Ministerie van Financiën

TER BESLISSING
Aan
de minister

Directie Financieringen

Persoonsgegevens

nota

Kamerbrief conclusies juridische analyse KLM

Datum
12 oktober 2023

Notanummer

Bijlagen
1. Kamerbrief conclusies juridisch
2. Kamerbrief afschrift Eerste Kam
3. Interne beslisnota's
4. Spreeklijn en QA

Aanleiding

Met deze nota leggen wij u de aangepaste Kamerbrief voor over de conclusies van de juridische analyses over eventuele vervolgstappen richting KLM in verband met de niet-naleving van de steunvoorwaarden. Daarnaast informeert u de Kamer in deze brief over opzet van de evaluatie van het steunpakket.

Beslispunten

- Bent u akkoord met verzending van de Kamerbrief (bijlage 1) na de MR van vrijdag 13 oktober a.s.?
- Bent u akkoord met verzending van een afschrift van deze brief naar de Eerste Kamer (bijlage 2)?
- Bent u akkoord met het openbaar maken van de bijgevoegde eerdere nota's (bijlage) en de nu voorliggende nota, conform de beleidslijn Actieve openbaarmaking nota's? Omlijnde delen worden voorafgaand aan openbaarmaking onzichtbaar gemaakt.

Beide Kamerbrieven worden, vanwege uw verblijf in het buitenland, na verzending aan de Kamer, via de reguliere stukkenstroom ter fysieke ondertekening aangeboden.

Kernpunten

- De Kamerbrief is aangepast naar aanleiding van uw reactie op een concept versie en het BWO op 3 oktober jl.
- In de eerste alinea is opgenomen dat een juridische procedure mede geen kans van slagen heeft op basis van de wijze waarop de afspraken geformuleerd zijn in de overeenkomst tussen de staat en KLM.
  De toevoeging zoals opgenomen in de brief: "*Uit de analyses komt naar voren dat een juridische procedure, mede op basis van de wijze waarop de afspraken in 2020 geformuleerd zijn in de overeenkomst tussen de staat en KLM (de Framework Agreement), geen reële kans van slagen heeft.*"
- Ook is opgenomen dat de door de staatsagent in zijn rapportage beschreven handhavingsmogelijkheden betrokken zijn bij de juridische analyses: "*Voor de goede orde merk ik op dat de door de staatsagent benoemde juridische handhavingsmogelijkheden, zoals benoemd in zijn laatste rapport, in de analyses van de juridisch adviseurs zijn meegenomen.*"
- In het kopje "conclusie kabinet" is iets opgenomen over de maatschappelijke positie van KLM: "*Het niet nakomen van de afspraken met de staat heeft ontegenzeggelijk afbreuk gedaan aan de*

maatschappelijke positie van KLM en draagt niet bij aan draagvlak voor het verstrekken van steun aan individuele bedrijven in de toekomst. De voor het kabinet belangrijke onderwerpen, zoals kostenreductie en beëindigen facilitering van belastingontwijking zullen onderwerp van gesprek blijven met KLM."

- Tot slot is er voor zover mogelijk een concreet tijdpad opgenomen voor de initiatieven van KLM:
    - *"In de gesprekken die met hen gevoerd zijn, geeft KLM aan dat zij streeft naar een structurele margeverbetering met een focus op kostenbesparing van 700 miljoen euro met als doel een operationele marge te realiseren van 8 tot 10%. Dit maakt onderdeel uit van het meerjarenplan tot en met 2026."*
    - *Daarnaast zal KLM, op verzoek van het kabinet, zijn verzekeringsactiviteiten op Guernsey voor het einde van 2024 beëindigen.*

Communicatie
Dit onderwerp heeft de aandacht van de media. Met Comm. is een spreeklijn en QA opgesteld. Deze vindt u in de bijlage (4).

Informatie die niet openbaar gemaakt kan worden
Niet van toepassing.

To: Persoonsgegevens
Cc: Persoonsgegevens
From: Persoonsgegevens
Sent: Thur 10/12/2023 7:05:20 PM
Subject: RE: Kamerbrief juridische analyse KLM
Received: Thur 10/12/2023 7:05:22 PM

Ha Persoonsgegevens
De minister is akkoord.
Groet
Persoonsgegevens

Verzonden met BlackBerry Work
(www.blackberry.com)

Van: Persoonsgegevens
Datum: donderdag 12 okt 2023 5:39 PM
Aan: Persoonsgegevens
Kopie Persoonsgegevens
Onderwerp: Kamerbrief juridische analyse KLM

Dag Sigrid,

Bijgevoegd tref je een nota aan waarin gevraagd wordt of jij akkoord bent met:
- Verzending van de Kamerbrief conclusies juridische analyses KLM;
- Verzending van een afschrift van de Kamerbrief aan de Eerste Kamer;
- Openbaarmaking van de eerdere beslisnota's en voorliggende beslisnota conform de beleidslijn Actieve openbaarmaking nota's.

Ook de vandaag door jou aangegeven wijzigingen zijn verwerkt in de Kamerbrief. Indien je akkoord bent, zal de brief morgen na de MR worden verzonden. In samenwerking met Comm is een spreeklijn en QA opgesteld (bijlage 4).

Wij horen graag of je akkoord bent. De te ondertekenen brieven worden via de reguliere stukkenstroom ter ondertekening aangeboden.

Groet, Persoonsgegevens

Persoonsgegevens

Doc. nummer	Datum	Titel document	Toelichting
1	7-7-2023	Nota-Min-Stand van zaken juridisch advies	Middels deze nota is de minister geïnformeerd over de voorlopige conclusies van de analyses van de extern juridisch adviseurs over eventuele vervolgstappen richting KLM.
2	15-8-2023	Nota-Min-Conclusie juridische analyses evt. vervolgstappen KLM	Middels deze nota is de minister geïnformeerd over de conclusies van de analyses van de extern juridisch adviseurs over eventuele vervolgstappen richting KLM. Ook wordt er het vervolgproces en het besluitvormingsproces voor een besluit over het al dan niet zetten van juridische stappen tegen KLM.
3	6-9-2023	Nota-Min-Eerste opzet Kamerbrief juridische analyse vervolgstappen KLM	Middels deze nota is aan de minister een outline voor een mogelijke Kamerbrief voorgelegd over de conclusie van de juridische analyses opgenomen. Ook wordt er een vervolgproces voorgesteld.
4	28-9-2023	Nota-Min-StasFB-Voorbereiding BWO 3/10 juridische analyse KLM	Nota ter voorbereiding van een BWO over de conclusies van de juridische analyses KLM. In de nota worden de beslispunten voorgelegd voor het BWO, namelijk akkoord gaan met niet procederen en Kamer de informeren.

