



Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
ELEANOR SHARPSTON
esitatud 19. detsembril 2013¹

Kohtuasi C-224/12 P

**Euroopa Komisjon
versus**

Madalmaade Kuningriik ja ING Groep NV

Apellatsioonkaebus — Pangale väärtpaberite eest kapitalisüsti kujul antud riigiabi — Väärtpaberite eest tasumist ja nende lunastamist reguleerivate tingimuste muutmine — Otsus, millega loetakse abi ühisturuga kokkusobivaks teatavate kohustuste täitmise korral — Erainvestori kriteeriumi kohaldamine

1. Käesoleva apellatsioonkaebuse on komisjon esitanud Üldkohtu otsuse² peale, millega osaliselt tühistati komisjon otsus³ seoses Madalmaade antud abiga pangale ING Groep NV (edaspidi „ING”). Selle komisjoni otsusega kuulutati muu hulgas EÜ artikli 87 lõike 1 (nüüd ELTL artikli 107 lõige 1) tähenduses riigiabiks väärtpaberite eest kapitalisüsti kujul antud ümberkorraldamisabi, mille tagasimaksmise tingimused olid ette määratud, kuid peeti seda ühisturuga kokkusobivaks teatavate kohustuste täitmise korral ING ja riigi poolt.

2. Peamine küsimus puudutab seda, kuidas tuleb erainvestori kriteeriumi (mis seisneb sisuliselt selles, kas kasusaajast ettevõtja oleks saanud erainvestorilt tavalistes turutingimustes sama eelise nagu see, mida on tal võimaldatud saada riigi ressurssidest)⁴ kohaldada riigiabi tagasimaksmise tingimuste muudatusele. Küsimärgi alla on seatud ka Üldkohtu hinnang tulu kohta, mille riik kaotab tagasimaksmise tingimuste muutmise tagajärjel. Muud küsimused on seotud sellega, milline mõju on ELTL artikli 107 lõike 1 tähenduses riigiabi tuvastamise otsuse tühistamisel. Kuidas mõjutab tühistamine vaidlusaluse otsuse muid osi, iseäranis ING ja Madalmaade riigi kohustusi?

Abi ja vaidlusalune otsus

3. Oma 12. novembri 2008. aasta otsusega (edaspidi „algne otsus”) andis komisjon loa ING hädarekapitaliseerimiseks, mille käigus Madalmaad märkisid ING väärtpaberite emissiooni 10 miljardi euro väärtuses (edaspidi „kapitalisüst”). Algsete tingimuste kohaselt võis ING valida võimaluse lunastada nimetatud väärtpaberid hinnaga 15 eurot tükk (50% suuruse tagasiostupreemiaga) kolme aasta jooksul või hiljem konverteerida need lihtaktsiateks. Viimati nimetatud juhul võisid Madalmaad siiski valida võimaluse, et ING lunastab väärtpaberid hinnaga 10 eurot tükk, millele lisandub intress.

1 — Algkeel: inglise.

2 — Üldkohtu 2. märtsi 2012. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-29/10 ja T-33/10: Madalmaad ja ING Groep vs. komisjon (edaspidi „vaidlustatud kohtuotsus”).

3 — Komisjoni 18. novembri 2009. aasta otsus 2010/608/EÜ riigiabi C 10/09 (ex N 138/09) kohta, mida Madalmaad andsid ettevõtja ING mittelikviidsete varade katteks ja ümberkorralduskava jaoks (ELT 2010, L 274, lk 139; edaspidi „vaidlusalune otsus”).

4 — Vt nt 2. septembri 2010. aasta otsus kohtuasjas C-290/07 P: komisjon vs. Scott (EKL 2010, lk I-7763, punkt 68 ja seal viidatud kohtupraktika); 5. juuni 2012. aasta otsus kohtuasjas C-124/10 P: EDF (punkt 78 ja seal viidatud kohtupraktika). Erainvestori kriteeriumile on viidatud ka kui erainvestori põhimõttele või turutingimustes tegutseva investori kriteeriumile (või põhimõttele).

Riigile pidi makstama kupongimäär (intressimakse) üksnes ING poolt lihtaktsiatelt dividendide maksmise korral. Komisjon leidis, et kapitalisüst kujutab endast riigiabi ING-le ning andis selle tegemiseks ajutise loa. Komisjonile kuue kuu jooksul ümberkorraldamiskava esitamise korral pidi luba automaatselt pikenema, kuni komisjon selle kava kohta otsuse teeb. Algses otsuses peeti silmas mitmeid Madalmaade võetud kohustusi, muu hulgas seda, et ING bilansimahu kasvu piiratakse.

