

## Memorandum

AUTEUR

DATUM 11 december 2009

### AANSPRAKELIJKHEID COMMISSIE IN VERBAND MET UITVOERING REMEDIE

#### 1. INTRODUCTIE

- 1.1 Bij beschikking van 3 oktober 2007 heeft de Europese Commissie op grond van de Europese concentratie verordening de overname goedgekeurd door Fortis Groep NV/SA ("*Fortis*") van de Nederlandse activiteiten van ABN AMRO Holding N.V. ("*ABN AMRO*"), meer in het bijzonder de business units Nederland, Private Clients en Asset Management ("*beschikking*").<sup>1</sup>
- 1.2 Teneinde de mededingingsrechtelijke bezwaren van de Commissie in verband met de overlap tussen de activiteiten van Fortis en de over te nemen activa van ABN AMRO op de Nederlandse markten weg te nemen, is door de meldende partij (Fortis) toegezegd de Hollandsche Bank Unie NV met een aantal aanvullende activa (*New HBU*) en IFN Finance BV (*IFN*) aan een internationale bank af te stoten. In de beschikking is bepaald dat deze verbintenis ("*EC remedy*") eerst dient te worden uitgevoerd voordat Fortis zeggenschap mag verwerven over de relevante ABN AMRO assets.
- 1.3 Op 3 oktober 2008 heeft de Staat in verband met de dreigende déconfiture van Fortis de eigendom verworven van Fortis Bank Nederland ("*FBN*") en het door FBN op dat moment gehouden belang in ABN AMRO, de "N-Share", thans het aan de Staat toegedeeld gedeelte van de activiteiten van de ABN AMRO. De Staat heeft de positie van Fortis in de vigerende Consortium Shareholders Agreement ("*CSA*") overgenomen. In december 2008 heeft de Staat de aandelen van RFS Holding B.V. van FBN overgenomen. Als gevolg daarvan houdt de Staat thans rechtstreeks het belang in de Nederlandse activiteiten van ABN AMRO ("*ABN AMRO NL*"). De Staat is voornemens FBN en ABN AMRO NL te integreren.
- 1.4 De Commissie heeft steeds het standpunt ingenomen dat de Staat onverminderd gebonden is aan de voorwaarden van de beschikking, in het bijzonder de eis dat de EC remedy wordt uitgevoerd voordat integratie plaatsvindt. In de visie van de Commissie doet de verwerving door de Staat van FBN en de ineenstorting van de Fortis Groep (de enige geadresseerde van de beschikking) niet af aan de gelding van de beschikking en de eis dat de HBU/IFN remedie wordt uitgevoerd. De Commissie

---

<sup>1</sup> Commissie beschikking van 3 oktober 2007, zaak M.4844/Fortis – ABN AMRO Assets. De Commissie verleende eveneens, bij afzonderlijke beschikkingen, goedkeuring voor de overnames door respectievelijk RBS en Santander van de aan hen gealloceerde delen van ABN AMRO. Deze beschikkingen zijn niet relevant voor dit memorandum.

baseert dit standpunt mede op het gegeven dat de Staat de rechten en plichten van Fortis onder de CSA heeft overgenomen. De Commissie heeft steeds aangedrongen op uitvoering van de HBU/IFN remedie binnen de in de beschikking gestelde (overigens herhaaldelijk door de Commissie verlengde) termijn.

- 1.5 De minister van Financiën heeft de Tweede Kamer op 19 november jl. bericht dat de Staat meent aan de EC remedy gebonden te zijn, ook bij de huidige stand van zaken, en dat deze zal worden uitgevoerd door verkoop van new HBU en IFN aan Deutsche Bank, hetgeen door de minister als voorwaarde wordt gezien voor een integratie tussen FBN en ABN AMRO NL.<sup>2</sup>
- 1.6 In dit memorandum gaan wij in op de vraag naar de mogelijkheden voor de Staat om schadevergoeding te vorderen van de Commissie omdat de Commissie heeft vastgehouden aan de EC remedy als voorwaarde voor integratie van FBN en ABN AMRO NL.
- 1.7 Zoals hierna wordt uitgewerkt, verwachten wij niet dat de Europese rechter de Commissie aansprakelijk zal achten voor vaststellen, handhaven en verlengen van de beschikking. Evenmin verwachten wij dat de Commissie met succes aansprakelijk kan worden gehouden voor het stellen van de voorwaarde van afstoting van New HBU en IFN voorafgaand aan integratie van FBN en ABN AMRO NL. Wij achten het bovendien onwaarschijnlijk dat voldoende verband kan worden aangetoond tussen de schade die mogelijk het gevolg zal zijn van uitvoering van de EC remedy en de handelwijze van de Commissie.

