

HOOFDSTUK 12 OPTREDEN VAN DE EUROPESE COMMISSIE

12.1 Inleiding

De Europese Commissie heeft een bijzondere taak op het terrein van mededinging en staatssteun. Als Europese mededingingsautoriteit houdt de Europese Commissie toezicht op de naleving van de mededingingsregels door grote ondernemingen en moet zij toestemming geven voor grensoverschrijdende fusies die gevolgen hebben voor de concurrentieverhoudingen op de interne markt. Onderdeel van het mededingingstoezicht is ook het toezicht op staatssteun door lidstaten aan «hun» ondernemingen. In dit hoofdstuk wordt de rol van de Europese Commissie bij de diverse overheidsinterventies belicht en wordt ingezoomd op het toezicht op staatssteun.

In beginsel moet elke steunmaatregel van een Europese overheid aan een onderneming op grond van het Europees verdrag door de Europese Commissie worden goedgekeurd. De Europese Commissie benoemde om die reden de consequenties, in de vorm van herstructureringsmaatregelen, die steunverlening kon hebben voor gesteunde ondernemingen en bepaalde in belangrijke mate de voorwaarden waaronder steun mocht worden verleend.

De commissie baseert zich in dit hoofdstuk op openbare bronnen en informatie afkomstig van de Nederlandse overheid en gesteunde instellingen. De commissie heeft gedeeltelijk inzicht gekregen in de correspondentie tussen de Nederlandse autoriteiten en de Europese Commissie. De commissie heeft geen inzicht gekregen in niet-openbare documenten van de Europese Commissie. De Europese Commissie heeft daaromtrent kenbaar gemaakt dat zij, omwille van de vertrouwelijkheid, die informatie niet ter beschikking van de commissie kan stellen. Dat heeft tot gevolg dat inzicht in de interne besluitvorming binnen de Europese Commissie ontbreekt.

Daar komt bij dat ABN AMRO en ING beroep hebben aangetekend tegen besluiten van de Europese Commissie. Het beroep van ABN AMRO loopt nog. Op 2 maart 2012 heeft het Gerecht van de Europese Unie de herstructureringsbeschikking van ING gedeeltelijk nietig verklaard.¹ De Europese Commissie zal met inachtneming van het arrest een nieuwe beschikking moeten geven. Tegen de uitspraak van het Gerecht staat hoger beroep bij het Hof open. De uitkomst van deze procedure is ongewis.

Gelet op het bovenstaande kan de commissie geen oordeel geven over de beoordeling van steunmaatregelen door de Europese Commissie in individuele casusposities. De commissie zal wel een aantal kanttekeningen plaatsen bij het algemene kader dat door de Europese Commissie is gehanteerd bij de beoordeling van voorgenomen steunmaatregelen.

In dit hoofdstuk wordt eerst het kader van de Europese Commissie voor de beoordeling van steun door lidstaten uiteen gezet. Er wordt ingegaan op het reguliere beoordelingskader (het reddings- en herstructureringssteunkader) en het bijzondere criskader dat de Europese Commissie gaandeweg de crisis heeft ontwikkeld. Vervolgens zal een aantal elementen van dit kader die in het onderzoek van de commissie naar voren zijn gekomen nader worden belicht. Het betreft de beoordeling van verplicht gestelde kapitaalinjecties door de Europese Commissie, de

¹ Uitspraak van het Gerecht van de Europese Unie van 2 maart 2012 in de gevoegde zaken T-29/10 Nederland / Commissie en T-33/10 ING Groep NV / Commissie. Nog niet gepubliceerd

zogenoemde 2%-maatstaf en de ingrijpendheid van sommige herstructureringsbeslissingen. Daarna zal worden ingegaan op de spanning die de commissie in haar onderzoek heeft geconstateerd tussen toezicht door de prudentieel toezichthouder en het toezicht door de Europese Commissie als verantwoordelijke voor mededinging en staatssteun. Ten slotte zal het optreden van de Nederlandse autoriteiten vis-à-vis de Europese Commissie worden behandeld.

In de casushoofdstukken wordt ingegaan op de rol van de Europese Commissie in een aantal specifieke gevallen: de Europese Commissie *remedy* rondom Fortis/ABN AMRO, de prijsbepaling van de IABF en de individuele kapitaalinjecties aan AEGON en SNS REAAL.

12.2 Het juridisch kader voor de beoordeling van staatssteun

Staatssteun in principe verboden

In het najaar van 2008 wordt de Europese Commissie geconfronteerd met een groot aantal steunmaatregelen van lidstaten voor financiële instellingen. Het basisprincipe dat de Europese Commissie hanteerde bij het beoordelen van die steun bestaat uit de twee relevante kernbepalingen uit het Europees Verdrag, de artikelen 87 en 88 van het EG-verdrag (nu de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, VWEU).

Wanneer steun van de overheid staatssteun in de zin van het verdrag is, wordt het in het EG-verdrag omschreven aan de hand van vier cumulatieve criteria:

1. Het moet gaan om een financieel voordeel,
2. dat met overheidsmiddelen wordt bekostigd,
3. dat ten goede komt aan een beperkt aantal ondernemingen,
4. en dat de tussenstaatse handel negatief beïnvloed.

Op grond van artikel 87 van het EG-verdrag is staatssteun in beginsel verboden (zie box 12.1). In bijzondere gevallen kan steun zijn toegestaan. Het betreft dan, kort gezegd, steun ten behoeve van regionale ontwikkeling, in reactie op een ernstige verstoring van de economie en ten behoeve van de ondernemingen in moeilijkheden.

Mevrouw Kroes: «De staatssteunartikelen verbieden staatssteun eigenlijk. Normaal gesproken is staatssteun dus niet toegestaan, maar er worden wel een aantal beweegredenen genoemd waarbij staatssteun wel mogelijk zou zijn. Een van die beweegredenen is «economisch zwaar weer».»¹

Box 12.1 Artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag

Artikel 87

1. Behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.
2. Met de interne markt zijn verenigbaar:

¹ Verslag openbaar verhoor van mevrouw Kroes, 7 december 2011.

- a) steunmaatregelen van sociale aard aan individuele verbruikers op voorwaarde dat deze toegepast worden zonder onderscheid naar de oorsprong van de producten;
 - b) steunmaatregelen tot herstel van de schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen;
 - c) steunmaatregelen aan de economie van bepaalde streken van de Bondsrepubliek Duitsland die nadeel ondervinden van de deling van Duitsland, voor zover deze steunmaatregelen noodzakelijk zijn om de door deze deling berokkende economische nadelen te compenseren. Vijf jaar na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon kan de Raad op voorstel van de Commissie een besluit tot intrekking van dit punt vaststellen.
3. Als verenigbaar met de interne markt kunnen worden beschouwd:
- a) steunmaatregelen ter bevordering van de economische ontwikkeling van streken waarin de levensstandaard abnormaal laag is of waar een ernstig gebrek aan werkgelegenheid heerst en van de in artikel 349 bedoelde regio's, rekening houdend met hun structurele, economische en sociale situatie;
 - b) steunmaatregelen om de verwezenlijking van een belangrijk project van gemeenschappelijk Europees belang te bevorderen of een ernstige verstoring in de economie van een lidstaat op te heffen;
 - c) steunmaatregelen om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken, mits de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad;
 - d) steunmaatregelen om de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed te bevorderen, wanneer door deze maatregelen de voorwaarden inzake het handelsverkeer en de mededingingsvoorwaarden in de Unie niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad;
 - e) andere soorten van steunmaatregelen aangewezen bij besluit van de Raad, op voorstel van de Commissie.

Artikel 88

1. (...)
2. Indien de commissie, na de belanghebbenden te hebben aangemaand hun opmerkingen te maken, vaststelt dat een steunmaatregel door een staat of met staatsmiddelen bekostigd, volgens artikel 107 niet verenigbaar is met de interne markt of dat van deze steunmaatregel misbruik wordt gemaakt, bepaalt zij dat de betrokken staat die steunmaatregel moet opheffen of wijzigen binnen de door haar vast te stellen termijn. Indien deze staat dat besluit niet binnen de gestelde termijn nakomt, kan de commissie of iedere andere belanghebbende staat zich in afwijking van de artikelen 258 en 259 rechtstreeks tot het Hof van Justitie van de Europese Unie wenden. Op verzoek van een lidstaat kan de Raad met eenparigheid van stemmen beslissen dat een door die staat genomen of te nemen steunmaatregel in afwijking van de bepalingen van artikel 107 of van de in artikel 109 bedoelde verordeningen als verenigbaar

moet worden beschouwd met de interne markt, indien buitengewone omstandigheden een dergelijk besluit rechtvaardigen. Als de commissie met betrekking tot deze steunmaatregel de in de eerste alinea van dit lid vermelde procedure heeft aangevangen, wordt deze door het verzoek van de betrokken staat aan de Raad geschorst, totdat de Raad zijn standpunt heeft bepaald. Evenwel, indien de Raad binnen een termijn van drie maanden te rekenen van het verzoek zijn standpunt niet heeft bepaald, beslist de commissie.

3. De commissie wordt van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte gebracht, om haar opmerkingen te kunnen maken. Indien zij meent dat zulk een voornemen volgens artikel 107 onverenigbaar is met de interne markt, vangt zij onverwijld de in het vorige lid bedoelde procedure aan. De betrokken lidstaat kan de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering brengen voordat die procedure tot een eindbeslissing heeft geleid.
4. (...)

De financiële crisis kan dus een beweegreden zijn om uitzonderingen te definiëren op het artikel in het Verdrag en staatsteun in specifieke gevallen toe te staan (namelijk door deze te kwalificeren als een «ernstige versterking van de economie in een lidstaat» in de zin van artikel 87, derde lid, onderdeel b).

De Europese Commissie heeft op grond van artikel 88, tweede en derde lid, van het EG-verdrag (nu artikel 108 VWEU) als enige instantie de bevoegdheid om te bepalen in hoeverre sprake is van staatsteun en vervolgens of deze staatsteun in individuele gevallen is toegestaan (in de terminologie van het verdrag: verenigbaar is met de interne markt).¹ Voorgenomen steunmaatregelen moeten om die reden *vooraf*ter goedkeuring aan de Europese Commissie worden voorgelegd. Pas na instemming van de Europese Commissie mag de steunmaatregel ten uitvoer worden gelegd. Steun die niet vooraf aan de Europese Commissie is voorgelegd, is onrechtmatig.

De maatvoering voor de beoordeling van steun is een bevoegdheid van de Europese Commissie waarvoor zij de instemming van lidstaten niet nodig heeft. Voor zover de Europese Commissie beleidslijnen hanteert geeft zij die weer in zogenoemde mededelingen (*Communications*).

Het reguliere kader: reddings- en herstructureringssteun

De Europese Commissie heeft in een aantal mededelingen uiteengezet hoe vormen van steun door haar zullen worden beoordeeld. Zo heeft de Europese Commissie in 2004 de richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden gepubliceerd.² Deze richtsnoeren dienen ter uitwerking van artikel 87, derde lid, onderdeel c, dat bepaalt dat steun aan ondernemingen in moeilijkheden kan worden toegestaan.

De richtsnoeren maken onderscheid tussen reddingssteun en herstructureringssteun. Reddingssteun is tijdelijke steun die een noodlijdende onderneming in staat stelt te overleven gedurende de tijd die nodig is om een herstructurerings- of liquidatieplan uit te werken. Herstructureringssteun betreft steun die berust op een plan om de levensvatbaarheid van een onderneming op langere termijn te herstellen. Reddingssteun en herstructureringssteun liggen aldus in elkaars verlengde.

¹ Er vindt uiteraard wel toetsing door de rechter plaats.

² Mededeling van de commissie. Communautaire richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden.

Reddingssteun ziet op steunmaatregelen ten behoeve van ondernemingen die worden geconfronteerd met een aanzienlijke verslechtering van hun financiële situatie, die tot uiting komt in een acute liquiditeitscrisis of insolventie. Om een oplossing te kunnen vinden voor de acute problemen heeft de onderneming tijd nodig om een probleemanalyse te maken. Vervolgens is er tijd nodig voor het bedenken van een adequate oplossing. Het toekennen van tijdelijke reddingssteun moet dit proces ondersteunen. Het is niet de bedoeling dat de reddingssteun wordt gebruikt voor een herstructurering van de onderneming. Om door de Europese Commissie te worden goedgekeurd, moet de reddingssteun bestaan uit omkeerbare steun in de vorm van bijvoorbeeld garanties of leningen tegen een marktconforme vergoeding. De steun moet worden beperkt tot het minimum en mag niet langer duren dan zes maanden. Verder mag slechts eenmaal reddings- en herstructureringssteun worden verleend.