4. Komisjon teatas Madalmaadele 31. märtsil 2009 oma otsusest algetada EÜ artikli 88 lõikes 2 ette nähtud menetlus (edaspidi „algatamisotsus”⁵), sest ta kahtles selles, kas ING-le mittelikviidsete varade katteks antud abi (edaspidi „katteabi”) on kooskõlas varadega seotud toetusmeetmeid käsitlevate üldpõhimõtetega.⁶ Nimetatud meede sai siiski heakskiidu kuueks kuuks. Samuti märgiti, et Madalmaad on kohustunud esitama ümberkorraldamiskava, mis hõlmab nii kapitalisüsti kui ka katteabi.

5. Madalmaad esitasid selle kava 12. mail 2009. Pärast kokkusaamisi komisjoniga esitati 22. oktoobril 2009 muudetud kava. Muudetud kava sisaldas ühelt poolt kohustusi seoses ümberkorraldamiskava ellurakendamisega ja teiselt poolt kapitalisüsti tagasimaksmise algsete tingimuste muudatust, mis võimaldas ING-l lunastada kuni 50% väärtpaberitest emissioonihinnaga, millele lisandub kupongimäär 8,5% aastas ja ostupreemia, kui tema aktsiate kurss ületab 10 eurot. Olenevalt aktsiakurssidest võis see preemia varieeruda vahemikus 340-705 miljonit eurot, et tagada minimaalne sisemine tasuvuslävi 15%.

6. Komisjon võttis 18. novembril 2009 vastu vaidlusaluse otsuse, mis käsitles kapitalisüsti, tagasimaksmise tingimuste muudatust, katteabi ja siseriikliku krediidigarantiikava kohaselt antud garantiisid.

7. Vaidlusaluse otsuse artiklis 2 oli märgitud:

„Ümberkorraldamisabi, mille Madalmaad andsid ettevõtjale ING, kujutab endast riigiabi asutamislepingu artikli 87 lõike 1 tähenduses.

Abi on II lisas sätestatud kohustuste täitmise korral ühisturuga kokkusobiv.

Komisjoni 12. novembri 2008. aasta otsusega ING rekapitalizeerimise meetme kohta kehtestatud ajutine bilansimahu kasvu keeld on kõrvaldatud.”

8. II lisa sisaldas 11 punkti kohustusi (millele on menetluses viidatud ka kui „kompensatsioonimeetmetele”), mida pidid täitma Madalmaade riik ja/või ING, et heastada ümberkorraldamisabi põhjustatud konkurentsimoonutused.

9. Oma põhjenduskäigus ei kohaldanud komisjon kapitalisüstile, tagasimaksmise tingimuste muudatusele ega katteabile erainvestori kriteeriumi, kuigi ta kohaldas seda kriteeriumi krediidigarantiidele. Tagasimaksmise tingimuste muudatuse osas oli ta seisukohal, et ING oleks pidanud varemalt maksma preemiat 2,5 miljardi euro ulatuses, nüüd aga – kuna ta peaks maksma ainult 340-705 miljonit eurot – on tal 1,79-2,2 miljardi euro suurune lisaeelis.⁷

Vaidlustatud kohtuotsus

10. Nii Madalmaad kui ka ING vaidlustasid vaidlusaluse otsuse Üldkohtus.

5 — Vt ELT 2009, K 158, lk 13.

6 — Komisjoni teatis langenud väärtusega varade käsitlemise kohta ühenduse pangandussektoris (EÜT 2009, K 72, lk 1).

7 — Lisaks vt vaidlustatud kohtuotsuse punktid 1-49.

11. Kohtuasjas T-29/10 palusid Madalmaad tühistada „vaidlus[aluse] otsuse artikli 2 esimene lõik, mis tugineb muu hulgas selle otsuse põhjenduses 98 esitatud järeldusele, mille kohaselt kapitalisüsti tagasimaksmise tingimuste muudatus, millega Madalmaade ametiasutused nõustusid, kujutab endast täiendavat 2 miljardi euro suurust riigiabi ING-le”.

12. Kohtuasjas T-33/10 palus ING, keda toetas Madalmaade keskpank De Nederlandsche Bank NV (edaspidi „DNB”), tühistada vaidlusaluse otsuse „osas, kus selles järeldatakse, et kapitalisüsti tagasimaksmise tingimuste muudatus kujutab endast täiendavat riigiabi summas 2 miljardit eurot”.

13. Üldkohus liitis nimetatud kohtuasjad ja tühistas „[vaidlusaluse otsuse] artikli 2 esime[se] ja tei[se] lõi[gu] ning II lisa”. Tema asjakohased põhjendused vaidlustatud kohtuotsuse punktides 95-160 on väga lühidalt kokku võttes järgmised.

