

EUROPEES RECHT

AAK20198876

Barbora Budinská, Timothy Roes & Valentin Vandendaele

Bij gebrek aan een terugtrekkingsakkoord zou de Brexit ten laatste op 29 maart 2019 plaatsvinden, twee jaar na de kennisgeving van het voornemen van het VK tot terugtrekking uit de Unie. De Europese Raad kon die termijn met instemming van het VK echter verlengen (art. 50 lid 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU)). Gezien de politieke omstandigheden is dat tot tweemaal toe gebeurd en de termijn loopt nu tot 31 oktober. Ondanks het uitstel, valt er nog steeds genoeg te vertellen over de Brexit. Zo zijn er bijvoorbeeld de complicaties die gepaard gaan met de potentiële deelname van het VK aan de verkiezingen voor het Europees Parlement ('The complications of a Brexit delay that runs into the European Parliament elections by Leonard Besselink and Bastian Michel', *BlogActiv*). Laatst geraadpleegd 23 april via <https://blogactiv.eu/>.

Ook binnen het recht van het externe optreden van de Unie werpt de Brexit een aantal vragen op. Het eerste deel van deze bijdrage staat hier even bij stil alvorens een analyse te geven van de recente rechtspraak van het Hof van Justitie over de externe betrekkingen van de Unie. Daarop volgt een bespreking van een selectie van drie arresten in verband met toezicht op kredietinstellingen, het nationaliteitsrecht en private handhaving in het mededingingsrecht respectievelijk.

Extern optreden van de Unie

Afgaand op de nieuwsbulletins van de afgelopen maanden lijkt het buitenlands beleid van de Unie zich de laatste tijd kort bij huis af te spelen. De terugtrekking van het Verenigd Koninkrijk uit en zijn toekomstige betrekkingen met de Unie beheersten het nieuws en hielden ook juristen bezig. Het Hof van Justitie (hierna: het Hof) mag dan bevestigd hebben dat de kennisgeving van het voornemen tot terugtrekking herroepbaar is (HvJ EU 10 december 2018, C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999 (*Wightman*)), andere rechtsvragen blijven voor discussie zorgen.

Mag het VK, voorlopig nog steeds een volwaardige lidstaat, nu al verdragen onderhandelen en afsluiten met derde landen in domeinen die tot de exclusieve bevoegdheid van de Unie behoren, zoals handelsbeleid? Welk forum is bevoegd om geschillen te beslechten die ontstaan naar

aanleiding van de Brexit? De autonomie van de EU-rechtsorde vereist dat het Hof de ultieme zeggenschap behoudt over de interpretatie van Unierecht, maar een van de drijfveren achter de terugtrekking is net de wens van het VK om zich aan de rechtsmacht van het Hof te onttrekken. Zal het Hof desgevraagd op grond van artikel 218 lid 11 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) een advies kunnen afleveren over de verenigbaarheid van het akkoord tot terugtrekking met de EU-Verdragen, net zoals het dat kan doen voor andere voorgenomen internationale overeenkomsten? Deze netelige vragen moeten in de komende maanden een antwoord krijgen.

Intussen staat de rechtspraak over de externe betrekkingen van de EU niet stil. In de *Antarctica*-zaak (HvJ EU 20 november 2018, C-626/15 en C-659/16, ECLI:EU:C:2018:925 (*Commissie/Raad*)) heeft het Hof van Justitie zich in Grote Kamer uitgesproken over de wettigheid van gemengd extern optreden in de context van gedeelde bevoegdheden. De Commissie had een beroep ingesteld tot nietigverklaring van onder andere een besluit van de Raad dat vervat lag in de conclusie van de voorzitter van het Comité van permanente vertegenwoordigers (Coreper). Met het besluit stemde de Raad ermee in dat ‘namens de EU en haar lidstaten’ een discussienota werd voorgelegd aan de CCAMLR, de Commissie voor de instandhouding van de levende rijkdommen in de Antarctische wateren. Die nota had betrekking op een toekomstig voorstel voor de inrichting van een beschermde mariene zone in dat gebied.

