



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
ELEANOR SHARPSTON
föredraget den 19 december 2013¹

Mål C-224/12 P

**Europeiska kommissionen
mot**

Konungariket Nederländerna och ING Groep NV

”Överklagande — Statligt stöd till bank i form av kapitaltillskott i utbyte mot värdepapper —
Ändrade villkor för ersättning och inlösen av värdepappren — Beslut varigenom stödet förklaras
förenligt med den gemensamma marknaden under förutsättning av vissa åtaganden — Tillämpning av
kriteriet en privat investerare”

1. I förevarande mål har kommissionen överklagat ett avgörande från tribunalen² som innebar en delvis ogiltigförklaring av ett beslut³ om statligt stöd som Nederländerna hade beviljat banken ING Groep NV (nedan kallad ING). I beslutet angavs, bland annat, att omstruktureringsstöd i form av kapitaltillskott i utbyte mot värdepapper med särskilda återbetalningsvillkor utgjorde statligt stöd i den mening som avsågs i artikel 87.1 EG (nu artikel 107.1 FEUF), men att stödet var förenligt med den gemensamma marknaden ”förutsatt att” vissa åtaganden fullgjordes av ING och den nederländska staten.

2. Den centrala frågan i målet rör tillämpningen av kriteriet en privat investerare (det vill säga, i stora drag, om det mottagande företaget skulle ha kunnat erhålla en fördel från en privat investerare, som handlade under normala marknadsförhållanden, vilken motsvarade den fördel som tillhandahölls genom statliga medel)⁴ på en ändring av återbetalningsvillkoren för det statliga stödet. Vidare har tribunalens uppskattning av den intäkt som uteblev till följd av ändringen av återbetalningsvillkoren ifrågasatts. I målet har också uppkommit frågor rörande effekterna av ogiltigförklaringen av bedömningen att det var fråga om statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF och hur ogiltigförklaringen påverkar andra aspekter av det omtvistade beslutet – i synnerhet ING:s och den nederländska statens åtaganden?

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Dom av den 2 mars 2012 i de förenade målen T-29/10 och T-33/10, Nederländerna mot kommissionen (nedan kallad den överklagade domen).

3 — Kommissionens beslut 2010/608/EG av den 18 november 2009 om det statliga stöd C 10/09 (f.d. N 138/09) som Nederländerna har genomfört till förmån för ING:s kreditmöjlighet för illikvida medel och omstruktureringsplan (EUT L 274, s. 139) (nedan kallat det omtvistade beslutet).

4 — Se, exempelvis, dom av den 2 september 2010 i mål C-290/07 P, kommissionen mot Scott (REU 2010, s. I-7763), punkt 68 och där angiven rättspraxis, dom av den 5 juni 2012 i mål C-124/10 P, EDF, punkt 78 och där angiven rättspraxis. Kriteriet en privat investerare kallas också principen om en privat investerare eller en privat investerare i en marknadsekonomi (eller ibland den marknadsekonomiska investerarprincipen).

I – Det statliga stödet och det omtvistade beslutet

3. I beslut av den 12 november 2008 (nedan kallat det ursprungliga beslutet) godkände kommissionen en nödrekapitalisering till förmån för ING där den nederländska staten tecknade sig för värdepapper till ett värde av 10 miljarder euro i en emission av värdepapper i ING (nedan kallat kapitaltillskottet). Enligt de ursprungliga villkoren i teckningsavtalet kunde ING, på eget initiativ, inom tre år välja att lösa in värdepappren för 15 euro styck (det vill säga till en kurs som var 50 procent högre än emissionskursen) eller, därefter, att konvertera dem till stamaktier. I det senare fallet kunde Nederländerna emellertid välja att ING skulle lösa in värdepappren till en kurs om 10 euro per styck, plus ränta. Kupongranta på värdepappren skulle endast utgå till den nederländska staten om ING betalade utdelning på stamaktier. Kommissionen fann att kapitaltillskottet utgjorde statligt stöd till ING och godkände det preliminärt. Om en omstruktureringsplan lämnades in till kommissionen inom sex månader skulle godkännandet automatiskt förlängas tills kommissionen hade fattat beslut om planen. Det ursprungliga beslutet hade fattats med hänsyn till att Nederländerna hade åtagit sig att fullgöra ett antal åtaganden, bland annat att begränsa ökningen av ING:s balansräkning.

4. Den 31 mars 2009 underrättade kommissionen Nederländerna om sitt beslut att inleda ett förfarande enligt artikel 88.2 EG (nedan kallat beslutet om att inleda ett förfarande⁵), eftersom kommissionen var tveksam till att en kreditmöjlighet för illikvida medel som hade beviljats till förmån för ING (nedan kallad kreditmöjligheten för illikvida medel) var förenlig med de generella bestämmelserna om räddningsåtgärder i form av övertagande av värdeminskade tillgångar.⁶ Åtgärden godkändes dock för en sexmånadersperiod. Det angavs även att Nederländerna hade åtagit sig att lämna in en omstruktureringsplan som omfattade både kapitaltillskottet och kreditmöjligheten för illikvida medel.

5. Nederländerna lämnade in omstruktureringsplanen den 12 maj 2009. Efter möten med kommissionen lämnades en ändrad omstruktureringsplan in den 22 oktober 2009. Den ändrade planen innehöll dels åtaganden om genomförandet av omstruktureringsplanen, dels en ändring av villkoren för återbetalning av kapitaltillskottet som innebar att ING kunde lösa in upp till 50 procent av värdepappren till emissionskursen jämte kupongranta med 8,5 procent och en premie om marknadsvärdet för aktierna var högre än 10 euro. Beroende på aktiekursen kunde premien variera mellan 340 miljoner och 705 miljoner euro, i syfte att garantera en lägsta internränta för Nederländerna på 15 procent.

6. Kommissionen antog det omtvistade beslutet den 18 november 2009 som behandlade kapitaltillskottet, ändringen av återbetalningsvillkoren, kreditmöjligheten för illikvida medel och garantier enligt den nationella ordningen för kreditgarantier.

7. I artikel 2 i det omtvistade beslutet föreskrivs följande:

”Nederländernas omstruktureringsstöd till ING utgör statligt stöd i den mening som avses [i] artikel 87.1 i fördraget.

Stödet är förenligt med den gemensamma marknaden, förutsatt [att] de åtaganden som anges i bilaga II fullgörs.

Den tillfälliga begränsningen av balansräkningens ökning, som anges i kommissionens beslut av den 12 november 2008 i fråga om rekapitaliseringsåtgärden till ING, upphävs.”

5 — Se EUT C 158, s. 13.

6 — Meddelande från kommissionen om behandlingen av värdeminskade tillgångar inom gemenskapens banksektor (EUT C 72, s. 1).

8. Bilaga II innehöll 11 olika åtaganden (vilka i tribunalen även kallades kompensationsåtgärderna) som Nederländerna och/eller ING gjort i syfte att avhjälpa den snedvridning av konkurrensen som stödet orsakade.

