



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Annotatie bij Hoge Raad 16 juli 2021,
ECLI:NL:HR:2021:1170**

Plas, C.G. van der

Citation

Plas, C. G. van der. (2021). Annotatie bij Hoge Raad 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1170. *Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht*, 2021(5), 728-732. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3567183>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3567183>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

rest *Vendex/Meiberg* wel vanzelf spreekt. Die vanzelfsprekendheid ontgaat mij dus.

mr. dr. H.W. Wiersma

voormalig hoofddocent UvA en lid van de redactie van dit blad

50

Een buitenlands vonnis wordt niet erkend vanwege strijd met de openbare orde

Hoge Raad

16 juli 2021, nr. 20/00819,

ECLI:NL:HR:2021:1170

(mr. Streefkerk, mr. Sieburgh, mr. Ter Heide,

mr. Schaafsma, mr. Salomons)

(Concl. A-G De Bock)

Noot prof. mr. C.G. van der Plas

IPR. Erkenning. Tenuitvoerlegging. Quasi-exequatur. Rechtsmacht. Bewijskracht. Openbare-orde-exceptie. Uitputtingsregel. Niet-ontvankelijkverklaring. Kennelijke ongegrondheid.

[Rv art. 152 lid 2, 431 lid 2; Haags Erkenningsverdrag 1971 art. 21; EVRM art. 6]

In dit arrest komt de uitputting van rechtsmiddelen in de context van het commune IPR (weer) aan bod alsook de omvang van de inhoudelijke herbeoordeling ex art. 431 lid 2 Rv. Voorts blijkt dat een niet-ontvankelijkverklaring door het EHRM niet in de weg staat aan het oordeel van de Nederlandse rechter dat een buitenlandse beslissing naar haar totstandkoming of haar inhoud in strijd is met art. 6 EVRM.

De rechtspersoon naar buitenlands recht *Albania-beg Ambient SH.P.K.* te Tirana, Albanië, eiseres tot cassatie, advocaten: R.S. Meijer, A.E.H. van der Voort Maarschalk en B.T.M. van der Wiel, tegen

1. de rechtspersoon naar buitenlands recht *Enel S.p.A.* te Rome, Italië,
2. de rechtspersoon naar buitenlands recht *Enel-power S.p.A.* te Milaan, Italië,
3. *Enel Investment Holding B.V.* te Amsterdam,

4. *Enel Finance International N.V.* te Amsterdam,
 5. *Enel Insurance N.V.* te Amsterdam,
 6. *International Endesa B.V.* te Amsterdam,
 7. de rechtspersoon naar buitenlands recht *Enel Green Power S.p.A.* (voorheen Enel Green Power International B.V.) te Rome, Italië,
 8. *Enel Greenpower Development B.V.* te Amsterdam,
 9. *Enel ESN Management B.V.* te Amsterdam,
 10. *Hydromac Energy B.V.* te Amsterdam,
- verweersters in cassatie,
advocaten: J. de Bie Leuveling Tjeenk en mr. J.W.M.K. Meijer.

Eiseres zal hierna worden aangeduid als ABA. Verweester onder 1 zal hierna worden aangeduid als Enel, verweester onder 2 als Enelpower, verweersters onder 1 en 2 gezamenlijk als Enel c.s., verweersters onder 3 tot en met 10 gezamenlijk als de dochtermaatschappijen.

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. De Bock)

ABA vordert in deze procedure op de voet van art. 431 lid 2 Rv dat Enel c.s. worden veroordeeld tot betaling van schadevergoeding in verband met de terugtrekking uit een beoogd gezamenlijk project dat betrekking had op de bouw en exploitatie van een waterkrachtcentrale in Albanië. Eerder zijn vorderingen met die strekking toegewezen door de overheidsrechter in Albanië. In de onderhavige procedure vordert ABA *primair* toewijzing op grond van het Albanese vonnis ('pseudo-exequatur') en *subsidiair* op grond van een eigen beoordeling van de Nederlandse rechter. De rechtbank heeft de vorderingen toegewezen op de primaire grondslag; het hof wijst de vorderingen op beide grondslagen af. Volgens het hof is het Albanese vonnis op het punt van de hoogte van de schadevergoeding dermate onbegrijpelijk gemotiveerd, dat sprake is van strijd met art. 6 EVRM en erkenning van het vonnis in strijd zou komen met de openbare orde (toepassing *Gazprombank*-criteria). De vorderingen zijn ook niet toewijsbaar op grond van de subsidiaire grondslag, een eigen beoordeling van het hof. In cassatie wordt in verband met de primaire grondslag geklaagd over een onjuiste uitleg van het Albanese vonnis, over het niet juist toepassen van de *Gazprombank*-criteria en over het niet uitputten van de nationale rechtsmiddelen in Albanië door Enel c.s. In verband

met de subsidiaire grondslag wordt geklaagd dat het hof had moeten aanknopen bij het Albanese vonnis, voor zover daarin beslissingen zijn neergelegd die niet strijdig zijn bevonden met de openbare orde en dat het hof ten onrechte ervan uitgaat dat de reikwijdte van de herbeoordeling op grond van art. 431 lid 2 Rv is begrensd door hetgeen door beide partijen is aangevoerd in de Albanese procedure. Ten slotte worden een aantal motiveringsklachten aangevoerd tegen de eigen beoordeling van het hof.

Feiten

In deze zaak kan van de volgende feiten worden uitgegaan, ontleend aan rov. 2.1-2.20 van het tussenaarrest van het hof Amsterdam van 17 juli 2018 en rov. 2.23.5 – 2.23.9 van het eindarrest van 3 december 2019.¹

1.1. In 1997 is door de staat Albanië een concessie-overeenkomst goedgekeurd, die strekte tot de bouw van een waterkrachtcentrale nabij Kalivag in Albanië (hierna: het Project). De Italiaanse vennootschap Becchetti Energy Group S.p.A. (hierna: BEG) heeft op 12 februari 1996 – dus voordat de concessie werd verkregen – aan de Italiaanse vennootschap Enel S.p.A. (hierna: Enel) gevraagd of Enel geïnteresseerd zou zijn om de elektriciteit te kopen die zou worden opgewekt met het Project. Enel heeft op 29 februari 1996 laten weten daarin geïnteresseerd te zijn.

1.2. BEG en Enel c.s. zijn na 1997 gedurende enige jaren in gesprek gebleven over de afname van de met de te bouwen centrale op te wekken elektriciteit. Zij voorzagen, vanaf 1998, dat de op te wekken elektriciteit als groene stroom aan Italië zou worden geleverd en daar een veel hogere prijs zou opbrengen dan in Albanië. Bovendien zou dat Enel de mogelijkheid geven om te voldoen aan haar verplichtingen tot het leveren van groene energie op grond van het Bersani-decreet (in het bijzonder art. 11 daarvan).

1.3. Enelpower S.p.A. (hierna: Enelpower), een dochtervennootschap van Enel, heeft op 2 februari 2000 een samenwerkingsovereenkomst geslo-

ten met BEG. BEG werd daarbij vertegenwoordigd door haar bestuurder (en UBO) [betrokkene 1]. Het beoogde doel van de samenwerking was de realisatie en exploitatie van het Project.

1.4. 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

1 Gerechtshof Amsterdam 17 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3008, *JIN* 2018/163 m.nt. E.J.H. Zandbergen en J.M. Kuipers; *JOR* 2018/295 m.nt. J.B.R. Regouw; *RBP* 2018/92; Gerechtshof Amsterdam 3 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4260, *NTHR* 2020/1, p. 23, OR-Updates.nl 2020-0018.

works of the Kalivaç 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 Kalivaç 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.”

1.5. Op 11 dan wel 20 april 2000 is Albaniabeg Ambient Sh.p.k. (hierna: ABA) opgericht. ABA is een (voormalige) dochtervennootschap van BEG. [betrokkene 1] was ook haar bestuurder.

1.6. Vanaf mei 2000 zijn onenigheden tussen BEG en Enelpower ontstaan. Enelpower heeft op 5 mei 2000 bezwaar gemaakt tegen de waardering door de gezamenlijk aangezochte expert [A]. Bij e-mail

van 19 juli 2000 heeft Enelpower laten weten dat zij technische problemen met het Project voorzag. In het bijzonder bestond zorg over mogelijke overstroming van de plaats Memliaj, nabij het te vormen stuwwaard, en over de constructie van de dam (rock-fill in plaats van massief beton).

1.7. In een brief van 1 augustus 2000 heeft BEG Enelpower tot nakoming van haar verplichtingen uit de overeenkomst aangesproken.

1.8. Bij brief van 31 augustus 2000 heeft Enelpower aangekondigd dat, indien geen oplossing kon worden gevonden voor de verschillen van inzicht, het Project tot een einde zou moeten komen.

1.9. Partijen zijn vervolgens niet tot overeenstemming gekomen.

1.10. Tussen BEG/ABA en Enel is gesproken over een long term power purchase agreement (PPA) en een long term power transport agreement (PTA). Het ging om overeenkomsten, die benut zouden kunnen worden om investeerders voor het Project aan te trekken, omdat daaruit bleek dat de op te wekken elektriciteit tegen gunstige voorwaarden zou kunnen worden afgezet op de Italiaanse markt. De PPA en PTA zijn niet gesloten.

1.11. [betrokkene 1] heeft op 13 februari 2003 met afgevaardigden van Enel gesproken over een werkbare oplossing voor de realisatie van het Project.

1.12. De centrale is niet gebouwd en er is geen elektriciteit geproduceerd of verkocht. Wel is een weg aangelegd en zijn andere voorbereidende werkzaamheden verricht.

1.13. Enelpower heeft zich 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.

1.14. ABA heeft in mei 2004 bij de Albanese overheidsrechter (de Rechtbank van het Gerechtelijk

Arrondissement Tirana te Tirana, Albanië, hierna: de rechtbank te Tirana) een vordering tegen Enel c.s. ingesteld. ABA heeft gesteld de SPC uit de samenwerkingsovereenkomst te zijn. Zij heeft gevorderd dat Enel c.s. zal worden veroordeeld 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.

1.15. Ter begroting van de volgens ABA geleden schade heeft de rechtbank te Tirana een drietal experts benoemd (hierna: 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:

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

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) (...)"

1.16. 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?"

1.17. 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."

1.18. 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."

1.19. De in zoverre gelijklopende Engelse vertalingen van de door Enel c.s. op 18 maart 2009 in de procedure voor de rechtbank te Tirana inge-

diende 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.”

1.20. 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 beant-

woord. 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, $V_n = (Q \times P_n) + (Q \times P_{en})$, 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 waken, 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 buitencontractu-

ele schade ten bedrage van 25.188.500,00 (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 $V_n = (Q \times P_n) + (V \times P_{en})$, als omschreven in het deskundigenrapport, dat integraal deel van dit vonnis uitmaakt, te betalen."

1.21. 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!!!!*"

1.22. 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?"

1.23. 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 Albanese 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 partij en (...) 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 $V_n = (Q \times P_n) + (V \times \text{Pen})$, 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 partij en 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."

1.24. 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 Enel-power 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

on 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."

1.25. 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 "Enel-power" 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 "Enel-power" 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."

1.26. 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.

1.27. 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. (...)”

1.28. ABA heeft tweemaal (op 6 juni 2014 en 19 september 2014) krachtens daartoe verkregen verlov 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.

1.29. 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.

1.30. Enel c.s. hebben tot op heden niet voldaan aan de verplichtingen ingevolge het Albanese vonnis. 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.

2. Procesverloop

2.1. Bij dagvaarding van 25 juli 2014 heeft ABA op de voet van art. 431 lid 2 Rv een procedure ahangig gemaakt bij de rechtbank Amsterdam, waarbij zij de volgende vorderingen heeft ingesteld:²

(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 $Vn = (Q \times Pn) + (V \times Pcn)$, zijnde € 407.903.370;

(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.

2.2. ABA heeft haar vorderingen *primair* gebaseerd op de veroordelingen van Enel c.s. in het Albanese vonnis ('pseudo-exequatur'). *Subsidiair* heeft ABA haar vorderingen gebaseerd op een

2 Zie rov. 3.1 van het tussenarrest van 17 juli 2018.

herbeoordeling ten gronde door de Nederlandse rechter.³

2.3. Enel c.s. en de dochtermaatschappijen hebben verweer gevoerd tegen de vorderingen in conventie. Voorts hebben zij in reconventie gevorderd (i) een verklaring voor recht dat ABA onrechtmatig heeft gehandeld; (ii) veroordeling van ABA tot schadevergoeding op te maken bij staat en (iii) veroordeling van ABA in de kosten van het geding. Kort gezegd hebben Enel c.s. en de dochtermaatschappijen aan hun vorderingen in reconventie ten grondslag gelegd dat zij schade hebben geleden als gevolg van ten onrechte gelegde beslagen. ABA heeft verweer gevoerd tegen de vorderingen in reconventie.

2.4. Bij vonnis van 29 juni 2016⁴ heeft de rechtbank in conventie geoordeeld dat de vorderingen 1 en 2 kunnen worden toegewezen, omdat het Albanese vonnis op de voet van art. 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 uitvoerbaarverklaring bij voorraad en alle vorderingen tegen de dochtermaatschappijen, zijn afgewezen. In reconventie heeft de rechtbank de vorderingen afgewezen, met veroordeling van Enel in de proceskosten en nakosten, te vermeerderen met rente.

2.5. Zowel Enel c.s. en de dochtermaatschappen als ABA hebben hoger beroep ingesteld bij het hof Amsterdam.⁵ De zaken zijn door het hof gevoegd behandeld.

2.6. Partijen hebben ter zitting van 7 september 2017 de procesafpraak gemaakt dat de inhoudelijke beoordeling van beide zaken wordt gesplitst. Overeengekomen is dat eerst de kwestie van de erkenning van het Albanese vonnis op de voet van art. 431 lid 2 Rv ('pseudo-exequatur') zal worden beoordeeld en pas daarna de eventuele herbeoordeling van de zaak op grond van art. 431 lid 2 Rv.⁶

2.7. Het hof heeft bij tussenarrest van 17 juli 2018⁷ geoordeeld dat het Albanese vonnis in Nederland niet kan worden erkend. De zaak is naar de rol verwezen voor het nemen van een memorie van antwoord door ABA met betrekking tot de inhoudelijke herbeoordeling van de zaak.

2.8. Bij eindarrest van 3 december 2019⁸ heeft het hof in beide zaken het vonnis van de rechtbank vernietigd. Het hof heeft alle vorderingen van ABA in conventie alsnog afgewezen, voor recht verklaard dat ABA door het leggen van de beslagen onrechtmatig heeft gehandeld jegens Enel, en ABA veroordeeld tot vergoeding van alle door Enel geleden en te lijden schade als gevolg van die onrechtmatige beslaglegging, op te maken bij staat. ABA is veroordeeld in de kosten van het geding in eerste aanleg in reconventie en in hoger beroep. Alle veroordelingen zijn uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

2.9. ABA heeft tijdig⁹ cassatieberoep ingesteld tegen zowel het tussenarrest als het eindarrest. Enel c.s. en de dochtermaatschappijen hebben een verweerschrift ingediend, waarin zij concluderen tot verwerping van het cassatieberoep. Beide partijen hebben een schriftelijke toelichting gegeven en van re- en dupliek gediend.

3. Inleidende opmerkingen

De procedure op grond van 431 lid 2 Rv

3.1. Art. 431 Rv luidt als volgt:

1. Behoudens het bepaalde in de artikelen 985-994, kunnen noch beslissingen, door vreemde rechters gegeven, noch buiten Nederland verleenden authentieke akten binnen Nederland ten uitvoer worden gelegd.

⁶ Zie rov. 3.7 van het bestreden tussenarrest.

⁷ Gerechtshof Amsterdam 17 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3008.

⁸ Gerechtshof Amsterdam 3 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4260.

⁹ De procesinleiding is op 3 maart 2020 ingediend bij de Hoge Raad.

³ Inleidende dagvaarding onder 247.

⁴ Rb. Amsterdam 29 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5691, JBPr 2017/14 m.nt. M. Freudenthal.

⁵ Zaak 200.196.175/01 betreft het door Enel c.s. ingestelde hoger beroep. Zaak 200.201.407/01 betreft het door ABA ingestelde hoger beroep, waarin door geïntimeerden Enel c.s. en de dochtermaatschappijen eveneens incidenteel hoger beroep is ingesteld. Het incidentele hoger beroep behelst een kopie van de grieven van Enel c.s. in de zaak 200.196.175/01. Het hof is er bij de beoordeling van de grieven van uitgegaan dat de grieven in het incidenteel appel slechts namens de dochtermaatschappijen zijn aangevoerd. Zie rov. 3.6 van het tussenarrest van 17 juli 2018.

2. De gedingen kunnen opnieuw bij de Nederlandse rechter worden behandeld en afgedaan.

3.2. Uit art. 431 lid 1 Rv volgt dat de tenuitvoerlegging van een buitenlandse rechterlijke beslissing alleen mogelijk is op grond van de artikelen 985-994 Rv. In die bepalingen zijn algemene regels opgenomen voor de procedure die moet worden gevolgd om een verlof voor de tenuitvoerlegging van een buitenlands vonnis (een exequatur) te verkrijgen. Art. 985 Rv stelt als algemene eis dat het verzoek tot tenuitvoerlegging een grondslag heeft in een verdrag of in een wet. Dat betekent dat alleen een verlof tot tenuitvoerlegging van buitenlandse rechterlijke beslissingen kan worden verzocht als er in een verdrag of in een wet een grondslag bestaat voor de tenuitvoerlegging van die buitenlandse rechterlijke beslissing. Een exequatur is niet (meer) vereist voor de tenuitvoerlegging in Nederland van rechterlijke beslissingen die vallen onder de Brussel I bis-Verordening. Ingevolge art. 39 Brussel I bis-Verordening is een in een lidstaat gegeven beslissing die in die lidstaat uitvoerbaar is, ook in andere lidstaten uitvoerbaar zonder dat een verklaring van uitvoerbaarheid is vereist.

3.3. Als geen sprake is van een rechterlijke beslissing uit een andere EU-lidstaat die valt onder de Brussel I bis-Verordening en geen verdrag is gesloten met het land van herkomst van de rechterlijke beslissing en er ook geen wettelijke grondslag is voor erkenning van een rechterlijke beslissing uit dat land, geldt de regel van art. 431 lid 1 Rv, dat die beslissing niet in Nederland ten uitvoer kan worden gelegd. Albanië – waar het onderhavige buitenlandse vonnis is gewezen – is zo'n land. Voor de beslissing van de Albanese rechter kan in Nederland dus geen verlof tenuitvoerlegging worden gevraagd. Op grond van art. 431 lid 2 Rv moet het geding dan opnieuw bij de Nederlandse rechter worden behandeld en afgedaan.

3.4. Uit de jurisprudentie blijkt dat art. 431 lid 2 Rv niet zo strikt moet worden uitgelegd dat in het geval buiten wet of verdrag een verlof tenuitvoerlegging van een buitenlands vonnis wordt verzocht, het geding altijd opnieuw bij de Nederlandse rechter moet worden behandeld. Weliswaar kan een buitenlandse rechterlijke beslissing buiten wet of verdrag niet ten uitvoer worden gelegd in Nederland, maar de Nederlandse rechter kan (of moet) in het kader van de beoordeling van art.

431 lid 2 Rv wel degelijk betekenis toekennen aan de buitenlandse beslissing.¹⁰

3.5. In het in 2014 gewezen *Gazprombank*-arrest heeft de Hoge Raad uiteengezet hoe het op art. 431 Rv gebaseerde commune recht ten aanzien van de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse rechterlijke beslissingen luidt:¹¹

“3.6.2 Op grond van art. 431 lid 1 Rv kunnen noch beslissingen die zijn gegeven door de rechter van een vreemde staat, noch buiten Nederland verleenden authentieke akten, binnen Nederland ten uitvoer worden gelegd, tenzij deze tenuitvoerlegging haar grondslag vindt in een verdrag of een wettelijke bepaling, een en ander als bedoeld in art. 985 dan wel art. 993 leden 1 en 2 Rv. Op grond van art. 431 lid 2 Rv kan het geding dat ten overstaan van de buitenlandse rechter heeft plaatsgevonden en tot diens beslissing heeft geleid, opnieuw bij de Nederlandse rechter worden behandeld en afgedaan. Een dergelijke procedure op de voet van art. 431 lid 2 Rv mondt uit in een uitspraak van de Nederlandse rechter.

