



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 6 oktober 2021, ECLI:EU:C:2021:808

Plas, C.G. van der

Citation

Plas, C. G. van der. (2022). Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 6 oktober 2021, ECLI:EU:C:2021:808. *Nederlandse Jurisprudentie*, 2022(26/27/28), 3611-3614. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3514972>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3514972>

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

NJ 2022/202

HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE

6 oktober 2021, nr. C-581/20

(J.-C. Bonichot, L. Bay Larsen, C. Toader, M. Safjan,

N. Jääskinen; A-G A. Rantos)

m.nt. C.G. van der Plas*

Art. 1, 35 Verordening (EU) nr. 1215/2012 (Verordening Brussel I-bis)

RvdW 2022/134

ECLI:EU:C:2021:726

ECLI:EU:C:2021:808

Verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens art. 267 VWEU, ingediend door de Varhoven kasatsionen sad (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Bulgarije) bij beslissing van 28 oktober 2020.

Verordening Brussel I-bis. Bevoegdheid. Materieel toepassingsgebied; begrip ‘burgerlijke en handelszaken’ in de zin van art. 1, lid 1. Kort geding; bevoegdheid ten aanzien van een verzoek om voorlopige of bewarende maatregelen wanneer het gerecht van een andere lidstaat, dat bevoegd is in de bodemzaak, reeds uitspraak heeft gedaan op een zelfde verzoek; rol van het recht inzake het kort geding van de lidstaat van het aangezochte gerecht.

1) Art. 1, lid 1, Verordening Brussel I-bis moet aldus worden uitgelegd dat een kort geding dat volgens de regels van gemeen recht bij een gerecht van een lidstaat aanhangig is gemaakt en ziet op boeten vanwege de uitvoering van een op de aanleg van een snelweg betrekking hebbende overeenkomst die is gesloten na een openbare aanbestedingsprocedure waarbij de aanbestedende dienst een openbare instelling is, onder het begrip ‘burgerlijke en handelszaken’ in de zin van die bepaling valt.

2) Art. 35 Verordening Brussel I-bis moet aldus worden uitgelegd dat een gerecht van een lidstaat waarbij op grond van die bepaling een verzoek om voorlopige of bewarende maatregelen is ingediend, zich niet onbevoegd hoeft te verklaren wanneer het gerecht van een andere lidstaat, dat bevoegd is in de bodemzaak, reeds uitspraak heeft gedaan op een verzoek dat hetzelfde onderwerp betreft, op dezelfde oorzaak berust en tussen dezelfde partijen is ingediend.

3) Art. 35 Verordening Brussel I-bis moet aldus worden uitgelegd dat een verzoek om voorlopige of bewarende maatregelen moet worden onderzocht in het licht van het recht van de lidstaat van het aangezochte gerecht en dat het zich niet verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan geen kort geding betreffende een geldvordering jegens de staat of een openbare instelling kan worden ingesteld.

* Prof. mr. dr. C.G. van der Plas is universitair docent Internationaal Privaatrecht aan de UvA en advocaat te Amsterdam.

Skarb Państwa Rzeczypospolitej Polskiej reprezentowany przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad

tegen

TOTO SpA – Costruzioni Generali e.a.

Hof van Justitie EU:*Arrest*

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 1, lid 1, en artikel 35 van verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 2012, L 351, blz. 1).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen de Skarb Państwa Rzeczypospolitej Polskiej representowany przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad (schatkist van de Republiek Polen, vertegenwoordigd door de nationaal directeur voor rijkswegen en snelwegen, Polen; hierna: ‘directeur voor rijkswegen’) en TOTO SpA – Costruzioni Generali en Vianini Lavori SpA (hierna: ‘bouwondernemingen’), ondernemingen naar Italiaans recht, over een overeenkomst voor de aanleg van een snelweg in Polen.

Toepasselijke bepalingen
Unierecht

3 De overwegingen 10, 33 en 34 van verordening nr. 1215/2012 zijn als volgt verwoord:

‘(10) Het is van belang dat alle belangrijke burgerlijke en handelszaken onder de werkingssfeer van deze verordening worden gebracht, met uitzondering van bepaalde duidelijk omschreven aangelegenheden [...].

(33) Wanneer voorlopige en bewarende maatregelen zijn gelast door een gerecht dat bevoegd is om van het bodemgeschil kennis te nemen, moet het vrije verkeer ervan worden gewaarborgd krachtens deze verordening. Voorlopige en bewarende maatregelen die door een gerecht als hierboven bedoeld zijn gelast zonder dat verweerder is gedaagd te verschijnen, mogen evenwel niet worden erkend en ten uitvoer gelegd, tenzij de beslissing waarin de maatregel is vervat, vóór de tenuitvoerlegging aan de verweerder is betekend. Dit laat de erkenning en tenuitvoerlegging van dergelijke maatregelen krachtens nationaal recht onverlet. Wanneer voorlopige en bewarende maatregelen zijn gelast door een gerecht van een lidstaat dat niet bevoegd is om van het bodemgeschil kennis te nemen, moeten de gevolgen van de maatregelen krachtens deze verordening worden beperkt tot het grondgebied van die lidstaat.

(34) De continuïteit tussen het Verdrag [van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 1972,

L 299, blz. 32)], verordening (EG) nr. 44/2001 [van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 2001, L 12, blz. 1)] en deze verordening moet gewaarborgd worden; daartoe zijn overgangsbepalingen nodig. Deze continuïteit moet ook gelden voor de uitleg door het Hof van Justitie van de Europese Unie van [dit] Verdrag [...] en de verordeningen ter vervanging daarvan.’

4 Artikel 1, lid 1, van verordening nr. 1215/2012 luidt als volgt:

‘Deze verordening wordt toegepast in burgerlijke en handelszaken ongeacht de aard van het gerecht. Zij heeft met name geen betrekking op fiscale zaken, douanezaken en administratiefrechtelijke zaken, noch op de aansprakelijkheid van de staat wegens een handeling of nalaten in de uitoefening van het openbaar gezag (acta jure imperii).’

5 Artikel 2, onder a), van de verordening bepaalt:

‘In deze verordening wordt verstaan onder:

a) [...]

Voor de toepassing van hoofdstuk III omvat het begrip ‘beslissing’ voorlopige en bewarende maatregelen die zijn gelast door een gerecht dat overeenkomstig deze verordening bevoegd is om van het bodemgeschil kennis te nemen. Het omvat niet een voorlopige of een bewarende maatregel die door een dergelijk gerecht wordt bevolen zonder dat de verweerder is opgeroepen te verschijnen, tenzij de beslissing die de maatregel bevat vóór de tenuitvoerlegging aan de verweerder is betekend;

[...]’

6 In artikel 25, lid 1, van die verordening, dat deel uitmaakt van afdeling 7 (‘Door partijen aangewezen bevoegd gerecht’) van hoofdstuk II ervan, is bepaald:

‘Indien de partijen, ongeacht hun woonplaats, een gerecht of de gerechten van een lidstaat hebben aangewezen voor de kennisneming van geschillen die naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking zijn ontstaan of zullen ontstaan, is dit gerecht of zijn de gerechten van die lidstaat bevoegd, tenzij de overeenkomst krachtens het recht van die lidstaat nietig is wat haar materiële geldigheid betreft. Deze bevoegdheid is exclusief, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen. [...]’

[...]’