9. I sin motivering tillämpade kommissionen inte kriteriet en privat investerare på kapitaltillskottet, ändringen av återbetalningsvillkoren eller kreditmöjligheten för illikvida medel, men den tillämpade kriteriet på kreditgarantierna. Med tanke på att ING tidigare skulle ha betalat 2,5 miljarder euro i inlösenpremie, fann kommissionen att ändringen av återbetalningsvillkoren skulle innebära en ytterligare fördel för ING på mellan 1,79 och 2,5 miljarder euro, eftersom ING nu endast skulle behöva betala mellan 340 miljoner och 705 miljoner euro.⁷

II – Den överklagade domen

10. Både Nederländerna och ING överklagade det omtvistade beslutet till tribunalen.

11. I mål T-29/10 yrkade Nederländerna att tribunalen skulle ogiltigförklara ”artikel 2 första stycket i det angripna beslutet, vilken bland annat grundar sig på konstaterandet i skäl 98 i nämnda beslut att ändringen av återbetalningsvillkoren för kapitaltillskottet från de nederländska myndigheterna motsvarar ytterligare stöd till ING på omkring 2 miljarder euro”.

12. I mål T-33/10 yrkade ING, med stöd av De Nederlandsche Bank NV (den nederländska centralbanken) (nedan kallad DNB), att det omtvistade beslutet skulle ogiltigförklaras, särskilt, ”i den del det där anges att ändringen av återbetalningsvillkoren för kapitaltillskottet motsvarar ytterligare stöd på upp till 2 miljarder euro”.

13. Tribunalen förenade målen och ogiltigförklarade ”artikel 2 första stycket i [det omtvistade beslutet] som Nederländerna har genomfört till förmån för ING:s kreditmöjlighet för illikvida medel och omstruktureringsplan samt artikel 2 andra stycket i nämnda beslut och dess bilaga II”. Den relevanta delen av domskälen, punkterna 95–160 i den överklagade domen, kan mycket översiktligt sammanfattas på följande sätt.

14. Ändringen av återbetalningsvillkoren, genom vilken Nederländerna tillförsäkrades en garanterad avkastning som inte hade varit tillgänglig enligt de ursprungliga villkoren, skulle ha bedömts mot bakgrund av kriteriet en privat investerare. Kommissionen hade inte tillämpat kriteriet på de relevanta omständigheterna och hade bortsett från olika rapporter som fanns att tillgå rörande förutsebar avkastning och rörande en privat investerares agerande. Tribunalen underkände kommissionens argument att ING var skyldig att lösa in värdepappren enligt de ursprungliga villkoren.

15. I alla händelser hade kommissionen inte beaktat kupongbetalningen som blev tvingande till följd av de ändrade villkoren. Storleken på det statliga stödet skulle därför behöva minskas i proportion till kupongbeloppet.

16. Kommissionen hade därför gjort en felaktig beräkning av storleken på det statliga stöd som omfattades av de ändrade återbetalningsvillkoren. Om den ändrade ersättningen hade beaktats skulle detta ha kunnat inverka både på bedömningen att ersättningen utgjorde statligt stöd och på dess förenlighet med den gemensamma marknaden, särskilt i fråga om uppskattningen av ING:s bidrag eller av åtgärderna för att avhjälpa snedvridningen av konkurrensen.

⁷ — Se vidare punkterna 1–49 i den överklagade domen.

17. Omstruktureringsstödet, som enligt artikel 2 första stycket i det omtvistade beslutet ansågs utgöra statligt stöd, omfattade bland annat det ytterligare stöd som påstods vara en följd av ändringen av återbetalningsvillkoren. Detta belopp särskildes inte från övriga delar av stödet och det var därför nödvändigt att ogiltigförklara artikel 2 första stycket i sin helhet.

18. Kommissionen hade bedömt kompensationsåtgärderna mot bakgrund av, bland annat, stödet som härstammade från de ändrade återbetalningsvillkoren. På grund av den oriktiga bedömningen, kunde kommissionen inte längre påstå att omstruktureringsstödet utgjorde det betydande belopp som hade legat till grund för bedömningen av kompensationsåtgärderna. Kommissionen hade därför felaktigt dragit slutsatsen att ändringen av återbetalningsvillkoren motsvarade statligt stöd om cirka 2 miljarder euro. Denna oriktiga bedömning medförde att artikel 2 andra stycket i det omtvistade beslutet och dess bilaga II var rättsstridiga, såtillvida att omstruktureringsstödet förenlighet med den gemensamma marknaden var beroende av en bedömning och av åtaganden som skulle värderas mot bakgrund av omstruktureringsstödet, vilket omfattade det ytterligare stödet.

III – Överklagandet och förfarandet vid domstolen

19. Kommissionen har yrkat att domstolen ska

- upphäva den överklagade domen, ogilla yrkandena i första instans och förplikta Konungariket Nederländerna och ING att betala rättegångskostnaderna,
- i andra hand att återförvisa målet till tribunalen för ny prövning och låta beslutet om rättegångskostnaderna med anledning av överklagandet anstå, och
- i tredje hand ogiltigförklara artikel 2 tredje stycket i det omtvistade beslutet och förplikta Konungariket Nederländerna och ING att betala rättegångskostnaderna för överklagandet.

20. Kommissionen har framställt sex grunder:

- För det första saknades skyldighet att tillämpa kriteriet en privat investerare på en ändring av återbetalningsvillkoren för en åtgärd som i sig själv utgjorde statligt stöd.
- För det andra hade tribunalen inte korrekt fastställt den uteblivna intäkten för staten till följd av ändringen av återbetalningsvillkoren.
- För det tredje, även om kommissionen felaktigt hade klassificerat de ändrade återbetalningsvillkoren som statligt stöd var tribunalen inte behörig att ogiltigförklara artikel 2 första stycket i det omtvistade beslutet i sin helhet.
- För det fjärde förefaller tribunalen ha gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning genom att finna att artikel 2 andra stycket i det omtvistade beslutet med nödvändighet var rättsstridig på grund av att kommissionen felaktigt hade fastställt att ändringen av återbetalningsvillkoren utgjorde statligt stöd.
- För det femte beslutade tribunalen utöver vad som yrkats (*ultra petita*) när den ogiltigförklarade artikel 2 andra stycket i det omtvistade beslutet och bilaga II till detta.
- För det sjätte, och i andra hand, var tribunalen tvungen att ogiltigförklara artikel 2 tredje stycket i det omtvistade beslutet om dess ogiltigförklaring av artikel 2 första och andra styckena i det omtvistade beslutet och dess bilaga II var rättsenlig.

21. Konungariket Nederländerna har gjort gällande att överklagandet inte kan vinna bifall på någon av de sex grunderna och har yrkat att domstolen ska

- ogilla talan samt förplikta kommissionen att betala rättegångskostnaderna, och
- i andra hand återförvisa målet till tribunalen.

22. ING har anfört att flera av grunderna – helt eller delvis – inte kan upptas till sakprövning, saknar verkan eller saknar föremål. ING har vidare anfört att överklagandet som sådant saknar grund. ING har yrkat att domstolen ska

- förklara att överklagandet inte kan upptas till sakprövning och/eller delvis saknar verkan, ogilla överklagandet i dess helhet och förplikta kommissionen att betala rättegångskostnaderna, samt
- i andra hand, återförvisa målet till tribunalen för förnyad prövning och besluta om rättegångskostnaderna med anledning av överklagandet senare.

23. DNB, som intervenerade till stöd för ING i första instans, har yrkat att domstolen ska underkänna den första och den fjärde grunden.

24. Domstolen tillät ytterligare yttranden rörande den första grunden. Förhandlingen den 26 september 2013 avsåg främst den första och den fjärde grunden för överklagandet.