3.6.3 Indien op de voet van art. 431 lid 2 Rv het geding opnieuw bij de Nederlandse rechter ahangig wordt gemaakt, dient deze te beoordelen of en in hoeverre hij, gelet op de omstandigheden van het hem voorgelegde geval, aan een beslissing van de buitenlandse rechter gezag toekent (vgl. HR 14 november 1924, NJ 1925, p. 91; HR 26 januari 1996, ECLI:NL:1996:ZC1978, NJ 1997/258).

3.6.4 In een geding op de voet van art. 431 lid 2 Rv dient bij de beantwoording van de vraag of een buitenlandse beslissing voor erkenning vatbaar is, tot uitgangspunt 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

10 Zie hierover onder meer de conclusie van A-G Vlas bij het *Gazprombank*-arrest, ECLI:NL:PHR:2014:530; *Asser Procesrecht/Steneker* 5 2019/574-575; M. Zilinsky, 'Meijers en art. 431 lid 2 Rv: van *Bontmantel* naar *Gazprombank*', WPNR 2019/7254, p. 693.

11 HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2838, NJ 2015/478, m.nt. Th.M. de Boer; JIN 2014/197 m.nt. M. Teekens; JOR 2014/350 m.nt. C.G. van der Plas; AA 20150502 m.nt. A.A.H. van Hoek (*Gazprombank*/[...]).

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.

3.6.5 Strekt de vordering op de voet van art. 431 lid 2 Rv tot veroordeling tot hetgeen waartoe de wederpartij in de buitenlandse beslissing is veroordeeld, en is voldaan aan de vier hiervoor in 3.6.4 vermelde voorwaarden, dan dient de rechter de gebondenheid van partijen aan die beslissing tot uitgangspunt te nemen, en is de vordering in beginsel toewijsbaar (vgl. voor het geval waarin de buitenlandse rechter op grond van een forumkeuzeclausule bij uitsluiting bevoegd was HR 17 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1183, NJ 1994/348, en HR 17 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1184, NJ 1994/350).

3.6.6 Toewijzing van een vordering op de voet van art. 431 lid 2 Rv kan afstuiten op de grond dat de voor erkenning vatbare buitenlandse beslissing volgens het recht van het land van herkomst niet, nog niet dan wel niet meer uitvoerbaar is.

(...)

3.6.11 Ten slotte verdient opmerking dat de partij die in een geding ten overstaan van een buitenlandse rechter een voor haar gunstige beslissing heeft verkregen, niet is gehouden om in de procedure op grond van art. 431 lid 2 Rv een vordering in te stellen die strekt tot veroordeling tot hetgeen waartoe de wederpartij in de buitenlandse beslissing is veroordeeld. Het staat deze partij vrij om een nieuwe inhoudelijke beoordeling van het geschil aan de rechter te vragen. In het laatste geval is het aan de rechter om te oordelen of, en zo ja, welke bewijskracht aan de buitenlandse beslissing wordt toegekend (vgl. HR 23 januari 1976, ECLI:NL:HR:1976:AD7917, NJ 1977/123).

Deze nieuwe inhoudelijke beoordeling van het geschil kan ook subsidiair worden verlangd, voor het geval de primaire vordering die strekt tot veroordeling tot hetgeen waartoe de wederpartij in de buitenlandse beslissing is veroordeeld, niet voor toewijzing vatbaar is.”

3.6. Uit rov. 3.6.11 volgt dat art. 431 lid 2 Rv twee routes biedt. In de eerste plaats kan een eiser in een procedure bij de Nederlandse rechter vorderen dat gedaagde veroordeeld wordt tot datgene waartoe hij op grond van de buitenlandse rechterlijke beslissing is gehouden. De Boer duidt dit aan als de ‘summiere art. 431-procedure’.¹² De rechter toetst dan of voldaan is aan de in rov. 3.6.4 van het *Gazprombank*-arrest opgesomde voorwaarden voor erkenning. In de tweede plaats kan een eiser om een nieuwe inhoudelijke behandeling van het geschil vragen, de ‘inhoudelijke art. 431-procedure’. In dat geval blijft buiten beschouwing of de buitenlandse rechterlijke beslissing voor erkenning in aanmerking komt. De twee routes kunnen ook worden gecombineerd, zoals volgt uit rov. 3.6.11 van het *Gazprombank*-arrest. Bij toewijzing van het gevorderde levert het Nederlandse vonnis waarin deze procedure uitmondt, de in Nederland uitvoerbare executoriale titel op.

3.7. Bij de eerste route toetst de rechter, als gezegd, of aan de vier *Gazprombank*-voorwaarden is voldaan. In het arrest *Yukos Oil* heeft de Hoge Raad deze voorwaarden herhaald.¹³ Als aan de vier voorwaarden is voldaan, heeft de rechter geen beoordelingsruimte meer; hij *moet* het buitenlandse vonnis (in beginsel) erkennen.¹⁴

3.8. Als de tweede route wordt gevolgd, dus de inhoudelijke art. 431-procedure, moet de Nederlandse rechter beoordelen ‘of en in hoeverre’ hij in de omstandigheden van het voorliggende geval aan de buitenlandse beslissing bewijskracht toekent, zo blijkt uit rov. 3.6.11 van het *Gazprombank*-arrest (en eerder uit HR 23 januari 1976, NJ 1977/123).

3.9. De buitenlandse rechterlijke beslissing heeft dus vrije bewijskracht in de Nederlandse procedure. Daarmee geldt voor het buitenlandse vonnis de hoofdregel van art. 152 lid 2 Rv, dat de waardering van het bewijs aan het oordeel van de rechter

12 Zie de noot van Th.M. de Boer bij HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2838, NJ 2015/478 (*Gazprombank*), onder punt 2.

13 HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:54, NJ 2019/364 m.nt. Th.M. de Boer ([...] /*Yukos Finance*), rov. 4.1.2.

14 L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, 2019, nr. 290. De auteurs merken op dat de rechter in de woorden ‘in beginsel’ wellicht nog ruimte kan vinden om in bijzondere gevallen aanvullende voorwaarden te stellen.

is overgelaten (tenzij de wet anders bepaalt). De ratio van deze hoofdregel is dat de rechter zoveel mogelijk de materiële waarheid moet achterhalen, en daarbij niet gehinderd moet worden door regels die dwingend voorschrijven hoe een bepaald bewijsmiddel moet worden gewaardeerd. De consequentie van de vrije bewijskracht van het buitenlandse vonnis is dat de rechterlijke bewijsbeslissing in cassatie slechts getoetst kan worden op begrijpelijkheid.

3.10. Dat de buitenlandse rechterlijke beslissing vrije bewijskracht heeft, betekent dat de rechter een ruime beoordelingsvrijheid toekomt bij de beslissing om al dan niet betekenis toe te kennen aan die buitenlandse beslissing.¹⁵ De rechter is dus niet gebonden aan de feitelijke en juridische beslissingen in het buitenlandse vonnis.

3.11. Als de tweede route wordt gevolgd, zal de rechter het geschil inhoudelijk weer geheel opnieuw moeten beoordelen. Het speelveld ligt dus weer helemaal open; de procedure wordt *overgedaan*.¹⁶ Het meest uitvoerig is dit toegelicht in het commentaar van Van Rossem/Cleveringa op art. 431 Rv.¹⁷

“Voor zover nu veroordelende vreemde vonnissen aangaat, zal men naar ons stellig recht wel aan moeten nemen, dat zij als regel geen bindende kracht bezitten. Hun wordt executoriale kracht ontzegd; zou nu hun bindende kracht worden aanvaard, dan zou die ontzegging al bitter weinig te betekenen hebben; men zou slechts in de dagvaarding de vreemde veroordeling hebben te stellen en daarop een nieuwe veroordeling hier te

lande hebben te vorderen, die automatisch zou worden toegewezen; doch daarmee zou het eerste lid van art. 431 tot een aanfluiting worden gemaakt. Art. 431 lid 2 belooft dan ook een behandeling en afdoening ‘op nieuw’: wat kan dit anders betekenen dan dat het geding hier te lande ab ovo moet worden uitgevoerd, alsof er geen eerdere procedure had plaats gevonden? Ook uit het vroegere 4e lid blijkt het.¹⁸ Dit immers zeide, dat in het daar bedoelde geval de zaak zelf niet aan een nieuw onderzoek zou moeten worden onderworpen. Het onderstelde dus als regel een niet, beperkt volledig onderzoek volgens de gewone procesregelen, waaronder deze, dat de eiser verplicht is de posita zijner vordering in den gewonen omvang te stellen en dat de gedaagde zijn verdediging kan voeren, als ware dit het eerste proces tussen partijen.’ [voetnoot 9: ‘Desgelijks Meijers, WPNR 2881; Hijmans HNJV 1929, blz. 26-28; van Praag t.a.p. (in noot 3), blz.344-347, Asser-Scholten, blz. 202’]

3.12. Het gevolg van de nieuwe rechterlijke beoordeling van het geschil is dat een partij ook een eisvermeerdering kan instellen.¹⁹

3.13. Het Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatiecentrum (WODC) heeft opdracht gege-

15 Vgl. HR 23 januari 1976, ECLI:NL:HR:1976:AD7917, NJ 1977/123. Zie ook L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, 2019, nr. 290; J.P. Verheul, *Erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde vonnissen*, 1989, p. 2; M.H. ten Wolde, J.G. Knot & K.C. Henckel, *Tenuitvoerlegging van buitenlandse civielrechtelijke vonnissen in Nederland buiten verdrag en verordening* (art. 431 Rv). WODC-rapport projectnummer 2731, 30 november 2017, par. 2.5.5; J. Kusters & C.W. Dubbink, *Algemeen deel van het Nederlandse internationaal privaatrecht*, 1962, p. 768-771.

16 Asser *Procesrecht/Steneker* 5 2019/575. Vgl. ook L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, 2019, nr. 291 en E.M. Meijers, ‘Het bontmantel arrest’, WPNR 1925/2881.

17 Van Rossem/Cleveringa (1972), art. 431 Rv, aant. 5.

18 Het oorspronkelijke art. 431 Rv (ingevoerd in 1838) bevatte ook een derde en vierde lid. Deze luiden als volgt: (3) *In de hierboven gemelde uitgezonderde gevallen wordt het vonnis van vreemde regters of regtbanken niet in dit rijk ten uitvoer gelegd, dan na een op verzoekschrift verkregen verlof van executie in den vorm bij het voorgaande artikel gemeld, van de regtbank van het arrondissement in hetwelk zoodanig vonnis moet worden ten uitvoer gelegd.* (4) *Bij het verzoeken en verlenen van dit verlof, wordt de zaak zelve niet aan een nieuw onderzoek onderworpen.* Bij wet van 11 november 1964 (Stb. 1964, 381) is een herziene exequatur-regeling opgenomen in de art. 985-994 Rv, en zijn de leden 3 en 4 uit art. 431 Rv geschrapt. Zie over de oude wettekst J. van den Honert THz, *Handboek voor de Burgerlijke Regtsvordering in het Koninkrijk der Nederlanden*, 1839, p. 454 e.v., 456 (linkerkolom). Zie over de wetswijziging in 1964 *Kamerstukken II* 1963/64, 717 9, nr. 6, p. 1; *Kamerstukken II* 1963/64, 717 9, nr. 9, p. 1.

19 M.H. ten Wolde, J.G. Knot & K.C. Henckel, *Tenuitvoerlegging van buitenlandse civielrechtelijke vonnissen in Nederland buiten verdrag en verordening* (art. 431 Rv). WODC-rapport projectnummer 2731, 30 november 2017, par. 2.1 noot 6.

ven voor een rechtsvergelijkende studie naar de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen buiten verdrag en verordening. De resultaten van deze studie, die is uitgevoerd door de Rijksuniversiteit Groningen, zijn in 2017 neergelegd in een rapport getiteld 'Tenuitvoerlegging van buitenlandse civielrechtelijke vonnissen in Nederland buiten verdrag en verordening (art. 431 Rv)'. In het rapport wordt geconstateerd dat er een groot verschil is tussen de tekst van art. 431 Rv en de praktijk van erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen. Om die reden is voorgesteld om art. 431 Rv te herformuleren.²⁰ De Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht is vervolgens om advies gevraagd met betrekking tot de mogelijke wetswijziging.²¹ Voor zover mij bekend is dat advies nog niet uitgebracht.

De openbare-orde-exceptie

3.14. Onder de 'Nederlandse openbare orde' wordt naar Nederlands internationaal privaatrecht, zowel in het conflictenrecht als in het erkenningsrecht, verstaan: de beginselen en waarden die in de Nederlandse rechtsorde als fundamenteel worden beschouwd.²² De Nederlandse openbare orde heeft ook een internationale dimensie, zoals de communautaire openbare orde van de EU en het EVRM.²³

3.15. De Hoge Raad heeft in het al genoemde arrest *Yukos Oil* verduidelijkt dat de in het *Gaz-*

prombank-arrest onder (ii) en (iii) genoemde erkenningsvoorwaarden hetzelfde doel dienen:²⁴

"deze voorwaarden beogen te voorkomen dat in de Nederlandse rechtsorde een buitenlandse rechterlijke beslissing tot gelding komt die naar haar totstandkoming of haar inhoud in strijd is met beginselen en waarden die in de Nederlandse rechtsorde als fundamenteel worden aangemerkt."

3.16. Hieruit is af te leiden dat de Hoge Raad de twee vereisten beschouwt als onderdeel van de beoordeling of de erkenning van het buitenlandse vonnis in strijd komt met de openbare orde. De onder (ii) genoemde voorwaarde kan worden gezien als de 'procedurele openbare orde' en de onder (iii) genoemde voorwaarde als de 'materieelrechtelijke openbare orde' (vgl. rov. 3.23 van het bestreden tussenarrest van het hof Amsterdam).²⁵ Ik zal, in navolging van de Hoge Raad in rov. 4.2 van het *Yukos Oil*-arrest, spreken van de 'openbare orde-exceptie' als (verkorte) aanduiding van de onder (ii) en (iii) genoemde erkenningsvoorwaarden.

3.17. Bij de beoordeling of aan de openbare orde-exceptie is voldaan, geldt in de procedure op de voet van art. 431 lid 2 Rv niet het beginsel van wederzijds vertrouwen in de rechtsbedeling van de staat van herkomst, dat ten grondslag ligt aan internationale regelingen over erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse beslissingen.²⁶ Dit betekent dat de openbare orde-exceptie niet even restrictief hoeft te worden toegepast als de in art. 45 lid 1, aanhef en onder a, Brussel I bis-Verordening genoemde openbare orde-weigeringsgrond (waarin bovendien is bepaald dat sprake moet zijn van een erkenning die 'kennelijk' strijdig is met de openbare orde).²⁷ Dat doet er echter niet aan af dat de openbare orde-exceptie alleen in

20 Zie M.H. ten Wolde, J.G. Knot & K.C. Henckel, *Tenuitvoerlegging van buitenlandse civielrechtelijke vonnissen in Nederland buiten verdrag en verordening (art. 431 Rv)*. WODC-rapport projectnummer 2731, 30 november 2017, p. 15-16, 135-136.

21 Zie M.H. ten Wolde, 'Herziening van een honderdtachtigjarige oude bepaling? Codificatie van het *Gazprombank*-arrest of naar een verlostelsel?', *NIPR* 2018, afl. 2, p. 276.

22 Zie L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, 2019, nr. 290 en 131.

23 Zie Asser Vonken 10-1 2018/505 e.v.; M.H. ten Wolde, J.G. Knot & K.C. Henckel, *Tenuitvoerlegging van buitenlandse civielrechtelijke vonnissen in Nederland buiten verdrag en verordening (art. 431 Rv)*. WODC-rapport projectnummer 2731, 30 november 2017, p. 52.

24 HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:54, *NJ* 2019/364 ([...] / *Yukos Finance*), m.nt. Th.M. de Boer, rov. 4.1.3.

25 Vgl. ook Asser Vonken 10-1 2018/503; A.A.H. van Hoek, 'Over een vonnis dat vastzat in de Russische pijplijn', in: AA 20150502, p. 507.

26 Vgl. HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:54, *NJ* 2019/364 ([...] / *Yukos Finance*), m.nt. Th.M. de Boer, rov. 4.1.3.

27 Vgl. M.H. ten Wolde, J.G. Knot & K.C. Henckel, *Tenuitvoerlegging van buitenlandse civielrechtelijke vonnissen in Nederland buiten verdrag en verordening (art. 431 Rv)*. WODC-rapport projectnummer 2731, 30 november 2017, par. 2.5.3; L. Strikwerda & S.J.

uitzonderlijke gevallen kan worden toegepast.²⁸ Bij de beoordeling van de openbare-orde-exceptie is geen plaats is voor een 'révision au fond'. De rechter beoordeelt dus niet of de buitenlandse beslissing juist is. Ook een rechterlijke beslissing die binnen de Nederlandse rechtsorde als onjuist wordt aangemerkt, kan worden erkend.²⁹

3.18. Bij de beoordeling of de buitenlandse beslissing is tot stand gekomen in een gerechtelijke procedure die voldoet aan de eisen van behoorlijke en met voldoende waarborgen omklede rechtspleging (het onder ii genoemde erkenningsvereiste), geldt het Nederlandse recht als maatstaf.³⁰ Niet elke (procedurele) gang van zaken in een ander land die in Nederland als niet-rechtmatig of onredelijk wordt ervaren, levert strijd op met de openbare orde.³¹ Er zijn echter grenzen die niet overschreden kunnen worden zonder dat dit consequenties heeft voor de aan de buitenlandse rechterlijke beslissing te verbinden rechtsgevolgen.³² De minimumvereisten van een 'fair trial', zoals neergelegd in art. 6 EVRM, kan bij deze beoordeling als ondergrens dienen.³³ In het onder 3.13 genoemde WODC-rapport over art. 431 Rv

is vermeld dat een behoorlijk en met voldoende waarborgen omkleed proces naar Nederlandse opvattingen tenminste behelst:³⁴

"een tijdige en doelmatige oproeping van de gedaagde partij; een eerlijke behandeling van de zaak; door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht; waarbij de gedaagde in de gelegenheid is gesteld en voldoende tijd heeft gehad om zich adequaat te kunnen verdedigen; waarbij partijen gelegenheid hebben gehad stellingen te betwisten, bewijsmiddelen toe te lichten of tegenbewijs te leveren, waarbij het beginsel van hoor en wederhoor is toegepast; een behoorlijk onderzoek van de standpunten van partijen; waarbij de rechter niet meer of anders toewijst dan is gevorderd; dat heeft geresulteerd in een voldoende gemotiveerd vonnis."

3.19. De hier genoemde eisen zien zowel op procedurele aspecten (zoals het ontbreken van een deugdelijke en tijdige oproeping en hoor en wederhoor), als ook op inhoudelijke aspecten van de buitenlandse rechterlijke beslissing (zoals het ontbreken van een behoorlijk onderzoek van de standpunten van partijen en een voldoende motivering).

3.20. Schending van fundamentele beginselen van een behoorlijke rechtspleging kan ook leiden tot een rechterlijke beslissing, waarvan de erkenning naar haar *inhoud* in strijd komt met de openbare orde. Zie daarover ook het WODC-rapport:³⁵

"Aanwijzingen voor schending van het vereiste van een behoorlijke rechtspleging kunnen bestaan indien bijvoorbeeld de buitenlandse uitspraak blijkt geeft van een flagrante schending van het recht van dat land, of van een reeks van evident onjuiste rechtsopvattingen of rechtstoepingen, doordat objectief vaststaande feiten en essentiële stellingen onmiskenbaar zijn genegeerd of stuitend onjuist gewaardeerd, telkens ten nadele van één der partijen, met als (beoogd) eindresultaat een niet te plaatsen exorbitante verrijking,

Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, 2019, nr. 290.