Herstructureringssteun faciliteert de reorganisatie van de onderneming met het oog op het behoud van het bedrijf voor de lange termijn. Steun kan worden verleend voor de uitvoering van herstructureringsplannen, die vrijwel altijd bestaan uit het afstoten van verliesgevendende bedrijfsonderdelen of de herschikking van activiteiten. Omdat het gaat om ondernemingen in zware financiële problemen bevat herstructureringsteun vrijwel altijd een kapitaalinjectie van de zijde van de Staat. Om door de Europese Commissie te worden goedgekeurd, moet de concurrentievervalsing die optreedt als gevolg van het voorbestaan van de gesteunde onderneming worden gecompenseerd. Compensatie bestaat bijvoorbeeld uit beperking van het marktaandeel, een verbod op prijsleiderschap of het verzelfstandigen van bedrijfsonderdelen om daarmee de concurrentie op bepaalde markten te vergroten.

In de crisis: bijzondere steun

De Europese Commissie heeft het reguliere steunkader vóór en in de beginfase van de crisis toegepast op steun aan een aantal financiële instellingen. Het betreft onder meer de steun aan een aantal Duitse Landesbanken (BayernLB, WestLB, NordLB, SachsenLB), Bank Burgenland (Oostenrijk), Northern Rock en Bradford and Bingley (Verenigd Koninkrijk). Vervolgens is door de Europese Commissie gaandeweg de financiële crisis een bijzonder kader ontwikkeld naarmate de ernst en omvang van de crisis duidelijk werden.

Als na de val van Lehman Brothers in september 2008 de crisis in alle hevigheid losbarst, erkent de Europese Commissie dat sprake is van een bijzondere situatie die een bijzondere beoordeling vergt. Een belangrijk onderdeel van deze bijzondere beoordeling is het besluit van de Europese Commissie dat de steun niet wordt beoordeeld op basis van artikel 87, derde lid, onderdeel c (steun aan ondernemingen in moeilijkheden), maar op basis van artikel 87, derde lid, onderdeel b (steun om een ernstige verstoring in de economie van een lidstaat op te heffen). Hiermee geeft de Europese Commissie expliciet aan dat er sprake is van een bijzondere omstandigheid die een rechtvaardiging kan zijn voor staatssteun.

De Europese Commissie zet in de bankenmededeling van 13 oktober 2008 deze visie uiteen:

«Gezien de omvang van de crisis die thans ook fundamenteel gezonde banken bedreigt, de sterke integratie en verwevenheid van de Europese financiële markten, en de dramatische gevolgen van het

faillissement van een systeemrelevante financiële instelling, hetgeen de crisis nog verder zou verscherpen, erkent de Commissie dat de lidstaten het nodig kunnen achten, passende maatregelen te treffen ter vrijwaring van de stabiliteit van het financiële systeem.

(...)

Staatssteun van individuele ondernemingen in moeilijkheden wordt normaal beoordeeld op grond van artikel 87, lid 3, onder c, van het Verdrag en van de Communautaire richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden, waarin de Commissie heeft uiteengezet hoe artikel 87, lid 3, onder c, van het Verdrag op dit soort steun moet worden toegepast. Deze richtsnoeren zijn algemeen van toepassing, al bevatten zij bepaalde specifieke criteria voor de financiële sector.

Voorts kan de Commissie, op grond van artikel 87, lid 3, onder b, van het Verdrag, ook steunmaatregelen toestaan «om een ernstige verstoring in de economie van een lidstaat op te heffen». De Commissie herhaalt hier dat, in overeenstemming met de rechtspraak en haar beschikkingspraktijk, artikel 87, lid 3, onder b), van het Verdrag restrictief moet worden uitgelegd ten aanzien van de vraag wat als een ernstige verstoring in de economie van een lidstaat kan worden beschouwd.

Gezien de ernst van de huidige crisis op de financiële markten en de mogelijke gevolgen ervan voor de gehele economie van de lidstaten, is de Commissie van oordeel, dat artikel 87, lid 3, onder b), in de huidige omstandigheden als rechtsgrondslag kan dienen voor steunmaatregelen die worden genomen om deze systeemcrisis het hoofd te bieden. Dit geldt met name voor steun die wordt toegekend door een algemene regeling die voor meer of alle financiële instellingen in een lidstaat openstaat.»¹

Zoals blijkt uit de conclusies van de vergadering van de Europese ministers van Financiën van 7 oktober 2008, heeft de Europese Commissie dan al aangeboden om snel te handelen en met enige flexibiliteit de staatssteunregels toe te passen. De conclusies van de Raad Economische en Financiële Zaken (Ecofin) vermelden:

¹ Mededeling van de Commissie. De toepassing van de staatssteunregels op maatregelen in het kader van de huidige wereldwijde financiële crisis genomen met betrekking tot financiële instellingen.

² Mededeling van de Commissie. De herkapitalisatie van financiële instellingen in de huidige financiële crisis: beperking van steun tot het noodzakelijke minimum en bescherming tegen buitensporige mededingingverstoringen.

³ Mededeling van de Commissie betreffende de behandeling van aan een bijzondere waardevermindering onderhevige activa in de communautaire banksector.

⁴ Mededeling van de Commissie betreffende het herstel van de levensvatbaarheid en de beoordeling van de herstructureringsmaatregelen in de financiële sector in de huidige crisis met inachtneming van de staatssteunregels.

«Het verheugt ons dat de Commissie haar belofte gestand doet om in beslissingen over staatssteun snel te handelen en zich soepel op te stellen, binnen het kader van de interne markt en de regeling inzake staatssteun. Tot voldoening van de Raad heeft de Commissie toegezegd binnen afzienbare tijd een breed sturend kader op te stellen om herkapitalisatie- en depositogarantieregelingen, alsmede de gevallen waarin dergelijke regelingen worden toegepast, snel op hun verenigbaarheid met de staatssteunregels te kunnen toetsen.»

Het breed sturend kader komt in de vorm van vier mededelingen waarin de Europese Commissie het bijzondere beoordelingskader voor staatssteun in de crisis uiteen zet. Het gaat om de eerder genoemde bankenmededeling van 13 oktober 2008, de herkapitalisatiemededeling van 5 december 2008², de Impaired Assets-mededeling van 26 maart 2009³ en de herstructureringsmededeling van 23 juli 2009.⁴ Deze mededelingen worden hieronder besproken.

De bankenmededeling

In de bankenmededeling zet de Europese Commissie voor het eerst het toetsingskader uiteen voor de beoordeling van steun aan financiële instellingen op grond van artikel 87, derde lid, onderdeel b, VWEU. Er zijn in deze mededeling een aantal algemene principes opgenomen die voor alle steunmaatregelen in de crisis gelden. Zo wordt voorgeschreven dat:

- de steun niet meer mag bedragen dan wat strikt noodzakelijk is om de gerechtvaardigde doelstelling ervan te bereiken;
- mededingingverstoringen zoveel als mogelijk moeten worden vermeden of tot een minimum moeten blijven beperkt;
- de steunmaatregelen doelgericht moeten zijn, zodat daarmee daadwerkelijk de doelstelling van het opheffen van een ernstige verstoring in de economie kan worden behaald;
- de steunmaatregelen evenredig moeten zijn, zonder verder te gaan dan nodig is;
- zo moeten zijn ontworpen, dat negatieve overloopeffecten naar concurrenten, andere sectoren en andere lidstaten tot een minimum beperkt blijven.

De Europese Commissie maakt daarbij een onderscheid tussen fundamenteel gezonde instellingen en instellingen met meer structurele problemen. Zij merkt op:

«dat illiquide, maar overigens fundamenteel gezonde financiële instellingen die door de huidige buitengewone omstandigheden in moeilijkheden zijn gekomen, anders moeten worden behandeld dan financiële instellingen die met interne moeilijkheden te kampen hebben. In het eerste geval zijn de moeilijkheden inzake de levensvatbaarheid inherent extern en hebben zij te maken met de huidige noodsituatie op de financiële markt, in plaats van met inefficiëntie of het nemen van buitensporige risico's. Daardoor zal de mededingingverstoring veroorzaakt door regelingen ter ondersteuning van de levensvatbaarheid van dergelijke instellingen, normaal beperkter zijn en zullen zij minder ingrijpende herstructureringen vergen.

Daarentegen vallen andere financiële instellingen waarvan te verwachten valt dat zij bijzonder zullen worden getroffen door verliezen veroorzaakt door bijvoorbeeld inefficiëntie, zwak management van de activa en de passiva of risicovolle strategieën, onder de normale regels inzake reddingssteun en moeten zij met name ingrijpend worden geherstructureerd, met flankerende compenserende maatregelen om de mededingingverstoringen te beperken.»¹

In de bankenmededeling introduceert de Europese Commissie ook de mogelijkheid om niet- instellingsspecifieke steunregelingen in het leven te roepen en ter beoordeling aan haar voor te leggen. De Nederlandse garantieregeling is hiervan een treffend voorbeeld. Individuele garanties op basis van een goedgekeurde regeling hoeven niet aan de Europese Commissie te worden voorgelegd. Pas wanneer de garantie tot uitkering komt, vindt een individuele beoordeling van de bank plaats. Voor herkapitalisatieregelingen geldt ook dat individuele kapitaalinjecties niet vooraf ter beoordeling hoeven worden voorgelegd. Gelet op het andere karakter van een injectie vis-à-vis een garantie, moet wel binnen zes maanden een op de instelling toegesneden plan worden ingediend.²

¹ Bankenmededeling, punt 14.

² Bankenmededeling, punt 41.

De herkapitalisatiemededeling

De herkapitalisatiemededeling bevat nadere richtsnoeren voor herkapitalisatie maatregelen. Ook hier is het doel ervoor te zorgen dat de steun tot een minimum beperkt blijft en er geen concurrentievervalsing ontstaat. In de mededeling wordt benadrukt dat bij herkapitalisatie maatregelen moeten worden genomen om de levensvatbaarheid van de onderneming op termijn te verzekeren. De Europese Commissie verduidelijkt daarbij het onderscheid tussen fundamenteel gezonde instellingen en instellingen met meer structurele problemen. De Europese Commissie maakt daarvoor een beoordeling waarbij de omvang van de ontvangen steun centraal staat. Overschrijdt de steun de grens van 2% van de naar risico gewogen activa dan gaat de zij ervan uit dat de instelling kampt met structurele problemen.

De herkapitalisatiemededeling geeft ten slotte nadere richtsnoeren ten aanzien van de vergoeding voor kapitaalsteun. Kapitaalinjecties mogen alleen plaatsvinden tegen een vergoeding die overeenkomt met hetgeen in een normaal functionerende markt zou worden gevraagd. De vereiste vergoeding is verder afhankelijk gemaakt van het risicoprofiel van de instelling.

Als de herkapitalisatiemededeling op 5 december 2008 door de Europese Commissie wordt gepubliceerd, hebben de drie kapitaalinjecties in Nederland al plaatsgevonden. De voorwaardelijke goedkeuring van de injecties in ING (beschikking van 12 november) en AEGON (beschikking van 27 november) vindt zelfs plaats voordat de herkapitalisatiemededeling is gepubliceerd, de Europese Commissie toetst in deze besluiten aan de bankenmededeling. Bij de beoordeling van de kapitaalinjectie in SNS REAAL (10 december) wordt wel (deels) getoetst aan het kader uit de herkapitalisatiemededeling.¹

De Impaired Assets-mededeling

In de Impaired Assets-mededeling zet de Europese Commissie uiteen hoe zij steunmaatregelen ten aanzien van probleemactiva zal beoordelen. In de mededeling geeft de Europese Commissie richtsnoeren ten aanzien van waardering van probleemactiva en zet zij uiteen hoe de omvang van staatssteun wordt berekend.

Kort gezegd, stelt de Europese Commissie dat het verschil tussen de overdrachtprijs en de marktprijs als steun wordt gezien. Daar komt bij dat een overdracht alleen kan worden goedgekeurd als de overdrachtswaarde lager of gelijk is aan de reële economische waarde. De Europese Commissie omschrijft de reële economische waarde als een waarde waarbij liquiditeitseffecten buiten beschouwing worden gelaten en die is gebaseerd op de intrinsieke waarde van de portefeuille wanneer deze wordt aangehouden tot het einde van de looptijd.

Net als bij de herkapitalisatiemededeling is de Impaired Assets-mededeling opgesteld na een Nederlandse ingreep, de Illiquid Assets Back-up Facility (IABF) voor ING. De berekeningsmethodiek uit de Impaired Assets-mededeling speelt een belangrijke rol bij de beoordeling van die maatregel. Om aan de voorwaarde te voldoen dat een overdracht alleen kan worden goedgekeurd als de overdrachtswaarde lager of gelijk is aan de reële economische waarde, past de Europese Commissie de waardering van de portefeuille aan. Ze stelt de door de Nederlandse Staat afgesproken overdrachtswaarde van 90% voor de Alt-A-portefeuille van ING naar beneden bij tot 87% van de nominale waarde. Op grond van de

¹ Zie bijvoorbeeld punt 58 van de Herkapitalisatiemededeling over de hoogte van de vergoeding.

berekeningsmethode «overdrachtprijs – marktwaarde = steun» komt de Europese Commissie vervolgens tot een steuncomponent in de IABF van circa 5 miljard euro.

