

AFSCHRIFT

beschikking



RECHTBANK AMSTERDAM

Sector civiel recht

4.11

zaaknummer / rekestnummer: 508629 / KG RK 12-122

Beschikking van 21 juni 2012

in de zaak van

de vennootschap naar buitenlands recht
FRENER & REIFER RUSSIA LLC,
gevestigd te Moskou (Russische Federatie),
verzoekster,
advocaat mr. B.F.H. Rumora- Scheltema te Amsterdam,

tegen

de vennootschap naar buitenlands recht
ENKA INSAAT VE SANAYI A.S.,
gevestigd te Balmumcu Istanbul (Turkije),
verweerster,
advocaat mr. J. van Bekkum te Amsterdam.

Partijen zullen hierna F&R en Enka worden genoemd.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het verzoekschrift met bijlagen, ingekomen ter griffie op 18 januari 2012;
- de tussenbeschikking van 9 februari 2012, waarbij een mondelinge behandeling is bepaald;
- de faxbrief van 8 maart 2012 van de zijde van F&R;
- het verweerschrift met bijlagen, ingekomen ter griffie op 17 april 2012;
- het proces-verbaal van de mondelinge behandeling, gehouden op 24 april 2012, met de daarin genoemde stukken;
- de faxbrief van 30 mei 2012 van de zijde van Enka.

1.2. De beschikking is bepaald op heden. Partijen zijn op de hoogte gesteld van de gewijzigde beschikkingsdatum.

2. De feiten

2.1. F&R is een Russische vennootschap die zich toelegt op het ontwikkelen en aanbrengen van glasdecoratie op gevels.

2.2. Enka is houdstermaatschappij van de Enka groep. De Enka groep houdt zich onder meer bezig met grote bouwprojecten.

2.3. Enka was als hoofdaannemer betrokken bij het bouwproject Oasis Dobryninsky in Moskou (hierna: het project) Op 17 januari 2008 hebben Enka en F&R een onderaannemingsovereenkomst gesloten voor de bouw van een geveldecoratie (hierna: de overeenkomst). Op grond van artikel 4 van de overeenkomst heeft Enka bepaalde bedragen van de (onder)aanneemsom aan F&R vooruit betaald. Op grond van artikel 21 van de overeenkomst heeft F&R ten behoeve van Enka een drietal bankgaranties gesteld ter zekerheid van de nakoming van eventuele terugbetalingsverplichtingen, ter hoogte van USD 10.346.739,00.

2.4. Eind 2008 heeft de opdrachtgever het project geannuleerd en de overeenkomst met Enka opgezegd. Op 2 december 2008 heeft Enka de drie bankgaranties ingeroepen. Op 22 december 2008 heeft Enka de overeenkomst met F&R opgezegd.

2.5. Op 12 januari 2009 heeft F&R, in overeenstemming met artikel 30.2 van de overeenkomst, een arbitrageprocedure aanhangig gemaakt bij het International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation in Moskou (hierna: ICAC). F&R heeft in die procedure gesteld dat de beëindiging van de overeenkomst door Enka onrechtmatig was en onder meer gevorderd dat Enka het inroepen van de bankgaranties zou intrekken en de bankgarantie zou teruggeven.

2.6. Op 27 februari 2010 heeft het ICAC (het eerste) vonnis gewezen. Naar het oordeel van het ICAC heeft F&R haar verplichtingen onder overeenkomst niet geschonden en had Enka geen grond om de bankgarantie in te roepen.

2.7. Tegen het arbitrale vonnis onder de toepasselijke reglementen staat geen arbitraal hoger beroep open (artikel 37 ICAC Rules of Procedure).

2.8. Op 7 april 2010 heeft Enka het Arbitrazh Court of Moscow (hierna: het ACM), de Russische overheidsrechter, verzocht het eerste arbitrale vonnis te vernietigen. Bij uitspraak van 30 juni 2010 heeft het ACM de vordering van Enka toegewezen en het eerste arbitrale vonnis vernietigd. Naar het oordeel van de Russische rechter was het ICAC niet bevoegd om te oordelen over de rechten onder de bankgarantie en geschillen daaromtrent.

2.9. In augustus 2010 heeft Enka de bedragen onder de bankgarantie geïncasseerd.

2.10. F&R is vervolgens een nieuwe arbitrageprocedure bij het ICAC gestart, waarin zij een bedrag van RUR 410.734.948,00 (ongeveer EUR 9,8 miljoen) schadevergoeding vorderde als gevolg van de onrechtmatige beëindiging van de overeenkomst door Enka.