28 L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, 2019, nr. 290 en 130 e.v.

29 HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:54, NJ 2019/364 ([...] /Yukos Finance), m.nt. Th.M. de Boer, rov. 4.1.4.

30 L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, 2019, nr. 290; M.H. ten Wolde, J.G. Knot & K.C. Henckel, *Tenuitvoerlegging van buitenlandse civielrechtelijke vonnissen in Nederland buiten verdrag en verordening (art. 431 Rv)*. WODC-rapport projectnummer 2731, 30 november 2017, par. 2.5.2.

31 HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:54, NJ 2019/364 ([...] /Yukos Finance), m.nt. Th.M. de Boer, rov. 4.4.3 en 4.5.3.

32 HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:54, NJ 2019/364 ([...] /Yukos Finance), m.nt. Th.M. de Boer, rov. 4.4.3, 4.5.3.

33 M.H. ten Wolde, J.G. Knot & K.C. Henckel, *Tenuitvoerlegging van buitenlandse civielrechtelijke vonnissen in Nederland buiten verdrag en verordening (art. 431 Rv)*. WODC-rapport projectnummer 2731, 30 november 2017, par. 2.5.2. Vgl. ook R.Ch. Verschuur, *Vrij verkeer van vonnissen*, 1995, p. 55.

34 M.H. ten Wolde, J.G. Knot & K.C. Henckel, *Tenuitvoerlegging van buitenlandse civielrechtelijke vonnissen in Nederland buiten verdrag en verordening (art. 431 Rv)*. WODC-rapport projectnummer 2731, 30 november 2017, par. 2.5.2.

35 M.H. ten Wolde, J.G. Knot & K.C. Henckel, *Tenuitvoerlegging van buitenlandse civielrechtelijke vonnissen in Nederland buiten verdrag en verordening (art. 431 Rv)*, WODC-rapport projectnummer 2731, 30 november 2017, par. 2.5.2.

ten nadele deze ene partij. In dat geval kan ook (overigens) sprake zijn van strijd met de openbare orde in materiële zin.”

3.21. Ten slotte is nog op te merken dat in de literatuur onderscheid wordt gemaakt tussen de ‘binnen- en buitengrens’ van de openbare orde.³⁶ Men gaat ervan uit dat deze tweeledige maatstaf voor de openbare orde-exceptie in het conflictenrecht (art. 10:6 BW), ook geldt voor het erkenningsrecht.³⁷ Het *buitengrenscriterium* heeft een absoluut karakter en ziet op de inhoud van het buitenlandse recht of de inhoud van het buitenlandse vonnis. Het gaat daarbij om fundamentele beginselen en grondslagen van de eigen rechtsorde met een zo absoluut en onaantastbaar karakter, dat daarmee strijdig recht in alle gevallen buiten toepassing blijft. Erkenning van een daarmee strijdig vonnis kan in geen geval worden getoleerd, zelfs als de Nederlandse rechtssfeer niet of nauwelijks bij het concrete geval is betrokken. Dat geldt ook als de toepassing van het buitenlandse recht of erkenning van het buitenlandse vonnis leidt tot een resultaat dat op zichzelf beschouwd niet in strijd is met de openbare orde.³⁸ Bij strijd met het buitengrenscriterium kan worden gedacht aan buitenlands recht of een buitenlands vonnis dat strijdig is met grondrechten, het

non-discriminatiebeginsel of de rechtsstatelijkheid.³⁹ Het *binnengrenscriterium* komt in beeld als het vreemde recht of het buitenlandse vonnis de toets aan het buitengrenscriterium heeft doorstaan. Het binnengrenscriterium heeft een relatief karakter en ziet op de gevolgen van toepassing van het vreemde recht of erkenning van het buitenlandse vonnis. Bij dit criterium spelen de concrete omstandigheden van het geval en de mate van betrokkenheid van de Nederlandse rechtssfeer wél een rol. De erkenning van een buitenlands vonnis dat naar zijn inhoud niet onaanvaardbaar is, blijft niettemin achterwege indien erkenning in het concrete geval zou leiden tot een gevolg dat naar Nederlandse opvattingen niet mag worden geduld.⁴⁰ In het WODC-rapport wordt als voorbeeld genoemd het geval waarin door de buitenlandse rechter excessief hoge *punitive damages* zijn toegewezen, die geen verband houden met of in enige verhouding staan tot de werkelijk geleden materiële of immateriële schade en daarbovenop zijn gebaseerd op een bestraffend element.⁴¹

Uitputting van rechtsmiddelen

3.22. In de onderhavige zaak wordt onder meer de vraag opgeworpen of de omstandigheid dat Enel c.s. zich niet in Albanië tot het Albanese constitutionele hof hebben gewend, in de weg staat aan een beroep op de openbare-orde exceptie, meer in

36 Zie het Rapport van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht inzake de Algemene Bepalingen, opgenomen in Ten Wolde e.a., *Parlementaire Geschiedenis BW Boek 10*, 2014, II.8.2, p. 91-92; L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, 2019, nr. 132; *Asser/Vonken 10-1* 2018/494; P. Vlas, *IPR en BW* (Mon. BW nr. A27) 2015/31. Zie ook: *Kamerstukken II* 2009/10, 32 137, nr. 3 (MvT), p. 14 (met betrekking tot art. 10:6 BW).

37 Zie L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, 2019, nr. 290; A-G Vlas in nr. 3.48 van zijn conclusie vóór het *Yukos Oil*-arrest; Th.M. de Boer in nr. 5 van zijn annotatie onder het *Yukos Oil*-arrest in *NJ* 2019/364; M.H. ten Wolde, J.G. Knot & K.C. Henckel, *Tenuitvoerlegging van buitenlandse civielrechtelijke vonnissen in Nederland buiten verdrag en verordening* (art. 431 Rv). WODC-rapport projectnummer 2731, 30 november 2017, p. 52.

38 Vgl. het Rapport van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht inzake de Algemene Bepalingen, opgenomen in Ten Wolde e.a., *Parlementaire Geschiedenis BW Boek 10*, 2014, II.8.2, p. 91-92.

39 M.H. ten Wolde, J.G. Knot & K.C. Henckel, *Tenuitvoerlegging van buitenlandse civielrechtelijke vonnissen in Nederland buiten verdrag en verordening* (art. 431 Rv). WODC-rapport projectnummer 2731, 30 november 2017, par. 2.5.3.

40 M.H. ten Wolde, J.G. Knot & K.C. Henckel, *Tenuitvoerlegging van buitenlandse civielrechtelijke vonnissen in Nederland buiten verdrag en verordening* (art. 431 Rv). WODC-rapport projectnummer 2731, 30 november 2017, par. 2.5.3.

41 M.H. ten Wolde, J.G. Knot & K.C. Henckel, *Tenuitvoerlegging van buitenlandse civielrechtelijke vonnissen in Nederland buiten verdrag en verordening* (art. 431 Rv). WODC-rapport projectnummer 2731, 30 november 2017, par. 2.5.3. Vgl. Rb Rotterdam 17 februari 1995, *NIPR* 1996/134, rov. 3.11, bekrachtigd door Hof Den Haag 29 oktober 1996, *NIPR* 1997/244; Rb Utrecht 24 oktober 2012, *ECLI:NL:RBUTR:2012:BY2102*, *NIPR* 2013/46, rov. 2.6; Rb Midden-Nederland 11 september 2019, *ECLI:NL:RBMNE:2019:4310*, rov. 4.28-4.30.

het bijzonder aan een beroep op strijd van het Albanese vonnis met art. 6 EVRM.

3.23. In het in 2002 gewezen *LBIO*-arrest heeft de Hoge Raad in het kader van een exequaturprocedure op basis van het Nederlands-Oostenrijkse Executieverdrag⁴² beslist dat erkenning van een buitenlandse beslissing niet met een beroep op de openbare orde kan worden uitgesloten, ‘indien 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 het rechtsmiddel niet in staat is geweest’.⁴³ Met andere woorden, het niet gebruiken van alle beschikbare rechtsmiddelen in het land van herkomst staat in de weg aan een beroep op strijd met de openbare orde van de beslissing waarvan erkenning wordt verzocht. Dit wordt ook wel aangeduid als de ‘uitputtingsregel’.

3.24. In zijn prejudiciële beslissing in de zaak *Diageo/Simiramida* heeft het HvJEU geoordeeld dat in het kader van de openbare orde-exceptie van (de voorloper van) art. 45 Brussel I bis-Verordening de rechter van de aangezochte lidstaat die nagaat of sprake is van een kennelijke schending van de openbare orde, ermee rekening dient te houden dat, behoudens bijzondere omstandigheden die het te moeilijk of onmogelijk maken de rechtsmiddelen in de lidstaat van herkomst aan te wenden, de justitiabelen de plicht hebben alle rechtsmiddelen die in de lidstaat van herkomst van de beslissing beschikbaar zijn aan te wenden om een dergelijke schending in een eerder stadium te voorkomen.⁴⁴

3.25. Uit het arrest *Diageo/Simiramida* wordt afgeleid dat een beroep op de openbare orde-exceptie van art. 45 lid 1 onder a Brussel I bis-Verordening in beginsel faalt, indien men heeft nagelaten om een beschikbaar rechtsmiddel in te stellen tegen de beslissing.⁴⁵ De ratio van deze ‘uitputtingsregel’ is het aan de Brussel I bis-Verordening ten grondslag liggende beginsel van het wederzijds vertrouwen binnen de Unie in elkaars rechtsstelsels en rechterlijke instanties: op basis van dit vertrouwen kan worden aangenomen dat het bestaande stelsel van rechtsmiddelen in elke lidstaat, aangevuld met de prejudiciële procedure van art. 267 VWEU, de justitiabele voldoende waarborgen biedt om een onjuiste toepassing van nationaal recht of het Unierecht, te herstellen.⁴⁶

3.26. In het *Yukos Oil*-arrest was aan de orde of voor de erkenning op grond van het commune recht – dus buiten verdrag of verordening – een vergelijkbare uitputtingsregel geldt als is vervat in het *LBIO*-arrest dan wel het arrest *Diageo/Simiramida*.⁴⁷ De Hoge Raad heeft daarover het volgende overwogen:

“4.3.3 Zoals hiervoor in 4.1.2 is overwogen, is Nederland niet gebonden aan een internationale regeling op grond waarvan het is gehouden een Russisch faillissementsvonnis en de daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen te erkennen. Een uit een verdrag of andere internationale regeling voortvloeiend beginsel van wederzijds vertrouwen in elkaars rechtsbedeling geldt in deze zaak dus niet (zie hiervoor in 4.1.3). Dat is een verschil met de zaken die ten grondslag lagen aan de hiervoor in 4.3.1 genoemde uitspraken van 5 april 2002 [het *LBIO*-arrest, A-G] en 8 juli 2016 [het arrest in de zaak *Diageo/Simiramida*, A-G]. Onderdeel 1.2 beroept zich daarom tevergeefs op deze uitspraken. Een algemene regel dat een beschikbaar rechtsmiddel moet worden aangewend als de betrokkene daartoe in staat is, ook als het

42 Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Oostenrijk, betreffende de wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen en authentieke akten op het gebied van het burgerlijke recht, 6 februari 1963, *Trb.* 1963, 51.

43 HR 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9145, *NJ* 2004/170, m.nt. P. Vlas (*LBIO/W*), rov. 3.7.

44 Zie de prejudiciële beslissing van het HvJEU van 16 juli 2015, ECLI:EU:C:2015:471, *NJ* 2017/33 m.nt. Strikwerda (*Diageo Brands*), punt 68, en de daarop gevolgde uitspraak van de Hoge Raad van 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1431, *NJ* 2017/33 m.nt. L. Strikwerda, rov. 5.1.3. Zie ook HvJ EU 25 mei 2016,

ECLI:EU:C:2016:349, *NJ* 2017/34 m.nt. L. Strikwerda (*Meroni/Recoletos*), punt 48.

45 Zie L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, 2019, nr. 269.

46 Zie HvJEU 16 juli 2015, ECLI:EU:C:2015:471, *NJ* 2017/33 m.nt. Strikwerda (*Diageo Brands*), punt 49 en 63; HvJEU 25 mei 2016, ECLI:EU:C:2016:349, *NJ* 2017/34 m.nt. L. Strikwerda (*Meroni/Recoletos*), punt 47.

47 Zie HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:54, *NJ* 2019/364, m.nt. Th.M. de Boer, rov. 4.3.3-4.3.4.

aanwenden daarvan vermoedelijk ineffectief, kansloos of zinloos zal zijn, kent het commune internationaal privaatrecht niet. Het hof heeft een dergelijke regel dan ook niet miskend.

4.3.4 Dat een algemene regel als hiervoor in 4.3.3 bedoeld, niet geldt naar commuun internationaal privaatrecht, neemt niet weg dat de rechter wel betekenis kan toekennen aan de omstandigheid dat beschikbare rechtsmiddelen in het land van herkomst niet zijn uitgeput. Die omstandigheid kan dan ook in de weg staan aan het oordeel dat voldaan is aan de hiervoor in 4.1.2 onder (ii) en (iii) genoemde voorwaarden als weigeringsgronden voor de erkenning van een buitenlandse beslissing. Ook dit heeft het hof niet miskend. Het heeft in rov. 4.23.1 immers vooropgesteld dat van degene die meent dat hem het recht op een eerlijk proces is onthouden, geëist mag worden dat hij alle rechtsmiddelen aanwendt die hem ten dienste staan, als deze geacht kunnen worden daadwerkelijk tot heroverweging te leiden en dus sprake is van een effectieve remedy. Het oordeel dat Yukos Oil geen effectieve remedy meer ter beschikking stond, is niet onbegrijpelijk in het licht van de omstandigheden die het hof in zijn beoordeling heeft betrokken (zie hiervoor in 4.3.2).⁴⁸

3.27. Annotatoren De Boer en Van Bochove hebben uit deze overwegingen afgeleid dat het commune erkenningsrecht óók een uitputtingsregel kent, in die zin dat alle beschikbare rechtsmiddelen moeten worden uitgeput voor zover dit een 'effective remedy' had kunnen opleveren.⁴⁸ Volgens Van Bochove heeft de Hoge Raad daarmee aangeknoopt bij de uitputtingsregel van het EVRM.⁴⁹

3.28. Anders dan de genoemde auteurs lees ik in het *Yukos Oil*-arrest niet dat de Hoge Raad een algemene uitputtingsregel heeft geformuleerd voor het commune internationaal privaatrecht. De Hoge Raad heeft alleen beslist welke algemene regel het commune internationaal privaatrecht *niet* kent, namelijk de regel dat een beschikbaar rechtsmiddel moet worden aangewend als de betrokkene daartoe niet in staat is, ook als het aan-

wenden daarvan vermoedelijk ineffectief, kansloos of zinloos is. Verder heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de rechter betekenis *kan* toekennen aan de omstandigheid dat beschikbare rechtsmiddelen in het land van herkomst van de beslissing niet zijn uitgeput en dat die omstandigheid in de weg *kan* staan aan het oordeel dat sprake is van schending van de (procedurele en materiële) openbare orde. Deze instructie aan de rechter gaat minder ver dan die in het kader van de openbare orde-exceptie van art. 45 lid 1 onder a Brussel I bis-Verordening. In dat laatste geval *moet* de rechter immers rekening houden met de omstandigheid dat de justitiabele de plicht heeft om alle beschikbare rechtsmiddelen in het land van herkomst aan te wenden. Dit verschil laat zich verklaren door de omstandigheid dat voor de erkenning van buitenlandse rechterlijke beslissingen onder het commune recht, anders dan voor erkenning op grond van de Brussel I bis-Verordening, niet het beginsel van wederzijdse vertrouwen in elkaars rechtsbedeling geldt.

3.29. Ik begrijp het arrest *Yukos Oil* zo, dat het aan de feitenrechter is overgelaten om te beoordelen of het niet benutten van rechtsmiddelen in het land van herkomst door degene die zich verzet tegen erkenning van de buitenlandse beslissing, een beletsel is voor het honoreren van een weigeringsgrond voor erkenning. Bij dat oordeel kunnen alle omstandigheden van het geval een rol spelen.

3.30. Ook volgens A-G Vlas geldt er niet een algemene uitputtingsregel voor het commune internationaal privaatrecht. In zijn conclusie voor het *Yukos Oil*-arrest schrijft hij daarover het volgende (onder 3.14):

'De vraag of de uitputtingsregel ook in het commune IPR geldt, is niet in algemene zin bevestigend te beantwoorden. Zou de exequaturprocedure in Nederland worden gebruikt als een verkapt rechtsmiddel, dan is verdedigbaar dat de uitputtingsregel aan de toepassing van de openbare orde als weigeringsgrond voor de erkenning in de weg staat. Hetzelfde geldt in het geval dat de partij tegen wie de erkenning en/of tenuitvoerlegging wordt verzocht onder omstandigheden zijn rechten tot het aanwenden van rechtsmiddelen in het land van herkomst van de beslissing heeft verwerkt. Van belang is inderdaad, zoals Strikwerda het heeft uitgedrukt, dat 'het primaat van de rechtsbescherming' ligt bij de rechter van de staat van herkomst van de beslissing, bijvoorbeeld in-

48 Vgl. de annotatie van Th.M. de Boer onder het *Yukos Oil*-arrest in NJ 2019/364 (onder nr. 2) en het commentaar van L.M. van Bochove in *Ondernemingsrecht* 2019/90.

49 Zie het commentaar van L.M. van Bochove in *Ondernemingsrecht* 2019/90.

dien de omstandigheid die in de aangezochte staat tot toepassing van de openbare orde zou leiden door het aanwenden van een rechtsmiddel in de staat van herkomst had kunnen worden voorkomen.⁵⁰

3.31. Volgens Vlas hangt het dus af van de omstandigheden van het geval of het niet benutten van de beschikbare rechtsmiddelen in het land van herkomst van de beslissing aan toepassing van de openbare orde als weigeringsgrond voor erkenning in de weg staat. Daarbij zal het niet benutten van beschikbare rechtsmiddelen in het land van herkomst met name kunnen worden tegengeworpen als de erkenningsprocedure wordt gebruikt als verkapt rechtsmiddel; een partij zal in beginsel eerst in het land van herkomst de beslissing moeten proberen aan te tasten.

Ontvankelijkheid bij het EHRM

3.32. De artikelen 34 en 35 EVRM bevatten de voorwaarden waaraan een bij het EHRM ingediend verzoekschrift moet voldoen om ontvankelijk verklaard te worden. Op grond van art. 34 gelden kort gezegd twee ontvankelijkheidsvoorwaarden:⁵⁰ de verzoeker (i) is een natuurlijk persoon, niet-gouvernementele organisatie of groep personen, (ii) die beweert slachtoffer te zijn van een schending van het EVRM door een verdragsluitende staat.⁵¹ Ingevolge art. 35 is verder vereist dat (iii) verzoeker de nationale rechtsmiddelen in het land van herkomst heeft uitgeput en het verzoekschrift (iv) binnen zes maanden na de datum van de definitieve nationale beslissing is ingediend, (v) niet anoniem is, (vi) niet wezenlijk gelijk is aan een zaak die eerder is voorgelegd aan het EHRM of andere internationale instantie, (vii) niet kennelijk ongegrond is, (viii) geen misbruik van recht oplevert en (ix) blijf geef van een wezenlijk nadeel voor de verzoeker. Er zijn in de artikelen 34 en 35 EVRM dus meerdere ontvankelijkheidsvereisten vervat.