## 2. BEOORDELING

### *Juridisch kader*

- 2.1 De niet-contractuele aansprakelijkheid van instellingen van de Unie, waartoe ook de Europese Commissie behoort, is geregeld in art. 340 VWEU<sup>3</sup>, tweede alinea (voorheen art. 288, lid 2, EG) dat luidt als volgt:

*Inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid moet de Unie overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben, de schade vergoeden die door haar instellingen of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt*

<sup>2</sup> TK/EK 2009-2010, 31 789, B en nr. 23, p. 6.

<sup>3</sup> In dit memorandum zullen wij verwijzen naar de verdragsbepalingen zoals deze per 1 december 2009 vigeren na inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon. Het EG Verdrag is met ingang van deze dag vervangen voor het Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie ("VWEU"), de Gemeenschap is vervangen voor de Europese Unie welke rechtspersoonlijkheid heeft verkregen en op wie een eventuele aansprakelijkheid voor handelen van haar instellingen rust.

- 2.2 Het aansprakelijkheidsrecht is in dit verband derhalve geen aangelegenheid van nationaal recht (in Nederland art. 6:162 e.v. BW) maar vindt exclusieve regeling in art. 340 VWEU en de daarop gebaseerde rechtspraak. Dit samenstel van regels zullen wij hierna met de term “Verdragsaansprakelijkheid” aanduiden. Procedures met betrekking tot Verdragsaansprakelijkheid behoren tot de exclusieve bevoegdheid van het Hof van Justitie te Luxemburg, art. 268 VWEU (voorheen art. 235 EG):

*Het Hof van Justitie van de Europese Unie is bevoegd kennis te nemen van geschillen over de vergoeding van de in artikel 340, tweede en derde alinea, bedoelde schade.*

- 2.3 In de Europese rechtspraak zijn de drie kernvoorwaarden voor Verdragsaansprakelijkheid ontwikkeld:
- (i) De geschonden norm dient er toe te strekken rechten toe te kennen;
  - (ii) Er dient sprake te zijn van een “voldoende gekwalificeerde schending” van de norm. Daarbij is uitgangspunt dat hoe meer beoordelingsvrijheid de betrokken instelling (i.c. de Commissie, DG Concurrentie) heeft, des te minder snel een “voldoende gekwalificeerde schending” aan de orde zal zijn.
  - (iii) Er dient een direct causaal verband te bestaan tussen schending van de verplichting en de geleden schade.
- 2.4 Deze eisen worden door het Hof van Justitie en het Gerecht strikt uitgelegd. Dit geldt in het bijzonder het vereiste van een “voldoende gekwalificeerde schending”.
- 2.5 Dit betekent dat uitsluitend wanneer de instelling de grenzen van haar bevoegdheden “kennelijk en ernstig heeft miskend” aansprakelijkheid aan de orde kan zijn. Deze maatstaf voor aansprakelijkheid kent groot gewicht toe aan de complexiteit van de afwegingen die de betrokken instelling moet maken en de mate van beleids- en beoordelingsvrijheid die deze instelling heeft.<sup>4</sup>
- 2.6 Kort gesteld: hoe groter die complexiteit en hoe ruimer die beoordelingsruimte, des te minder snel wordt aansprakelijkheid aanvaard - de rechtspraak gaat er vanuit dat vermeden moet worden dat de dreiging van schadevorderingen te veel inbreuk maakt op die beoordelingsruimte. Dit komt ook tot uitdrukking in de vaste rechtspraak waarin geldt dat ook indien een beschikking in beroep wordt vernietigd daarmee nog

<sup>4</sup> HvJ EG 19 april 2007, zaak C-282/05 P, Holcim (Deutschland)/Commissie, Jur. 2007, p. I-2941.

niet is gegeven dat deze beschikking een “voldoende gekwalificeerde schending” vormt.<sup>5</sup>