14. Tagasimaksmise tingimuste muudatust, mille kohaselt Madalmaad said tagatud tasuvuse, mida algsed tingimused neile ei võimaldanud, oleks tulnud hinnata erainvestori kriteeriumi arvestades. Komisjon ei kohaldanud sellele olukorrale nimetatud kriteeriumi ja eiras mitmesugust saadaval olnud teavet prognoositava tasuvuse ja erainvestori käitumise kohta. Tema argumendid selle kohta, et ING oli kohustatud lunastama väärtpaberid algsetel tingimustel, ei olnud veenvad.

15. Igal juhul jättis komisjon arvestamata kupongimakse, mis muutus muudetud tingimuste kohaselt kohustuslikuks. Seega tuli mis tahes abi summat vähendada proportsionaalselt kupongimakse summaga.

16. Seega eksis komisjon tagasimaksmise tingimuste muudatuses silmas peetud riigiabi summa arvutamisel. Kui muudetud tasu oleks arvesse võetud, oleks see võinud mõjutada nii abiks liigitamist kui ka kokkusobivust ühisturuga, iseäranis ING panuse või konkurentsimoonutuste heastamiseks mõeldud meetmete hindamisel.

17. Vaidlusaluse otsuse artikli 2 esimeses lõigus riigiabiks liigitatud ümberkorraldamisabi hõlmas abi, mis oletatavasti tulenes tagasimaksmise tingimuste muudatusest, ent seda ei eristatud ülejäänud abist. Seetõttu tuli kogu esimene lõik tühistada.

18. Komisjon oli analüüsinud kompensatsioonimeetmete ulatust, arvestades muu hulgas abi, mis tuleneb tagasimaksmise tingimuste muudatusest. Oma vigade tõttu ei saanud ta enam väita, et ümberkorraldamisabi kujutas endast olulist summat, mille põhjal oli hinnatud kompensatsioonimeetmeid. Seetõttu eksis komisjon järelduses, et tagasimaksmise tingimuste muudatusest tulenes ligikaudu 2 miljardi euro ulatuses riigiabi. Selle järelduse õigusvastasusega kaasnes vaidlusaluse otsuse artikli 2 teise lõigu ja II lisa õigusvastasus, sest ümberkorraldamisabi õiguspärasus olenes analüüsist ja kohustustest, mille hindamisel tuli arvestada ümberkorraldamisabi, mille hulka kuulus lisaabi.

Apellatsioon ja menetlus Euroopa Kohtus

19. Komisjon palub Euroopa Kohtul:

- tühistada vaidlustatud kohtuotsus, jätta esimeses astmes esitatud taotlused rahuldamata ning mõista kohtukulud välja Madalmaade Kuningriigilt ja ING-lt;
- teise võimalusena saata asi tagasi Üldkohtusse uue otsuse tegemiseks ja jätta kulude kandmine hiljem otsustamiseks;
- kolmanda võimalusena tühistada vaidlusaluse otsuse artikli 2 kolmas lõik ning mõista apellatsioonimenetluse kulud välja Madalmaade Kuningriigilt ja ING-lt.

20. Ta põhjendab apellatsioonkaebust kuue väitega:

- esiteks puudub nõue, et erainvestori kriteeriumi tuleb kohaldada tagasimaksmise tingimuste muudatusele seoses meetmega, mis ise kujutab endast riigiabi;
- teiseks hindas Üldkohus valesti tulu, mis jäi liikmesriigil saamata tagasimaksmise tingimuste muutmise tõttu;
- kolmandaks, isegi kui komisjon eksis, lugedes tagasimaksmise tingimuste muudatuse riigiabiks, ei olnud Üldkohtul õigust tühistada vaidlusaluse otsuse artikli 2 esimene lõik tervikuna;
- neljandaks rikkus Üldkohus õigusnormi, kui ta tuvastas, et vaidlusaluse otsuse artikli 2 teine lõik on tingimata õigusvastane, kuna komisjon oli eksinud oma järelduses, et tagasimaksmise tingimuste muudatus kujutas endast riigiabi;
- viiendaks tegi Üldkohus vaidlusaluse otsuse artikli 2 teise lõigu ning II lisa tühistamisega otsuse *ultra petita*;
- kuuendaks ja teise võimalusena ei saa Üldkohus, kui ta tühistas vaidlusaluse otsuse artikli 2 esimese ja teise lõigu ning II lisa õigustatult, jätta tühistamata artikli 2 kolmandat lõiget.