Ministerie van Financiën

TER BESLISSING
Aan
de minister

TER INFORMATIE
Aan
de staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst

Directie Financieringen

Persoonsgegevens

nota

Stand van zaken juridisch advies

Datum
7 juli 2023

Notanummer
2023-0000164134

Bijlage
1

Aanleiding

Met deze nota informeren wij u beiden over de inhoudelijke stand van zaken van de juridische analyses over eventuele vervolgstappen richting KLM in verband met de niet-naleving van de steunvoorwaarden. Tevens doen wij een voorstel voor vervolgstappen.

Advies

Wij stellen voor om na uw reces de conclusies van de juridische adviseurs en vervolgstappen met u (minister) te bespreken. Bent u (minister) daar akkoord mee?

Kernpunten

- De eerste concepten van de analyses van Linklaters en de Landsadvocaat hebben wij ontvangen.
- Beide adviseurs komen (onafhankelijk van elkaar) tot de voorlopige conclusie dat de kans van slagen van een juridische procedure "laag" dan wel "zeer laag" wordt ingeschat om KLM alsnog tot naleving van de aan het steunpakket gestelde voorwaarden te dwingen. Het vorderen van schadevergoeding of ontbinding is uitgesloten volgens de juridische adviseurs.
- De geringe kans tot afdwingen van nakoming is mede gebaseerd op de vormgeving en tekstuele uitleg van het contract op basis waarvan de steun is verschaft. Dit contract maakt(e) het instellen van een vordering tot nakoming weinig kansrijk, zeker nadat het steunpakket is beëindigd.
- Wel wordt gewezen op de mogelijkheid van mediation als handelingsperspectief. In het relevante contract met KLM is bepaald dat voorafgaand aan juridische stappen er een mediation procedure gevolgd moet worden. Hoe dit er dan precies uit zou zien en welke uitkomsten wij uit deze mediation kunnen halen, wordt verder uitgewerkt.
- Wij hebben ten aanzien van deze voorlopige conclusie en onderbouwing nog de nodige feitelijke vragen bij de adviseurs uitstaan.
- Daarbij geldt ook het volgende:
    - Op ons verzoek moet elke steen worden omgedraaid om te bezien wat juridisch mogelijk is. Beide kantoren dienen op dit punt nog een slag te maken, omdat zij tot nu toe voornamelijk richten op de contractuele afspraken rond het steunpakket.

    - Beide kantoren zijn eveneens gevraagd om te bekijken welk handelingsperspectief het kabinet wel heeft om een vervolgstap te zetten richting KLM en deze verder uit te diepen, mocht inderdaad de eindconclusie zijn dat de kans van slagen klein is.
- De komende weken wordt door de juridisch adviseurs verder gewerkt aan de nadere uitwerking en verdieping van de juridische analyses. Als de nieuwe versies klaar zijn, dan bespreken wij deze graag met u (minister), alsmede het vervolgtraject om tot besluitvorming te komen. Ter voorbereiding zullen wij een uitgebreide nota opstellen met de conclusies en handelingsperspectieven.
- De Belastingdienst heeft, samen met de Landsadvocaat, bekeken of dat de regeling omtrent uitstel van belastingafdracht ingezet zou kunnen worden om nakoming van de steunvoorwaarden door KLM af te dwingen.
- De conclusie is dat het niet mogelijk is om een verleende betalingsregeling voor corona-belastingschulden in te trekken op de grond dat de betreffende belastingschuldige zijn contractuele verplichtingen jegens een ander onderdeel van de Staat (dat wil zeggen: niet de Belastingdienst) niet is nagekomen.

Toelichting

Achtergrond: geschonden steunvoorwaarden

- De juridische adviseurs hebben onderzoek gedaan naar de schending van de financiële steunvoorwaarden: vereiste kostenreductie, arbeidsvoorwaardelijke bijdrage, voorwaarden rondom winstdelingen/variabele uitkeringen en het stopzetten van de facilitering van mogelijke belastingontwijking.
- Een van de afspraken in de Framework Agreement is dat KLM zal stoppen met het meewerken aan of faciliteren van mogelijke belastingontwijking door medewerkers. In bijlage 1 vindt u beiden de achtergrond van het opnemen van de bepaling in de Framework Agreement.

Voorlopige conclusies

- Op basis van de beschikbare stukken en uitgaande van de juistheid van de door de staatsagent opgestelde rapportages komen beide adviseurs tot de conclusie dat er aanknopingspunten zijn voor de conclusie dat KLM is tekortgeschoten in de naleving van de leningsdocumentatie (Framework Agreement).
- Desalniettemin is er gegeven deze aanknopingspunten slechts beperkte ruimte om op te treden tegen KLM. De contractuele bepalingen zijn strikt geformuleerd in de Framework Agreement, waardoor zowel het instellen van een juridische procedure tegen het einde van het steuntraject (toen de naleving begon te schuren) als na de beëindiging van het steunpakket een kleine kans van slagen had/heeft.
- De Framework Agreement bepaalt dat bij de beëindiging van de lening en garantie de rechten van de Staat en de geldigheid van de steunvoorwaarden zijn komen te vervallen.
- Een eventueel tijdens het steuntraject gestarte procedure zou mogelijk ook stuk zijn gelopen op deze bepaling in de Framework Agreement, omdat een zodanige procedure waarschijnlijk langer duurde dan de looptijd van het steunpakket en met de bepalingen in het steunpakket KLM niet langer gebonden was aan dit pakket. Deze omstandigheden maken zowel een vordering tot schadevergoeding als een vordering tot

nakoming problematisch. Dit punt zullen wij ook uitdrukkelijk meenemen in onze evaluatie. Wel hebben wij nog de nodige vragen uitstaan bij de juridische adviseurs over dit punt, waardoor dit een voorlopige conclusie betreft.