7 Artikel 35 van verordening nr. 1215/2012, dat is opgenomen in afdeling 10 van dat hoofdstuk II, bepaalt:

‘In de wetgeving van een lidstaat vastgestelde voorlopige of bewarende maatregelen kunnen bij de gerechten van die staat worden aangevraagd, zelfs indien een gerecht van een andere lidstaat bevoegd is om van het bodemgeschil kennis te nemen.’

Bulgaars recht

8 Artikel 18 van de Grazhdanski protsesualen kodeks (wetboek van burgerlijke rechtsvordering), in de op het hoofdgeding toepasselijke versie (hierna: ‘GPK’), met als opschrift ‘Immunitet van rechtsmacht’, bepaalt:

‘(1) De Bulgaarse gerechten zijn in de volgende gevallen bevoegd om kennis te nemen van geschillen waarbij een buitenlandse staat of een persoon met immuniteit van rechtsmacht partij is:

1. in geval van afstand van de immuniteit van rechtsmacht;

2. in het geval van geschillen op grond van contractuele betrekkingen, indien de plaats van uitvoering van de verbintenissen zich in de Republiek Bulgarije bevindt;

3. in geval van een vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen in de Republiek Bulgarije;

4. in geval van een geschil betreffende rechten op goederen uit de nalatenschap en onbeheerde nalatenschap in de Republiek Bulgarije;

5. in zaken die onder de exclusieve bevoegdheid van de Bulgaarse gerechten vallen.

(2) De bepalingen van lid 1, punten 2, 3 en 4, zijn niet van toepassing op rechtshandelingen en handelingen die worden verricht in de uitoefening van openbare ambten van personen of met betrekking tot de uitoefening van soevereine rechten van vreemde staten.’

9 Artikel 389 GPK, met als opschrift ‘Kort geding in verband met een ingestelde vordering’, bepaalt:

‘(1) In elke stand van het geding totdat het onderzoek in de procedure in hoger beroep is afgesloten, kan de verzoeker een verzoek in kort geding indienen bij het gerecht waarbij de zaak aanhangig is.

(2) Het kort geding is toegestaan voor alle categorieën vorderingen.’

10 Artikel 391 GPK, met als opschrift ‘Voorwaarden voor toelating van het kort geding’, bepaalt in lid 1:

‘Het indienen van een verzoek in kort geding met betrekking tot de vordering in het bodemgeschil is toegestaan wanneer het anders voor de verzoeker onmogelijk of moeilijk zou zijn om de uit de te geven beslissing voortvloeiende rechten te doen gelden en indien:

1. de vordering in het bodemgeschil is gebaseerd op overtuigend schriftelijk bewijs, of

2. een zekerheid wordt gesteld ten belope van een door de rechter bepaald bedrag [...]’

11 Artikel 393 GPK, met als opschrift ‘Niet-ontvankelijkheid van het kort geding’, bepaalt:

‘(1) Een kort geding betreffende een geldvordering jegens de staat, de overheid, gemeenten en ziekenhuizen in de zin van artikel 5, lid 1, van de Zakon za lechebnite zavedenya [(wet inzake de ziekenhuizen)] en betreffende vorderin-

gen ten aanzien van ziekenhuizen van het nationale ziekenfonds is niet ontvankelijk.

(2) Een kort geding betreffende een geldvordering in de vorm van derdenbeslag op schuldvorderingen die niet ten uitvoer kunnen worden gelegd, is niet toegestaan. [...]

12 Artikel 397 GPK, met als opschrift 'Categoriëën maatregelen', bepaalt in lid 1:

'De kortgedingprocedure vindt plaats:

1. door middel van derdenbeslag op onroerend goed;
2. door middel van derdenbeslag op roerende goederen en schuldvorderingen van de schuldenaar;
3. door middel van andere passende maatregelen die door de rechtbank worden vastgesteld, met inbegrip van stillegging van een motorvoertuig en opschorting van de tenuitvoerlegging.'

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

13 Zoals blijkt uit het aan het Hof overgelegde dossier, is op 30 juli 2015, na een openbare procedure voor de plaatsing van een overheidsopdracht die door de directeur voor rijkswegen als aanbestedende dienst was uitgeschreven, een overeenkomst gesloten betreffende de aanleg van snelweg S-5 Poznań – Wrocław, knooppunt Poznań A 2, dorp Gluchowo-Wronczyn (Polen), met de bouwondernemingen die zich daarvoor hadden ingeschreven.

14 Krachtens deze overeenkomst zijn op verzoek van de bouwondernemingen aan de aanbestedende dienst twee garanties verleend door een verzekeringsonderneming naar Bulgaars recht, Evroins AD. De eerste garantie betrof de goede uitvoering en was geldig tot en met 31 juli 2019, maar is tot en met 30 juni 2024 verlengd. Deze garantie biedt bescherming tegen de niet-uitvoering of slechte uitvoering van die overeenkomst. De tweede garantie, die geldig was tot en met 31 juli 2019, strekte tot verzekering van de betaling van een contractuele boete in geval van overschrijding van de uitvoeringstermijn.

15 Volgens de bepalingen van de betrokken overeenkomst wordt voor elk geschil dat zich bij de uitvoering ervan kan voordoen, de bevoegdheid toegekend aan het gerecht van de plaats van vestiging van de aanbestedende dienst en wordt het Poolse recht aangewezen als – ook op die garanties – toepasselijk recht.

16 Aangezien tussen partijen in het hoofdgeding geschillen zijn gerezen over de kwaliteit van de werkzaamheden of de tijdige uitvoering van de overeenkomst, hebben de bouwondernemingen bij de Sąd Okręgowy w Warszawie (rechter in eerste aanleg Warschau, Polen) een negatief declaratoire vordering ingesteld die er in wezen toe strekte de directeur voor rijkswegen te beletten zijn rechten op de uitgegeven garanties te doen gelden.

17 Bij dezelfde rechterlijke instantie hebben de bouwondernemingen verzoeken in kort geding ingediend die er met name toe strekten de directeur voor rijkswegen te verplichten tot en met 26 juni 2019 af te zien van zijn voornemen om de betrok-

ken overeenkomst op te zeggen, hun boeten in rekening te brengen en een beroep te doen op de door Evroins gestelde garantie voor de goede uitvoering van deze overeenkomst.

18 Bij beschikkingen van 7 juni 2019 en 2 december 2019 heeft de Sąd Okręgowy w Warszawie deze verzoeken in kort geding afgewezen, in wezen op grond dat het overgelegde bewijs niet toereikend was om aan te tonen dat er sprake was van fumus boni juris.

19 Naast de bij deze rechterlijke instantie aangespannen procedures hebben de bouwondernemingen op 31 juli 2019 bij de Sofijski gradski sad (rechter voor de stad Sofia, Bulgarije) een verzoek in kort geding ingediend dat inhoudelijk overeenkwam met die procedures tegen de directeur voor rijkswegen. Dit verzoek is niet-ontvankelijk verklaard bij beschikking.

20 De Apelativen sad – Sofia (rechter in tweede aanleg Sofia, Bulgarije) heeft die beschikking vernietigd, het verzoek in kort geding op grond van artikel 389 GPK en artikel 35 van verordening nr. 1215/2012 toegestaan en beslag gelegd op de schuldvordering van de directeur voor rijkswegen, welke schuldvordering is gebaseerd op de twee door Evroins verleende garanties.

