



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
E. SHARPSTON
fremsat den 19. december 2013¹

Sag C-224/12 P

**Europa-Kommissionen
mod**

Kongeriget Nederlandene og ING Groep NV

»Appel — statsstøtte til en bank bestående af et kapitalindskud til gengæld for værdipapirer — ændringer af betingelser for vederlag og indfrielse af værdipapirerne — beslutning om at erklære støtten forenelig med fællesmarkedet under forudsætning af overholdelse af tilsagn — anvendelse af kriteriet om den private investor«

1. Dette er en appel iværksat af Kommissionen til prøvelse af dom afsagt af Retten² om delvis annullation af en beslutning³ om den nederlandske stats støtte til banken ING Groep NV (herefter »ING«). Ifølge denne beslutning blev bl.a. omstrukturingsstøtte i form af et kapitalindskud til gengæld for værdipapirer i henhold til fastsatte betingelser for tilbagebetaling anset for statsstøtte som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF (nu artikel 107, stk. 1, TEUF), men som forenelig med fællesmarkedet – under forudsætning af – ING's og statens overholdelse af en række tilsagn.

2. Det væsentligste spørgsmål vedrører anvendelsen af kriteriet om den private investor (dvs. i det væsentlige om den begunstigede virksomhed fra en privat investor, der handler under normale markedsvilkår, kunne have opnået den samme fordel som den, der er blevet stillet til rådighed for den ved hjælp af statens midler)⁴ på en ændring af betingelserne for tilbagebetaling af statsstøtte. Der er også rejst tvivl om Rettens bedømmelse af statens indtægtstab på grund af ændringen af betingelserne for tilbagebetaling. Andre spørgsmål vedrører konsekvenserne af annullationen af konklusionen om, at der forelå statsstøtte som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF. Hvordan påvirker denne annullation andre elementer af den anfægtede beslutning, navnlig tilsagnene fra ING og den nederlandske stat?

I – Støtten og den anfægtede beslutning

3. Ved beslutning af 12. november 2008 (herefter »den oprindelige beslutning«) godkendte Kommissionen en rekapitalisering som en nødforanstaltning til fordel for ING, hvor den nederlandske stat tegnede sig for værdipapirer på 10 mia. EUR udstedt af ING (herefter »kapitalindskuddet«). På grundlag af de oprindelige betingelser kunne ING vælge at indfri værdipapirerne til 15 EUR pr. stk. (50% over udstedelsesprisen) inden for tre år eller derefter konvertere dem til ordinære aktier. I

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Dom af 2.3.2012, forenede sager T-29/10 og T-33/10, Nederlandene og ING Groep mod Kommissionen (»den appellerede dom«).

3 — Kommissionens beslutning 2010/608/EF af 18.11.2009 om Nederlandenes statsstøtte C 10/09 (ex N 138/09) til fordel for ING's back-up facilitet for illikvide aktiver og omstrukturingsplan (EUT 2010 L 274, s. 139; herefter »den anfægtede beslutning«).

4 — Jf. eksempelvis dom af 2.9.2010, sag C-290/07 P, Kommissionen mod Scott, Sml. I, s. 7763, præmis 68 og den deri nævnte retspraksis, af 5.6.2012, sag C-124/10 P, EDF, præmis 78 og den deri nævnte retspraksis. Kriteriet om den private investor benævnes også princippet om den private investor eller kriteriet om den markedsøkonomiske investor (eller det markedsøkonomiske investorprincip).

sidstnævnte tilfælde kunne Nederlandene imidlertid vælge at lade ING indfri dem til 10 EUR plus renter. Der ville kun blive betalt en kupon (renter) til staten, hvis der blev udbetalt udbytte af ING på de ordinære aktier. Kommissionen fandt, at kapitalinskuddet udgjorde statsstøtte til ING og godkendte det midlertidigt. Hvis der blev forelagt en omstruktureringsplan for Kommissionen inden for seks måneder, ville godkendelsen automatisk blive forlænget, indtil Kommissionen traf beslutning om planen. I den oprindelige beslutning blev der taget hensyn til en række tilsagn fra Nederlandene, bl.a. at ING's balancevækst ville blive begrænset.

4. Den 31. marts 2009 meddelte Kommissionen Nederlandene, at den havde besluttet at indlede proceduren i henhold til artikel 88, stk. 2, EF (herefter »beslutningen om at indlede proceduren«⁵) som følge af tvivl om, hvorvidt en back-up facilitet for illikvide aktiver (herefter »IABF«), der var tildelt ING, var i overensstemmelse med de generelle principper om hjælpeforanstaltninger for værdiforringede aktiver⁶. Denne foranstaltning blev imidlertid godkendt for en periode på seks måneder. Det var endvidere nævnt, at Nederlandene havde forpligtet sig til at forelægge en omstruktureringsplan, der omfattede både kapitalinskuddet og IABF.

5. Den 12. maj 2009 forelagde Nederlandene den pågældende plan. Efter møder med Kommissionen blev der forelagt en revideret plan den 22. oktober 2009. Den reviderede plan omfattede på den ene side tilsagn vedrørende gennemførelsen af omstruktureringsplanen og på den anden side en ændring af de oprindelige betingelser for tilbagebetaling af kapitalinskuddet, som gjorde det muligt for ING at tilbagekøbe op til 50% af værdipapirerne til udstedelsesprisen plus renter i relation til den årlige kupon på 8,5% plus et tillæg, hvis aktierne handles over 10 EUR. Afhængigt af aktiepriserne kunne dette tillæg variere mellem 340 mio. EUR og 705 mio. EUR for at sikre et internt afkast på mindst 15%.

6. Den 18. november 2009 vedtog Kommissionen den anfægtede beslutning, der vedrørte kapitalinskuddet, ændringen af betingelserne for tilbagebetaling, IABF og garantier, der var ydet på grundlag af den nationale kreditgarantiordning.

7. Det hed i den anfægtede beslutnings artikel 2:

»Den omstruktureringsstøtte, som Nederlandene har ydet til ING, udgør statsstøtte som omhandlet i EF-traktatens artikel 87, stk. 1.

Støtten er forenelig med fællesmarkedet under forudsætning af overholdelse af de tilsagn, der er anført i bilag II.

Den midlertidige begrænsning for balancevæksten, der blev fastsat i Kommissionens beslutning af 12. november 2008 vedrørende rekapitaliseringsforanstaltningen til fordel for ING, ophæves.«

8. Bilag II indeholdt 11 sæt tilsagn (under sagen også benævnt »udligningsforanstaltninger«) fra den nederlandske stat og/eller ING med henblik på at afhjælpe de konkurrencefordrejninger, der var skabt af omstruktureringsstøtten.

9. I sin argumentation anvendte Kommissionen ikke kriteriet om den private investor på kapitalinskuddet, ændringen af betingelserne for tilbagebetaling eller IABF, selv om den faktisk anvendte kriteriet på kreditgarantierne. Med hensyn til ændringen af betingelserne for tilbagebetaling fandt den, at ING tidligere skulle have betalt et tillæg på 2,5 mia. EUR, men at selskabet, da det nu kun skulle betale mellem 340 mio. EUR og 705 mio. EUR, ville få en yderligere fordel på mellem 1,79 mia. EUR og 2,2 mia. EUR⁷.