De Commissie was van mening dat de discussienota namens de Unie alleen, en niet namens de Unie en haar lidstaten aan de CCAMLR had moeten worden voorgelegd. In haar ogen viel de nota immers volledig of minstens ‘in hoofdzaak’ onder de exclusieve bevoegdheid van de Unie over de instandhouding van de biologische rijkdommen van de zee (art. 3 lid 1 onder d), VWEU). Volgens de Commissie had de Raad met haar gemengd optreden (‘namens de Unie en haar lidstaten’) dus de bevoegdheidsverdeling miskend. Opvallend was vooral het argument dat zij in ondergeschikte orde opwierp: zelfs al zou het Hof beslissen dat de discussienota binnen een bevoegdheid viel die de Unie deelde met de lidstaten, dan betekent dit nog niet dat het externe optreden gemengd hoefde te zijn.

De zaak bevat daarmee verschillende interessante rechtsvragen. Ten eerste, is een besluit van Coreper dat een simpele discussienota goedkeurt wel vatbaar voor een beroep tot nietigverklaring? Artikel 263 VWEU vereist immers dat het gaat om een handeling die beoogt rechtsgevolgen teweeg te brengen. Ten tweede, volstaat het dat een handeling ‘in hoofdzaak’ binnen een domein valt waarover de Unie exclusieve bevoegdheid heeft om de Unie exclusief bevoegd te maken voor de hele handeling? Zo’n zwaartepuntanalyse zou betekenen dat onderdelen die op zichzelf duidelijk tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren door hun accessoir karakter opgeslorpt worden door de bevoegdheid van de Unie. Ten derde, als de voorgenomen handeling binnen een gedeelde bevoegdheid valt, mag de Unie dan samen met de lidstaten (‘gemengd’) optreden of is ze, zoals advocaat-generaal Kokott argumenteerde,

verplicht die gedeelde bevoegdheid volledig uit te oefenen tenzij ze goede redenen heeft om dat niet te doen?

Over het antwoord van het Hof op de eerste twee vragen kunnen we kort zijn. Ook een handeling van Coreper moet op haar wettigheid getoetst kunnen worden wanneer zij beoogt rechtsgevolgen teweeg te brengen en dat is hier gezien de inhoud van het besluit zeker het geval. De beslissing om de discussienota namens de Unie en haar lidstaten voor te leggen is een zogeheten Uniestandpunt waarvan de Commissie vervolgens niet meer mocht afwijken wanneer ze de Unie vertegenwoordigde in de CCAMLR. Ten gronde past het Hof inderdaad zijn traditionele zwaartepuntstest toe. In tegenstelling tot wat de advocaat-generaal had bepleit hoort deze test dus niet beperkt te worden tot (horizontale) bevoegdheidsgeschillen tussen de Unie-instellingen. Het Hof komt tot het besluit dat milieubescherming het hoofdoel en voornaamste bestanddeel is van de discussienota en de voorgenomen maatregelen, niet het regelen van de activiteiten van vissersvaartuigen. De bevoegdheid is dus niet exclusief maar gedeeld.

Interessant is vooral wat het Hof antwoordt op de derde vraag. Zoals een arrest van enkele maanden geleden al duidelijk had gemaakt hoeft gedeelde bevoegdheid niet te leiden tot gemengd optreden (HvJ EU 5 december 2017, C-600/14, ECLI:EU:C:2017:935 (*Duitsland/Raad (OTIF I)*)). Men noemt zo’n gemengd optreden wel eens ‘facultatief’ omdat het vermeden kan worden. De Raad kan namelijk beslissen om die externe bevoegdheid volledig uit te oefenen en daarmee de lidstaten uit het betreden terrein te weren (art. 2 lid 2 VWEU). Hier moest het Hof verduidelijken of de Raad een goede reden moet hebben om dat niet te doen. Mag het de bevoegdheid slechts deels uitoefenen louter en alleen om zo de lidstaten voor het overige deel in het extern optreden te betrekken naast de Unie? Met andere woorden, moet de Raad een gemengd optreden vermijden wanneer het dat kan of blijft de beslissing om de lidstaten te betrekken een politieke keuze?