- In de overeenkomst zit een geschilbeslechtingsmechanisme dat voorziet in een mediation, al dan niet gevolgd door arbitrage. In de overeenkomst is bepaald dat dit volgens de regels van het International Commercial Court (ICC) moet.
- Beide adviseurs geven in hun voorlopige conclusies aan dat het starten van een mediation een optie zou kunnen zijn. Het voordeel van een ICC-mediation is dat de Staat daarmee relatief snel en zonder al te veel kosten (i) een signaal afgeeft aan KLM dat de Staat het er niet zonder meer bij laat zitten, (ii) een poging doet om alsnog de medewerking van KLM bij het naleven van de steunvoorwaarden te verkrijgen, dan wel andere afspraken te maken, en (iii) laat zien de zaak serieus te nemen. Mede afhankelijk van de resultaten van de mediation kan de Staat daarna alsnog beslissen of wel of geen procedure te starten. Door de regels van de ICC heeft de mediation ook een formeel karakter. Wij zullen ook nader de inzet van een zodanige eventuele mediation uitwerken.
- Wij hebben de adviseurs gevraagd om een verdere verdieping en onderbouwing van hun analyses uit te voeren, waarbij ook andere dan de reguliere contractuele routes worden betrokken. Op basis van de nieuwe versies van de analyses zullen wij u beiden nader informeren en adviseren over mogelijke handelingsperspectieven.

Vervolgtraject besluitvorming

- Om te komen tot zorgvuldige besluitvorming over eventuele (juridische) procedures tegen KLM stellen wij voor om na uw reces (minister) de analyses te bespreken en de handelingsperspectieven te schetsen.
- Wij adviseren u (minister) om de conclusies en mogelijke handelingsperspectieven te bespreken in een BWO in dezelfde samenstelling als gebeurd is ten tijde van de herkapitalisatie van AFKL.
- U (minister) heeft aangegeven dat u de wens heeft om een besluit over eventuele (juridische) stappen richting KLM een kabinetsbesluit moet zijn en derhalve aan de ministerraad voor te willen leggen.
- Schematisch ziet het voorgestelde proces er als volgt uit (als voorstel). Mogelijk dat u (stasFB) hierin ook een rol wil spelen:

Wk 33 14-20 aug	Bespreken juridische analyse en advies vervolgstappen	Minister
Wk 34-35 24-31 aug	Bespreken conclusies juridische analyses en vervolgstappen BWO	MinFin (+StasFB?), MinIenW, MinEZK, MP, evt MinSZW (V-P)
Wk 36 8 sept	Kabinetsbesluit KLM	Ministerraad
Wk 36 8 sept	Kamerbrief uitkomsten analyse	TK, afschrift EK.

Kabinetslijn procesadviezen externe juridisch adviseurs

- Het kabinetsbeleid ten aanzien van het openbaar maken van adviezen van externe juridisch adviseurs is dat adviezen die zien op al dan niet te voeren juridische procedures niet openbaar gemaakt worden.
- De juridische analyses van de externe adviseurs zijn aan te merken als procesadviezen. In het kader van het informeren van de Kamer over de besluitvorming van eventuele acties tegen KLM is dit relevant.
- Wij kunnen ons voorstellen dat de Kamer graag kennisneemt van de adviezen. Derhalve willen we dit nu al opmerken en kunnen we met u bespreken op welke wijze de Kamer, vertrouwelijk, kan worden meegenomen in de adviezen en de conclusies daaruit.

Uitstel van betaling van belasting

- KLM heeft een openstaande belastingschuld die is opgebouwd onder het bijzonder uitstel van betaling van belastingen vanwege de coronacrisis (de generieke corona-uitstelregeling). Elk bedrijf dat van deze corona-uitstelregeling gebruik heeft gemaakt, heeft ten minste vijf jaar de tijd om de opgebouwde schuld af te lossen (de betalingsregeling).
- De staatsagent heeft gesuggereerd dat het onmiddellijk intrekken van de betalingsregeling een mogelijkheid is bij voortgaande schending van de contractueel overeengekomen steunvoorwaarden, ook al zou KLM voldoen aan de voorwaarden van de betalingsregeling.
- Het lid Slootweg (CDA) heeft tijdens het CD Staatsdeelnemingen op 1 juni 2023 gevraagd of dit mogelijk is. U (stasFB) heeft toegezegd: "te onderzoeken of het juridisch wel of niet haalbaar zou zijn om deze maatregel in te zetten als handhavingsmechanisme. Ik wil de verwachtingen op voorhand ernstig temperen, maar ik ben nog niet in de details gedoken, want het rapport is zeer recent uitgekomen. Ik zeg al op voorhand: ik zie heel wat juridische haken en ogen, de Invorderingswet kennende, ook met betrekking tot een onderwerp zoals het gelijkheidsbeginsel."
- Uit de juridische analyse van de Belastingdienst blijkt dat de Belastingdienst niet bevoegd is een verleende betalingsregeling voor corona-belastingschulden in te trekken op de grond dat de betreffende belastingschuldige zijn contractuele verplichtingen jegens een ander onderdeel van de Staat (dat wil zeggen: niet de Belastingdienst) niet is nagekomen.
- Deze analyse is getoetst bij de landsadvocaat. De landsadvocaat onderschrijft de analyse en conclusie van de Belastingdienst. Volgens de landsadvocaat "ontbreekt elke aanwijzing voor de gedachte" dat de Belastingdienst de bevoegdheid tot intrekking zou hebben bij "de niet-nakoming van contractuele verplichtingen die de belastingschuldige heeft jegens andere onderdelen van de Staat op grond van een overeenkomst waarbij de Belastingdienst (als onderdeel van de Staat) geen partij bij is".
- Het is daarom niet mogelijk om op grond van het schenden van de voorwaarden van het steunpakket de generieke betalingsregeling voor de openstaande corona-belastingschuld in te trekken.