5 — Jf. EUT 2009 C 158, s. 13.

6 — Meddelelse fra Kommissionen om behandlingen af værdiforringede aktiver i Fællesskabets banksektor (EUT 2009 C 72, s. 1).

7 — Jf. endvidere den appellerede doms præmis 1-49.

II – Den appellerede dom

10. Både Nederlandene og ING anlagde sag til prøvelse af den anfægtede beslutning ved Retten.

11. I sag T-29/10 nedlagde Nederlandene påstand om annulation af »[d]en anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 1, der bl.a. er baseret på konstateringen i 98. betragtning til denne beslutning om, at ændringen af betingelserne for tilbagebetaling af [...] kapitalindskud[det] [...] udgør supplerende støtte til ING på ca. 2 mia. EUR«.

12. I sag T-33/10 nedlagde ING, støttet af den nederlandske centralbank De Nederlandsche Bank NV (herefter »DNB«), påstand om annulation af den anfægtede beslutning, navnlig »for så vidt som den fastslår, at ændringen af betingelserne for tilbagebetaling af kapitalindskuddet udgør en supplerende støtte på 2 mia. EUR«.

13. Retten forenede sagerne og annullerede »[a]rtikel 2, stk. 1, i [den anfægtede beslutning], artikel 2, stk. 2, i og bilag II til denne beslutning«. Dens relevante argumentation i den appellerede doms præmis 95-160 kan meget kort sammenfattes på følgende måde.

14. Ændringen af betingelserne for tilbagebetaling, hvorefter Nederlandene opnåede et garanteret afkast, der ikke var til rådighed på grundlag af de oprindelige betingelser, burde have været vurderet på grundlag af kriteriet om den private investor. Kommissionen anvendte ikke kriteriet på den pågældende situation og tog ikke hensyn til forskellige rapporter, der var tilgængelige, om de forventede afkast og om en privat investors adfærd. Dens argumenter om, at ING var forpligtet til at indfri værdipapirerne på grundlag af de oprindelige betingelser, var ikke overbevisende.

15. Under alle omstændigheder tog Kommissionen ikke hensyn til den kuponbetaling, der blev obligatorisk som led i de ændrede betingelser. Et eventuelt støttebeløb skulle derfor reduceres i forhold til kuponbetalingen.

16. Kommissionen havde således foretaget en forkert beregning af det statsstøttebeløb, som ændringen af betingelserne for tilbagebetaling var forbundet med. Hvis der var blevet taget hensyn til det ændrede vederlag, kunne dette have påvirket vurderingen af både kvalificeringen som støtte og foreneligheden med fællesmarkedet, navnlig for så vidt angår vurderingen af ING's bidrag eller af de foranstaltninger, der skulle afhjælpe konkurrencefordrejningerne.

17. I omstruktureringsstøtten, der blev kvalificeret som statsstøtte i den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 1, indgik den støtte, der angiveligt fulgte af ændringen af betingelserne for tilbagebetaling, men uden at der blev sondret mellem denne og resten af støtten. Stk. 1 skulle derfor annulleres i sin helhed.

18. Kommissionen havde analyseret udligningsforanstaltningernes omfang i lyset af bl.a. støtten som følge af ændringen af betingelserne for tilbagebetaling. På grund af dens fejl kunne den ikke længere gøre gældende, at omstruktureringsstøtten udgjorde det betydelige beløb, som udligningsforanstaltningerne var blevet vurderet på grundlag af. Kommissionen havde derfor begået en fejl ved at konkludere, at ændringen af betingelserne for tilbagebetaling medførte statsstøtte på ca. 2 mia. EUR. Ulovligheden af denne konstatering indebar, at den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 2, og dennes bilag II blev ulovlige, idet omstruktureringsstøttens forenelighed afhang af en analyse og af tilsagn, der skulle vurderes i lyset af omstruktureringsstøtten, som omfattede den supplerende støtte.

III – Appellen og retsforhandlingerne ved Domstolen

19. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede dom ophæves, påstanden i første instans afvises, og Kongeriget Nederlandene og ING tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- Subsidiært hjemvises sagen til Retten til fornyet behandling, og afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.
- Mere subsidiært annulleres den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 3, og Kongeriget Nederlandene og ING tilpligtes at betale de med appelsagen forbundne omkostninger.

20. Den har fremsat seks anbringender til støtte for sin appel:

- For det første er der ingen forpligtelse til at anvende kriteriet om den private investor på en ændring af betingelserne for tilbagebetaling for en foranstaltning, der selv udgør statsstøtte.
- For det andet har Retten foretaget en fejlagtig bedømmelse af statens indtægtstab på grund af ændringen af betingelserne for tilbagebetaling.
- For det tredje var Retten ikke berettiget til at annullere hele den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 1, selv om Kommissionen med urette havde kvalificeret ændringen af betingelserne som statsstøtte.
- For det fjerde har Retten begået en retlig fejl, idet den fastslog, at den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 2, nødvendigvis var ulovlig, fordi Kommissionen har konkluderet, at ændringen af betingelserne for tilbagebetaling indeholdt et element af statsstøtte.
- For det femte har Retten truffet afgørelse ultra petita ved at annullere den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 2, og dennes bilag II.
- For det sjette og subsidiært, såfremt det er med rette, at Retten har annulleret den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 1 og 2, og dennes bilag II, kunne Retten ikke undlade at annullere samme artikels stk. 3.

21. Kongeriget Nederlandene er af den opfattelse, at alle seks anbringender er ugrundede, og har nedlagt følgende påstande:

- Appellen forkastes, og Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- Subsidiært hjemvises sagen til Retten.

22. ING er af den opfattelse, at flere af anbringenderne helt eller delvist ikke kan antages til realitetsbehandling, er irrelevante eller uden materiel genstand, og at appellen i sin helhed er ugrundet. ING har nedlagt følgende påstande:

- Appellen afvises og/eller erklæres delvist irrelevant, forkastes i sin helhed, og Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- Subsidiært hjemvises sagen til Retten, og afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.

23. DNB, intervenient i første instans til støtte for ING, har nedlagt påstand om, at det første og det fjerde anbringende forkastes som ugrundede.

24. Domstolen tillod endnu en runde med indlæg begrænset til det første anbringende. Retsmødet den 26. september 2013 var koncentreret om det første og det fjerde anbringende.

Parallele udviklinger

25. Den 11. maj 2012, den dag, hvor den iværksatte appel i den foreliggende sag, vedtog Kommissionen en ny afgørelse vedrørende omstrukturingsstøtten til ING⁸. I denne afgørelse undersøgte den ændringen af betingelserne for tilbagebetaling på grundlag af kriteriet om den private investor og var af den opfattelse, at en markedsøkonomisk investor ikke ville have accepteret disse betingelser. Kommissionen konkluderede derfor, at ændringen udgjorde statsstøtte, men var forenelig med det indre marked i lyset af visse tilsagn fra Nederlandene.