Het Hof zegt niet ja, maar ook niet duidelijk nee. Het benadrukt dat er in deze specifieke omstandigheden een goede reden was voor een gemengd optreden: de Unie moet haar bevoegdheden namelijk in overeenstemming met het volkenrecht uitoefenen. Wanneer de Unie in de CCAMLR zou optreden zonder medewerking van haar lidstaten zou dat waarschijnlijk strijdig zijn met de AMLR Conventie, die internationale organisaties geen volledig autonome status toekent. Het zou bovendien op gespannen voet staan met het stelsel van verdragen inzake de Antarctische wateren. Sommige lidstaten zijn namelijk naast lid van de CCAMLR ook consultatieve partij bij het algemene Verdrag inzake Antarctica, dat een bijzondere plaats binnen dat stelsel inneemt. Volgens het Hof zouden hun verantwoordelijkheden en prerogatieven als consultatieve partijen — en daarmee de samenhang van het verdragsstelsel — in het gedrang komen als ze niet langer naast de Unie konden optreden in de CCAMLR.

Het *Antarctica*-arrest trekt nergens uitdrukkelijk in twijfel dat de keuze voor een gemengd optreden politiek van aard is. Tegelijk besteedt het opvallend veel aandacht

aan het rechtvaardigen van die keuze. Daarmee komt het Hof in zekere zin de advocaat-generaal tegemoet, voor wie de keuze voor een gemengd optreden bij gedeelde bevoegdheid vatbaar hoorde te zijn voor rechterlijke controle. De advocaat-generaal had de mogelijke strijdigheid met het volkenrecht echter nergens gesignaleerd en wanneer men de relevante verdragen bestudeert lijkt die onverenigbaarheid ook wat vergezocht. Is die brede, systematische interpretatie te verklaren vanuit de waarden van de Unie, waartoe ook het bijdragen aan de ontwikkeling van het internationaal recht behoort (art. 3 lid 5 VEU)? In dat geval weegt het arrest in zekere zin de noodzaak van een eengemaakt Unieoptreden af tegen die waarde. Of heeft het Hof de onverenigbaarheid met het volkenrecht aangegrepen om strategische redenen? Zo kon het de lidstaten voorzichtig laten weten dat het in staat is om de redenen voor een gemengd optreden te onderzoeken en dat het daarbij niet alleen oog heeft voor het versterken van de rol van de Unie in het buitenlands beleid. Om uiteenlopende redenen kan het niet alleen toegelaten, maar zelfs wenselijk zijn om de lidstaten te betrekken in het extern optreden van de Unie, zelfs als de Unie vanuit bevoegdheidsoogpunt alleen zou kunnen optreden.

Een ander opmerkelijk arrest is dat in de niet-nakomingsprocedure *Commissie t. Duitsland* (HvJ EU 27 maart 2019, C-620/16, ECLI:EU:C:2019:256 (*OTIF II*)). De aanleiding was het gedrag van de Duitse vertegenwoordiging in de Herzieningscommissie van de OTIF, de Intergouvernementele Organisatie voor het internationale spoorwegvervoer. Naast de meeste EU-lidstaten is ook de Unie zelf sinds enkele jaren lid van deze internationale organisatie. Die situatie leidt wel eens tot conflicten. Een coördinatieprocedure mag dan bepalen of het de Unie of de lidstaten zijn die de vergaderingen voorbereiden, verklaringen afleggen of stemmen, die procedure verwijst naar de (aard van de) bevoegdheid over de betreffende materie en daarover is vaak discussie mogelijk. Tegelijk is het vaste rechtspraak dat artikel 4 lid 3 VEU de Unie en haar lidstaten verplicht om nauw samen te werken wanneer het onderwerp van een verdrag deels binnen de bevoegdheid van de Unie valt en deels binnen de bevoegdheid van de lidstaten (zie al Advies 1/94, ECLI:EU:C:1994:384, par. 108).

Hier had de Raad op basis van artikel 218 lid 9 VWEU het standpunt bepaald dat namens de Unie moest worden ingenomen in de Herzieningscommissie. Duitsland was echter van mening dat twee punten niet binnen de bevoegdheid van de Unie vielen en het dus aan de lidstaten was om het stemrecht hierover uit te oefenen. Zonder dit vooraf met de Unie uit te klaren, stemde Duitsland in de internationale organisatie tegen het Uniestandpunt toen het desbetreffende punt ter sprake kwam. Bovendien verzette de Duitse vertegenwoordiging zich tijdens de zitting publiekelijk tegen dat Uniestandpunt en tegen de wijze van uitoefening van het stemrecht die bepaald was in het besluit tot vaststelling van het standpunt. Volgens de Commissie was dit een schending van het besluit dat het Uniestandpunt vaststelde en van de verplichting tot loyale samenwerking in artikel 4 lid 3 VEU.