3.33. Om te kunnen beoordelen of een klacht kennelijk ongegrond is als bedoeld in art. 35, lid 3 onder a, EVRM wordt door het EHRM inhoudelijk onderzoek verricht naar de hoofdzaak. Er kan bijvoorbeeld sprake zijn van kennelijke ongegrondheid indien onvoldoende bewijs wordt geleverd voor de verdragsschending, een onjuiste voorstelling van de feiten wordt gegeven, de gestelde schending een gerechtvaardigde inbreuk oplevert, de feiten van de zaak naar vaste jurisprudentie van het EHRM geen inmenging vormt in een verdragsrecht, of het EHRM wordt geadieerd als 'vierde beroepsinstantie'.⁵² Het onderzoek naar de kennelijke ongegrondheid betreft in theorie een *prima facie*-onderzoek, maar in de praktijk blijkt dat het onderzoek ook meer gedetailleerd kan zijn en de beslissing soms ook vrij uitvoerig is gemotiveerd.⁵³

4. Bespreking van het cassatiemiddel

4.1. Het cassatiemiddel bestaat uit vier onderdelen.

4.2. *Onderdeel 1*, dat bestaat uit drie subonderdelen, is gericht tegen rov. 3.28-3.30, 3.32 en 3.33 van het tussenarrest. Het hof heeft daarin het volgende overwogen.

(i) Enel c.s. hebben in de Albanese procedures uitdrukkelijk als verweer gevoerd dat de experts in hun rapport de gederfde winst van ABA ten onrechte hebben berekend als bruto omzet en geen rekening hebben gehouden met essentiële kosten, zoals die voor de bouw en het onderhoud van de waterkrachtcentrale. Zowel de rechtbank te Tirana, het Hof van Appel te Tirana en de Albanese Hoge Raad hebben geen woord gewijd aan dit verweer (rov. 3.28-3.30).

(ii) Tussen partijen is niet in geschil dat ook volgens Albanees recht slechts schade wordt vergoed die bestaat uit de geleden schade en de gederfde winst. Ook is niet in geschil dat algemeen aanvaard is dat het begrip winst niet gelijk is aan bruto omzet, maar aan bruto omzet na aftrek van (bepaalde) kosten (rov. 3.31).

(iii) In het licht hiervan moet het door Enel c.s. gevoerde verweer ten aanzien van de schade als essentieel worden beschouwd. Het is volstrekt

50 Deze voorwaarden worden in de literatuur ook wel aangeduid als bevoegdheidsregels die tijdens de ontvankelijkheidsfase worden getoetst. Zie Y. Haeck & R. Delbaere, *Sdu Commentaar EVRM*, art. 34, par. A; Y. Haeck & C. Burbano Herrera, *Sdu Commentaar EVRM*, art. 35, par. A.

51 Zie Council of Europe/European Court of Human Rights, *Practical Guide on Admissibility Criteria*, bijgevoegd op 30 april 2020, nr. 8.

52 Zie. Haeck & C. Burbano Herrera, *Sdu Commentaar EVRM*, art. 35, par. C8.1-4.

53 Zie. Haeck & C. Burbano Herrera, *Sdu Commentaar EVRM*, art. 35, par. C8.

onbegrijpelijk dat de rechtbank en het Hof van Appel te Tirana dit essentiële verweer niet hebben onderzocht en daarop bij de motivering van hun oordeel niet hebben gerespondeerd. De beslissing van de rechtbank te Tirana om bij wijze van schadevergoeding een bedrag toe te wijzen ter grootte van de met het Project te realiseren omzet over 8 jaren, zonder daarbij zelfs maar rekening te houden met de kosten van het bouwen en onderhouden van de waterkrachtcentrale, is zo evident strijdig met Albanees recht dat, mede gezien in het licht van het daartegen door Enel c.s. aangebrachte verweer (dat nota bene door de experts werd ondersteund), sprake is van een manifeste fout. Geen redelijk handelende rechtbank had op basis van het rapport van de experts en het Albanese recht tot hetzelfde oordeel kunnen komen. De beslissing van het Hof van Appel te Tirana om in weerwil van het uitdrukkelijk daartegen gevoerde verweer de beslissing in stand te laten, zonder enige op dit essentiële punt toegesneden motivering, getuigt van willekeur en is evident onredelijk (rov. 3.32).

(iv) Gelet hierop, is het hof van oordeel dat de in het Albanese vonnis neergelegde (en in latere instanties in stand gebleven) beslissing moet worden aangemerkt *arbitrary and manifestly unreasonable* en dat de Albanese rechtsgang daarmee niet voldoet aan de op grond van art. 6 EVRM te stellen eisen. Dit brengt mee dat het Albanese vonnis tot stand is gekomen in een gerechtelijke procedure die niet 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 zou 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. De erkenning van het op bovengenoemde wijze tot stand gekomen vonnis is strijdig met de openbare orde, zowel wat het procedurele aspect als wat het materiële aspect betreft (rov. 3.33).

4.3. De subonderdelen 1.1 en 1.2 klagen dat bovengenoemde oordelen onjuist, dan wel ontoereikend gemotiveerd zijn in het licht van een aantal door ABA aangevoerde essentiële stellingen (door haar aangeduid onder 1a tot en met 1h), waarop het hof ten onrechte niet (kenbaar) is ingegaan. Daarbij wordt aangevoerd (bij subonderdeel 1.2) dat ABA in de Albanese procedure steeds vergoeding

heeft gevorderd van de winst over de gehele concessieperiode van 30 jaar. De Rechtbank Tirana heeft dat onderkend en deskundigen benoemd om de gedeelde winst over de gehele concessieperiode te berekenen. De deskundigen konden alleen voor 2004 de gedeelde winst berekenen, omdat zij alleen voor dat jaar over de relevante marktprijzen beschikten. Vervolgens heeft de Rechtbank Tirana op basis van het deskundigenrapport een *schatting* gemaakt van de schade over de periode 2005-2011 (zeven jaren), ter grootte van de over 2004 gedeelde winst, hoewel de concessieperiode 30 jaar bedroeg.

4.4. Tegen die achtergrond is het hof ten onrechte niet ingegaan op ABA's essentiële argumenten:

- (i) dat in de Albanese procedure wel het onderscheid is gemaakt tussen omzet en winst;
- (ii) dat de berekening van de schadevergoeding niet is gebaseerd op de gedeelde omzet over de gehele concessieperiode maar slechts op een – met de begrote gedeelde winst gelijk te stellen – beperkt deel ervan;
- (iii) dat dit, ook gelet op de in Albanië bestaande rechterlijke vrijheid bij het zonodig schattenderwijs vaststellen van de schade, een redelijke begroting is van de schade die ABA ten aanzien van de gehele concessieperiode van 30 jaar lijdt;
- (iv) dat de Rechtbank Tirana daarom niet meer of anders op het verweer van Enel c.s. hoefde te responderen dan zij heeft gedaan.

4.5. De subonderdelen bouwen geheel voort op de stelling dat de door de Rechtbank Tirana toegewezen schadevergoeding door de rechtbank *schattenderwijs* is vastgesteld; de over de gehele concessieperiode van 30 jaar toegewezen schade zou schattenderwijs zijn begroot op een bedrag ter hoogte van de winst over zeven jaar. Om die reden zou moeten worden aangenomen dat toch rekening is gehouden met de kosten van de bouw en het onderhoud van de waterkrachtcentrale, en dat wel een onderscheid is gemaakt tussen bruto omzet en winst.

4.6. Het antwoord op de vraag hoe het door de Rechtbank Tirana gewezen vonnis moet worden begrepen – meer in het bijzonder: of het door de Rechtbank Tirana toegewezen schadebedrag ziet op de gehele concessieperiode en dat dát schadebedrag berust op een schatting van de schade –, vergt uitleg van dat vonnis. Die uitleg is voorbehouden aan het hof als feitenrechter en kan in cassatie niet op juistheid, maar slechts op begrijpelijkheid worden getoetst.

4.7. Uit rov. 3.29 en 3.32 van het tussenarrest volgt dat het hof het vonnis van de rechtbank Tirana van 24 maart 2009 aldus heeft uitgelegd, dat Enel c.s. daarin is veroordeeld tot het betalen van een schadevergoeding ter grootte van de met het Project te realiseren omzet over acht jaren, zonder rekening te houden met de kosten van onder andere de bouw en het onderhouden van de waterkrachtcentrale. In deze uitleg van het vonnis ligt besloten dat het hof van oordeel is dat de Rechtbank Tirana de genoemde kosten *niet* heeft verdisconteerd in het toegewezen schadebedrag en dat de toegewezen schadevergoeding, anders dan door ABA is aangevoerd,⁵⁴ geen betrekking heeft op de totale gederfde winst over de *gehele* concessieperiode. Gegeven die uitleg, was er geen aanleiding voor het hof om te responderen op de hiervoor onder (i) – (iv) vermelde stellingen van ABA.

4.8. De uitleg die het hof heeft gegeven aan het vonnis van Rechtbank Tirana is zeker niet onbegrijpelijk. Uit de tekst van het vonnis van de Rechtbank Tirana blijkt op geen enkele manier dat de toegewezen schadevergoeding een *schatting* is van de door ABA gevorderde schade. Evenmin blijkt daaruit dat het gaat om een vergoeding voor over de *gehele concessieperiode* geleden schade. Zie (de Nederlandse vertaling van) het dictum van het vonnis, in samenhang gelezen met de daaraan voorafgaande overwegingen op pagina 27-28 van het vonnis (mijn onderstrepingen (gecursiveerd; red.)).⁵⁵

“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 partijen te verplichten om aan de eiser de *buitencontractuele schade voor het jaar 2004* te betalen, schade die door de deskundigen op 25.1885.500 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 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 volgens de MSE (Italian Electricity System Operator) S.p.A.

Aangezien het de rechtbank op dit moment onbekend is hoeveel *de waarde van de schade en het winstverlies voor de jaren 2005 - 2011* zal zijn en 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* (voor het jaar 2004 zijn leges voor de vordering voldaan), vooraf executiekosten te betalen over het bedrag dat zal worden vastgesteld aan de hand van de berekening die de deskundigen voor deze jaren zullen maken.

In deze omstandigheden oordeelt de rechtbank dat de vordering van de eisende partij wettig en op bewijzen gebaseerd is en als zodanig dient te worden toegewezen.

(...)

Besloten

De gedaagde partijen, de vennootschap “Enelpower” afdeling Albanië, de vennootschap “Enel” S.p.A. en de vennootschap “Enelpower” S.p.A. op te dragen aan de eisende partij, de vennootschap “Albania Beg Ambient” Sh.p.k., de waarde van de buitencontractuele schade ten bedrage van 25.188.500,00 (...) euro te betalen.

De gedaagde partijen, de vennootschap “Enelpower”, afdeling Albanië, de vennootschap “Enel” S.p.A. en de vennootschap “Enelpower” S.p.A. 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.”

54 Zie met name de conclusie van repliek van ABA onder nr. 324-327.

55 Zie productie 1 bij de inleidende dagvaarding van ABA.

4.9. Uit de onderstreepte (gecursiveerd; *red.*) passages blijkt onmiskenbaar dat de in het vonnis opgenomen veroordeling van Enel c.s. tot betaling van een (gedeeltelijk nog te berekenen) schadevergoeding aan ABA door de Rechtbank Tirana is aangemerkt als compensatie voor de in de periode 2004-2011 door ABA geleden schade. Ook blijkt uit de omstandigheid dat de Rechtbank Tirana heeft volstaan met een formule voor de berekening van de jaarlijks geleden schade in de periode 2005-2011, dat niet is beoogd om de totale schade voor de *gehele* concessieperiode te begroten. Daarmee is er ook geen grond voor de gedachte dat de toegewezen schadevergoeding een schattenderwijs vastgestelde vergoeding is voor die gehele periode.

4.10. Verder verdient opmerking dat ABA haar vordering had vermeerderd tot vertragingsschade over *acht* jaar.⁵⁶ Die eisvermeerdering was ingegeven door het feit dat in het deskundigenrapport de schade was begroot op acht jaren aan gederfde omzet. Het door de Rechtbank Tirana toegewezen schadebedrag over acht jaren (2004 en 2005-2011) sluit dus precies aan bij die vordering van ABA.

4.11. Het voorgaande betekent dat de klachten van de onderdelen 1.1 en 1.2 niet kunnen slagen.

4.12. Het oordeel van het hof in rov. 3.30 en 3.32, dat het Hof van Appel te Tirana in de motivering van zijn oordeel niet heeft gerespondeerd op het essentiële kostenverweer van Enel c.s., is evenmin onbegrijpelijk. De subonderdelen 1.1 en 1.2 maken niet duidelijk waaruit zou blijken dat het Hof van Appel in zijn arrest ervan is uitgegaan dat de Rechtbank Tirana de schade heeft begroot over de gehele concessieperiode en dat de kosten van het Project in die begroting zijn verdisconteerd.

4.13. Op het voorgaande stuiten alle klachten uit de subonderdelen 1.1 en 1.2 af.

4.14. *Subonderdeel 1.3* is onderverdeeld in drie klachten (onder a t/m c).

4.15. *Subonderdeel 1.3 onder a* betoogt dat het hof te hoge (op de Nederlandse gebruiken gebaseerde) motiveringseisen heeft gesteld bij de beoordeling of het Albanese vonnis aan de *Gazprom-*

bank-voorwaarden voldoet, of art. 6 EVRM is geschonden en of tenuitvoerlegging van het Albanese vonnis in strijd komt met de Nederlandse openbare orde. Aangevoerd wordt dat de omstandigheid dat een uitspraak 'evident' in strijd is met het materiele toepasselijke recht of dat een rechter nalaat een essentieel verweer te onderzoeken en daarop met zoveel woorden in zijn uitspraak te responderen, de uitspraak wellicht vatbaar maakt voor vernietiging door een hogere rechter, maar dat dit niet (zonder meer) meebrengt dat de gehele procedure in strijd is met de eisen van een behoorlijke en met voldoende waarborgen omklede rechtsgang of dat (tenuitvoerlegging van) de uitspraak in strijd komt met de openbare orde. Volgens het onderdeel geldt dit temeer omdat het hof niet heeft beoordeeld of het kostenverweer van Enel c.s. tot een lagere schadevergoeding had behoren te leiden.

4.16. Deze klacht faalt, omdat wordt miskend dat het hof niet is uitgegaan van de in Nederland gebruikelijke motiveringseisen, zoals blijkt uit rov. 3.23 en 3.24 van het tussenarrest. Het hof is uitgegaan van de criteria die op grond van rechtspraak van het EHRM over art. 6 EVRM gelden ten aanzien van de totstandkoming en motivering van rechterlijke beslissingen. Het hof heeft in rov. 3.23 vooropgesteld dat de onder ii genoemde erkenningsvoorwaarde betrekking heeft op de wijze waarop de buitenlandse beslissing tot stand is gekomen, en dat de daaraan te stellen eisen *ten minste* samenvallen met de criteria voor een 'fair trial' als bedoeld in art. 6 EVRM. Vervolgens heeft het hof in rov. 3.24 overwogen dat uit vaste rechtspraak van het EHRM volgt dat sprake kan zijn van strijd met beginselen van een behoorlijke rechtspleging (het recht op een *fair trial*, als vastgelegd in art. 6 EVRM), indien een rechterlijke beslissing *willekeurig* of *manifest onredelijk* is.⁵⁷ Het hof heeft tevens rechtspraak van het EHRM geciteerd waaruit onder meer volgt dat een gerecht op grond van art. 6 EVRM de verplichting heeft om behoorlijk onderzoek te doen naar de

56 Zie de conclusie van antwoord tevens houdende exceptie van onbevoegdheid tevens houdende eis in conventie van Enel c.s. onder nrs. 109-111, onder verwijzing naar de als productie 58 overgelegde conclusie van 18 maart 2009 (p. 23-24).

57 Het hof verwijst in dit verband naar EHRM 31 juli 2014, nr. 1774/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0731JUD000177411 (*Nemtsov t. Rusland*), par. 88 en EHRM 5 februari 2015, nr. 22251/08, ECLI:CE:ECHR:2015:0205JUD002225108 (*Bochan/Oekraïne*), par. 62.

standpunten van partijen⁵⁸ en de essentiële kwesties die aan zijn beoordeling zijn voorgelegd moet adresseren.⁵⁹ De door het hof tot uitgangspunt genomen (uitleg van de) rechtspraak van het EHRM is niet bestreden.

4.17. Gegeven de door het hof aangenomen strijd met art. 6 EVRM – die in cassatie op zichzelf niet wordt bestreden – was er geen aanleiding voor het hof om nader te onderzoeken of het vonnis van de Rechtbank Tirana ook ‘manifest onredelijk’ was geweest als die rechtbank wél het kostenverweer van Enel c.s. zou hebben onderzocht en daarop zou hebben gerespondeerd.

4.18. *Subonderdeel 1.3 onder b* betoogt dat het oordeel van het hof getuigt van een onjuiste rechtsopvatting van het begrip ‘openbare orde’. Het onderdeel stelt dat van schending van de openbare orde eerst sprake is, indien de gevolgen van de erkenning in strijd zijn met de Nederlandse openbare orde, en dat daarvan geen sprake is bij erkenning van een (beweerdelijk qua omvang ontoereikend gemotiveerde) veroordeling tot betaling van schadevergoeding (althans niet op de daartoe door het hof voldoende geachte gronden).

4.19. De klacht faalt, omdat het uitgangspunt waarop de klacht berust niet juist is. Anders dan daarin wordt betoogd, is niet alleen sprake van strijd met de Nederlandse openbare orde als de gevolgen van de erkenning van een buitenlandse rechterlijke beslissing daarmee strijdig is. Ook de wijze van totstandkoming van een buitenlandse rechterlijke beslissing kan strijd met Nederlandse openbare orde opleveren (zie onder 3.21).

4.20. *Subonderdeel 1.3 onder c* klaagt dat het oordeel van het hof onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd in het licht van het niet (kenbaar) bij de beoordeling betrokken betoog van ABA dat het EHRM op basis van de daartoe aangevoerde en mede op schending van art. 6 EVRM gebaseerde klachten van Enel c.s. tot het oordeel is gekomen dat manifest geen sprake is van schending van art. 6 EVRM. Het oordeel is daarnaast onjuist indien het hof ervan is uitgegaan is dat het EHRM met

zijn aan de niet-ontvankelijkverklaring van Enel c.s. ten grondslag liggende oordeel dat evident geen sprake is geweest van een schending van art. 6 EVRM een andere of lichtere toets heeft aangelegd dan het hof bij zijn toetsing van de Albanese rechtsgang behoorde aan te leggen.

4.21. Deze klachten falen, omdat – zoals hierna bij de bespreking van onderdeel 2 nader wordt toegelicht – het hof feitelijk en niet onbegrijpelijk heeft geoordeeld dat *niet* kan worden vastgesteld dat het EHRM Enel c.s. niet-ontvankelijk heeft verklaard vanwege kennelijke ongegrondheid van de door hen aangevoerde klachten als bedoeld in art. 35 lid 3 onder a EVRM.

4.22. Hiermee falen alle klachten van onderdeel 1.

4.23. Onderdeel 2 bestaat uit drie subonderdelen.

4.24. *Onderdeel 2.1* klaagt dat het hof heeft miskend dat de beslissing van het EHRM, volgens zowel de (door het hof met een ontoereikende motivering verworpen) uitleg van ABA als de uitleg van Enel c.s., in de weg staat aan zijn oordeel dat het Albanese vonnis niet op de voet van art. 431 Rv kan worden miskend. Deze klachten worden nader uitgewerkt in de onderdelen 2.2 en 2.3.

4.25. *Onderdeel 2.2* dat uiteenvalt in drie subonderdelen (onder a t/m c), is gericht tegen rov. 3.8 van het tussenarrest en de daarop voortbouwende oordelen (in het bijzonder rov. 3.20 van het tussenarrest).

4.26. In rov. 3.8 heeft het hof geoordeeld dat de grief van Enel c.s. slaagt voor zover de rechtbank (in rov. 2.6 van het eindvonnis) heeft vastgesteld dat het EHRM de klachten van Enel c.s. kennelijk ongegrond heeft verklaard. Het hof overweegt dat het EHRM, vertegenwoordigd door Judge P. Mahony, Enel c.s. bij beslissing van 15 mei 2014 niet-ontvankelijk heeft verklaard in hun verzoeken omdat niet was voldaan aan de eisen van de artikelen 34 en 35 EVRM. In rov. 3.20 heeft het hof overwogen dat hieruit 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 drempelcriteria van de artikelen 34 en 35 EVRM voldoen. Dat is volgens het hof een andere toets dan de toets in het kader van de beoordeling of de buitenlandse beslissing in Nederland kan worden erkend. Om die reden heeft het hof geoordeeld dat de stelling van ABA dat uit de omstandigheid dat de klachten van Enel c.s. bij het EHRM zijn

58 Het hof verwijst in dit verband naar EHRM 15 november 2007, nr. 72118/01, ECLI:CE:ECHR:2007:1115JUD007211801 (*Khamidov/Rusland*), par. 173.

