen. Voorafgaand aan het wijzen van het tussenarrest in incident heeft ABA een memorie van antwoord in het principaal appel in de zaak met zaaknummer 200.196.175/01 tevens memorie van antwoord in het incidenteel appel in de zaak met zaaknummer 200.201.407/01 ingediend, met producties. Voor het overige procesverloop in beide zaken tot aan het tussenarrest in incident, verwijst het hof naar dat tussenarrest.

Partijen hebben daarna in beide zaken de volgende stukken ingediend:

- akte na 843a-incident zijdens Enel c.s. en de dochtermaatschappijen, met producties;
- antwoordakte na het art. 843a Rv incident zijdens ABA, met producties.

Op 9 januari 2018 heeft de rolraadsheer een rolbeslissing gegeven waarbij de verzoeken van Enel c.s. om bij akte te morgen reageren op de antwoordakte van ABA en tot uitstel van het pleidooi, zijn afgewezen.

Partijen hebben de zaken ter zitting van 29 januari 2018 doen bepleiten, ABA door mr. De Greve voornoemd en mrs. J.S. Kortmann en S.L. Boersen, advocaten te Amsterdam, en Enel c.s. en de dochtermaatschappijen door mr. Leijten voornoemd en mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk, advocaat te Amsterdam, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. Beide partijen hebben nog producties in het geding gebracht.

Overeenkomstig de ter zitting met partijen gemaakte afspraken hebben Enel c.s. en de dochtermaatschappijen op 13 februari 2018 nog een akte met producties genomen, waarna ABA een antwoordakte met productie heeft genomen.

Vervolgens is arrest bepaald.

2. Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.12 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil behoudens ten aanzien van de feiten die hierna in rov. 3.8 tot en met 3.11 worden behandeld. Het hof zal in het hiernavolgende uitgaan van de niet betwiste vaststaande feiten. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende.

2.1. Enelpower, een dochtervennootschap van Enel, heeft op 2 februari 2000 een samenwerkingsovereenkomst gesloten met de Italiaanse vennootschap Becchetti Energy Group S.p.A. (hierna: BEG). Het beoogde doel van de samenwerking was de realisatie en exploitatie van een waterkrachtcentrale nabij Kalivaç in Albanië (hierna: het Project).

2.2. De samenwerkingsovereenkomst voorzag in de oprichting van een zogenaamde *'special purpose company'* (SPC) met BEG en Enelpower als aandeelhouders voor respectievelijk 51% en 49%. Deze SPC zou de waterkrachtcentrale feitelijk gaan exploiteren. De door de waterkrachtcentrale opgewekte elektriciteit en de bijbehorende groencertificaten zouden door de SPC worden verkocht aan Enel, die de elektriciteit in Italië zou verhandelen. Voor zover van belang vermeldt de samenwerkingsovereenkomst het volgende:

"2) Subject matter of the agreement

The subject matter of the Agreement is the joint performance of all the activities necessary to technically, commercially and financially structure the Initiative so that it may be realized by means of the use of project financing through a vehicle company ('Special Purpose Company') that is to be formed for such purpose.

In this context, the activities required to make the final investment decision include, among others, the final outline of the Articles of Incorporation, the Bylaws and the Shareholder Agreements of the Special Purpose Company, all of which must be approved by the parties.

The necessary activities include, but are not limited to, the following:

- 1) checking the option of selling electricity to Enel S.p.A. for use in the Italian market as renewable energy (Art. 11, 'Bersani Decree');
- 2) performing the additional technical study activities indicated in the conclusions of the feasibility study, entrusted to Ismes;
- 3) developing and drafting of the basic plan;
- 4) structuring the financing;
- 5) identifying and appointing the financial advisor;
- 6) contractual structuring needed for the plan (PPA, O&M, EPC);
- 7) defining the Shareholder Agreements that establish the relationships among the parties in their capacity as shareholders of the Special Purpose Company to be founded, during both the construction and management phases, without prejudice to what has already been agreed in the previous Agreements and later reconfirmed:
 - BEG will carry out plan implementation activities and subsequent construction of the civil works of the Kalivac hydroelectric plant in Albania, directly and/or through entities that it reserves the right to indicate;
 - Enelpower will carry out plan implementation activities and subsequent operational activities, as Main Contractor and Operator of the Kalivac hydroelectric plant in Albania.

(...)

8) *Relationship between the parties*

The parties hereby undertake to carry out all the acts necessary in order:

- in the context of this Final Agreement, to carry out the Plan through the final investment decision, ensuring the commitment of the parties to participate in the Initiative;
- to enter into any other agreements with the Albanian government to carry out the Plan, within two months from the signing of the Final Agreement by the parties.

The parties expressly agree that this Agreement is in no way intended to create companies, including de facto companies, between the parties, aside from the company that is to carry out the activities involved in arriving at the final investment decision, as described in point 2.

For the purposes of this Agreement, the parties undertake to have an exclusive relationship.

Should Enelpower make a final investment decision (as described in art. 2, paragraph two, above) that is negative, BEG reserves the right to continue to pursue the Initiative independently. The foregoing is without prejudice to the fact that until such time neither of the parties may withdraw from this Agreement.

9) *Withdrawal*

Each party is free to make a final investment decision (as described in art. 2, paragraph two, above) that is positive or negative. If a negative decision is made by one of the parties, all the costs borne by such party will continue to be for its account, in accordance with the budget appended hereto, as will the obligation to give the other party all the documentation regarding the activities performed.”

2.3. Enelpower heeft zich vóór de bouw van de waterkrachtcentrale in het najaar van 2000 uit het Project teruggetrokken. BEG heeft Enelpower aansprakelijk gesteld voor de door haar dientengevolge geleden schade. Nadat Enelpower iedere aansprakelijkheid had afgewezen, heeft BEG jegens Enelpower een arbitrageprocedure aanhangig gemaakt bij het Hof van Arbitrage van de Kamer van Koophandel te Rome overeenkomstig het bepaalde in artikel 11 van de samenwerkingsovereenkomst. Bij uitspraak van 25 november 2002 zijn de vorderingen van BEG afgewezen. Het Hof van Beroep te Rome heeft de vordering van BEG tot vernietiging van de arbitrale uitspraak bij beslissing van 9 maart 2009 afgewezen. Het hiertegen door BEG ingestelde cassatieberoep is bij beslissing van 20 oktober 2010 door het Hof van Cassatie te Rome verworpen.

2.4. ABA, een (voormalige) dochtervennootschap van BEG, heeft in mei 2004 bij de Albanese overheidsrechter (de Rechtbank van het Gerechtelijk Arrondissement Tirana te Tirana, Albanië, hierna ook de rechtbank te Tirana) een vordering tegen Enel c.s. ingesteld. ABA heeft gesteld de SPC uit de samenwerkingsovereenkomst te zijn en gevorderd Enel c.s. te veroordelen tot vergoeding van door ABA geleden buitencontractuele schade als gevolg van onrechtmatige gedragingen van Enel c.s., welk onrechtmatig handelen dan wel nalaten erin bestaat, kort samengevat, dat Enel c.s. ten onrechte haar medewerking aan de totstandkoming van het Project zou hebben onthouden.

2.5. Ter begroting van de volgens ABA geleden schade heeft de rechtbank te Tirana een drietal experts benoemd (hierna ook: de Experts). De Engelse vertaling van het door de Experts op 2 maart 2006 opgestelde rapport houdt – voor zover hier van belang – het volgende in:

“This expert report has been based upon the assignments given by the Court, which are as follows:

1. When was the production of electricity from the Kalivaç hydropower plant supposed to start, according to documents and respective agreements and declarations?
2. What would be the electricity production capacity of Kalivaç hydropower plant after its construction and operability, and specifically during 2004?(...)
3. What would be the marketing price of this energy in the domestic market, and what would be the profit of ABA (Albania Beg Ambient) from trading this energy?
4. What is the amount of export and sale of the electricity produced in Kalivaç with destination towards the Italian market (...) and what would be the profit of the Albanian company from this export?(...)
6. What would be the profit of Albania Beg Ambient Sh.p.k. from electricity export considering that this energy would be certified according to the Surcharge established by the Italian authorities after the intake of this renewable energy in the Italian electricity system (to be calculated from 2003 to 2010)? (...)

ANSWER TO ASSIGNMENT 1

(...) it is anticipated that the construction will start in the summer of 2000 and will be completed in 4 years. (...)

ANSWER TO ASSIGNMENT 2

During 2004, the first year of operation,(...) net production of saleable electricity would be approximately 297 million KWh,

For 2005 and on (...) approximately 371 million KWh, would be the saleable energy production for the company.

ANSWER TO ASSIGNMENT 3

(...) The amount of revenues (collection) from the electricity sale in this market each year would be calculated with the following formula:

$V = (Q \times P) + (Q \times P_c)$ where

V = total revenues (collections)

Q = amount of electricity exported each year

P = price of electricity sale verified in the market each year

P_c = Price of the Green Certificate verified in the market for each year of profit. (...)

ANSWER TO ASSIGNMENT 4

(...) In 2004,

The amount of total Revenues (collections) that would be generated from the sale of electricity in the Italian market is calculated by $V = (Q \times P) + (Q \times P_c)$

$$V = (297,000,000 \text{ KWh} \times 0.0601 \text{ euros/KWh}) + (297,000,000 \times 0.09731 \text{ euros/KWh}) = 46,750,700 \text{ euros (...)}$$

Of which,

a. From the sale of electricity in the Italian market with the prices of this energy verified in the market for 2004,

$$V_a = 297,000,000 \text{ KWh} \times 0.0601 \text{ euros/KWh} = 17,849,700 \text{ euros}$$

b. From the profit of the Green Certificate for the amount of electricity input in the Italian market with the price of the Green Certificate verified in the market for 2004,

$$V_b = 297,000,000 \text{ KWh} \times 0.09731 \text{ euros/KWh} = 28,901,000 \text{ euros}$$

For 2005 and on,

Considering that the electricity sales prices and the Green Certificate price will be influenced by the demand and supply and many other factors that may not be foreseen with an acceptable accuracy, the calculations for the amount of revenues (collections) from the sale of electricity can be made each year with the prices verified in the market, according to the following formula:

$$V_n = (Q \times P_n) + (Q \times P_{cn})$$

Where n = the corresponding year (2005, 2006 and on)

(...)

ANSWER TO ASSIGNMENT 6

(...) For 2004

The amount of total revenues (collections) that would have been generated from the electricity sale in the Italian market is calculated as it is formulated in answer no. 4.

(...) From these total revenues (collections), deducting the revenues (collections) that would be generated from the electricity sale only (...) 17,849,700 euros

And deducting the cost of electricity transmission in Italy, which is calculated as follows

$$Q \times K = 297,000,000 \text{ KWh} \times 0.0125 \text{ euros/KWh} = 3,712,500 \text{ euros}$$

Leads to the following conclusion:

The profit from the 2004 Green Certificate price alone (...) = 25,188 500 euros (46,750,700 euros – 17,849,700 euros – 3,712,500 = 25,188,500 euros) (...)"

2.6. Naar aanleiding van het rapport hebben Enel c.s. de Experts blijkens de daarvan overgelegde Engelse vertaling – voor zover hier van belang – schriftelijk de volgende vragen gesteld:

“(...) Have you included in your calculations the costs of construction, management and maintenance of the hydro plant, the cost of generation and transportation of energy from Kalivac to Italy (and the tariffs which would be required by the Greek energy transmission agency as well as transmission losses)?

(...)

When you calculated the lack of profit from the green certificates, did you also calculate the costs of production and maintenance of the hydro plant? What about the transport costs in Albania and Greece – did you calculate these?”

2.7. De Engelse vertaling van de schriftelijke beantwoording van de vragen van Enel c.s. door de Experts van 11 september 2006 houdt – voor zover hier van belang – het volgende in:

“We have not calculated the earnings from energy sale prices for any market, but we have provided a formula to calculate GROSS INCOME from the sale of energy at the sale price. The gross income is calculated by applying the prices of each market to the formula. (...) Earnings from the energy selling price (as for any other product) are connected to the difference between the gross income and expenses from annual capital and operating expenditure incurred for its production, and annual sales cost expressed in NET INCOME. (...)

If we had calculated the earnings from selling electric energy at market prices (...), which means if we had calculated net income resulting from the difference between the GROSS INCOME FROM SALES MINUS THE ANNUALIZED CAPITAL EXPENSES MINUS OPERATIVE AND SALES EXPENSES FOR EACH YEAR, than they would have been taken into consideration during calculation.”