26. Denne afgørelse blev anfægtet ved Retten af både Nederlandene og ING med bl.a. den begrundelse, at Kommissionen havde foretaget en urigtig anvendelse af kriteriet om den private investor. Påstandene blev imidlertid senere frafaldet og sagerne slettet af registeret⁹.

Det første anbringende (anvendelse af kriteriet om den private investor)

27. Retten fremhævede i sin argumentation i dommens præmis 95-114, at for at en foranstaltning kan klassificeres som statsstøtte, skal den bl.a. give den begunstigede virksomhed en økonomisk fordel, som virksomheden ikke ville have opnået under sædvanlige markedsvilkår. I forbindelse med et kapitalindskud skal det undersøges, om en privat investor af en størrelse, der kan sammenlignes med en offentlig myndighed, under tilsvarende omstændigheder kunne tænkes at ville have indskudt kapital af samme størrelse. Såfremt staten efter at have besluttet at tegne et kapitalindskud, der er udstedt af en virksomhed, der er underlagt bestemte betingelser for tilbagebetaling, accepterer at ændre disse betingelser, kan både kapitalindskuddet og ændringen af betingelserne for tilbagebetaling udgøre statsstøtte, hvis staten ikke har handlet i hver af disse situationer, som en privat investor ville have gjort i samme situation. Kommissionen kunne ikke undlade at undersøge ændringen af betingelserne for tilbagebetaling på grundlag af kriteriet om den private investor, blot fordi kapitalindskuddet i sig selv udgjorde statsstøtte. Først efter en sådan undersøgelse kunne Kommissionen fastslå, om der var blevet tildelt en yderligere fordel.

28. I præmis 115-125 undersøgte Retten Kommissionens analyse af ændringen af betingelserne for tilbagebetaling og konkluderede, at den havde tilsidesat begrebet statsstøtte ved at undlade at foretage en vurdering af, om staten ved at acceptere denne ændring havde handlet, som en privat investor ville have gjort i samme situation, særlig under hensyntagen til, at ændringen gav mulighed for tilbagebetaling før tiden og gav større sikkerhed for et tilfredsstillende afkast på markedsvilkår.

29. Retten undersøgte dernæst i præmis 126-134 sandsynligheden for, at ING havde udøvet sin valgmulighed på grundlag af de oprindelige betingelser for tilbagebetaling, hvorved selskabet kunne indfri værdipapirerne i løbet af de første tre år, i lyset af Kommissionens påstand om, at ING faktisk havde været forpligtet til at gøre dette i betragtning af statens indtægter på 2,5 mia. EUR, og at staten ved at acceptere de ændrede betingelser havde afstået fra sin ret til disse indtægter og således ydet supplerende støtte. Retten konkluderede, at ING faktisk kun havde udøvet valgmuligheden, hvis der forelå bestemte økonomiske omstændigheder, og at disse hverken var konstateret eller sandsynlige.

8 — K(2012) 3150 endelig – statsstøtte SA.28855 (N 373/2009) (ex C 10/2009 og ex N 528/2009) – Nederlandene – ING – Omstrukturingsstøtte. Jf. navnlig 114.-156. betragtning.

9 — Kendelse afsagt af formanden for Rettens Første Afdeling den 6.12.2012, forenede sager T-325/12 og T-332/12, Nederlandene og ING mod Kommissionen.

30. Kommissionen har gjort gældende, at det var med urette, at Retten fandt, at kriteriet om den private investor burde have været anvendt på ændringen af betingelserne for tilbagebetaling. Kernen i dens argument er den påstand, at ændringen ikke kunne betragtes som en særskilt foranstaltning, der skulle vurderes isoleret i forhold til kapitalindskuddet. Det er ubestridt, at kapitalindskuddet var en statsstøtteforanstaltning, som de oprindelige betingelser for tilbagebetaling udgjorde en integrerende del af. Denne foranstaltning var en forpligtelse, som staten var forpligtet til at påtage sig som offentlig myndighed for at undgå en alvorlig forstyrrelse i den nederlandske økonomi som følge af en systemisk national banks sammenbrud. Ingen privat investor kunne nogen sinde være i denne situation, hvorfor det ikke var muligt at anvende kriteriet om den private investor på kapitalindskuddet – herunder betingelserne for tilbagebetaling heraf, hvad enten det var de oprindelige eller de ændrede betingelser. Den eneste vurdering, der var nødvendig, var, om ændringen gav ING en yderligere fordel.

31. De øvrige parter er i det væsentlige af den opfattelse, at ændringen af betingelserne for tilbagebetaling var adskilt fra det oprindelige kapitalindskud. Så snart dette indskud var blevet foretaget, befandt staten sig i en situation, som en privat investor kunne have befundet sig i – dvs. indehaver af værdipapirer. En sådan investor kunne af rationelle økonomiske grunde sagtens ønske at genforhandle de betingelser, hvorpå værdipapirerne skulle indfries. Dette var tilfældet med hensyn til den nederlandske stat, som foretrak at udveksle et mindre sikkert, om end potentielt højere, afkast mod en garanteret tilbagebetaling, som, hvis den var lavere, alligevel repræsenterede et tilfredsstillende investeringsafkast. På denne baggrund var det ikke kun muligt, men nødvendigt ifølge retspraksis, at anvende kriteriet om den private investor for at fastslå, om ændringen af betingelserne for tilbagebetaling udgjorde statsstøtte.

32. ING har endvidere gjort gældende, at Kommissionen fremfører et faktisk argument, som må afvises, når den hævder, at kapitalindskuddet og ændringen af betingelserne for tilbagebetaling indgik i en række forbundne foranstaltninger.

33. Jeg er ikke overbevist af dette argument vedrørende formaliteten. De faktiske forbindelser mellem foranstaltningerne er ikke det, sagen drejer sig om. Den drejer sig om det retlige spørgsmål, om det i lyset af disse forbindelser var med rette, at Retten fastslog, at Kommissionen burde have anvendt kriteriet om den private investor, da den vurderede ændringen af betingelserne for tilbagebetaling.

34. Jeg vil endvidere fremhæve, at dette anbringende kun vedrører det pågældende spørgsmål. Det er irrelevant, hvad resultatet af det pågældende kriterium ville have været, hvis det var blevet anvendt. I et vist omfang har argumentet forvildet sig ind i sidstnævnte spørgsmål, og – i det omfang – bør der ses bort fra det. Kriteriet er desuden nu blevet anvendt af Kommissionen, og anfægtelserne af den måde, hvorpå det blev anvendt, er blevet trukket tilbage¹⁰. Til trods herfor er det imidlertid fortsat nødvendigt at løse tvisten om, hvorvidt det var med rette, at Retten fastslog, at det burde have været anvendt i den anfægtede beslutning.

35. Efter min opfattelse er der to spørgsmål, der skal besvares ved behandlingen af kriteriet om den private investor: i) Havde statens handling en sådan karakter, at det giver mening at sammenligne den med en privat investors handling? ii) Var den pågældende handling i givet fald fastsat ud fra overvejelser, der kun eller i det mindste primært er relevante for staten i dens egenskab af offentlig myndighed, eller kunne den samme handling være gennemført under sammenlignelige »markedsvilkår af en privat investor, som befinder sig i en situation, som ligger så tæt som muligt på den situation, som staten befinder sig i«?¹¹ Fase i) vedrører betingelserne for anvendelsen af kriteriet, fase ii) vedrører dets anvendelse. I denne forbindelse drejer det sig alene om betingelserne for anvendelsen.