De Herstructureringsmededeling

In de herstructureringsmededeling herbevestigt de Europese Commissie het onderscheid tussen gezonde en noodlijdende bedrijven. De Europese Commissie beschouwt financiële ondernemingen die minder dan 2% van de naar risico gewogen activa aan steun hebben ontvangen als fundamenteel gezond. Daarbij neemt de Europese Commissie de som van de diverse vormen van steun (bedrag aan ontvangen kapitaal, steunbestanddeel van eventuele garanties en maatregelen voor probleemactiva) in aanmerking.

Fundamenteel gezonde bedrijven moeten een zogenoemd levensvatbaarheidsplan presenteren, waarin uiteengezet moet worden hoe de levensvatbaarheid op termijn is verzekerd. Hetzelfde geldt voor het herstructureringsplan dat ondernemingen moeten presenteren die naar de maatstaf van de Europese Commissie met structurele problemen kampen. Het onderscheid tussen beiden komt tot uitdrukking in het feit dat van de eerste categorie ondernemingen geen maatregelen ten aanzien van de lastenverdeling (*burden sharing*) tussen de Staat en de investeerders in de onderneming en ten aanzien van concurrentievervalsing worden verlangd.

De herstructureringsmededeling bevat gedetailleerde aanwijzingen voor het herstel van de levensvatbaarheid op de lange termijn. Zo moet een herstructureringsplan vergezeld gaan van alternatieve scenario's, zoals opsplitsing of verkoop van de bank. Ook moet het uitgebreide informatie bevatten over het bedrijfsmodel van de instelling. De levensvatbaarheid op de lange termijn wordt geacht te zijn verzekerd wanneer een bank in staat is om al haar kosten te dekken en een passend rendement op vermogen te bieden, rekening houdend met het risicoprofiel van de bank (aan te tonen met basisscenario's en stressscenario's). Als de steun niet binnen afzienbare tijd kan worden terugbetaald, moet daarover een marktconforme vergoeding worden betaald.

Ook zijn in de mededeling aanwijzingen opgenomen ten aanzien van de *burden sharing*. Instellingen moeten voor de financiering van de herstructurering in de eerste plaats hun eigen vermogen gebruiken. Daarnaast geeft de mededeling aanwijzingen ten aanzien van mogelijke maatregelen ter beperking van de concurrentievervalsing die het gevolg is van steun aan noodlijdende bedrijven. Zo mag een herstructurering maximaal vijf jaar duren om de scheve verhouding tussen banken die wel en banken die geen steun hebben ontvangen zo kort mogelijk te laten bestaan.

Aan de hand van het kader uit de herstructureringsmededeling beoordeelt de Europese Commissie de voorstellen voor compenserende maatregelen van ING, AEGON, SNS REAAL en ook ABN AMRO. De Europese Commissie heeft daarbij vastgesteld dat ING en AEGON meer steun hebben ontvangen dan de grens van 2% van de naar risico gewogen activa die in de herkapitalisatiemededeling voor het eerst is genoemd en in de herstructureringsmededeling uitdrukkelijk is herbevestigd. Op grond van de herstructureringsmededeling moeten ING en, in mindere mate, AEGON een uitgebreid herstructureringsplan aan de Europese Commissie voorleggen. SNS REAAL kon volstaan met een levensvatbaarheidsplan.

Toepassing crisiskader door de Europese Commissie

In de periode oktober 2008–december 2010 heeft de Europese Commissie op basis van het bovengenoemde kader meer dan 200 beschikkingen gegeven die betrekking hadden op steunmaatregelen aan financiële instellingen.¹

De Europese Commissie heeft er in een groot aantal gevallen voor gekozen in eerste instantie slechts een tijdelijke – voor de duur van zes maanden – en voorwaardelijke goedkeuring te verlenen. De definitieve goedkeuring is vervolgens afhankelijk gemaakt van de beoordeling van een levensvatbaarheids- of herstructureringsplan op grond van de herstructureringsmededeling. De Europese Commissie heeft naar aanleiding van de steunverlening aan banken tussen oktober 2008 en december 2010 26 herstructureringsbeschikkingen gegeven, waarvan 3 aan Nederlandse banken (ING, AEGON en ABN AMRO). Er zijn in 2010 nog circa 25 herstructureringsplannen bij de Europese Commissie aangemeld waarover een besluit zal moeten worden genomen. In totaal zullen dus circa 50 banken op grond van het tijdelijke steunkader moeten overgaan tot een herstructurering.

De Europese Commissie heeft in nagenoeg alle gevallen uiteindelijk geoordeeld dat de steun verenigbaar was met de interne markt, zij het in een aantal gevallen na compenserende maatregelen in de vorm van een herstructurering. De Europese Commissie heeft in slechts één geval een negatief oordeel gevelde met als gevolg dat de verleende steun moest worden teruggevorderd.² In deze zaak werd naar het oordeel van de Europese Commissie niet voldaan aan de vereisten uit de herstructureringsmededeling. In drie zaken is beroep aangetekend tegen de beoordeling van de Europese Commissie. Het is de commissie opgevallen dat het daarbij in twee van de drie gevallen een beroep van een Nederlandse partij betreft. ING en de Staat der Nederlanden hebben beroep aange-tekend tegen de herstructureringsbeschikking³ en ABN AMRO heeft een procedure aangespannen tegen het overnameverbod -onderdeel van de voorwaarden die de Europese Commissie aan de steun aan ABN AMRO oplegde, was een verbod om overnames te doen totdat de steun was afgelost⁴ – dat is opgelegd door de Europese Commissie naar aanleiding van de herkapitalisatie.⁵ De derde rechterlijke procedure betreft een beroep tegen de beoordeling van de steunmaatregelen van de Duitse overheid in het kader van de herstructurering van WestLB AG.⁶

Opmerkingen commissie over het kader

De commissie heeft geconstateerd dat de Europese Commissie met de aanpassingen aan het reddings- en herstructureringssteunkader tegemoet probeerde te komen aan het feit dat sprake was van een mondiale systeemcrisis. De Europese Commissie heeft eind 2008–begin 2009 gaandeweg een bijzonder kader voor de beoordeling van steun in de crisis ontwikkeld. Bevatte de bankenmededeling nog in belangrijke mate algemene uitgangspunten, in de daaropvolgende mededelingen werden steeds preciezer toetsingsmaatstaven en voorschriften opgenomen.

De verschillende mededelingen zijn uitdrukkelijk geënt op het reguliere crisis- en herstructureringssteunkader zoals de Europese Commissie dat vóór de crisis hanteerde. Tegelijkertijd kent het crisiskader een aantal belangrijke bijzonderheden. Zo aanvaardt de Europese Commissie kapitaalsteun als onderdeel van de reddingsfase en voor niet-financiële instellingen is kapitaalsteun alleen toegestaan als onderdeel van een herstructurering. De Europese Commissie aanvaardt tijdens de crisis ook

¹ The effects of temporary State aid rules adopted in the context of the financial and economic crisis. Commission Staff Working Paper, oktober 2011, SEC (2011) 1126 final.

² Het betrof steun door de Portugese overheid aan de Portugese bank BPP. Zaak C 33/2009.

³ Zaak T-33/10 ING GROEP/commissie.

⁴ Deze voorwaarde is overigens vrijwel altijd door de Europese Commissie opgelegd.

⁵ Zaak T-319/11 ABN AMRO GROUP/commissie.

⁶ Zaak T-457/09 Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband /commissie.

reddingssteun zonder een daaropvolgende herstructurering. De kapitaalinjectie aan SNS REAAL is hiervan een duidelijk voorbeeld.

Ten slotte heeft de Europese Commissie geaccepteerd dat voor overheidssteun algemene regelingen in het leven werden geroepen, zonder dat afzonderlijke toetsing hoefde plaats te vinden. De keuze om de regeling dan wel de individuele steunmaatregelen ter goedkeuring aan de Europese Commissie voor te leggen, is overigens aan de lidstaat. In Nederland is de garantieregeling als zodanig ter beoordeling aan de Europese Commissie voorgelegd. De individuele garanties aan bijvoorbeeld Leaseplan, NIBC, en Achmea zijn niet aan haar voorgehouden.

Tussen oktober 2008 en december 2010 heeft de Europese Commissie ook van vijftien lidstaten een herkapitalisatieregeling goedgekeurd. De commissie heeft geconstateerd dat de Nederlandse kapitaalverstrekkingfaciliteit niet op die manier aan de Europese Commissie is voorgelegd. Nederland legt de kapitaalinjecties aan ING, AEGON en SNS REAAL elk afzonderlijk ter beoordeling aan de Europese Commissie voor. De Europese Commissie heeft in dat verband opgemerkt dat de enige significante bancaire markten zonder herkapitalisatieregeling België, Nederland, Luxemburg en Ierland waren. De Europese Commissie typeert de Nederlandse kapitaalinjecties in die zin als ad hoc maatregelen.¹ De kapitaalverstrekkingfaciliteit zoals op 9 oktober in de brief aan de Kamer is uiteengezet, had voordat deze aan de Europese Commissie had kunnen worden voorgelegd overigens op een groot aantal punten nader moeten zijn uitgewerkt. Zo moet een regeling die ter goedkeuring wordt voorgelegd in ieder geval bepalingen bevatten over het instrument dat wordt gebruikt om de injectie vorm te geven (bijvoorbeeld aandelen, achtergestelde obligaties of CT1 securities). Ook moet worden beschreven hoe de vergoeding en de wijze van aflossing van de steun wordt geregeld.

12.3. Kanttekeningen bij het optreden van de Europese Commissie

Ten overstaan van de commissie is door een aantal getuigen kanttekeningen geplaatst bij het optreden van de Europese Commissie. De kritiek richt zich op een aantal onderdelen: de introductie en het gebruik van de zogenoemde 2%-maatstaf, de behandeling van verplicht gestelde interventies en de ingrijpendheid van de door de Europese Commissie verlangde herstructureringen. In deze paragraaf wordt in gegaan op deze onderwerpen.

De 2%-maatstaf

De Europese Commissie hanteert bij de beantwoording van de vraag of na een steunoperatie een herstructurering noodzakelijk is een grens van 2% van de risico gewogen activa. Ook beoordeelt ze welke omvang die herstructurering zou moeten krijgen: er wordt een grenswaarde bepaald. Hierbij wordt de omvang van de verleende steun afgezet tegen, kort gezegd, de balans van de instelling. Overschrijdt de verleende de steun de grens van 2% van de naar risico gewogen activa (Risk Weighted Assets, hierna: RWA) dan moet een herstructurering volgen.

Het criterium is geïntroduceerd in de herkapitalisatiemededeling waarvan in de bijlage een aantal indicatoren is opgenomen die de Europese Commissie in aanmerking neemt bij de beoordeling van het risicoprofiel van een bank.² Aan de hand van deze indicatoren wordt bepaald of sprake

¹ The effects of temporary State aid rules adopted in the context of the financial and economic crisis. Commission Staff Working Paper, oktober 2011, SEC (2011) 1126 final, p. 50.

² Bijlage bij de herkapitalisatiemededeling:
a) de kapitaaltoereikendheid: de Commissie staat positief tegenover de beoordeling van de solvabiliteit en haar toekomstige kapitaaltoereikendheid wanneer die de uitkomst is van een doorlichting door de nationale toezichthouder. Bij een dergelijke doorlichting wordt gekeken naar de blootstelling van de bank aan diverse risico's (zoals kredietrisico, liquiditeitsrisico, marktrisico, rente- en wisselkoersrisico's), de kwaliteit van het portfolio met activa (binnen de nationale markt en ten opzichte van de beschikbare internationale normen), de houdbaarheid van haar commerciële model op de lange termijn, en andere relevante elementen;
b) de omvang van de herkapitalisatie: de Commissie beschouwt het als een positief element wanneer een herkapitalisatie in omvang beperkt is, en bijvoorbeeld niet meer dan 2% van de risicogewogen activa van de bank vertegenwoordigt;
c) de huidige CDS-spreads: de Commissie beschouwt een spread die gelijk is aan of lager dan het gemiddelde als een indicator van een lager risicoprofiel;
d) de huidige rating van de bank en haar outlook: de Commissie beschouwt een rating A (of hoger) en een stabiele of positieve outlook als een indicator van een geringer risicoprofiel.
Bij de beoordeling van deze indicatoren dient rekening te worden gehouden met de situatie van banken die als gevolg van de huidige uitzonderlijke omstandigheden met moeilijkheden te kampen hebben, ook al zouden zij vóór de crisis als fundamenteel gezond zijn beschouwd, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de ontwikkeling van marktindicatoren zoals CDS-spreads en aandelenkoersen. «

is van een «fundamenteel gezonde» financiële instelling of een instelling met structurele problemen.