Activiteiten op Guernsey

- Er zijn daarnaast gesprekken gevoerd met KLM over de interne verzekeringsactiviteiten in een entiteit op Guernsey (een laagbelastend land). Met KLM is besproken dat het kabinet deze activiteiten in een laagbelastend land onwenselijk vindt.
- Een aanpassing van de Guernsey-structuur was geen voorwaarde in de Framework Agreement, en is dus ook geen onderdeel van de toets van de analyses van Linklaters en de Landsadvocaat. Aan KLM is meegegeven dat het verstandig is om binnen een aantal jaren deze structuur af te bouwen met oog op de Tax Governance Code, het deelnemingenbeleid en bredere beleid tegen belastingontwijking.

Communicatie
Niet van toepassing.

Politiek/bestuurlijke context
Tijdens het laatste TK-commissiedebat (CD) staatsdeelnemingen op 1 juni 2023 zijn er door alle aanwezige fracties opmerkingen gemaakt en vragen gesteld over KLM. Dit had vooral betrekking op de bevindingen van de staatsagent in de vijfde voortgangsrapportage, die kort voor het CD is gedeeld met de Kamer, en de wijze waarop het kabinet acties gaat ondernemen richting KLM.

Bij Kamerbrief van 4 juni 2023 heeft u (minister) aan de Kamer medegedeeld dat de juridische analyse nog niet is afgerond en dat besluitvorming over eventuele stappen zo snel als mogelijk na het zomerreces wordt verwacht.

Informatie die niet openbaar gemaakt kan worden
Deze nota gaat in op de procespositie van de Nederlandse staat en delen van deze nota kunnen daarmee niet openbaar worden gemaakt.

Ministerie van Financiën

TER BESLISSING
Aan
de minister

TER INFORMATIE
Aan
de staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst

Directie Financieringen

Persoonsgegevens (P-gv.)

nota

Conclusies juridische analyses evt. vervolgstappen KLM

Besproken

Datum
15 augustus 2023

Notanummer
2023-0000187390

Bijlagen
1. Juridische analyse Linklate
2. Juridische analyse Landsad

Inleiding

Met deze nota informeren wij u (minister en stas FB) over de conclusies van de juridische analyses over eventuele vervolgstappen richting KLM in verband met de niet-naleving van de steunvoorwaarden. Tevens wordt het handelingsperspectief van de staat geschetst en een voorstel voor het vervolgproces gedaan. Graag gaan we met u (minister) in gesprek over de conclusies en vervolgstappen.

Beslispunt

De volgende onderwerpen zouden wij graag met u (minister) bespreken:

- Conclusie van de juridische analyses.
- Vervolgproces: Met KLM onderhandelen over nieuwe afspraken, starten van een procedure of geen vervolgstappen.
- Besluitvormingsproces: Voorgesteld wordt om een BWO te houden en, conform uw eerdere verzoek, een kabinetsbesluit te nemen over vervolgstappen (timing besluit afhankelijk van gekozen vervolgstappen en evt. gesprekken KLM).
- Informeren Tweede Kamer: bespreken op welke wijze de Kamer geïnformeerd wordt over (eventuele) vervolgstappen.

Stemt u (minister) in met een bespreking over deze onderwerpen?

Kernpunten

- Zowel Linklaters als de Landsadvocaat komen tot de conclusie dat op basis van de informatie uit de rapportages van de staatsagent, onder de aanname dat deze informatie juist is, er voldoende aanknopingspunten zijn dat KLM de voorwaarden van het steunpakket niet heeft nageleefd. Zij geven wel aan dat op een aantal voorwaarden KLM verdedigbare argumenten kan inbrengen over waarom zij bepaalde voorwaarden niet hebben nageleefd.
- De externe juridisch adviseurs hebben breed gekeken naar welke mogelijke juridische stappen de Staat kan zetten tegen KLM. Ze hebben gekeken naar civielrechtelijke vorderingen, ondernemingsrechtelijke stappen, stappen op het gebied van het staatssteunrecht en procedures gericht op bewijsvergaring voor civiele vordering.
- De enige mogelijke begaanbare route is om nakoming van de naleving van de aan het steunpakket gestelde voorwaarden en/of een verklaring van recht dat KLM de voorwaarden niet heeft nageleefd te vorderen via een arbitrageprocedure bij de International Chamber of Commerce (ICC) in Brussel. De Landsadvocaat is echter nog kritischer op de slagingskans dan

Linklaters. De slagingskans van de overige onderzochte juridische stappen is nihil.

- Een eventuele arbitrageprocedure dient vooraf gegaan te worden door een mediationtraject bij het ICC waarin partijen onder begeleiding van een mediator van het ICC *vrijwillig* tot nieuwe afspraken proberen te komen. De kans van slagen van de eventueel daaropvolgende arbitrageprocedure wordt klein tot zeer klein ingeschat. De externe juridische adviseurs zien alleen een kleine kans dat de arbiters besluiten dat KLM alsnog de afspraken rond de kostenreducties en het faciliteren van belastingontwijking moet nakomen, maar een positieve uitspraak op deze punten zal in de praktijk weinig betekenen. Dit komt onder meer omdat de niet-naleving van KLM met betrekking tot de kostenreductie niet zozeer ziet op de afgelopen jaren, maar vooral ziet op de toekomstige jaren. Zij zien geen kans van slagen bij de winstdelingsregeling, de arbeidsvoorwaardelijke bijdrage en de beloning van bestuur en topmanagement.
- Wij verwachten dus niet dat een mediation-/arbitrageproces leidt tot een bruikbare uitkomst voor de staat, zelfs als de uitspraak van de arbiters in het voordeel van de staat is. Los van de lage slagingskans brengt een dergelijk proces onder meer hoge kosten, een lange doorlooptijd en een hoog tijdsbeslag voor de betrokkenen met zich mee. Ook is voor mediation medewerking van KLM/AFKL nodig. Financiële en economische belangen van de staat