Samverkande faktorer

25. Den 11 maj 2012, samma dag som kommissionen lämnade in förevarande överklagande, antog kommissionen ett nytt beslut avseende det omstruktureringsstöd som hade utbetalats till ING.⁸ I nämnda beslut prövade kommissionen ändringen av återbetalningsvillkoren mot bakgrund av kriteriet en privat investerare och fann att en investerare, som handlade under normala marknadsförhållanden, inte skulle ha ingått ett avtal på sådana villkor. Kommissionen drog därför slutsatsen att ändringen skulle betraktas som statligt stöd. Mot bakgrund av vissa åtaganden som Nederländerna hade gjort, ansåg dock kommissionen att stödet var förenligt med den gemensamma marknaden.

26. Nederländerna och ING överklagade nyssnämnda beslut till tribunalen, bland annat på grunden att kommissionen inte hade tillämpat kriteriet en privat investerare på ett korrekt sätt. Överklagandena återtogs dock senare och målen avskrevs.⁹

Den första grunden för överklagandet (tillämpligheten av kriteriet en privat investerare)

27. I punkterna 95–114 i den överklagade domen angav tribunalen att en åtgärd, för att anses utgöra statligt stöd, måste innebära en fördel för det mottagande företaget som detta inte skulle ha erhållit enligt normala marknadsmässiga villkor. Med avseende på kapitaltillskott ska det bedömas huruvida en privat investerare av en storlek som är jämförbar med en offentlig myndighets skulle ha gjort lika stora kapitaltillskott under liknande omständigheter. När en stat, efter att ha beslutat om kapitaltillskott till ett företag enligt vissa återbetalningsvillkor, går med på att ändra nämnda villkor kan statligt stöd ha beviljats både vid kapitaltillskottet och vid ändringen av återbetalningsvillkoren, om det visar sig att staten inte i båda situationerna agerade såsom en privat investerare skulle ha gjort

⁸ — Beslut C(2012) 3150 slutligt, Statligt stöd SA.28855 (N 373/2009) (f.d. C 10/2009 och f.d. N 528/2009). Nederländerna – ING – omstruktureringsstöd. Se särskilt skälen 114–156.

⁹ — Beslut av tribunalens ordförande på första avdelningen av den 6 december 2012 – Nederländerna och ING Groep mot kommissionen i de förenade målen T-325/12 and T-332/12.

i en liknande situation. Enligt tribunalen kunde kommissionen inte underlåta att bedöma ändringen av återbetalningsvillkoren mot bakgrund av kriteriet en privat investerare, endast med motiveringen att kapitaltillskottet redan i sig utgjorde statligt stöd. Det var nämligen först efter en sådan bedömning som kommissionen kunde avgöra huruvida en ytterligare fördel hade beviljats.

28. I punkterna 115–125 i den överklagade domen prövade tribunalen kommissionens bedömning av ändringen av återbetalningsvillkoren och kom fram till att kommissionen hade åsidosatt begreppet stöd genom att underlåta att bedöma huruvida den nederländska staten, genom att godta ändringen av återbetalningsvillkoren, hade agerat som en privat investerare skulle ha gjort i en liknande situation, särskilt med beaktande av att ändringen möjliggjorde förtida inlösen och gjorde att den nederländska staten kunde vara mer säker på att den skulle erhålla en tillfredsställande avkastning med beaktande av marknadsvillkoren.

29. Tribunalen övergick därefter i punkterna 126–134 till att pröva sannolikheten för att ING skulle ha valt alternativet enligt de ursprungliga betalningsvillkoren att lösa in värdepappren under de första tre åren, med hänsyn till kommissionens påstående att ING de facto hade en skyldighet att lösa in värdepappren och därmed ge staten en intäkt om 2,5 miljarder euro och att staten, genom att godta de ändrade villkoren, hade avstått från rätten till denna intäkt och således tillhandahållit ytterligare stöd. Tribunalen fann att ING endast skulle ha valt detta alternativ under bestämda omständigheter som inte förelåg eller ens var sannolika.

30. Kommissionen har gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig bedömning när den ansåg att kriteriet en privat investerare skulle ha tillämpats på ändringen av återbetalningsvillkoren. Kärnan i kommissionens argument är påståendet att ändringen inte kunde ses som en fristående åtgärd som skulle bedömas utan hänsyn till kapitaltillskottet. Det är klarlagt att kapitaltillskottet utgjorde en statlig stödåtgärd av vilken de ursprungliga betalningsvillkoren utgjorde en del. Åtgärden var en skyldighet som staten var tvungen att åta sig i sin egenskap av offentlig myndighet, i syfte att avhjälpa den allvarliga störning i landets ekonomi som ett sammanbrott av en viktig inhemsk bank skulle innebära. En privat investerare skulle aldrig befinna sig i en sådan situation och det fanns därför inte något utrymme att tillämpa kriteriet en privat investerare på kapitaltillskottet – inklusive betalningsvillkoren, oavsett om det rörde sig om de ursprungliga eller ändrade betalningsvillkoren. Den enda prövning som skulle göras var om ändringen gav ING en ytterligare fördel.

31. Övriga parter anser, i huvudsak, att ändringen av återbetalningsvillkoren utgjorde en fristående åtgärd och inte utgjorde en del av det ursprungliga kapitaltillskottet. När kapitaltillskottet väl hade gjorts befann sig staten i en ställning som en privat investerare också kunde ha befunnit sig i – en ställning som värdepappersinnehavare. Det var mycket möjligt att en sådan investerare, på ekonomiskt förnuftiga grunder, skulle vilja omförhandla inlösenvillkoren för värdepappren. Det var fallet med den nederländska staten som föredrog att byta ut en mer osäker, om ändå potentiellt högre, avkastning mot en garanterad återbetalning som, även om den var lägre, ändå utgjorde en skäligen avkastning på investeringen. Under dessa omständigheter var det inte bara möjligt, utan till och med nödvändigt, enligt rådande rättspraxis, att tillämpa kriteriet en privat investerare för att kunna fastställa om ändringen av återbetalningsvillkoren utgjorde statligt stöd.

32. ING har vidare gjort gällande att kommissionen, genom att påstå att kapitaltillskottet och ändringen av återbetalningsvillkoren utgjorde delar av en rad sammankopplade åtgärder, har framställt ett argument avseende faktiska omständigheter som inte kan tas upp till sakprövning.

33. Påståendet att argumentet inte kan tas upp till sakprövning förmår inte övertyga. Det faktiska sambandet mellan åtgärderna har inte ifrågasatts. Vad som har ifrågasatts är huruvida det, mot bakgrund av detta samband, var riktigt av tribunalen att besluta att kommissionen skulle ha tillämpat kriteriet en privat investerare när den utredde ändringen av återbetalningsvillkoren.

34. Jag vill också understryka att denna grund endast avser just den frågan. Det saknar betydelse vad resultatet av att tillämpa kriteriet skulle ha varit. I viss utsträckning har argumentet smugit sig in i den senare frågan och i denna utsträckning ska det inte beaktas. Dessutom har kommissionen nu tillämpat kriteriet och grunderna som riktades mot hur kriteriet tillämpades har återkallats.¹⁰ Dessa förhållanden minskar dock inte behovet av att lösa frågan huruvida det var riktigt av tribunalen att besluta att kriteriet skulle ha tillämpats i det omtvistade beslutet.