***Aansprakelijkheid van de Commissie in verband met de beschikking***

- 2.7 De geschetste uitgangspunten van aansprakelijkheidsrecht gelden evenzeer bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de Europese Commissie voor de beschikking, meer specifiek voor de vraag of de Commissie met kans van slagen aansprakelijk zou kunnen worden gehouden voor mogelijke negatieve gevolgen van de uitvoering van de EC remedy en het uitstel van de integratie van Fortis en ABN AMRO NL in afwachting van die uitvoering.
- 2.8 De EC remedy vloeit voort uit de materiële analyse van de relevante markten door de Commissie. De Commissie diende te analyseren of de bij haar aangemelde transactie zou leiden tot een “significante beperking van de mededinging”. De rechtspraak gaat er vanuit dat het hierbij gaat om een complexe analyse van economische aard, die onder tijdsdruk tot stand komt en waaraan per definitie een zekere mate van onzekerheid inherent is omdat deze analyse op verwachtingen omtrent marktontwikkelingen op middellange termijn (3 tot 5 jaar) betrekking heeft.
- 2.9 Deze problematiek is recentelijk aan de orde geweest naar aanleiding van de procedure waarin de Franse onderneming Schneider Electric schadevergoeding van de Commissie vorderde naar aanleiding van het veto dat de Commissie in 2002 had uitgesproken over de overname door Schneider van Legrand. Dit veto (cq. de beschikking waarbij de overname in tweede fase onverenigbaar met de Gemeenschappelijke markt werd verklaard) werd naderhand in beroep vernietigd hetgeen aanleiding was voor Schneider de Commissie aansprakelijk te houden.
- 2.10 Het Gerecht van Eerste Aanleg bevestigde de algemene uitgangspunten van Verdragsaansprakelijkheid en overwoog meer specifiek met betrekking tot de context van de concentratiecontrole:

*De Commissie voert in dit verband aan, dat indien zij in omstandigheden als de onderhavige financieel aansprakelijk werd gesteld, zij in de uitoefening van de haar door het EG-Verdrag toebedeelde functie van mededingingsautoriteit zou worden belemmerd, wegens de remmende werking die de dreiging van schadevorderingen van de betrokken ondernemingen op het concentratietoezicht zou kunnen hebben.*

---

<sup>5</sup> Terzijde merken wij op dat hierin een belangrijk verschil is gelegen met het onder het Nederlandse overheidsaansprakelijkheidsrecht aanvaarde uitgangspunt dat met vernietiging door de rechter van een besluit de onrechtmatigheid in beginsel gegeven is, vaste rechtspraak sinds HR 26 september 1986, NJ 1987, 252.

*Een dergelijk effect, dat haaks staat op het algemeen belang van de Gemeenschap, zou zich inderdaad kunnen voordoen indien het begrip gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht aldus werd opgevat, dat hieronder ook alle vergissingen en fouten vallen die weliswaar ernstig zijn te noemen, maar naar hun aard of omvang passen bij het normale gedrag van een instelling die belast is met de toepassing van de mededingingsregels, die ingewikkeld en lastig zijn en waarvoor een ruime uitleggingsmarge geldt.*

*Bijgevolg kan de niet-nakoming van een wettelijke verplichting, die, hoe betreurenswaardig ook, kan worden verklaard door de objectieve beperkingen waaraan de instelling en haar personeelsleden ingevolge de bepalingen inzake de controle op concentraties gebonden zijn, niet worden beschouwd als een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht die de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap meebrengt.*

GvEA 11 juli 2007, zaak T-351/03, Schneider Electric/Commissie, r.o. 121 - 123

- 2.11 Indien de Staat de Commissie aansprakelijk zou willen houden omdat zij vast heeft gehouden aan de EC remedy, dan moet worden aangetoond dat de Commissie in de beschikking een onjuiste analyse heeft gemaakt van de noodzaak om HBU New en IFN af te stoten, welke onjuistheid niet kan worden verklaard door de beperkingen waaraan de Commissie gebonden is bij de procedure van concentratiecontrole, maar integendeel daadwerkelijk evident onjuist is en dus ook een marginale toets niet zou kunnen doorstaan. Deze bewijslast is aanzienlijk.
- 2.12 Het gegeven dat geen beroep is ingesteld tegen de beschikking zal daarbij niet als formeel verweer aan de Staat kunnen worden tegengeworpen.<sup>6</sup> De Commissie zal wel mogelijk met vrucht een beroep doen op de Europese rechtspraak volgens welke een schadevordering op grond van art. 340 VWEU als misbruik van procedure wordt aangemerkt indien daarmee in feite getracht wordt hetzelfde resultaat te bereiken als het resultaat van een geslaagd beroep.<sup>7</sup>
- 2.13 Wij verwachten niet dat de Europese rechter vaststellen, handhaven en verlengen van de beschikking als een “voldoende gekwalificeerde schending” zal aanmerken omdat