59 Het hof verwijst in dit verband naar EHRM 25 september 2012, nr. 59102/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0925JUD005910208 (*Vojtěchova t. Slovakia*), par. 35.

afgevoerd reeds volgt dat van strijd met openbare orde geen sprake kan zijn, geen hout snijdt.

4.27. *Subonderdeel 2.2 onder a* klaagt dat de grondbevinding van de grief van Enel c.s. in rov. 3.8 onjuist dan wel onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd in het licht van het onderbouwde betoog van ABA dat het EHRM, gelet op de destijds gebruikelijke wijze van motivering van niet-ontvankelijkheidsbeslissingen, de klachten van Enel c.s. niet-ontvankelijk heeft verklaard omdat deze kennelijk ongegrond waren (art. 35 lid 3 onder a EVRM). Het hof heeft dit betoog niet (kenbaar) bij zijn oordeel betrokken. Het subonderdeel stelt verder dat het oordeel van het hof onjuist is, indien het ervan uit is gegaan dat het hiervoor genoemde betoog van ABA niet relevant is voor de beoordeling van de reden waarom het EHRM de klachten van Enel c.s. niet-ontvankelijk heeft verklaard.

4.28. *Subonderdeel 2.2 onder b* bouwt hierop voort. Volgens het subonderdeel ontnemt grondbevinding van de vorige klacht ook de basis aan het oordeel van het hof dat de Albanese rechtsgang niet voldoet aan (de eisen van art. 6 van het) EVRM. Volgens het subonderdeel heeft Enel c.s. bij het EHRM uitgebreide klachten ingediend die zijn gewijd aan alle denkbare (vermeende) schendingen van art. 6 EVRM, waaronder over de wijze van schadeberekening. Nu het EHRM heeft geoordeeld dat deze klachten vanwege de kennelijke ongegrondheid daarvan niet-ontvankelijk zijn, betekent dat volgens het EHRM evident (kennelijk) geen sprake is van een schending van art. 6 EVRM in de Albanese rechtsgang. Het andersluidende oordeel van het hof is in het licht van het oordeel van het EHRM onjuist dan wel onvoldoende gemotiveerd, aldus het subonderdeel.

4.29. De klachten van subonderdeel 2.2 onder a hebben betrekking op de uitleg die het hof heeft gegeven aan de beslissing van het EHRM naar aanleiding van de door Enel c.s. ingediende klacht over de Albanese procedure, zoals vervat in de brief van het EHRM aan Enel c.s. van 22 mei 2014 (de relevante passage uit deze brief is opgenomen in rov. 2.17 van het tussenarrest, zie in deze conclusie onder 1.27). Zoals blijkt uit rov. 3.8 en 3.20 van het tussenarrest, heeft het hof de in de brief weergegeven beslissing zo uitgelegd dat het EHRM Enel c.s. niet-ontvankelijk heeft verklaard omdat niet is voldaan aan de eisen van art. 34 en 35 EVRM.

4.30. In deze uitleg ligt besloten dat het hof van oordeel is dat niet kan worden vastgesteld op grond van welke van de in art. 34 en 35 genoemde criteria Enel c.s. niet-ontvankelijk zijn verklaard door het EHRM (zie over die eisen hiervoor onder 3.32-3.33). Verder volgt uit de gegrondbevinding van grief 1 (rov. 3.8) dat naar het oordeel van het hof *niet* kan worden vastgesteld dat het EHRM – zoals door ABA was gesteld onder verwijzing naar opinies van twee voormalig raadsheeren van het EHRM⁶⁰ – de klachten van Enel c.s. niet-ontvankelijk heeft verklaard omdat deze kennelijk ongegrond waren als bedoeld in art. 35 lid 3 onder a EVRM. In rov. 3.20 voegt het hof daaraan toe dat de klachten van Enel c.s. niet op inhoudelijke gronden zijn afgewezen (waarmee het hof kennelijk doelt op afwijzing wegens kennelijke ongegrondheid), maar op grond van het oordeel van de rechter-poortwachter dat de klachten niet aan de drempel-criteria voor ontvankelijkheid van art. 34 en 35 EVRM voldoen. Daarbij heeft het hof in het midden gelaten op welke van de in art. 34 en art. 35 EVRM genoemde ontvankelijkheidseisen het beroep van Enel c.s. dan wel niet-ontvankelijk is verklaard. De juistheid van het betoog van Enel c.s. (dat eveneens met opinies van voormalig EHRM-rechters was onderbouwd),⁶¹ dat zij niet-ontvankelijk zijn verklaard omdat niet eerst alle beschikbare rechtsmiddelen in Albanië zijn uitgeput (art. 35 lid 1 EVRM), is daarmee eveneens in het midden gelaten.

4.31. De uitleg van de in de brief van 22 mei 2014 neergelegde beslissing van het EHRM is een feitelijk oordeel, dat is voorbehouden aan het hof als feitenrechter en dat in cassatie slechts op begrijpelijkheid kan worden getoetst. Het oordeel dat niet kan worden vastgesteld waarom Enel c.s. niet-ont-

60 Zie o.a. de conclusie van dupliek zijdens ABA onder nr. 142-148 met verwijzing naar overgelegde opinies van voormalig president van het EHRM Jean-Paul Costa (producties 49 en 99) en voormalig EHRM-rechter Kristaq Traja (producties 4, 53 en 101); de memorie van grieven zijdens ABA onder nr. 1 en 5; de memorie van antwoord zijdens ABA onder nr. 16, 27, 78-80, 109, 222, 681 (iii) en 707 (i).

61 Zie de memorie van grieven zijdens Enel c.s. onder nr. 140, onder verwijzing naar als producties 97 en 98 overgelegde expert opinies van Christos Rozakis (voormalig rechter en vicepresident van het EHRM) en Benedetto Conforti (voormalig rechter EHRM).

vankelijk zijn verklaard is, in het licht van de onder punt 1.27 opgenomen passage uit de brief van 22 mei 2014 en het hiervoor samengevatte partijdebat, niet onbegrijpelijk en kan de grondverklaring van grief 1 in rov. 3.8 dragen. Voor de grondverklaring van grief 1 was immers afdoende dat niet is komen vast te staan dat het EHRM de klacht niet-ontvankelijk heeft verklaard vanwege de kennelijke ongegrondheid daarvan. Anders dan door ABA in cassatie wordt aangevoerd, heeft het hof niet geoordeeld dat het betoog van ABA niet relevant is voor de beoordeling van de reden van de niet-ontvankelijkverklaring door het EHRM. Hierop stuiten de klachten van subonderdeel 2.2(a) en de daarop voortbouwende klacht van subonderdeel 2.2(b) af.

4.32. Bij subonderdeel 2.2 onder c wordt geklaagd dat het hof in rov. 3.20 ten onrechte heeft aangenomen dat de toetsing van de ontvankelijkheid met betrekking tot de kennelijke ongegrondheid, geen inhoudelijke toetsing betreft.

4.33. Ook deze klacht kan niet slagen, nu zij eveneens berust op de aanname dat Enel c.s. door het EHRM niet-ontvankelijk zijn verklaard vanwege de kennelijke ongegrondheid van de door hen aangevoerde klachten. Zoals gezegd, heeft het hof slechts vastgesteld dat Enel c.s. niet-ontvankelijk zijn omdat de klachten niet voldeden aan de drempel-criteria voor ontvankelijkheid van artt. 34 en 35 EVRM, en dat geen sprake is van niet-ontvankelijkheid wegens kennelijke ongegrondheid van de klachten.

4.34. Maar zelfs als in cassatie (bij wijze van hypothetisch feitelijke grondslag) zou moeten worden aangenomen dat Enel c.s. in de beslissing van 22 mei 2014 in de klachtprocedure tegen Albanië op inhoudelijke gronden niet-ontvankelijk zijn verklaard, dan nog is er m.i. geen rechtsregel die eraan in de weg staat dat de Nederlandse rechter tot het oordeel komt dat art. 6 EVRM is geschon- den.⁶² Dat betekent dat ook dan de klachten uit onderdeel 2 niet tot cassatie kunnen leiden.

4.35. Het voorgaande brengt mee dat onderdeel 2.2 in zijn geheel faalt.

4.36. Onderdeel 2.3 is gericht tegen rov. 3.37-3.40 van het tussenarrest. In deze overwegingen heeft

het hof in de eerste plaats geoordeeld (kort samengevat) dat de mede uit het *LBIO*-arrest voortvloeiende uitputtingsregel niet is overtreden omdat Enel c.s. redelijkerwijs konden menen dat van het buitengewone rechtsmiddel van beroep bij het Constitutionele Hof van Albanië geen *effective remedy* te verwachten viel in dit geval. In de tweede plaats heeft het hof geoordeeld dat rekening gehouden dient te worden met de aard en het gewicht van de geconstateerde schending van de openbare orde en dat dit betekent dat, voor zover van dit buitengewone rechtsmiddel toch nog enig effect viel te verwachten, het enkele onbenut laten daarvan in de gegeven omstandigheden niet ertoe kan leiden dat aan het vonnis jegens Enel c.s. in Nederland gezag zou kunnen worden toegekend.

4.37. Het onderdeel, dat uiteenvalt in vier subonderdelen (onder a t/m d), klaagt dat dit oordeel onjuist is, althans onvoldoende toereikend is gemotiveerd. ABA betoogt in de eerste plaats dat het oordeel van het hof dat Enel c.s. in redelijkheid kon menen dat geen effect of *effective remedy* te verwachten viel van een klacht bij het Albanese Constitutionele Hof, onbegrijpelijk is (onderdeel 2.3 onder a). Dat is temeer het geval nu Enel c.s. (blijkens haar eigen klacht bij het EHRM en haar eigen uitleg van haar niet-ontvankelijkverklaring door het EHRM) heeft erkend dat zij voor de door het hof geconstateerde schending van art. 6 EVRM bij het Constitutionele Hof terecht kon (onderdeel 2.3 onder c). Daarnaast stelt ABA dat het oordeel uit gaat van een onjuiste rechtsopvatting, voor zover het hof het beroep op de uitputtingsregel heeft verworpen omdat het Constitutionele Hof de zaak niet zelf had kunnen afdoen, maar had moeten terugverwijzen naar lagere instanties (onderdeel 2.3 onder b). Ten slotte klaagt ABA dat het oordeel van het hof, voor zover het heeft geoordeeld dat het onbenut laten van het rechtsmiddel van beroep bij het Constitutionele Hof niet aan Enel c.s. kan worden tegengeworpen vanwege de aard en het gewicht van de schending van de openbare orde, blijk geeft van een onjuiste opvatting over de uitputtingsregel, dan wel ontoereikend gemotiveerd is (onderdeel 2.3 onder d).

4.38. In rov. 3.40 heeft het hof geoordeeld dat het niet-instellen van beroep bij het Constitutionele Hof, ook als daarvan toch enig effect te verwachten viel, in de gegeven omstandigheden er niet toe kan leiden dat aan het vonnis in Nederland jegens Enel c.s. gezag kan worden toegekend. Aan de tegen dat oordeel gerichte rechtsklacht van onder-

62 Vgl. aant. C1.1 en C1.6 van het Sdu commentaar op art. 46 EVRM en het ontbreken van (de facto) erga omnes-werking, als geen sprake is van 'res interpretata'.

deel 2.3 onder d ligt de veronderstelling ten grondslag dat het commune internationaal privaatrecht de algemene regel kent dat alle beschikbare rechtsmiddelen in het land van herkomst van de rechterlijke beslissing waarvan effect valt te verwachten moeten worden aangewend, en dat het onbenut laten daarvan eraan in de weg staat dat erkenning van de beslissing wordt geweigerd op grond van schending van de openbare orde.

4.39. Zoals hiervoor uiteengezet (zie onder 3.22-3.31), is deze veronderstelling onjuist. Uit het *Yukos Oil*-arrest blijkt dat de rechter in de erkenningsprocedure van art. 431 lid 2 Rv betekenis *kan* toekennen aan de omstandigheid dat beschikbare rechtsmiddelen in het land van herkomst van de beslissing niet zijn uitgeput en dat die omstandigheid in de weg *kan* staan aan het oordeel dat sprake is van schending van de (procedurele en materiele) openbare orde. Dit brengt mee dat de rechter de discretionaire bevoegdheid heeft om, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, niet een dergelijk gevolg te verbinden aan het onbenut laten van beschikbare rechtsmiddelen in het land van herkomst. De klacht slaagt dan ook niet.

4.40. De motiveringsklacht van subonderdeel 2.3 onder d miskent dat het hof niet tot dit oordeel is gekomen op basis van enkel de aard en het gewicht van de door het hof aangenomen schending van de openbare orde. Uit de motivering van het hof blijkt dat het hof de omstandigheden van het geval bij zijn oordeel heeft betrokken, in het bijzonder de omstandigheid dat de procedure bij het Constitutionele Hof van Albanië een buitengewoon rechtsmiddel betreft en Enel c.s. alle gewone rechtsmiddelen in Albanië heeft benut, evenals het buitengewone rechtsmiddel van herziening. Ook heeft het hof bij zijn oordeel betrokken dat Enel c.s. bij het Constitutionele Hof slechts ruimte had geboden voor een toets of de rechten op een *fair hearing* zijn geschonden, terwijl het niet kenbaar kunnen maken van haar standpunt niet het probleem was. Onder die omstandigheden, zo is het hof klaarblijkelijk van oordeel, kan het (enkele) onbenut laten van de rechtsgang bij het Constitutionele Hof niet worden tegengeworpen aan Enel c.s. Het hof houdt daarbij dan tevens nog rekening met de aard en het gewicht van de geconstateerde schending. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.

4.41. Nu de klachten van subonderdeel 2.3 onder d falen en het door dit subonderdeel bestreden

oordeel in cassatie standhoudt, behoeven de klachten die zijn gericht tegen het oordeel dat Enel c.s. redelijkerwijs kon menen dat geen effect te verwachten viel van de procedure bij het Constitutionele Hof, geen behandeling meer.

4.42. Als gevolg van het falen van de onderdelen 2.2 en 2.3 faalt ook de (inleidende) klacht van onderdeel 2.1.

4.43. *Onderdeel 3* keert zich met verschillende klachten tegen de inhoudelijke herbeoordeling van het geschil in het eindarrest.

4.44. De *subonderdelen 3.1 t/m 3.3* zijn gericht tegen rov. 2.14 en 2.15 van het eindarrest. Het hof heeft in rov. 2.14 vooropgesteld dat bij de inhoudelijke herbeoordeling alle door ABA ter onderbouwing van haar vordering gestelde feiten en rechten en de daartegen door Enel c.s. (en haar dochters) gevoerde verweren opnieuw dienen te worden beoordeeld. Volgens het hof volgt uit de aard van de procedure op grond van art. 431 lid 2 Rv dat dit artikel geen bevoegdheid creëert en dus geen ruimte bestaat voor een beoordeling van nieuwe vorderingen en nieuwe feiten die niet reeds in de Albanese procedure zijn gesteld. Het geschil zoals dat thans voorligt wordt, behalve door de vorderingen en hetgeen daar feitelijk en rechtens aan ten grondslag is gelegd, ook begrensd door hetgeen daarover aan beide zijden is aangevoerd in de Albanese procedure, met dien verstande dat ruimte bestaat om deze stellingen nader uit te werken en toe te lichten. In rov. 2.15 heeft het hof geoordeeld dat het standpunt van ABA, dat het hof zich dient te beperken tot de schadebegroting en zich voor het overige moet richten naar het oordeel van de Albanese rechter, onjuist is. Weliswaar staat de wijze waarop de schade is begroot in de weg aan erkenning, maar aan de omstandigheid dat dit aspect beslissend is geweest voor het weigeren van het pseudo-exequatur komt volgens het hof niet het door ABA gestelde gevolg toe. Nu eenmaal is beslist dat de Albanese beslissingen tot stand zijn gekomen in een gerechtelijke procedure die niet voldoet aan de eisen van een met behoorlijke waarborgen omklede rechtspleging en dat deze als strijdig met de Nederlandse openbare orde niet erkend kunnen worden, treft dat de gehele beoordeling van de vordering door de Albanese rechter en zullen alle aspecten van de vordering, binnen de onder rov. 2.14 bedoelde grenzen, opnieuw worden beoordeeld, aldus het hof.

4.45. *Subonderdeel 3.1* houdt in dat het oordeel van het hof in rov. 2.14 dat het bij de inhoudelijke herbeoordeling van het geschil alle door ABA gestelde feiten en rechten, alsmede alle daartegen door Enel c.s. gevoerde verweren opnieuw moet beoordelen, getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, voor zover aan dat oordeel ten grondslag ligt dat aan de Albanese uitspraken geen enkel gezag toekomt. Het hof heeft miskend dat de herbeoordeling beperkt is tot het specifieke onderdeel van de buitenlandse uitspraak dat niet voldoet aan de erkenningscriteria en dat voor het overige (voor zover het niet te erkennen deel niet in onverbrekkelijk verband staat met het te erkennen deel) wel grond is voor erkenning van de buitenlandse uitspraak, althans dat moet worden onderzocht in hoeverre aan de buitenlandse uitspraak voor het overige gezag dient te worden toegekend. Het hof heeft zijn oordeel althans onvoldoende gemotiveerd omdat het niet (kenbaar) is ingegaan op de vraag in hoeverre delen van de Albanese uitspraken wel voor erkenning in aanmerking komen of in hoeverre daaraan nog wel gezag toekomt.

4.46. Deze klachten falen, omdat zij miskennen dat het aan de rechter is overgelaten om in het kader van de inhoudelijke herbeoordeling van het geschil op de voet van art. 431 lid 2 Rv te bepalen of en in hoeverre bewijskracht toekomt aan de buitenlandse rechterlijke beslissing. De rechter heeft daarbij een ruime beoordelingsvrijheid. Het buitenlandse vonnis heeft immers vrije bewijskracht (zie onder 3.9-3.10).

4.47. *Subonderdeel 3.2* klaagt dat onjuist is het in rov. 2.14 vervatte oordeel dat de reikwijdte van de herbeoordeling op grond van art. 431 lid 2 Rv is begrensd door hetgeen door beide partijen is aangevoerd in de Albanese procedure. Het subonderdeel betoogt (*onder a*) dat bij een daadwerkelijke herbeoordeling door de Nederlandse rechter ruimte moet bestaan voor de inbreng van nieuwe feiten, vorderingen en verweren.

4.48. Zoals hiervoor is besproken, moet bij een herbeoordeling van het geschil op de voet van art. 431 lid 2 Rv de hele procedure opnieuw worden gevoerd ten overstaan van de Nederlandse rechter (zie onder 3.11-3.12). 's Hof's oordeel dat bij de herbeoordeling van het geschil geen ruimte meer is voor nieuwe vorderingen en nieuwe feiten die niet reeds in de Albanese procedure is gesteld (afgezien van de mogelijkheid om deze stellingen nader uit te werken en toe te lichten), is dan ook

niet juist. Die ruimte is er wel, omdat sprake is van een nieuwe beoordeling van het geschil.

4.49. Hoewel de klacht van subonderdeel 3.2 onder a daarmee terecht is voorgesteld, kan deze niet tot cassatie leiden. Het hof heeft ABA namelijk in de gelegenheid gesteld om zich na het tussenarrest uit te laten over de inhoudelijke herbeoordeling van de zaak (zie rov. 3.46 van het tussenarrest). Van die gelegenheid heeft ABA ook gebruik gemaakt: zij heeft een memorie van 100 pagina's genomen, met een groot aantal producties, waarin alle aspecten van het geschil de revue zijn gepasseerd. ABA licht in cassatie niet toe welke stellingen het hof ten onrechte niet bij de herbeoordeling van het geschil zou hebben betrokken.