21. Madalmaade Kuningriik on seisukohal, et kõik kuus apellatsiooniväidet on põhjendamata ning palub Euroopa Kohtul:

- jätta apellatsioonkaebus rahuldamata ning mõista kohtukulud välja komisjonilt;
- teise võimalusena saata asi tagasi Üldkohtusse.

22. ING on seisukohal, et mitu apellatsiooniväidet on tervikuna või osaliselt vastuvõetamatud, tulemusetud või õiguslikult esemetud ning apellatsioonkaebus tervikuna on põhjendamata. Ta palub Euroopa Kohtul:

- kuulutada apellatsioonkaebus osaliselt vastuvõetamatuks ja/või tulemusetuks, jätta see tervikuna rahuldamata ning mõista kohtukulud välja komisjonilt;
- teise võimalusena saata asi tagasi Üldkohtusse ja jätta kulude kandmine hiljem otsustamiseks.

23. Esimeses astmes ING toetuseks menetlusse astunud DNB palub Euroopa Kohtul apellatsioonkaebuse esimene ja neljas väide põhjendamatusse tõttu tagasi lükata.

24. Euroopa Kohus andis loa esitada veel kord seisukohti üksnes apellatsioonkaebuse esimese väite kohta. Kohtuistungil, mis peeti 26. septembril 2013, keskenduti apellatsioonkaebuse esimesele ja neljandale väitele.

Sündmuste rööbitine areng

25. Komisjon võttis 11. mail 2012 – samal päeval, mil ta esitas käesolevas asjas apellatsioonkaebuse – vastu uue otsuse ING-le antud ümberkorraldamisabi kohta.⁸ Selles otsuses võttis ta tagasimaksmise tingimuste muudatuse käsitlemisel arvesse erainvestori kriteeriumi ja asus seisukohale, et turul tegutsev investor ei oleks nende tingimustega soostunud. Sellest lähtudes järeldas komisjon, et kõnesolev muudatus kujutab endast riigiabi, kuid on ühisturuga kokkusobiv, arvestades teatavaid Madalmaade pakutud kohustusi.

26. Selle otsuse vaidlustasid Üldkohtus nii Madalmaad kui ka ING muu hulgas põhjendusel, et komisjon eksis erainvestori kriteeriumi kohaldades. Hagid võeti aga hiljem tagasi ja kohtuasjad kustutati registrist.⁹

Esimene väide (erainvestori kriteeriumi kohaldatavus)

27. Oma otsuse punktides 95-114 tutvustatud põhjenduskäigus osutas Üldkohus sellele, et riigiabiks liigitatav meede peab muu hulgas andma kasusaajast ettevõtjale majandusliku eelise, mida see ettevõtja tavapärastes turutingimustes ei saaks. Kapitalisüsti puhul tuleb hinnata, kas selle ametiasutusega võrreldavas mõõtnes tegutsevat erainvestorit oleks saanud veenda andma sama suuri kapitalipanuseid. Kui riik, olles otsustanud märkida ettevõtja emiteeritud kapitali teatavatel tagasimaksmise tingimustel, nõustub neid tingimusi muutma, võivad nii kapitalipanus kui ka tagasimaksmise tingimuste muudatus kujutada endast riigiabi, kui riik ei tegutsenud igal juhul nii, nagu oleks samasuguses olukorras toiminud erainvestor. Komisjon ei saanud jätta tagasimaksmise tingimuste muudatuse hindamisel arvestamata erainvestori kriteeriumi üksnes seetõttu, et kapitalisüst ise kujutas endast riigiabi. Alles pärast niisuguse hinnangu andmist sai komisjon järeldada, kas on antud lisaeeliseid.

28. Punktides 115-125 käsitles Üldkohus komisjoni analüüsi tagasimakse tingimuste muudatuse kohta ning järeldas, et komisjon on valesti tõlgendanud mõistet „abi”, jättes hindamata, kas riik on selle muudatusega nõustudes tegutsenud nii, nagu oleks samasuguses olukorras toiminud erainvestor, eeskätt arvestades seda, et nimetatud muudatusega nähti ette ennetähtaegne tagasimaksmine ning tagati suurem kindlus turutingimustes rahuldava tasuvuseni jõudmiseks.

29. Edasi käsitles Üldkohus punktides 126-134 tõenäosust, et ING oleks kasutanud algsete tagasimaksmise tingimuste kohaselt võimalust lunastada väärtpaberid esimese kolme aasta jooksul, arvestades komisjoni väidet, et ING-l oli *de facto* kohustus seda teha, mis oleks andnud riigile 2,5 miljardit eurot tulu, ning et muudetud tingimustega nõustudes loobus riik oma õigusest saada seda tulu ja seega andis lisaabi. Üldkohus järeldas, et tegelikult oleks ING kasutanud seda võimalust ainult teatavatel asjaoludel, mida ei esinenud ja mille esinemine ei olekski olnud tõenäoline.