35. Enligt min uppfattning är det två frågor som ska besvaras vid tillämpningen av kriteriet en privat investerare, nämligen i) om statens agerande var sådant att det på ett meningsfullt sätt kunde jämföras med en privat investerares agerande, och ii) om så var fallet, om agerandet grundade sig på överväganden som endast – eller åtminstone huvudsakligen – var relevanta för staten såsom offentlig myndighet, eller om en ”en privat investerare – som befinner sig i en situation som ligger så nära den situation som staten befinner sig i som möjligt – under normala marknadsvillkor” skulle ha vidtagit samma åtgärd.¹¹ Del i) gäller tillämpligheten av kriteriet och del ii) utgör själva tillämpningen av det. Här är det endast tillämpligheten som är aktuell.

36. Kommissionen vill begränsa tillämpligheten av kriteriet en privat investerare, eventuellt på grund av farhågor, för det fall kriteriet tillämpades systematiskt, om att en åtgärd som med beaktande av samtliga omständigheter inte skulle ha vidtagits av en förnuftig privat investerare, kan komma att anses uppfylla kriteriet.¹² Om det är riktigt är det en generell fråga. Här kan den dock endast bemötas inom ramen för omständigheterna rörande kapitaltillskottet till ING och ändringen av återbetalningsvillkoren.

37. Det har inte bestridits att det, avseende själva kapitaltillskottet, inte var meningsfullt att jämföra statens agerande med en privat investerares agerande. Med avseende på att ”rädda” en viktig inhemsk bank inom ramen för den allvarliga ekonomiska kris som hade sin början 2008 agerade den nederländska staten helt i sin egenskap av en överordnad offentlig myndighet vars intresse var landets ekonomiska stabilitet som helhet. Det är helt enkelt inte en egenskap som en privat investerare skulle – eller skulle kunna – agera i. Vidare är det klarlagt att kapitaltillskottet, i dess ursprungliga form, skulle bedömas som helhet, inbegripet de ursprungliga återbetalningsvillkoren som utgjorde en väsentlig del av stödpaketet.

38. Frågan uppkommer därför om de ändrade återbetalningsvillkoren skulle bedömas på samma grunder som de ursprungliga villkoren eller om ändringen skulle bedömas som en fristående åtgärd.

39. Jag kan tänka mig två olika angreppssätt – dels att omvärdera kapitaltillskottet som helhet och byta ut de ursprungliga återbetalningsvillkoren med de ändrade villkoren, för att på nytt fastställa storleken på stödet, och dels att bedöma ändringen av villkoren som en fristående åtgärd, för att fastställa huruvida och, i sådana fall, i vilken utsträckning, statliga medel användes för att ge ING en fördel. Med det första angreppssättet skulle värderingen av återbetalningsvillkoren ha varit en viktig del av bedömningen av det kapitaltillskott som staten genomförde i sin egenskap av offentlig myndighet och det skulle inte ha varit meningsfullt att jämföra statens agerande med en privat investerares agerande. Kommissionen tillämpade dock det andra angreppssättet. Huruvida detta angreppssätt var riktigt eller inte är inte en fråga som ska bedömas här. Det är ett faktum att detta var kommissionens angreppssätt.

10 — Se ovan punkterna 25 och 26.

11 — Se domen i målet EDF, punkt 79.

12 — Eventuellt har kommissionen också praktiska farhågor om en systematisk tillämpning av kriteriet, som det kräver en komplicerad ekonomisk bedömning, skulle utgöra en alltför stor börda för kommissionens resurser. Sådana farhågor är dock inte relevanta för den rättsliga bedömningen.

40. Under dessa förhållanden är det svårt för kommissionen att nu påstå att ändringen av återbetalningsvillkoren var en oskiljbar del av kapitaltillskottet som endast kunde bedömas enligt samma kriterier. Det är enligt min uppfattning också så att statens agerande, om ändringen bedöms som en fristående åtgärd, utan svårighet kan jämföras med en privat investerares agerande.

41. Det är riktigt att kapitaltillskottet utgjorde statligt stöd och att en privat investerare rent definitionsmässigt aldrig skulle befinna sig i situationen att bevilja statligt stöd. Genom det ursprungliga kapitaltillskottet blev staten dock innehavare av värdepapper som skulle lösas in på särskilda villkor. En sådan situation kan även en privat investerare befinna sig i. Det avgörande är inte om värdet på statens värdepapper var högre än vad som skulle vara normalt för en privat investerare. Inte heller är det avgörande om värdepappren, såsom kommissionen har påstått, var av ovanligt art – vilket under alla förhållanden är en faktisk omständighet som domstolen i ett överklagande inte är behörig att avgöra. Värdepappersinnehavare, oavsett värdepapprens värde och natur, kan vilja omförhandla värdepapper. Således är det meningsfullt att jämföra statens agerande i detta avseende med en hypotetisk privat investerares agerande i en jämförbar situation. Frågan är helt enkelt följande: "Skulle det ha varit förnuftigt av en privat investerare som, av någon anledning, innehade värdepapper på samma villkor som staten och som var uppmärksam på marknadssituationen, att ha avtalat om samma ändring av villkoren?"

42. Jag grundar denna uppfattning på omständigheten att kommissionen betraktade ändringen av återbetalningsvillkoren som en fristående åtgärd som därmed skulle kunna bedömas utgöra en identifierbar fördel som ING hade beviljats ur statsmedel. Jag uttalar mig inte om huruvida detta angreppssätt var riktigt eller lämpligt, men det förefaller mig vara så att om kommissionen istället hade gjort en förnyad bedömning av kapitaltillskottet som helhet, med de ändrade återbetalningsvillkoren, skulle en risk av den art jag diskuterade ovan i punkt 36 kunna ha undvikits, även om kriteriet en privat investerare hade tillämpats. Om kapitaltillskottet som helhet innebar att statsmedel användes för att ge någon en fördel, utan adekvat ekonomisk motprestation eller avkastning på transaktionen i fråga (i motsats till en allmän fördel för landets ekonomi), skulle kriteriet en privat investerare sannolikt inte vara uppfyllt. Någon sådan bedömning gjordes dock inte och frågan om kriteriets tillämplighet vid dessa förhållanden blev inte aktuell. Ändringen av återbetalningsvillkoren bedömdes istället som en fristående åtgärd och det fanns därför inte någon anledning att inte tillämpa kriteriet en privat investerare.

43. Jag anser därför att överklagandet inte kan bifallas på den första grunden.

Den andra grunden för överklagandet (bedömning av den uteblivna intäkten)

44. I punkterna 135–142 i den överklagade domen angav tribunalen att kommissionen, under antagandet att den kunde ha dragit slutsatsen att det förelåg en utebliven intäkt för staten, inte fastställde det uteblivna beloppet korrekt. Kommissionen hade inte beaktat omständigheten att kupongbetalningen, som avsåg upplupen ränta vid tidpunkten för en förtida inlösen, inte längre var beroende av att utdelning hade betalats till stamaktieägarna. Kommissionen kände till denna omständighet och kunde inte bortse från den. I själva verket erhöll den nederländska staten 258,5 miljoner euro vid den förtida inlösen som genomfördes den 21 december 2009 – vilket den inte skulle ha erhållit enligt de ursprungliga återbetalningsvillkoren, eftersom någon utdelning inte betalades för 2009. Kommissionen kunde visserligen inte känna till beloppet på förhand, men kommissionen borde ha undersökt vilka effekter möjligheten till en sådan betalning kunde ha på det ytterligare stödbelopp som anses föreligga enligt det omtvistade beslutet. Den uteblivna intäkten hade därför överskattats med flera hundra miljoner euro i det omtvistade beslutet, ett fel som gjorde kommissionens bedömning av begreppet stöd ogiltig.