4.50. Voorts wordt bij *subonderdeel 3.2 onder b* gesteld dat het hof heeft miskend dat zijn (in de rov. 2.7-2.7.4) op de artikelen 2 en 6 Brussel I bis-Verordening gebaseerde bevoegdheid in verband met de artikelen 23 en 24 Rv meebrengt dat geoordeeld dient te worden over al hetgeen ABA in deze procedure heeft gevorderd en dat daarbij al hetgeen ABA daaraan in deze procedure ten grondslag heeft gelegd moet worden betrokken.

4.51. Ook deze klacht kan niet slagen. Blijkens rov. 3.14 van het tussenarrest en rov. 2.10 van het eindarrest heeft het hof geoordeeld dat art. 431 lid 2 Rv in beginsel ook rechtsmacht schept om kennis te nemen van de vorderingen die strekken tot een inhoudelijke herbeoordeling van het geschil (dit niet onomstreden⁶³ oordeel is in cassatie niet bestreden). Het hof heeft zich op die grond bevoegd geacht om kennis te nemen van de vorderingen 1 en 2. Die bevoegdheid was dus niet gebaseerd op art. 2 en art. 6 Brussel I-bis.

4.52. Volgens *subonderdeel 3.3* vitiëren de subonderdelen 3.1 en 3.2 ook rov. 2.15. Verder klaagt het subonderdeel dat het hof in rov. 2.15 heeft miskend dat aan een buitenlandse uitspraak, ook voor zover die niet in haar geheel kan worden erkend, toch bewijswaarde kan toekomen, en dat die bewijswaarde van oordeel tot oordeel moet

63 In de literatuur bestaat discussie over de vraag of art. 431 lid 2 Rv direct rechtsmacht schept voor de nieuwe inhoudelijke beoordeling en afdoening van het geschil. Zie over die discussie nader M.H. ten Wolde, J.G. Knot & K.C. Henckel, *Tenuitvoerlegging van buitenlandse civielrechtelijke vonnissen in Nederland buiten verdrag en verordening (art. 431 Rv)*. WODC-rapport projectnummer 2731, 30 november 2017, p. 30-31.

worden beoordeeld. Het subonderdeel klaagt voorts dat het oordeel van het hof onvoldoende is gemotiveerd omdat het hof niet (kenbaar) is ingegaan op de door ABA ingeroepen bewijskracht van de niet door niet door artikel 6 EVRM neergelegde beginselen gevestigde onderdelen van de Albanese uitspraken.

4.53. De klachten van dit onderdeel falen eveneens. De rechter is vrij om in de inhoudelijke herbeoordeling op de voet van art. 431 lid 2 Rv al dan niet bewijskracht toe te kennen aan de buitenlandse beslissing.

4.54. Bij *subonderdeel 3.4* wordt geklaagd dat het hof niet de beslissing (of het ontbreken van een motivering ervan) van de Albanese rechters over het kostenverweer van Enel c.s. heeft herbeoordeeld. Het hof heeft een geheel andere beslissing herbeoordeeld, namelijk het oordeel van de Albanese rechters dat Enel c.s. onrechtmatig jegens ABA heeft gehandeld. Deze beoordeling (swijze) van het hof is onjuist, omdat (a) het hof slechts op het punt van het kostenverweer van Enel c.s. het Albanese vonnis moest herbeoordelen. Het door de Albanese rechters niet onderzoeken en niet in de motivering responderen op het verweer van Enel c.s., was immers de enige reden voor het hof om het Albanese vonnis niet te erkennen. Bovendien (b) heeft het hof de vorderingen van ABA ten onrechte afgewezen, nu in cassatie moet worden uitgegaan van het – niet gemotiveerd verworpen – betoog van ABA, dat het in het Albanese vonnis toegewezen bedrag overeenstemt met haar gederfde winst over de gehele concessieperiode, zodat het toegewezen bedrag dus niet te hoog is.

4.55. Zoals gezegd diende het hof het gehele geschil opnieuw te beoordelen (zie onder 3.11). De veronderstelling van klacht (a) dat het hof slechts op het punt van het kostenverweer het Albanese vonnis moest herbeoordelen, is daarmee dus niet juist. Klacht (a) faalt daarom. Klacht (b) bouwt voort op de onjuiste aanname van klacht (a) en faalt daarmee eveneens.

4.56. *Subonderdeel 3.5* richt een motiveringsklacht tegen de in rov. 2.24.5 (tweede volzin), 2.24.2 (laatste twee volzinnen) en 2.24.4 (tweede en vierde volzin) vervatte uitleg van de tussen BEG en Enelpower gesloten samenwerkingsovereenkomst van 2 februari 2000. Uit deze rechtsoverwegingen volgt dat het hof van oordeel is dat Enelpower op basis van de bepalingen van de samenwerkingsovereenkomst de vrijheid had om zich om elke haar moverende reden terug te trekken en dat niet

ter zake doet of die reden in de visie van BEG ondeugdelijk was. Nu het hof de stellingen van ABA dat Enelpower *oneigenlijke* bezwaren opwierp niet heeft verworpen, moet volgens het subonderdeel van de juistheid van die stelling worden uitgegaan, op zijn minst veronderstellenderwijs. Geklaagd wordt dat het oordeel van het hof dat Enelpower zich om elke haar moverende reden terug mocht trekken uit de samenwerking niet begrijpelijk is in het licht van de volgende stellingen van ABA, die het hof niet (kenbaar) bij de beoordeling zou hebben betrokken:

(a) de stelling dat Enelpower de samenwerkingsovereenkomst, in elk geval naar het op de rechtsverhouding tussen ABA en Enelpower toepasselijke Albanese recht, te goeder trouw diende uit voeren en dat daarmee niet te verenigen is dat Enelpower zich louter vanwege oneigenlijke bezwaren mocht terugtrekken;

(b) dat dit temeer geldt nu de beoogde participatie door Enelpower al in een vergevorderd stadium verkeerde.

4.57. De klacht faalt, omdat uit de in de procesinleiding genoemde vindplaatsen in de gedingstukken niet blijkt dat ABA zich in feitelijke instanties erop heeft beroepen dat Enelpower, door zich in een vergevorderd stadium van de beoogde participatie op oneigenlijke gronden terug te trekken, in strijd heeft gehandeld met de op grond van het Albanese recht vereiste goede trouw bij de uitvoering van de met BEG gesloten samenwerkingsovereenkomst. In nr. 5.1.2 van de pleitnota van ABA van 8 april 2019, waarnaar in voetnoot 55 van de procesinleiding is verwezen, is uiteengezet dat partijen op grond van Albanese recht gehouden zijn om zich in de *precontractuele fase* te goeder trouw te gedragen en wanneer in het algemeen in deze fase sprake kan zijn van onrechtmatig handelen en aansprakelijkheid. Uit de daarop volgende alinea's van de pleitnota blijkt dat dit juridische kader door ABA is geschetst ten behoeve van haar standpunt dat Enel zich in deze precontractuele fase ten opzichte van ABA niet te goeder trouw heeft gedragen. Dat is een andere stelling.

4.58. Overigens ligt in de overwegingen van het hof het oordeel besloten (rov. 2.24, 2.25.1-2.25.2 en 2.28.8) dat Enelpower *geen* oneigenlijke bezwaren heeft opgeworpen om zich terug te trekken uit de samenwerkingsovereenkomst met BEG. Ook hierop stuit de klacht af.

4.59. *Subonderdeel 3.6* klaagt dat het van drie Albanese instanties afwijkende oordeel van het hof in rov. 2.24-2.30 dat Enel c.s. naar Albanese recht niet onrechtmatig jegens ABA hebben gehandeld niet begrijpelijk is, omdat dit oordeel is gebaseerd op de *dissenting opinion* van slechts één Albanese rechter in eerste instantie (rechter Enkela Bajo) en het hof niet heeft gemotiveerd hoe het zijn van rechter Bajo overgenomen oordeel verenigt met de oordelen van de drie Albanese rechterlijke instanties en daarmee overeenstemmende (door ABA in het geding gebrachte) opinies. Het subonderdeel stelt dat het hof met name niet is ingegaan op de motivering van Bajo voor haar (niet-bindende) afwijking van de (wel-bindende) oordelen van alle andere rechters en de door ABA overgelegde opinies. In dat verband wordt aangevoerd dat Bajo haar *opinion* mede heeft gebaseerd op de feitelijke onjuiste (en door Enel c.s. niet verdedigde) veronderstelling dat BEG en Enelpower op 25 september 2000 een nieuwe overeenkomst zouden hebben gesloten, waarin dezelfde clausule over 'withdrawal' zou zijn opgenomen als in de samenwerkingsovereenkomst van 2 februari 2000.

4.60. Anders dan subonderdeel 3.6 tot uitgangspunt neemt, is het oordeel van het hof dat Enel c.s. niet onrechtmatig hebben gehandeld jegens ABA niet gebaseerd op de *dissenting opinion* van Bajo⁶⁴, maar op een eigen beoordeling van de tussen partijen bestaande rechtsverhoudingen naar Albanese recht. Op basis van deze eigen beoordeling heeft het hof in rov. 2.25.2 geoordeeld dat de in rov. 2.25.1 weergegeven analyse van Bajo met betrekking tot het beweerd onrechtmatige handelen of nalaten van Enelpower jegens ABA in haar *dissenting opinion* wordt onderschreven. Uit de genoemde rechtsoverwegingen blijkt niet dat het hof enige betekenis heeft toegekend aan de in de *dissenting opinion* genoemde 'agreement' van 25 september 2000 en de daarin opgenomen clausule over 'withdrawal'. De suggestie dat de *dissenting opinion* van rechter Bajo (vooral) zou zijn gebaseerd op de hiervoor bedoelde overeenkomst van 25 september 2000 is bovendien onjuist. Zoals ook blijkt uit het in rov. 2.25.1 opgenomen citaat, steunt de in die overweging weergegeven en

door het hof onderschreven opinie met name op een uitleg van (artikel 9 van) de tussen BEG en Enelpower gesloten samenwerkingsovereenkomst van 2 februari 2000.

4.61. Omdat het hof heeft geoordeeld dat de (door het Hof Tirana en Albanese Hoge Raad in stand gelaten) beslissing van de Rechtbank Tirana niet kan worden erkend, was het hof niet gebonden aan het oordeel van die rechtbank en was het hof ook niet gehouden om (nader) te motiveren waarom het daarvan afwijkt. Het hof hoefde evenmin te motiveren waarom het afwijkt van de door ABA overgelegde opinies. Uit rov. 2.25 en 2.28 blijkt dat het hof de door partijen overgelegde opinies heeft betrokken bij de vaststelling en uitleg van het toepasselijke Albanese recht. Het subonderdeel licht niet toe op welke specifieke bevindingen in de door ABA overgelegde opinies het hof nader had behoren in te gaan en waarom het oordeel bij gebreke daarvan onbegrijpelijk is.

4.62. Uit het voorgaande volgt dat subonderdeel 3.6 faalt.

4.63. *Subonderdeel 3.7* is gericht tegen de oordelen van het hof in rov. 2.26 en 2.28.1-2.28.5, voor zover het hof daarin ervan uitgaat dat de toezegging van Enel om de PPA en PTA te sluiten afhankelijk was van de participatie van Enelpower als aandeelhouder in het Project. Het subonderdeel klaagt dat deze oordelen berusten op een onbegrijpelijke uitleg van de stellingen van ABA. ABA heeft namelijk aangevoerd dat Enel reeds in februari 1996 – voordat zij liet weten ook als aandeelhouder te willen participeren – schriftelijk haar bereidheid heeft bevestigd om voorstellen te bekijken voor de afname van elektriciteit die stroken met de marktvoorwaarden. De financiering van de realisatie van de waterkrachtcentrale zou ook, zoals aanvankelijk de bedoeling was, zonder de participatie door Enelpower kunnen worden verkregen. Anders dan het hof in rov. 2.28.1-3 tot uitgangspunt heeft genomen, was niet slechts het handelen of nalaten van Enel ná de terugtrekking van Enelpower relevant, maar evenzeer haar handelen en nalaten vanaf februari 1996. Het hof heeft, als gevolg van de onbegrijpelijke uitleg van de stellingen van ABA, in strijd met art. 24 Rv niet beslist op basis van hetgeen ABA ter onderbouwing van haar vorderingen heeft aangevoerd en zijn oordeel onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd omdat het niet (kenbaar) gemotiveerd is ingegaan op deze stellingen, aldus (nog steeds) subonderdeel 3.7.

64 Zie productie 5 bij de conclusie van antwoord tevens houdende exceptie van onbevoegdheid tevens houdende eis in reconventie van Enel c.s.

4.64. De klachten slagen niet. Uit rov. 2.26 blijkt dat het hof heeft onderkend dat ABA zich erop heeft beroepen⁶⁵ dat de afname door Enel van de met het Project op te wekken elektriciteit, losstond van de beoogde participatie van Enelpower in het Project. Het hof overweegt in rov. 2.26 immers dat ABA heeft gesteld dat zij financiering door derden had kunnen aantrekken met door de PPA en PTA verkregen zekerheid, dat Enel de elektriciteit zou afnemen, dat de dam en de centrale ook zonder Enelpower gebouwd had kunnen worden en dat Enel – door desondanks niet over te gaan tot het sluiten van een PPA en PTA – (nog steeds: volgens de stellingen van ABA) onrechtmatig heeft gehandeld jegens ABA en ABA daarvoor schade heeft geleden. Verder blijkt uit rov. 2.28.4 dat het hof onder ogen heeft gezien dat ABA ten aanzien van haar stelling dat Enel het bij haar opgewekte gerechtvaardigde vertrouwen heeft geschonden, een beroep heeft gedaan op handelen en nalaten van Enel vanaf 1996. Het hof heeft dus geen onbegrijpelijke uitleg gegeven aan de door ABA aangevoerde stellingen.

4.65. In rov. 2.28.1-2.28.5 ligt besloten dat het hof bovengenoemde stellingen heeft verworpen. Het hof heeft daarin geoordeeld, kort samengevat, dat de uitlatingen en beslissingen van Enel in de periode vanaf 1996 tot en met de zomer van 2000 waarop ABA zich heeft beroepen, geen toereikende basis bieden voor gerechtvaardigd vertrouwen bij ABA dat ook ná de terugtrekking van Enelpower uit het Project, alsnog met Enel een PPA en PTA zou worden gesloten. Hierbij weegt het hof mee dat de bedoelde uitlatingen en beslissingen van Enel zijn gedaan in de situatie dat alle betrokkenen nog uitgingen van het scenario dat Enelpower een positieve investeringsbeslissing zou nemen en betrokken zou zijn bij de bouw van de centrale (rov. 2.28.1). In februari 2003 was de situatie echter wezenlijk gewijzigd ten opzichte van de oorspronkelijke situatie (rov. 2.28.3).

4.66. De verwerping van de stellingen van ABA is zeker niet onbegrijpelijk. Dat (Enel wist dat) ABA ook zonder betrokkenheid van Enelpower financiering had kunnen verkrijgen voor realisatie van de waterkrachtcentrale, betekent immers niet dat de uitlatingen van Enel tot en met de zomer van 2000 over de afname van de met het Project op te

wekken elektriciteit zouden losstaan van de beoogde deelname van Enelpower in het Project. Toen die deelname werd afgeblazen, was er geen reden voor Enel meer om deel te nemen aan het sluiten van een PPA/PTA.⁶⁶

4.67. Voor zover het subonderdeel terecht zou klagen dat het hof heeft miskend dat de bedoelde schriftelijke bevestiging van Enel in februari 1996 geen verband houdt met de beoogde participatie van Enelpower in het Project (omdat deze dateert uit de periode dat Enel nog niet haar interesse in participatie in het Project kenbaar had gemaakt), merk ik op dat ABA geen belang heeft bij deze klacht. Ook volgens het subonderdeel volgt uit deze schriftelijke bevestiging slechts dat Enel bereid was om *voorstellen te bekijken* voor de afname van elektriciteit. Het gaat dus niet om een toezegging waaruit ABA het gerechtvaardigd vertrouwen kon ontlelen dat Enel met haar een PPA en PTA zou sluiten.

4.68. *Subonderdeel 3.8* is gericht tegen rov. 2.28.8. Hierin heeft het hof overwogen dat, in verband met de vraag of ABA er in (2000 en) 2003 gerechtvaardigd op heeft mogen vertrouwen dat Enel een PPA en PTA zou sluiten, opmerking verdient dat niet in geschil is dat het oorspronkelijke plan voor het Project niet tijdig kon worden uitgevoerd en dat er technische problemen en problemen met de vergunningen waren. Hieruit volgt, volgens het hof, dat het uitvoeren van het oorspronkelijke plan en daarbij sluiten van een PPA en PTA hoe dan ook niet mogelijk was. Het subonderdeel stelt dat ABA een en ander wel degelijk gemotiveerd heeft betwist en dat het hof daarop niet kenbaar heeft gerepsondeerd.

4.69. ABA heeft geen belang bij de in subonderdeel 3.8 aangevoerde klacht, zodat een bespreking daarvan achterwege kan blijven. Het concluderende oordeel van het hof (in rov. 2.28 en 2.30) dat de argumenten van ABA ter onderbouwing van haar stelling dat zij er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat een PPA en PTA zou worden gesloten met Enel niet slagen, wordt reeds gedragen door rov. 2.28.1-2.28.7. Zoals hiervoor is besproken, zijn die overwegingen door de voorgaande subonderdelen tevergeefs bestreden. Dat betekent

65 Zie met name § 5.3 van de pleitnota van ABA van 8 april 2019.

66 Zie o.a. de skeleton van Enel c.s. onder nr. 8 en de pleitnota van Enel c.s. van 8 april 2019 onder nr. 100. Zie ook nr. 84 van de schriftelijke toelichting van Enel c.s. en nr. 28 van de dupliek.

dat de door subonderdeel 3.8 bestreden overweging een overweging ten overvloede is.

4.70. *Subonderdeel 3.9*, dat uiteenvalt in twee subklachten (onder a en b), richt zich tegen de verwerping door het hof van het bewijsaanbod van ABA in rov. 2.29. Het hof heeft in rov. 2.29 overwogen dat ABA niet voldoende heeft toegelicht en onderbouwd waarom zij in/na februari 2003 er toch op heeft vertrouwd en op mocht vertrouwen dat Enel de elektriciteit van de Kaliváč-centrale zou afnemen en een PTA zou sluiten en dat zij haar stellingen op dit punt voorts onvoldoende heeft geconcretiseerd om tot het bewijs toegelaten te worden.

4.71. De klacht die is opgenomen in subonderdeel 3.9 *onder a* bouwt voort op subonderdeel 3.7 en kan daarom reeds niet slagen.

4.72. Het subonderdeel klaagt *onder b* dat de verwerping van het bewijsaanbod ook overigens onjuist of ontoereikend is gemotiveerd. ABA heeft in feitelijke instanties de volgende stellingen aangevoerd die, indien bewezen, zouden kunnen leiden tot het oordeel dat Enel tijdens de bespreking van 13 februari 2003 bij ABA het gerechtvaardigde vertrouwen heeft gewekt dat zij de PPA en PTA (alsnog) zou sluiten:

- Enel had reeds een ‘pre-agreement’ voor de afname van elektriciteit opgesteld waaruit duidelijk de bedoeling volgt dat Enel zich zou verplichten elektriciteit en groencertificaten te kopen en af te nemen tegen marktprijzen;

- Enel-CEO [betrokkene 2] heeft tijdens de bespreking van 13 februari 2003 met [betrokkene 1] en Enelbestuurders [betrokkene 3] en [betrokkene 4] aan [betrokkene 4] opgedragen zo snel mogelijk ervoor te zorgen dat de PPA en PTA konden worden getekend;

- [betrokkene 1] en de personen rond hem zijn op ongeoorloofde wijze onder druk gezet door Enel c.s. (in samenwerking met de republiek Albanië).