Het Hof was het daarmee eens. Duitsland had eerder al het onderspit gedolven in een annulatieberoep dat het had ingesteld tegen het Uniestandpunt (de eerder aangehaalde zaak *OTIF I*). Het was dus een uitgemaakte zaak dat de Unie wel degelijk binnen de grenzen van haar bevoegdheid had gehandeld. Daarbij komt dat een lidstaat die de geldigheid van een Uniehandeling betwist niet het recht heeft om die handeling naast zich neer te leggen of zelf corrigerende of beschermende maatregelen te nemen. Ten gronde benadrukt het Hof eerst en vooral dat een besluit waarin een Uniestandpunt wordt bepaald de lidstaten bindt. Duitsland heeft dat besluit geschonden door tegen dat standpunt te stemmen en door de voorgeschreven wijze van uitoefening van het stemrecht (dat wil zeggen: door de Unie, niet door de lidstaten) niet te respecteren. Opvallend: dat het desbetreffende punt in het besluit voorzien was van de titel ‘aanbevolen gecoördineerd standpunt’ staat voor het Hof dat bindend karakter niet in de weg. Besluiten zijn verbindend in al hun onderdelen volgens artikel 288, vierde alinea, VWEU en de formulering van het eigenlijke standpunt (‘Amendementen op artikel 12 [...] worden gesteund’) liet volgens het Hof weinig aan de verbeelding over.

Ten tweede heeft Duitsland ook haar samenwerkingsverplichting geschonden, een verplichting die voortvloeit uit het vereiste van eenheid in de internationale vertegenwoordiging van de Unie en die des te sterker geldt waar het gaat om een akkoord dat deels tot de bevoegdheid van de Unie en deels tot die van de lidstaten behoort. Het gedrag van de lidstaat tijdens de zitting van de Herzieningscommissie heeft er namelijk ‘twijfel over [...] laten bestaan dat de Unie in staat is een standpunt naar voren te brengen en haar lidstaten te vertegenwoordigen op het internationale toneel’ en ‘dreigt de onderhandelingspositie van de Unie in de OTIF [...] te verzwakken’ (paragraaf 95). Duitsland schendt daarmee ook artikel 4 lid 3 VEU.

Deze zaak is een goede illustratie van de conflicten en coördinatieproblemen die eigen zijn aan het gefederaliseerde buitenlands beleid van de Unie. Tegelijk moet gezegd worden dat een expliciet en volgehouden verzet van een lidstaat binnen een internationale organisatie eerder zeldzaam en behoorlijk ernstig is. Het is wellicht om die reden dat het Hof zich niet beperkt tot het vaststellen van de schending van het besluit, maar ook de schadelijke gevolgen van de Duitse *démarche* voor het Uniebelang in de verf zet op basis van artikel 4 lid 3, VEU. De uitspraak is voor de Commissie een overwinning over de hele lijn en een niet mis te verstane waarschuwing aan de buitenlandse vertegenwoordigers van de lidstaten.

Berlusconi and Fininvest v Bank of Italy: Single banking supervision calls for single judicial review?

– Introduction

In its recent judgment in the *Berlusconi and Fininvest* case, the Court has decided to assume jurisdiction over preparatory measures adopted by national supervisory

authorities in cases of acquisition of a qualifying holding (CJEU 19 December 2018, C-219/17, ECLI:EU:C:2018:1023 (*Berlusconi and Fininvest*)).

– Background

In 2014, the first pillar of the Banking Union, the Single Supervisory Mechanism, became operational (Council Regulation (EU) 1024/2013). The European Central Bank is responsible for its over-all functioning, however, in a day-to-day supervision it often relies on the input from the national competent authorities (national central banks or national supervisory authorities).