10 — Jf. punkt 25 og 26 ovenfor.

11 — EDF-dommen, præmis 79.

36. Kommissionen ønsker at begrænse betingelserne for anvendelsen af kriteriet om den private investor. Den kan frygte, at hvis dette kriterium blev anvendt systematisk, kunne en foranstaltning, som på grundlag af samtlige omstændigheder ikke var blevet truffet af en fornuftig privat investor, blive analyseret således, at den opfylder kriteriet¹². Hvis det er tilfældet, er det et generelt spørgsmål. I den foreliggende sag kan det imidlertid kun behandles med hensyn til omstændighederne i forbindelse med kapitalinskuddet i ING og ændringen af betingelserne for tilbagebetaling.

37. Det er ubestridt, at for så vidt angår selve kapitalinskuddet, var der ingen meningsfuld sammenligning mellem statens adfærd og en privat investors adfærd. Ved at »redde« en systemisk national bank i forbindelse med den alvorlige finanskrisen, der indtrådte i 2008, handlede den nederlandske stat udelukkede i sin egenskab af øverste offentlige myndighed, der skal sikre stabiliteten af den nationale økonomi som helhed. En privat investor ville eller kunne ganske enkelt ikke handle i en sådan egenskab. Det er også ubestridt, at kapitalinskuddet som først foreslået blev vurderet som helhed, herunder de oprindelige betingelser for tilbagebetaling, som var en integrerende del af støttepakken.

38. Der rejser sig derfor det spørgsmål, om de ændrede betingelser for tilbagebetaling blev vurderet på samme grundlag som de oprindelige betingelser, eller om ændringen skulle betragtes som en særskilt foranstaltning.

39. Efter min opfattelse kunne man have overvejet to fremgangsmåder: foretage en ny vurdering af kapitalinskuddet som helhed og lade de ændrede betingelser for tilbagebetaling træde i stedet for de oprindelige betingelser for på ny at fastlægge støttebeløbet eller vurdere ændringen af betingelserne som en særskilt foranstaltning for at afgøre, om, og i bekræftende fald i hvilket omfang, der blev anvendt statsmidler til at give ING en fordel. I forbindelse med den første fremgangsmåde havde vurderingen af betingelserne for tilbagebetaling udgjort en integrerende del af vurderingen af kapitalinskuddet fra staten i dens egenskab af offentlig myndighed, og der havde ikke været nogen meningsfuld sammenligning med et privat investors adfærd. Kommissionen anvendte imidlertid faktisk den anden fremgangsmåde. Om denne fremgangsmåde var den korrekte, er ikke omtvistet i den foreliggende sag. Kendsgerningen er, at det var den fremgangsmåde, som Kommissionen anvendte.

40. På denne baggrund kan Kommissionen efter min opfattelse vanskeligt nu hævde, at ændringen af betingelserne for tilbagebetaling ikke kunne adskilles fra kapitalinskuddet og kun kunne vurderes efter de samme kriterier. Jeg er også af den opfattelse, at hvis denne ændring vurderes som en særskilt foranstaltning, bliver det absolut muligt at sammenligne statens adfærd med en privat investors.

41. Det er korrekt, at det oprindelige kapitalinskud var statsstøtte, og at en privat investor pr. definition aldrig kan have ydet statsstøtte. Med sin første støtte blev staten imidlertid indehaver af værdipapirer, der skulle indfries på bestemte betingelser. En privat investor kunne også befinde sig i en sådan situation. Hvis værdien af de værdipapirer, der indehaves af staten, var højere, end det ville være sædvanligt for en privat investor, har dette efter min opfattelse ikke afgørende betydning. Det samme er tilfældet med hensyn til spørgsmålet, om værdipapirerne havde en usædvanlig karakter, som Kommissionen har hævdet – hvilket under alle omstændigheder er et faktisk spørgsmål, som ikke er omfattet af Domstolens kompetence under en appelsag. Enhver indehaver af værdipapirer kan, uanset disses beløb og karakter, ønske eller gå med til at genforhandle betingelserne for deres indfrielse. Det giver derfor mening at sammenligne statens adfærd i denne henseende med en

12 — Der kunne også være et praktisk problem, da en systematisk anvendelse af kriteriet om den private investor i høj grad ville belaste Kommissionens ressourcer, eftersom det er forbundet med en kompleks økonomisk vurdering. Jeg mener imidlertid ikke, at et sådant problem kan være retligt relevant.

hypotetisk privat investors i en sammenlignelig situation. Spørgsmålet er efter min opfattelse ganske enkelt: »Havde det været rationelt for en privat investor, der, uanset af hvilken grund, var indehaver af værdipapirer på de samme betingelser, og som var opmærksom på markedsvilkårene, at acceptere de samme ændringer af disse betingelser?«

42. Jeg vil fremhæve, at jeg når frem til denne konklusion, på grundlag af, som det var tilfældet, at Kommissionen behandlede ændringen af betingelserne for tilbagebetaling som en særskilt foranstaltning, der kunne vurderes således, at der var tale om tildeling af en påviselig fordel for ING ved hjælp af statsmidler. Selv om jeg ikke tager stilling til, om denne fremgangsmåde var korrekt eller hensigtsmæssig, er det min opfattelse, at hvis Kommissionen i stedet havde foretaget en ny vurdering af kapitalindskuddet som helhed, herunder de ændrede betingelser for tilbagebetaling, kunne enhver risiko af den art, jeg har nævnt i punkt 36 ovenfor, have været undgået, selv hvis kriteriet om den private investor var blevet anvendt. Hvis kapitalindskuddet som helhed anvendte statsmidler til at give en fordel uden passende økonomisk kompensation eller afkast af den konkrete transaktion (i modsætning til en generel fordel for den nationale økonomi), havde det formentlig ikke opfyldt kriteriet om den private investor. Denne vurdering blev imidlertid ikke foretaget, og spørgsmålet om, hvorvidt kriteriet fandt anvendelse under disse omstændigheder, rejste sig ikke. Ændringen af betingelserne for tilbagebetaling blev faktisk vurderet som en særskilt foranstaltning, og der var derfor ingen grund til at anvende kriteriet om den private investor.

43. Jeg vil derfor forkaste det første anbringende.

Det andet anbringende (bedømmelse af indtægtstab)

44. I sin doms præmis 135-142 fandt Retten, at selv hvis antages, at Kommissionen havde kunnet konkludere, at staten havde lidt et indtægtstab, har Kommissionen ikke fastsat det korrekte beløb for dette tab. Kommissionen havde ikke taget hensyn til den omstændighed, at udbetalingen af en kupon, der repræsenterer de påløbne renter på tidspunktet for den førtidige tilbagebetaling, i henhold til de ændrede betingelser for tilbagebetaling ikke længere afhang af betalingen af et udbytte til indehaverne af de ordinære aktier. Kommissionen var klar over dette og havde ikke ret til at se bort fra det. I det foreliggende tilfælde modtog den nederlandske stat 258,5 mio. EUR i forbindelse med den førtidige tilbagebetaling, der fandt sted den 21. december 2009 – som den ikke havde modtaget på grundlag af de oprindelige betingelser for tilbagebetaling, da der ikke blev udbetalt noget udbytte for 2009. Hvis dette beløb ikke var kendt for Kommissionen på forhånd, burde den have rejst spørgsmålet om den betydning, som den mulige betaling af det supplerede støttebeløb, som omtalt i den anfægtede beslutning, kunne have. Omfanget af et eventuelt tab for staten var derfor overvurderet i den anfægtede beslutning med flere hundrede millioner euro, en mangel, som var til skade for Kommissionens vurdering af begrebet statsstøtte.