Financiële en economische belangen van de staat

- Het inzetten van de (fiscale) regeling omtrent uitstel van belastingafdracht agv corona om nakoming alsnog af te dwingen, dan wel het uitstel in te trekken vanwege niet naleving van de voorwaarden is niet mogelijk. Ook het terugvorderen van (een deel van) de NOW vanwege het niet naleven is niet mogelijk.
- Voorgesteld wordt om in onderhandeling/gesprek te gaan met KLM over alternatieve "afspraken" in de geest van de voorwaarden die zijn gesteld bij het steunpakket en bredere beleidswensen van IenW en open te houden of u een juridische procedure wilt starten. De CEO van KLM heeft in een overleg met P-gv. aangegeven nagedacht te hebben wat KLM zou kunnen doen. Wij onderzoeken nu met IenW wat een reëel pakket aan afspraken kan zijn. Mocht verder met KLM worden gesproken over alternatieve afspraken, dan zal dit naar verwachting wel enige tijd kosten. Dit betekent dat er nog geen eindconclusie met de Kamer gedeeld kan worden na het zomerreces, maar alleen een procesupdate, eventueel met het voorstel hen vertrouwelijk bij te praten. Een andere optie is om geen vervolgstappen tegen KLM te zetten.
- Wij werken ondertussen aan een opzet van de evaluatie van het steunpakket. In die evaluatie komt terug hoe de handhaving van de voorwaarden volgende keer beter kan. De opzet van de evaluatie zullen wij aan u voorleggen.
- Wij adviseren u om de conclusies en mogelijke handelingsperspectieven te bespreken in een BWO in dezelfde samenstelling als gebeurd is ten tijde van de herkapitalisatie/aandelenemissie van AFKL.

Toelichting

Conclusie juridische analyses

- Er zijn voldoende aanknopingspunten om te beargumenteren dat KLM de voorwaarden van het steunpakket niet heeft nageleefd. Hierbij is uitgegaan

van de juistheid van de informatie uit onder meer de rapportages van de staatsagent. De adviseurs hebben geen eigen beoordeling gemaakt van de juistheid van de rapportages.

- Linklaters komt tot de conclusie dat het goed verdedigbaar is dat de staat nog rechten heeft om eventuele nakoming te vorderen voor de periode tot de beëindiging van het steunpakket. De Landsadvocaat is kritischer en geeft aan dat met enige creativiteit betoogd kan worden dat de Staat nog rechten heeft om nakoming af te dwingen over de periode tot aan beëindigen van de steun (beëindigen lening en garantie per 17 april 2023). De kans van slagen van een vordering tot nakoming, nog los van de inhoudelijke beoordeling, wordt klein geacht door de Landsadvocaat.
- KLM heeft de lening en garantie terugbetaald, waardoor ook de voorwaarden die aan het steunpakket verbonden waren kwamen te vervallen. De terugbetaling van de lening wordt gezien als hoofdverplichting van de overeenkomst. Bij het vervallen van de hoofdverplichting en daarmee "automatisch" ook de aanvullende voorwaarden, is mogelijk ook de mogelijkheid vervallen om een beroep te doen op de naleving. Er is daarmee onvoldoende belang om nog een vordering tot nakoming in te dienen.
- Vervolgens is de vraag welke procedures dan ingezet kunnen worden. Beide adviseurs komen tot de conclusie dat er qua juridische procedure een mogelijkheid is, namelijk het geschilbeslechtingsmechanisme uit de Framework Agreement. Dit betreft een mediationtraject gevolgd door een arbitrageprocedure bij het International Chamber of Commerce (ICC) in Brussel.
- In de arbitrageprocedure kan gevorderd worden dat KLM de voorwaarden moet nakomen tot in ieder geval de periode tot het einde van het steunpakket en/of een verklaring van recht dat KLM de voorwaarden niet heeft nageleefd. Een verklaring van recht levert geen nakomingsverplichting voor KLM op, maar heeft slechts een symbolische functie waarbij de arbiters dan vaststellen, indien verklaring wordt gegeven, dat KLM de voorwaarden niet heeft nageleefd.
- Het slagen van een verklaring van recht wordt zeer klein dan wel klein geacht. Bij de beoordeling van de slagingskans is relevant wat er in de Framework Agreement is opgenomen over de voorwaarden, rechten, plichten, etc. Kort gezegd wordt er veel waarde gehecht aan de tekstuele (letterlijke) uitleg van de overeenkomst, dit onder meer omdat het professionele partijen betreft.
- De gestelde voorwaarden hadden tot doel: een effectief gebruik van het belastinggeld, het verbeteren van de concurrentiepositie van het bedrijf en het bereiken van doelstellingen op gebied van duurzaamheid en leefbaarheid. Deze doelen staan, naast de terugbetalingsverplichting, niet in de Framework Agreement, waardoor dit niet behulpzaam is bij de tekstuele uitleg van de overeenkomst.
- KLM kan verschillende argumenten aanvoeren tegen de vorderingen van de Staat. Deze hebben kans van slagen. Onder meer dat nakoming blijvend onmogelijk is, maar ook een verstrekkende uitleg van de overeenkomst. Daarbij heeft KLM geen verplichtingen meer onder de voorwaarden als zij de lening tijdig heeft terugbetaald en de garantie heeft beëindigd.
- Los van de tekstuele uitleg kan ook de onderhandelingsgeschiedenis, mondelinge en schriftelijke correspondentie een rol spelen. Er zijn van de onderhandelingen weinig tot geen verslagen gemaakt en daarnaast is het de vraag of er bij betrokkenen nog herinneringen zijn over de onderhandelingen.
- Gegeven de slagingskans, de kosten en duur van een procedure is mediation gevolgd door arbitrage geen logische keuze.