2.11. Op 21 november 2011 heeft het ICAC het tweede arbitrale vonnis (hierna: het arbitrale vonnis) gewezen. Het ICAC heeft Enka daarbij veroordeeld tot betaling van het bedrag van RUR 410.734.948,00 aan schadevergoeding, vermeerderd met RUR 2.370.882,00 aan advocaatkosten en RUR 5.000.000,00 aan arbitragekosten (in totaal ongeveer EUR 10 miljoen). Het ICAC heeft daarbij opnieuw geoordeeld dat de beëindiging van de overeenkomst door Enka onrechtmatig was.

2.12. Op Bladzijde 7 van het arbitrale vonnis staat, voor zover relevant, het volgende:
“(…)

Eiser stelt dat hij ten gevolge van deze weigering recht heeft op vergoeding van de door hem ingevolge de onderaannemersovereenkomst gemaakte onkosten en van door hem geleden schade ten gevolge van de onrechtmatige handelingen van gedaagde ten belope van een bedrag van 410.734.948,00 roebel. (...)

Derhalve verzoek eiser om vergoeding van de door hem gemaakte kosten en geleden schade, hetgeen omvat:

1) De door eiser gemaakte kosten in verband met de uitvoering van de onderaannemersovereenkomst en de door hem geleden schade ingevolge de met leveranciers en onderaannemers aangegane overeenkomsten ten belope van een totaal bedrag van 310.194.311,69 Russische roebel;

Bovengenoemde door eiser in verband met de uitvoering van de onderaannemersovereenkomst gemaakte onkosten omvatten: transportkosten, makelaarskosten en douaneheffingen ten belope van in totaal 12.547.325,00 roebel; de kosten van bouwmaterialen ten belope van in totaal 68.556.624,00 roebel, de kosten van certificering ten belope van in totaal 1.367.033,00 roebel; de kosten van het opstellen van de werkdocumentatie en managementkosten ten belope van in totaal 141.272.103,00 roebel; schade geleden in verband met overeenkomsten gesloten met leveranciers en onderaannemers ten belope van 82.681.493,00 roebel, ontstaan ten gevolge van onderbreking van de werkzaamheden en de hierop volgende ontbinding van overeenkomsten met leveranciers en onderaannemers door de eiser.

In dit totaalbedrag aan kosten gemaakt in verband met de uitvoering van de onderaannemersovereenkomst zijn door eiser tevens opgenomen de kosten van vergoeding van de bankprovisies, zijnde in totaal 3.769.734,00 roebel voor afgifte van de bankgaranties.(…)

2) De door eiser geleden schade in verband met de vergoeding door eiser van de kosten van de moedermaatschappij, gemaakt in verband met de indiening door de garantieverstreckende banken van regresvorderingen op de bankgaranties en de afboeking van gelden op grond van deze garanties ten gunste van gedaagde. Eiser dient aan het moederbedrijf het bedrag te vergoeden dat van haar rekeningen door de garantieverstreckende banken is afgeboekt overeenkomstig de door gedaagde krachtens de bankgaranties ingediende vorderingen ten belope van € 12.302.035,76, hetgeen neerkomt op 484.762.607,00 roebel. (...)

*Van het totaalbedrag van de geleden verliezen (794.956.919,00 roebel) is door eiser afgetrokken het totaalbedrag van de door gedaagde betaalde voorschotten à 384.221.971,00 roebel; dientengevolge bedraagt de door eiser ingediende vordering 410.734.948,00 roebel.
(...)”*

2.13. De laatste alinea op bladzijde 38 van het arbitrale vonnis luidt, voor zover relevant, als volgt:
“(…)”

Door eiser, overwegend dat hij (...) een verlies (schade) heeft geleden voor een bedrag van 794.956.919 roebel met inbegrip van het bedrag van 310.194.311,60 roebel in verband met de noodzaak tot verrekening van onkosten met de overeenkomsten (leveranciers en onderaannemers) wordt niet de terugvordering geëist van de bedragen voornoemd van gedaagde, aangezien hij ervan uitgaat dat door de betaling aan hem door gedaagde van voorschotten ten bedrage van 384.211.970,60 roebel (...) de door hem geleden verliezen bij de afrekeningen met overeenkomsten volledig worden gedekt, en deels wordt gedekt het hierna resterende verlies ten bedrage van 484.762.607 roebel die hij verschuldigd is aan de moedermaatschappij (...).