2.8. De Engelse vertaling van een door de Experts opgesteld stuk getiteld “thoughts on the rebuttals concerning the expert report” van 19 maart 2007 houdt – voor zover hier van belang – het volgende in:

“We have attentively examined the rebuttals to the Expert Report of 02.03.2006, given in the session of 13.12.2006, and we present our thoughts as follows:

(...) *On ALBAMs missing profit*

In the Expert Report and the replies to the parties’ questions relating to the Report, we have given replies that:

A. The net revenues from sale of electricity on the Italian market for each year would be achieved by

- a. the sale of the quantity of exported energy at the energy sale price in the Italian market,
 - b. gaining the quantity of exported energy with the prices of green certificates.
- B. Whereas the profits would be from
- a. net revenues resulting from the difference between
 - gross revenues to be achieved from sale of quantities of energy exported to the Italian market at the sale price and
 - the operating annual expenses of the proportion of capital expenditures for each year,
 - b. the value to be gained from the exported quantities at the green certificates price minus the value of expenses for transmitting electricity to the Italian market.

The profits in total (net profits) would be a + b

(...)

We have not made calculations of the net profits from the sale of energy at the sales prices which would result as the difference between gross revenues achieved at the sale prices confirmed on the market, and the annual expenditures for energy generation, for the reasons which we have explained in our replies.”

2.9. De in zoverre gelijklopende Engelse vertalingen van de door Enel c.s. op 18 maart 2009 in de procedure voor de rechtbank te Tirana ingediende schriftelijke conclusies houden – voor zover hier van belang – het volgende in:

“VI On ALBAM’s missing profit

The experts assess at 25,188,500.00 Euro ‘the loss of opportunity to profit from the prices of the Green Certificate for 2004’. Regarding this point we state specifically that they have not calculated the expected revenues from the energy sale price as the difference between incomes and expenditures, but only as gross income. In these circumstances the experts confirm that they have not even taken into account the essential expenses of building and maintaining the power station to produce and export energy. As a consequence, the conclusions the experts have reached, besides reflecting many defects and errors, are in no wise sufficient to determine the damage claimed by ALBAM.”

2.10. Bij vonnis van 24 maart 2009, nr. 2251, (hierna: het Albanese vonnis) heeft de rechtbank te Tirana (volgens de overgelegde Nederlandse vertaling) – voor zover hier van belang – als volgt overwogen en beslist:

“(…) Ten slotte oordeelt de rechtbank dat de gedaagden in deze zaak de realisatie van het project hebben verhinderd door kunstmatige en ongeoorloofde obstakels op te werpen. (...)

Er is sprake van een rechtstreeks causaal verband tussen de onwettige acties door schuld van de gedaagde partij en de opgetreden gevolgen. (...) De buitencontractuele economische schade (...) is veroorzaakt door niet binnen de gestelde termijn elektrische energie te produceren en het niet exporteren daarvan binnen de gestelde termijnen waardoor de geplande winst achterwege is gebleven. De schade bestaat uit het geleden verlies en gemiste winst (artikel 640 van het Burgerlijk Wetboek). (...)

Het blijkt dus duidelijk dat door de onwettige acties van de gedaagde partij, die concurrerend en te kwader trouw waren, de vennootschap naar Albanees recht 'ALBANIABEG KLIMAAT' Sh.p.k. evenals de Albanese staat onmiddellijk een aanzienlijke schade hebben geleden die het rechtstreekse gevolg is van het niet tijdig starten met de bouw van het project, een vertraging van 4 jaar, waarmee ze winst van het uitoefenen van deze activiteit in die periode hebben gemist (...). Om deze schade en winstverlies te berekenen, wees de rechtbank een groep van deskundigen aan die (...) een deskundigenrapport hebben opgesteld waarin de vragen van de rechtbank worden beantwoord. In haar definitieve beslissing, naast andere belangrijke bewijzen waarmee ze rekening heeft gehouden, oordeelt de rechtbank dat het deskundigenrapport een zeer belangrijk bewijs in dit proces is en dat het bij het besluit moet worden meegewogen vanwege de conclusies die de deskundigen hierin hebben getrokken.

(...)

Ten slotte oordeelt de rechtbank dat het verzoek van de eisende partij is gebaseerd op de wetgeving en op bewijzen en derhalve moet worden toegewezen door de gedaagde partij te verplichten om aan de eiser de buitencontractuele schade voor het jaar 2004 te betalen, schade die door de deskundigen op 25.188.500 euro is berekend. Aangezien de waarde van de schade en de gederfde winst voor de periode 2005-2011 niet kan worden berekend, omdat de verkoopprijs van de elektrische energie mede door andere factoren wordt beïnvloed die op dit moment niet kunnen worden voorspeld, zal de waarde van de opbrengsten uit de elektrische energie voor de overige jaren voor elk jaar afzonderlijk worden berekend volgens de formule die in het deskundigenrapport is bepaald, op basis van de prijzen die zich op de markt hebben bewezen, $V_n = (Q \times P_n) + (Q \times P_{cn})$, waar (n) staat voor het betrokken jaar, V staat voor de totale inkomsten, de opbrengst uit de verkoop van elektrische energie, Q is de hoeveelheid energie die zou worden geëxporteerd in de jaren 2005 – 2006 – 2007 – 2008 – 2009 – 2010 – 2011, die gelijk zou zijn aan 371 miljoen kWh/jaar, P is de verkoopprijs van de elektrische energie volgens de markt, P_c is de prijs van de groene certificaten voor de komende jaren (...).

Aangezien het de rechtbank op dit moment onbekend is hoeveel de waarde van de schade en van de gederfde winst (...) voor de jaren 2005-2011 zal zijn en dat de rechtbank enkel de formule voor de berekening van dergelijke schade voor zich heeft, oordeelt de rechtbank en geeft de eisende partij de opdracht om, op het moment dat ze de tenuitvoerlegging van deze uitspraak zal eisen, over de waarde van de schade voor de periode 2005-2011 (...), vooraf griffiekosten te betalen over het bedrag dat, aan de hand van de berekening die de deskundigen voor deze jaren zullen maken, zal worden vastgesteld.

BESLOTEN

De gedaagde partijen (...) op te dragen aan de eisende partij, de vennootschap 'Albania Beg Ambient' Sh.p.k., de waarde van de buitencontractuele schade ten bedrage van 25.188.500,= (vijfentwintig miljoen honderdachtentachtig duizend en vijfhonderd) euro te betalen.

De gedaagde partijen (...) op te dragen aan de eisende partij, de vennootschap 'Albania Beg Ambient' Sh.p.k., de buitencontractuele schade voor de hoeveelheid elektrische energie van 371.000.000 kWh per jaar, voor de jaren 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 en 2011 volgens de formule $V_n = (Q \times P_n) + (V \times P_{cn})$, als omschreven in het deskundigenrapport, dat integraal deel van dit vonnis uitmaakt, te betalen."

2.11. Enel c.s. hebben van het vonnis van de rechtbank te Tirana hoger beroep ingesteld bij het Hof van Appel te Tirana. De in zoverre gelijklopende Engelse vertaling van de door Enel en Enelpower op 16 april 2010 in hoger beroep ingediende schriftelijke conclusies houden – voor zover hier van belang – het volgende in:

"Decision 2251 is particularly mistaken as regards the determination of the damage and its size as suffered by ALBAM, being determined without any support in any serious fact or evidence. During the trial we have deposited a detailed

memorandum relating to all the rebuttals to the expert report and on which we stand foursquare in this complaint as well.
(...)

The consultants whom the Court cites word for word have specified a sum of 25,188,500.00 Euro as ‘the loss of opportunity to profit from the prices of the Green Certificate for 2004’. But they have completely failed to take into account: (i) the expected revenues from the energy sale price as the difference between incomes and expenditures, but only as gross income; (ii) the essential expenses of building and maintaining the power station to produce and export energy; (iii) ‘the plaintiffs gain’ or the effective income which could come from marketing energy produced, even though the experts were specifically asked about this (...). The experts themselves calmly state that they confined themselves to calculating gross income, without taking costs into account !!!!”

2.12. De Engelse vertaling van een schriftelijk verzoek van Enelpower aan het Hof van Appel te Tirana ten behoeve van een hoorzitting van 28 april 2010 houdt – voor zover hier van belang – het volgende in:

“In the context of the summoning of experts (...) who in the judgement of first instance have drafted the expert report, Enelpower (...) asks the Honourable Panel of Judges to set the following questions before the experts:

(...)

whether in calculating ALBAM’s missing profit (...) the experts have or have not taken into account the necessary expenditures for constructing and maintaining the hydro plant, as well as the expenses in producing and exporting electricity, thus determining the real profit which would come from marketing the energy after deducting all these costs?”

2.13. Bij arrest van 28 april 2010 heeft het Hof van Appel te Tirana, (volgens de overgelegde Nederlandse vertaling) – voor zover hier van belang – als volgt overwogen en beslist:

“Wetten die van toepassing zijn op de zaak in behandeling. (...)

Burgerlijk Wetboek van de Republiek Albanië aangenomen bij Wet nr. 7850 d.d. 29.07.1994, met bijbehorende wijzigingen.

(...)

Artikel 608 – ‘Aansprakelijk voor de veroorzaakte schade’

608.1 – ‘Degene die onrechtmatig en door schuld een ander schade in persoon of diens eigendommen toebrengt is verplicht de veroorzaakte schade te compenseren’.(...)

Artikel 609

609.1 – ‘De schade dient het rechtstreekse en onmiddellijke gevolg van de handeling of de niet handeling van de persoon te zijn’.(...)

Artikel 640 – ‘Schadevergoeding’

640.1 – ‘De schade die wordt vergoed, bestaat uit de geleden verliezen en de

gederfde winst'. (...)

Op basis van artikelen 608/1, 609/1 en 640/1 hebben de gedaagde ondernemingen, in essentie op onrechtmatige wijze en door schuld een aanzienlijke schade aan de eisende partij, de onderneming 'Albania Beg Ambient', rechtspersoon naar Albanees recht, berokkend (...).

De Rechtbank van het Gerechtelijk Arrondissement Tirana heeft naar aanleiding van de vorderingen (...) een groep deskundigen gevormd (...). In hun rapport van 02.03.2006 en de aanvullingen van 11.09.2006 en 19.03.2007 hebben de deskundigen op correcte wijze geantwoord door de vereiste schattingen van de waarde van de schade te maken, en het klopt niet dat zij juridische conclusies zouden hebben getrokken.

De deskundigenrapporten (...) zijn onderworpen aan gerechtelijk debat met relevante opmerkingen van de procespartijen en aansluitend heeft de rechtbank de conclusies van de groep deskundigen als juist aangenomen (...). De gedaagde partijen (...) worden verplicht om aan de eisende partij, de vennootschap 'Albania Beg Ambient' Sh.p.k., de buitencontractuele schade voor de hoeveelheid elektrische energie van 371.000.000 kWh per jaar, voor de jaren 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 en 2011 volgens de formule $V_n = (Q \times P_n) + (V \times P_{cn})$, als omschreven in het deskundigenrapport, dat integraal deel van dit vonnis uitmaakt, te betalen.(...)

Met betrekking tot de bewijzen die tijdens het geding in tweede aanleg door de gedaagde partijen zijn voorgelegd: deze zijn niet van belang voor de onderhavige rechtszaak, daar zij door de rechtbank van eerste aanleg zijn behandeld. (...)

Met inachtneming van deze juridische overwegingen wordt geconcludeerd dat civiele uitspraak nr. 2251, d.d. 24.03.2009, in stand dient te worden gehouden op grond van alle omstandigheden en feiten die hierboven gedetailleerd zijn geanalyseerd, evenals hetgeen in de uitspraak van de Rechtbank van het Gerechtelijke Arrondissement Tirana is geanalyseerd. (...)

BESLOTEN

Civiele uitspraak nr. 2251, d.d. 24.03.2009 van de Rechtbank van het Gerechtelijke Arrondissement Tirana in stand te houden.”

2.14. Enel c.s. hebben van het arrest van Hof van Appel te Tirana cassatieberoep ingesteld bij de Hoge Raad van Albanië. De in zoverre gelijklopende Engelse vertaling van de door Enel en Enelpower op 21 september 2010 in het cassatieberoep ingediende schriftelijke conclusies houden – voor zover hier van belang – het volgende in:

“Regardless of our continual requests made in writing as well, the appeals court has not allowed certain evidence important to the trial to be received, has not accepted our request for a re-do of the expert report, and has not at all handled a range of claims which we have presented and requested especially during the judgement of the case before the Appeals Court. (...) Decision 2251 and Appeals Decision 796 is *particularly mistaken as regards the determination of the damage and its size as suffered by ALBAM*, being determined without any support in any serious fact or evidence. In both phases of the trial we have deposited a detailed memorandum relating to all the objections to the expert report and on which we stand foursquare in this complaint as well.(...) But what strikes one most of all in the surprise decision by the Tirana Court and later the Appeals Court is that these Courts confined themselves solely to presenting the conclusions of the expert report which had been so disputed and opposed during the trial. (...)