21 De directeur voor rijkswegen heeft cassatieberoep ingesteld bij de Varhoven kasatsionen sad (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Bulgarije) en is daarbij met name opgekomen tegen de toepassing in casu van verordening nr. 1215/2012, stellende dat de procedure in het hoofdgeding niet onder het begrip 'burgerlijke en handelszaken' in de zin van artikel 1, lid 1, van die verordening valt.

22 Bij die gelegenheid heeft hij uit hoofde van verordening (EG) nr. 1896/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 tot invoering van een betalingsbevelprocedure (PB 2006, L 399, blz. 1) een Europees betalingsbevel overgelegd dat door de Sąd Okręgowy w Warszawie is uitgevaardigd tegen Evroins.

23 De verwijzende rechter heeft de rechtspraak van het Hof ter zake in herinnering gebracht en zijn twijfels uiteengezet over de vraag of het hoofdgeding wel een burgerlijke of handelszaak betreft in de zin van verordening nr. 1215/2012, gelet op het feit dat de Poolse contractant een aanbestedende dienst is.

24 Voor het geval dat dit geding binnen de werkingssfeer van verordening nr. 1215/2012 valt, vraagt de verwijzende rechter zich af of de bevoegdheid van een krachtens artikel 35 van deze verordening aangezocht gerecht om een maatregel in kort geding te nemen, is uitgesloten omdat het gerecht dat bevoegd is om kennis te nemen van het bodemgeschil, in casu een Poolse gerecht, zich reeds over een soortgelijk verzoek heeft uitgesproken. In dit verband geeft de verwijzende rechter aan dat het bestaan van een beslissing op een verzoek in kort geding volgens het nationale recht, te weten de artikelen 389 en 390 GPK, niet in de weg staat aan een later verzoek bij de bevoegde rechter.

25 De verwijzende rechter vraagt zich tevens af of een verzoek in kort geding uitsluitend moet worden onderzocht in het licht van het autonome begrip voorlopige en bewarende maatregelen, te weten maatregelen die bedoeld zijn om een feitelijke of juridische situatie te handhaven ter bewaring van rechten waarvan de erkenning langs andere weg wordt gevraagd voor de rechter die van het bodemgeschil kennisneemt (arrest van 3 september 2020, *Supreme Site Services e.a.*, C-186/19, EU:C:2020:638, punt 50), dan wel of het verzoek in het licht van alle in het recht van de aangezochte rechter gestelde voorwaarden moet worden onderzocht. De rechter verduidelijkt dat hij artikel 393 GPK in dit laatste geval krachtens het doeltreffendheidsbeginsel mogelijk buiten toepassing moet laten.

26 Daarop heeft de Varhoven kasatsion en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

1) Moet artikel 1 van verordening [nr. 1215/2012] aldus worden uitgelegd dat een procedure zoals omschreven in deze verwijzingsbeslissing geheel of gedeeltelijk moet worden aangemerkt als een burgerlijke of handelszaak in de zin van artikel 1, lid 1, van deze verordening?

2) Wanneer een partij het recht heeft uitgeoefend om een verzoek om voorlopige/bewarende maatregelen in te dienen en het gerecht dat bevoegd is om kennis te nemen van het bodemgeschil, reeds op dat verzoek heeft beslist, moet dan het gerecht waarbij op dezelfde grondslag een verzoek om voorlopige voorzieningen wordt ingesteld krachtens artikel 35 van verordening [nr. 1215/2012], onbevoegd worden geacht vanaf het moment dat het bewijs wordt geleverd dat het gerecht dat bevoegd is in de bodemzaak een beslissing op dat verzoek heeft gegeven?

3) Indien uit de antwoorden op de eerste twee prejudiciële vragen volgt dat het gerecht waarbij een verzoek krachtens artikel 35 van verordening [nr. 1215/2012] is ingediend, bevoegd is, moeten dan de voorwaarden voor het gelasten van bewarende maatregelen krachtens artikel 35 van [die verordening] autonoom worden uitgelegd? Moet een bepaling op grond waarvan in een geval als het onderhavige geen bewarende maatregel jegens een openbare instelling kan worden gelast, buiten toepassing worden gelaten?

Procedure bij het Hof

27 De verwijzende rechter heeft het Hof verzocht de prejudiciële verwijzing in de onderhavige zaak te behandelen volgens de versnelde procedure van artikel 105 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof. Ter ondersteuning van zijn verzoek heeft deze rechter aangevoerd dat hij vanwege de aard van het hoofdinging krachtens de nationale regels op korte termijn uitspraak moet doen en dat

de toegestane voorlopige maatregelen impliceren dat een van de partijen bij de in het hoofdinging aan de orde zijnde overeenkomst haar rechten gedurende een lange periode tot de beëindiging van de bodemprocedure niet kan doen gelden.

28 Artikel 105, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering bepaalt dat de president van het Hof op verzoek van de verwijzende rechter, of bij wijze van uitzondering ambtshalve, wanneer de aard van de zaak een behandeling binnen korte termijnen vereist, de rechter-rapporteur en de advocaat-generaal gehoord, kan beslissen een prejudiciële verwijzing te behandelen volgens een versnelde procedure.

29 Zoals blijkt uit de rechtspraak van het Hof, kan noch het feit dat een verzoek om een prejudiciële beslissing in het kader van een kort geding is ingediend, noch de omstandigheid dat de verwijzende rechter alles in het werk dient te stellen voor een snelle afwikkeling van het hoofdinging, op zich volstaan voor een versnelde procedure op grond van artikel 105, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering (zie in die zin beschikkingen van de president van het Hof van 23 januari 2007, *Consel Gi. Emme*, C-467/06, niet gepubliceerd, EU:C:2007:49, punt 7, en 23 december 2015, *Vilkas*, C-640/15, niet gepubliceerd, EU:C:2015:862, punt 8 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

30 Gelet op het voorgaande is het verzoek van de verwijzende rechter om de onderhavige zaak volgens de versnelde procedure van artikel 105, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering te behandelen, bij beslissing van de president van het Hof van 20 november 2020 afgewezen.

31 Niettemin heeft de president van het Hof op dezelfde dag beslist dat de zaak overeenkomstig artikel 53, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering bij voorrang zal worden berecht.

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

32 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1, lid 1, van verordening nr. 1215/2012 aldus moet worden uitgelegd dat een kort geding dat volgens de regels van gemeen recht bij een gerecht van een lidstaat aanhangig is gemaakt en ziet op boeten vanwege de uitvoering van een op de aanleg van een snelweg betrekking hebbende overeenkomst die is gesloten na een openbare aanbestedingsprocedure waarbij de aanbestedende dienst een openbare instelling is, onder het begrip 'burgerlijke en handelszaken' in de zin van die bepaling valt.

33 In artikel 1, lid 1, van verordening nr. 1215/2012 is bepaald dat deze verordening wordt toegepast in burgerlijke en handelszaken. Bijgevolg heeft de eerste prejudiciële vraag betrekking op de vraag of bovengenoemd kort geding binnen de werkingssfeer van verordening nr. 1215/2012 valt.

34 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat het kort geding in het hoofdinging strekt tot verkrijging van voorlopige maatregelen die bedoeld

zijn om te waarborgen dat een feitelijke situatie in stand blijft waarover de rechter in het kader van een bodemprocedure moet oordelen, waarbij dat kort geding en die procedure tussen dezelfde partijen aanhangig zijn. Een dergelijk kort geding heeft dus betrekking op 'voorlopige en bewarende maatregelen' in de zin van artikel 35 van verordening nr. 1215/2012, mits het binnen de werkingssfeer van deze verordening valt.