Deze omstandigheid sluit de noodzaak uit van weging door de MKAS van de in dit deel uiteengezette positie van eiser. (...)"

2.14. Enka heeft bij verzoekschrift van 29 november 2011 het ACM te Moskou verzocht het arbitrale vonnis te vernietigen. Bij uitspraak van 2 maart 2012 heeft het ACM het vernietigingsverzoek van Enka afgewezen.

2.15. Op 11 maart 2012 heeft Enka hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van het ACM bij het Federal Arbitrazh Court of the Moscow District (hierna: het FACM). Op de hoorzitting van de FACM van 12 april 2012 heeft het FACM laten weten dat het vernietigingsverzoek van Enka werd afgewezen. Op 29 mei 2012 heeft Enk cassatie ingesteld tegen het vonnis van het FACM bij het Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation (hierna: het SACRF).

3. Het verzoek

3.1. F&R verzoekt de voorzieningenrechter om bij beschikking, uitvoerbaar bij voorraad, verlof te verlenen om het arbitrale vonnis, in Nederland ten uitvoer te leggen met veroordeling van Enka in de kosten die op de uitvoerbaarverklaring vallen.

3.2. Enka voert verweer. Zij stelt preliminair dat het verzoekschrift van F&R niet voldoet aan de vereisten voor tenuitvoerlegging van artikel IV lid 1 van het Verdrag van New York en dat het verlof voor tenuitvoerlegging om die reden moet worden geweigerd. Voorts concludeert Enka primair tot afwijzing van het verzoek van F&R en subsidiair tot opschorting van de beslissing in de onderhavige procedure tot het moment dat het SACRF, of het ACM na terugverwijzing, einduitspraak heeft gedaan in de tegen het arbitrale vonnis lopende vernietigingsprocedure en tegen de einduitspraak geen rechtsmiddel is of kan worden aangewend, althans in ieder geval voor een door de rechtbank te bepalen periode.

3.3. De stellingen en weren van partijen komen hierna, voor zover van belang, in het kader van de beoordeling aan de orde.

4. De beoordeling

4.1. De beoordeling van het verzoek moet plaatsvinden aan de hand van het Verdrag van New York 1958 (hierna: het Verdrag van New York), waarbij zowel Nederland als de Russische Federatie partij zijn.

4.2. Artikel XVI lid 1 van het Verdrag van New York bepaalt dat

"(...) the Chinese, English, French, Russian and Spanish texts shall be equally authentic".
(...)

Artikel III, eerste volzin, van het Verdrag van New York luidt in de (authentieke) Engelse tekst als volgt:

"Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles".(...)

Artikel IV van het Verdrag van New York luidt in de Engelse tekst als volgt:

"1. To obtain the recognition and enforcement mentioned in the preceding article, the party applying for recognition and enforcement shall, at the time of the application, supply: (a) The duly authenticated original award or a duly certified copy thereof; (b) The original agreement referred to in article II or a duly certified copy thereof.
2. If the said award or agreement is not made in an official language of the country in which the award is relied upon, the party applying for recognition and enforcement of the award shall produce a translation of these documents into such language. The translation shall be certified by an official or sworn translator or by a diplomatic or consular agent".

4.3. Enka verweert zich preliminair met de stelling dat het verlov voor tenuitvoerlegging moet worden afgewezen omdat de door F&R overgelegde afschriften van het arbitrale vonnis en van de overeenkomst gewone kopieën zijn. Volgens Enka is daarmee niet voldaan aan de vereisten van artikel IV lid 1 sub a en b van het Verdrag van New York.

4.4. Dit verweer gaat niet op. F&R heeft de originele beëdigde vertaling van het arbitrale vonnis en de originele beëdigde vertaling van artikel 30.2 van de overeenkomst inhoudende de arbitrageovereenkomst bij de balie van deze rechtbank ingediend (en weer retour gekregen) en bij het verzoekschrift een kopie van deze stukken gevoegd. In de stellingen van Enka is geen enkel aanknopingspunt te vinden waaruit zou kunnen blijken dat de kopieën die de rechtbank heeft gekregen niet overeenkomen met de originele stukken. Onder deze omstandigheden heeft F&R naar het oordeel van de voorzieningenrechter voldaan aan de voorschriften van artikel IV van het Verdrag van New York.