4.73. Aangevoerd wordt dat zonder nadere motivering niet valt in te zien waarom deze stellingen, zoals het hof heeft overwogen in rov. 2.28.6, onvoldoende concreet en te vaag zijn en waarom ABA aan het besprokene niet het gerechtvaardigde vertrouwen kon ontlennen dat tussen haar en Enel de PPA en PTA tot stand zou komen.

4.74. Uit rov. 2.28.5–2.28.6 blijkt waarom het hof de stellingen ten aanzien van de bespreking in februari 2003 als onvoldoende concreet heeft aangemerkt. In rov. 2.28.5 heeft het hof vooropgesteld dat voor de totstandkoming van langjarige con-

tracten voor zeer veel elektriciteit (en dus zeer veel geld) nodig is – zoals [betrokkene 1] als ervaren zakenman en onderhandelaar namens ABA moet hebben beseft – dat partijen spreken en het eens dienen te worden over allerlei wezenlijke elementen (hoeveelheden, prijs, levering, betaling etc.) en dat het aangaan van een gesprek slechts het begin is van het onderhandelingstraject. Vervolgens heeft het hof in rov. 2.28.6 overwogen dat het tegen die achtergrond op de weg van ABA had gelegen om concreet te stellen wat daarover is besproken en waarom zij daaraan in redelijkheid de verwachting kon ontlennen dat partijen het over deze elementen eens zouden worden en zij er dus gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat tussen haar en Enel een PPA en PTA tot stand zou komen. Deze vooropstellingen van het hof zijn in cassatie niet bestreden.

4.75. Daarop voortbouwend heeft het hof geoordeeld dat ABA niet heeft gepreciseerd wat de te sluiten overeenkomsten zouden inhouden, wat er in dat verband door wie is toegezegd en waarom ABA erop mocht vertrouwen dat daadwerkelijk een PPA en PTA gesloten zou worden. Wat ABA naar voren heeft gebracht over de bespreking in februari 2003, is naar het oordeel van het hof, tegen de genoemde achtergrond, te vaag. Dit oordeel is voorbehouden aan het hof als feitenrechter en bovendien niet onbegrijpelijk in het licht van de door subonderdeel genoemde stellingen. Deze stellingen maken immers evenmin duidelijk welke concrete toezeggingen namens Enel zijn gedaan met betrekking tot de wezenlijke elementen van de te sluiten PPA en PTA.

4.76. Ten aanzien van de in subonderdeel 3.9 genoemde ‘pre-agreement’ merk ik op dat wordt bedoeld op het door ABA overgelegde document met de titel ‘contractual pre-engagement between Enel spa and Kaliváč project company’,⁶⁷ dat – zoals ABA in hoger beroep heeft gesteld⁶⁸ – op 7 juli 2000 door een medewerker van Enel is gestuurd aan de CEO van Enelpower. ABA heeft in hoger beroep aangevoerd dat uit dit document blijkt dat Enel de bedoeling had om zich te verplichten de energie en de groencertificaten te kopen en af te

67 Productie 271 zijdens ABA.

68 Zie de memorie na tussenarrest van ABA onder nr. 5.1.2 (r) en de pleitnota van ABA van 8 april 2019 onder nr. 5.3.4 (g).

nemen in Albanië⁶⁹ en dat zelfs al duidelijk was dat Enel Italiaanse marktprijzen zou gaan betalen voor de elektriciteit.⁷⁰ Dit document dateert echter uit de zomer van 2000, toen men er nog van uitging dat Enelpower aandeelhouder zou worden van de 'Kalivaç project company' (dit blijkt ook expliciet uit de preambule van het document). Hiervoor geldt dus evenzeer wat het hof in rov. 2.28.4 heeft geoordeeld, namelijk dat uitlatingen en beslissingen tot en met de zomer 2000 geen toereikende basis bieden voor vertrouwen aan de zijde van ABA in de wezenlijk gewijzigde situatie in februari 2003.

4.77. Uit het voorgaande volgt dat ook subonderdeel 3.9 faalt.

4.78. De voortbouwende klachten van onderdeel 4 slagen evenmin.

5. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Hoge Raad

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. het vonnis in de zaak C/13/573648 / HA ZA 14-962 van de rechtbank Amsterdam van 29 juni 2016;

b. de arresten in de zaken 200.196.175/01 en 200.201.407/01 van het gerechtshof Amsterdam van 11 april 2017, 17 oktober 2017, 17 juli 2018 en 3 december 2019.

(...; *red.*)

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten en omstandigheden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1.1-1.30. Deze komen, samengevat, op het volgende neer.

(i) In 1997 heeft de staat Albanië een concessie-overeenkomst goedgekeurd die strekte tot de bouw van een waterkrachtcentrale nabij Kalivaç in Albanië (hierna: het project). De Italiaanse vennootschap Becchetti Energy Group S.p.A.

(hierna: BEG) heeft, voordat zij de concessie verkreeg, aan Enel gevraagd of zij geïnteresseerd zou zijn om de elektriciteit te kopen die zou worden opgewekt met het project. Enel heeft laten weten daarin geïnteresseerd te zijn.

(ii) BEG en Enel c.s. zijn na 1997 gedurende enige jaren in gesprek gebleven over de afname van elektriciteit die de centrale zou gaan opwekken. Zij voorzagen, vanaf 1998, dat de op te wekken elektriciteit als groene stroom aan Italië zou worden geleverd en daar een hogere prijs zou opbrengen dan in Albanië.

(iii) Enelpower, een dochtervennootschap van Enel, heeft op 2 februari 2000 een samenwerkingsovereenkomst gesloten met BEG. Het beoogde doel van de samenwerking was de realisatie en exploitatie van het project.

(iv) De samenwerkingsovereenkomst voorzag in de oprichting van een zogenoemde 'special purpose company' (hierna: 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. In de samenwerkingsovereenkomst is onder meer bepaald:

"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."

(v) In april 2000 is ABA opgericht. ABA is een (voormalige) dochtervennootschap van BEG.

(vi) Vanaf mei 2000 zijn onenigheden tussen BEG en Enelpower ontstaan. Enelpower heeft laten weten dat zij technische problemen met het project voorzag. In het bijzonder bestond zorg over mogelijke overstroming van de plaats Memliaj, nabij het te vormen stuwmeer, en over de constructie van de dam. In augustus 2000 heeft Enelpower aangekondigd dat het project tot een einde zou moeten komen indien geen oplossing kon worden gevonden voor de verschillen van inzicht.

(vii) Partijen zijn niet tot overeenstemming gekomen.

69 Zie de memorie na tussenarrest van ABA onder nr. 5.1.2 (r).

70 Zie de pleitnota van ABA van 8 april 2019 onder nr. 5.3.4 (g).

(viii) Enelpower heeft zich in het najaar van 2000 uit het project teruggetrokken. BEG heeft Enelpower aansprakelijk gesteld voor de door haar dien-tengevolge geleden schade. Zij heeft overeenkomstig art. 11 van de samenwerkingsovereenkomst jegens Enelpower een arbitrageprocedure ahangig gemaakt bij het Hof van Arbitrage van de Kamer van Koophandel te Rome. Dit scheidsge-recht wees haar vorderingen af. Het Hof van Be-roep te Rome heeft de vordering van BEG tot vernietiging van de arbitrale uitspraak afgewezen. Het hiertegen door BEG ingestelde cassatieberoep is door het Hof van Cassatie te Rome verworpen.

(ix) De waterkrachtcentrale is niet gebouwd en er is geen elektriciteit geproduceerd of verkocht. Wel is een weg aangelegd en zijn andere voorbereiden-de werkzaamheden verricht.

(x) ABA heeft in mei 2004 bij de Albanese over-heidsrechter (de Rechtbank van het Gerechtelijk Arrondissement Tirana, hierna: de rechtbank te Tirana) een vordering tegen Enel c.s. ingesteld. ABA heeft gesteld dat zij de SPC als bedoeld in de samenwerkingsovereenkomst is. Zij heeft gevord-erd dat Enel c.s. zullen worden veroordeeld tot vergoeding van door ABA geleden buitencontrac-tuele schade als gevolg van onrechtmatige gedra-gingen van Enel c.s., welk onrechtmatig handelen dan wel nalaten erin bestaat, samengevat, dat Enel c.s. ten onrechte hun medewerking aan de tot-standkoming van het project zouden hebben onthouden.

(xi) Bij vonnis van 24 maart 2009 (hierna: het Al-banese vonnis) heeft de rechtbank te Tirana Enel c.s. volgens de overgelegde Nederlandse vertaling veroordeeld tot betaling aan ABA van de waarde van de buitencontractuele schade ten bedrage van € 25.188.500,-- alsmede 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 $V_n = (Q \times P_n) + (V \times P_{cn})$, als omschreven in het deskundigen-rapport.

(xii) Enel c.s. hebben tevergeefs hoger beroep en vervolgens beroep in cassatie ingesteld.

(xiii) Daarna hebben Enel c.s. bij de Hoge Raad van Albanië een herzieningsverzoek ingediend, welk verzoek op 17 juni 2011 is afgewezen.

(xiv) Enel c.s. hebben geen beroep ingesteld bij het Constitutioneel Hof van Albanië.

(xv) Bij verzoekschrift van 6 september 2011 heb-ben Enel c.s. bij het Europees Hof voor de Rech-ten van de Mens (EHRM) geklaagd over – kort

gezegd – de Albanese procedure. Het EHRM heeft Enel c.s. bij brief van 22 mei 2014 medege-deeld:

“(…) 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 ele-ments available, and within its expertise to under-stand the circumstances explained, the Court considered that the appeal did not satisfy the ad-missibility conditions provided in articles 34 and 35 of the Convention. (...)”

(xvi) 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.

2.2. In dit geding vordert ABA, voor zover in cas-satie van belang, hoofdelijke veroordeling van Enel c.s. tot vergoeding van (i) buitencontractuele schade van € 25.188.500,-- en (ii) buitencontrac-tuele 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,-- . ABA baseert haar vorderingen primair op de veroordelingen van Enel c.s. in het Albanese von-nis, subsidiair op een herbeoordeling ten gronde door de Nederlandse rechter (art. 431 lid 2 Rv).

2.3. De rechtbank⁷¹ heeft geoordeeld dat het Alba-nese vonnis ten aanzien van deze vorderingen op de voet van art. 431 lid 2 Rv in Nederland kan worden erkend, en heeft Enel c.s. hoofdelijk ver-oordeeld tot betaling aan ABA van een bedrag van € 433.091.870,--.

2.4.1. Bij tussenarrest van 17 juli 2018⁷² (hierna: het tussenarrest) heeft het hof geoordeeld dat het Albanese vonnis niet in Nederland kan worden erkend. Het oordeelde, samengevat, dat de wijze waarop de schade in het Albanese vonnis is be-groot in de weg staat aan erkenning van dat von-nis omdat sprake is van een manifeste fout en geen redelijk handelende rechtbank tot deze be-

71 Rechtbank Amsterdam 29 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5691.

72 Gerechtshof Amsterdam 17 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3008.

groting had kunnen komen. Volgens het hof is erkenning strijdig met de openbare orde, zowel wat het procedurele aspect als wat het materiële aspect betreft. Het hof heeft daartoe onder meer overwogen:

“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 (...) als wat het materiële aspect betreft (...).”

2.4.2. Over de omstandigheid dat het EHRM Enel c.s. niet-ontvankelijk heeft verklaard in hun verzoek (zie hiervoor in 2.1 onder (xv)), heeft het hof overwogen:

“3.8. (...) Enel c.s. en de dochtermaatschappijen [komen] 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. Mahoney, 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. (...) (...)

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.”

2.4.3. Over de vraag of de omstandigheid dat Enel c.s. zich in Albanië niet tot het Albanese constitutionele hof hebben gewend (zie hiervoor in 2.1

onder (xiv)), in de weg staat aan een beroep op de openbare-orde-exceptie, heeft het hof overwogen: “3.37. (...) Het is vaste jurisprudentie dat van de gene 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 [HR 5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9145, HR] 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 gezien 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 veel eerder dat daarop in drie instanties in het geheel niet was gerespondeerd 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.”

2.4.4. Bij eindarrest⁷³ heeft het hof het geding opnieuw behandeld op de voet van art. 431 lid 2 Rv. Het heeft geoordeeld dat Enel c.s. naar Albanese recht niet onrechtmatig hebben gehandeld jegens ABA en de vorderingen van ABA afgewezen.

2.4.5. Over de reikwijdte van de inhoudelijke herbeoordeling heeft het hof overwogen:

“2.14. Het hof stelt voorop dat bij de inhoudelijke herbeoordeling alle door ABA ter onderbouwing van haar vordering gestelde feiten en rechten en de daartegen door Enel c.s. (en de dochters) gevoerde verweren opnieuw, door dit hof, dienen te worden beoordeeld. Uit de aard van de procedure van art. 431 lid 2 Rv volgt echter dat dit artikel geen bevoegdheid creëert en dus geen ruimte be-

73 Gerechtshof Amsterdam 3 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4260.

staat voor een beoordeling van nieuwe vorderingen en nieuwe feiten die niet reeds in de Albanese procedure zijn gesteld. Het geschil zoals dat thans voorligt wordt dus, behalve door de vorderingen en hetgeen daar feitelijk en rechtens aan ten grondslag is gelegd, ook begrensd door hetgeen daarover aan beide zijden is aangevoerd in de Albanese procedure, met dien verstande dat ruimte bestaat om deze stellingen nader uit te werken en toe te lichten.

2.15. In geschil is of het hof zich daarbij over het geheel van de vorderingen en verweren moet uitspreken, dan wel of het, zoals ABA betoogt, zich dient te beperken tot de schadebegroting en zich voor het overige moet richten naar het oordeel van de Albanese rechter. Naar het oordeel van het hof is het standpunt van ABA onjuist. Weliswaar staat de wijze waarop de schade is begroot in de weg aan erkenning, omdat geen redelijk oordelend rechter tot deze begroting had kunnen komen, maar aan de omstandigheid dat dit aspect beslissend is geweest voor het weigeren van het pseudo-exequatur komt niet het door ABA gepropageerde gevolg toe. Nu eenmaal is beslist dat de Albanese beslissingen tot stand zijn gekomen in een gerechtelijke procedure die niet voldoet aan de eisen van een met behoorlijke waarborgen omklede rechtspleging en dat deze als strijdig met de Nederlandse openbare orde niet erkend kunnen worden, treft dat de gehele beoordeling van de vordering door de Albanese rechters en zal het hof alle aspecten van de vordering, binnen de onder rov. 2.14 bedoelde grenzen, opnieuw moeten beoordelen.”

3. Beoordeling van het middel

3.1. In deze zaak is in cassatie uitgangspunt dat het commune internationaal privaatrecht van toepassing is. Niet aan de orde is het Haags Erkenningsverdrag 1971, waarbij zowel Nederland als Albanië partij zijn.⁷⁴ Albanese beslissingen worden niet in Nederland overeenkomstig de bepalingen van dit verdrag erkend of uitvoerbaar verklaard, nu deze twee Staten niet op de voet van art. 21 van dit verdrag een aanvullend akkoord hebben gesloten.

3.2.1. Onderdeel 2.2 van het middel betreft de vraag of uit de omstandigheid dat het EHRM Enel c.s. niet-ontvankelijk heeft verklaard in hun verzoeken (zie hiervoor in 2.1 onder (xv)), volgt dat van strijd met openbare orde geen sprake kan zijn. Het onderdeel keert zich op diverse gronden tegen het oordeel van het hof in rov. 3.8 en 3.20 van het tussenarrest (zie hiervoor in 2.4.2).

3.2.2. Naar algemeen internationaal privaatrecht is uitgangspunt 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.⁷⁵

3.2.3. Een beslissing van het EHRM waarbij een verzoeker niet-ontvankelijk is verklaard in zijn verzoek op de grond dat niet is voldaan aan de eisen van de art. 34 en 35 EVRM, brengt niet mee dat de Nederlandse rechter die onderzoekt of een buitenlandse beslissing naar algemeen internationaal privaatrecht in Nederland kan worden erkend, tot het oordeel dient te komen dat geen sprake is van strijd met de openbare orde. Een dergelijke beslissing van het EHRM laat onverlet dat de Nederlandse rechter tot het oordeel kan komen dat niet is voldaan aan de hiervoor in 3.2.2 onder (ii) of (iii) genoemde voorwaarden voor erkenning van een buitenlandse beslissing omdat deze naar haar totstandkoming of haar inhoud in strijd is met art. 6 EVRM. Dat is niet anders indien de beslissing van het EHRM zou zijn gebaseerd op kennelijke ongegrondheid van het verzoekschrift (art. 35 lid 3, aanhef en onder a, EVRM). Hierop stuit het onderdeel af.

⁷⁴ Verdrag betreffende de erkenning en de tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen in burgerlijke en handelszaken, 's-Gravenhage, 1 februari 1971, Trb. 1972/144.

⁷⁵ HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2838 (Gazprombank), rov. 3.6.4.

3.3.1. Onderdeel 2.3 betreft de vraag of de omstandigheid dat Enel c.s. zich in Albanië niet tot het Albanese constitutionele hof hebben gewend, in de weg staat aan een beroep op de openbare-orde-exceptie.

Het onderdeel keert zich tegen het oordeel van het hof in rov. 3.37-3.40 van het tussenarrest dat de uitputtingsregel waarop ABA een beroep heeft gedaan, hier niet is overtreden dan wel in dit geval niet aan Enel c.s. kan worden tegengeworpen. Het klaagt onder meer dat het hof heeft miskend dat indien een rechtsmiddel waarvan effect valt te verwachten niet is uitgeput, erkenning niet wegens strijd met de openbare orde kan worden geweigerd.

3.3.2. Naar algemeen internationaal privaatrecht kan de rechter aan de omstandigheid dat de beschikbare rechtsmiddelen in het land van herkomst niet zijn uitgeput, betekenis toekennen; die omstandigheid kan in de weg staan aan het oordeel dat is voldaan aan de hiervoor in 3.2.2 onder (ii) en (iii) genoemde voorwaarden als weigeringsgronden voor de erkenning van een buitenlandse beslissing.⁷⁶

Het is aan de rechter om te beoordelen of, gelet op alle omstandigheden van het geval, hiervan sprake is. De klacht faalt dus.

3.4.1. Onderdeel 3 bevat onder meer de klacht dat het hof in rov. 2.14 en 2.15 van het eindarrest heeft miskend dat het niet mocht overgaan tot een volledige herbeoordeling van het geschil. Volgens de klacht had het hof alleen de schadebegroting mogen herbeoordelen omdat dit onderdeel van het Albanese vonnis volgens het oordeel van het hof niet voldoet aan de voorwaarden voor erkenning en in zoverre dus geen plaats is voor erkenning van dat vonnis. Voor de overige onderdelen van het Albanese vonnis (voor zover zij niet in onverbrekelijk verband staan met het niet te erkennen deel van het vonnis), zoals de vraag of Enel c.s. onrechtmatig hebben gehandeld jegens ABA, bestaat wel grond voor erkenning. Deze onderdelen had het hof niet mogen herbeoordelen, aldus de klacht.

3.4.2. De klacht faalt. Het oordeel dat een buitenlandse beslissing naar algemeen internationaal privaatrecht niet in Nederland kan worden erkend, betreft de beslissing als geheel. Indien de

rechter het geding vervolgens op de voet van art. 431 lid 2 Rv opnieuw behandelt en afdoet, zal hij het geschil volledig inhoudelijk moeten beoordelen. Daarbij is het aan de rechter om te oordelen of, en zo ja, welke bewijskracht aan (onderdelen van) de buitenlandse beslissing wordt toegekend (art. 152 lid 2 Rv).⁷⁷

3.5. De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- verwierpt het beroep;
- veroordeelt ABA in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Enel c.s. en de dochtermaatschappijen begroot op € 6.971,34 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien ABA deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

NOOT

1. Deze uitspraak van de Hoge Raad over de erkenning en tenuitvoerlegging van een Albanese vonnis is interessant om meerdere redenen. In de eerste plaats komt de uitputting van rechtsmiddelen in de context van het commune IPR (weer) aan bod. In de tweede plaats laat de Hoge Raad zich uit over de omvang van de inhoudelijke herbeoordeling ex art. 431 lid 2 Rv. Voorts blijkt dat een niet-ontvankelijkverklaring door het EHRM niet in de weg staat aan het oordeel van de Nederlandse rechter dat een buitenlandse beslissing naar haar totstandkoming of haar inhoud in strijd is met art. 6 EVRM. Tot slot komt er nog een (vaak) vergeten verdrag voorbij. Het al dan niet rechtsmachtscheppend karakter van art. 431 lid 2 Rv bij een inhoudelijke herbeoordeling komt in cassatie jammer genoeg niet aan de orde, maar stip ik in deze noot wel aan.