The consultants whom the Court cites word for word have (...) completely failed to take into account: (i) the expected revenues from the energy sale price as the difference between incomes and expenditures, but only as gross income; (ii) the

essential expenses of building and maintaining the power station to produce and export energy; (iii) 'the plaintiffs gain' or the effective income which could come from marketing energy produced, even though the experts were specifically asked about this (...). The experts themselves calmly state that they confined themselves to calculating gross income, without taking costs into account !!!! (...) In conclusion, and following on from the above arguments, there are more than adequate grounds for considering the expert report before the Tirana Judicial District Court and their presentations before the Appeals Court to be wholly unacceptable."

2.15. Bij arrest van 7 maart 2011 heeft de Hoge Raad van Albanië, (volgens de overgelegde Nederlandse vertaling) – voor zover hier van belang – als volgt overwogen en beslist:

"Het cassatieberoep ingesteld door de vennootschappen 'Enel' en 'Enelpower' bevat geen redenen die zijn bepaald in art. 472 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, en dient als zodanig te worden afgewezen. (...)

BESLOTEN

De cassatieberoepen ingesteld door de gedaagden, de vennootschappen 'Enel' S.p.A. en 'Enelpower' Sp.A. tegen de uitspraak nr. 2251, d.d. 24.03.2009 van de Rechtbank van het Gerechtelijke Arrondissement Tirana, in stand gehouden bij arrest nr. 796 d.d. 28.04.2010 van het Hof van Appel van Tirana, af te wijzen."

2.16. Enel c.s. hebben bij de Hoge Raad van Albanië een herzieningsverzoek ingediend, welk verzoek op 17 juni 2011 is afgewezen. Enel c.s. hebben geen beroep ingesteld bij het Constitutioneel Hof van Albanië.

2.17. Bij verzoekschrift van 6 september 2011 hebben Enel c.s. bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) geklaagd over – kort gezegd – de Albanese procedure. Het EHRM heeft Enel c.s. bij brief van 22 mei 2014 medegedeeld:

"(...) I wish to inform you that the European Court of Human Rights, presided by the sole Judge (P. Mahoney and assisted by a reporter in conformity with article 24 2 of the Convention), decided between 1 May 2014 and 15 May 2014 to declare the appeal inadmissible. This decision was made on the later date.

After consideration of the combination of the elements available, and within its expertise to understand the circumstances explained, the Court considered that the appeal did not satisfy the admissibility conditions provided in articles 34 and 35 of the Convention. (...)"

2.18. ABA heeft tweemaal (op 6 juni 2014 en 19 september 2014) krachtens daartoe verkregen verlof van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag ten laste van Enel c.s. conservatoire beslagen doen leggen op de door Enel gehouden aandelen in Enel Investment Holding B.V. en Enel Finance International N.V. alsmede onder 41 derden, onder wie de dochtermaatschappijen. Deze conservatoire (derden)beslagen zijn op 21 oktober 2016 opgeheven.

2.19. Op 4 november 2016 hebben Enel c.s. een tweede herzieningsverzoek ingediend bij de Hoge Raad van Albanië. Daarop was op 29 januari 2018 nog niet beslist.

2.20. Enel c.s. hebben tot op heden niet aan de verplichtingen ingevolge het Albanese vonnis voldaan. Inmiddels heeft ABA in Frankrijk, Ierland, Luxemburg en de Verenigde Staten procedures gestart, onder meer strekkende tot erkenning en tenuitvoerlegging van het Albanese vonnis. In de Franse procedure is het verzoek tot erkenning en tenuitvoerlegging op 29 januari 2018 afgewezen.

In de overige procedures was op 29 januari 2018 nog geen uitspraak gedaan.

3. Beoordeling

3.1. In eerste aanleg heeft ABA, na wijziging van eis en zakelijk weergegeven, in conventie gevorderd:

(1) hoofdelijke veroordeling van Enel c.s. tot betaling van de buitencontractuele schade van € 25.188.500,=;

(2) hoofdelijke veroordeling van Enel c.s. tot betaling van de buitencontractuele schade voor de hoeveelheid elektrische energie van 371.000.000 kWh per jaar, voor de jaren 2005 tot en met 2011 volgens de formule $V_n = (Q \times P_n) + (V \times P_{cn})$, zijnde € 407.903.370,= (de vorderingen onder 1 en 2 belopen tezamen in totaal € 433.091.870,=);

(3) veroordeling van Enel c.s. om aan de advocaat van ABA, althans aan de deurwaarder, iedere dertig dagen tot het moment dat geheel is voldaan aan de betalingsverplichtingen van Enel c.s. jegens ABA schriftelijk, nauwkeurig en gespecificeerd inlichtingen en opgave te verstrekken over hun binnen- en buitenlandse inkomens- en vermogenspositie en over voor verhaal vatbare binnen- en buitenlandse goederen, op straffe van een dwangsom;

(4) veroordeling van de dochtermaatschappijen te voldoen aan het bepaalde in de artikelen 476a, 476b en 477 Rv, op straffe van een dwangsom;

(5) hoofdelijke veroordeling van de dochtermaatschappijen tot betaling aan ABA dan wel aan de deurwaarder van € 433.091.870,=, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 8 oktober 2014 tot de dag van algehele voldoening, althans, op straffe van een dwangsom, de dochtermaatschappijen ieder te veroordelen tot afgifte van de verschuldigde goederen of af te geven zaken aan de deurwaarder;

(6) hoofdelijke veroordeling van Enel c.s. en de dochtermaatschappijen tot vergoeding van alle door ABA geleden en nog te lijden schade, op te maken bij staat;

(7) veroordeling van de dochtermaatschappijen om inlichtingen en opgave te verstrekken over hun binnen- en buitenlandse inkomens- en vermogenspositie en over voor verhaal vatbare binnen- en buitenlandse goederen, op straffe van een dwangsom;

(8) althans, subsidiair, zodanig te beslissen op iedere hiervoor onder 1 tot 6 weergegeven vordering als de rechtbank geraden voorkomt;

(9) hoofdelijke veroordeling van Enel c.s. en de dochtermaatschappijen in de proceskosten, ten aanzien van Enel c.s. inclusief de beslagkosten, te vermeerderen met de wettelijke rente, een en ander uitvoerbaar bij voorraad.

3.2. In reconventie heeft Enel zakelijk weergegeven gevorderd:

(1) een verklaring voor recht dat ABA onrechtmatig heeft gehandeld;

(2) veroordeling van ABA tot schadevergoeding, op te maken bij staat;

(3) veroordeling van ABA in de kosten van het geding, alsmede in de nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente, een en ander uitvoerbaar bij voorraad.

3.3. In het bestreden vonnis van 29 juni 2016 heeft de rechtbank geoordeeld dat het Albanese vonnis zowel ten aanzien van de vordering van ABA tot betaling van € 25.188.500,= (zie rov. 3.1 sub 1) als ten aanzien van de vordering tot betaling van € 407.903.370,= (zie rov. 3.1 sub 2) op de voet van artikel 431 lid 2 Rv in Nederland kan worden erkend. De rechtbank heeft Enel c.s. hoofdelijk veroordeeld tot betaling aan ABA van in totaal € 433.091.870,= en tot betaling van de beslagkosten, de proceskosten en de nakosten van ABA, te vermeerderen met rente. De overige vorderingen in conventie, waaronder die tot uitvoerbaar bij voorraad-verklaring en alle vorderingen jegens de dochtermaatschappijen, zijn afgewezen. De vorderingen van Enel in reconventie zijn eveneens afgewezen, met veroordeling van Enel in de proceskosten en de nakosten, te vermeerderen met rente, uitvoerbaar bij voorraad. Tegen deze beslissingen en de daaraan ten grondslag gelegde motiveringen, komen zowel Enel c.s. en de dochtermaatschappijen als ABA met hun grieven op.

3.4. Enel c.s. (in beide zaken) en de dochtermaatschappijen (in de zaak met zaaknummer 200.201.407/01) hebben in hoger beroep, samengevat en zakelijk weergegeven, na wijziging van eis geconcludeerd dat het hof, zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, het bestreden vonnis zal vernietigen en, primair,

(1) zich onbevoegd zal verklaren ten aanzien van alle vorderingen van ABA tegen Enel c.s.;

(2) ABA niet-ontvankelijk zal verklaren in al haar vorderingen, althans de vorderingen van ABA jegens Enel c.s. (en de dochtermaatschappijen in de zaak met zaaknummer 200.201.407/01) alsnog volledig zal afwijzen;

en subsidiair:

(3) zal bepalen dat enige betalingsverplichting van Enel c.s. jegens ABA pas ingaat na het verstrijken van drie maanden na de datum van het te wijzen arrest;

(4) de afwijzing van de uitvoerbaarverklaring bij voorraad in het vonnis in stand zal laten, en enige veroordeling van Enel c.s. niet uitvoerbaar bij voorraad zal verklaren;

(5) een en ander met beslissing over proceskosten en de nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente.

Daarnaast heeft Enel gevorderd dat het hof:

(6) voor recht zal verklaren dat ABA onrechtmatig heeft gehandeld;

(7) ABA zal veroordelen tot vergoeding van alle als gevolg van haar onrechtmatige daad door Enel geleden en te lijden schade, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet en te vermeerderen met de wettelijke rente;

en hebben Enel c.s. gevorderd dat het hof:

(8) indien en voor zover een vordering van ABA wordt toegewezen c.q. de toewijzing van enige vordering door de rechtbank in stand wordt gelaten en het gevorderde onder (3) wordt afgewezen: ABA zal verbieden over te gaan tot enige tenuitvoerleggingshandeling op grond van het te wijzen arrest, waaronder in ieder geval begrepen het laten betekenen van het te wijzen arrest aan enige natuurlijke persoon of rechtspersoon anders dan aan Enel c.s., enig exploit van executoriaal aandelenbeslag en executoriaal derdenbeslag en enig exploit ter aanzegging van de overgang van enig conservatoir

beslag naar executoriaal beslag, gedurende drie maanden na de datum van het te wijzen arrest, op straffe van een dwangsom van € 500.000,= per overtreding van dit verbod en € 500.000,= voor iedere dag of gedeelte van een dag dat deze overtreding voortduurt, met een maximum van € 433.091.970,=;

(9) ABA zal veroordelen tot terugbetaling van al hetgeen Enel c.s. reeds op grond van het bestreden vonnis aan ABA hebben voldaan;

(10) met beslissing over proceskosten en de nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente.

3.5. ABA heeft in beide zaken, zakelijk weergegeven en samengevat, geconcludeerd dat het hof, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

(1) Enel c.s. (en de dochtermaatschappijen) niet-ontvankelijk zal verklaren, dan wel alle grieven van Enel c.s. (en de dochtermaatschappijen) ongegrond zal verklaren en

alle vorderingen aan Enel c.s. (en de dochtermaatschappijen) zal ontzeggen;

(2) het bestreden vonnis zal vernietigen voor zover daarin de vorderingen van ABA zijn afgewezen, die vorderingen alsnog zal toewijzen en het bestreden vonnis voor het overige zal bekrachtigen;

(3) een en ander met hoofdelijke veroordeling van Enel c.s. (en de dochtermaatschappijen) in de proceskosten in beide instanties en de nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente.

Procesrechtelijke aspecten

3.6. Namens Enel c.s. en de dochtermaatschappijen is ter zitting van 29 januari 2018 verklaard dat de grieven in het principaal appel in de zaak met zaaknummer 200.196.175/01 voor zover die betrekking hebben op Enel c.s., slechts zekerheidshalve zijn gekopieerd in het incidenteel appel in de zaak met zaaknummer 200.201.407/01, en dat daaraan geen separate betekenis toekomt. Het hof gaat er derhalve bij de beoordeling van uit dat de grieven in het incidenteel appel in de zaak met zaaknummer 200.201.407/01 slechts namens de dochtermaatschappijen zijn aangevoerd.

3.7. Ter zitting van 7 september 2017 zijn partijen overeengekomen dat de inhoudelijke beoordeling van beide zaken zal worden gesplitst in die zin dat eerst de kwestie van de erkenning van het Albanese vonnis op de voet van artikel 431 lid 2 Rv (pseudo-exequatur) zal worden beoordeeld en pas daarna, indien en voor zover dat dan aan de orde is, de eventuele inhoudelijke herbeoordeling van de zaak op grond van artikel 431 lid 2 Rv. Dit betekent dat indien het hof zal oordelen dat het Albanese vonnis niet kan worden erkend op de voet van artikel 431 lid 2 Rv, ABA in de gelegenheid zal worden gesteld zich bij memorie uit te laten over de inhoudelijke herbeoordeling van de zaak op grond van artikel 431 lid 2 Rv.