45. Kommissionen har gjort gällande att ING, enligt de ursprungliga återbetalningsvillkoren, såsom de beskrivits av Nederländerna, var skyldig att erlägga upplupen ränta när kapitaltillskottet återbetalades och att Nederländerna hade angivit att återbetalningsvillkoren inte hade ändrats i den reviderade omstruktureringsplanen. Det var därför riktigt av kommissionen att inte dra av den ränta som faktiskt hade betalats 2009. Den nederländska regeringen och ING har bestridit påståendet, men anser att det är en fråga om faktiska omständigheter som faller utanför domstolens behörighet i överklagandet.

46. Kommissionen har vidare gjort gällande att den ränta som den inte hade dragit av (högst 303 miljoner euro) saknade relevans för klassificeringen av ändringen av återbetalningsvillkoret som stöd, bedömningen av dess förenlighet med den gemensamma marknaden eller omfattningen av de åtaganden som gjorts i form av kompensationsåtgärder. Den nederländska regeringen och ING har mot detta anfört att åtagandena i fråga (i bilaga II till det omtvistade beslutet) inte hade gjorts frivilligt, utan hade begärts av kommissionen mot bakgrund av storleken på det stöd som ansågs ha beviljats. Om det beloppet hade fastställts korrekt, skulle de nödvändiga åtagandena haft en annan omfattning.

47. Det är riktigt att argumentet om huruvida de ändrade återbetalningsvillkoren hade beskrivits korrekt i den ändrade omstruktureringsplanen eller inte och om hur de skilde sig från de ursprungliga villkoren faller utanför domstolens behörighet i överklagandet. Tribunalen fann att de ursprungliga och ändrade återbetalningsvillkoren var olika och att kommissionen kände till detta. Även om kommissionen har framställt en annan version av de faktiska omständigheterna, har den inte påstått att tribunalen missuppfattade bevisningen.

48. Den materiella rättsfråga som här ska avgöras är om tribunalen gjorde en riktig bedömning när den på grundval av de faktiska omständigheterna, såsom den uppfattade dem, fann att det således "inte var möjligt att utesluta antagandet" att klassificeringen av ändringen av återbetalningsvillkoren som stöd, dess förenlighet med den gemensamma marknaden eller omfattningen av kompensationsåtgärderna "skulle kunna ha påverkats" om kommissionen hade beaktat den ytterligare ränta som staten erhöll samt när den fann att kommissionens "bedömning av begreppet stöd" därmed var ogiltig på grund av ett sakfel.¹³

49. Av de omständigheter som beskrivits i punkt 14 och följande punkter i den överklagade domen, följer att Nederländernas och ING:s åtaganden, till största delen, hade framtvingats av kommissionen som ett krav för att finna stödet förenligt med den gemensamma marknaden. Kommissionen underrättades dock endast om ändringen av återbetalningsvillkoren – och det är bedömningen av denna ändring detta överklagande handlar om – den 22 oktober 2009 och det finns inget i den överklagade domen som antyder att ändringen av återbetalningsvillkoren föranledde någon ändring av åtagandena. Det verkar också osäkert att en skillnad på 303 miljoner euro, mellan totalt 1,79 och 2,2 miljarder euro (det vill säga en skillnad på cirka 14 respektive 17 procent), skulle ha påverkat bedömningen av om det var fråga om statligt stöd eller inte, eller, om det ansågs vara statligt stöd, huruvida detta stöd var förenligt med den gemensamma marknaden. Det är dock åtminstone rimligt att anta att åtagandena skulle ha behövt provas.

50. Under dessa förhållanden framstår tribunalens formulering (att det "inte var möjligt att utesluta antagandet" att bedömningen "skulle kunna ha påverkats" av det sakfel som uppdagades) inte som oförsvarlig. Men medförde det att "bedömningen av begreppet stöd" var ogiltig? Mot bakgrund av att tribunalen inte hade behörighet att göra en egen bedömning förefaller det som om den enda slutsats tribunalen kunde dra var att kommissionen var tvungen att göra en ny bedömning på grundval av de korrekta faktiska omständigheterna.

51. Jag anser därför att överklagandet inte kan bifallas på den andra grunden.

¹³ — Punkterna 141 och 142 i den överklagade domen.

Den tredje grunden för överklagandet (ogiltigförklaring av hela första stycket i artikel 2 i det omtvistade beslutet)

52. I punkterna 151–153 i den överklagade domen angav tribunalen att det i artikel 2 första stycket i det omtvistade beslutet inte gjordes någon skillnad mellan de olika delarna av ”omstruktureringsstödet” (som ansågs utgöra statligt stöd), utan att det omfattade det ytterligare stödet på cirka 2 miljarder euro som uppkommit till följd av ändringen av återbetalningsvillkoren. Med beaktande av de fel som behäftade bedömningen att ändringen utgjorde ytterligare stöd, ansåg tribunalen att artikel 2 första stycket skulle ogiltigförklaras i sin helhet.

53. Kommissionen har gjort gällande att tribunalen inte var behörig att ogiltigförklara artikel 2 första stycket i dess helhet. Eftersom klassificeringen av andra åtgärder än ändringen av återbetalningsvillkoren som statligt stöd (framför allt kapitaltillskottet och kreditmöjligheten för illikvida medel) inte kunde särskiljas från en felaktig klassificering av ändringen som statligt stöd, stred ogiltigförklaringen mot proportionalitetsprincipen. Artikel 2 första stycket utgjorde vidare en rent fastställande åtgärd med avseende på dessa andra åtgärder (som redan hade bedömts i det ursprungliga beslutet) och en sådan åtgärd kan inte prövas i en ogiltighetstalan. Ogiltigförklaringen av artikel 2 första stycket i det omtvistade beslutet ska därför upphävas i den utsträckning den avsåg andra åtgärder än ändringen av återbetalningsvillkoren.

54. Den nederländska regeringen och ING har gjort gällande att det aktuella stycket bara består av en mening och att det inte är möjligt att ogiltigförklara den till viss del på ett sätt som gör att bedömningen att det var fråga om statligt stöd formellt inte påverkades i förhållande till andra åtgärder än ändringen av återbetalningsvillkoren. Ogiltigförklaringen ska dock tolkas mot bakgrund av tribunalens domskäl, av vilka det klart framgår att det endast var klassificeringen av ändringen av återbetalningen som statligt stöd som hade ifrågasatts. Vidare hade ogiltigförklaringen faktiskt gett förnyad giltighet åt det ursprungliga beslutet, som klassificerade kapitaltillskottet som statligt stöd, och det aktuella stycket var inte en ”ren” fastställelse, då det grundade sig på en förnyad bedömning av de faktiska omständigheterna, inklusive de nya omständigheterna angående de ändrade villkoren.

55. Den aktuella frågan är i stor utsträckning formell. Det har inte ifrågasatts att tribunalen inte avsåg att i sig ogiltigförklara klassificeringen i det omtvistade beslutet av andra åtgärder än ändringen av återbetalningsvillkoren som statligt stöd. Det har inte heller påståtts att den borde ha gjort det. Frågan är därför vilken verkan ogiltigförklaringen av hela artikel 2 första stycket i det omtvistade beslutet hade och om tribunalen kunde ha agerat annorlunda efter att den funnit att klassificeringen av ändringen av återbetalningsvillkoren som statligt stöd var felaktig.