45. Kommissionen har for det første anført, at ING ifølge de oprindelige betingelser for tilbagebetaling som fremlagt af Nederlandene skulle betale påløbne renter, når selskabet tilbagebetalte kapitalindskuddet, og at Nederlandene havde anført, at betingelserne for tilbagebetaling var uændrede i den reviderede omstruktureringsplan; det var derfor med rette, at Kommissionen ikke havde fratrukket de renter, der faktisk var betalt i 2009. Den nederlandske regering og ING har anfægtet denne påstand, men finder, at det er et faktisk argument, som ikke er omfattet af Domstolens kompetence under en appelsag.

46. For det andet har Kommissionen gjort gældende, at renter, som den ikke havde fratrasket (maksimalt 303 mio. EUR), ikke kunne have påvirket kvalificeringen af ændringen af betingelserne for tilbagebetaling som støtte eller vurderingen af dens forenelighed med det indre marked eller af omfanget af tilsagnene i form af udligningsforanstaltninger. Den nederlandske regering og ING har gjort gældende, at de pågældende tilsagn (i bilag II til den anfægtede beslutning) ikke blev givet frivilligt, men var dikteret af Kommissionen på baggrund af det konstaterede støttebeløb. Hvis dette beløb var blevet fastlagt korrekt, ville omfanget af de nødvendige tilsagn have ændret sig.

47. Jeg er enig i, at argumentet med hensyn til, om de ændrede betingelser for tilbagebetaling var beskrevet korrekt i den reviderede omstruktureringsplan, og med hensyn til det omfang, hvori de kan have adskilt sig fra de oprindelige betingelser, ikke er omfattet af Domstolens kompetence under en appelsag. Retten fandt, at de to sæt betingelser var forskellige, og at Kommissionen havde kendskab til dette. Selv om Kommissionen har fremført en anden version af de faktiske omstændigheder, påstår den ikke, at Retten gjorde sig skyldig i en urigtig gengivelse af beviserne.

48. Det materielle retlige spørgsmål er, om det var med rette, at Retten konkluderede på grundlag af de faktiske omstændigheder, som den havde fastslået, at »[d]en mulighed« »kan [...] ikke udelukkes«, at Kommissionen havde taget hensyn til de yderligere renter, som staten modtog, hvilket »har kunnet have indvirkning« på kvalificeringen af ændringen af betingelserne for tilbagebetaling som støtte eller vurderingen af dens forenelighed eller af omfanget af udligningsforanstaltningerne, og fastslog, at »vurdering[en] af begrebet statsstøtte« derved var behæftet med en faktisk fejl¹³.

49. Det fremgår af fremstillingen af de faktiske omstændigheder i den appellerede doms præmis 14 ff., at tilsagnene fra Nederlandene og ING for at afhjælpe konkurrencefordrejningerne i det væsentlige var pålagt af Kommissionen som en betingelse for at anse støtten for forenelig med det indre marked. Ændringen af betingelserne for tilbagebetaling – hvis vurdering denne appelsag vedrører – blev imidlertid først meddelt Kommissionen den 22. oktober 2009, og det fremgår ikke af den appellerede dom, at tilsagnene derefter blev ændret på grundlag af ændringen. Det er efter min opfattelse også usikkert, om en forskel på 303 mio. EUR, ud af i alt mellem 1,79 mia. EUR og 2,2 mia. EUR (en forskel på mellem ca. 14% og 17%), ville have påvirket afgørelsen om, hvorvidt der var tale om statsstøtte, eller, hvis det var tilfældet, om den var forenelig med det indre marked. Jeg anser det imidlertid for i det mindste plausibelt, at det var nødvendigt at revidere tilsagnene.

50. Den formulering, som Retten har anvendt (»[d]en mulighed« »kan [...] ikke udelukkes«, at den konstaterede faktuelle fejl »har kunnet have indvirkning« på vurderingen), forekommer ikke urimelig under disse omstændigheder. Men var dette til skade for »vurdering[en] af begrebet statsstøtte«? I betragtning af at Retten ikke havde kompetence til at sætte sin egen vurdering i stedet, er den eneste konklusion, som den efter min opfattelse kunne nå frem til, at det var nødvendigt, at Kommissionen foretog en fornyet vurdering på grundlag af de korrekte faktiske omstændigheder.

51. Jeg vil derfor forkaste det andet anbringende.

Det tredje anbringende (annullation af hele stk. 1 i artikel 2 i den anfægtede beslutning)

52. I sin doms præmis 151-153 fastslog Retten, at der i den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 1, ikke blev sondret mellem de forskellige elementer i »omstrukturingsstøtten«, der var kvalificeret som statsstøtte, men at den omfattede den supplerende støtte på ca. 2 mia. EUR som følge af ændringen af betingelserne for tilbagebetaling. Retten konkluderede, at henset til fejlene som følge af kvalificeringen af ændringen som supplerende støtte, skal stykket annulleres i sin helhed.

13 — Den appellerede doms præmis 141 og 142.

53. Kommissionen har anført, at Retten ikke havde ret til at annullere artikel 2, stk. 1, som helhed. Eftersom kvalificeringen af andre foranstaltninger end ændringen af betingelserne for tilbagebetaling (navnlig kapitalindskuddet og IABF) som statsstøtte var adskilt fra en eventuel fejl ved kvalificeringen af ændringen som sådan, tilsidesatte annullationen proportionalitetsprincippet. Desuden var stk. 1 en rent bekræftende retsakt med hensyn til disse andre foranstaltninger (som allerede var blevet vurderet i den oprindelige beslutning), og en sådan retsakt kan ikke anfægtes under et annulationssøgsmål. Annullationen af den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 1, bør derfor ophæves, for så vidt som den vedrører andre foranstaltninger end ændringen af betingelserne for tilbagebetaling.

54. Den nederlandske regering og ING har bemærket, at det pågældende stykke er en enkelt sætning, som ikke i nogen henseender kan annulleres med henblik på formelt at opretholde konklusionen om statsstøtte med hensyn til andre foranstaltninger end ændringen af betingelserne for tilbagebetaling. Men annullationen skal læses i lyset af Rettens argumentation, hvoraf det fremgår, at den eneste kvalificering af den støtte, der var en følge af ændringen af betingelserne for tilbagebetaling, blev anfægtet. Endvidere »genoplivede« denne annulation faktisk den oprindelige beslutning, hvori kapitalindskuddet var blevet anset for statsstøtte, og det pågældende stykke var ikke »rent« bekræftende, for så vidt som det var baseret på en efterprøvelse af de faktiske omstændigheder, herunder de nye faktiske omstændigheder vedrørende de ændrede betingelser.