One of a composite decision-making processes is the authorisation of a qualifying holding (Art. 22 and 23 of Directive 2013/36/EU, Art. 4(1)(c) and 15 of Council Regulation (EU) 1024/2013 and Art. 85 to 87 of Regulation (EU) 468/2014). A qualifying holding is a form of participation in a bank that amounts to significant ownership of shares or voting rights (10% or more; for a short explanation, see www.bankingsupervision.europa.eu/about/ssmexplained/html/qh.en.html (last access: 22 April 2019)). Given the fact that an owner of a qualifying holding can have a significant influence over the management of the bank, every acquisition or an increase in a qualifying holding must be notified to and assessed by a national authority and the European Central Bank acting within the framework of the Single Supervisory Mechanism.

– Facts of the case

Mr. Silvio Berlusconi is a majority shareholder and effectively the owner of the Fininvest credit institution. Fininvest acquired qualifying holdings in Banca Mediolanum and was therefore required to submit an application for approval of this acquisition. According to the relevant rules, the application was submitted to the Bank of Italy as the competent supervisory authority. After its preliminary assessment, the Bank of Italy forwarded the application to the European Central Bank advising it to oppose the acquisition *inter alia* due to Mr. Berlusconi's tax fraud conviction and other 'irregularities' he committed. The European Central Bank, after its own assessment, concurred with the opinion of the national authority and opposed the acquisition.

Mr. Berlusconi and Fininvest lodged an application before the Italian Council of State against the preliminary assessment of the Bank of Italy as well as an application for annulment pursuant to Article 263 TFEU before the General Court against the final decision adopted by the European Central Bank (see pending Case T-913/16 (*Fininvest and Berlusconi v ECB*)).

The Council of State stayed the proceedings and requested a preliminary ruling from the Court of Justice on the question which court – a national one or the Court of Justice – has jurisdiction to decide on the validity of a preliminary assessment of an acquisition of a qualifying holding adopted by a national authority (cf Art. 267 TFEU).

– Analysis of the Court

The division of competences between the Court of Justice and national courts is *prima facie* straight-forward: decisions taken by European Union institutions are reviewed by the Court of Justice, while measures issued by national authorities are reviewed by national courts.

The situation is more complicated in cases of composite-proceedings due to the fact that the final decision is a product of more or less formal input of at least two authorities – a national one and a Union one. In policy areas other than banking supervision, the Court has already dealt with the question which court has jurisdiction to review such a decision (for an overview of the case law, see the Opinion in Case C-219/17 ECLI:EU:C:2018:502 (*Berlusconi and Fininvest*), paras. 57-79). In essence, a national court will review decisions if the final decision-making power lies with the national authority, while the Court of Justice has jurisdiction to review a decision of composite proceedings where the Union authority has the final decision-making power.

Where the final decision-making power lies depends on the applicable legal framework. In the case at hand, the Court found that the final decision-making power in assessing a qualifying holding acquisition lies with the European Central Bank (CJEU 19 December 2018, C-219/17, ECLI:EU:C:2018:1023 (*Berlusconi and Fininvest*), paras. 52-56). The national authorities only support it by registering the application and making a preliminary assessment which is not binding on the European Central Bank (para. 55). The Court of Justice has, therefore, the competence to review the final decision. As regards the preparatory act of the national authority, the Court further interprets Article 263 TFEU in conjunction with Article 4(3) TEU as precluding national courts from reviewing preparatory acts adopted by national authorities pursuant to the final decision of the European Central Bank (para. 47). A conclusion to the contrary, allowing national courts to review national preparatory acts would hamper the effectiveness of the decision-making process because it would create a risk of 'diverging assessments in one and the same procedure' (para. 50).

– A brief comment

In *Berlusconi and Fininvest*, the Court has explicitly excluded national courts from reviewing national measures (para. 60). At first sight, it appears that the Court is pushing the boundaries of its jurisdiction within the framework of an action for annulment. The line of the 'traditional' divide of jurisdictions between national courts and the Court of Justice seems blurred. Yet, this judgment should be read in its specific context. According to the applicable law, the European Central Bank 'decides whether or not to oppose the acquisition on the basis of its assessment of the proposed acquisition and the NCA's draft decision' (Art. 87 of Regulation 468/2014, emphasis added). The discretion or, in the words of the Court, the decision-making power to issue a final decision lies clearly with the European Central Bank. This puts the review of such a decision squarely

within the Court's jurisdiction. Any irregularities occurring at the national stage of the procedure which might contaminate the validity of the final decision can only be reviewed incidentally, in connection with the final decision. Leaving the jurisdiction to review the national measures to the national courts could not only lead to contradicting outcomes within one procedure, but it might also prove more cumbersome and confusing for the applicants who might consider it necessary to lodge two separate applications, one before a national court and one before the Court of Justice. The Court's decision, therefore, seems to aim at protecting the uniform application of Union law as well as upholding legal certainty.