Overige onderzochte (juridische) mogelijkheden

- De civielrechtelijke opties, naast de verklaring van recht en vordering tot nakoming, die zijn onderzocht zijn: schadevergoeding wegens wanprestatie, schadevergoeding wegens ongerechtvaardigde verrijking, ontbinding van de Framework Agreement en vernietiging van de Framework Agreement. De slagingskans van dergelijke vorderingen is nihil.
- Ook is gekeken naar procedures die gericht zijn op bewijsvergaring voor een eventuele civiele vordering. Deze hebben tot doel informatie te vergaren voor onderbouwing en bewijs in een juridische procedure, maar leiden er niet toe dat KLM alsnog de voorwaarden na dient te komen. Geadviseerd wordt om deze maatregelen niet in te zetten voordat het mediationtraject heeft plaatsgevonden en er bereidheid is van de staat tot het voeren van een procedure tot nakoming.
- Als aandeelhouder van KLM kunnen er ook ondernemingsrechtelijke stappen gezet worden, maar de slagingskans daarvan is nihil. Het aansprakelijk stellen van bestuurder/commissaris van KLM zal niet slagen, omdat er niet een voldoende ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. De drempel voor een dergelijke aansprakelijkstelling is hoog. Een andere optie zou kunnen zijn het schorsen of ontslaan van bestuurders/commissarissen. Ook dit is niet haalbaar, omdat er instemming van andere aandeelhouders nodig is. Gegeven het aandelenpercentage is het mogelijk om een enquêteprocedure te starten naar het beleid van het bestuur. De kans is groot dat de Ondernemingskamer tot oordeel komt dat de staat geen belang heeft bij een enquête. Ook is de kans dat er sprake is van wanbeleid klein. Als aandeelhouder kan de Staat vragen stellen tijdens de ava en eventueel een onderwerp agenderen. Voor dit laatste is wel een meerderheidsbesluit van de ava nodig.
- Ook is gekeken of het staatssteunrecht aanknopingspunten biedt. Dit omdat onder meer de staatsagent in zijn laatste rapportage hint op verwevenheid van de voorwaarden van het steunpakket met het goedkeuringsbesluit van de Europese Commissie van de KLM-steun. De Landsadvocaat concludeert dat er geen steun gevonden wordt dat de voorwaarden van het steunpakket onderdeel waren van het goedkeuringsbesluit.
- Uit de juridische analyse van de Belastingdienst blijkt dat de Belastingdienst niet bevoegd is een verleende betalingsregeling voor corona-belastingschulden in te trekken op de grond dat de betreffende belastingschuldige zijn contractuele verplichtingen jegens een ander onderdeel van de staat (dat wil zeggen: niet de Belastingdienst) niet is nagekomen. Deze analyse is onderschreven door de Landsadvocaat in een separaat advies aan de Belastingdienst.
- Ook is het niet mogelijk om een deel van de door KLM ontvangen NOW terug te vorderen vanwege niet naleving van de contractuele voorwaarden van het steunpakket.

Handelingsperspectief

- Nu de kans van slagen van een juridische procedure klein tot zeer klein wordt geschat is de vervolgvraag wat is dan nog wel mogelijk. Beide adviseurs stellen onderstaande ook als vervolgstap voor.
- Voorgesteld wordt om in onderhandeling/gesprek te gaan met KLM over alternatieve "afspraken" in de geest van de voorwaarden die zijn gesteld bij het steunpakket.
- Een eerste stap is dan om aan KLM te vragen voorstellen te doen hiervoor, met de boodschap dat de alternatieven realistisch moeten zijn. Belangrijk om ook aan KLM aan te geven dat dit proces gericht is op herstel van de relatie en voorkoming van verdere negatieve beeldvorming voor KLM.

- De CEO van KLM heeft in een overleg met P-gv. aangegeven nagedacht te hebben wat KLM zou kunnen doen. De volgende punten zijn door KLM benoemd:
    - meer doen op het gebied van CO2-reductie;
    - structurele kostenbesparing van EUR 700 mln. met als doel operationele marge naar 8-10%;
    - invoeren woon-werkverkeer vergoeding personeel woonachtig in buitenland;
    - verzekeringsactiviteiten op Guernsey activiteiten eind dit jaar beëindigen; en
    - terugschroeven vluchten korte afstand bij voldoende treinen naar Brussel (nu nog niet het geval).
- Dit zijn stappen in de goede richting. Uitgangspunt voor eventuele afspraken met KLM is dat deze voldoende realistisch en haalbaar zijn en passen in de geest van de gestelde voorwaarden.
- Wij denken aan de volgende aanvullingen op deze punten:
    - Verder uitwerken van de punten CO2-reductie en terugschroeven vluchten op korte afstand;
    - KLM maakt periodiek (2 x per jaar n.a.v. de halfjaarcijfers) inzichtelijk hoe zij (financieel) presteren tov hun concurrenten IAG (o.a. British Airways, Lufthansa en Air France) en, indien daar aanleiding toe is, op welke manier zij bijsturen om hun positie t.o.v. deze concurrenten te verbeteren. In ieder geval aandacht voor de operationele marge, liquiditeitspositie en kapitaalpositie. Nagedacht kan worden om concrete KPI's vast te stellen. Een en ander wordt besproken met KLM én AFKL in periodiek overleg. Eén keer per jaar terugkoppeling naar TK via jaarverslag staatsdeelnemingen of vooruitkijkende brief. Aantal jaren rapporteren aan TK nog te bepalen (3 of 5 jaar);
    - KLM steun 8-punten plan Schiphol. KLM steunt dus ook sluiting in nacht en investeert net als Schiphol 10 mln. per jaar in omgeving en bewoners;
    - Vrijwillig vervroegd aflossen uitstel belastingafdracht door KLM.
    - Het inzicht geven aan KLM van de juridische positie van de Staat in eventuele procedures kan niet worden gedaan. Dit om de mogelijkheid van en eventuele dreiging met mediation open te houden.
- Indien geen acceptabel resultaat wordt bereikt kan de staat alsnog procederen, maar:
    - de staat zal eerst mediation moeten starten;
    - het risico is hoog dat in mediation geen beter resultaat wordt bereikt dan in onderhandelingen (aangenomen dat serieuze onderhandelingen zijn gevoerd);
    - het risico is hoog dat in een arbitrageprocedure de arbiters de vorderingen van de staat afwijzen;
    - in een arbitrage heeft de staat geen regie over het verloop van het proces en de beeldvorming;
    - het risico is hoog dat (voormalige) ministers en ambtenaren in een arbitrageprocedure zullen worden gehoord;
    - de relatie met KLM (en mogelijk ook AFKL en de Franse Staat) zal mogelijk verslechteren;
    - mediation en arbitrage zullen tijdrovend en kostbaar zijn; en
    - zelfs indien in een arbitrage de vorderingen van de staat zouden worden toegewezen, is het risico hoog dat toch geen voor de Staat bruikbaar resultaat wordt behaald.