56. Med avseende på ogiltigförklaringens verkan är det riktigt som kommissionen har gjort gällande att en ogiltighetstalan mot ett beslut som endast fastställer ett tidigare beslut som inte hade överklagats i rätt tid inte kan tas upp till sakprövning.¹⁴ Den regeln, som gäller frågan huruvida ett yrkande om ogiltigförklaring kan tas upp till sakprövning, återspeglar dock endast det faktum att det tidigare beslutet inte längre kan ogiltigförklaras, varför en ogiltigförklaring av det fastställande beslutet inte skulle ha någon inverkan på den rättsliga situationen. I den utsträckning artikel 2 första stycket i det omtvistade beslutet fastställde tidigare beslut som klassificerade åtgärder som statligt stöd, skulle en ogiltigförklaring av det stycket inte ha någon inverkan på dessa tidigare klassificeringar. I alla händelser avser den slutsatsen bedömningen att kapitaltillskottet och kreditmöjligheten för illikvida medel utgjorde statligt stöd.¹⁵ Med avseende på garantierna har situationen beskrivits något ottydligare i det omtvistade beslutet. Jag finner dock inte något som antyder att det funnits ett tidigare beslut i vilket de redan utbetalade garantierna ansågs utgöra statligt stöd.¹⁶

14 — Se, exempelvis, dom av den 29 november 2012 i mål C-416/11 P, Förenade kungariket mot kommissionen, punkt 32.

15 — Se skälen 97 och 99 i det omtvistade beslutet.

16 — Det omtvistade beslutet behandlar också framtida garantier, men det anges att de ska bedömas i ett särskilt beslut (se skäl 47 i ingressen till beslutet).

57. Det verkar därför som en ogiltigförklaring av artikel 2 första stycket i det omtvistade beslutet i dess helhet a) skulle sakna verkan för den tidigare bedömningen att kapitaltillskottet och kreditmöjligheten för illikvida medel utgjorde statligt stöd, men b) skulle ha upphävt bedömningen i det omtvistade beslutet som sådant, att både ändringen av återbetalningsvillkoren och stödet enligt kreditgarantiordningen utgjorde statligt stöd. Bedömningen av det senare biståndet ifrågasattes dock inte i talan i första instans.

58. Med avseende på tribunalens möjlighet att agera på ett annat sätt har kommissionen hänvisat till mål där tribunalen faktiskt ogiltigförklarade ett likvärdigt stycke i ett beslut om statligt stöd, i den utsträckning det rörde vissa belopp som ingick, men inte särskilt hade definierats, i stycket.¹⁷ Denna domstol har gjort på liknande sätt i jämförbara situationer och exempelvis ogiltigförklarat ett beslut om återbetalning av stöd som hade beviljats till förmån för fyra företag, i den del beloppet inkluderade ränta som förföll till betalning efter att två av dessa företag, som inte särskilt hade definierats i det relevanta stycket i artikeldelen av beslutet, hade förklarats vara insolventa.¹⁸ Jag ser ingen anledning till att tribunalen inte skulle ha kunnat ha ett liknande tillvägagångssätt i den överklagade domen.

59. Jag anser därför att överklagandet ska bifallas på den tredje grunden i den utsträckning som tribunalen, genom att ogiltigförklara artikel 2 första stycket i det omtvistade beslutet i sin helhet, ogiltigförklarade bedömningen i det beslutet att de garantier som ING hade erhållit genom den nationella ordningen för kreditgarantier utgjorde statligt stöd.

Den fjärde grunden för överklagandet (den därpå logiskt följande ogiltigförklaringen av artikel 2 andra stycket i det omtvistade beslutet)

60. I punkterna 154–160 i den överklagade domen fann tribunalen att det ytterligare stödet i form av ändringen av återbetalningsvillkoren var en del av omstrukturingsstödet och omfattades av kommissionens bedömning av detta. Tribunalen fann att det ytterligare stödet inte kunde särskiljas i artikeldelen i det omtvistade beslutet och den bakomliggande prövningen av den ”bedömning som kommissionen gjorde beträffande ... omfattningen av de åtaganden som krävs för att stödet ska anses förenligt”. Då tribunalen fann att det ytterligare stödet på omkring 2 miljarder euro var rättsstridigt innebar det således oundvikligen att även artikel 2 andra stycket i det omtvistade beslutet – vari angavs att stödet var förenligt med den gemensamma marknaden ”förutsatt [att] de åtaganden som anges i bilaga II fullgörs” – och den därtill hörande bilaga II i beslutet var rättsstridiga, med hänsyn till att omstrukturingsstödet förenlighet med den gemensamma marknaden var beroende av en bedömning och av åtaganden vilkas innehåll skulle fastställas mot bakgrund av storleken på stödet, vilket omfattade det ytterligare stödet.

61. Kommissionen har i huvudsak gjort gällande att det var fel av tribunalen att göra denna bedömning, eftersom det var ING och den nederländska staten som hade föreslagit åtagandena och kommissionen inte var behörig att underkänna dem ens om de var mer omfattande än som krävdes för att avhjälpa snedvridningen av konkurrensen. Även om kommissionen överskattade stödets totala belopp, saknade det följaktligen relevans för de föreslagna och antagna kompensationsåtgärderna och motiverade därför inte en ogiltigförklaring av de delar av det omtvistade beslutet som innehöll de åtaganden mot bakgrund av vilka stödet kunde förklaras förenligt med den gemensamma marknaden. Kommissionen har också gjort gällande att den, enligt artikel 7.4 i förordning nr 659/1999,¹⁹ inte var behörig att förena beslutet med villkor, eftersom det omtvistade beslutet, enligt nämnda artikel, inte var ett beslut varigenom ett formellt granskningsförfarande avslutades.

17 — Dom av den 13 september 2010 i de förenade målen T-415/05, T-416/05 och T-423/05, Grekland mot kommissionen (REU 2010, s. II-4749).

18 — Dom av den 12 oktober 2000 i mål C-480/98, Spanien mot kommissionen (REG 2000, s. I-8717).

19 — Rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 93 i EG-fördraget (EGT L 83, s. 1).

62. Övriga parter har hänvisat till punkterna 14–36 i den överklagade domen, av vilka det följer att kommissionen faktiskt insisterade på de begärda villkoren för att kunna fastställa att stödet var förenligt med den gemensamma marknaden. Tribunalen fann att kommissionen hade överskattat storleken på stödet. Om den bedömningen inte hade varit felaktig skulle kommissionen inte ha behövt kräva så ingripande åtaganden som den gjorde.

63. Det är först nödvändigt att granska de faktiska omständigheterna – såsom de uppfattades av tribunalen – kring tillkomsten av åtagandena i bilaga II till det omtvistade beslutet. I det avseendet saknar det enligt min uppfattning relevans att det omtvistade beslutet inte var ett beslut varigenom ett formellt granskningsförfarande avslutades. Det viktiga är om kommissionen – enligt tribunalens uppfattning – faktiskt dikterade villkoren för åtagandena i bilaga II till det omtvistade beslutet. Om så är fallet räcker det inte för kommissionen att åberopa att den inte var behörig att godta mindre långtgående åtaganden.