At the same time, one should be very careful in applying this judgment to other composite proceedings. The case law is rather fragmented, partially due to the fact that the allocation of decision-making power in composite proceedings depends on the relevant legal framework. For example, the procedure for authorisation to take up the business of a credit institution is another composite procedure within the Single Supervisory Mechanism. In contrast to the proceedings on authorisation of a qualifying holding, only a positive assessment of a national authority will be forwarded to the European Central Bank for a final decision (Art. 76-78 of Regulation (EU) 468/2014). If the national authority considers that an authorisation to take up the business of a credit institution should not be granted, it rejects the application in a final decision and merely informs the European Central Bank (Art. 75 of Regulation (EU) 468/2014). It is therefore questionable whether and if so to what extent the judgment at hand would apply to cases of authorisation to take up the business of a credit institution.

In sum, the judgment is a clear step towards a 'single judicial review' of composite proceedings (CJEU 19 December 2018, C-219/17, ECLI:EU:C:2018:1023 (*Berlusconi and Fininvest*)), para. 49) and further centralization of the banking supervision law. However, the case law on composite proceedings will probably remain fragmented and the question of jurisdiction might need to be determined on a case-by-case basis.

Tjebbes e.a. (nationaliteitsrecht)

In principe bepalen lidstaten zelf wie hun nationaliteit krijgt en wie deze kwijtraakt (HvJ EG 7 juli 1992, C-369/90, ECLI:EU:C:1992:295 (*Micheletti e.a.*), par. 10). Dat is het uitgangspunt.

In het arrest *Rottmann* (HvJ EU 2 maart 2010, C-135/08, ECLI:EU:C:2010:104) introduceerde het Hof van Justitie een belangrijke nuance. Die zaak betrof een persoon die door naturalisatie de nationaliteit van een lidstaat inwisselde voor die van een andere lidstaat. Op basis van een besluit van die tweede lidstaat tot intrekking van die naturalisatie dreigde hij echter ook zijn nieuwe nationaliteit en bijgevolg het door artikel 20 VWEU ingestelde Unieburgerschap en de bijbehorende rechten te verliezen. Het Hof stelde vast dat het Unierecht van toepassing is op een dergelijke situatie en dat de intrekking van de lidstaat het

Unierecht dient na te leven (par. 42 en 45). In dat geval kan een lidstaat zijn besluit tot intrekking van naturalisatie alsnog rechtvaardigen op grond van een reden van algemeen belang. Dat is mogelijk wanneer de betrokkene bedrog heeft gepleegd in het kader van de naturalisatieprocedure (par. 51). De nationale rechter dient het intrekkingbesluit dan wel nog te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel (par. 55).

In de zaak *Tjebbes e.a.* (HvJ EU 12 maart 2019, C-221/17, ECLI:EU:C:2019:189) kreeg het Hof van Justitie de kans om deze rechtspraak te verduidelijken. De zaak betrof vier personen die hun aanvraag voor een Nederlands paspoort afgewezen zagen omdat zij niet langer de Nederlandse nationaliteit hadden. Dit op grond van artikel 15 lid 1 onder c, en artikel 16 lid 1 onder d, van de Rijkswet op het Nederlanderschap, die voorzien in het verlies van de Nederlandse nationaliteit indien aan een aantal voorwaarden in verband met dubbele nationaliteit en verblijf is voldaan. De vraag was nu of deze regeling conform het Unierecht was indien het voor de betrokkenen leidde tot verlies van het Unieburgerschap zonder toetsing aan het evenredigheidsbeginsel.