30. Komisjon märgib, et Üldkohus asus ekslikult seisukohale, et tagasimaksmise tingimuste muudatustele tulnuks kohaldada erainvestori kriteeriumi. Tema argument põhineb väitel, et seda muudatust ei saanud käsitleda kui eraldi meedet, mida oleks tulnud hinnata kapitalisüstitist eraldi. See, et kapitalisüst oli riigiabimeede, mille lahutamatuks osaks olid algsed tagasimaksmise tingimused, on väljaspool vaidlust. See meede oli kohustus, mille riik pidi ametiasutusena võtma, et hoida Madalmaade majanduses ära tõsised häired, mis oleksid tekkinud süsteemile olulise siseriikliku panga kokkuvarisemisel. Ükski erainvestor ei saaks niisugusesse olukorda sattuda ja seetõttu ei olnud võimalik kohaldada erainvestori kriteeriumi kapitalisüstile – sealhulgas selle algsetele või muudetud tagasimaksmise tingimustele. Ainus vajalik hinnang tuli anda selle kohta, kas muudatus annab ING-le lisaeelise.

8 — K(2012) 3150 lõplik – riigiabi SA.28855 (N 373/2009) (*ex C* 10/2009 ja *ex N* 528/2009) – Madalmaad – ING – ümberkorraldamisabi kohta. Vt iseäranis põhjendused 114-156.

9 — Üldkohtu esimese koja esimehe 6. detsembri 2012. aasta määrus liidetud kohtuasjades T-325/12 ja T-332/12: Madalmaad ja ING vs. komisjon.

31. Teised menetlusosalised asuvad seisukohale, et sisuliselt seisis tagasimaksmise tingimuste muudatus algsest kapitalisüstist eraldi. Kui kapitalisüst oli tehtud, oli riik olukorras, millesse oleks võinud sattuda ka erainvestor – nimelt väärtpaberite valdaja. Selline investor võis ratsionaalsetel majanduslikel põhjustel soovida uuesti läbi rääkida väärtpaberite lunastamise tingimused. Madalmaad seda soovisidki, eelistades suurema, kuid vähem kindla tasuvuse asemele tagatud tagasimakset, mis oli küll väiksem, kuid pakkus siiski rahuldavat investeringutasuvust. Seda arvestades oli mitte üksnes võimalik, vaid kohtupraktika kohaselt ka vajalik kohaldada erainvestori kriteeriumi, et määrata kindlaks, kas tagasimaksmise tingimuste muudatus kujutab endast riigiabi.

32. ING märgib veel, et komisjon esitab vastuvõetamatu faktilise argumendi, kui ta väidab, et kapitalisüst ja tagasimaksmise tingimuste muudatus moodustasid osa reast omavahel seotud meetmetest.

33. Mind see vastuvõetamatuse argument ei veena. Meetmete vahelised faktilised seosed ei ole vaidluse all. Vaieldakse õigusliku küsimuse üle, kas neid seoseid arvestades otsustas Üldkohus õigesti, et komisjon oleks pidanud tagasimaksmise tingimuste muudatust hinnates kohaldama erainvestori kriteeriumi.

34. Peale selle toonitaksin, et see apellatsiooniväide puudutab ainult nimetatud küsimust. Ei ole oluline, milline oleks olnud tulemus selle kriteeriumi kohaldamise korral. Teataval määral on see argument kaldunud viimati nimetatud küsimusse ja – sel määral – tuleks see arvestamata jätta. Pealegi on komisjon seda kriteeriumi nüüdseks kohaldanud ning vastuväited selle kohta, kuidas seda kohaldati, on tagasi võetud.¹⁰ Need asjaolud aga ei kahanda vajadust lahendada vaidlus selle üle, kas Üldkohus otsustas õigesti, et vaidlusaluses otsuses oleks tulnud seda kriteeriumi kohaldada.

35. Minu arvates tuleb erainvestori kriteeriumi kaaludes vastata kahele küsimusele: 1) kas riigi meede oli niisugune, et seda saab sisukalt võrrelda erainvestori tegutsemisega; 2) jaatava vastuse korral: kas selle meetme võtmise tingisid kaalutlused, mis on üksnes või eeskätt asjakohased riigile kui avaliku võimu kandjale, või oleks sama meetme „tavapärastel turutingimustel võtnud erainvestor, kes on riigiga võimalikult sarnases olukorras”?¹¹ Etapp 1 puudutab kriteeriumi kohaldatavust, etapp 2 selle kohaldamist. Käesolevas asjas huvitab meid üksnes kohaldatavus.