In de herstructureringsmededeling gaat de Europese Commissie een stap verder door het 2%-criterium er nadrukkelijk uit te lichten. Daar wordt opgemerkt dat situaties waarin een steun ontvangende onderneming een herstructureringsplan zou moeten indienen in ieder geval («*met name doch niet uitsluitend*») omvatten:

«situaties waarin een in ademnood geraakte bank door de Staat is geherkapitaliseerd, of waarin een bank van de Staat reeds activaondersteuning heeft gekregen, ongeacht in welke vorm, die verliezen helpt te dekken of te voorkomen (behalve bij deelneming aan een garantieregeling) en die, alles samen genomen, in totaal meer dan 2 % van de totale risicogewogen activa van de bank vertegenwoordigen. De omvang van de herstructurering hangt af van de ernst van de problemen van een bank.»¹

De achtergrond van dit criterium is, dat de Europese Commissie zich een oordeel heeft proberen te vormen over de schade die financiële instellingen ondervonden van de mondiale systeemcrisis, ongeacht hun eigen optreden. Daarbij is het verschil van de door de markt gevraagde kapitaalratio van vóór en na de val van Lehman Brothers als uitgangspunt genomen. Het is dus een poging om de gevolgen van de «ernstige verstoring in de economie» die in zichzelf een rechtvaardiging vormen voor steun, nader te kwantificeren.

Vraag: *«Een belangrijke door u gehanteerde grens staat vermeld in een van de mededelingen, naar ik meen de herkapitalisatiemededeling. Het betreft een grens van 2% van de risicogewogen activa aan steun. Met andere woorden: als een onderneming steun krijgt ter waarde van meer dan 2% van de risicogewogen activa van die onderneming, geldt dat in die zin als staatssteun dat de commissie daar ook een herstructureringseis aan verbindt. Hoe kwam u tot die norm van 2%?»*

Mevrouw Kroes: *«De tier 1-ratio van 8% werd gehanteerd tot Lehman Brothers viel en werd als een safe lijn beschouwd. Na Lehman Brothers gingen de markten anders reageren en werden ze veeleisender. Ze hebben toen gesteld dat de tier 1-ratio niet 8% maar 10% moest zijn. Dat was, inclusief het toen geconstateerde marktfalen en in de wetenschap dat de markten als gevolg daarvan ook voor de gezonde financiële instellingen op slot gingen, voor ons de reden om tot die 2% te komen. Overigens, in de Nederlandse dossiers is men altijd of aanzienlijk boven of aanzienlijk onder de 2% uitgekomen.»*

(...)

«Wij hebben heel duidelijk waargenomen dat die markten op slot zaten, niet alleen voor de aangetaste financiële instellingen maar ook voor de gezonde financiële instellingen. Wij hebben vastgesteld dat de markten veeleisender werden en men dus van 8% naar 10% schoof. Deze feitelijkheden waren voor ons reden om de grens van 2% als een goede grens te beschouwen. Overigens, het is niet zo dat je niets hoeft te herstructureren als je onder die 2% zit. Dat hangt van de situatie af.»²

¹ Herstructureringsmededeling, punt 50.

² Verslag openbaar verhoor van mevrouw Kroes, 7 december 2011.

Mevrouw Kroes lijkt in haar openbaar verhoor met de commissie te suggereren dat een herstructurering ook aan de orde kan zijn wanneer een instelling minder dan 2% RWA aan steun heeft ontvangen. Desalniettemin is in de periode oktober 2008–december 2010 in alle beschikkingen waarin door de Europese Commissie herstructurering wordt verlangd sprake van steun die in omvang de 2%-grens overschrijdt.

De 2%-norm wordt voor het eerst expliciet genoemd in de herkapitalisatiemededeling die op 5 december 2008 wordt gepubliceerd. Op dat moment hebben de Nederlandse kapitaalinjecties in ING, AEGON en SNS REAAL al plaatsgevonden. Deze norm in het beoordelingskader van de Europese Commissie heeft aldus consequenties voor keuzes die door de lidstaten bij eerdere steunoperaties zijn gemaakt.

De heer Ter Haar: «(...) In mijn perceptie hadden wij wel de indruk dat deze mededeling [de herkapitalisatiemededeling] voor de ene lidstaat echt anders zou uitpakken dan voor de andere. Met name het Franse regime, dus niet al te grote steun aan een breed aantal instellingen, zou volgens onze perceptie wat makkelijker zijn weg vinden onder deze mededeling dan de ingrepen die in Nederland waren gedaan. Het begint nu weer een beetje te dagen. Ik zei net dat ik er niet zo veel herinneringen aan heb, maar ik herinner mij nog wel dat wij niet helemaal gelukkig waren met de balans die vanuit deze mededeling in Europa zou ontstaan, dat wij met wat meer gerichte actie vanuit de commissie rekening moesten houden, net als het Verenigd Koninkrijk, dan een land als Frankrijk. Dat herinner ik mij nog wel.»¹

De heer Timmermans: «(...) Een van de lastige dingen is dat een aantal verordeningen en maatregelen van de Europese Commissie pas opgeschreven is nadat er een aantal acties had plaatsgevonden. Niet alle regels waren altijd bekend op het moment dat er afspraken werden gemaakt. Dat hebben wij op meerdere terreinen gezien.»²

De Europese Commissie verdedigt zich bij monde van mevrouw Kroes onder verwijzing naar de bijzondere omstandigheden in de crisis en het feit dat de inhoud van de diverse mededelingen voor de lidstaten niet als een volledige verrassing kan zijn gekomen.

Vraag: «Deze mededelingen zijn uiteindelijk tot stand gekomen op het moment dat de feitelijke maatregelen bij de relevante instellingen al getroffen waren. Eerst vindt bijvoorbeeld de herkapitalisatie van ING plaats en daarna volgt een herkapitalisatiemededeling die de facto vastlegt waar die herkapitalisatie aan zou moeten voldoen. U doet dat door eerst een tijdelijke goedkeuring te geven waarbij echter vermeld wordt: let op, wij gaan nog bedenken hoe wij dit precies gaan beoordelen, maar dat komt later. Hoe moeten wij zo'n maatregel met terugwerkende kracht beoordelen? Het is toch wel een bijzonder fenomeen dat u met terugwerkende kracht regels oplegt.»

Mevrouw Kroes: «Ik heb een aantal opmerkingen als reactie op uw vraag. Het hele proces vond plaats onder stoom en kokend water. De Nederlandse overheid was er, terecht, buitengewoon op gespist om snel antwoord te krijgen en de mogelijkheid onder ogen te krijgen. De reddingsoperatie van destijds is gemarkeerd als een tijdelijke oplossing. Wij hadden namelijk meer tijd nodig om tot een definitief

¹ Verslag openbaar verhoor van de heer Ter Haar, 1 december 2011.

² Verslag openbaar verhoor van de heer Timmermans, 17 november 2011.

groen of oranje licht te komen. Dat betekent dat wij meegedacht hebben met de buitengewoon nijpende situatie. Overigens waren de mededelingen niet het product van één dag werken van mijn mensen. Het is een proces dat in overleg met de diverse betrokkenen buitengewoon nauw gehanteerd is. Wij waren al voor de datum van de publicatie van bankenmededeling bezig om te overleggen en te bekijken wat de inhoud daarvan zou kunnen zijn. Op het moment van publicatie is het dus niet helemaal een verrassing. De reddingssituatie, kort samengevat, was absoluut ook de wens van betrokkenen. Vervolgens was men zich er zeer bewust van dat het een reddingsoperatie was die in de definitieve vorm nog wat gewijzigd zou kunnen worden. In de tussentijd wist men, door de voorbereidingen in het overleg met de diverse instituties, wat er in de mededelingen zou komen te staan.»¹

Uit door de commissie bestudeerde documenten blijkt dat de 2%-grens door de Europese Commissie voor het eerst op 28 november in een eerste concept-herkapitalisatiemededeling is opgenomen. In het op 21 november door de Europese Commissie verspreide non-paper over de beoordeling van steunverlening aan financiële instellingen werden nog slechts uitgangspunten en overwegingen geschetst. De commissie heeft niet kunnen vaststellen in hoeverre en wanneer eerdere conceptversies van de mededeling in het informele circuit in Brussel hebben gecirculeerd. Het valt daardoor voor de commissie thans niet vast te stellen of de Europese Commissie erg gesloten heeft geopereerd, of dat Nederlandse vertegenwoordigers in Brussel er onvoldoende in zijn geslaagd het beleid van de Europese Commissie te voorzien en te beïnvloeden.

Verplichtstelling

Zoals hierboven al is opgemerkt, is een belangrijk onderscheid tussen het bijzondere staatssteunkader in de financiële crisis en het bestaande kader, dat de Europese Commissie ook niet- instellingsspecifieke regelingen voor bijvoorbeeld staatsgaranties of herkapitalisaties heeft aanvaard. Daarbij behoeften herkapitalisaties van individuele banken die plaatsvonden op grond van een door de Europese Commissie goedgekeurde regeling, niet apart vooraf aan de Europese Commissie te worden voorgelegd.

Frankrijk heeft er voor gekozen een herkapitalisatieregeling in het leven te roepen waaraan de grootste Franse banken (Crédit Agricole, BNP Paribas, Société Générale, Crédit Mutuel, Caisse d'Épargne, Banque Populaire) min of meer verplicht zouden deelnemen. Het ging daarbij om een bedrag van circa 10,5 miljard euro naar rato verdeeld over de verschillende banken. Eén Franse bank (het gefuseerde Banque Populaire/Caisse d'Épargne) heeft daarenboven een aanvullende injectie van 2,45 miljard euro gekregen.

Ten overstaan van de commissie is gesuggereerd dat deze verplichtstelling voor de Europese Commissie aanleiding is geweest om de steun aan de Franse banken minder streng te beoordelen dan de steun aan de Nederlandse instellingen waar niet voor een dergelijke verplichting is gekozen.

Vraag: «U zei al in een bijzin dat men in Frankrijk heeft gekozen voor een verplichte aanpak, waarbij de banken bij elkaar zijn gezet en de mededeling kregen: van harte gefeliciteerd, wij hebben een faciliteit voor u uitgedacht.»

¹ Verslag openbaar verhoor van mevrouw Kroes, 7 december 2011.

De heer Staal: «Ja.»

Vraag: *«In Nederland is daar niet voor gekozen. Wat is uw appreciatie daarvan?»*

De heer Staal: «(…) Achteraf kan ik mij voorstellen dat men van de kant van de overheid denkt: hadden wij het maar gedaan – en ook van de kant van sommige banken – want dan waren wij niet verstrikt geraakt in de Brusselse voorwaarden. De Franse banken zijn daaraan toch behoorlijk ontsnapt, terwijl Nederlandse banken die kapitaalinjecties hebben gekregen – ik noem maar ING – toch voorwaarden opgelegd hebben gekregen waarvan wij achteraf zeggen: zijn zij nu wel terecht geweest en waren zij niet beter af geweest met zoiets als in Frankrijk?»¹

Mevrouw Kroes heeft daarop gereageerd door te benadrukken dat niet zozeer de kenmerken van de regeling of de verplichtstelling ervoor heeft gezorgd dat de Franse banken aan een herstructurering «ontkwamen», maar de financiële soliditeit van de Franse banken. De Franse banken zouden er naar het oordeel van de Europese Commissie aanmerkelijk beter hebben voorgestaan dan de in Nederland gesteunde banken en verzekeraars.

Vraag: *«(…) Heeft het voor de Europese commissie nog uitgemaakt of bijvoorbeeld de Herkapitalisatiemaatregel voor alle banken in een lidstaat verplicht werd gesteld, zoals in Frankrijk, of dat die maatregel via een loket als mogelijkheid tot steun op maat te verwerven viel, zoals in Nederland?»*

Mevrouw Kroes: «Kijkend naar de specifieke situatie: nee. In Frankrijk was dat voorstel voor alle banken mogelijk en aan de orde. In Nederland was dat heel duidelijk niet aan de orde voor de Nederlandse regering, voor de minister en degenen die daarbij betrokken waren, ook gezien de specifieke gevallen. Voor mij werd de een niet beter of anders behandeld. Er was voor een ander systeem gekozen.»

(…)

Mevrouw Kroes: «Wat ik zeg is dat er twee verschillende systemen zijn. Het systeem van de generale benadering in Frankrijk kon in Frankrijk.»

Vraag: *«Dat had in Nederland toch ook gekund? Zou dat dan geleid hebben tot een andere beoordeling?»*

Mevrouw Kroes: «Nee. Daar is, niet door de Europese commissie maar door Nederland, niet voor gekozen, ook omdat er hier een aantal buitengewoon zieke appels waren.»²

¹ Verslag openbaar verhoor van de heer Staal, 11 november 2011.

² Verslag openbaar verhoor van mevrouw Kroes, 7 december 2011.

³ Hierbij moet worden aangetekend dat het bepalen van de precieze omvang van de steun aan ING onderdeel vormt van de hernieuwde herstructureringsbeschikking die de Europese Commissie naar aanleiding van de uitspraak van het Gerecht van 2 maart 2012 zal moeten geven.

Dit wordt ondersteund door de door de Europese Commissie gehanteerde de maatstaf van 2% RWA te leggen langs de steun aan de Franse banken. De Franse instellingen hebben geen van allen meer dan 1% RWA aan steun ontvangen. ING (5%) en AEGON (3,8%) krijgen beiden aanmerkelijk meer dan 2% RWA aan steun.³ Alleen SNS REAAL blijft onder deze norm

en is, overigens net als de Franse banken, slechts gehouden de levensvatbaarheid op termijn inzichtelijk te maken. Hieruit blijkt het belang van het eerder genoemde 2%-criterium.