⁷⁶ HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:54 (Yukos), rov. 4.3.4.

⁷⁷ HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2838 (Gazprombank), rov. 3.6.11.

2. Aanleiding voor deze beslissing is een langslappend dispuut over de bouw en exploitatie van een waterkrachtcentrale in Albanië (het Project). De Italiaanse vennootschap Becchetti Energy Group S.p.A. ('BEG') heeft daartoe een concessie gekregen van de Staat Albanië en is uiteindelijk een samenwerkingsovereenkomst aangegaan met de Italiaanse dochtervennootschap van Enel S.p.A. ('Enel'): Enelpower S.p.A. ('Enelpower'). Enelpower heeft zich op enig moment uit het project teruggetrokken, hetgeen geleid heeft tot een arbitrageprocedure in Rome. BEG heeft deze procedure verloren en ook de vordering tot vernietiging van de arbitrale uitspraak is in 2010 door de Italiaanse rechter tot in hoogste instantie afgewezen. Deze uitspraken spelen geen rol in de onderhavige beslissing.

3. Naar ik aanneem in een poging om langs andere weg toch resultaat te behalen, is vervolgens in 2014 de Albanese dochtervennootschap van BEG, Albaniabeg Ambient Sh.P.K. (ABA) een procedure gestart voor de Albanese rechter tegen Enel, Enelpower en andere Enel-entiteiten (gezamenlijk 'Enel c.s.'). ABA heeft gesteld de *Special Purpose Vehicle* in de samenwerkingsovereenkomst te zijn. Inzet van de procedure was vergoeding van de buitencontractuele schade die ABA geleden zou hebben als gevolg van de onrechtmatige gedragingen van Enel c.s., die er – kort gezegd – uit zouden bestaan dat zij ten onrechte hun medewerking aan de totstandkoming van het Project zouden hebben onthouden.

4. Deze poging slaagt aanvankelijk: de Albanese rechter veroordeelt Enel c.s. tot het betalen van een enorme schadevergoeding. Enel c.s. vechten tevergeefs deze beslissing tot in hoogste instantie aan. Kernpunt is daarbij de wijze waarop de schade door de Albanese rechter is begroot en het passeren van een essentieel verweer van Enel c.s. in dit verband. Een herzieningsverzoek bij de Hoge Raad van Albanië kan Enel c.s. evenmin baten. De weg naar het Constitutionele Hof van Albanië bewandelen zij bewust niet. Wel gaan ze naar Straatsburg, maar dat leidt tot een niet-ontvankelijkverklaring door het EHRM op grond van art. 34 en 35 EVRM.

5. In Nederland strandt de poging van ABA alsnog. Nederland en Albanië zijn partij bij het Haags Erkeningsverdrag 1971. De in een Verdragsluitende Staat gegeven beslissingen worden echter alleen maar in een andere Verdragsluitende Staat erkend of uitvoerbaar verklaard

overeenkomstig de bepalingen van het Verdrag, indien die twee Staten daartoe een aanvullend akkoord hebben gesloten (art. 21 Verdrag). Nederland en Albanië hebben niet zo'n aanvullend akkoord gesloten (r.o. 3.1) en, voor zover ik heb kunnen nagaan, geldt dat ook voor de andere Verdragspartijen (zie <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=78>). Dat betekent dat voor de tenuitvoerlegging van een Albanese vonnis in Nederland moet worden teruggevallen op het commune recht. Art. 431 lid 1 Rv bepaalt voor die gevallen dat een buitenlandse beslissing niet in Nederland ten uitvoer kan worden gelegd. Op grond van art. 431 lid 2 Rv moet er een nieuwe procedure worden gestart voor de Nederlandse rechter. In de praktijk komt dat erop neer dat de Nederlandse rechter volstaat met het overnemen van (het dictum van) de buitenlandse beslissing mits de beslissing voldoet aan de in de Nederlandse rechtspraak ontwikkelde erkenningsvoorwaarden (opgesomd in r.o. 3.2.2) en de beslissing ook (formeel) uitvoerbaar is in het land van herkomst (HR 26 september 2014, «JBPr» 2015/13, «JOR» 2014/350, m.nt. Van der Plas. Zie hierover ook de noot van A.W. Jongbloed in «JBPr» 2021/58). Dit wordt in de literatuur ook wel aangeduid als de verkapte exequaturprocedure. Als niet aan de erkenningsvoorwaarden is voldaan, rest een nieuwe inhoudelijke behandeling voor de Nederlandse rechter. De vordering van ABA voor de Nederlandse rechter is op beide situaties toegesneden.

6. De rechtbank heeft geoordeeld dat het Albanese vonnis voldoet aan de vier erkenningsvoorwaarden van het Gazprom-arrest en ook uitvoerbaar is in Albanië. Daarmee kon de rechtbank de beslissing van de Albanese rechter overnemen zonder tot een inhoudelijke beoordeling over te gaan (rb. Amsterdam 29 juni 2016, «JBPr» 2017/14, m.nt. Freudenthal). In hoger beroep keert het tij. In een tussenarrest oordeelt het hof dat het Albanese vonnis niet voor erkenning in aanmerking komt (hof Amsterdam 17 juli 2018, «JOR» 2018/295, m.nt. Regouw, «JIN» 2018/163, m.nt. Zandbergen en Kuipers). De Albanese rechtsgang voldoet naar het oordeel van het hof niet aan de minimumvereisten van art. 6 EVRM. 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. Daarbij komt dat de erkenning van het Al-

banese vonnis tot gevolg zou 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. Erkenning van het Albanese vonnis, in de zin dat daaraan in Nederland geheel of gedeeltelijk rechtsgevolgen worden toegekend, is derhalve strijdig met de openbare orde, zowel wat het procedurele aspect (de tweede erkenningsvoorwaarde) als wat het materiële aspect betreft (de derde erkenningsvoorwaarde) (r.o. 3.32 en 3.33 van het tussenarrest). Een nieuwe inhoudelijke behandeling ex art. 431 lid 2 Rv volgt. Bij eindarrest oordeelt het hof dat Enel c.s. naar Albanees recht niet onrechtmatig hebben gehandeld jegens ABA en wijst de vorderingen van ABA af (hof Amsterdam 3 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4260).

7. In cassatie beantwoordt de Hoge Raad allereerst de vraag of uit de omstandigheid dat het EHRM Enel c.s. niet-ontvankelijk heeft verklaard in hun verzoeken, volgt dat van strijd met de openbare orde geen sprake kan zijn. Na eerst de erkenningsvoorwaarden uit het Gazprom-arrest herhaald te hebben, beantwoordt de Hoge Raad deze vraag ontkennend. De toelichting is enigszins summier. De Hoge Raad overweegt dat een niet-ontvankelijkheidsbeslissing ex art. 34 en 35 EVRM onverlet laat dat de Nederlandse rechter tot het oordeel kan komen dat de buitenlandse beslissing niet voldoet aan de tweede en derde erkenningsvoorwaarde vanwege strijdigheid met art. 6 EVRM. Daarbij is irrelevant of de niet-ontvankelijkverklaring gebaseerd is op de kennelijke ongegrondheid van het verzoekschrift (art. 35 lid 3 sub a EVRM) (r.o. 3.2.3).

8. De gedachte van ABA was kennelijk dat uit de beslissing van het EHRM volgt dat naar het oordeel van het EHRM geen sprake is van een schending van art. 6 EVRM in de Albanese rechtsgang. De Nederlandse rechter zou dan vervolgens niet alsnog langs de weg van de erkenningsvoorwaarden kunnen oordelen dat de Albanese rechtsgang niet voldoet aan art. 6 EVRM. De A-G constateert allereerst dat uit het tussenarrest van het hof kan worden afgeleid dat het hof van oordeel was dat niet kan worden vastgesteld op grond van welke in art. 34 en 35 EVRM genoemde criteria Enel c.s. niet-ontvankelijk zijn verklaard. Maar zelfs al zou Enel c.s. in de klachtpro-

cedure tegen Albanië wegens kennelijke ongegrondheid (dus op inhoudelijke gronden; conclusie A-G, par. 3.33) niet-ontvankelijk zijn verklaard, dan is er volgens de A-G geen rechtsregel die eraan in de weg staat dat de Nederlandse rechter tot het oordeel komt dat art. 6 EVRM is geschonden (conclusie A-G, par. 4.34). Zij verwijst daarbij naar de toelichting op art. 46 EVRM. Daaruit volgt dat de uitspraken van het EHRM geen *erga omnes*-werking hebben. Zij brengen dus geen juridische verplichtingen mee voor Staten die geen partij zijn bij de betreffende zaak. Waar het gaat om de uitleg van (bepalingen van) het EVRM (de *res interpretata*) zal een uitspraak vaak wel een *de facto erga omnes*-werking hebben. Dat ziet echter weer niet op de verplichtingen die het EHRM via het dictum oplegt aan de betreffende Staat (de *res judicata*) (zie Sdu Commentaar, EVRM, art. 46 C.1.6). De Nederlandse Staat, en daarmee de Nederlandse rechter, is dus niet gebonden aan de niet-ontvankelijkverklaring van het EHRM in de tegen Albanië ingestelde procedure.

9. Vervolgens komt de Hoge Raad toe aan de vraag of de omstandigheid dat Enel c.s. zich niet tot het Albanese Constitutionele Hof hebben gewend, in de weg staat aan een beroep op de openbare-orde-exceptie. In het *Yukos*-arrest besliste de Hoge Raad al dat de uitputtingsregel zoals die geldt onder Brussel Ibis (inhoudende dat een beschikbaar rechtsmiddel moet worden aangewend als de betrokkene daartoe in staat is, ook als het aanwenden daarvan vermoedelijk ineffectief, kansloos of zinloos zal zijn) niet bestaat in het commune internationaal privaatrecht (HR 18 januari 2019, *NJ* 2019/364, r.o. 4.3.3). Wel kan de Nederlandse rechter bij de beoordeling van de tweede en derde erkenningsvoorwaarde betekenissen toekennen aan de omstandigheid dat de beschikbare rechtsmiddelen in het land van herkomst niet zijn uitgeput (HR 18 januari 2019, *NJ* 2019/364, r.o. 4.3.4, herhaald in het onderhavige arrest in r.o. 3.3.2).

10. Het hof heeft in casu meegewogen dat Enel c.s. alle gewone rechtsmiddelen en het buitengewone rechtsmiddel van herziening hadden uitgeput en dat bij het Constitutionele Hof alleen getoetst kon worden of de rechten op een *fair hearing* zijn geschonden terwijl het niet kenbaar kunnen maken van hun standpunt voor Enel c.s. nu juist niet het probleem was. Een procedure voor het Constitutionele Hof had dus niet kunnen

leiden tot herstel van de gebreken aan het Albanese vonnis. Dit maakt volgens het hof dat – zelfs als van het buitengewone rechtsmiddel toch nog enig effect te verwachten viel – het enkele onbenut laten daarvan in de gegeven omstandigheden niet eraan in de weg kan staan dat erkenning van het Albanese vonnis wordt geweigerd op grond van schending van de openbare orde (tussenarrest, r.o. 3.39 en 3.40).

11. In de literatuur is wel betoogd dat ook het commune internationaal privaatrecht een algemene uitputtingsregel kent, zij het minder streng dan die onder Brussel Ibis (De Boer in par. 2 van zijn noot onder het *Yukos*-arrest, NJ 2019/364 en Van Bochove in haar commentaar bij hetzelfde arrest, *Ondernemingsrecht* 2019/90). Deze commune uitputtingsregel zou dan inhouden dat alle beschikbare rechtsmiddelen hadden moeten worden uitgeput als dat tot een *effective remedy* had kunnen leiden. Daarentegen concludeert de A-G dat de Hoge Raad in het *Yukos*-arrest geen algemene uitputtingsregel voor het commune internationaal privaatrecht heeft geformuleerd, maar het overlaat aan de feitenrechter (conclusie A-G, par. 3.28 e.v. en 4.38 e.v.). Volgens mij sluit het een het ander niet uit. De Hoge Raad overweegt eerst dat het aan de rechter is 'om te beoordeelen of, gelet op alle omstandigheden van het geval, hiervan sprake is'; i.e. of de niet-uitputting van de rechtsmiddelen in de weg staat aan het oordeel dat er sprake is van schending van de openbare orde. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat de klacht van ABA (inhoudende dat het hof heeft miskend dat erkenning niet wegens strijd met de openbare orde kan worden geweigerd, indien een rechtsmiddel waarvan effect valt te verwachten niet is uitgeput) derhalve faalt (r.o. 3.3.2). Daaruit zou wellicht kunnen worden afgeleid dat er volgens de Hoge Raad geen algemene uitputtingsregel is. Mijns inziens heeft de discussie of het commune IPR een algemene uitputtingsregel kent, echter een hoog semantisch karakter. De beoordelingsruimte die de feitenrechter naar het oordeel van de Hoge Raad heeft op dit punt zal er toch op neerkomen dat de feitenrechter (al dan niet in twee instanties) nagaat of de rechtsmiddelen zijn uitgeput en zo nee, beoordeelen of dat – alle omstandigheden afwegend – in de weg staat aan erkenning. In die zin is er toch iets wat lijkt op een (uitgeklede) uitputtingsregel. Daaraan doet niet af dat de invulling van die beoordelingsruimte door de feiten-

rechter(s) in principe in cassatie niet toetsbaar is omdat zij een waardering van de feiten behelst. 12. Partijen verschillen ook van mening over de omvang van de inhoudelijke behandeling die volgt als geen quasi-exequatur is verleend. In zijn eindarrest overweegt het hof dat uit de aard van de procedure volgt dat art. 431 lid 2 Rv geen bevoegdheid creëert en dus geen ruimte bestaat voor een beoordeling van nieuwe vorderingen en nieuwe feiten die niet reeds in de Albanese procedure zijn gesteld. Wel bestaat er ruimte om de in de Albanese procedure aangevoerde stellingen nader uit te werken en toe te lichten (hof Amsterdam 3 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4260, r.o. 2.14). In geschil is vervolgens of alle vorderingen en verweren uit de Albanese procedure herbeoordeeld dienen te worden, of dat – zoals ABA meent – het hof enkel de schadebegroting mag herbeoordelen omdat alleen dat onderdeel van het Albanese vonnis niet voldoet aan de erkenningsvoorwaarden. Het hof oordeelt in eerstgenoemde zin. Zo ook de Hoge Raad. Het oordeel dat een buitenlandse beslissing naar gemeen IPR niet kan worden erkend in Nederland, ziet op de beslissing als geheel. Dat betekent dat de rechter het geschil volledig inhoudelijk zal moeten beoordelen en daarbij de vrijheid heeft om aan (onderdelen van) de buitenlandse beslissing (een bepaalde mate van) bewijskracht toe te kennen op grond van art. 152 lid 2 Rv (r.o. 3.4.2).

13. Onbesproken blijft de overweging van het hof dat er geen ruimte bestaat voor een beoordeling van nieuwe vorderingen en nieuwe feiten die niet reeds in de Albanese procedure zijn gesteld omdat art. 431 lid 2 Rv geen bevoegdheid schept. Daarover was in cassatie niet geklaagd, maar valt wel het een en ander te zeggen. Er bestaat namelijk onduidelijkheid over het rechtsmachtscapend karakter van art. 431 lid 2 Rv. Dat geldt zowel voor de vordering die uitsluitend strekt tot veroordeling van hetgeen in het buitenlandse vonnis is bepaald, als voor de vordering die strekt tot een nieuwe inhoudelijke behandeling en afdoening van het geschil. In het eerste geval zijn sommigen van mening dat art. 431 lid 2 Rv rechtstreeks bevoegdheid creëert (zie bijv. rb. Amsterdam 29 juni 2016, «JBPr» 2017/14, m.nt. Freudenthal). Anderen stellen zich op het standpunt dat de bevoegdheidsgrondslag gevonden moet worden in art. 1-14 Rv en als dat niet tot bevoegdheid leidt, de rechter van de plaats van

tenuitvoerlegging bevoegd zou moeten zijn. Een derde opvatting behelst analoge toepassing van art. 985 Rv (zie bijv. rb. Den Haag 22 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6852). Linksom of rechtsom is de Nederlandse rechter dus internationaal bevoegd ten aanzien van een verkapte exequatur-procedure. Dat is anders in het geval van een nieuwe inhoudelijke behandeling. Het ene standpunt is dat er sprake is van een nieuwe zaak en dus de internationale bevoegdheid vast moet worden gesteld op basis van de toepasselijke bron (zoals Verordening Brussel Ibis). Dat kan dus betekenen dat de Nederlandse rechter niet bevoegd is. Het andere standpunt is dat art. 431 lid 2 Rv ook in het geval van een nieuwe inhoudelijke behandeling rechtstreeks bevoegdheid schept (zie uitgebreider hierover: M.H. ten Wolde, J.G. Knot & K.C. Henckel, 'Tenuitvoerlegging van buitenlandse civielrechtelijke vonnissen in Nederland buiten verdrag en verordening (art. 431 Rv)', *WODC-rapport* projectnummer 2731, 30 november 2017, hoofdstuk 2.2.) Ikzelf neig naar het eerste standpunt. In het verlengde daarvan zou ik – anders dan het hof – menen dat in die nieuwe inhoudelijke behandeling juist wel ruimte bestaat voor een beoordeling van nieuwe vorderingen en nieuwe feiten. Het is immers een nieuwe procedure met een zelfstandige bevoegdheidsgrondslag. Anders ligt het mijns inziens als de rechter zijn bevoegdheid rechtstreeks zou ontleenen aan art. 431 lid 2 Rv. Dan ligt het juist voor de hand dat die bevoegdheid is beperkt tot hetgeen in de buitenlandse procedure is gevorderd en gesteld. Hopelijk komen we een volgende keer te weten hoe de Hoge Raad hier tegenaan kijkt.

prof. mr. C.G. van der Plas
advocaat bij JahaeRaymakers en hoogleraar IPR
aan de Universiteit Leiden

51

Niet-ontvankelijkverklaring na een eerst in hoger beroep gedaan verzoek tot ondertoezichtstelling

Hoge Raad
24 september 2021, nr. 21/00209,
ECLI:NL:HR:2021:1361
(mr. Streefkerk, mr. Lock, mr. Ter Heide, mr. Schaafsma, mr. Makkink)
(Concl. A-G Wesseling-van Gent)
Noot mr. G.C.C. Lewin

Prorogatie. Tussenkoms in hoger beroep.

[EVRM art. 8; Rv art. 217, 283, 329, 353 lid 1, 358 lid 1, 2 en 5, 362, 810; BW art. 1:241, 1:253a, 1:255 lid 1 en 2]

De Raad voor de Kinderbescherming doet voor het eerst in hoger beroep een verzoek tot ondertoezichtstelling. Hoge Raad: de Raad voor de Kinderbescherming was geen partij in de procedure bij de kinderrechter en heeft voor het eerst bij het hof een verzoek tot ondertoezichtstelling gedaan. Dit is niet toegelaten.

[De moeder] te [woonplaats],
verzoekster tot cassatie,
hierna: de moeder,
advocaat: H.J.W. Alt,
tegen

[de vader] te [woonplaats],
verweerder in cassatie,
hierna: de vader,
advocaat: M.E. Bruning,
en

Raad voor de Kinderbescherming Den Haag te Den Haag,
verweerder in cassatie,
hierna: de raad,
niet verschenen.

Conclusie Advocaat-Generaal
(mr. Wesseling-van Gent)

In het hoger beroep van een door de rechtbank vastgestelde regeling inzake de verdeling van de