Feiten

3.8. Met grief 1 in het principaal appel in 200.175.195/01 en in het incidenteel appel in 200.201.407/01 komen Enel c.s. en de dochtermaatschappijen op tegen enkele door de rechtbank vastgestelde feiten. De grief slaagt voor zover de rechtbank heeft vastgesteld dat het EHRM de klachten van Enel c.s. kennelijk ongegrond heeft verklaard. Het EHRM, vertegenwoordigd door Judge P. Mahony, heeft Enel c.s. bij beslissing van 15 mei 2014 niet-ontvankelijk verklaard in hun verzoeken omdat niet was voldaan aan de eisen van de artikelen 34 en 35 van het EVRM. (zie rov. 2.17 hiervoor).

3.9. Voor zover de grief is gericht tegen de vaststelling dat de door de waterkrachtcentrale opgewekte elektriciteit en de bijbehorende groencertificaten door de SPC *op exclusieve basis* zouden worden verkocht aan Enel, hebben Enel c.s. en de dochtermaatschappijen (nog) geen belang bij bespreking van die grief, gelet op de procesafspraken weergegeven in rov. 3.7. Ditzelfde geldt voor zover gegriefd is tegen de volgens Enel c.s. en de dochtermaatschappijen onvolledige weergave van de feiten die betrekking hebben op de door ABA gelegde beslagen en afgegeven derdenverklaringen. Zo nodig zal hierop in een later stadium worden teruggekomen.

3.10. Enel c.s. en de dochtermaatschappijen hebben voorts gegriefd tegen de vaststelling dat ABA heeft gesteld dat zij de SPC uit de samenwerkingsovereenkomst is. Uit de grief volgt weliswaar dat Enel c.s. en de dochtermaatschappijen de juistheid van die stelling van ABA betwisten, maar dat doet niet af aan het feit dat ABA in de Albanese procedure heeft gesteld de SPC uit de samenwerkingsovereenkomst te zijn, zoals de rechtbank heeft vastgesteld. De grief faalt derhalve in zoverre.

3.11. Nu in hoger beroep alsnog is vastgesteld dat Enel c.s. twee herzieningsverzoeken hebben ingediend (zie rov. 2.16 en 2.19), hebben Enel c.s. onvoldoende belang bij hun grief voor zover die betrekking heeft op het ontbreken van bedoelde feiten.

Bevoegdheid

3.12. Enel c.s. en de dochtermaatschappijen hebben (in de grieven 2 en 3 in het principaal appel in 200.175.195/01 en in het incidenteel appel in 200.201.407/01) aangevoerd dat de rechtbank zich ten onrechte bevoegd heeft geacht van de vorderingen van ABA kennis te nemen.

3.13. Ten aanzien van de bevoegdheid om kennis te nemen van de vorderingen van ABA tegen Enel c.s. die zijn gebaseerd op artikel 431 lid 2 Rv, welke vorderingen strekken tot veroordeling van Enel c.s. tot hetgeen waartoe zij in het Albanese vonnis zijn veroordeeld, primair op basis van een erkenning van het Albanese vonnis en subsidiair op basis van een inhoudelijke herbeoordeling van het geschil, oordeelt het hof als volgt.

Voorop staat dat het Albanese vonnis niet in Nederland kan worden erkend en ten uitvoer gelegd op grond van een bepaling in een Nederland bindend verdrag of in een Europese verordening. Anders dan Enel c.s. en de dochtermaatschappijen betogen, is Verordening (EG) nr.44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (EEX-Vo) uitsluitend van toepassing op de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen afkomstig uit een lidstaat van de Europese Unie en (dus) niet op beslissingen uit Albanië. De rechtbank heeft dan ook terecht geoordeeld dat op grond van het Nederlandse *commune internationaal bevoegdheidsrecht* moet worden bepaald of de Nederlandse rechter bevoegd is om kennis te nemen van de vorderingen van ABA.

3.14. In het geval van een rechterlijke beslissing afkomstig uit een land ten aanzien waarvan geen relevant verdrag omtrent erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen van kracht is – zoals Albanië – staat de exequaturprocedure voorzien in de artt. 431 lid 1 jo. 985 e.v. Rv niet open. In dat geval brengt art. 431 lid 2 Rv mee dat in Nederland een nieuwe procedure wordt gevoerd, waarin de Nederlandse rechter gevraagd wordt om aan die buitenlandse beslissing gezag toe te kennen dan wel, zo nodig subsidiair, om indien de buitenlandse beslissing niet voor erkenning in aanmerking komt, op basis van een inhoudelijke herbeoordeling een beslissing te nemen die overeenkomt met de buitenlandse beslissing. Artikel 431 lid 2 Rv schept daarvoor in beginsel rechtsmacht voor de Nederlandse rechter. Dit geldt ongeacht of de Nederlandse rechter aanleiding ziet tot een inhoudelijke herbeoordeling van het geschil dan wel de vraag beoordeelt of aan een beslissing van een buitenlandse rechter gezag toekomt en zich in dat verband beperkt tot een toets aan de vereisten zoals door de Hoge Raad uiteen gezet in het zogenaamde Gazprombank-arrest (HR 26 september 2014, [ECLI:NL:HR:2014:2838](https://ecli.nl/hr:2014:2838)). In zijn

algemeenheid geldt hierop als uitzondering het geval waarin de eisende partij met het voorleggen van de betreffende vordering op de voet van artikel 431 lid 2 Rv aan de Nederlandse rechter misbruik van procesrecht maakt.

3.15. Niet in geschil is dat de Nederlandse rechter bevoegd is kennis te nemen van de vorderingen van ABA tegen Enel c.s. voor zover die strekken tot veroordeling tot betaling van hetgeen waartoe Enel c.s. in het Albanese vonnis zijn veroordeeld, dat wil zeggen de beoordeling (op de voet van art. 431 lid 2 Rv) of in Nederland gezag toekomt aan die beslissing voor zover daarbij Enel c.s. tot betaling van € 25.188.500,= is veroordeeld (zie rov. 2.10). Dat volstaat voor deze fase.

Enel c.s. betwisten de bevoegdheid van de Nederlandse rechter voor zover de vorderingen van ABA ertoe strekken dat de Nederlandse rechter Enel c.s. op basis van de formule die in het dictum van het Albanese vonnis is opgenomen, veroordeelt tot betaling van een concreet bedrag. Volgens Enel c.s. vereist het invullen van bedoelde formule een inhoudelijke beoordeling die verder strekt dan het op de voet van artikel 431 lid 2 Rv opnieuw behandelen en afdoen van het geschil dat heeft geleid tot de buitenlandse beslissing, omdat de Nederlandse rechter alsdan dient te oordelen over een deel van het gevorderde waarover de Albanese rechter (nog) geen beslissing heeft gegeven. Dat aspect is echter eerst aan de orde nadat het hof heeft geoordeeld over de erkenning van het Albanese vonnis. De ter zitting in 2017 gemaakte procesafspraken houden in dat ABA daaromtrent dan eerst nog een memorie mag nemen. Daarop zal dus nu niet worden ingegaan.

Datzelfde geldt voor de stelling van Enel c.s. dat, zolang het griffierecht door ABA niet is voldaan, het Albanese vonnis ten dele, namelijk ten aanzien van de uitkomst van de invulling van de formule in Albanië, (nog) niet uitvoerbaar is, hetgeen volgens Enel c.s. ook aan de bevoegdheid tot herbeoordeling op de voet van art. 431 lid 2 Rv in de weg zou staan.

3.16. Enel c.s. hebben verder betoogd dat de Nederlandse rechter niet bevoegd is van de vorderingen tegen Enelpower kennis te nemen omdat Enelpower geen vermogensbestanddelen in Nederland heeft. Dit betoog stuit reeds af op de door ABA gestelde en door Enel c.s. niet (voldoende) betwiste omstandigheid dat Enelpower bij ING Bank N.V. een bankrekening aanhoudt althans aanhield, waarop blijkens een derdenverklaring d.d. 12 augustus 2016 op 14 juli 2016 een positief saldo stond.

3.17. De bevoegdheid van de Nederlandse rechter om kennis te nemen van de vorderingen van ABA tegen de dochtermaatschappijen, die zijn gevestigd in Amsterdam, staat niet ter discussie. Enel c.s. betwisten evenwel de bevoegdheid voor zover het de vorderingen van ABA genoemd in rov. 3.1 sub 3 en sub 6 betreft die tevens tegen Enel c.s. zijn ingesteld. Volgens Enel c.s. hebben de vorderingen ten aanzien van Enel c.s. en de dochtermaatschappijen verschillende feitelijke en juridische grondslagen. Er is dan ook geen sprake van een zodanige samenhang tussen die vorderingen dat redenen van doelmatigheid een gezamenlijke behandeling rechtvaardigen en er bestaat geen risico op onverenigbare beslissingen bij afzonderlijke behandeling, aldus Enel c.s.

3.18. Ook hiervoor geldt hetgeen onder rov. 3.15. is overwogen ten aanzien van de gevolgen van de procedurele afspraken.

3.19. Uit het voorgaande volgt dat de grieven 2 en 3 in het principaal appel in 200.175.195/01 en in het incidenteel appel in 200.201.407/01 ten dele falen, terwijl daarop voor het overige in een volgend stadium wordt teruggekomen.

EHRM

3.20. Voordat het hof toekomt aan de beoordeling van de vraag of het Albanese vonnis kan worden erkend op grond van artikel 431 lid 2 Rv, behoeft beschouwing de stelling van ABA dat uit de omstandigheid dat de klachten van Enel c.s. bij het EHRM zijn afgewezen reeds volgt dat van strijd met de openbare orde geen sprake kan zijn. Dat standpunt snijdt geen hout, nu uit de brief van het EHRM van 22 mei 2014 (zie rov. 3.8) blijkt dat de klachten van Enel c.s. niet op inhoudelijke gronden zijn afgewezen, maar op grond van het oordeel van de rechter-poortwachter dat de klachten niet aan de drempel-criteria

voor ontvankelijkheid van artt. 34 en 35 EVRM voldoen. Die toets aan artt. 34 en 35 EVRM is echter een andere toets dan de hier aan te leggen toets, die in het navolgende nader wordt toegelicht.

Erkenning

3.21. Enel c.s. en de dochtermaatschappijen stellen (in de grieven 4 tot en met 8 in het principaal appel in 200.175.195/01 en in het incidenteel appel in 200.201.407/01) aan de orde dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het Albanese vonnis op de voet van artikel 431 lid 2 Rv in Nederland kan worden erkend. Volgens Enel c.s. en de dochtermaatschappijen voldoet het Albanese vonnis aan geen van de door de Hoge Raad in het Gazprombank-arrest geformuleerde vereisten.

3.22. Uit het Gazprombank-arrest volgt dat een buitenlandse beslissing in Nederland in beginsel wordt erkend indien (i) de bevoegdheid van de rechter die de beslissing heeft gegeven berust op een bevoegdheidsgrond die naar internationale maatstaven algemeen aanvaardbaar is, (ii) de buitenlandse beslissing is tot stand gekomen in een gerechtelijke procedure die voldoet aan de eisen van behoorlijke en met voldoende waarborgen omklede rechtspleging, (iii) de erkenning van de buitenlandse beslissing niet in strijd is met de Nederlandse openbare orde, en (iv) de buitenlandse beslissing niet onverenigbaar is met een tussen dezelfde partijen gegeven beslissing van de Nederlandse rechter, dan wel met een eerdere beslissing van een buitenlandse rechter die tussen dezelfde partijen is gegeven in een geschil dat hetzelfde onderwerp betreft en op dezelfde oorzaak berust, mits die eerdere beslissing voor erkenning in Nederland vatbaar is.

3.23. Het hof ziet aanleiding eerst de onder ii en iii bedoelde criteria te bespreken. De criteria bestrijken tezamen de procedurele en de materiële kant van de openbare orde-toets. Het onder ii genoemde criterium betreft de wijze waarop de buitenlandse beslissing tot stand is gekomen. De daaraan te stellen eisen vallen ten minste samen met de criteria voor een *fair trial* als bedoeld in artikel 6 EVRM. Het onder iii bedoelde criterium betreft de gevolgen van de erkenning voor de Nederlandse openbare orde. De erkenning van de buitenlandse beslissing mag niet leiden tot gevolgen die afbreuk doen aan fundamentele waarden en beginselen van de Nederlandse rechtsorde. Bij de toetsing aan de onder ii en iii bedoelde criteria geldt dat geen inhoudelijke herbeoordeling van de buitenlandse beslissing plaatsvindt. Er is geen ruimte voor een eigen onderzoek naar de juridische of feitelijke juistheid van de buitenlandse beslissing. Dat laat onverlet dat de inhoud van de buitenlandse beslissing wel kan worden betrokken bij de beantwoording van de vraag of de buitenlandse beslissing tot stand is gekomen in een met voldoende waarborgen omklede gerechtelijke procedure en of de erkenning van de buitenlandse beslissing niet strijdig is met de Nederlandse openbare orde.