Vervolgproces

- Wij adviseren u om de conclusies en mogelijke handelingsperspectieven te bespreken in een BWO in dezelfde samenstelling als gebeurd is ten tijde van de herkapitalisatie van AFKL.
- U heeft aangegeven dat u de wens heeft om een besluit over eventuele (juridische) stappen richting KLM een kabinetsbesluit moet zijn en derhalve aan de ministerraad voor te willen leggen.
- Schematisch ziet het voorgestelde proces er als volgt uit (als voorstel):

Wanneer	*Wat*	*Wie*
Wk 34 21 - 25 aug	Bespreken juridische analyse en advies vervolgstappen	Minister
Wk 35 28 aug - 1 sept	Eventueel starten gesprekken KLM	FIN en IenW
Wk 35 28 aug - 1 sept	Bespreken conclusies juridische analyses en vervolgstappen stuurgroep	FIN, EZK, IenW en AZ
Wk 36 4 sept – 8 sept	Bespreken conclusies juridische analyses en vervolgstappen BWO	MinFin MinIenW, MinEZK, MP, evt MinSZW (V-P)
Timing afhankelijk vervolgstappen en gesprekken KLM	Bespreken conclusies juridische analyses en vervolgstappen	Ministerraad
Timing afhankelijk vervolgstappen en gesprekken KLM	Kamerbrief Informeren TK	TK, afschrift EK.

- Wij zien de volgende opties om de Kamer te informeren, met dien verstande dat het afhankelijk is van het vervolgproces.
- Als wordt gekozen om met KLM te onderhandelen over nieuwe afspraken dan zien wij de volgende mogelijkheden:
    - De Kamer vertrouwelijk informeren over de juridische analyses en aangeven dat er eerst wordt bekeken of er met KLM tot nieuwe afspraken kan worden gekomen. Wij achten het niet verstandig om een openbare brief aan de Kamer te sturen over de uitkomsten van de juridische analyses als er met KLM gesproken wordt over nieuwe afspraken, omdat dan ook de procespositie van de Staat bekend wordt.
    - De Kamer pas informeren nadat de gesprekken met KLM zijn afgelopen. Als er nieuwe afspraken zijn, dan kan de Kamer geïnformeerd worden over deze afspraken. Als er geen afspraken kunnen worden gemaakt, dan kan dat gemeld worden aan de Kamer met eventueel vervolg van het starten van een procedure, of met de boodschap dat er geen procedure wordt opgestart omdat de slagingskans van een dergelijke procedure klein is.
    - Indien besloten wordt om, ondanks de slagingskans, een mediation en eventuele arbitrageprocedure te starten, dan informeren we de Kamer hierover. De procespositie van de staat kan dan niet openbaar worden gedeeld.

Informatie die niet openbaar gemaakt kan worden
Nota en bijlagen geeft procespositie van de Staat weer en die kan (nu) niet openbaar gemaakt worden.

Ministerie van Financiën

dep. verte.
TER BESPREKING
Aan
de minister

1. begin brief iets korter
2. tabel bijlage (met verwijzing)

Directie Financieringen

Persoonsgegevens

nota

Eerste opzet Kamerbrief juridische analyse vervolgstappen KLM

3. gesprekken loskoppelen op verschillende onderwerpen

Datum
6 september 2023

Notanummer
2023-0000202126

Bijlagen
1. Opzet Kamerbrief
2. Nota juridische analyse

Aanleiding

Recent spraken wij met u over de conclusies van de juridische analyse die de Landsadvocaat en een andere externe adviseur (Linklaters) hebben uitgevoerd n.a.v. het niet naleven van de voorwaarden van het steunpakket door KLM (bijlage 2). Op basis van hun conclusies kwamen wij tot het oordeel dat een juridische procedure geen reële optie is. U gaf aan een outline te wensen van een mogelijke Kamerbrief waarin de conclusies van de adviseurs werden uitgelegd.

4) Bespreken voor BWO 2/10

Bespreekpunten

De volgende onderwerpen zouden wij graag met u bespreken:

- Inhoud Kamerbrief (bijlage 1):
  - In hoeverre voldoet de inhoud van de brief aan uw verwachtingen?
  - Is het wenselijk om een passage op te nemen over de initiatieven die KLM wil ondernemen indachtig de aan het steunpakket gestelde voorwaarden (zie einde conceptbrief)?
- Vervolgproces:
  - Is het wenselijk om verder met KLM te onderhandelen over nieuwe afspraken of niet? Wat voor gevolgen heeft dit voor de timing van versturen van bijgevoegde Kamerbrief?
  - Er wordt een BWO ingepland met in ieder geval MIenW en wellicht MEZK om tot een besluit te komen. Wilt u dit onderwerp ook behandelen in de MR?

Stemt u in met een bespreking over deze onderwerpen?

Kernpunten

- Inhoud kamerbrief: Conform uw verzoek hebben wij gewerkt aan een eerste opzet van de Kamerbrief waarin wij ons gefocust hebben op het per juridische optie uitleggen waarom deze niet opportuun is en welke eindconclusie het kabinet hieraan verbindt. Gezien de status van de brief hebben wij de inhoud nog niet afgestemd met partijen buiten FIN (o.a. IenW en de juridische adviseurs). Beide adviseurs werken aan een samenvatting van hun advies die met de brief aan de Kamer kan worden gestuurd.
- Interdepartementaal overleg: Op hoogambtelijk niveau zijn de conclusies van de analyses besproken met IenW, EZK en AZ. Zij kunnen zich vinden in de lijn om geen juridische stappen te zetten tegen KLM. IenW en EZK vinden het wel wenselijk om de initiatieven van KLM verder uit te werken en hier evt.

afspraken over te maken. AZ pleit voor terughoudendheid op dit punt en wijst erop dat deze afspraken er niet voor moeten zorgen dat we binnen afzienbare tijd in een vergelijkbare situatie zitten waar KLM zich niet aan afspraken houdt en wij dit moeten gaan uitleggen. AZ geeft aan geen noodzaak te zien voor de aanwezigheid van de MP bij een BWO. EZK bespreekt dit nog met hun minister.