<sup>6</sup> In het Europees recht geldt in dit verband niet een vergelijkbaar formeel beletsel geldt als het beginsel van formele rechtskracht naar Nederlands recht (op grond waarvan een besluit waartegen geen rechtsmiddel is aangewend naar inhoud en wijze van totstandkoming geacht moet worden rechtmatig te zijn). Volgens vaste rechtspraak is uitgangspunt het beroep tot schadevergoeding een zelfstandige rechtsgang is die een eigen functie en voorwaarden heeft en dus niet geblokkeerd wordt doordat geen beroep tot nietigverklaring is ingesteld, HvJ EG 28 april 1971, zaak 4/69, Lütticke/Commissie, Jur. 1971, p. 325; HvJ EG 23 maart 2004, zaak C-234/02 P, Ombudsman/Lamberts. Overigens verdient opmerking dat ook naar Nederlands recht geen beroep op formele rechtskracht kan worden gedaan jegens een partij die geen beroep had kunnen instellen tegen het desbetreffende besluit.

<sup>7</sup> HvJ EG 26 februari 1986, zaak 175/84, Krohn/Commissie, Jur. 1984, p. 753; GvEA 15 maart 1995, zaak T-514/93, Cobrecap e.a./Commissie, Jur. 1995, p. II-621; GvEA 17 oktober 2002, zaak T-180/00, Jur. 2002 p. II-3985.

de materiële analyse de beoordelingsmarge van de Commissie te buiten zou gaan of omdat de Commissie ten onrechte daarbij geen rekening heeft gehouden met de ontwikkelingen na 3 oktober 2007. Evenmin verwachten wij dat geoordeeld zal worden dat de Commissie terecht kan worden verweten dat zij juist *deze* remedie heeft opgelegd en heeft verlangd dat de remedie eerst wordt uitgevoerd alvorens FBN en ABN AMRO NL te integreren.<sup>8</sup> Immers, keuze en vormgeving van een remedie zijn in het systeem van concentratiecontrole voorbehouden aan de meldende partij(en), in dit geval Fortis. De Commissie signaleert in het onderzoek van een bij haar gemeld concentratievoornemen in voorkomend geval wel de noodzaak van *een* remedie, maar laat aan partijen om een voorstel voor een concrete invulling van een remedie te doen. Het is niet waarschijnlijk dat de Commissie met succes kan worden verweten dat zij de door Fortis Groep voorgestelde desinvestering van HBU New en IFN heeft geaccepteerd. Daar komt nog bij dat de beschikking voorziet in de mogelijkheid herziening te vragen, zowel ten aanzien van de materiële analyse als ten aanzien van de vormgeving van de remedie, maar dat van deze mogelijkheid geen gebruik is gemaakt.

- 2.14 Aan het voorgaande doet niet af dat in het hiervoor geciteerde arrest van het Gerecht in de zaak Schneider de Commissie uiteindelijk wel aansprakelijk is gehouden. De aansprakelijkheid vloeide in die zaak namelijk niet voort uit een door het Gerecht als onjuist beoordeelde materiële analyse maar door een schending van de rechten van de verdediging. Het Gerecht oordeelde dat de Commissie in de loop van de concentratiecontrole procedure Schneider onvoldoende gelegenheid had geboden op bepaalde bezwaren te reageren. Die specifieke schending betrof dus geen fout in een complexe afweging maar heeft een meer binair karakter: reeds het enkele verzuim van de Commissie om Schneider een weerwoord te bieden was hier een “voldoende gekwalificeerde schending”. Ten aanzien van het respecteren van de rechten van de verdediging geldt ook geen beoordelingsvrijheid of complexe analyse: men dient als instelling eenvoudig deze rechten te respecteren.<sup>9</sup>

### *Causaal verband*

---

<sup>8</sup> Overigens merken wij op dat in de hiervoor genoemde brief van 19 november jl. aan de Staten Generaal door de minister reeds wordt aangegeven dat alternatieven voor de EC remedy zijn onderzocht maar niet haalbaar lijken in de visie van de Staat.