Mevrouw Kroes: «(...) De situatie in de Franse financiële instituties was een andere en kon worden opgelost met die generale regeling. In Nederland was dat niet aan de orde omdat specifieke dossiers daar aanzienlijk anders lagen. U was er niet mee gekomen om daar de genezing mee op gang te brengen.»

Vraag: «Dan zegt het iets over de omvang. Is de staatssteun bij de Franse banken onder de 2% gebleven, terwijl die daar in Nederland ver boven zat?»

Mevrouw Kroes: «Ja.»

Vraag: «Dat is het verschil?»

Mevrouw Kroes: «Ja.»¹

De commissie concludeert dat het niet waarschijnlijk is dat verplichtstelling van deelname aan de kapitaalverstrekkingfaciliteit in Nederland tot een wezenlijk ander oordeel van de Europese Commissie over ING, AEGON en SNS REAAL had geleid.

Herstructurering

Zoals hierboven is uiteengezet, hanteert de Europese Commissie bij de beoordeling van steunmaatregelen een onderscheid tussen fundamenteel gezonde en niet-fundamenteel gezonde ondernemingen. De laatste categorie kan alleen in aanmerking komen voor steun als de levensvatbaarheid op lange termijn kan worden geborgd. Is dit niet het geval dan moet de onderneming worden geliquideerd. Het garanderen van de levensvatbaarheid gebeurt door middel van een herstructurering van de onderneming.

De benodigde aard en omvang van de herstructurering van de instelling worden bepaald op basis van een aantal criteria: de omvang van de steun, het bedrijfsmodel en het risicoprofiel van de onderneming en het doel van de herstructurering, namelijk het op lange termijn levensvatbaar maken van die onderneming.

Vraag: «Toch beluister ik in uw woorden een zekere maatwerkbenadering: de ene instelling is niet de andere. De ene instelling heeft in haar bedrijfsmodel veel meer risico's naar zich toe geharkt – daarbij lag het niet aan de crisis maar aan het bedrijfsmodel – dan de andere. Voor alle instellingen gold echter die 2%-benadering: 2% is akkoord, maar daarboven zijn ingrepen nodig. Staan die twee dingen niet op gespannen voet met elkaar?»

Mevrouw Kroes: «Nee, want met mijn opmerking dat niet iedereen dezelfde businessmodellen gehanteerd heeft, stuurde ik erop aan dat dit in die herstructurering aan de orde komt en dat men daarin dus ook herkenbaar zal zien wat de consequenties zijn van een wat risicovoller opereren in vergelijking met een wat voorzichtiger opereren.»

¹ Verslag openbaar verhoor van mevrouw Kroes, 7 december 2011.

Vraag: «Mag ik uw woorden als volgt interpreteren: dat onderscheid komt tot uiting in het type maatregel dat dan door u geëist wordt?»

Mevrouw Kroes: «Dat komt in de herstructurering aan de orde, ja.»¹

Tegelijkertijd worden ook elementen in de herstructurering betrokken die niet onmiddellijk gerelateerd zijn aan de gezondheid van de onderneming: namelijk de lastenverdeling tussen de onderneming en de overheid ter zake van de steun en het beperken en compenseren van de mededingingsvervalsing die optreedt als gevolg van de steun.

Op grond van het staatssteunkader bepaalt de Europese Commissie wanneer een herstructurering aan de orde is (i.e. bij overschrijding van de 2% RWA). Het is vervolgens aan de gesteunde instelling om een herstructureringsplan op te stellen. Met andere woorden, de instelling bepaalt op welke wijze aan de verlangde herstructurering invulling wordt gegeven.

Vraag: «In het eindbesluit legt u een stevige herstructurering op. Kort samengevat kwam die op het volgende neer: verzekeringstak afstoten, Westland Utrecht Hypotheekbank afstoten en ING Direct US afstoten. Dat is een zeer forse verkorting van de balans van ING. Wat is naar uw opvatting de ratio van juist deze maatregel?»

Mevrouw Kroes: «U maakt een denkfout. U stelt dat wij met die voorstellen kwamen. Dat waren voorstellen van partijen zelf. Wij beoordelen alleen wat voorgelegd wordt. Natuurlijk zijn wij diegenen die zeggen dat er gesneden moet worden en dat er consequenties aan dit totale pakket verbonden moeten worden. Wij zeggen: komt u maar. Op dat moment is het door u genoemde rijtje door hen aan ons voorgelegd.»¹

Dat neemt niet weg dat de Europese Commissie zowel vooraf als achteraf een bepalende invloed heeft op hetgeen in het herstructureringsplan wordt opgenomen. Zo geeft de Europese Commissie richting aan het meest vergaande onderdeel van een herstructurering: de balansreductie en het afstoten van bedrijfsonderdelen. De Europese Commissie geeft in dat verband bijvoorbeeld concreet aan op welke markten bedrijfsonderdelen moeten worden verzelfstandigd om de concurrentie te bevorderen of welke onderdelen zij concreet als fundamenteel niet levensvatbaar beschouwt.

Opmerkingen commissie bij herstructureringsbeslissingen door Europese Commissie

Ten overstaan van de commissie is betoogd dat de Europese Commissie in een aantal gevallen – en meer in het bijzonder ten aanzien van ING – te zware eisen aan de onderneming heeft gesteld. De Europese Commissie zou onvoldoende rekening hebben gehouden met de bijzondere omstandigheden. Op grond daarvan zou de vereiste herstructurering in sommige gevallen disproportioneel groot zijn. Daar komt bij dat is betoogd dat de Europese Commissie het eigen kader niet altijd consequent heeft gehanteerd. Er zou van sommige instellingen (ING) een zwaardere herstructurering zijn verlangd dan van andere instellingen die een in omvang ten minste vergelijkbare steun hebben ontvangen.

De heer Van Wijnbergen:» Naar mijn mening kan heel breed vraagtekens worden gezet bij de competentie van de Europese commissie. Men krijgt de indruk dat die in het hele staatssteun-

¹ Verslag openbaar verhoor van mevrouw Kroes, 7 december 2011.

dossier rond de banken bijzonder weinig wist van waarmee ze bezig was. Er is willekeurig gehandeld; de inschatting van de hoeveelheid staatssteun is niet te volgen. Mijns inziens is die bij ING veel te hoog ingeschat. Er was sprake van zeer ongelijke behandeling. Er zitten inconsistente dingen bij. Als er wordt gezegd dat het de bedoeling is om een redelijke concurrentie te handhaven, dan mogen grote spelers niet verboden worden om te concurreren. Ik vind het patroon uit Europa uitermate onsamenhangend. ING is mijns inziens drie tot vier keer zo hard aangepakt als banken in vergelijkbare posities of van vergelijkbare grootte. Het is niet duidelijk waarom Neelie Kroes dat gedaan heeft.»¹

De omvang van de vereiste herstructurering van ING staat, als gevolg van de uitspraak van het Gerecht van de Europese Unie, ter discussie (zie box 12.2 voor de inhoud van het arrest). De Europese Commissie zal opnieuw een herstructureringsbeschikking moeten vaststellen met inachtneming van de inhoud van het arrest.²

Dat neemt niet weg dat een aantal herstructureringen onderling vergeleken kan worden om enig inzicht te kunnen geven in de merites van de kritiek. Gelet op het feit dat de balansreductie het meest ingrijpende onderdeel van een herstructurering is, ligt het in de rede om op basis hiervan een vergelijking te maken. In onderstaande tabel is de omvang van de ontvangen steun in procenten van de naar risico gewogen activa, afgezet tegen de omvang van de balansreductie zoals deze in de herstructureringsbeschikking is opgenomen. Het betreft een vergelijking van een aantal middelgrote en grote Europese banken.

Tabel 12.1 Balansreductie Europese financiële instellingen

| Instelling | Steun in % RWA | Omvang van de balansreductie |
|----------------------|----------------|------------------------------|
| Commerzbank | 8,2% | 45% |
| Dexia | 5,5% | 35% |
| KBC | 5,1% | 17% |
| ING | 5% | 45% |
| Lloyds Banking Group | 4,1% | 25% |
| AEGON | 3,8% | 20% |

Aan de hand van de bovenstaande voorbeelden kan worden geconcludeerd dat de Europese Commissie zeer uiteenlopende eisen heeft gesteld aan een balansreductie. Zowel KBC als Dexia ontvangen naar verhouding een groter bedrag aan steun dan ING terwijl een beperktere balansreductie is opgelegd.

De Europese Commissie heeft in het geval van KBC naar voren gebracht dat een belangrijke component in het herstructureringsplan bestond uit gedragsbeperkingen, zoals een verbod op overnames en op een prijsleiderschap op een aantal terreinen. Verder bevatte de steun aan KBC een in verhouding hoge vergoeding en moest KBC omvangrijke desinvesteringen (Centea, Fidea) doen in de thuismarkt. Dit zou de verklaring zijn voor de beperktere balansreductie.

¹ Verslag openbaar verhoor van de heer Van Wijnbergen, 18 november 2011.

² Hetgeen overigens niet betekent dat de Europese Commissie niet tot eenzelfde uitkomst kan komen.

De commissie merkt op dat, uitgaande van de door de Europese Commissie berekende omvang van de steun, er aanmerkelijke verschillen zitten in de vereiste balansreductie. De commissie constateert ook dat ING een relatief omvangrijke balansreductie moet doorvoeren. In hoeverre de

verschillen gerechtvaardigd worden door de voorwaarden waaronder de steun is verleend of door andere onderdelen van de herstructurering, kan de commissie niet beoordelen.

Kanttekening bij het kader

Het bijzondere steunkader is, zoals al opgemerkt, geënt op het bestaande steunkader voor ondernemingen in moeilijkheden. De commissie werpt allereerst de vraag op in hoeverre dit startpunt passend is geweest voor de crisissituaties. Het bestaande kader is immers ontwikkeld om steun aan ondernemingen die omwille van hun bedrijfsmodel of door eigen keuzes in moeilijkheden zijn gekomen, toch mogelijk te maken. Die situatie is wezenlijk anders dan waar een groot deel van de financiële ondernemingen in de crisis mee werd geconfronteerd.

Het tot uitgangspunt nemen van het reddings- en herstructureringssteunkader roept de vraag op of in de beoordeling door de Europese Commissie, zij niet teveel aandacht heeft gehad voor de marktordening en de beperking van de schade aan de concurrentieverhoudingen als gevolg van de staatssteun, en te weinig voor de toch zeer uitzonderlijke omstandigheden.

Vervolgens constateert de commissie dat de door de Europese Commissie op 7 oktober 2008 beloofde breed sturend kader slechts stapsgewijs vorm krijgt. De bankenmededeling die op 13 oktober 2008 wordt uitgebracht bevat algemene uitgangspunten en richtsnoeren die pas later nader worden uitgewerkt. Op het moment dat die uitwerking beschikbaar komt, heeft een groot aantal ingrepen al plaatsgevonden. Dit geldt in het bijzonder voor herkapitalisatie en maatregelen die zich richten op het oplossen van problemen met besmette activa. De commissie heeft geconstateerd dat de Nederlandse autoriteiten stellen nadeel te hebben ervaren van het pas achteraf beschikbaar komen van de richtsnoeren. Zij meent dat de vraag terecht is, in hoeverre het passend is om achteraf met gedetailleerde richtsnoeren te komen op basis waarvan een beoordeling van steunmaatregelen plaatsvindt die al eerder zijn doorgevoerd. De commissie is van mening dat een duidelijker doch minder gedetailleerd kader, dat snel na 12 oktober zou zijn vastgesteld, op zijn plaats was geweest en veel problemen zou hebben kunnen voorkomen.

12.4 Mededinging en prudentieel toezicht

De commissie heeft geconstateerd dat er een spanning kan bestaan tussen de verantwoordelijkheden van de Europese Commissie als finale autoriteit voor het mededingingstoezicht en de verantwoordelijkheden van de prudentieel toezichthouder. Deze spanning is door de heer Wellink, destijds president van DNB, in zijn openbaar verhoor helder uiteen gezet.