55. Det her omhandlede spørgsmål er i vidt omfang formelt. Det er ubestridt, at Retten ikke havde til hensigt som sådan at annullere den anfægtede beslutnings kvalificering som statsstøtte af andre foranstaltninger end ændringen af betingelserne for tilbagebetaling, og det er heller ikke gjort gældende, at den burde have gjort dette. De spørgsmål, som rejser sig, er: Hvad var virkningen af annullationen af hele den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 1, og kunne Retten have fulgt en anden fremgangsmåde, efter at den havde konkluderet, at kvalificeringen af ændringen af betingelserne for tilbagebetaling som statsstøtte var fejlagtig?

56. Med hensyn til virkningen af annullationen har Kommissionen korrekt gjort opmærksom på, at et annulationssøgsmål til prøvelse af en beslutning, som blot bekræfter en tidligere beslutning, som ikke blev anfægtet inden for søgsmålsfristen, ikke kan antages til realitetsbehandling¹⁴. Denne regel, der vedrører antagelsen til realitetsbehandling af et annulationssøgsmål, afspejler imidlertid blot den omstændighed, at den tidligere beslutning ikke længere kan annulleres, således at en annulation af den bekræftende beslutning ikke ville have nogen virkning på retsstillingen. For så vidt som den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 1, bekræftede tidligere beslutninger, der kvalificerede foranstaltninger som statsstøtte, kunne dens annulation derfor ikke have nogen virkning på disse tidligere konstateringer. Denne konklusion vedrører under alle omstændigheder konstateringerne om, at kapitalindskuddet og IABF udgjorde statsstøtte¹⁵. Med hensyn til garantierne fremgår situationen mindre klart af den anfægtede beslutning, men jeg finder intet holdepunkt for, at der havde været en tidligere beslutning, hvorefter de garantier, der allerede var betalt, udgjorde statsstøtte¹⁶.

57. En annulation af hele den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 1, synes derfor a) at have været uden virkning på den tidligere kvalificering af kapitalindskuddet og IABF som statsstøtte, men b) at have annulleret kvalificeringen som statsstøtte i selve den anfægtede beslutning, ikke kun af ændringen af betingelserne for tilbagebetaling, men også af støtten på grundlag af kreditgarantiordningen. Kvalificeringen af sidstnævnte støtte blev imidlertid ikke anfægtet under sagen i første instans.

14 — Jf. eksempelvis dom af 29.11.2012, sag C-416/11 P, Det Forenede Kongerige mod Kommissionen, præmis 32.

15 — Jf. 97. og 99. betragtning til den anfægtede beslutning.

16 — Fremtidige garantier behandles også i den anfægtede beslutning, men det er anført, at de vil blive vurderet i en særskilt beslutning (jf. 47. betragtning).

58. Med hensyn til muligheden for, at Retten kunne have fulgt en anden fremgangsmåde, har Kommissionen nævnt et eksempel, hvor Retten faktisk annullerede et sammenligneligt stykke i en statsstøttebeslutning, for så vidt som det vedrørte visse beløb, der indgik i, men ikke var særskilt identificeret i dette stykke¹⁷. Domstolen har stort set gjort det samme under tilsvarende omstændigheder og annulleret eksempelvis en beslutning om tilbagesøgning af støtte, der var ydet til fire virksomheder, for så vidt som beløbet omfattede renter, som var forfaldet, efter at to af disse virksomheder, der ikke var specifikt identificeret i den relevante artikel i beslutningens konklusion, var erklæret konkurs¹⁸. Jeg ser ingen grund til, hvorfor Retten ikke skulle have fulgt en lignende fremgangsmåde i den appellerede dom.

59. Jeg er derfor af den opfattelse, at det tredje anbringende bør tiltrædes, for så vidt som Retten ved at annullere hele den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 1, annullerede konstateringen i denne beslutning, at de garantier, som ING havde modtaget på grundlag af den nationale kreditgarantiordning, udgjorde statsstøtte.

Det fjerde anbringende (heraf følgende annulation af den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 2)

60. I sin doms præmis 154-160 fastslog Retten, at den supplerende støtte i form af ændringen af betingelserne for tilbagebetaling var en integrerende del af den omstrukturingsstøtte, der var vurderet af Kommissionen. En sådan supplerende støtte kunne ikke udskilles fra den anfægtede beslutnings konklusion og undersøgelsen af »fastsættelsen af niveauet for de tilsagn, der kræves, for at støtten erklæres forenelig«. Ulovligheden af konstateringen af supplerende støtte på ca. 2 mia. EUR indebar derfor nødvendigvis, at den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 2, hvoraf det fremgik, at støtten var forenelig med fællesmarkedet »under forudsætning af overholdelse af de tilsagn, der er anført i bilag II«, og selve bilag II blev ulovlige, for så vidt som omstrukturingsstøttens forenelighed afhang af en analyse og af tilsagn, hvis indhold skulle vurderes i lyset af den del af støtten, som omfattede denne supplerende støtte.

61. Kommissionen har i det væsentlige anført, at Retten med urette lagde dette til grund, eftersom tilsagnene blev givet af ING og den nederlandske stat, og Kommissionen ikke havde nogen beføjelse til at afvise dem, selv hvis de gik ud over, hvad der var nødvendigt for at afhjælpe konkurrencefordrejningerne. Selv hvis Kommissionen reelt overvurderede det samlede støttebeløb, havde dette således ingen konsekvens med hensyn til de udligningsforanstaltninger, der blev tilbudt og accepteret, og begrundede derfor ikke en annulation af disse dele af den anfægtede beslutning, som fastsætter de tilsagn, på grundlag af hvilke støtten kunne erklæres forenelig. Kommissionen har også gjort gældende, at eftersom den anfægtede beslutning ikke var en beslutning om at afslutte en formel undersøgelsesprocedure i henhold til artikel 7 i forordning nr. 659/1999¹⁹, havde den ikke beføjelse til at knytte betingelser til sin beslutning i henhold til den pågældende artikels stk. 4.

62. De øvrige parter har henvist til den appellerede doms præmis 14-36, hvoraf det fremgår, at Kommissionen faktisk insisterede på de tilsagn, der var nødvendige, for at støtten kunne anses for forenelig. Retten fandt, at støttebeløbet var blevet overvurderet; hvis denne vurdering ikke havde været fejlagtig, havde Kommissionen ikke behøvet at insistere på så vægtige tilsagn, som den gjorde.

17 — Dom af 13.9.2010, forenede sager T-415/05, T-416/05 og T-423/05, Grækenland m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 4749.

18 — Dom af 12.10.2000, sag C-480/98, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 8717.

19 — Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22.3.1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel 93 (EFT L 83, s. 1).