64. Beskrivningen av förfarandet i punkterna 9–37 i den överklagade domen innehåller otvetydiga slutsatser om att kommissionen flera gånger angav vilka åtgärder den ansåg krävdes och angav att omstruktureringsplanen inte skulle godkännas utan åtgärderna i fråga. Tribunalen har använt uttryck såsom ”kommissionens krav” (punkt 20), ”i enlighet med kommissionens krav” (punkt 29) och ”för att tillmötesgå [kommissionens] krav” (punkt 31). Det finns däremot inget som tyder på ett liknande agerande från kommissionen efter underrättelsen om ändringen av återbetalningsvillkoren den 22 oktober 2009, och förevarande domstol är inte behörig att pröva huruvida något eller några av åtagandena i bilaga II, på kommissionens eller annan parts initiativ, ändrades mellan den 22 oktober och 6 november 2009, när diskussionerna rörande beslutsutkastet upphörde.

65. Tribunalen grundade dock inte den slutsats som kommissionen har kritiserat i denna grund på antagandet att ändringen av återbetalningsvillkoren nödvändiggjorde särskilda åtaganden. Tribunalen ansåg snarare att omfattningen av de åtaganden som kommissionen var villig att godta, som helhet, var direkt och proportionerligt beroende av storleken på stödet, som helhet, och således inklusive det stöd som uppkom till följd av ändringen av återbetalningsvillkoren, vilket stöd tribunalen redan hade funnit var felaktigt på grund av en oriktig bedömning. Det är i detta sammanhang som kommissionen har invänt att den inte hade behörighet att fastställa åtagandenas omfattning och att tribunalens resonemang är felaktigt.

66. Jag delar uppfattningen att tribunalens resonemang i denna fråga är otillräckligt, men inte av det skäl som kommissionen har gjort gällande. Den enda slutsats som kan dras av de faktiska omständigheter som fastställdes i punkt 9 och följande punkter i den överklagade domen var att omfattningen av de åtaganden som kommissionen var villig att godta fastställdes före den 20 oktober 2009. Således hade meddelandet om ändringen av återbetalningsvillkoren efter denna dag inte någon inverkan på dessa åtaganden. Tribunalen hade därför inget skäl att ogiltigförklara de delar av det omtvistade beslutet i vilka det fastställdes att stödet var förenligt med den gemensamma marknaden förutsatt att åtagandena fullgjordes. Om kommissionen hade invänt mot den delen av den överklagade domen, skulle jag ha varit benägen att bifalla kommissionens yrkanden på denna grund.

67. Kommissionens grund står dock och faller med dess påstående att den inte var behörig att påverka de åtaganden som medlemsstaten och banken frivilligt hade påtagit sig, något som motsägs av de faktiska omständigheter som tribunalen fastställde. Eftersom kommissionen inte har gjort gällande att tribunalen hade missuppfattat de faktiska omständigheterna är det min uppfattning att överklagandet inte ska bifallas på denna grund.

Den femte grunden för överklagandet (ogiltigförklaring utanför yrkandet (*ultra petita*) av artikel 2 andra stycket i det omtvistade beslutet)

68. I punkterna 64 och 66 i den överklagade domen återgav tribunalen sökandenas yrkanden. Konungariket Nederländerna yrkade att tribunalen skulle ”ogiltigförklara artikel 2 första stycket i det [omtvistade] beslutet, vilken bland annat grundar sig på konstaterandet i skäl 98 i nämnda beslut att ändringen av återbetalningsvillkoren för kapitaltillskottet från de nederländska myndigheterna motsvarar ytterligare stöd till ING på omkring 2 miljarder euro”. ING framställde tre yrkanden, av vilka tribunalen endast prövade det första, nämligen att tribunalen skulle ogiltigförklara det omtvistade beslutet ”i den del det där anges att ändringen av återbetalningsvillkoren för kapitaltillskottet motsvarar ytterligare stöd på upp till 2 miljarder euro”.

69. I domslutet ogiltigförklarade tribunalen första och andra styckena i artikel 2 i det omtvistade beslutet och bilaga II till detta.

70. Kommissionen har gjort gällande att tribunalen, när den ogiltigförklarade artikel 2 andra stycket i det omtvistade beslut och bilaga II till detta, överskred sin behörighet, åsidosatte dispositionsprincipen, dömde utöver vad som yrkats av parterna (*ultra petita*) samt begick ett rättegångsfel som kränkte kommissionens intressen. Den ogiltigförklaring som begärts i det yrkande tribunalen prövade var begränsad till artikel 2 första stycket, och varken yrkandenas ordalydelse (framför allt orden ”bland annat”) eller ordalydelsen i parternas skrivelser till svar på tribunalens skriftliga frågor före förhandlingen, gav stöd för att utvidga ogiltigförklaringen till andra delar av det omtvistade beslutet.

71. Den nederländska regeringen har gjort gällande att när bedömningen i artikel 2 första stycket i det omtvistade beslutet (bedömningen att omstruktureringsstödet utgjorde statligt stöd) ogiltigförklarades, förlorade bedömningen i det andra stycket (att stödet var förenligt med den gemensamma marknaden ”förutsatt att de åtaganden som anges i bilaga II fullgörs”) sin verkan, vilket även åtagandena gjorde. Tribunalen dömde därför inte utöver vad som yrkats av parterna när den ogiltigförklarade de delarna av det omtvistade beslutet som svar på yrkandet om ogiltigförklaring av artikel 2 första stycket. ING har gjort gällande att denna grund för överklagandet inte kan upptas till sakprövning, eftersom kommissionen inte framställde frågan om yrkandenas klarhet och precision i första instans. Båda parter har gjort gällande att ING, i sitt andra yrkande (om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet ”i den del kommissionen godkänner stödet endast under förutsättning att de förbud mot att agera prisledare som anges i beslutet och i bilaga II till det godtas”), yrkade att artikel 2 andra stycket skulle ogiltigförklaras.

72. Jag delar inte ING:s uppfattning att överklagandet inte kan tas upp till sakprövning på denna grund. Självklart kan frågan huruvida tribunalen dömde utöver vad parterna yrkat i målet (*ultra petita*) endast uppkomma efter att tribunalen har meddelat dom.

73. Med avseende på sakfrågan delar jag den nederländska regeringens argument. Ogiltigförklaringen av bedömningen att omstruktureringsstödet utgjorde statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG – och därför i princip definitionsmässigt var oförenlig med den gemensamma marknaden – innebär att det inte längre utgjorde statligt stöd och därför inte längre var oförenligt med den gemensamma marknaden. Under dessa omständigheter kunde bedömningen att stödet var förenligt med den gemensamma marknaden förutsatt att vissa åtaganden uppfylldes inte upprätthållas, eftersom det skulle vara samma sak som att begära att vissa åtaganden skulle vara uppfyllda i fråga om stöd som redan var förenligt med den gemensamma marknaden utan sådana åtaganden. Följaktligen var ogiltigförklaringen av artikel 2 andra stycket i det omtvistade beslutet och dess bilaga II en naturlig följd av ogiltigförklaringen av artikel 2 första stycket, som parterna hade yrkat i den del som tribunalen prövade.

74. Jag anser därför att överklagandet inte ska bifallas på den femte grunden.

Den sjätte grunden för överklaganden (i andra hand, underlåtelse att ogiltigförklara artikel 2 tredje stycket i det omtvistade beslutet)

75. I domslutet ogiltigförklarade tribunalen artikel 2 första och andra styckena i det omtvistade beslutet (som angav dels att omstruktureringsstödet utgjorde statligt stöd och dels att detta stöd var förenligt med den gemensamma marknaden förutsatt att vissa åtaganden i bilaga II uppfylldes) och lämnade därmed tredje stycket orört, vilket i sin tur innebar att det inte längre fanns någon tillfällig begränsning av en ökning av ING:s balansräkning.