35 In dit verband heeft het Hof geoordeeld dat de vraag of voorlopige en bewarende maatregelen binnen de werkingssfeer van deze verordening vallen, niet aan de hand van hun eigen aard moet worden beantwoord, maar aan de hand van de aard van de rechten ter waarborging waarvan de maatregelen in wezen bedoeld zijn (arrest van 3 september 2020, *Supreme Site Services e.a.*, C-186/19, EU:C:2020:638, punt 54).

36 Uit vaste rechtspraak van het Hof volgt tevens dat, om vast te stellen of een zaak al dan niet onder het autonome begrip 'burgerlijke en handelszaken' in de zin van artikel 1, lid 1, van verordening nr. 1215/2012 en dus binnen de werkingssfeer van deze verordening valt, de rechtsbetrekking tussen de procespartijen en het voorwerp van het geschil moeten worden vastgesteld of, als alternatief, de grondslag en de nadere regels voor de geldendmaking van de vordering moeten worden onderzocht (arrest van 16 juli 2020, *Movic e.a.*, C-73/19, EU:C:2020:568, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

37 Zo heeft het Hof herhaaldelijk geoordeeld dat ofschoon bepaalde geschillen tussen een overheidsinstantie en een particulier binnen de werkingssfeer van verordening nr. 1215/2012 kunnen vallen wanneer het beroep in rechte betrekking heeft op *acta jure gestionis*, dit anders is wanneer het overheidsorgaan handelt in de uitoefening van openbaar gezag (zie in die zin arresten van 12 september 2013, *Sunico e.a.*, C-49/12, EU:C:2013:545, punt 34, en 7 mei 2020, *Rina*, C-641/18, EU:C:2020:349, punt 33 (NJ 2020/221; *red.*) en aldaar aangehaalde rechtspraak).

38 Het feit dat door een van de partijen bij een geding bevoegdheden van openbaar gezag worden uitgeoefend door gebruikmaking van bevoegdheden die buiten het bestek vallen van de voor betrekkingen tussen particulieren geldende regels, sluit een dergelijk geding immers uit van 'burgerlijke en handelszaken' in de zin van artikel 1, lid 1, van verordening nr. 1215/2012 (arrest van 3 september 2020, *Supreme Site Services e.a.*, C-186/19, EU:C:2020:638, punt 57 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

39 Het Hof heeft tevens geoordeeld dat het openbare doel van bepaalde activiteiten op zich niet volstaat om die activiteiten te kwalificeren als *acta jure imperii*, voor zover zij niet overeenstemmen met de uitoefening van bevoegdheden die buiten het bestek van de voor betrekkingen tussen particulieren geldende regels vallen (arrest van 3 september 2020, *Supreme Site Services e.a.*, C-186/19, EU:C:2020:638, punt 66 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

40 Wat in casu de rechtsbetrekking tussen partijen in het geding en het voorwerp van het geschil betreft, blijkt uit de gegevens van het dossier waarover het Hof beschikt dat het kort geding in het hoofdgeding tot doel heeft de vorderingsrechten te beschermen die voortvloeien uit de overeenkomst die de bouwondernemingen en de directeur voor rijkswegen op 30 juli 2015 hebben gesloten.

41 Noch het voorwerp van een dergelijke overeenkomst, noch de omstandigheid dat alleen de directeur voor rijkswegen een openbare aanbestedingsprocedure voor de aanleg van een snelweg mag instellen, kan echter worden geacht de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag aan te tonen.

42 Wat voorts de grondslag en de nadere regels voor de geldendmaking van de vordering betreft, moet worden opgemerkt dat de eerste vraag, zoals de verwijzende rechter heeft uiteengezet, betrekking heeft op een kort geding dat volgens de regels van gemeen recht aanhangig is gemaakt.

43 Zelfs indien een overeenkomst als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, voortvloeit uit een openbare aanbestedingsprocedure en betrekking heeft op de aanleg van een snelweg, ontstaat daardoor tussen partijen dus een rechtsbetrekking in het kader waarvan zij vrijwillig rechten en verplichtingen zijn aangegaan. Deze rechtsbetrekking valt bijgevolg binnen de werkingssfeer van burgerlijke en handelszaken in de zin van artikel 1, lid 1, van verordening nr. 1215/2012.

44 De omstandigheid dat op grond van een nationale bepaling, zoals artikel 393 GPK, geen kort geding betreffende een geldvordering jegens met name de staat en openbare instellingen kan worden ingesteld, en daarmee voor de staat en die instellingen dus immuniteit van rechtsmacht lijkt te gelden, hetgeen de verwijzende rechter dient vast te stellen, doet niet af aan het feit dat een vordering als in het hoofdgeding valt onder burgerlijke en handelszaken in de zin van artikel 1, lid 1, van verordening nr. 1215/2012.

45 De immuniteit staat immers niet automatisch in de weg aan de toepassing van verordening nr. 1215/2012 (zie in die zin arrest van 3 september 2020, *Supreme Site Services e.a.*, C-186/19, EU:C:2020:638, punt 62).

46 Gelet op deze overwegingen luidt het antwoord op de eerste vraag dat artikel 1, lid 1, van verordening nr. 1215/2012 aldus moet worden uitgelegd dat een kort geding dat volgens de regels van gemeen recht bij een gerecht van een lidstaat aanhangig is gemaakt en ziet op boeten vanwege de uitvoering van een op de aanleg van een snelweg betrekking hebbende overeenkomst die is gesloten na een openbare aanbestedingsprocedure waarbij de aanbestedende dienst een openbare instelling is, onder het begrip 'burgerlijke en handelszaken' in de zin van die bepaling valt.

Tweede vraag

47 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in weten te vernemen of artikel 35 van verordening nr. 1215/2012 aldus moet worden uitgelegd dat een gerecht van een lidstaat waarbij op grond van die bepaling een verzoek om voorlopige of bewarende maatregelen is ingediend, zich onbevoegd moet verklaren wanneer het gerecht van een andere lidstaat, dat bevoegd is in de bodemzaak, reeds uitspraak heeft gedaan op een verzoek dat hetzelfde onderwerp betreft, op dezelfde oorzaak berust en tussen dezelfde partijen is ingediend.

48 Deze vraag strekt ertoe de verwijzende rechter duidelijkheid te verschaffen over zijn bevoegdheid om kennis te nemen van het bij hem aanhangige verzoek om voorlopige maatregelen. Vooraf zij evenwel opgemerkt dat deze bevoegdheid niet alleen afhangt van het antwoord op de tweede vraag, zoals geherformuleerd.

49 In het bijzonder bevat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst voor bouwwerkzaamheden, zoals blijkt uit de motivering van de verwijzingsbeslissing, een forumkeuzebeding ten gunste van de Poolse gerechten voor geschillen die naar aanleiding van de uitvoering van die overeenkomst kunnen ontstaan.

50 Zoals de advocaat-generaal in de punten 59 en 60 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, kunnen partijen in het systeem van verordening nr. 1215/2012, en met name krachtens artikel 25 ervan, contractueel de internationale rechterlijke bevoegdheid vastleggen om voorlopige of bewarende maatregelen te gelasten en kan worden aangenomen dat een in algemene bewoordingen opgesteld forumkeuzebeding de bevoegdheid van het gekozen gerecht uitbreidt tot het gelasten van voorlopige of bewarende maatregelen.