Het Hof verduidelijkt dat het Unierecht van toepassing is indien de betrokkene de nationaliteit van één lidstaat heeft doch deze kwijtraakt en bijgevolg het Unieburgerschap en de bijbehorende rechten verliest (par. 32). De betrokkene hoeft dus niet eerst nog de nationaliteit van een andere lidstaat te hebben verloren. Uit het arrest *Tjebbes e.a.* blijkt bovendien duidelijker dan uit het arrest *Rottmann* dat de betrokkene niet ook het recht van vrij verkeer dient te hebben uitgeoefend, zoals de betrokkene in de zaak *Rottmann* had gedaan, opdat het Unierecht van toepassing zou vinden (S. Peers, 'Citizens of Somewhere Else? EU citizenship and loss of Member State nationality', *EU Law Analysis*. Laatst geraadpleegd 23 april 2019 via <http://eulawanalysis.blogspot.com/>)

Wat de rechtvaardiging van het nationaliteitsverlies betreft, stelt het Hof vervolgens dat een lidstaat er rechtmatig van mag uitgaan

'dat de nationaliteit de uitdrukking vormt van een effectieve band tussen hem en zijn onderdanen, en derhalve dat hij aan het ontbreken of eindigen van een dergelijke effectieve band het verlies van zijn nationaliteit verbindt. Het is eveneens rechtmatig dat een lidstaat de eenheid van nationaliteit binnen een en hetzelfde gezin wil beschermen' (par. 35).

Een lidstaat mag gebruikmaken van criteria zoals de Nederlandse om na te gaan of een effectieve band ontbreekt. Het gaat met name om een ononderbroken gewoon verblijf van tien jaar buiten de lidstaat en het gebied waarop het VEU van toepassing is of, wat minderjarigen betreft, het ontbreken van een effectieve band tussen ouders en lidstaat (par. 36). Hieruit volgt dat nationaliteitsverlies ook gerechtvaardigd kan worden wanneer de betrokkene geen bedrog heeft gepleegd zoals in *Rottmann* het geval was (zie Peers, <http://eulawanalysis.blogspot.com/>).

Tot slot geeft het Hof aan dat het nationaliteitsverlies in overeenstemming dient te zijn met het evenredigheidsbeginsel 'wat de gevolgen ervan voor de situatie van

de betrokkene en in voorkomend geval voor die van zijn gezinsleden uit het oogpunt van het Unierecht betreft', hetgeen de bevoegde nationale autoriteiten en rechters dienen na te gaan (par. 40). Een onderzoek van die gevolgen moet *überhaupt* mogelijk zijn en de bevoegde instanties moeten het nationaliteitsverlies eventueel retroactief teniet kunnen doen bij aanvraag van de betrokkene 'voor een reisdocument of enig ander document waaruit zijn nationaliteit blijkt' (par. 41-42).

Van belang bij dat onderzoek zijn de gevolgen van het nationaliteitsverlies voor 'de normale ontwikkeling van het gezins- en beroepsleven van de betrokkene', de vraag of het nationaliteitsverlies conform de grondrechten uit het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest) en met name het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven (art. 7) is, en het feit dat het nationaliteitsverlies het reizen naar een lidstaat voor gezins- en beroepsdoeleinden zou bemoeilijken (par. 44-46). Zijn verder van belang: de vraag of de betrokkene wel afstand kon doen van de nationaliteit van een derde land, het wegvallen van de consulaire bescherming op grond van artikel 20 lid 2, onder c), VWEU, wat mogelijk de veiligheid en vrijheid van de betrokkene kan aantasten, en wat minderjarigen betreft, het belang van het kind (art. 24 van het Handvest; par. 46-47).

Het soevereine recht van de lidstaten om zelf te bepalen wie hun nationaliteit krijgt en wie het kwijtraakt, is nog steeds het uitgangspunt. De lidstaten kunnen bovendien goede redenen hebben om dat recht züs of zo uit te oefenen. De beperking van dat recht door het Unierecht is dan ook een delicate kwestie. Anderzijds 'moet de hoedanigheid van burger van de Unie de primaire hoedanigheid van de onderdanen van de lidstaten zijn' en brengt die hoedanigheid een aantal rechten en plichten met zich mee (*Rottmann*, par. 43-44). Het is daarom cruciaal om precies aan te geven hoe de afweging tussen de belangen van de lidstaten en die van de Unieburgers dient te gebeuren. Dat is wat het Hof van Justitie beoogde te doen in het arrest *Rottmann* en, negen jaar later, in het arrest *Tjebbes e.a.* (zie ook S. Coutts, 'Bold and Thoughtful: The Court of Justice intervenes in nationality law Case C-221/17 Tjebbes', *European Law Blog*, laatst geraadpleegd 23 april 2019 via <https://europeanlawblog.eu/>).