De heer Wellink: «(...) Toen dit begon te spelen, heb ik mij wel meteen gerealiseerd dat er in de regelgeving eigenlijk een paar dingen zitten – wij hebben dit ook meteen aangesneden – die gewoon niet goed zijn. Er is – dit is de formulering die ik intern steeds gebruikt heb – geen omgangsregeling tussen de toezichthouder en de mededingingsautoriteit en er is geen conflictenregeling. Met «omgangsregeling» bedoel ik: hoe wordt de toezichthouder erbij betrokken als de Commissie een mededingingsmaatregel neemt? De toezichthouder is de ultieme autoriteit op zijn eigen terrein, zoals de mededingingsautoriteit ultieme autoriteit heeft op haar terrein. Maar hoe geef je de

toezichthouder voldoende ruimte? Er is ook geen omgangsregeling of een conflictenregeling. Als je het niet eens bent met elkaar, wat moet je dan doen? Als de Commissie zegt «verkoop dat en als je het niet snel verkoopt, benoemen wij een trustee die het voor jou moet gaan verkopen», kan dat verkopen alleen plaatsvinden als er een verklaring van geen bezwaar van de toezichthouder komt. Als de toezichthouder nee zegt, zit je in een heel rare situatie. In het verdrag staat, dacht ik, een bepaling dat autoriteiten gebonden zijn om zo goed mogelijk met elkander om te gaan, maar bij een echt conflict is er geen oplossing. Dit is voor mij ook de reden geweest dat ik wel eens publiekelijk gezegd heb: eigenlijk moet op Europees niveau dezelfde discussie plaatsvinden als we hier hebben, met nationale toezichthouders. Er moet een discussie op Europees niveau plaatsvinden ook. Niet om de Europese toezichthouder te attaqueren – daar gaat het mij helemaal niet om – maar om te kijken hoe het bestaande systeem gewerkt heeft. Zijn de checks and balances in het systeem oké? Moeten wij er geen veranderingen in aanbrengen? Dat heb ik eigenlijk het sterkst gevoeld naar aanleiding van de discussies met de EU, nog meer dan de precieze bedragen waar wij het niet over eens waren. Er zit een fout in het systeem.»¹

De commissie heeft vastgesteld dat deze spanning manifest aan de orde is geweest in het goedkeuringstraject van de IABF. Tijdens dit proces heeft zich volgens de heer Brouwer de volgende situatie voorgedaan:

*De heer **Brouwer**: «De aanvankelijke inzet van de Europese Commissie was: u bent geen partij. Ik ben er één keer zelf geweest bij de delegatieleider van het team van DG Mededinging dat zich bezighield met ING. Er lag een variant voor die ik niet kan uitspitten, want dat is toezichtsvertrouwelijk. Die variant was voor ons ondenkbaar in financiële termen. Daarvan heb ik ter plekke gezegd: u kunt dat wel afdwingen, maar wij verbieden het. Wij verbieden ING om die lijn in te zetten. Wat gebeurt er dan, was de vraag, en dat is natuurlijk nog altijd onduidelijk. Maar uiteindelijk heeft de Commissie gezegd: dan doen wij een ander voorstel. Dus ik zag ons belang en zij impliciet dus ook.»²*

De commissie heeft geconstateerd dat de spanning tussen de Europese Commissie en DNB van een zodanige aard was dat DNB zich zelfs genoodzaakt voelde zich te voegen in het beroep dat ING heeft aangespannen tegen het herstructureringsbesluit. Dat is een ongebruikelijke en ingrijpende stap.

*De heer **Wellink**: «De interventie van de Europese Commissie heeft de deal duurder gemaakt, profijtlijker voor de Staat. Ik zei al dat wij vanuit toezichtoptiek gezien vonden dat de eisen eigenlijk te zwaar waren. U weet dat wij ons gevoegd hebben – dat is vrij uitzonderlijk – in de procedure die ING heeft aangespannen. Wij hopen hierin de kans te krijgen om dit toe te lichten.»*

Ook in het integratieproces van ABN AMRO en Fortis na de overname in 2007 deed zich, zo suggereert DNB, een spanning voor tussen haar verantwoordelijkheid als prudentieel toezichthouder en de verantwoordelijkheid van de Europese Commissie voor de concurrentieverhouding.

¹ Verslag openbaar verhoor van de heer Wellink, 2 december 2011.

² Verslag openbaar verhoor van de heer Brouwer, 1 december 2011.

De heer Wellink:» (...) Wij zouden onverantwoordelijk gehandeld hebben als wij dit (de overeenkomst met Deutsche Bank) hadden geaccepteerd, maar daar ligt nog wel een klein probleem, dat echt lastig is en waarmee ik niemand wil beschuldigen. Als je een remedy afspreekt die op zichzelf gezien redelijk is – laten we veronderstellen dat zo'n HBU-remedy op zichzelf gezien redelijk was – en de wereld verandert zodanig dat de zwaarte van die remedy een vermenigvuldigingsfactor krijgt die zodanig is dat, als je het eerder geweten had, je andere remedies had moeten verzinnen, vind ik eerlijk gezegd dat dat een factor is die in de beschouwing moet worden betrokken. Meer in het algemeen gesproken: ik begrijp de Europese Commissie in een aantal opzichten zeer wel. Je spreekt bijvoorbeeld af om een bepaald heel groot bedrijfsonderdeel te verkopen, maar als je daar miljarden verlies op moet lijden omdat de marktomstandigheden dramatisch slecht blijven, dan vind ik – mevrouw Kroes is in een aantal opzichten best flexibel geweest – dat de Europese commissie eens goed moet nadenken over een andere vormgeving van dit systeem.»¹

Opmerkingen commissie

De commissie concludeert dat een patstelling tussen de prudentieel toezichthouder en de Europese Commissie onwenselijk is. Beiden behartigen een beschermenswaardig belang. Een confrontatie die niet op een ordelijke wijze kan worden geadresseerd – in die zin dat de wederzijdse belangen in afdoende mate in aanmerking worden genomen – acht de commissie onaanvaardbaar. Dit is te meer het geval wanneer het belang van de soliditeit van financiële ondernemingen en daarmee de stabiliteit van het financieel stelsel in het geding kan komen. De heer Knot, de huidige president van DNB, vertelt hierover:

De heer Knot:» Ja, dat zeg ik. Ik denk dat dit echt een absoluut hiaat is. Het gaat hier om twee verschillende domeinen: de mededinging en het prudentiële terrein. Het wordt gecompliceerd door het feit dat de mededinging op Europees niveau plaatsheeft en het prudentiële toezicht nog grotendeels op nationaal niveau. Maar je kunt dit niet oplossen door simpelweg te zeggen dat Europese regels altijd voor nationale regels gaan. Dat geldt binnen hetzelfde domein. Dat zou gelden als het een conflict was tussen Nederlandse mededingingsbelangen en Europese mededingingsbelangen. Het gaat hier echter om het conflict tussen mededinging en prudentieel. Ik denk dat we naar een situatie toe zouden moeten dat er voor remedies bijvoorbeeld toch prudentiële goedkeuring zou moeten worden verleend.»

Vraag: «Hoe zou je dat hiaat dan precies kunnen oplossen?»

De heer Knot: «Dat zou je kunnen doen door na te denken over een vorm van geschillenbeslechting. Maar één vorm van geschillenbeslechting is dat je voor dit soort remedies toch ook prudentiële goedkeuring vraagt.»

Vraag: «Als ik u goed begrijp, zou prudentiële goedkeuring dan uiteindelijk doorslaggevend moeten zijn?»

De heer Knot: «Nee, want op het moment dat er dan afkeuring plaatsheeft, is het niet gezegd dat de remedy van tafel is. Dan zal er weer een andere remedy op tafel moeten komen. Maar dan kom je in

¹ Verslag openbaar verhoor van de heer Wellink, 2 december 2011.

ieder geval in een situatie terecht dat beide autoriteiten uiteindelijk het eens zullen moeten zijn over de ultieme oplossing.»

De heer Knot: «Dan zou je ultiem ergens een geschillenbeslechting moeten neerleggen. Dan zou je mediation moeten hebben. Of je zou een partij moeten identificeren die dan een dwingende uitspraak doet. Misschien wel ergens een rechter. Die zou zich overigens dan wel inhoudelijk moeten gaan verdiepen in het vraagstuk, en zich niet louter moeten beperken tot een marginale toetsing. Daar zou in ieder geval over nagedacht moeten worden.»¹

De commissie tekent daarbij aan dat de mogelijkheid van een beroep op de (Europese) rechter onvoldoende soelaas biedt voor bovengenoemd probleem. Dit werd ook zo verwoord door de heer Knot:

De heer Knot: «Er is nu een mogelijkheid om in beroep te gaan bij het Europees Hof. Maar zo'n proces duurt natuurlijk te lang. Je hebt op dat moment stante pede een uitspraak nodig, en niet een uitspraak die pas drie jaar later of zo komt. Daarnaast is het mij ook nog niet geheel duidelijk in hoeverre het Europees Hof zich ook werkelijk inhoudelijk in de zaak zal verdiepen dan wel marginaal gaat toetsen.»¹

De commissie heeft vervolgens geconstateerd dat de Europese Commissie, bij monde van mevrouw Kroes, vasthoudt aan de voorrang van het Unierecht en het nationale prudentiële toezicht als daaraan ondergeschikt lijkt te zien.

Vraag: *«Volgens de heer Brouwer heeft in de aanloop naar de goedkeuring een variant voor herstructurering voorgelegd die voor DNB ondenkbaar was in prudentiële termen. De heer Brouwer heeft hier gezegd dat hij tegen u persoonlijk of tegen de Europese commissie heeft gezegd: «U kunt dat wel afdwingen maar wij verbieden het». In casu een clash tussen twee bevoegde gezagen over één instelling en één maatregel.»*

Mevrouw Kroes: *«De Europese commissie had te doen met de Nederlandse regering, die naar ik aanneem het gedachtegoed van de centrale bank meenam. Inderdaad hebben wij ook discussies gehad maar uiteindelijk hebben we gescheiden verantwoordelijkheden. De verantwoordelijkheid van de Europese commissie is om ten aanzien van de interne markt het Verdrag over staatssteun goed toe te passen, terwijl DNB een verantwoordelijkheid heeft ten aanzien van het Nederlandse speelveld.»*

Vraag: *«Maar ziet u dat er een fors spanningsveld kan zitten tussen de verantwoordelijkheden van de prudentieel toezichthouder – die staat niet onder controle van de Staat maar vervult een eigenstandige rol – en uw eigenstandige bevoegdheid tot het beoordelen van steun? De heer Wellink heeft hier gezegd dat er geen omgangs- en geen conflictenregeling voor de toezichthouder en de Europese commissie was. Hij gaf heel treffend aan dat beide de ultieme autoriteit zijn en «als je het met elkaar niet eens bent, wat moet je dan doen?» Hoe zou u die vraag beantwoorden?»*

¹ Verslag openbaar verhoor van de heer Knot, 9 december 2011.

Mevrouw Kroes: «Als je het met elkaar niet eens bent, is mijn algemene lijn om aan tafel te gaan zitten en te gaan bekijken waar de verschillen in zitten. Wie kan op welk moment op welke verantwoordelijkheid aangesproken worden?»

Vraag: «Wie trekt er in ultimo aan het langste eind?»

Mevrouw Kroes: «U hebt net gezegd dat de internationale verdragen en de duidelijke teksten die ten aanzien van dit geheel bestaan, prevaleren.»

Vraag: «Dus u zegt: ik wil best in discussie met de toezichthouder als die goede argumenten heeft, maar in ultimo is het mijn bevoegdheid.»

Mevrouw Kroes: «Ten aanzien van sommige zaken hebben wij in de Europese commissie vast te stellen dat er groen licht gegeven dient te worden door bijvoorbeeld DNB. Maar het antwoord op uw vraag is: ja.»

Vraag: «Vindt u dat ook een wenselijke situatie? Moet dat zo blijven of vindt u dat daarbij tot een andere, meer gelijkwaardige verdeling van verantwoordelijkheden, bevoegdheden tussen de toezichthouder en de Europese commissie moet worden gekomen?»

Mevrouw Kroes: «Daar hoeft geen verandering in te komen. Onze ervaring is dat het nu goed werkt.»¹

De commissie meent dat de Europese Commissie daarmee onvoldoende recht doet aan het belang dat door de prudentieel toezichthouder moet worden behartigd. De commissie beveelt aan er in Europees verband naar te streven dat een regeling in het leven wordt geroepen die bovenstaande problematiek adresseert. Hierbij kan bijvoorbeeld het nieuw opgerichte European Systemic Risk Board (ESRB) een rol spelen.

12.5 Optreden van de Nederlandse autoriteiten

ABN AMRO, ING, AEGON en SNS REAAL hebben allen op een bepaald moment te maken gekregen met een beoordeling uit Brussel van de steun die zij hebben ontvangen. Bij al deze instellingen heeft de Europese Commissie in meer of mindere mate eisen gesteld waaraan moest worden voldaan voordat staatsteun kon worden goedgekeurd. De vraag rijst of de Nederlandse autoriteiten zich vooraf, bij het overeenkomen van de interventies, afdoende rekenschap hebben gegeven van de eisen die door de Europese Commissie aan steunmaatregelen zouden (kunnen) worden gesteld.

Uit het onderzoek van de commissie blijkt dat de Nederlandse autoriteiten, meer in het bijzonder het ministerie van Financiën, zich terdege bewust zijn van het feit dat Brussel een rol kan spelen bij de overheidsinterventies. Dit komt onder meer tot uitdrukking in de wens van de zijde van het ministerie om bij de kapitaalinjectie in ING te komen tot een marktconforme transactie.

De commissie constateert tegelijkertijd dat de Nederlandse autoriteiten de uitkomsten van de verschillende trajecten bij de Europese Commissie op een aantal momenten verkeerd hebben ingeschat.

¹ Verslag openbaar verhoor van mevrouw Kroes, 7 december 2011.