51 Hoewel partijen in het hoofdgeding ter rechtzitting voor het Hof verschillende standpunten hebben ingenomen over de vraag of het forumkeuzebeding in de overeenkomst in het hoofdgeding zich uitstrekt tot de gevraagde voorlopige of bewarende maatregelen, dient eraan te worden herinnerd dat de uitlegging en de reikwijdte van een dergelijk beding volgens de rechtspraak van het Hof een zaak is van de nationale rechter voor wie het beding wordt ingeroepen (zie in die zin arrest van 7 juli 2016, *Höszig*, C-222/15, EU:C:2016:525, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

52 Voorts zij verduidelijkt dat het eveneens aan de verwijzende rechter staat om op grond van artikel 35 van verordening nr. 1215/2012 te onderzoeken of er een reële band in de zin van de rechtspraak van het Hof bestaat tussen het voorwerp van de in het hoofdgeding gevraagde maatregelen en de op territoriale criteria gebaseerde bevoegdheid van de lidstaat van de aangezochte rechter (zie in die zin arrest van 17 november 1998, *Van Uden*, C-391/95, EU:C:1998:543, punt 40 (*NJ* 1999/339, m.nt. P. Vlas; *red.*)).

53 Wat het in de tweede vraag geformuleerde verzoek om uitlegging van dit artikel betreft, zij er

om te beginnen aan herinnerd dat wat de uitlegging van een Unierechtelijke bepaling betreft, volgens vaste rechtspraak van het Hof niet enkel rekening moet worden gehouden met de bewoordingen ervan, maar ook met de context ervan (zie in die zin arrest van 10 juni 2021, *KRONE – Verlag*, C-65/20, EU:C:2021:471, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

54 Volgens artikel 35 van verordening nr. 1215/2012 kunnen in de wetgeving van een lidstaat vastgestelde voorlopige of bewarende maatregelen bij de gerechten van die staat worden aangevraagd, zelfs indien een gerecht van een andere lidstaat bevoegd is om van het bodemgeskil kennis te nemen.

55 Krachtens dit artikel wordt de internationale rechterlijke bevoegdheid om voorlopige en bewarende maatregelen te gelasten, enerzijds dus verleend aan de gerechten van een lidstaat die bevoegd zijn van het bodemgeskil kennis te nemen, en anderzijds, onder bepaalde voorwaarden, aan de gerechten van andere lidstaten.

56 Wat de context van deze bepaling betreft, moet worden opgemerkt dat uit artikel 2, onder a), van deze verordening, gelezen in samenhang met overweging 33 ervan, volgt dat alleen voorlopige en bewarende maatregelen die zijn gelast door een gerecht dat bevoegd is om van het bodemgeskil kennis te nemen, worden aangemerkt als een 'beslissing', waarvan het vrije verkeer krachtens die verordening moet worden gewaarborgd.

57 Wanneer daarentegen voorlopige of bewarende maatregelen worden gelast door een gerecht van een lidstaat dat niet bevoegd is om van het bodemgeskil kennis te nemen, is de werking ervan krachtens verordening nr. 1215/2012 beperkt tot het grondgebied van die lidstaat.

58 Hieruit volgt dat een belanghebbende partij kan verzoeken om een voorlopige of bewarende maatregel, hetzij voor het gerecht van een lidstaat dat bevoegd is om van het bodemgeskil kennis te nemen, met vrij verkeer van de beslissing dienaangaande, hetzij voor de gerechten van andere lidstaten waar de goederen of de persoon ten aanzien waarvan de maatregel ten uitvoer moet worden gelegd, zich bevinden.

59 Hoewel aldus uit de opzet van verordening nr. 1215/2012 voortvloeit dat de gevolgen van beslissingen van gerechten van een lidstaat die bevoegd zijn om van het bodemgeskil kennis te nemen, anders zijn dan die van beslissingen van gerechten van andere lidstaten, neemt dit niet weg dat in deze verordening geen hiërarchie tussen deze gerechten is neergelegd.

60 In het bijzonder blijkt uit de bewoordingen van artikel 35 van die verordening geenszins dat die bepaling aan de gerechten van een lidstaat die bevoegd zijn om van het bodemgeskil kennis te nemen, de principiële bevoegdheid verleent om voorlopige en bewarende maatregelen vast te stellen, wat betekent dat de gerechten van andere lidstaten niet meer bevoegd zouden zijn om dergelijke maatregelen te nemen nadat bij eerstgemelde gerecht-

ten een verzoek is ingediend om dergelijke maatregelen te gelasten of wanneer zij op een dergelijk verzoek hebben beslist.

61 Gelet op deze overwegingen moet op de tweede vraag worden geantwoord dat artikel 35 van verordening nr. 1215/2012 aldus moet worden uitgelegd dat een gerecht van een lidstaat waarbij op grond van die bepaling een verzoek om voorlopige of bewarende maatregelen is ingediend, zich niet onbevoegd hoeft te verklaren wanneer het gerecht van een andere lidstaat, dat bevoegd is in de bodemzaak, reeds uitspraak heeft gedaan op een verzoek dat hetzelfde onderwerp betreft, op dezelfde oorzaak berust en tussen dezelfde partijen is ingediend.

Derde vraag

62 Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 35 van verordening nr. 1215/2012 aldus moet worden uitgelegd dat voor het onderzoek van een verzoek om voorlopige of bewarende maatregelen autonome Unierechtelijke voorwaarden gelden en, zo ja, of dat artikel zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan geen kort geding betreffende een geldvordering jegens de staat of een openbare instelling kan worden ingesteld.

63 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat uit de bewoordingen van artikel 35 van verordening nr. 1215/2012 volgt dat het gerecht waarbij de zaak op grond van dat artikel aanhangig is gemaakt, overeenkomstig zijn nationale recht voorlopige maatregelen vaststelt.

64 In deze bepaling is dus een alternatieve bevoegdheid neergelegd voor de gerechten van een andere lidstaat dan die waarvan de gerechten bevoegd zijn om van het bodemgeschied kennis te nemen, maar zij garandeert niet dat een voorlopige of bewarende maatregel wordt gelast in een concreet geschil. Dat blijft volledig onderworpen aan de regelgeving van de aangezochte lidstaat.

65 Bijgevolg kan een nationale bepaling die de mogelijkheid beperkt om een maatregel in kort geding te gelasten betreffende een geldvordering jegens de staat en bepaalde openbare instellingen, niet onverenigbaar met de bevoegdheidsregel van artikel 35 van verordening nr. 1215/2012 worden geacht.

66 Deze zienswijze vindt steun in de context van artikel 35 van verordening nr. 1215/2012.

67 Verordening nr. 1215/2012 strekt er immers toe om op het gebied van de samenwerking in burgerlijke en handelszaken het vereenvoudigde en doeltreffende stelsel van regels inzake jurisdictiegeschillen en van erkenning en tenuitvoerlegging van gerechtelijke beslissingen dat is ingesteld bij de rechtsinstrumenten in het verlengde waarvan zij ligt, te versterken teneinde de justitiële samenwerking te vergemakkelijken en aldus bij te dragen tot de verwezenlijking van de opdracht van de Europese Unie om een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht te worden die berust op de hoge mate van vertrouwen die tussen de lidstaten moet bestaan (zie in

die zin arrest van 9 maart 2017, *Pula Parking*, C-551/15, EU:C:2017:193, punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

68 Bijgevolg heeft verordening nr. 1215/2012, net zomin als de rechtsinstrumenten die eraan zijn voorafgegaan, niet tot doel het formele recht van de verdragsluitende staten een te maken, maar de rechterlijke bevoegdheden voor de beslechting van geschillen in burgerlijke en handelszaken te verdeelen (zie naar analogie arrest van 6 juni 2002, *Italian Leather*, C-80/00, EU:C:2002:342, punt 43 (NJ 2006/321, m.nt. P. Vlas; red.) en aldaar aangehaalde rechtspraak).

