

Geanonimiseerde bijlage bij Kamerstuk 31489, nr. 33

MEMORANDUM

Aan
Ministerie van Financiën

Van

Ons kenmerk

Datum
8 december 2009

Onderwerp
ABN AMRO/ Fortis Bank Nederland

1. In dit memorandum geef ik een samenvatting van eerdere adviezen die wij hebben gegeven over de mogelijkheden van de Staat en ABN AMRO om te ontkomen aan de verplichting HBU en IFN te desinvesteren. Deze verplichting is opgelegd in de beschikking van de Europese Commissie van 3 oktober 2007 waarbij de overname van de Nederlandse activiteiten van ABN AMRO door Fortis is goedgekeurd. Verder ga ik in op de vragen die vanavond zijn gerezen in de Tweede Kamer over de mogelijkheid een voorlopige voorziening te verkrijgen in verband met deze verplichting.
2. Wij hebben diverse adviezen gegeven over de mogelijkheden om te ontkomen aan de verplichting HBU en IFN te desinvesteren. De essentie van deze adviezen is als volgt:
 - De Staat en/of ABN AMRO zouden een herziening kunnen vragen van de verplichting HBU en IFN te desinvesteren wegens gewijzigde omstandigheden. De kans dat de Commissie naar aanleiding van een dergelijk verzoek deze verplichting zal laten vervallen is echter gering. De omstandigheden zijn weliswaar gewijzigd maar dat geldt niet voor de mededingingsvoorwaarden op de relevante markten voor bancaire diensten aan het MKB en factoring diensten in Nederland. Onderzoek heeft uitgewezen dat de marktaandelen van ABN AMRO en Fortis Bank Nederland (FBN) op deze markten niet of nauwelijks zijn gedaald.
 - Wij hebben onderzocht of in plaats van HBU en IFN, Fortis Commercial Banking (FCB) en Fortis Commercial Factoring (FCF) zouden kunnen worden gedesinvesteerd. Bij gebreke van een geschikte koper voor deze bedrijfsonderdelen is deze mogelijkheid zuiver theoretisch.
 - Andere alternatieven voor de huidige remedie zijn er naar onze mening niet. Een verkoop van HBU en IFN (c.q. een desinvestering van FCB en FCF) aan een Nederlandse bank zal op bezwaren van de Commissie stuiten, ofwel vanwege een te grote concentratie op de relevante markt (in geval van een verkoop aan een grote Nederlandse bank), ofwel vanwege een te zwakke positie van de overnemer om voor voldoende concurrentie te zorgen (in geval van een verkoop aan een kleine Nederlandse bank). Een verzelfstandiging van HBU en IFN zal evenmin worden geaccepteerd omdat een zelfstandig HBU en IFN onvoldoende levensvatbaar is.
 - Aanvankelijk hebben wij nog onderzocht of de huidige remedie in omvang zou kunnen worden teruggebracht (door minder advieskantoren of regionale hoofdkantoren van ABN AMRO te desinvesteren). Dat zagen wij aanvankelijk als een mogelijkheid, nu FBN niet meer over een internationaal netwerk beschikte, een desinvestering van HBU complexer was geworden door het

Bijlage 3 (geanonimiseerd uit
31489, nr. 31)

uiteenvallen van Fortis en de marktaandelen van ABN AMRO NL en FBN in de relevante markten waren gedaald. Later is gebleken dat de marktaandelen niet wezenlijk waren afgenomen en is het terugbrengen van de omvang van de remedie niet verder onderzocht.