3.24. Uit vaste rechtspraak van het EHRM betreffende de uitleg van artikel 6 EVRM volgt dat sprake kan zijn van strijd met beginselen van een behoorlijke rechtspleging (*fair trial*) indien een rechterlijke beslissing willekeurig of manifest onredelijk is: "Although it is not the Court's function under Article 6 par. 1 to deal with errors of fact or law allegedly committed by the domestic courts, decisions that are 'arbitrary or manifestly unreasonable' may be found incompatible with the guarantees of a fair hearing" (EHRM 31 juli 2014, zaak nr. 1774/11, *Nemtsov/Rusland*, rov. 88). Daarbij geldt: "(...) that if the error of law or fact by the national court is so evident as to be characterised as a 'manifest error' – that is to say, is an error that no reasonable court could ever have made –, it may be such as to disturb the fairness of the proceedings." (EHRM 5 februari 2015, zaak nr. 22251/08, *Bochan/Oekraïne*, rov. 62). Het EHRM is verder van oordeel dat "(...) whilst acknowledging the domestic judicial authorities' prerogative to assess the evidence and decide what is relevant and admissible, the Court reiterates that Article 6 par. 1 places the 'tribunal' under a duty to conduct a proper examination of the submissions, arguments and evidence adduced by the parties" (EHRM 15 november 2007, zaak nr. 72118/01 *Khamidov/Rusland*, rov. 173). Ten aanzien van de motivering van een rechterlijke beslissing geldt daarbij dat: "According to the Court's established case-law reflecting a principle linked to the proper administration of justice, judgments of courts and tribunals should adequately state the reasons on which they are based. The extent to which this duty to give reasons applies may vary according to the nature of the decision and must be determined in the light of the circumstances of the case (...). The

notion of a fair procedure requires that a national court did in fact address the essential issues which were submitted to its jurisdiction” (EHRM 25 september 2012, zaak nr. 59102/08, *Vojtěchová/Slovakia*, rov. 35).

3.25. Tegen deze achtergrond hebben Enel c.s. en de dochtermaatschappijen onder meer betoogd – kort gezegd – dat er fundamentele gebreken kleven aan de inhoud en de wijze van totstandkoming van de uitspraken in de Albanese procedure, waarbij zij in het licht van de hiervoor onder rov. 2.4 tot en met 2.16. genoemde feiten met name ook hebben gewezen op de aard en de omvang van de door de Albanese rechter aan ABA ten laste van Enel c.s. toegekende schadevergoeding.

3.26. Het hof overweegt als volgt. In mei 2004 heeft ABA bij de rechtbank te Tirana jegens Enel c.s. een vordering tot schadevergoeding ingesteld. Grondslag van die vordering was dat Enel c.s. onrechtmatig hun medewerking aan de totstandkoming van het Project zouden hebben onthouden, met als gevolg dat het Project niet, althans slechts met een vertraging van 4 jaar tot stand kon komen. Om de door ABA geleden schade te begroten heeft de rechtbank te Tirana de Experts verzocht te berekenen hoeveel elektrische energie met het Project had kunnen worden geproduceerd, tegen welke prijs die zou kunnen worden verkocht en welke winst (*profit*) dat voor ABA zou hebben opgeleverd. In hun rapport hebben de Experts becijferd wat de jaarlijkse verkoopbare energieopbrengst van het Project zou zijn geweest (297 miljoen KWh voor 2004 en 371 miljoen KWh voor latere jaren) en vervolgens voor 2004 uitgerekend tegen welke prijzen die energie verkocht had kunnen worden. Voor de jaren 2005 tot en met 2011 konden de verkoopprijzen (nog) niet worden vastgesteld en is volstaan met de formule $V_n = (Q \times P_n) + (Q \times P_{cn})$ waarin de prijzen voor latere jaren nog ingevuld moesten worden.

3.27. In reactie op het rapport van de Experts hebben Enel c.s. er op gewezen dat aldus niet de door ABA te behalen winst werd berekend, maar slechts de met het Project te behalen bruto omzet, omdat, gezien vanuit het oogpunt van het vaststellen van de winst, ten onrechte geen rekening is gehouden met de kosten van het bouwen en onderhouden van de waterkrachtcentrale en de kosten van productie en transport van de te verkopen energie. De Experts hebben dit bevestigd en er in dat kader op gewezen dat zij met het rapport slechts een formule voor de berekening van de met het Project te behalen bruto omzet (*gross income*) hebben gegeven en dat voor de berekening van de winst (*net profits*) de te maken kosten daar nog van zouden moeten worden afgetrokken.

3.28. Enel c.s. hebben vervolgens in hun schriftelijke conclusies bij de rechtbank te Tirana uitdrukkelijk aangevoerd dat het rapport van de Experts niet bruikbaar is om de door ABA geclaimde schade vast te stellen, omdat de Experts de verwachte opbrengsten van het Project niet hebben berekend als het verschil tussen inkomsten en kosten, maar slechts als bruto omzet, waarbij ze zelfs geen rekening hebben gehouden met essentiële kosten zoals die voor de bouw en het onderhoud van de waterkrachtcentrale waarmee de te verkopen energie zou moeten worden opgewekt.

3.29. De rechtbank te Tirana heeft in haar vonnis van 24 maart 2009 geen woord gewijd aan het uitdrukkelijk door Enel c.s. gevoerde verweer ten aanzien van het rapport van de Experts en de daarin berekende gemiste inkomsten. In plaats daarvan heeft de rechtbank geconcludeerd dat ABA schade heeft geleden die het rechtstreekse gevolg is van het niet tijdig starten met de bouw van het Project, een vertraging van 4 jaar, waarmee ze winst uit die periode hebben gemist, dat het rapport van de Experts “een zeer belangrijk bewijs is” en dat het verzoek van de eisende partij moet worden toegewezen door de gedaagde partij te verplichten om aan de eiser de buitencontractuele schade te betalen zoals die door de deskundigen is berekend. De rechtbank te Tirana heeft Enel c.s. vervolgens veroordeeld om bij wijze van schadevergoeding aan ABA te betalen de som van de met het Project in 2004 en van 2005 tot en met 2011 te genereren inkomsten, waarbij geen rekening is gehouden met de kosten van het bouwen en onderhouden van de waterkrachtcentrale en de kosten van het opwekken, transporteren en verkopen van de energie.

3.30. Enel c.s. hebben vervolgens in hoger beroep wederom uitdrukkelijk en bij herhaling aangevoerd dat de Experts de gederfde winst van ABA ten onrechte hadden berekend als bruto omzet en daarbij hadden verzuimd zelfs maar de kosten van het bouwen en onderhouden van de waterkrachtcentrale in mindering te brengen. Enel c.s. hebben er op gewezen dat ook de Experts dit hadden erkend. Desondanks heeft het Hof van Appel te Tirana in zijn 73 pagina's tellend arrest van 28

april 2010 daar niets over opgemerkt, maar slechts geconstateerd dat de Experts op correcte wijze de vereiste schattingen van de waarde van de schade hebben gemaakt, dat de rechtbank de conclusies van de Experts als juist heeft aangenomen en dat de bewijzen die tijdens het geding in tweede aanleg door de gedaagde partijen zijn voorgelegd niet van belang zijn, daar zij door de rechtbank van eerste aanleg al zijn behandeld, zodat de bestreden uitspraak in stand dient te worden gehouden. Het verweer van Enel c.s. is ook in het door haar ingestelde cassatieberoep aan de orde gesteld, maar door de Albanese Hoge Raad onbesproken gelaten.

3.31. Tussen partijen is niet in geschil dat ook naar Albanees recht slechts schade voor vergoeding in aanmerking komt die het rechtstreeks en onmiddellijk gevolg is van het (niet) handelen van de aansprakelijke persoon (artikel 609, lid 1 van het Albanees Burgerlijk Wetboek) en dat de schade die wordt vergoed bestaat uit de geleden verliezen en de gederfde winst (artikel 640, lid 1 van het Albanees Burgerlijk Wetboek). Dat algemeen aanvaard is dat het begrip *winst* niet gelijk is aan bruto omzet, maar aan bruto omzet na aftrek van (bepaalde) kosten, is als zodanig tussen partijen zowel in de procedure in Albanië als in de huidige procedure evenmin in geschil. De derde en vierde vraag aan de Experts zagen ook op winst (zie rov. 2.6).

Blijkens de vorderingen van ABA in deze procedure beloopt het geldelijk belang van de in het Albanese vonnis uitgesproken veroordeling ruim € 433 miljoen (de resultaten van de in te vullen formule meegerekend) en over het jaar 2004 alleen € 25.188.500,-. ABA heeft niet betwist dat die veroordeling niet is gebaseerd op een berekening van de gederfde winst, maar op een berekening van de gederfde omzet en dat daarbij geen rekening is gehouden met de zeer aanzienlijke investeringen die voor de bouw en het onderhoud van de waterkrachtcentrale hadden moeten worden gedaan en dat evenmin rekening is gehouden met de kosten van het opwekken en transporten van de te verkopen energie. Hoewel over de precieze berekening van de winst, en in het bijzonder de vraag welke kosten tot welk bedrag voor aftrek in aanmerking komen, verschil van inzicht mogelijk is, is in de Albanese procedure (noch overigens in onderhavige procedure) niet betwist dat de kosten van bouw en onderhoud van de waterkrachtcentrale en de kosten van het opwekken en transporteren van de energie daartoe behoren.

3.32. In het licht van het geldende Albanese recht en mede gelet op het daarmee gemoeide geldelijk belang, moet het door Enel c.s. gevoerde verweer ten aanzien van de schade als essentieel worden beschouwd. De rechtbank en het Hof van Appel te Tirana hadden dit essentiële verweer dan ook zonder meer moeten onderzoeken en daarop bij de motivering van hun oordeel moeten responderen. Dat zij dat niet hebben gedaan is volstrekt onbegrijpelijk. De rechtbank te Tirana heeft vervolgens bij wijze van schadevergoeding een bedrag toegewezen ter grootte van de met het Project te realiseren omzet over 8 jaren, zonder daarbij zelfs maar rekening te houden met de kosten van de bouw van de waterkrachtcentrale. Die beslissing is zo evident strijdig met het door de rechtbank zelf aangehaalde geldende Albanese recht dat, mede bezien in het licht van het daartegen door Enel c.s. aangedragen verweer – dat nota bene door de Experts werd ondersteund – moet worden geconcludeerd dat sprake is van een manifeste fout en dat geen redelijk handelende rechtbank op basis van het rapport van de Experts en het Albanese recht tot eenzelfde oordeel had kunnen komen. Hetzelfde geldt voor de beslissing van het Hof van Appel te Tirana om in weerwil van het uitdrukkelijk daartegen gevoerde verweer die beslissing in stand te laten, zonder enige op dit essentiële punt toegesneden motivering. Die beslissing getuigt van willekeur en is evident onredelijk. Wat de redenen zijn voor deze beslissing, in het bijzonder of, zoals Enel c.s. en de dochtermaatschappijen hebben gesteld doch ABA heeft betwist, daaraan enigerlei vorm van corruptie en/of gebrek aan rechterlijke onafhankelijkheid ten grondslag heeft gelegen doet daarbij niet ter zake. Ook als daarvan geen sprake is geweest geldt het vorenstaande evenzeer.

3.33. Het hof is, gelet op het voorgaande, met Enel c.s. en de dochtermaatschappijen van oordeel dat de in het Albanese vonnis neergelegde en in de latere instanties in stand gebleven beslissing moet worden aangemerkt als *arbitrary and manifestly unreasonable* en dat de Albanese rechtsgang daarmee niet voldoet aan de op grond van artikel 6 EVRM daaraan te stellen eisen. Dit betekent dat het Albanese vonnis niet tot stand is gekomen in een gerechtelijke procedure die voldoet aan de eisen van een behoorlijke en met voldoende waarborgen omklede rechtspleging. Bovendien zou de erkenning van het Albanese vonnis tot gevolg hebben dat Enel c.s. in Nederland gehouden zouden kunnen worden tot nakoming van een

willekeurige en evident onjuiste en onredelijke rechterlijke beslissing, hetgeen in strijd is met fundamentele waarden en beginselen van de Nederlandse rechtsorde. Daarmee is erkenning van het op bovengenoemde wijze tot stand gekomen vonnis, in de zin dat daaraan in Nederland geheel of gedeeltelijk rechtsgevolgen worden toegekend, strijdig met de openbare orde, zowel wat het procedurele aspect (rov. 3.22. onder ii) als wat het materiële aspect betreft (rov. 3.22. onder iii).

3.34. Gelet op deze conclusie behoeft thans geen bespreking meer of aan Gazprombankcriterium i is voldaan, of vanwege de arbitrale uitspraak (ook) aan Gazprombankcriterium iv niet is voldaan en daarmee evenmin of de partijen en het geschil in beide procedures (voldoende) gelijk zijn.