36. Komisjon on huvitatud erainvestori kriteeriumi kohaldatavuse piiramisest. Ta võib karta, et kui seda kriteeriumi süstemaatiliselt kohaldada, võidakse meedet, mida ratsionaalne erainvestor ei oleks kõiki asjaolusid arvestades võtnud, analüüsida kui nimetatud kriteeriumile vastavat.¹² Kui see on nii, on tegu üldise probleemiga. Käesolevas kohtuasjas aga saab seda käsitleda üksnes seoses ING-le kapitalisüsti andmise asjaoludega ja tagasimaksmise tingimuse muudatusega.

37. See, et kapitalisüsti enese osas ei võrreldud riigi tegutsemist sisukalt erainvestori omaga, on väljaspool vaidlust. Aastal 2008 puhkenud finantskriisi oludes süsteemile olulist siseriiklikku panka „päästes” tegutses Madalmaade riik täielikult oma pädevuse raames kõrgema avaliku võimu kandjana, kes tundis muret riigi majanduse kui terviku stabiilsuse pärast. See ei ole pädevus, milles tegutses või saaks tegutseda ükski erainvestor. Samuti on menetlusosalised nõus, et kapitalisüsti nii, nagu selleks algsest ettepanek tehti, tuli hinnata tervikuna, sealhulgas algseid tagasimaksmise tingimusi, mis olid abipaketi lahutamatu osa.

38. Sellepärast tekib küsimus, kas muudetud tagasimaksmise tingimusi tuli hinnata samal alusel nagu algseid tingimusi või tuli muudatust käsitleda kui eraldi meedet.

10 — Vt käesoleva ettepaneku punktid 25 ja 26.

11 — Kohtuotsus EDF, punkt 79.

12 — Tal võib olla ka praktiline mure, et kuna erainvestori kriteerium eeldab keerukat majanduslikku hinnangut, põhjustaks selle kriteeriumi süstemaatiline kohaldamine komisjoni ressurssidele liiga suure koormuse. Ma ei arva siiski, et niisugune mure saaks olla õiguslikult oluline.

39. Mulle näivad võimalikud kaks lähenemisviisi: hinnata ümber kapitalisüst tervikuna, asendades algsed tagasimaksmise tingimused muudetud tingimustega, et määrata uuesti kindlaks abi summa; või käsitleda tingimuste muudatust kui eraldi meedet, et tuvastada, kas ja kui, siis mil määral kasutati riigi ressursse ING-le soodustuse andmiseks. Esimese lähenemisviisi puhul oleks tagasimaksmise tingimuste hindamine olnud lahutamatu osa hinnangu andmisest kapitalisüstile, mille andis riik avaliku võimu kandjana, ja sisukat võrdlust erainvestori tegutsemisega ei oleks olnud. Tegelikult aga kasutas komisjon teist lähenemisviisi. Kas see lähenemisviis oli õige või mitte, ei ole praegu küsimus. Tõsiasi on see, et see oli komisjoni valitud lähenemisviis.

40. Seda arvestades näib mulle, et komisjonil on nüüd keeruline väita, et tagasimaksmise tingimuste muudatus oli kapitalisüstist lahutamatu ja seda tuli hinnata üksnes samade kriteeriumide abil. Samuti olen seisukohal, et kui hinnata seda muudatust kui eraldi meedet, on täiesti võimalik võrrelda riigi tegutsemist erainvestori omaga.

41. Tõepoolest oli algne kapitalisüst riigiabi ja enesestki mõista ei saa erainvestor kunagi olla riigiabi andja positsioonil. Ent algse abi andmise tulemusel asus riik valdama väärtpabereid, mis pidi lunastatama ettenähtud tingimustel. Sellisel positsioonil võiks olla ka erainvestor. Kui riigi valduses olevate väärtpaberite väärtus oli suurem sellest, mis oleks erainvestori puhul tavaline, ei tundu see mulle määrav. Samuti ei tundu määrav olevat küsimus, kas väärtpaberid olid ebatavalist laadi, nagu komisjon on väitnud – mis on igal juhul faktiküsimus ja ei kuulu apellatsioonimenetluses Euroopa Kohtu kompetentsi. Mis tahes väärtpaberite valdaja – olenemata väärtpaberite arvust ja laadist – võib soovida nende lunastamise tingimused uuesti läbi rääkida või nõustuda seda tegema. Sellest tulenevalt on mõttekas võrrelda riigi sellekohast käitumist hüpoteetilise erainvestori käitumisega samalaadses olukorras. Mulle näib, et küsimus on lihtsalt järgmine: „Kas erainvestorile, kes mis iganes põhjusel oleks samadel tingimustel väärtpabereid vallanud ja kes oleks jälginud olukorda turul, olnuks ratsionaalne samm nõustuda neid tingimusi selliselt muutma?”