<sup>9</sup> Evenmin doet aan het voorgaande af dat voornoemd arrest in hoger beroep door het Hof van Justitie is vernietigd (HvJ EG 16 juli 2009, zaak C-440/07 P, nog niet gepubliceerd), omdat deze vernietiging betrekking had op een ander onderdeel van het arrest van het Gerecht, namelijk het oordeel van het Gerecht dat voldoende causaal verband bestond tussen de schending door de Commissie van de rechten van de verdediging van Schneider en een deel van de door Schneider als gevolg van deze schending opgevoerde schade. Het arrest van het Hof van Justitie laat de formulering van de norm door het Gerecht en stand en bevestigt dus de vigerende regels van Verdragsaansprakelijkheid. Bovendien benadrukt het arrest nogmaals het belang dat voldoende causaal verband wordt gesteld.

- 2.15 Voor aansprakelijkheid van de Commissie dient causaal verband te bestaan tussen de schending van een verplichting en de geleden schade. Aangenomen dat de Commissie met het vaststellen en handhaven van de beschikking een "voldoende gekwalificeerde schending" heeft gepleegd, dient de Staat nog aannemelijk te maken dat de schade het gevolg is van de schending. De Commissie zal in haar verweer naar verwachting wijzen op het ontbreken van causaliteit tussen de eventuele schade die het gevolg is van de verkoop van HBU/IFN en de schending. ABN AMRO is immers tot op heden niet door de Commissie gedwongen tot verkoop over te gaan, maar zal dit mogelijk eigener beweging doen, zonder dwangmaatregelen van de Commissie jegens de Staat af te wachten. De Commissie zou het aangaan van deze transactie kunnen gebruiken voor het in onze ogen verdedigbare standpunt dat een rechtstreeks causaal verband tussen de schade en de eventueel onrechtmatige handeling ontbreekt. In het geval ABN AMRO ervoor kiest geen uitvoering te geven aan de EC remedy doet zich deze schade evenmin voor.
- 2.16 Ten slotte maken wij nog een kanttekening bij de mogelijkheid de Commissie niet alleen aansprakelijk te houden voor de (schade als gevolg van uitvoering van) uitvoering van de EC remedy, maar ook de schade die het gevolg is van uitstel of afstel van de integratie van FBN en ABN AMRO NL vanwege de voorwaarde van de Commissie dat deze integratie pas na uitvoering van de EC remedy plaats zal vinden.
- 2.17 In haar verweer tegen dit onderdeel van een schadeclaim zal de Commissie waarschijnlijk eveneens wijzen op de eis van voldoende causaal verband. Dit causaal verband is niet op voorhand evident. Het voorstel om eerst de EC remedy uit te voeren alvorens te integreren is niet door de Commissie, maar door Fortis gedaan. Herziening van de EC remedy op dit punt is voorts niet gevraagd. De Commissie zal waarschijnlijk dan ook betogen dat de blokkade op integratie voor uitvoering van de EC remedy in de beschikking primair is te herleiden op het remedievoorstel van Fortis en het achterwege blijven van een herzieningsverzoek door de Staat. Daar komt bij dat indien niet binnen de gestelde termijn aan de EC remedy zal worden voldaan de beschikking weliswaar niet langer van kracht zal zijn, maar dit betekent niet dat in die situatie integratie van FBN en ABN AMRO NL zonder meer mogelijk zou zijn geweest. Deze integratie is hoe dan ook een meldingsplichtige transactie die hangende melding aan, en beoordeling door de bevoegde mededingingsautoriteit niet kan worden doorgevoerd. Dat geldt ook indien de beschikking door de Staat en ABN AMRO als irrelevant zou zijn aangemerkt en derhalve zou zijn genegeerd. Anders gesteld: ook zonder de huidige beschikking was integratie zonder melding aan en goedkeuring van de Europese Commissie of de NMa niet mogelijk geweest.