Niet-uitputting van rechtsmiddelen

3.35. Bespreking en beslissing behoeft nog wel welke gevolgen moeten worden verbonden aan het op zichzelf niet in geschil zijnde feit dat in de Albanese procedure niet alle beschikbare rechtsmiddelen zijn benut. Enel c.s. hebben immers geen beroep ingesteld bij het Constitutioneel Hof van Albanië (zie 2.16). ABA heeft in dit verband gesteld dat Enel c.s. zowel in materiële zin als in formele zin de rechtsmiddelen niet volledig hebben uitgeput. Volgens ABA komen Enel c.s. in de onderhavige erkenningsprocedure met tal van verweren, die zij niet hebben gevoerd in de Albanese procedure en hebben zij het rechtsmiddel van beroep bij het Constitutioneel Hof van Albanië onbenut gelaten. Enel c.s. hebben bovendien erkend dat dit laatste een *effective remedy* zou zijn geweest, aldus ABA.

3.36. Enel c.s. en de dochtermaatschappijen stellen daar, samengevat, tegenover dat de uitputtingsregel zoals ABA die voorstaat, niet bestaat omdat deze noch in artikel 431 lid 2 Rv noch in het Gazprombankarrest is genoemd. Het arrest HR 5 april 2002, [ECLI:NL:HR:2002:AD9145](#) (NJ 2004/170, Lbio) waarop ABA haar standpunt baseert, verschilt feitelijk en juridisch sterk van de onderhavige zaken. Enel c.s. stellen dat zij wel degelijk alle gewone rechtsmiddelen alsmede het buitengewone rechtsmiddel van herziening hebben aangewend. Het buitengewone rechtsmiddel van beroep bij het Constitutioneel Hof van Albanië zou volgens Enel c.s. zinloos zijn geweest, gezien het verloop van de procedure in Albanië en de corrupte aard van het Albanese rechtstelsel. Die procedure had bovendien alleen betrekking kunnen hebben op klachten over een schending van “*constitutional rights to a fair hearing*”, waardoor Enel c.s. niet alle gebreken aan het Albanese vonnis aan de orde hadden kunnen stellen en op welk punt zij tegengeworpen zouden krijgen dat sprake was geweest van een zeer uitvoerige procedure op tegenspraak, waarin Enel c.s. hun zaak meerdere malen hadden mogen bepleiten en ook bewijslevering had plaatsgevonden. Zelfs indien het Constitutioneel Hof van Albanië de klachten gegrond zou hebben bevonden, had het de bestreden uitspraak ook slechts kunnen vernietigen en de zaak opnieuw moeten terugverwijzen naar lagere instanties die de argumenten van Enel c.s. onbehoorlijk hadden afgedaan, aldus steeds Enel c.s., zodat aanwending van dat rechtsmiddel in redelijkheid zinloos was te achten.

3.37. De Gazprombank-criteria brengen mee, dat de procedure als geheel moet worden gezien. Dat in die criteria de uitputtingsregel niet met zoveel woorden is genoemd wil, tegen die achtergrond, niet zeggen dat deze geen rol kan spelen. Het is vaste jurisprudentie dat van degene die meent dat hem het recht op een eerlijk proces is onthouden in beginsel geëist mag worden dat hij alle rechtsmiddelen aanwendt die hem ten dienste staan, mits deze geacht kunnen worden daadwerkelijk tot heroverweging en dus tot een *effective remedy* te kunnen leiden.

3.38. In het Lbio-arrest heeft de Hoge Raad (overigens in een zaak waarin het betreffende vonnis was gewezen door een Oostenrijkse rechter, hetgeen gelet op het toepasselijke verdrag tussen Nederland en Oostenrijk een wezenlijk verschil met de hier voorliggende zaak oplevert) daaromtrent overwogen: “Indien de aan de wijze van totstandkoming van de beslissing van een buitenlandse rechter toegeschreven tekortkomingen – in dit geval: schending van de motiveringsplicht en schending van het beginsel van hoor en wederhoor – door het aanwenden van een rechtsmiddel hadden kunnen worden hersteld en niet is gebleken dat de door de beslissing bezwaarde procespartij tot het aanwenden van een rechtsmiddel niet

in staat is geweest, kan deze beslissing niet met een beroep op strijd met de openbare orde van erkenning en/of tenuitvoerlegging hier te lande worden uitgesloten.”

3.39. Als ervan wordt uitgegaan dat die regel ook in een geval als dit, waar erkenning in het kader van art. 431 lid 2 Rv aan de orde is, geldt, dan is deze hier niet overtreden dan wel kan deze Enel c.s. in ieder geval hier niet tegengeworpen worden. Het moet dan immers, gezien de ratio van de regel zoals blijkend uit voormeld citaat, gaan om het onbenut laten van een rechtsgang die daadwerkelijk had kunnen leiden tot herstel van de hiervoor gesignaleerde gebreken en daarvan was in dit geval, naar Enel c.s. in redelijkheid konden menen, geen sprake. Dit wordt als volgt toegelicht.

3.40. Anders dan ABA stelt hebben Enel c.s. niet erkend dat die rechtsgang deze gebreken had kunnen herstellen, althans niet op zodanige wijze dat zij daarop niet meer terug konden komen. De uitputtingsregel dient in het licht van zowel de juridische als feitelijke omstandigheden van het geval bezien te worden. Niet in geschil is dat de beroepsgang bij het Constitutioneel Hof van Albanië een buitengewoon rechtsmiddel betreft, en dat alle gewone rechtsmiddelen door Enel c.s. alsmede het buitengewone rechtsmiddel van herziening zijn uitgeput. Enel c.s. en de dochtermaatschappijen hebben gesteld, en ABA heeft niet gemotiveerd weersproken, dat dat rechtsmiddel slechts ruimte biedt voor een toets of de rechten op een *fair hearing*, als in de Albanese grondwet gewaarborgd, zijn geschonden. In dit geval was er een procedure op tegenspraak in drie instanties geweest, waarbij Enel c.s. meermalen in de gelegenheid waren gesteld hun standpunt kenbaar te maken en bewijs aan te dragen. Dat Enel c.s. geen eerlijke kans hadden gehad om hun standpunten naar voren te brengen was ook niet het bezwaar. De klacht was veeleer dat daarop in drie instanties in het geheel niet was gerepondeerd en dat aldus een volstrekt willekeurig en evident onjuist en onredelijk vonnis was gewezen en in stand gelaten. In die situatie konden Enel c.s. in redelijkheid menen dat van het buitengewone rechtsmiddel bij het Constitutioneel Hof van Albanië in dit geval geen *effective remedy* in de zin van herstel van de hiervoor bedoelde gebreken te verwachten viel. Daarbij komt dat hier naar het oordeel van het hof rekening gehouden dient te worden met de aard en het gewicht van de geconstateerde schending van de openbare orde. Dit betekent dat zelfs als van dit buitengewoon rechtsmiddel toch nog enig effect viel te verwachten, het enkele onbenut laten daarvan er in de gegeven omstandigheden niet toe kan leiden dat, in weerwil van voormeld oordeel over het karakter van dat vonnis als strijdig met art. 6 EVRM, daaraan jegens Enel c.s. in Nederland gezag zou kunnen worden toegekend.

3.41. Het voorgaande betekent dat het Albanese vonnis in Nederland niet kan worden erkend.

3.42. Inmiddels is in deze procedure overgelegd (een originele Franse tekst, een Engelse en een Nederlandse vertaling van) een vonnis van 29 januari 2018 van het Tribunal de Grande Instance te Parijs, Frankrijk (hierna de rechtbank te Parijs), gewezen tussen ABA enerzijds en Enel c.s. anderzijds. Die procedure zag, verkort weergegeven, op de verlening van een exequatur op het Albanese vonnis in Frankrijk, en in reconventie op schadevergoeding wegens misbruik van procesrecht. De rechtbank te Parijs heeft de vorderingen over en weer afgewezen. Het exequatur heeft zij, kort samengevat, onder meer afgewezen op een met Gazprombankcriterium iv overeenkomende grond aangaande de onverenigbaarheid van het Albanese vonnis met de arbitrale uitspraak.

3.43. Enel c.s. en de dochtermaatschappijen stellen dat de rechtbank te Parijs erkenning heeft geweigerd op gronden die zij ook in deze procedures aanvoert en ziet daarin bevestiging van de juistheid van haar standpunt. (Voor het overige ontleent zij daaraan steun op een ander punt dat thans niet aan de orde is). ABA stelt dat sprake is van misslagen, dat het vonnis ontoereikend is gemotiveerd en dat het oordeel dat de arbitrale en de Albanese procedure hetzelfde juridische geschil betreffen impliceert dat ABA, die ook volgens het Romeinse Hof van Arbitrage een zelfstandige entiteit is, in het geheel geen toegang tot de rechter zou hebben, terwijl zij geen partij bij de arbitrage was; om die redenen heeft zij van het vonnis van de rechtbank te Parijs appel ingesteld. Voor de Nederlandse procedure acht zij het vonnis niet van belang, nu dit hier geen rechtskracht heeft en niet, al dan niet op grond van de (herschikte) EEX-verordening, kan worden erkend.

3.44. Wat er zij van de overige argumenten, juist is dat het vonnis van de rechtbank te Parijs in Nederland niet kan worden erkend. (zie HvJEG 20 januari 1994, C 129-92, Owens bank). Enel c.s. en de dochtermaatschappijen betogen dat ook niet. De Nederlandse rechter dient zelfstandig te toetsen of aan de eisen voor erkenning is voldaan, zoals hiervoor is geschied. Voor de uitkomst van die toetsing is Gazprombankcriterium iv niet van belang en maakt het vonnis van de rechtbank te Parijs ook overigens geen verschil.

3.45. De slotsom is dus dat het Albanese vonnis in Nederland niet kan worden erkend. Dit betekent dat de grieven in principaal en incidenteel appel in zoverre slagen en het bestreden vonnis niet in stand kan blijven.

3.46. Overeenkomstig de met partijen gemaakte procesafspraken (rov. 3.7.) komt het hof thans toe aan de inhoudelijke herbeoordeling van de zaak op grond van artikel 431 lid 2 Rv. Dit betekent dat ABA eerst in de gelegenheid zal worden gesteld zich bij memorie daarover uit te laten. Elke verdere beslissing wordt dus aangehouden.

4. Beslissing

Het hof:

in beide zaken:

verwijst de zaken naar de rol van 28 augustus 2018 voor het nemen van een memorie door ABA als in rov. 3.46 bedoeld;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Noot

1. In 2000 is een dochter van het Italiaanse energieconcern Enel een samenwerkingsovereenkomst met een andere Italiaanse partij aangegaan met de intentie om gezamenlijk via een door de wederpartij op te richten vennootschap (*special purpose company*) een waterkrachtcentrale in Albanië te realiseren en exploiteren, waarbij Enel alle opgewekte elektriciteit en bijbehorende groencertificaten zou kopen en verhandelen in Italië. Een half jaar later (en voorafgaande aan de bouw van de centrale) trok deze Enel-dochter zich terug uit dit project, conform haar overeengekomen bevoegdheid daartoe. Het beroep op schadevergoeding door de wederpartij is in drie Italiaanse (arbitrage)instanties afgewezen. Vervolgens meldt zich de Albanese vennootschap Albaniabeg Ambient (ABA), welke stelt de voormelde *special purpose company* te zijn. ABA is geen partij bij de arbitrageclausule en entameert een procedure in Albanië tegen diverse Enel-vennootschappen (Enel c.s.), alwaar in drie instanties de vorderingen van ABA worden toegewezen. ABA vordert in Nederland onder meer betaling van een bedrag gebaseerd op de Albanese uitspraak.

2. Nederland en Albanië zijn weliswaar partij bij het Verdrag betreffende de erkenning en de tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen in burgerlijke en handelszaken van 1971, maar bij gebrek aan het in art. 21 van dit verdrag vermelde aanvullend akkoord tussen beide landen, mist dit verdrag toepassing. Bij afwezigheid van een toepasselijk (erkennings- of executie)verdrag of Europese (erkennings- of executie)verordening, zoals in de relatie tussen Nederland en Albanië, verbiedt art. 431 jo. 985 Rv. de tenuitvoerlegging van buitenlandse titels hier in Nederland. Op grond van art. 431 lid 2 Rv kan de Nederlandse rechter oordelen of, en zo ja welke bewijskracht aan de buitenlandse beslissing wordt toegekend. Veelal wordt hiertoe primair gevorderd een veroordeling tot hetgeen waartoe de wederpartij in de buitenlandse beslissing is veroordeeld (verkapte exequaturprocedure) en wordt subsidiair een nieuwe inhoudelijke beoordeling van het geschil gevorderd. ABA heeft in deze procedure overigens haar vorderingen niet aldus geformuleerd, maar heeft onder meer gevorderd Enel c.s. te veroordelen tot betaling van bedragen die overeenstemmen met de Albanese beslissing. Nu

deze vorderingen tot betalingen stroken met de Albanese beslissing, dient deze beslissing op grond van art. 431 lid 2 Rv in Nederland zonder inhoudelijke beoordeling te worden erkend indien is voldaan aan de vereisten van het *Gazprombank*-arrest (HR 26 september 2014, [ECLI:NL:HR:2014:2838](#)).