Zo heeft de commissie vastgesteld dat de kapitaalinjectie in ING op 22 oktober 2008 «for reasons of legal certainty» aan de Europese Commissie wordt gemeld. Het ministerie van Financiën stelt dat bij de kapitaalinjectie bij ING geen sprake is van staatssteun in de zin van het Europees verdrag. Dit is volgens het ministerie het geval omdat de transactie geen financieel voordeel voor ING bevat. In de notificatie wordt opgemerkt dat: «No advantage because market prices are paid for the securities in ING and conditions attached to the capital injection are also market conditions.»

Om als staatssteun in de zin van het verdrag te kwalificeren moet sprake zijn van (i) een financieel voordeel, (ii) dat met overheidsmiddelen wordt bekostigd, (iii) dat ten goede komt aan een beperkt aantal ondernemingen, en (iv) dat de tussenstaatse handel negatief beïnvloed. Aan het eerste criterium zou gelet op de voorwaarden voor de injectie niet zijn voldaan, aldus het departement.

In de beschikking van de Europese Commissie wordt het standpunt van Nederland uitvoerig uiteen gezet:

«Nederland is van mening dat de maatregel geen staatssteun inhoudt. (...) Volgens de Nederlandse autoriteiten dienen de effecten, hoewel zij vanuit civielrechtelijk oogpunt obligaties zijn, op één lijn te stellen met gewone aandelen omdat zij zich in economisch opzicht hetzelfde gedragen als aandelen. Daarom dient een beoordeling van het instrument volgens de Nederlandse autoriteiten ook gebaseerd te zijn op die vergelijking. Om de doeltreffendheid van de maatregel te verhogen werd het noodzakelijk geacht een core-Tier-1-instrument te gebruiken; vandaar de keuze van dit hybride instrument. Volgens DNB houden de vereisten in verband met core-Tier-1-kapitaal in, dat de onderneming alle rechten behoudt (zoals ook in geval van aandelen geldt), waaronder het recht om het dividend vast te stellen en het recht om de participatie te beëindigen. De effecten zijn [...], binnen de grenzen van core-Tier-1, zodanig gestructureerd dat 1) de waarde ervan vergelijkbaar is met die van gewone aandelen en 2) de beëindiging van de participatie mogelijk en aantrekkelijk voor ING wordt wanneer de winstgevendheid en de aandelenkoers zich herstellen. In die zin menen de Nederlandse autoriteiten dat het instrument als een soort aandeel moet worden beschouwd, doch met hogere couponopbrengsten. Het instrument gedraagt zich derhalve op een wijze die marktconform is en de economische belangen van de Nederlandse Staat in aanmerking neemt terwijl tegelijkertijd de solvabiliteit van ING wordt verbeterd. Dat het rendement onzeker is betekent niet dat er sprake is van staatssteun – waar het om gaat is het gemiddelde verwachte rendement en het risicoprofiel van het instrument.»¹

Anders dan de Nederlandse autoriteiten, is de Europese Commissie wel degelijk van mening dat de maatregel, waarbij de Nederlandse Staat de speciaal uitgegeven effecten verwerft, staatssteun vormt in de zin van het Europees verdrag.

De kapitaalinjectie in ING vormt enige tijd later opnieuw de aanleiding voor een verkeerde inschatting door de Nederlandse autoriteiten van de opstelling van de Europese Commissie. De kapitaalinjectie zoals die in oktober 2008 tussen de Staat en ING was overeengekomen, kende geen optie tot vervroegde terugbetaling tegen gunstige voorwaarden. ING kan

¹ Steunmaatregel nr. N 528/2008 – Nederland
Steun aan ING Groep N.V., punten 21 en
verder.

de Staat «uitkopen» tegen 150% van de uitgifteprijs van de CT1 securities. ING betaalt dus in zekere zin een boete van 50% bij aflossing. De voorwaarden van de kapitaalinjecties in AEGON en SNS REAAL bevatten wel een bijzondere regeling ten aanzien van vervroegde aflossing. Zo mocht AEGON een derde (1 miljard euro) van de steun binnen één jaar tegen specifieke gunstigere voorwaarden aflossen.¹ Een vergelijkbare regeling geldt voor SNS.

Als ING in 2009 kenbaar maakt de helft van de steun (5 miljard euro) te willen terugbetalen, komen de Staat en ING een aanpassing in de voorwaarden voor vervroegde aflossing overeen. In plaats van de premie van 2,5 miljard euro (50%) betaalt ING een premie van 346 miljoen euro. Bij het indienen van het herstructureringsplan op 22 oktober 2009 dient Nederland tevens het amendement op de terugbetalingsvoorwaarden van de CT1 securities in.

In de beschikking waarin de Europese Commissie goedkeuring verleent aan het herstructureringsplan voor ING komt zij tot de conclusie dat deze aanpassing voor ING een nieuw financieel voordeel oplevert van circa 2 miljard euro.

«In het kader van het herstructureringsplan heeft Nederland een aanpassing ingediend van de overeenkomst betreffende de terugbetaling van de Tier 1-effecten door ING. Volgens de aangepaste voorwaarden kan ING tot 50 % van de Core Tier 1-effecten terugkopen tegen uitgifteprijs (10 EUR), vermeerderd met de opgelopen rente over de jaarlijkse 8,5 %-coupon (rond 253 miljoen EUR) en met een strafpremie voor vervroegde terugbetaling indien het aandeel ING meer dan 10 EUR noteert. Deze bij vervroegde terugbetaling verschuldigde premie loopt op naarmate de koers van het aandeel ING stijgt. Voor de berekening van de strafpremie voor vervroegde terugbetaling wordt de koersstijging gemaximeerd op 12,50 EUR. Op dat niveau komt deze premie overeen met 13 % op jaarbasis. Deze strafpremie voor vervroegde terugbetaling kan oplopen tot maximaal 705 miljoen EUR, in een scenario waarbij de 5 miljard EUR worden terugbetaald na 400 dagen vanaf de uitgifte-datum. Voorts is voor deze strafpremie een minimum bepaald van 340 miljoen EUR, hetgeen Nederland een minimale Internal Rate of Return (IRR) van 15 % garandeert.

Met andere woorden, rekening houdende met het feit dat ING normaal gesproken een terugbetalingspremie van 2,5 miljard EUR verschuldigd is, zou deze aanpassing ING een additioneel voordeel opleveren van 1,79 tot 2,2 miljard EUR, afhankelijk van de koers van het aandeel ING. Nederland verklaarde dat deze aanpassing bedoeld was om ING vergelijkbare uitstapvoorwaarden te bieden als SNS en Aegon hebben gekregen voor de kapitaalinjecties die deze van Nederland hebben ontvangen. Die voorwaarden voor vervroegde terugbetaling kunnen alleen worden toegepast voor de aflossing van 5 miljard EUR (dus 50 % van de initiële kapitaalinjectie).»²

¹ In plaats van een premie van 50%, betaalt AEGON een *repurchase fee* die afhankelijk is van de beurskoers. Voorts is AEGON gehouden de coupon op de CT1-securities uit te keren, ongeacht het antwoord op de vraag of dividend is uitgekeerd.

² Beschikking van de Commissie van 18 november 2009 betreffende steunmaatregel C 10/09 (ex N 138/09) die Nederland ten uitvoer heeft gelegd ten behoeve van de Illiquid Assets Back-upfaciliteit en het herstructureringsplan voor ING, punten 34 en 35.

Met andere woorden: volgens de Europese Commissie is sprake van circa 2 miljard euro aan additionele staatssteun.

«Ook de aanpassing van de inkooppremie vormt staatssteun omdat de staat afziet van zijn recht om inkomsten te ontvangen. Aangezien ING reeds ermee heeft ingestemd een inkooppremie van 150 % te

betalen, vormt iedere korting inderdaad een derving van inkomsten. De aanpassing van de terugbetalingsvoorwaarden voor de Nederlandse kapitaalinjectie resulteert in een additioneel voordeel voor ING. Dit vertegenwoordigt, zoals in overweging 34 werd aangegeven, zo'n 2 miljard EUR additionele steun.»¹

De kwalificatie door de Europese Commissie komt voor zowel het ministerie van Financiën als voor ING onverwacht. Het ministerie en ING gaan ervan uit met het met de Europese Commissie uitonderhandelde herstructureringsplan een *package deal* te hebben gesloten. De aanpassing van de voorwaarden voor terugbetaling van de staatssteun zou daarvan onderdeel uitmaken. Zowel de Staat als ING is tegen het besluit van de Europese Commissie om de aangepaste voorwaarden als aanvullende steun te kwalificeren dan ook in beroep gegaan. Het Gerecht van de Europese Unie heeft op 2 maart 2012 ING en de Staat der Nederlanden op dit punt in het gelijk gesteld.

Box 12.2 Uitspraak van het Gerecht van de Europese Unie

ING is op 28 januari 2010 op een aantal punten tegen de herstructureringsbeschikking van de Europese Commissie in beroep gegaan bij de het Gerecht van de Europese Unie. ING verzoekt het Gerecht:

- de herstructureringsbeschikking nietig te verklaren voor zover daarbij de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden voor de kapitaalinjectie wordt aangemerkt als additionele staatssteun ten bedrage van 2 miljard EUR;
- de bestreden beschikking nietig te verklaren voor zover de Commissie aan goedkeuring van de steun de voorwaarde heeft verbonden van aanvaarding van prijsleiderschapsverboden;
- de bestreden beschikking nietig te verklaren voor zover de Commissie de goedkeuring van de steun heeft onderworpen aan herstructureringsvoorwaarden die verder gaan dan passend en noodzakelijk;

De Staat der Nederlanden is eveneens op 28 januari 2010 in beroep gegaan. De Staat verzoekt het Gerecht:

- de herstructureringsbeschikking nietig te verklaren voor zover daarbij de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden voor de kapitaalinjectie wordt aangemerkt als additionele staatssteun ten bedrage van 2 miljard EUR;

Het Gerecht heeft op 2 maart 2012 uitspraak gedaan. Het Gerecht heeft het beroep toegewezen en de herstructureringsbeschikking gedeeltelijk nietig verklaard. Het Gerecht heeft zich daarbij beperkt tot een oordeel over het eerste punt: de kwalificatie van de gewijzigde terugbetalingsvoorwaarden als additionele staatssteun.

Het Gerecht constateerde daarbij dat de Europese Commissie deze onvoldoende heeft gemotiveerd.

Volgens het Gerecht kon de Commissie zich niet beperken tot de constatering dat de wijziging in de terugbetalingsvoorwaarden voor de kapitaalinjectie een steunmaatregel was, zonder eerst te onderzoeken of deze wijziging voor ING een voordeel opleverde dat een particuliere investeerder niet zou hebben toegekend indien hij zich in dezelfde positie zou hebben bevonden als de Nederlandse Staat.

¹ Beschikking van de Commissie van 18 november 2009 betreffende steunmaatregel C 10/09 (ex N 138/09) die Nederland ten uitvoer heeft gelegd ten behoeve van de Illiquid Assets Back-upfaciliteit en het herstructureringsplan voor ING, punt 98.

Het Gerecht verklaart de beschikking van de Commissie nietig voor zover deze berust op de vaststelling dat de wijziging in de voorwaarden voor terugbetaling van de kapitaalbreng additionele steun heeft vertegenwoordigd en voor zover zij voor de beoordeling van de verenigbaarheid van de steun met de interne markt, en de omvang van de compenserende maatregelen, deze laatste steun in de beschouwing betreft.

Gezien deze conclusie heeft het Gerecht geconcludeerd dat er geen aanleiding is tot onderzoek van de argumenten die ING en de Commissie hebben aangevoerd ten aanzien van de overige onderdelen die door ING zijn aangevoerd. Dit aangezien de herstructureringsbeschikking berust op de veronderstelling dat de omvang van herstructureringssteun juist is gekwalificeerd, hetgeen in de onderhavige zaak naar het oordeel van het Gerecht niet het geval is.

De Europese Commissie zal met inachtneming van de uitspraak van het Gerecht een nieuwe beschikking moeten geven. De Europese Commissie heeft twee maanden de tijd om tegen de uitspraak in beroep te gaan bij het Hof.¹

De commissie wijst vervolgens op de beoordeling van de IABF door de Europese Commissie. Voor een uiteenzetting over de IABF-transactie wordt verwezen naar hoofdstuk 5 over de casus ING. Op dit moment is van belang dat de Europese Commissie zware kanttekeningen plaatst bij de vergoeding van de IABF door ING aan de staat.

Zoals blijkt uit de voorlopige goedkeuring van de Europese Commissie heeft de Staat zich op het standpunt gesteld dat de IABF een adequate vergoeding in zich droeg voor het risico dat de Staat op zich nam.

«The authorities state that the total package provides an adequate remuneration for the risk taken over by the state. The authorities point to the more likely base case scenario which shows an overall gain for the Dutch State. The Dutch authorities state that the management fee is part of the overall remuneration package. The total package was considered appropriate at such time. There is also adequate burden sharing, due to the first loss already borne by the bank, and a future loss split in the relationship of 80 % for the State and 20 % for the bank.»²

De Europese Commissie blijkt daar anders tegenaan te kijken. Zij plaatst een aantal serieuze kanttekeningen bij de transactie.