4.5. Enka voert vervolgens, onder verwijzing naar bepalingen uit het Verdrag van New York, aan dat het verzoek dient te worden afgewezen, dan wel dat de beslissing (naar de rechtbank begrijpt) dient te worden aangehouden.

4.6. De voorzieningenrechter ziet aanleiding om eerst dat laatste verweer te behandelen. Zij acht aanhouding van de beslissing ("*adjourn the decision*") op de voet van artikel VI van het Verdrag van New York geboden. Hiertoe wordt het volgende overwogen.

4.7. Artikel V lid 1 aanhef en onder (e) van het Verdrag van New York luidt, voor zover hier van belang, in de (authentieke) Engelse tekst:

1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (...) The award has (...) been set aside or

suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made."

4.8. Artikel VI van het Verdrag van New York luidt, voor zover hier van belang: *"If an application for the setting aside (...) of the award has been made to a competent authority referred to in article V(1)(e), the authority before which the award is sought to be relied upon may, if it considers it proper, adjourn the decision on the enforcement of the award (...)".*

4.9. Vaststaat dat *"an application for the setting aside (...) of the award* (het op 29 mei 2012 ingestelde cassatiemiddel tegen het vonnis van het FACM; voorzieningenrechter) *has been made to a competent authority* (het SACRF; voorzieningenrechter)". Partijen zijn het erover eens dat het bepaalde in artikel 37 ICAC Rules of Procedure daaraan niet in de weg stond of staat. Enka heeft gemotiveerd uiteengezet dat de Russische vernietigingsprocedure nog niet is afgerond en dat er een kans bestaat dat het arbitraal vonnis wordt vernietigd, althans terzijde wordt gesteld en dat dit ertoe zou leiden dat geen exequatur kan worden verleend, althans dat een reeds verleend exequatur wordt vernietigd.

4.10. De *competent authority* is, in het systeem van het Verdrag van New York, de enige die, met toepassing van zijn nationale recht, kan en mag oordelen over het (voort)bestaan van het arbitraal vonnis. Het oordeel van de *competent authority* is voor de voorzieningenrechter als exequaturrechter niet doorslaggevend, maar wel van belang.

4.11. Niet, althans niet voldoende, gesteld of gebleken is dat het ingestelde cassatiemiddel geen enkele kans van slagen heeft of juist voor onmiddellijke toewijzing gereed ligt. Evenmin is (voldoende) gesteld of gebleken dat de belangen van (een van) partijen bij een beslissing van de voorzieningenrechter op korte termijn zo groot zijn dat de (gedachte achter de) hiervoor beschreven nadere inrichting van de onderhavige procedure daarvoor dient te wijken. Dit geldt met name nu Enka gemotiveerd en onbetwist heeft gesteld dat de Russische vernietigingsprocedure een snel verloop kent, te weten dat het SACRF binnen één tot drie maanden na ontvangst van het cassatieberoepschrift beslist of het cassatieberoep in behandeling wordt genomen en als dat zo is dat het SACRF dan een termijn van ongeveer drie tot vijf maanden heeft om een beslissing te geven.

4.12. Bij deze stand van zaken zal de beslissing van het SACRF worden afgewacht.

4.13. De zaak zal worden verwezen naar de rekestrol van 10 januari 2013 voor het in het geding brengen, door de meest gerede partij, van de eindbeslissing van het SACRF. Als die beslissing eerder beschikbaar is, kan deze eerder in het geding worden gebracht. Ook verdere relevante ontwikkelingen in de procedure bij het SACRF kunnen steeds aan de voorzieningenrechter worden gemeld. Alles bij gewone brief waarin ook wordt vermeld welke gevolgen het gemelde volgens de betrokken partij voor de onderhavige procedure heeft, althans dient te hebben. Steeds zal vervolgens de wederpartij in de gelegenheid worden gesteld schriftelijk te reageren. Daarna zal de voorzieningenrechter, zo nodig, nader beslissen.

4.14. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

≠ SC
+
H. Court
↓
Vermaas

≠ Nguyen

5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

5.1. verwijst de zaak naar de rekenrol van **10 januari 2013** voor het in het geding brengen, door de meest gereede partij, van de eindbeslissing van het SACRF in de cassatieprocedure;

5.2. houdt iedere verdere beslissing aan.

Deze beschikking is gegeven door mr. M.W. van der Veen en in het openbaar uitgesproken op 21 juni 2012.



VOOR AFSCHRIFT CONFORM
De gaffier van de
Rechtsbank Amsterdam