3. Uit dit *Gazprombank*-arrest volgt dat een buitenlandse beslissing in beginsel in Nederland wordt erkend indien deze aan vier (minimum)vereisten voldoet, zijnde dat (i) de buitenlandse rechter zich op een internationaal aanvaardbare grond bevoegd heeft verklaard, (ii) het vonnis is gewezen na, kort gezegd, een *fair trial*, (iii) erkenning van het vonnis niet in strijd is met de Nederlandse openbare orde en (iv) erkenning van het vonnis niet onverenigbaar is met een eerder gewezen Nederlands of buitenlands vonnis. Indien aan deze vereisten is voldaan, is de vordering tot erkenning (in beginsel) toewijsbaar. Komt de buitenlandse beslissing niet voor erkenning in aanmerking, dan dient de rechter te oordelen op basis van een inhoudelijke herbeoordeling, in welk geval het aan de discretie van de rechter is overgelaten welke bewijskracht aan het buitenlandse vonnis wordt toegekend, zo volgt eveneens uit het *Gazprombank*-arrest. Beide routes scheppen rechtsmacht voor de Nederlandse rechter, behoudens misbruik van procesrecht.

4. Het hof oordeelt dat de Albanese beslissing in Nederland niet kan worden erkend omdat er geen sprake is van een *fair trial* (voormeld criterium ii) alsmede omdat erkenning van een in strijd met een *fair trial* gewezen buitenlands vonnis afbreuk doet aan de fundamentele waarden en beginselen van de Nederlandse rechtsorde (voormeld criterium iii). Het hof ziet dit criterium iii dus als een voortvloeisel van criterium ii. Terecht merkt het hof op dat bij de toetsing van deze criteria geldt dat geen inhoudelijke herbeoordeling van de Albanese beslissing dient plaats te vinden. Voor de toetsing aan de criteria van *fair trial* verwijst het hof naar diverse uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van Mensen (EHRM) inzake art. 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), waaruit voortvloeit dat sprake kan zijn van strijd met beginselen met behoorlijke rechtspleging indien een rechterlijke beslissing “willekeurig of manifest onredelijk” is (EHRM 31 juli 2014, zaak nr. 1774/11 (*Nemtsov/Rusland*)). Tevens verwijst het hof naar een EHRM-uitspraak dat een “manifeste fout” wordt gekwalificeerd als een fout die geen redelijk handelende rechtbank zou maken (EHRM 5 februari 2015, zaak nr. 22251/08 (*Bochan/Oekraïne*)). Voorts haalt het hof jurisprudentie van het EHRM aan waaruit, kort gezegd, volgt (i) dat buitenlandse rechtsprekende instanties weliswaar het voorrecht hebben om aangedragen bewijs te waarderen en te bepalen wat hiervan relevant en toelaatbaar is, maar dat zij tevens de aangedragen bewijsmiddelen en argumenten op passende wijze dienen te onderzoeken (EHRM 15 november 2007, zaak nr. 72118/01 (*Khamidov/Rusland*)) alsmede (ii) dat beslissingen van rechtsprekende instanties de gronden van hun beslissing adequaat dienen te vermelden, waarbij de mate van motivering afhankelijk is van de aard van de beslissing en de omstandigheden van het geval maar waarbij vereist is dat alle essentiële gronden en verweren worden geadresseerd (EHRM 25 september 2012, zaak nr. 59102/08 (*Vojtěchová/Slovakia*)).

5. ABA vorderde in de Albanese procedure schadevergoeding omdat de waterkrachtcentrale niet, althans met vier jaar vertraging, tot stand is gekomen. De Albanese rechtbank heeft drie experts verzocht onder meer te onderzoeken wat de productiecapaciteit van de centrale zou zijn (vooral in 2004) (vraag 2), wat de verkoopprijs van de energie in de thuismarkt zou zijn en wat de winst voor ABA van die handel zou zijn (vraag 3), wat de omvang van de export naar Italië zou zijn en wat de winst voor ABA van die export zou zijn (vraag 4), alsmede wat de winst voor ABA zou zijn inzake de export indien hiervoor Italiaanse groencertificaten zouden zijn verkregen na opname van deze energie in het Italiaanse elektriciteitsnetwerk (voor de jaren 2003 t/m 2010) (vraag 6). De experts hebben onder meer geantwoord dat de omzet in 2004 voor de Italiaanse markt € 18 mln zou zijn, de winst in 2004 op de groencertificaten € 29 mln zou zijn en dat de winst in 2004 op de groencertificaten na opname van deze energie in het Italiaanse elektriciteitsnetwerk € 25 mln zou zijn (wegens € 4 mln aan transportkosten naar het Italiaanse netwerk). Enel c.s. hebben vervolgens de experts gevraagd of in hun berekeningen ook kosten zijn meegenomen inzake de bouw en onderhoud van de centrale alsmede kosten inzake opwekking en transport van energie. De experts hebben hierop geantwoord (r.o. 2.7) dat zij voor wat betreft de verkoop van elektriciteit zijn uitgegaan van omzet (door hen wisselend *gross income*, *revenue* of *gross revenue* genoemd) en dat de winst (door hen wisselend *profits*, *net income* of *net revenue* genoemd) bestaat uit de som van twee componenten, namelijk enerzijds (a) de verkoop van energie minus alle jaarlijkse kosten en anderzijds (b) de verkoopopbrengst van de groencertificaten minus de transportkosten naar het Italiaanse elektriciteitsnetwerk. De experts hebben verder

geantwoord (r.o. 2.8) dat zij geen berekeningen van de winst inzake verkoop van energie (omzet minus jaarlijkse kosten) hebben gemaakt om redenen die zij in hun antwoord hebben opgenomen. Heel duidelijk zijn de teksten van de experts niet, hetgeen (gezien de diverse taalkundige fouten) mede lijkt te komen door een gebrekkige vertaling. Uit het antwoord van de expert blijkt dat de experts de jaarlijkse kosten van de centrale volledig toerekenen aan de verkoop van energie en niet aan de groencertificaten (maar waarbij de experts de winst op die verkoop van energie niet kunnen berekenen om door hen vermeldde maar in het Nederlandse arrest niet weergegeven redenen) en dat de verkoopopbrengst van de groencertificaten vrijwel volledig uit winst bestaat (de verkoopopbrengst groencertificaten wordt slechts verminderd met transportkosten naar het Italiaanse netwerk). Blijkbaar meenden de experts dat zij goede redenen hadden om alle kosten toe te rekenen aan de verkoop van energie en niet aan de verkoop van groencertificaten. Onbekend is of de experts de reden hiertoe (net als hun reden om bij verkoop van energie geen winst maar louter omzet te berekenen) ook in hun brief of rapport hebben vermeld. Blijkbaar ging de Albanese procedure niet om de gedeelde winst inzake de volledige centrale (dus ook inzake de verkoop van energie zelf), maar enkel om de gedeelde winst inzake de verkoop van groencertificaten. Enel c.s. bevestigden aan de Albanese rechtbank immers dat de € 25 mln enkel ziet op “the loss of opportunity from the prices of the Green Certificate for 2004” (r.o. 2.9). Mogelijk heeft de Italiaanse overheid deze groencertificaten niet verstrekt omdat het Italiaanse energieconcern Enel niet meer bij dit project betrokken was. Als de centrale zou zijn gebouwd in de veronderstelling dat de groencertificaten zouden worden verkregen, maar deze door toedoen van Enel c.s. niet langer worden verkregen, zijn de kosten immers al gemaakt. Het lijkt in die situatie dan ook niet onterecht dat de schade bestaat uit de volledige omzet van deze (niet-verkregen) groencertificaten, zij het verminderd met enkel de transportkosten naar het Italiaanse netwerk. Het maakt daarbij immers niet uit of overige kosten worden toegerekend aan de groencertificaten omdat deze kosten in dat geval toch weer als geleden verlies kunnen worden gevorderd. Als ABA immers jaarlijks € 47 mln aan omzet verwachtte (€ 18 mln verkoop energie en € 29 mln verkoop groencertificaten) en de jaarlijkse kosten € 41 mln en de transportkosten naar het Italiaanse netwerk € 4 mln zouden bedragen, zou er jaarlijks € 2 mln winst worden gemaakt. Als die € 29 mln aan verkoop groencertificaten niet doorgaat en blijkbaar de € 4 mln transportkosten ook niet, is er jaarlijks een verlies van € 23 mln. ABA kan dan dit verlies van € 23 mln vorderen alsmede de gedeelde winst van € 2 mln, tezamen weer de € 25 mln zoals door de experts inzake vraag 6 beantwoord.

6. Enel c.s. lijken bij alle drie Albanese instanties wel te hebben aangekaart dat er geen kosten (anders dan de transportkosten naar het Italiaanse netwerk) zijn afgetrokken in de berekening, maar uit het Nederlandse arrest kan niet worden afgeleid dat Enel c.s. hebben beargumenteerd waarom dat het geval zou moeten zijn. Zoals in voormeld voorbeeld weergegeven, hangt het van de vordering en het feitencomplex af of die kosten inderdaad dienen te worden afgetrokken. De Albanese rechtbank oordeelt dat het deskundigenrapport een zeer belangrijk bewijs is, zodat de jaarlijkse kosten van de centrale niet van het schadebedrag worden afgetrokken. Voor het jaar 2004 komt dit schadebedrag dan uit op voormelde € 25 mln. Voor de jaren 2005 t/m 2011 hanteert de Albanese rechtbank de door de experts vermelde formule, waarbij het bedrag wordt berekend op het productievolume maal de som van (a) verkoopprijs energie per kWh en (b) verkoopprijs groencertificaten per kWh. Dit is een geheel andere methode dan voor 2004, omdat voor 2004 het schadebedrag is berekend als het productievolume maal de verkoopprijs van groencertificaten per kWh, zulks onder aftrek van de transportkosten naar het Italiaanse netwerk. Overigens is niet duidelijk waarom schade over de periode 2005 t/m 2011 zou moeten worden berekend, aangezien de Albanese rechtbank oordeelt dat de bouw van de centrale vier jaar is vertraagd en de winst in deze periode is gemist.

7. In het Albanese appel grieven Enel c.s. dat geen rekening is gehouden met de jaarlijkse kosten (wederom blijkt uit het Nederlandse arrest niet dat Enel c.s. hierbij (ook) in het Albanese appel hebben beargumenteerd waarom die kosten in aftrek dienen te worden genomen). Evenmin blijkt uit het Nederlandse arrest dat Enel c.s. hebben gegriefd tegen het feit dat de formule voor 2005 t/m 2011 volledig afwijkt van de formule voor 2004, terwijl de enige reden dat voor 2004 wel een bedrag is berekend (voormelde € 25 mln) en niet voor de latere jaren is dat de marktprijzen voor deze latere jaren nog niet bekend waren. Evenmin kan uit het Nederlandse arrest worden afgeleid of Enel c.s. hebben gegriefd tegen het feit dat schade over de jaren 2004 t/m 2011 (dus acht jaar) wordt gevorderd, terwijl de schade louter bestaat uit het missen van winst in de periode dat de bouw met vier jaar is vertraagd. Waarschijnlijk zal ook naar Albanese recht gezag van gewijsde toekomen aan rechtsoordelen waar niet tegen gegriefd is. Het Albanese hof oordeelt dat schade bestaat uit geleden

verliezen en gedeerde winsten en dat de experts in hun rapport en hun aanvullingen daarop de schade hebben berekend. Het hof verwerpt daarbij de grief dat de experts juridische conclusies zouden hebben getrokken. Verder oordeelt het hof dat de rapporten van de experts zijn onderworpen aan een gerechtelijk debat en dat vervolgens de rechtbank de conclusies van de experts als juist heeft aangenomen (r.o. 2.13). Bovendien oordeelt het hof dat de bewijzen die Enel c.s. in tweede aanleg hebben voorgelegd niet van belang zijn, omdat deze reeds door de rechtbank zijn behandeld. In cassatie klagen Enel c.s. op identieke wijze als voormeld, welke klachten zijn verworpen.