- Informeren Kamer:
    - De brief zoals wij die nu aan u voorstellen kan alleen openbaar met de Kamer gedeeld worden als vervolgstappen tegen KLM zijn uitgesloten; met deze brief wordt immers ook direct duidelijk wat onze procespositie is. Mocht u de optie m.b.t. juridische vervolgstappen open willen laten dan kan de Kamer vertrouwelijk worden geïnformeerd over de uitkomsten.
    - Als ervoor wordt gekozen om eerst nog met KLM te onderhandelen over nieuwe afspraken voordat u een besluit neemt, dan zien wij de volgende mogelijkheden:
        - De Kamer vertrouwelijk informeren over de juridische analyses en aangeven dat er eerst wordt bekeken of er met KLM tot nieuwe afspraken kan worden gekomen.
        - De Kamer pas informeren nadat de gesprekken met KLM zijn afgelopen. Als er nieuwe afspraken zijn, dan kan de Kamer geïnformeerd worden over deze afspraken.
    - Indien besloten wordt om, ondanks de slagingskans, een mediation en arbitrageprocedure te starten, dan informeren we de Kamer hierover. De procespositie van de staat kan ook dan niet openbaar worden gedeeld.

Communicatie
De uitkomsten van dit onderzoek krijgen naar verwachting veel aandacht van de media. Het is zaak dat we goed kunnen uitleggen waarom destijds voor deze aanpak is gekozen met weinig middelen om de afgesproken voorwaarden af te dwingen bij KLM. Dat ontbreekt nu nog in de brief.
COMM raadt de laatste optionele alinea af, omdat het mogelijk verkeerd geïnterpreteerd kan worden en een beeld ontstaat alsof Financiën geen lessen trekt uit het verleden.

Politiek/bestuurlijke context
Nvt.

Informatie die niet openbaar gemaakt kan worden
Nota en bijlagen geeft de procespositie van de Staat weer en die kan (nu) niet openbaar gemaakt worden.

Ministerie van Financiën

DEP.V

TER ADVISERING - VOOR UW BWO VAN 3/10
Aan
de minister

TER INFO
Aan
de staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst

Generale Thesaurie
Directie Financieringen

Persoonsgegevens (P-gv.)

nota

Voorbereiding BWO 3/10 juridische analyse KLM

Datum
28 september 2023

Notanummer
2023-0000216601

Bijlagen
1. Nota Eerste opzet Kamerbrief juridische analyse vervolgstappen KLM
2. Aangepaste Kamerbrief
3. Agenda BWO KLM 3 oktober 2023

Aanleiding

We hebben uw (minister) reactie (bijlage 1) op de concept outline van de Kamerbrief over de juridische analyse van vervolgstappen richting KLM verwerkt (bijlage 2). Dinsdag 3 oktober (18.00-18.30 uur) vindt hier een BWO over plaats met MIenW en MEZK (bijlage 3). U (minister) zal worden ondersteund door P-gv. Persoonsgegevens. Voorafgaand (17.30-18.00 uur) is een voorbespreking ingepland.

Advies BWO

Beslispunten 1 – Uitkomsten analyse juridische vervolgstappen

- Gaat u (minister) akkoord met het innemen van het standpunt dat geen juridische procedure tegen KLM wordt gestart?
  - Wij adviseren u akkoord te gaan, omdat de zeer kleine kans van slagen van een juridische procedure en de geringe impact van een eventuele positieve uitspraak niet opwegen tegen de kosten en tijd die hiermee zijn gemoeid.
- Gaat u (minister) akkoord met het openbaar informeren van de Kamer over dit standpunt? Hiermee worden vervolgstappen tegen KLM definitief uitgesloten.
  - Wij adviseren u akkoord te gaan.

Beslispunten 2 – Vervolg

- Welke vervolgstappen wilt u (minister) ondernemen richting KLM?
  - Wij adviseren u in te zetten op optie 2: het betrekken van de nieuwe initiatieven van KLM in de reguliere overleggen met KLM en Air France-KLM. De onderwerpen kunnen daarmee op de agenda blijven, zonder dat we onrealistische verwachtingen wekken.
  - Mogelijk zullen MIenW en/of MEZK vragen of we daarmee het maximaal haalbare uit de initiatieven hebben gehaald. Wij adviseren u te benadrukken dat we de initiatieven van KLM serieus nemen en omarmen dat KLM daarmee aan de slag gaat. We willen echter voorkomen dat we de initiatieven op het oog formaliseren, zonder dat deze afspraken daadwerkelijk afdwingbaar worden.

02.10.23

Toelichting
Uw feedback is in de Kamerbrief verwerkt: (i) het begin van de brief is ingekort, (ii) de tabel met de opties is naar de bijlage verplaatst en (iii) de gesprekken zijn thematisch opgeknipt. Daarnaast is de feedback van de o.a. IenW, EZK en de juridisch adviseurs verwerkt. Dit heeft tot de nodige aanpassingen geleid, maar die veranderen de lijn van de brief niet. Hoewel we waar mogelijk het begin van de brief hebben ingekort, is er ook een nieuwe alinea toegevoegd (laatste alinea pagina 1). Het leek ons goed om uit te leggen waarom wat destijds de inzet van het kabinet was om naleving te borgen (o.a. via de staatsagent). Tot slot is de opzet van de evaluatie van het steunpakket toegevoegd. Gezien de vele aanpassingen hebben wij alleen een schone nieuwe versie van de Kamerbrief bijgevoegd.

Eerder overwogen we samenvattingen van de juridische analyses mee te sturen naar de Kamer. Beide juridische adviseurs raden dit echter af, omdat het vertrouwelijke adviezen zijn ter bepaling van de rechtspositie van de staat en incomplete adviezen een onvolledig beeld geven. Openbaarmaking van de adviezen zal de positie van de staat niet alleen in dit concrete geval, maar ook in toekomstige kwesties kunnen schaden. Openbaarmaking is tevens in strijd met de Beleidslijn die hiervoor geldt. Wij hebben daarom geen adviezen (of samenvattingen daarvan) bijgevoegd bij de Kamerbrief.

Communicatie en vervolg
We zullen de conclusies van het BWO in de Kamerbrief verwerken en deze vervolgens ter akkoord aan u voorleggen. De uitkomsten van dit onderzoek krijgen naar verwachting veel aandacht van de media. Wij zullen daarom een aantal Q&A's voorbereiden.

Politiek/bestuurlijke context
N.v.t.

Informatie die niet openbaar gemaakt kan worden
Nota en bijlagen geeft de procespositie van de staat weer en die kan (nu) niet openbaar gemaakt worden.