69 Gelet op deze overwegingen moet op de derde vraag worden geantwoord dat artikel 35 van verordening nr. 1215/2012 aldus moet worden uitgelegd dat een verzoek om voorlopige of bewarende maatregelen moet worden onderzocht in het licht van het recht van de lidstaat van het aangezochte gerecht en dat het zich niet verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan geen kort geding betreffende een geldvordering jegens de staat of een openbare instelling kan worden ingesteld.

Kosten

70 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wgens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Eerste kamer) verklaart voor recht: [zie *cursieve kop*].

Noot

1. Een Poolse aanbesteding voor de aanleg van een autosnelweg heeft geleid tot een op onderdelen verrassend arrest van het Hof van Justitie over de mogelijkheid om voorlopige en bewarende maatregelen te verzoeken bij een andere rechter dan die waar op grond van de bevoegdheidsbepalingen van Verordening Brussel I-bis de bodemprocedure aanhangig is. Art. 35 Brussel I-bis voorziet in die mogelijkheid, zij het geclausuleerd. Het was alweer even geleden dat het Hof over dit onderwerp zijn zegje kon doen.

2. Hoe kwam het zo ver? Het Italiaans consortium TOTO SpA heeft van de Poolse aanbestedende dienst een overheidsopdracht gegund gekregen voor de aanleg van (een deel van) een autosnelweg. Op grond van de daartoe in 2015 gesloten overeenkomst heeft een Bulgaarse verzekeraar op verzoek van TOTO twee garanties verleend aan de Poolse aanbestedende dienst. Deze garanties dienden ter verzekering van de nakoming van de door TOTO aangegane verbintenissen. Vervolgens zijn er tussen partijen geschillen gerezen over de kwaliteit van de werkzaamheden dan wel de tijdige uitvoering. Om te voorkomen dat de aanbestedende

dienst vanwege die geschillen de garanties zou inroepen, heeft TOTO een negatief declaratoire vordering ingesteld bij de Poolse rechter die bevoegd was op grond van de forumkeuze in de overeenkomst. Ook heeft TOTO bij de Poolse rechter een kort geding ingesteld tegen de aanbestedende dienst waarin een gebod werd gevorderd om af te zien van het voornemen de overeenkomst op te zeggen en boetes op te leggen, alsook een beroep te doen op de door de Bulgaarse verzekeraar gestelde garanties. De Poolse rechter heeft op 7 juni 2019 de vorderingen in kort geding afgewezen. TOTO stelt daarom op 31 juli 2019 een kort geding in bij de Bulgaarse rechter ter verkrijging van eenzelfde gebod. Deze vordering wordt in eerste aanleg afgewezen maar in tweede aanleg toegewezen. In de cassatieprocedure die daarop volgt heeft de Bulgaarse rechter prejudiciële vragen gesteld.

3. De eerste prejudiciële vraag ziet op het materieel toepassingsgebied van Brussel I-bis. Daar is niets nieuws onder de zon. Het Hof stelt allereerst vast dat het in deze zaak om 'voorlopige en bewarende maatregelen' in de zin van art. 35 Brussel I-bis gaat. Het begrip 'voorlopige en bewarende maatregelen' dient verordeningsautonoom te worden uitgelegd. In casu gaat het om een maatregel waarmee wordt gewaarborgd dat de feitelijke situatie in stand wordt gehouden hangende de bodemprocedure (punt 34). Of voorlopige en bewarende maatregelen onder het materieel toepassingsgebied vallen, moet niet worden bepaald aan de hand van hun eigen aard maar aan de hand van de aard van de rechten ten behoeve waarvan de maatregelen zijn getroffen. Dat wisten we al sinds het arrest *de Cavel I* uit 1979 (143/78, NJ 1979/610) en is weer eens bevestigd in het arrest *Shape/Supreme* (C-186/19, NJ 2022/203). Vervolgens herhaalt het Hof zijn vaste jurisprudentie over de te hanteren maatstaf voor de beoordeling of een zaak al dan niet onder het begrip 'burgerlijke en handelszaken' valt om daarna te concluderen dat het geschil eronder valt. Die conclusie wordt niet anders wanneer sprake zou zijn van een uit het nationale recht voortvloeiende immuniteit van rechtsmacht van de eigen overheidsorganen, waar *in casu* sprake van lijkt te zijn (punt 44-45). Ten aanzien van de volkenrechtelijke immuniteit van jurisdictie volgde dit reeds uit de arresten *Rina* (C-641/18, NJ 2020/221) en *Shape/Supreme*. Over de verhouding tussen het volkenrechtelijke immuniteitsleerstuk en Brussel I-bis is overigens van alles te zeggen; ik verwijs daarvoor naar: A.A.H. van Hoek, 'Olie voor de troepen – over de NAVO als crediteur en de bevoegdheid van de Nederlandse rechter', AA 2021/55.

4. Meer nieuws brengt het antwoord op de tweede prejudiciële vraag. Deze vraag betreft de omstandigheid dat de Bulgaarse art. 35-rechter de door TOTO in kort geding ingestelde vorderingen heeft toegewezen, terwijl op dat moment de Poolse bodemrechter diezelfde vorderingen in een kort geding tussen dezelfde partijen reeds had afgewezen. Kan dat zomaar? Het Hof oordeelt van wel en

neemt daarbij een heel andere weg dan die A-G Rantos was ingeslagen.