8. In de Nederlandse procedure heeft het hof geoordeeld dat de experts zouden hebben bevestigd dat de jaarlijkse kosten dienen te worden afgetrokken (r.o. 3.27 en 3.30). Dit lijkt ons echter niet juist. De experts hebben vermeld dat zij om enkele (door hen genoemde, maar niet in het Nederlandse arrest vermelde) redenen geen winst inzake de verkoop van energie hebben berekend, maar louter de omzet. Daarnaast hebben de experts inzake de groencertificaten aangegeven dat zij daarvan wel de winst hebben berekend (verkoopopbrengst groencertificaten minus transportkosten naar het Italiaanse netwerk). Het Nederlandse hof oordeelt verder dat de Albanese rechtbank met geen woord spreekt over het door Enel c.s. gevoerde verweer inzake de jaarlijkse kosten, maar enkel oordeelt dat het deskundigenrapport zeer belangrijk is (r.o. 3.29). Deze beknopte of zelfs gebrekkige motivering van de Albanese rechtbank is echter door het Albanese hof aangevuld, aangezien het Albanese hof (zoals hiervoor vermeld) heeft geoordeeld dat ook de aanvullingen van de experts zijn meegewogen en dat er een gerechtelijk debat over het rapport heeft plaatsgevonden voordat de rechtbank vonnis heeft gewezen. De bewijzen die door Enel c.s. in appel zijn voorgelegd, zijn daarbij afgewezen omdat de rechtbank deze reeds heeft behandeld. Het Nederlandse hof oordeelt dat algemeen aanvaard is dat winst niet gelijk is aan bruto-omzet, maar aan bruto-omzet minus kosten (r.o. 3.31). Volgens het hof zou ABA niet hebben betwist (noch in de Albanese noch in de Nederlandse procedure) dat jaarlijkse kosten dienen te worden afgetrokken (r.o. 3.31). Dit oordeel bevreemdt ons en is mogelijk onjuist. Immers, het rapport van de experts en hun antwoord op de vragen van Enel c.s. zijn besproken in de gerechtelijke procedure in Albanië en het ligt niet voor de hand dat ABA deze stellingen niet zou hebben betwist. Mogelijk zijn in het gerechtelijk debat de jaarlijkse kosten niet onder de noemer “gedeerde winst”, maar onder de noemer “geleden verlies” geschaard, hetgeen op grond van het hierna te bespreken Albanese wetsartikel ook een onderdeel van de schade vormt. Bovendien is de vraag of naar Albanese recht betwisting vereist is of dat een Albanese gerecht ook zonder betwisting de conclusies van een deskundigenrapport mag volgen.

9. Het Nederlandse hof oordeelt vervolgens dat het verweer van Enel c.s. inzake de jaarlijkse kosten een essentieel verweer is en dat de Albanese rechtbank en het Albanese hof dit verweer hadden moeten onderzoeken en daarop bij hun motivering hadden moeten responderen (r.o. 3.32). Op grond van voormeld EHRM-arrest (EHRM 25 september 2012, zaak nr. 59102/08 (*Vojtěchová/Slovakia*)) moet een essentieel verweer inderdaad worden geadresseerd, maar de mate van motivering is daarbij afhankelijk van de aard van de beslissing en de omstandigheden van het geval. Het Albanese hof heeft geoordeeld dat (reeds in eerste aanleg) de experts hebben gereageerd op de vragen van Enel c.s., dat een gerechtelijk debat over het rapport heeft plaatsgevonden en dat het rapport en de aanvullingen zijn meegewogen in het oordeel. Als een gerecht een deskundige inschakelt en deze deskundige (zoals in casu) in antwoord op vragen over diens rapport persisteert bij zijn visie, lijkt het ons niet ongebruikelijk dat het gerecht het standpunt van de deskundige volgt. Het Albanese hof heeft bevestigd dat de Albanese rechtbank het verweer van Enel c.s. heeft geadresseerd (de aanvullingen van de experts zijn ongetwijfeld besproken in het gerechtelijk debat en zijn door de rechtbank beoordeeld als juist) en in appel is dit nogmaals geschied. Het essentiële verweer is derhalve aantoonbaar geadresseerd. Tevens is dit gemotiveerd met het oordeel dat de Albanese gerechten na het gerechtelijk debat over het verweer van Enel c.s. van mening zijn dat de conclusies van de experts juist zijn (ongetwijfeld mede omdat de experts bij hun visie persisteren). De vraag of deze motivering voldoende is, is gezien voormelde EHRM-uitspraak afhankelijk van de aard van de beslissing en de omstandigheden van het geval. Het feit dat een gerecht zich (bij gebrek aan eigen kennis) moet verlaten op de conclusie van experts en dat die experts persisteren bij hun visie na vragen van een partij daarover, lijkt ons niet ontoereikend, temeer nu over de reactie van de experts op de vragen van Enel c.s. nog een gerechtelijk debat heeft plaatsgevonden. Verder oordeelt het Albanese hof dat bewijzen die Enel c.s. in appel heeft voorgelegd niet in behandeling zijn genomen omdat de rechtbank die reeds had behandeld. Ook dit bewijsaanbod (voor zover het al een separaat essentieel verweer zou vormen) is derhalve geadresseerd en gemotiveerd. Hierbij lijkt ons te gelden dat aan de motivering voor het afwijzen

van voorgelegd bewijs minder hoge eisen hoeven te worden gesteld. Het is ons overigens onbekend of Albanese appelprocesrecht toestaat dat reeds in eerste aanleg behandelde bewijzen in appel kunnen worden afgewezen. Het Nederlandse hof heeft in ieder geval niet geoordeeld dat dit niet zou zijn toegestaan onder Albanese appelprocesrecht. Bovendien lijkt ons een relevante omstandigheid de vraag of Enel c.s. betrokken zijn geweest bij of zelfs hebben ingestemd met de formulering van de onderzoeksvragen door de Albanese rechtbank. Gezien alle voorgaande omstandigheden lijkt het ons onjuist dat het Nederlandse hof heeft geoordeeld dat de Albanese gerechten in het geheel niet het essentiële verweer van Enel c.s. hebben onderzocht en gemotiveerd (rov. 3.32).

10. Het Nederlandse hof verwijst naar het Albanese wetsartikel (art. 640.1 Burgerlijk Wetboek van de Republiek Albanië), luidende “De schade die wordt vergoed, bestaat uit geleden verliezen en de gederfde winst” (r.o. 2.13). Het Nederlandse hof oordeelt vervolgens dat de Albanese beslissing “zo evident strijdig [is] met het door de rechtbank aangehaalde geldende Albanese recht” dat er sprake is van een manifeste fout en dat geen redelijk handelende rechtbank op basis van het rapport van de experts en het Albanese recht tot eenzelfde oordeel had kunnen komen (r.o. 3.32). Ook dit oordeel lijkt ons onjuist. Voormeld Albanese wetsartikel wijkt immers niet af van het Nederlandse art. 6:96 lid 1 BW, terwijl er ook in Nederland regelmatig discussies zijn over de vraag wanneer welke kosten dienen te worden meegewogen bij het vaststellen van vermogensschade. Door enkel te verwijzen naar voormeld Albanese wetsartikel zonder een nadere analyse van wat dit naar Albanese recht in casu exact zou inhouden, valt niet in te zien hoe de Albanese beslissing “zo evident strijdig” is met het Albanese recht. In ieder geval lijkt ons onjuist dat geen redelijk handelende rechtbank conform de Albanese beslissing zou hebben geoordeeld. Van een *manifest error* door de Albanese gerechten lijkt ons geen sprake, maar eerder van een *error* door het Nederlandse hof. Het feit dat de Albanese rechtbank geen erg duidelijke vragen heeft gesteld, de experts hier ook niet altijd even duidelijk op hebben geantwoord en Enel c.s. in appel mogelijk onvoldoende hebben gegriefd of in eerste aanleg mogelijk onvoldoende commentaar hebben geleverd op de conceptvraagstellingen aan de experts, maakt nog niet dat er sprake is van een *manifest error* door de Albanese gerechten. Van strijd met een *fair trial* is, bij gebrek aan andere gebreken aan de procedure, volgens ons dan ook geen sprake.

11. Het hof oordeelt echter anders en verwerpt tevens het beroep van ABA dat Enel c.s. niet in Albanië alle rechtsmiddelen hebben uitgeput, nu zij geen beroep hebben ingesteld bij het constitutioneel hof van Albanië (een buitengewoon rechtsmiddel na beroep in cassatie). Omdat zij dit niet hebben gedaan, zijn zij door het EHRM niet-ontvankelijk verklaard op grond van de toelatingscriteria van art. 34 en 35 EVRM. Deze toelatingscriteria vereisen dat alle (dus ook alle buitengewone) rechtsmiddelen in in casu Albanië zijn uitgeput. Het hof oordeelt terecht dat deze criteria niet gelden voor de door het hof te hanteren toets (r.o. 3.20), maar oordeelt vervolgens wel dat als er voor Enel c.s. een plicht zou zijn tot uitputting van rechtsmiddelen in Albanië, het criterium daarbij zou zijn (gezien de verwijzing naar het, volgens het hof niet van toepassing zijnde, *LBIO*-arrest (HR 5 april 2002, [ECLI:NL:HR:2002:AD9145](#)) dat de tekortkoming in de Albanese procedure door het aanwenden van het rechtsmiddel had kunnen worden hersteld, terwijl Enel c.s. redelijkerwijs had kunnen verwachten dat het instellen van dit rechtsmiddel (gezien de proceshistorie) niet tot enige wijziging zou leiden en dit hen derhalve niet kan worden tegengeworpen (r.o. 3.38-3.40). Deze redenering lijkt ons niet geheel juist. Als al wordt aangesloten bij voormeld *LBIO*-arrest (waarvan het hof terecht oordeelt dat dit niet van toepassing is omdat dat gebaseerd is op de EEX-Verordening, welke verordening niet ziet op erkenning van Albanese beslissingen), dan zou ook het door het Hof van Justitie vermelde criterium moeten gelden, zoals (eveneens op grond van de EEX-Verordening) is bepaald in het *Diageo*-arrest (HR 8 juli 2016, [ECLI:NL:HR:2016:1431](#)). In dat arrest is bepaald dat de buitenlandse rechtsmiddelen dienen te worden uitgeput, behoudens bijzondere omstandigheden die het te moeilijk of onmogelijk maken de rechtsmiddelen in het land van oorsprong aan te wenden. Het gaat derhalve niet om de inschatting of het instellen van een rechtsmiddel zinloos of zeer kansarm werd ingeschat, maar of het rechtsmiddel (vrijwel) niet kon worden ingezet. Een beter oordeel lijkt ons dat de plicht tot uitputting van rechtsmiddelen ziet op situaties waarin de Nederlandse rechter op grond van een verdrag of verordening, behoudens specifieke uitzonderingen, verplicht is tot erkenning van een buitenlands vonnis (zoals bijvoorbeeld op grond van de EEX-Verordening) en dat een beroep op strijd met de openbare orde enkel kans van slagen heeft als in ieder geval alle buitenlandse rechtsmiddelen zijn uitgeput. In casu is er bij gebreke van een verdrag of verordening niet een dergelijke plicht tot uitputting van Albanese rechtsmiddelen, zodat Enel c.s. in Nederland zich kunnen

beroepen op gebrek aan een *fair trial*. Dat het Nederlandse hof derhalve het bestaan van een *manifest error* onderzoekt, lijkt ons juist. Maar het oordeel dat er ook daadwerkelijk sprake is van een *manifest error*, lijkt ons niet juist.

12. Indien het hof inderdaad zou hebben geoordeeld dat er geen sprake is van een *manifest error* (en derhalve is voldaan aan de eerste drie criteria van het *Gazprombank*-arrest), resteert nog criterium iv van dit arrest, zijnde de vraag of erkenning van het Albanese vonnis niet onverenigbaar is met een eerder gewezen Nederlands of buitenlands vonnis. Hier lijkt ons geen sprake van te zijn, aangezien de eerdere (arbitrage)uitspraken zagen op een geschil tussen Enel c.s. en de joint-venturepartner, maar niet op een geschil tussen ABA en Enel c.s. Van enige onverenigbaarheid lijkt ons geen sprake, aangezien ABA niet gebonden was aan de samenwerkingsovereenkomst. Inmiddels is in een Frans vonnis het verzoek tot verlening van een exequatur in Frankrijk afgewezen (ABA heeft in Frankrijk, Ierland, Luxemburg en de Verenigde Staten procedures gestart inzake erkenning en tenuitvoerlegging van de Albanese beslissing). Deze afwijzing is (al dan niet terecht) gebaseerd op een Franse norm die overeenkomt met voormeld criterium iv van het *Gazprombank*-arrest. Terecht oordeelt het Nederlandse hof dat het Franse vonnis niet kan worden erkend en dat het hof zelfstandig dient te toetsen of aan de eisen voor erkenning van de Albanese beslissing is voldaan. Als gezegd, lijkt ons ook aan dit criterium iv te zijn voldaan en zou derhalve erkenning van de Albanese beslissing op grond van de verkapte exequaturprocedure geïndiceerd zijn.

E.J.H. Zandbergen, FERMM Advocaten

J.M. Kuipers, FERMM Advocaten