«Daarom betwijfelt de Commissie ook dat de risicoverdeling tussen de Staat en ING correct is. De Commissie vraagt zich af of de bank wel echt het verschil tussen de nominale waarde van de portefeuille en de reële waarde ervan in het economisch verkeer draagt, rekening houdende met de reeds aangegeven twijfel wat betreft de beoordeling van de waardering. Evenmin is de Commissie er zeker van dat de genoemde ruil van kasstromen wel, zoals wordt aangegeven, daadwerkelijk gunstig is voor de Staat. Met name ten aanzien van de management fee voor de portefeuille heeft zij enige twijfel of die wel passend is, aangezien in ruil voor die fee niet al te veel activiteiten worden verlangd.»³

¹ Uitspraak van het Gerecht van de Europese Unie van 2 maart 2012 in de gevoegde zaken T-29/10 Nederland / Commissie en T-33/10 ING Groep NV / Commissie. Nog niet gepubliceerd.

² Steunmaatregel C 10/2009 (ex N 138/2009) – ING, punt. 41.

³ Steunmaatregel C 10/2009 (ex N 138/2009) – ING.

De Europese Commissie past uiteindelijk de IABF op onderdelen aan waardoor deze circa 1,3 miljard euro duurder wordt voor ING. Daarnaast verlangt de Europese Commissie voor het totaal aan steun aan ING, waaronder de steuncomponent in de IABF van 5 miljard euro, een zware herstructurering.

Vraag: «Vervolgens komt er een heel zware remedy. ING moet onderdelen afstoten en een flinke herstructurering doorvoeren. Had u een dergelijke reactie van de Europese Commissie voorzien of kunnen voorzien?»

De heer Ter Haar:» Nee, zo hadden wij het niet voorzien. (...) De negatieve manier waarop de Europese Commissie aankeek tegen deze transactie – zij heeft dit wel heel sterk in het domein van de staatssteun geduwd – heeft ons echter wel verrast. Zeker in het begin – dit had weer te maken met de complexiteit van de transactie – had ik het gevoel dat ergens in de eigen becijfering van de Commissie van de waarde van de transactie een dubbeltelling zat die tot een ander eindresultaat leidde van diverse miljarden dan het resultaat van onze waardeschatting van de transactie.»¹

Ten slotte wijst de commissie op de verwickelingen rondom de zogenoemde *remedy* na de nationalisatie van Fortis Bank Nederland en ABN AMRO. De Europese Commissie was bij de voorgenomen overname van ABN AMRO door Fortis van oordeel dat deze bank zich een te dominante positie zou verwerven op de Nederlandse markt voor dienstverlening aan het midden- en kleinbedrijf. De Europese Commissie zou alleen goedkeuring verlenen aan de overname als Fortis haar positie zou afbouwen door het afstoten van een bedrijfsonderdeel. Dit is de *remedy*.

De commissie kan zich niet aan de indruk onttrekken dat de Nederlandse autoriteiten er na de nationalisatie van ABN AMRO en Fortis Bank Nederland van uitgaan, dat zij de Europese Commissie ervan kunnen overtuigen van de verlangde *remedy* af te zien. Dit ondanks het feit dat beide ondernemingen alsnog geïntegreerd zullen worden en zo de door de Europese Commissie gewraakte dominante positie op de markt voor dienstverlening aan het mkb zullen verwerven.

Vraag: «(...) Maar u noemde zojuist ook de *remedy*. Wanneer werd duidelijk dat, als je gaat samenvoegen, ook Brussel weer in beeld zou komen?»

De heer Ter Haar: «Als risico bestond dat vanaf het moment dat aan samenvoeging werd gedacht. Hoe dat risico is vertaald in de werkelijkheid, heeft meer dan een half jaar geduurd, geloof ik. Je weet immers niet bij voorbaat welke positie de Europese Commissie inneemt. Uiteindelijk vonden wij wel dat integratie van ABN AMRO in de hele Fortis Holding, met een vrij dominante positie in de Benelux-markt, toch echt heel anders was dan samenvoeging van ABN AMRO en Fortis Bank Nederland op de Nederlandse markt. Wij gingen er wel vanuit dat we een goeie case hadden bij de Europese Commissie om te zeggen: wij willen het gesprek over de *remedy* heropenen, en dan mogen we toch wel rekenen op een wat andere eis vanuit de Europese Commissie dan daarvoor.»²

¹ Verslag openbaar verhoor van de heer Ter Haar, 1 december 2011.

² Verslag openbaar verhoor van de heer Ter Haar, 16 november 2011.

De heer Van Rutte: «Ik denk dat men in november 2008 nog geen rekening had gehouden met de kosten die nog moesten worden gemaakt uit hoofde van de remedy. Op dat moment was immers niet duidelijk of er nog wel een remedy zou zijn. De minister heeft zelfs tegenover mevrouw Kroes aangegeven dat er geen noodzaak meer was voor een remedy, gelet op het feit dat er een totaal andere situatie was ontstaan. Ik vermoed dus dat er geen rekening is gehouden met die kosten. Daarna bleek overigens dat er wel een remedy nodig was. Toen zijn opnieuw onderhandelingen gestart en vervolgens is er een overeenkomst gesloten.»¹

De Europese Commissie houdt echter onverkort vast aan uitvoering van de *remedy*. De commissie constateert dat ook in de casus ABN AMRO de opstelling van de Europese Commissie niet juist is ingeschat.

12.6 Conclusies

Regulier steunkader passend uitgangspunt voor de crisis?

De verschillende mededelingen zijn uitdrukkelijk geënt op het reguliere crisis- en herstructureringssteunkader zoals de Europese Commissie dat vóór de crisis hanteerde. Tegelijkertijd kent het crisiskader een aantal bijzonderheden. Zo aanvaardt de Europese Commissie reddingssteun zonder een daaropvolgende herstructurering. Onder het reguliere kader gaat reddingssteun altijd gepaard met een latere herstructurering.

Het reguliere steunkader is ontwikkeld om steun aan ondernemingen die omwille van hun bedrijfsmodel of door eigen keuzes in moeilijkheden zijn gekomen, toch mogelijk te maken. Die situatie is wezenlijk anders dan waar een groot deel van de financiële ondernemingen in de crisis mee werd geconfronteerd.

De commissie werpt om die reden de vraag op in hoeverre het startpunt, het reguliere steunkader, passend is geweest voor de crisissomstandigheden. Het tot uitgangspunt nemen van het reddings- en herstructureringssteunkader roept naar het oordeel van de commissie tevens de vraag op of in de beoordeling door de Europese Commissie, zij niet teveel aandacht heeft gehad voor de marktordering en te weinig voor de toch zeer uitzonderlijke omstandigheden.

Europese Commissie stelt achteraf toetsingskader vast

De commissie heeft geconstateerd dat het bijzondere kader van de Europese Commissie ten aanzien van haar toetsing van steunmaatregelen slechts stapsgewijs vorm krijgt. De bankenmededeling die op 13 oktober 2008 wordt uitgebracht bevat algemene uitgangspunten en richtsnoeren die pas maanden later nader worden uitgewerkt. Op het moment dat die uitwerking formeel beschikbaar komt, heeft een groot aantal ingrepen al plaatsgevonden. Dit geldt in het bijzonder voor herkapitalisatie en maatregelen die zich richten op het oplossen van problemen met besmette activa.

De commissie heeft geconstateerd dat de Nederlandse autoriteiten stellen nadeel te hebben ervaren van het pas achteraf beschikbaar komen van de richtsnoeren (zoals de zogenoemde 2%-maatstaf). De commissie meent dat de vraag gerechtvaardigd is, in hoeverre het passend is om achteraf met gedetailleerde richtsnoeren te komen op basis waarvan een beoordeling van steunmaatregelen plaatsvindt. De commissie is van mening dat een duidelijker doch minder gedetailleerd kader, dat snel na

¹ Verslag openbaar verhoor van de heer Van Rutte, 17 november 2011.

12 oktober zou zijn vastgesteld, op zijn plaats was geweest en veel problemen zou hebben kunnen voorkomen.

Verplichtstelling staatssteun geen wezenlijk element

Een belangrijk onderscheid tussen het bijzondere staatssteunkader in de financiële crisis en het reguliere kader is dat de Europese Commissie ook niet-instellingsspecifieke regelingen voor bijvoorbeeld staatsgaranties of herkapitalisaties heeft aanvaard. Daarbij behoeften herkapitalisaties van individuele banken die plaatsvonden op grond van een door de Europese Commissie goedgekeurde regeling, niet afzonderlijk vooraf aan de Europese Commissie te worden voorgelegd. Frankrijk heeft er voor gekozen een herkapitalisatieregeling in het leven te roepen waaraan de grootste Franse banken min of meer verplicht zouden deelnemen.

Ten overstaan van de commissie is verklaard dat deze verplichtstelling voor de Europese Commissie aanleiding is geweest om de steun aan de Franse banken minder streng te beoordelen dan de steun aan de Nederlandse instellingen waar niet voor een dergelijke verplichting is gekozen. Door de Europese Commissie is aangedragen dat niet zozeer de kenmerken van de regeling of de verplichtstelling ervoor heeft gezorgd dat de Franse banken aan een herstructurering «ontkwamen», maar de financiële soliditeit van de Franse banken. Dit zou blijken uit het gegeven dat de Franse banken, anders dan ING en AEGON, allen minder dan 2% van de naar risico gewogen activa aan steun hebben ontvangen.

De commissie concludeert dat het niet waarschijnlijk is dat verplichtstelling van deelname aan de kapitaalverstrekkingfaciliteit in Nederland tot een wezenlijk ander oordeel van de Europese Commissie over ING, AEGON en SNS REAAL had geleid.

Onduidelijkheid over consequente toepassing beoordelingskader door Europese Commissie

Door getuigen is ten overstaan van de commissie is betoogd dat de Europese Commissie in een aantal gevallen – en meer in het bijzonder ten aanzien van ING – te zware eisen aan de onderneming heeft gesteld. De Europese Commissie zou onvoldoende rekening hebben gehouden met de bijzondere omstandigheden. Op grond daarvan zou de vereiste herstructurering in sommige gevallen disproportioneel groot zijn. Daarenboven is betoogd dat de Europese Commissie het eigen kader niet altijd consequent heeft gehanteerd.

De commissie heeft geconstateerd dat er aanmerkelijke verschillen zitten in de balansreducties die de Europese Commissie in het kader van herstructurerings heeft verlangd. De commissie constateert ook dat ING een relatief omvangrijke balansreductie moet doorvoeren. In hoeverre de verschillen gerechtvaardigd worden door de voorwaarden waaronder de steun is verleend of door andere onderdelen van de herstructurering, kan de commissie niet beoordelen.

Patstelling tussen prudentieel toezicht en mededingingstoezicht onaanvaardbaar

De commissie heeft geconstateerd dat er een patstelling kan ontstaan tussen de Europese Commissie als autoriteit voor het mededingingstoezicht en de prudentieel toezichthouder. Deze spanning is aan de orde geweest bij de beoordeling van de steun aan ING alsmede in het integratieproces van ABN AMRO en Fortis na de overname van ABN AMRO door het consortium. Door DNB is in de openbare verhoeren

voorgesteld om op Europees niveau een omgangs- of conflictenregeling in het leven te roepen. De Europese Commissie stelt daarentegen dat het huidige stelsel voldoet.

De commissie meent dat de Europese Commissie daarmee onvoldoende recht doet aan het belang dat door de prudentieel toezichthouder dient te worden behartigd. De commissie concludeert dat, indien het belang van de soliditeit van financiële ondernemingen en daarmee de stabiliteit van het financieel stelsel in het geding kan komen, een patstelling tussen de prudentieel toezichthouder en de Europese Commissie onwenselijk is. Een confrontatie die niet op een ordelijke wijze kan worden geadresseerd acht de commissie onaanvaardbaar.

Nederlandse autoriteiten schatten reactie Europese Commissie niet altijd goed in

De Nederlandse autoriteiten zijn zich terdege bewust van het feit dat de Europese Commissie een rol speelt bij de overheidsinterventies. Dit komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in de wens van de zijde van het ministerie van Financiën om bij de kapitaalinjectie in ING te komen tot een «marktconforme» transactie.

De commissie constateert tegelijkertijd dat de Nederlandse autoriteiten de uitkomsten van de verschillende trajecten bij de Europese Commissie op een aantal momenten niet juist inschatten. De commissie wijst in dat verband op de notificatie van de kapitaalinjectie in ING, het feit dat de aanpassing van de terugbetalingsvoorwaarden van de 10 miljard euro kapitaalsteun voor ING door de Europese Commissie onverwacht als 2 miljard euro additionele steun wordt aangemerkt, op de beoordeling van de IABF door de Europese Commissie en de daaruit voortvloeiende omvang van de herstructurering en op de verwikkelingen rondom de zogenoemde EC *remedy* bij ABN AMRO.