5. Voordat ik daarop inga, eerst nog even dit: de overeenkomst tussen TOTO en de Poolse aanbestedende dienst bevat een forumkeuze voor de Poolse rechter voor geschillen die naar aanleiding van de uitvoering van de overeenkomst kunnen ontstaan. Wat betekent dat voor de bevoegdheid van de bodemrechter om voorlopige of bewarende maatregelen te nemen? Anders dan het geval is bij art. 35 hoeft er geen reële (territoriale) band te zijn tussen het voorwerp van de maatregel en het forum. De omstandigheid dat de bodembevoegdheid dus berust op een forumkeuze (en er dus mogelijk geen band is tussen het forum en de maatregel) staat op zichzelf niet in de weg aan het treffen van voorlopige en bewarende maatregelen door die rechter (vgl. Conclusie A-G, par. 55-56). Wel kan de formulering van het forumkeuzebeding een rol spelen. Het Hof overweegt daarover dat partijen de rechtsmacht om voorlopige en bewarende maatregelen te treffen contractueel kunnen vastleggen en dat daarbij uitgangspunt is dat 'een in algemene bewoordingen opgesteld forumkeuzebeding de bevoegdheid van het gekozen gerecht uitbreidt tot het gelasten van voorlopige of bewarende maatregelen' (punt 50). Een tweetal opmerkingen dringt zich op bij deze rechtsoverweging die mijns inziens niet uitblinkt in helderheid. Allereerst: uit de considerans van Brussel I-bis (par. 33) volgt dat 'een gerecht dat bevoegd is om van het bodemgeschil kennis te nemen' voorlopige en bewarende maatregelen kan nemen; de gekozen bodemrechter wordt daarvan niet uitgezonderd (zie bijv. ook Strikwerda/Schaafsma 2019, nr. 62). Dat de gekozen bodemrechter ook voorlopige en bewarende maatregelen mag nemen is daarom naar mijn mening een open deur. Uit de verwijzing door het Hof naar par. 58 en 59 van de Conclusie leid ik af dat het Hof eigenlijk iets anders bedoelt te zeggen, namelijk dat partijen ervoor kunnen kiezen voorlopige of bewarende maatregelen uit te sluiten van de bevoegdheid van de gekozen bodemrechter. Als het Hof dat inderdaad heeft bedoeld, zou ik menen dat die uitsluitingsmogelijkheid voor partijen ook bestaat ten aanzien van de rechter die op grond van een andere bevoegdheidsbepaling in Brussel I-bis bodembevoegdheid heeft. Ten tweede: de overweging van het Hof zou ook zo kunnen worden begrepen dat de omstandigheid dat het forumkeuzebeding tevens voorlopige en bewarende maatregelen omvat, betekent dat de weg naar art. 35 is afgesloten; de forumkeuzebevoegdheid is immers in beginsel exclusief. Het Hof verwijst in zijn overweging (wel naar par. 58 en 59 maar) niet naar par. 60 van de Conclusie, waarin de A-G opmerkt dat er niet van mag worden uitgegaan dat met een algemeen geformuleerde forumkeuze wordt afgezien van het voordeel van art. 35 Brussel I-bis. Uit de (latere) constatering van het Hof dat er geen hiërarchie bestaat tussen de bodemrechter en de art. 35-rechter (waarover zo dadelijk meer) en de omstandigheid dat het Hof daarbij geen onder-

scheid maakt tussen de verschillende grondslagen van die bodembevoegdheid (punt 59-60), zou kunnen worden afgeleid dat de soep niet zo heet gegeten wordt door het Hof. Helemaal duidelijk is het echter niet (zie in deze zin ook A. Knigge en M. Zilinsky in hun noot bij dit arrest in *JBPR* 2022/15, par. 13). Overigens roept het Hof nog wel in herinnering dat de uitlegging en de reikwijdte van een forumkeuzebeding is overgelaten aan de nationale rechter voor wie het beding is ingeroepen (punt 51), maar die zal daarbij toch de(z) jurisprudentie van het Hof in acht moeten nemen.

6. Terug naar het kernpunt van dit arrest. Het Hof brengt in herinnering dat het bij de uitleg van een bepaling niet alleen gaat om de bewoordingen ervan, maar ook om de context van de bepaling. Uit de bewoordingen van art. 35 volgt dat naast het gerecht van een EU-lidstaat die op grond van Brussel I-bis bevoegd is van het bodemgeskil kennis te nemen, ook de gerechten van de andere EU-lidstaten – onder bepaalde voorwaarden – bevoegd zijn om voorlopige en bewarende maatregelen te gelasten (punt 54-55). Uit de context volgt dat de werking van voorlopige en bewarende maatregelen gelast door de art. 35-rechter zijn beperkt tot het territoir van de betreffende lidstaat, daar waar de voorlopige en bewarende maatregelen gelast door de bodemrechter in beginsel vrij kunnen circuleren binnen de EU (zie de definitie van ‘beslissing’ in art. 2 sub a Brussel I-bis) en derhalve ook grensoverschrijdende werking kunnen hebben (punt 56-57). Hoewel de gevolgen dus verschillen naar gelang de bodemrechter of de art. 35-rechter om voorlopige of bewarende maatregelen wordt verzocht, kan daaruit naar het oordeel van het Hof niet worden afgeleid dat er een hiërarchie zou bestaan tussen de art. 35-rechter en de bodemrechter (punt 59). Met name kan uit (de bewoordingen van) art. 35 niet worden afgeleid dat de principiële bevoegdheid om voorlopige en bewarende maatregelen te gelasten bij de bodemrechter ligt. Daaruit trekt het Hof de conclusie dat de bevoegdheid van de art. 35-rechter niet vervalft indien de bodemrechter al om voorlopige en bewarende maatregelen is gevraagd of op een dergelijk verzoek reeds heeft beslist (punt 60). Dat betekent dat de Bulgaarse rechter zich niet onbevoegd hoeft te verklaren om kennis te nemen van de in kort geding ingestelde vorderingen ter verkrijging van een gebod jegens de Poolse aanbestedende dienst, omdat de Poolse (bodem)rechter die vorderingen reeds heeft afgewezen in een kort geding ‘dat hetzelfde onderwerp betreft, op dezelfde oorzaak berust en tussen dezelfde partijen is ingediend’ (punt 61).

7. De redenering van het Hof kan ik tot op zekere hoogte volgen. Dat er geen hiërarchie bestaat tussen de bodemrechter en de art. 35-rechter, in die zin dat het in de eerste plaats aan de bodemrechter is om voorlopige en bewarende maatregelen te gelasten, lijkt me niet meer dan logisch. Het bestaansrecht van art. 35 is toch vooral gelegen in de omstandigheid dat partijen de mogelijkheid moeten hebben om lokaal voorlopige en bewarende maat-

regelen te treffen. Vooral bij *ex parte* maatregelen, zoals het conservatoir beslag, ligt het niet voor de hand dat de bodemrechter om een grensoverschrijdend verlof wordt gevraagd (dat immers pas kan worden tenuitvoergelegd na betekening aan de verweerder, zie art. 2 sub a Brussel I-bis). Het kan wel, maar het vergt veel coördinatie en leidt niet zelden tot allerlei praktische complicaties (zie bijvoorbeeld *ECLI:NL:RBNNE:2019:2267*). Minder logisch vind ik de conclusie die het Hof trekt uit het ontbreken van hiërarchie. Brussel I-bis voorziet in twee verschillende oplossingen voor parallele procedures. Als beide procedures nog aanhangig zijn, kan sprake zijn van litispendingie. Dat heeft effect op de bevoegdheid. Als de eerste procedure niet meer aanhangig is, kan sprake zijn van erkenning van de gewezen beslissing. Dat heeft effect op de toewijsbaarheid van de vordering in de andere procedure. Vreemd genoeg rept het Hof met geen woord over deze twee mechanismen. Dat verbaast eens temeer nu A-G Rantos – die zich op aanwijzing van het Hof enkel richt op de tweede prejudiciële vraag en die vraag dus uitgebreid behandelt – dat wel doet, terwijl ook hij constateert dat er geen hiërarchie bestaat tussen de twee fora (kennelijk ongeacht de al dan niet exclusieve bevoegdheidsgrondslag van de bodemrechter). De A-G is van mening dat de litispendingieregeling van art. 29 ofwel de erkenningsregeling van toepassing is, afhankelijk van in welke stand de procedures zich bevinden.