42. Rõhutan, et jõuan sellele seisukohale põhjusel, et komisjon käsitles tagasimaksmise tingimuse muudatust kui eraldi meedet, mida sai pidada riigi ressurssidest ING-le tuvastatava soodustuse andmiseks. Ma ei võta seisukohta küsimuses, kas see käsitusviis oli õige või asjakohane, küll aga näib mulle, et kui komisjon oleks selle asemel ümber hinnanud kapitalisüsti tervikuna, sealhulgas muudetud tagasimaksmise tingimused, oleks võidud ära hoida eespool punktis 36 viidatud laadi oht ka siis, kui erainvestori testi oleks kohaldatud. Kui kapitalisüstis tervikuna kasutati riigi ressursse eelise andmiseks ilma piisava majandusliku vastuhüviseta ega tasuvuseta konkreetselt tehingult (eristatuna üldisest kasust riigi majandusele), ei oleks see tõenäoliselt erainvestori kriteeriumile vastanud. Ent hinnangut ei antud ning küsimust seoses nimetatud kriteeriumi kohaldatavusega nendel asjaoludel ei tekkinud. Tegelikult hinnati tagasimaksmise tingimuste muudatust kui eraldi meedet ning erainvestori kriteeriumi kohaldamiseks ei olnud seega põhjust.

43. Sellepärast lükkaksin apellatsioonkaebuse esimese väite tagasi.

Teine väide (saamata jäänud tulu hindamine)

44. Oma otsuse punktides 135-142 asus Üldkohus seisukohale, et isegi kui komisjon oleks järeldanud, et riigil jäi saamata tulu, ei määranud ta saamata jäänud tulu summat õigesti kindlaks. Komisjon jättis arvestamata, et muudetud tagasimaksmise tingimuste kohaselt ei olenenud ennetähtaegse tagasimaksmise ajaks kogunenud intressile vastav kupongimakse enam dividendi maksmisest lihtaktsionäridele. Komisjon oli sellest teadlik ja tal ei olnud õigust seda arvestamata jätta. Käesoleval juhul sai Madalmaade riik 21. detsembril 2009 ennetähtaegsel tagasimaksmisel 258,5 miljonit eurot – mida ta ei oleks algselt tagasimaksmise tingimuste kohaselt saanud, sest 2009. aasta eest dividende ei

makstud. Kuigi komisjon ei saanud seda summat ette teada, pidanuks ta uurima, millist mõju oleks võimalik makse võinud avaldada vaidlusaluses otsuses viidatud lisaabile. Seetõttu oli riigile tekkiva kahju summa vaidlusaluses otsuses mitmesaja miljoni euro võrra üle hinnatud ning selle vea tõttu oli komisjoni hinnang mõiste „abi” kohta vigane.

45. Komisjon märgib kõigepealt, et Madalmaade esitatud algsete tagasimaksmise tingimuste kohaselt oli ING kohustatud maksuma kapitalisüsti tagasimaksmise ajal välja ka kogunenud intressi ning et Madalmaade sõnul jäeti revideeritud ümberkorraldamiskavas tagasimaksmise tingimused muutmata; sellepärast toimis komisjon õigesti, mitte arvates maha 2009. aastal tegelikult välja makstud intressi. Madalmaade valitsus ja ING vaidlustavad selle väite, kuid peavad seda faktiargumendiks, mis ei kuulu apellatsioonimenetluses Euroopa Kohtu pädevusse.

46. Teiseks väidab komisjon, et intress, mida ta maha ei arvanud (maksimaalselt 303 miljonit eurot), ei oleks saanud mõjutada tagasimaksmise tingimuste muudatuse liigitamist abiks ega hinnangut selle kokkusobivusele ühisturuga ega kompensatsioonimeetmete näol võetud kohustuste ulatuse hindamist. Madalmaade valitsus ja ING vastavad, et kõnealuseid kohustusi (vaidlusaluse otsuse II lisas) ei võetud vabatahtlikult, vaid need dikteeris komisjon, arvestades tuvastatud abi summat. Kui see summa oleks õigesti kindlaks määratud, oleksid vajalikud kohustused olnud teistsuguse ulatusega.

