

Geanonimiseerde bijlage bij Kamerstuk 31489, nr. 33

MEMORANDUM

Aan
Ministerie van Financiën

Van

Ons kenmerk

Datum 11 december 2009

Onderwerp **Schadevergoeding wegens mogelijk onrechtmatig handelen van de Europese Commissie**

1. Dit memorandum heeft betrekking op de vraag of de Staat de Europese Commissie aansprakelijk zou kunnen stellen voor onrechtmatig handelen bij het afdwingen van de desinvestering van HBU en IFN. Het memorandum moet worden gelezen in samenhang met mijn memorandum van 8 december 2009, waarin ik een samenvatting geef van eerdere adviezen door ons verstrekt inzake de desinvestering van HBU en IFN, en inga op de vraag of de Staat tegen deze desinvestering had kunnen opkomen in een voorlopige voorzieningenprocedure.
2. Krachtens artikel 340 van het Verdrag inzake de werking van de Europese Unie (WVEU, was: artikel 288 EG) moet de Europese Unie de schade vergoeden die door onrechtmatig handelen van haar instellingen is veroorzaakt.
3. De verplichting HBU en IFN te desinvesteren volgt uit de beschikking van de Commissie van 3 oktober 2007, waarbij de Commissie de overname van ABN AMRO heeft goedgekeurd onder de voorwaarde dat Fortis HBU en IFN desinvesteert binnen een bij die beschikking bepaalde termijn. Als gevolg van de overname van Fortis Bank Nederland (FBN) door de Staat is deze verplichting op de Staat komen te rusten, althans kan de Staat ABN AMRO NL en FBN niet fuseren zonder dat HBU en IFN worden gedesinvesteerd.
4. Tegen de beschikking van 3 oktober 2007 is geen beroep ingesteld. (Beroep had moeten worden ingesteld binnen twee maanden na 3 oktober 2007, derhalve voordat de Staat FBN heeft overgenomen.) Gegeven het feit dat geen beroep tegen de beschikking is ingesteld, kan een vordering tot schadevergoeding ex artikel 340 WVEU niet worden gebaseerd op de stelling dat de analyse van de Commissie van de gevolgen voor de mededinging van de overname van ABN AMRO NL door Fortis in 2007 onjuist was. Een dergelijke vordering tot schadevergoeding zou als een verkapt beroep tegen de beschikking zelf worden aangemerkt, en op die grond als niet-ontvankelijk worden aangemerkt.
5. Indien de Staat van mening is dat niet langer kan worden vastgehouden aan de remedie aangezien de omstandigheden sinds de beschikking van 3 oktober 2007 zijn gewijzigd, kan de Staat een herziening vragen van de beschikking. In mijn memorandum van 8 december 2009 (en in de daarin samengevatte, eerdere adviezen) heb ik reeds aangegeven dat de kans van slagen van een herzieningsverzoek gering moet worden ge-

Bijlage 1 (geanonimiseerd uit
31489, nr. 32)

11 december 2009

acht, vanwege het feit dat de marktverhoudingen sinds 3 oktober 2007 op de betrokken markten niet wezenlijk zijn gewijzigd. Tegen een weigering van een herzieningsverzoek zou de Staat nog wel beroep kunnen instellen, maar de kans van slagen van een dergelijk beroep is eveneens gering, gegeven de niet wezenlijk gewijzigde marktverhoudingen en de aanzienlijke beoordelingsvrijheid waarover de Commissie beschikt bij de beslissing op een herzieningsverzoek.

6. Indien een beroep tegen de afwijzing van een herzieningsverzoek niettemin zou worden toegewezen, zou(den) de Staat (c.q. ABN AMRO NL en FBN) mogelijk een basis hebben om vergoeding te vorderen van de schade geleden doordat ABN AMRO NL en FBN hun voorgenomen fusie hebben moeten uitstellen hangende het beroep. Het enkele feit dat het herzieningsverzoek in deze hypothese ten onrechte zou zijn afgewezen, zou echter niet voldoende zijn om aansprakelijkheid van de Commissie aan te nemen. Voor aansprakelijkheid van de Commissie moet sprake zijn van een "voldoende gekwalificeerde schending" van het gemeenschapsrecht. Bij de vaststelling van de vraag of sprake is van een "voldoende gekwalificeerde schending" van het gemeenschapsrecht moet in aanmerking worden genomen dat de economische analyses die de Commissie in het kader van het concentratietoezicht moet verrichten, in het algemeen complex zijn en binnen korte termijn moeten worden uitgevoerd. Daarnaast moet in aanmerking worden genomen dat de Commissie bij de beoordeling van concentraties (en zeker bij de beoordeling van herzieningsverzoeken) over een zekere beoordelingsvrijheid beschikt.¹ Gegeven de geringe kans van slagen van een beroep tegen een herzieningsverzoek, gecombineerd met dit verzwaarde aansprakelijkheids criterium, moet een vordering tot schadevergoeding zo goed als kansloos worden geacht.
7. Zoals aangegeven in mijn memorandum van 8 december 2009, zou de Staat ook nog een voor beroep vatbare beschikking van de Commissie kunnen uitlokken door de remedie niet uit te voeren. In dat geval kan de Commissie na een nader onderzoek de fusie van ABN AMRO NL en FBN alsnog verbieden. De Staat (c.q. ABN AMRO NL en FBN) zou(den) dan tegen deze verbodsbeschikking kunnen opkomen, en schadevergoeding kunnen vorderen als dit beroep succesvol is. Voor de kans van slagen van een vordering tot schadevergoeding op deze basis geldt hetzelfde als voor de hiervoor besproken vordering tot schadevergoeding wegens het afwijzen van een herzieningsverzoek: gelet op de geringe wijziging in de marktverhoudingen, gecombineerd met het verzwaarde aansprakelijkheids criterium, is een dergelijke vordering zo goed als kansloos.
8. Mijn conclusie is derhalve dat de Staat (c.q. ABN AMRO NL en FBN) geen serieuze mogelijkheid hebben om schadevergoeding te vorderen in verband met de desinvestering van HBU en IFN.

¹ Zie het arrest van het Gerecht in zaak T-351/03, *Schneider/Commissie*; het arrest van het Gerecht in zaak T-212/03, *My Travel/Commissie*; en het arrest van het Hof van Justitie in zaak C-440/07 P, *Schneider/Commissie*.