***Skanska Industrial Solutions e.a.* (private handhaving van het mededingingsrecht)**

Normaal gezien is de entiteit die een inbreuk pleegt op de mededingingsregels verantwoordelijk voor dat gedrag. Dat volgt uit het beginsel van de persoonlijke aansprakelijkheid. Indien een 'juridische of organisatorische wijziging' van die entiteit geleid heeft tot een nieuwe entiteit en beide entiteiten 'in economisch opzicht identiek zijn', kan de nieuwe entiteit echter aansprakelijk worden gesteld. Dit om te vermijden dat sancties zouden worden omzeild (HvJ EG 11 december 2007, C-280/06, ECLI:EU:C:2007:775 (*ETI e.a.*), par. 39-42). Aldus kan een vennootschap aansprakelijk worden gesteld voor de inbreuk op de mededingings-

regels door een vennootschap die zij heeft overgenomen en die als zodanig niet meer bestaat (HvJ EU 5 december 2013, C-448/11 P, ECLI:EU:C:2013:801 (*SNIA/Commissie*), par. 23). Een dergelijke constructie kan de 'economische continuïteit' van de onderneming bewerkstelligen.

Deze rechtspraak verduidelijkt wie een geldboete van de Europese Commissie kan verwachten, maar in de zaak *Skanska Industrial Solutions e.a.* (HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204) stelde zich de vraag of dezelfde principes ook leidinggevend zijn bij het aanduiden van de aansprakelijke entiteit voor schadevergoeding wegens schending van de mededingingsregels. Met andere woorden, is de aansprakelijke entiteit voor publieke handhavingsdoeleinden dat ook voor private handhavingsdoeleinden? De onderliggende zaak betrof een schadeclaim tegen een aantal vennootschappen ten gevolge van het mededingingsverstorend gedrag van vennootschappen waarvan zij de activiteiten hadden overgenomen en die vervolgens waren ontbonden. Het Finse Hooggerechtshof vroeg zich af of artikel 101 VWEU dan wel het nationale recht de entiteiten hoort aan te duiden die aansprakelijk zijn voor schadevergoeding wegens schending van artikel 101 VWEU. Indien die bepaling het antwoord dient te bieden, wilde het Hooggerechtshof bovendien vernemen of dezelfde principes als in geldboetezaken toepassing vinden.

De onderneming in de zin van artikel 101 VWEU die die bepaling heeft geschonden, zo antwoordt het Hof van Justitie, is aansprakelijk voor vergoeding van de schade die daaruit voortvloeit (par. 32). Dit betekent ook dat de aansprakelijkheid van een vennootschap die niet meer bestaat, kan worden overgedragen aan de vennootschap die haar heeft overgenomen. Het eerdergenoemde criterium van de economische continuïteit is hier evengoed van toepassing (par. 38-39). Het Hof legt uit dat de aansprakelijkheid voor schadevergoeding wegens schending van de mededingingsregels, tot doel heeft bij te dragen aan de handhaving van die regels. In dat opzicht zou het ongepast zijn dat een onderneming haar aansprakelijkheid zou kunnen ontlopen door een eenvoudige juridische of organisatorische wijziging. De onderneming die aansprakelijk is voor schadevergoeding wegens schending van de mededingingsregels, dient dan ook dezelfde onderneming te zijn die de geldboete voor die schending kan oplopen (par. 42-47).

Het arrest *Skanska Industrial Solutions e.a.* is van belang voor overnames. Meer bepaald verhoogt het arrest het risico voor de overnemende vennootschap die niet zorgvuldig nagaat wat het precies in huis haalt. Immers, de vennootschap die de activiteiten van andere vennootschappen overneemt, zou zomaar eens de aansprakelijkheid van die vennootschappen kunnen erven voor schadevergoeding ten gevolge van hun vroegere mededingingsverstorende gedrag (zie ook, met betrekking tot de conclusie bij de zaak, J. Möhlmann & M. Fidler, 'AG Wahl advises the CJEU following preliminary questions in a Finnish cartel damage case on the relationship between European law and domestic law in the private enforcement of competition law', *CDC*, laatst geraadpleegd 23 april 2019 via www.carteldamageclaims.com).