63. Det er efter min opfattelse nødvendigt først at se på de faktiske omstændigheder, som Retten har fastslået vedrørende tilblivelsen af tilsagnene i bilag II til den anfægtede beslutning. I denne henseende finder jeg ikke Kommissionens argument om, at den anfægtede beslutning ikke var en beslutning om at afslutte en formel undersøgelsesprocedure, relevant. Det afgørende er, om Kommissionen – i det af Retten fastslåede – faktisk dikterede indholdet af de tilsagn, der fremgår af bilag II til den anfægtede beslutning; hvis det er tilfældet, kan den ikke blot påberåbe sig det argument, at den ikke havde beføjelse til at acceptere mindre vægtige tilsagn.

64. Fremstillingen af den administrative procedure i den appellerede doms præmis 9-37 indeholder klare konklusioner om, at Kommissionen flere gange tilkendegav, hvilke foranstaltninger den fandt nødvendige, og anførte, at omstruktureringsplanen ikke ville blive godkendt uden disse foranstaltninger. Retten har anvendt udtryk som »Kommissionens krav« (præmis 20), »således som Kommissionen har krævet« (præmis 29) og »for at imødekomme Kommissionens forventninger« (præmis 31). I modsætning hertil fremgår en lignende adfærd fra Kommissionens side ikke efter meddelelsen om ændringen af betingelserne for tilbagebetaling den 22. oktober 2009, og Domstolen har ikke kompetence til at tage stilling til, om der mellem denne dato og den 6. november 2009, hvor udvekslinger vedrørende udkastet til beslutning blev afsluttet, blev foretaget ændringer af tilsagnene i bilag II, enten på initiativ af Kommissionen eller en anden part.

65. Retten baserede imidlertid ikke den konklusion, som Kommissionen har anfægtet i dette anbringende, på den antagelse, at særlige tilsagn var nødvendige som følge af ændringen af betingelserne for tilbagebetaling. Den fandt snarere, at omfanget af de tilsagn, som Kommissionen var rede til at acceptere, som helhed var direkte og proportionalt afhængigt af støttebeløbet, igen som helhed og dermed inklusive den støtte, der var en følge af ændringen af betingelserne for tilbagebetaling, hvis vurdering Retten allerede havde anset for at være behæftet med fejl. Det er i denne forbindelse, at Kommissionen har gjort gældende, at den ikke havde beføjelse til at fastsætte tilsagnenes omfang, og er af den opfattelse, at Rettens argumentation er fejlagtig.

66. Efter min opfattelse er den pågældende argumentation faktisk utilstrækkelig, men ikke af den grund, som Kommissionen har fremført. Den eneste konklusion, der kan drages af de faktiske omstændigheder i den appellerede doms præmis 9 ff., er, at omfanget af de tilsagn, som Kommissionen var rede til at acceptere, blev fastsat inden den 20. oktober 2009. Meddelelsen om ændringen af betingelserne for tilbagebetaling efter denne dato påvirkede derfor ikke disse tilsagn. Der var derfor ingen grund til, at Retten annullerede de dele af den anfægtede beslutning, hvor støttens forenelighed var gjort betinget af, at disse tilsagn blev overholdt. Hvis Kommissionen havde anfægtet denne del af den appellerede dom på dette grundlag, ville jeg have været rede til at give den medhold.

67. Kommissionens anbringende må imidlertid afhænge af dens påstand om, at den ikke havde beføjelse til at påvirke de tilsagn, der var givet frivilligt af medlemsstaten og banken, hvilket modsiges af Rettens konstateringer vedrørende de faktiske omstændigheder. Eftersom Kommissionen ikke har gjort gældende, at de faktiske omstændigheder var gengivet urigtigt, mener jeg, at det foreliggende anbringende bør forkastes.

Femte anbringende (ultra petita annulation af den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 2)

68. I sin doms præmis 64 og 66 har Retten anført sagsøgernes påstande. Kongeriget Nederlandene havde nedlagt påstand om annulation af »[d]en anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 1, der bl.a. er baseret på konstateringen i 98. betragtning til denne beslutning om, at ændringen af betingelserne for tilbagebetaling af det kapitalindskud, som de nederlandske myndigheder har ydet, udgør supplerende støtte til ING på ca. 2. mia. EUR«; ING havde nedlagt tre påstande, hvoraf Retten kun undersøgte den første, dvs. annulation af den anfægtede beslutning, »for så vidt som den fastslår, at ændringen af betingelserne for tilbagebetaling af kapitalindskuddet udgør en supplerende støtte på 2 mia. EUR«.

69. I dommens konklusion annullerede Retten den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 1 og 2, og dennes bilag II.

70. Kommissionen har anført, at Retten ved at annullere den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 2, og dennes bilag II overskred sin kompetence, tilsidesatte princippet om, at parterne fastlægger tvistens genstand, traf afgørelse ultra petita og begik en proceduremæssig fejl til skade for Kommissionens interesser. Annullationspåstanden i de påstande, som blev undersøgt af Retten, var begrænset til artikel 2, stk. 1, og intet i ordlyden af påstandene (navnlig ordene »bl.a.«) eller i parternes svar på Rettens skriftlige spørgsmål inden retsmødet kunne udvide denne til at omfatte andre dele af den anfægtede beslutning.

71. Den nederlandske regering har anført, at så snart den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 1 (konklusionen om, at omstrukturingsstøtten udgjorde statsstøtte) var annulleret, blev konklusionen i stk. 2 (at støtten var forenelig »under forudsætning af overholdelse af de tilsagn, der er anført i bilag II«) uden genstand, og det samme var tilfældet med hensyn til disse tilsagn; Retten traf derfor ikke afgørelse ultra petita ved at annullere disse dele af den anfægtede beslutning som reaktion på en påstand om annulation af artikel 2, stk. 1. ING har anført, at anbringendet ikke kan antages til realitetsbehandling, da Kommissionen ikke i første instans havde rejst spørgsmålet, om påstandene var klare og præcise. Begge parter har anført, at ING i sin anden påstand (annulation af den anfægtede beslutning, »for så vidt som Kommissionen har betinget godkendelsen af støtten af tilsagn om overholdelse af forbud mod prisenforerskab, som fastsat i beslutningen og dens bilag II«) faktisk havde nedlagt påstand om annulation af artikel 2, stk. 2.

72. Jeg er ikke enig i ING's formalitetsindsigelse mod dette anbringende. Det er klart kun, så snart Retten har truffet afgørelse, at der kan opstå et eventuelt spørgsmål om, hvorvidt den har truffet afgørelse ultra petita.

73. Med hensyn til realiteten er jeg enig i den nederlandske regerings argument. Annulation af konklusionen om, at omstrukturingsstøtten udgjorde statsstøtte som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF – og derfor pr. definition i princippet var uforenelig med fællesmarkedet – indebar, at den ikke længere var statsstøtte og derfor ikke længere uforenelig. På denne baggrund kunne konklusionen om, at støtten var forenelig med fællesmarkedet under forudsætning af overholdelse af visse tilsagn, ikke opretholdes, da det havde været ensbetydende med et krav om, at der skulle gives tilsagn med hensyn til støtte, der allerede var forenelig uden disse tilsagn. Annulation af den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 2, og dennes bilag II var derfor en uundgåelig følge af annulationen af artikel 2, stk. 1, som parterne havde nedlagt påstand om i den påstand, som Retten undersøgte.