76. För det fall överklagandet inte vinner bifall på de föregående grunderna, har kommissionen i andra hand gjort gällande att tribunalen, efter att ha ogiltigförklarat första och andra styckena i artikel 2, gjorde en felaktig rättstillämpning när den inte även ogiltigförklarade det tredje stycket.

77. I det ursprungliga beslutet noterades åtagandet att ING skulle begränsa en utökning av balansräkningen för att minska snedvridningen av konkurrensen på grund av kapitaltillskottet. Kommissionen beslutade, mot bakgrund av detta åtagande, att den kunde godkänna kapitaltillskottet temporärt. Genom artikel 2 tredje stycket i det omtvistade beslutet avlägsnades dessa temporära begränsningar på balansräkningen som hade fastställts i det ursprungliga beslutet. Beslutet att avlägsna dessa begränsningar och bedömningen att stödet var förenligt med den gemensamma marknaden grundade sig på samma analys och åtaganden, och utgjorde en odelbar helhet för vilken argumentationen inte kan delas upp. Om det var riktigt av tribunalen att ogiltigförklara bedömningen och åtagandena skulle begränsningarna på ING:s balansräkning, som hade funnits på plats redan innan det omtvistade beslutet antogs, fortfarande gälla. Att lämna det tredje stycket orört innebär en materiell ändring av beslutet. Tribunalen kunde inte genom sin ogiltigförklaring försätta ING i ett bättre läge än före det omtvistade beslutet och inte heller ersätta kommissionens bedömning i ursprungsbeslutet, där den provisoriskt godkände kapitaltillskottet, med sin egen bedömning.

78. Den nederländska regeringen ställer sig frågande till hur tribunalen skulle ha kunnat ogiltigförklara artikel 2 tredje stycket när någon sådan ogiltigförklaring inte hade yrkats. Nämda stycke förlorade inte sitt syfte när första och andra styckena förklarades ogiltiga. Frågan huruvida ogiltigförklaringen av första och andra stycken även skulle leda till en ogiltigförklaring av det tredje stycket kräver en materiell bedömning som tribunalen inte kunde genomföra utan att det yrkats och som domstolen inte är behörig att göra i överklagandet. Vidare har den rättsliga grunden inte längre något föremål. Den 11 maj 2012 fattade kommissionen ett nytt beslut vari den återigen förklarade att ändringen av återbetalningsvillkoren utgjorde statligt stöd (dock utan att ange något belopp) och godkände stödet enligt samma villkor. ING har gjort gällande liknande argument. Det är uppenbart att talan inte kan upptas till sakprövning på denna grund, eftersom kommissionen inte framställde något yrkande om en sådan ogiltigförklaring i första instans. Vidare har grunden inte längre något föremål till följd av beslutet av den 11 maj 2012.

79. Ogiltigförklaringen av artikel 2 första stycket i det omtvistade beslutet (och därmed, som en nödvändig följd, artikel 2 andra stycket) gjorde (såsom den nederländska regeringen har anfört i fråga om den tredje grunden för överklagandet) att det ursprungliga beslutet – i vilket kapitaltillskottet hade förklarats utgöra statligt stöd – fick förnyad giltighet. I den överklagade domen har angivits att kommissionen, i det beslutet, angav att om de nederländska myndigheterna inom sex månader lämnade in en trovärdig omstruktureringsplan (nedan kallad omstruktureringsplanen), skulle det ursprungliga beslutet automatiskt förlängas tills kommissionen fattade beslut om planen.²⁰ Giltigheten av beslutet förlängdes därför tills kommissionen hade fattat det omtvistade beslutet.

20 — Punkt 10 i den överklagade domen, skälen 71–74 i det ursprungliga beslutet.

Ogiltigförklaringen av första och andra styckena i artikel 2 i det omtvistade beslutet innebar att det inte längre fanns något beslut om omstruktureringsplanen. Som en logisk följd av detta skulle det ursprungliga beslutet – som innehöll en begränsning av tillväxten av ING:s balansräkning – ha fått förnyad giltighet i avvaktan på ett nytt slutligt beslut.

80. Tribunalen lämnade dock artikel 2 tredje stycket utan åtgärd och ändrade därmed – oavsiktligt kan det antas, eftersom den överklagade domen inte innehåller någon diskussion om detta – innehållet i det ursprungliga beslutet.

81. Parternas argument i denna del skiljer sig – föga förvånande – från deras argument i den femte grunden för överklagandet. I den femte grunden gjorde kommissionen gällande att tribunalen inte var behörig att ogiltigförklara en del av ett beslut som sökandena inte hade yrkat skulle ogiltigförklaras, medan de övriga parterna gjorde gällande att ogiltigförklaringen var en naturlig följd av att artikel 2 första stycket i det omtvistade beslutet hade förklarats ogiltigt. Då kommissionen endast har framställt denna grund i andra hand råder det ingen motstridighet i kommissionens resonemang, men däremot verkar övriga parter resonemang innehålla vissa motstridigheter.

82. Jag anser att det är förenligt med min bedömning av den femte grunden för överklagandet att finna att tribunalen, efter att ha förklarat första stycket i artikel 2 i det omtvistade beslutet ogiltigt, inte bara var behörig utan även skyldig att förklara både andra och tredje styckena i artikel 2 ogiltiga, för att undvika att innehållet i det ursprungliga beslutet – vars giltighet hade förnyats och förlängts genom ogiltigförklaringen av det första stycket – ändrades i materiellt hänseende.

83. Jag anser vidare att ING:s invändning att förevarande grund inte kan tas upp till sakprövning ska underkännas. Det kunde inte ha förväntats av kommissionen att den skulle ha framställt förevarande yrkande i första instans, eftersom kommissionens syfte uteslutande var att upprätthålla det omtvistade beslutet.

84. Jag anser därför att talan ska bifallas på den sjätte grunden.

IV – Följderna av bedömningen

85. Jag har dragit slutsatsen att överklagandet delvis ska bifallas på den tredje grunden och att det ska bifallas på den sjätte grunden i sin helhet. Till följd av detta ska den överklagade domen upphävas i den del ogiltigförklaringen av artikel 2 första stycket i dess helhet även omfattade bedömningen att de garantier som ING erhållit genom den nationella ordningen för kreditgarantier utgjorde statligt stöd och i den utsträckning den inte ogiltigförklarade artikel 2 tredje stycket.

86. Det synes mig som om en sådan dom räcker för att domstolen ska kunna skilja sig från målet i överklagandet utan att det behöver återförvisas till tribunalen för förnyad handläggning. Vidare innebär det andra beslutet av den 11 maj 2012 att de praktiska följderna av domen kommer att vara begränsade.

87. I enlighet med artiklarna 138, 140 och 184 i domstolens rättegångsregler anser jag att vardera part ska bära sina rättegångskostnader.

V – Förslag till avgörande

88. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen ska

- upphäva den överklagade domen dels i den del tribunalen, genom att ogiltigförklara artikel 2 första stycket i sin helhet, inte från ogiltigförklaringen undantog bedömningen att de garantier som ING erhållit genom den nationella ordningen för kreditgarantier utgjorde statligt stöd, och dels i den del tribunalen inte ogiltigförklarade artikel 2 tredje stycket,
- förplikta vardera part att bära sina rättegångskostnader för överklagandet.