- De Staat zou kunnen opteren voor de mogelijkheid om ABN AMRO en FBN niet te fuseren. Formeel is dan nog steeds een herziening van de remedie vereist, maar het ligt voor de hand dat die in dat geval zal worden verleend. In dat geval zou de Commissie nog wel een herstructurering kunnen verlangen van de banken op grond van de staatssteunregels.
 - Indien geen herzieningsverzoek wordt ingediend, dan wel een ingediend verzoek wordt geweigerd, en HBU en IFN niet binnen de door de Commissie gestelde termijn worden gedesinvesteerd, zou de Commissie een boete en/of een last onder dwangsom kunnen opleggen. In dit geval ligt dat minder voor de hand, nu boetes en dwangsommen alleen kunnen worden opgelegd aan ondernemingen en de Staat in deze waarschijnlijk niet als onderneming kan worden gezien, en ABN AMRO en FBN geen verwijt kan worden gemaakt van de niet-naleving van de remedie als de Staat deze niet uitvoert.
 - In geval van niet-naleving van de remedie binnen de termijn vervalt de oorspronkelijke goedkeuring voor de fusie. De Commissie kan in dat geval een fusie van ABN AMRO en FBN niet zonder meer verbieden. Daartoe moet zij eerst een nader onderzoek instellen. (De beschikking van de Commissie waarbij de remedie is opgelegd is immers na een preliminair, eerste fase onderzoek genomen; voor een verbod is een meer uitgebreid, tweede fase onderzoek nodig.) Hangende zo'n onderzoek kunnen ABN AMRO en FBN niet fuseren. De kans dat de Commissie in zo'n uitgebreid onderzoek tot een ander oordeel zal komen is klein, nu de marktverhoudingen niet wezenlijk zijn gewijzigd.
 - De Commissie kan ook afzien van het instellen van een nader onderzoek. In dat geval geeft zij haar jurisdictie over de fusie van ABN AMRO en FBN prijs. De kans dat de Commissie dat zal doen is zeer gering, mede gelet op uittalingen van de Commissie dienaangaande. Indien ABN AMRO en FBN in dat geval alsnog willen fuseren, is toestemming van de NMa vereist. De kans dat de NMa een fusie van ABN AMRO en FBN zonder remedie zal goedkeuren, moet eveneens gering worden geacht. Ook in dit geval zal de fusie van ABN AMRO en FBN niet tot stand kunnen worden gebracht hangende het onderzoek van de NMa.
3. In onze adviezen zijn wij niet expliciet ingegaan op de mogelijkheden om beroep in stellen tegen een beschikking van de Commissie bij het Gerecht van de EU. Indien wij van mening zouden zijn geweest dat er een reële mogelijkheid bestond om beroep in te stellen zouden wij overigens zeker op die mogelijkheid hebben gewezen. Tegen de oorspronkelijke beschikking van de Commissie van 3 oktober 2007 waarbij de remedie is opgelegd, is geen beroep meer mogelijk omdat de beroepstermijn al in 2007 is verstreken. Tegen een afwijzing van de Commissie van een herzieningsverzoek of een verbodsbeschikking van de Commissie na een nader onderzoek is nog wel beroep mogelijk. Bij de beoordeling van een herzieningsverzoek beschikt de Commissie echter over een ruime discretionaire bevoegdheid. De kans van slagen van een beroep tegen een afwijzing van een herzieningsverzoek moet alleen al om die reden klein worden geacht. Bij een verbodsbeschikking is die discretionaire bevoegdheid kleiner, maar in beide gevallen geldt dat bij gebreke van een wezenlijke wijziging in de marktverhoudingen de kans van slagen van een beroep sowieso gering is. Ook hier geldt weer dat hangende de beroepen ABN AMRO en FBN niet kunnen worden geïntegreerd.
4. Een voorlopige voorziening kan alleen worden gevraagd in combinatie met een beroep ten gronde tegen de betreffende beschikking van de Commissie. Ik begrijp uit de discussie in de Kamer dat de voorlopige voorziening erop gericht zou moeten zijn dat hangende het beroep de fusie van ABN AMRO en FBN wordt toegestaan. De kans dat zo'n voorlopige voorziening zal worden toegewezen is zeer gering. Een voorlopige voorziening kan namelijk niet worden toegewezen als zij prejudicieert op de uitspraak in de hoofdzaak; anders zou de President rechtsprekend in kort geding het Gerecht

dat zich in de bodemprocedure moet uitspreken, voor de voeten lopen. Een voorlopige voorziening die erop neerkomt dat hangende het beroep kan worden gefuseerd zou sterk prejudiciëren op de uitspraak in de hoofdzaak. De President zal zo'n voorziening alleen maar toewijzen als hij er zonder meer van overtuigd is dat het beroep in de hoofdzaak zal worden toegewezen. Voor die overtuiging is in dit geval geen grond; zoals hiervoor is opgemerkt is de kans dat het beroep zal worden toegewezen klein nu de marktomstandigheden niet wezenlijk zijn veranderd.

* * * *