74. Jeg vil derfor forkaste det femte anbringende.

Sjette anbringende (subsidiært: manglende annulation af den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 3)

75. I sin doms konklusion annullerede Retten den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 1 og 2 (hvori det henholdsvis var konkluderet, at omstrukturingsstøtten udgjorde statsstøtte, og at støtten var forenelig med fællesmarkedet under forudsætning af overholdelse af tilsagnene i bilag II), og opretholdt derved stk. 3, som ophævede den midlertidige begrænsning for balancevæksten, der var fastsat for ING.

76. Hvis dens tidligere anbringender ikke skulle blive taget til følge, har Kommissionen subsidiært anført, at Retten efter at have annulleret den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 1 og 2, begik en retlig fejl ved ikke ligeledes at annullere stk. 3.

77. Tilsagnet om, at ING ville begrænse sin balancevækst for at mindske konkurrencefordrejningen fra kapitalinskuddet, fremgik af den oprindelige beslutning. Kommissionen besluttede på baggrund af dette tilsagn, at den kunne godkende kapitalinskuddet midlertidigt. Den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 3, ophævede den midlertidige begrænsning af balancevæksten, der fulgte af den oprindelige beslutning. Beslutningen om at fjerne disse begrænsninger og konklusionen om forenelighed var baseret på samme analyse og tilsagn og udgjorde et samlet hele, hvis begrundelse ikke kan adskilles. Såfremt det var med rette, at Retten annullerede denne analyse og disse tilsagn, skulle ING ikke have været fritaget for de balancebegrænsninger, som selskabet havde været underkastet, inden den anfægtede beslutning blev vedtaget. Ved at opretholde stk. 3 ændres beslutningens materielle indhold. Gennem sin annulation kunne Retten ikke stille ING bedre end inden den anfægtede beslutning eller sætte sin egen vurdering i stedet for Kommissionens i den oprindelige beslutning, da den godkendte kapitalinskuddet midlertidigt.

78. Den nederlandske regering har rejst det spørgsmål, hvorfor Retten skulle annullere artikel 2, stk. 3, når der ikke var blevet anmodet om en sådan annulation. Stk. 3 mistede ikke sin genstand efter annulationen af stk. 1 og 2. Om denne annulation bør medføre, at stk. 3 skal annulleres, kræver en indholdsmæssig vurdering, som Retten ikke kunne foretage, medmindre den blev anmodet om at gøre dette, og som Domstolen ikke kan foretage under en appelsag. Endvidere er anbringendet blevet uden genstand. Den 11. maj 2012 vedtog Kommissionen en ny afgørelse, hvori den atter nåede frem til, at ændringen af betingelserne for tilbagebetaling udgjorde statsstøtte (men uden at fastsætte størrelsen heraf), og godkendte støtten på samme betingelser. ING har fremført lignende argumenter: Anbringendet må afvises, eftersom Kommissionen ikke havde nedlagt en sådan påstand i første instans; og det er uden genstand efter afgørelsen af 11. maj 2012.

79. Annulationen af den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 1 (og dermed som en uundgåelig følge artiklens stk. 2) bevirkede efter min opfattelse (som den nederlandske regering har gjort gældende i forbindelse med det tredje anbringende), at den oprindelige beslutning, hvori kapitalinskuddet var blevet anset for statsstøtte, blev »genoplivet«. Det fremgår af den appellerede dom, at Kommissionen havde anført i den pågældende beslutning, at hvis der blev indført en omstruktureringsplan inden for seks måneder, ville gyldigheden af den oprindelige beslutning automatisk blive forlænget, indtil den vedtog en beslutning om denne plan²⁰. Gyldigheden blev derfor forlænget, indtil den anfægtede beslutning blev vedtaget. Annulationen af den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 1 og 2, indebar, at der ikke længere var en beslutning om omstruktureringsplanen. Som en logisk konsekvens skulle den oprindelige beslutning, som omfattede en begrænsning af ING's balancevækst, på ny have været omfattet af sin forlængede gyldighed, indtil der blev vedtaget en ny endelig beslutning.

80. Retten opretholdt imidlertid den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 3, hvorved indholdet af den oprindelige beslutning blev ændret – formentlig uforvarende, eftersom den appellerede dom ikke indeholder nogen begrundelse i denne henseende.

81. Parternes argumenter i denne henseende står ikke overraskende i modsætning til deres argumenter i forbindelse med det femte anbringende. I den forbindelse har Kommissionen anført, at Retten ikke havde ret til at annullere en del af beslutningen, da sagsøgerne ikke specifikt havde nedlagt påstand om dens annulation, og de øvrige parter har gjort gældende, at en sådan annulation var en naturlig følge af annulationen af den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 1. Da det foreliggende anbringende kun er fremført subsidiært af Kommissionen, er der ingen uoverensstemmelse i dens holdning, mens der faktisk synes at være en uoverensstemmelse i de øvrige parters holdning.

20 — Den appellerede doms præmis 10; 71.-74. betragtning til den oprindelige beslutning.

82. Efter min opfattelse er det i overensstemmelse med min analyse af det femte anbringende at konkludere, at Retten efter at have annulleret den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 1, ikke blot havde ret til, men var forpligtet til at annullere ikke kun denne artikels stk. 2, men også stk. 3, for at undgå at ændre det materielle indhold af den oprindelige beslutning, hvis gyldighed blev »genoplivet« og forlænget ved annulationen af stk. 1.

83. Jeg mener endvidere, at ING's formalitetsindsigelse mod dette anbringende er ubegrundet. Kommissionen kunne i første instans ikke forventes at have nedlagt den påstand, som den nu har nedlagt, eftersom hele dens formål var at fastholde den anfægtede beslutning.

84. Jeg vil derfor tiltræde det sjette anbringende.

IV – Konsekvenser af vurderingen

85. Efter min opfattelse bør det tredje anbringende tiltrædes delvist og det sjette anbringende i dets helhed. Som følge heraf bør den appellerede dom ophæves, for så vidt som den ved at annullere hele den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 1, fra denne annulation ikke udelukkede den konklusion, at de garantier, som ING havde modtaget på grundlag af den nationale kreditgarantiordning, udgjorde statsstøtte, og for så vidt som den ikke annullerede samme artikels stk. 3.

86. Efter min opfattelse er en sådan afgørelse tilstrækkelig til at behandle appellen, uden at det er nødvendigt at hjemvise sagen til Retten til yderligere behandling. Endvidere betyder eksistensen af Kommissionens efterfølgende afgørelse af 11. maj 2012, at de praktiske konsekvenser af afgørelsen vil være begrænsede.

87. I henhold til artikel 138, 140 og 184 i Domstolens procesreglement mener jeg, at det bør pålægges hver part at bære sine egne omkostninger.

V – Forslag til afgørelse

88. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen træffer følgende afgørelse:

- »– Den appellerede dom ophæves, for så vidt som den ved at annullere hele den anfægtede beslutnings artikel 2, stk. 1, fra denne annulation ikke udelukkede den konklusion, at de garantier, som ING havde modtaget på grundlag af den nationale kreditgarantiordning, udgjorde statsstøtte, og for så vidt som den ikke annullerede samme artikels stk. 3.
- Hver part bærer sine egne omkostninger i forbindelse med appelsagen.«