8. Kan uit het stilzwijgen van het Hof worden afgeleid dat de litispendingieregeling van Brussel I-bis (sowieso) niet van toepassing is op de verhouding tussen de bodemrechter en de art. 35-rechter? Of gaat het Hof er niet op in omdat zijns inziens de Poolse procedure niet meer aanhangig is? Het was handig geweest als het Hof hier duidelijk in was geweest in plaats van verwarring te creëren door in zijn herformulering (en beantwoording) van de prejudiciële vraag dezelfde terminologie te gebruiken als in de litispendingieregeling (zie punt 47) maar daarover verder te zwijgen. Voor het geval we moeten uitgaan van het eerste scenario plaats ik de volgende kanttekeningen. De niet-toepasselijkheid van de litispendingieregeling laat zich mijns inziens niet verklaren door het ontbreken van hiërarchie tussen de bodemrechter en de art. 35-rechter. Bodemrechters moeten bij meerdere aanhangige procedures immers steeds de litispendingieregeling toepassen ongeacht of sprake is van hiërarchie tussen die bodemrechter (denk bijvoorbeeld aan parallele bodemprocedures op grond van art. 4 en art. 7 Brussel I-bis waarbij er geen sprake is van hiërarchie in bodembevoegdheid, of parallele bodemprocedures op grond van art. 7 en art. 24 Brussel I-bis waarbij er wel sprake is van hiërarchie in bodembevoegdheid). Dus waarom zou het ontbreken van hiërarchie in de onderhavige situatie wel de beslissende factor zijn? Om daarop voort te borduren: wat als er nog geen bodemprocedure aanhangig is en (dezelfde) voorlopige en bewarende maatregelen worden gevraagd bij twee potentiële bodemrechters? Leidt de onder-

havige uitspraak van het Hof er dan toe dat de litispendingeregeling ook dan niet van toepassing is? Wie het weet mag het zeggen.

9. Bovendien bestaat bij voorlopige en bewarende maatregelen evengoed een risico op onverenigbare beslissingen. Ook vanuit dat perspectief kan ik de redenering van A-G Rantos beter volgen dan die van het Hof. Wel kunnen er lastige vragen rijzen bij toepassing van de litispendingeregeling. Het is bijvoorbeeld niet duidelijk wanneer de bevoegdheid van de eerste rechter vaststaat ex art. 29 lid 3 als deze in eerste aanleg tevergeefs is betwist, maar daartegen nog (al dan niet tussentijds) appel kan worden ingesteld. Ofwel: moet de beslissing van de eerste rechter over zijn bevoegdheid onherroepelijk zijn? De verordening geeft hier geen antwoord op. Die vraag speelt overigens ook bij twee aanhangige bodemprocedures. Toegesplitst op voorlopige en bewarende maatregelen, doemt nog de vraag op wanneer de bevoegdheid van de (als eerste geadieerde) bodemrechter vaststaat, indachtig het gegeven dat de bodemrechter nu eenmaal bevoegd is om voorlopige en bewarende maatregelen te gelasten en betwisting van die bevoegdheid dus eigenlijk zinloos is. Zo zijn er meer vragen te bedenken. Vragen die gezien de benadering van het Hof geen beantwoording behoeven voor zover het om de verhouding tussen de bodemrechter en de art. 35-rechter gaat, en die ik hier derhalve verder laat rusten. Wat dat betreft biedt de uitspraak van het Hof een minder logische maar wel makkelijkere oplossing.

10. In zijn Conclusie houdt A-G Rantos er rekening mee dat de litispendingeregeling hier mogelijk niet van toepassing is. De Poolse rechter had immers al uitspraak gedaan en het verzoek om een voorlopige en bewarende maatregel afgewezen, voordat TOTO de Bulgaarse rechter hetzelfde verzoek deed. Er was dus mogelijk geen sprake van twee vorderingen die tegelijkertijd aanhangig waren. In dat geval komt volgens A-G Rantos Hoofdstuk III van Brussel I-bis in beeld: de Poolse aanbestedende dienst kan voor de Bulgaarse art. 35-rechter de erkenning van de (afwijzende) beslissing van de Poolse bodemrechter inroepen ex art. 37 Brussel I-bis, en TOTO zal een verzoek moeten doen om de erkenning te weigeren ex art. 46 jo. 45 Brussel I-bis (par. 79-83). A-G Rantos gaat er daarbij vanuit dat de beslissing van de Poolse rechter onherroepelijk moet zijn, maar ik aarzel of dat klopt. Uit art. 51 Brussel I-bis volgt immers dat de aangezochte rechter zijn beslissing over het weigeringsverzoek kan aanhouden als in het land van herkomst een rechtsmiddel is ingesteld of indien de termijn daarvoor nog niet is verstreken. Deze bepaling ziet mijns inziens ook op de situatie dat het weigeringsverzoek alleen betrekking heeft op erkenning en niet ook op tenuitvoerlegging (bijvoorbeeld omdat er niets ten uitvoer te leggen valt zoals het geval is bij een afwijzende beslissing); zie art. 45 lid 4 Brussel I-bis. Zou de Bulgaarse rechter (alsnog) toekomen aan Hoofdstuk III van Brussel I-bis, dan kan hij er

dus voor kiezen de onherroepelijkheid van de Poolse beslissing (zo die er nog niet was) niet af te wachten en te beslissen op het weigeringsverzoek en het verzoek om voorlopige en bewarende maatregelen. De uitspraak van het Hof staat daar niet aan in de weg; het beperkt zich in zijn antwoord op deze prejudiciële vraag immers tot bevoegdheid.

11. Tot slot beantwoordt het Hof de vraag of art. 35 zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan geen kort geding kan worden ingesteld jegens de staat of een openbare instelling. Het antwoord is kort en weinig verrassend. Art. 35 opent de deur naar voorlopige en bewarende maatregelen waarin het nationale recht van de rechter voorziet. Het geeft echter geen recht op een voorlopige of bewarende maatregel in een concreet geschil (punt 64). Een bepaling uit het materiële recht die in de weg staat aan het opleggen van een voorlopige of bewarende maatregel is derhalve niet onvereenigbaar met art. 35 Brussel I-bis, ook niet wanneer die bepaling – zoals in casu – neerkomt op een formele immuniteit. Het Hof herhaalt dat Brussel I-bis tot doel heeft de bevoegdheden tussen de lidstaten te verdelen, en niet hun formele recht te harmoniseren.

C.G. van der Plas

NJ 2022/203

HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE

3 september 2020, nr. C-186/19
(J.-C. Bonichot, M. Safjan, L. Bay Larsen, C. Toader, N. Jääskinen; A-G H. Saugmandsgaard Øe)
met redactionele aantekening

Art. 1, 24 Verordening (EU) nr. 1215/2012 (Verordening Brussel I-bis)

RvdW 2021/359
NJB 2020/2235
ECLI:EU:C:2020:252
ECLI:EU:C:2020:638

Verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens art. 267 VWEU, ingediend door de Hoge Raad der Nederlanden bij arrest van 22 februari 2019.

Verordening Brussel I-bis. Rechterlijke bevoegdheid. Vorderingen in kort geding tot opheffing conservatoir beslag alsmede tot verbod om opnieuw beslag te leggen, ingesteld door internationale organisatie met een beroep op immuniteit van executie. Materieel toepassingsgebied; begrip ‘burgerlijke en handelszaken’ in de zin van art. 1, lid 1. Exclusieve bevoegdheid op grond van art. 24, punt 5, inzake geschillen ten aanzien van tenuitvoerlegging beslissingen.

1) Art. 1, lid 1, Verordening Brussel I-bis moet aldus worden uitgelegd dat een vordering in kort geding die is ingesteld bij een rechterlijke instantie van een lid-