47. Nõustun, et argumendid selle kohta, kas muudetud tagasimaksmise tingimusi kirjeldati revideeritud ümberkorraldamiskavas õigesti ja mil määral need võisid algsetest tingimustest erineda, ei ole apellatsioonimenetluses Euroopa Kohtu pädevuses. Üldkohus tuvastas, et nimetatud kaks tingimustikku erinesid teineteisest ja et komisjon oli sellest teadlik. Kuigi komisjon on esitanud faktilistest asjaoludest teistsuguse versiooni, ei väida ta, et Üldkohus on tõendeid moonutanud.

48. Sisuline õigusküsimus seisneb selles, kas Üldkohus õigustatult järeldas tuvastatud faktiliste asjaolude põhjal, et „ei saa kõrvale jätta oletust”, et kui komisjon oleks arvesse võtnud riigile laekunud lisaintressi, „oleks [see] avaldanud mõju” tagasimaksmise tingimuste muudatuse liigitamisele abiks või hinnangule selle kokkusobivuse kohta ühisturuga või kompensatsioonimeetmete ulatuse hindamisele, ja asus õigustatult seisukohale, et „hinnangut mõistele „abi” kahjustab seetõttu faktiviga.”¹³

49. Vaidlustatud kohtuotsuse punktides 14 jj kirjeldatud faktilistest asjaoludest selgub, et üldiselt olid kohustused, mida Madalmaad ja ING konkurentsimoonutuste heastamiseks võtsid, sisuliselt komisjoni poolt peale sunnitud kui tingimus abi pidamiseks siseturuga kokkusobivaks. Tagasimaksmise tingimuste muudatusest, aga – mille hindamist käesolev apellatsioonimenetlus puudutab – teatati komisjonile alles 22. oktoobril 2009 ning vaidlustatud kohtuotsusest ei nähtu, et seejärel oleks seda muudatust arvestades neid kohustusi muudetud. Samuti ei tundu mulle kindel, et 1,79-2,2 miljardi euro suuruse kogusumma puhul oleks 303 miljoni euro suurune erinevus (vastavalt 14% või 17% kogusummast) mõjutanud otsust selle kohta, kas tegu on riigiabiga, või kui tegu oli riigiabiga, siis selle kohta, kas see on siseturuga kokkusobiv. Pean siiski vähemalt usutavaks, et need kohustused oleks tulnud uuesti läbi vaadata.

50. Üldkohtu sõnastus („ei saa kõrvale jätta oletust”, et leitud faktiviga „oleks avaldanud mõju” hinnangule) ei tundu nendel asjaoludel põhjendamatult. Ent kas „hinnang[...] mõistele „abi” muutus seetõttu vigaseks? Arvestades, et Üldkohus ei olnud pädev komisjoni hinnangut enda omaga asendama, näib mulle, et ainus järeldus, millele ta sai jõuda, oluks see, et komisjonil tuleb anda uus hinnang õigete faktiliste asjaolude põhjal.

51. Sellepärast lükkaksin apellatsioonkaebuse teise väite tagasi.

13 — Vaidlustatud kohtuotsuse punktid 141 ja 142.

Kolmas väide (vaidlusaluse otsuse artikli 2 kogu esimese lõigu tühistamine)

52. Oma otsuse punktides 151-153 asus Üldkohus seisukohale, et vaidlusaluse otsuse artikli 2 esimeses lõigus ei ole eristatud riigiabiks loetud „ümberkorraldamisabi” eri osi, kuid see hõlmab ligikaudu 2 miljardit eurot lisaabi, mis tuleneb tagasimaksmise tingimuste muudatusest. Üldkohus järeldas, et lisaabi kvalifitseerimisel tehtud vigu arvestades tuleb see lõik tervikuna tühistada.

53. Komisjon märgib, et Üldkohtul ei olnud õigust tühistada artikli 2 esimene lõik tervikuna. Kuna muude meetmete – mitte tagasimaksmise tingimuste muudatuse – (s.o nimelt kapitalisüsti ja katteabi) liigitamist riigiabiks ei saa lahutada selle muudatuse kui niisuguse liigitamisel tehtud vigadest, rikuti tühistamisega proportsionaalsuse põhimõtet. Pealegi oli esimene lõik teiste (juba algses otsuses hinnatud) meetmete suhtes pelgalt kinnitav meede ning sellised meetmed ei kuulu tühistamismenetluses vaidlustamisele. Seetõttu tuleb vaidlusaluse otsuse artikli 2 esimese lõigu tühistamine ära muuta, niivõrd kui see puudutab muid meetmeid peale tagasimaksmise tingimuste muudatuse.

54. Madalmaade valitsus ja ING osutavad, et kõnealune lõik on üksainus lause, mille ühtegi osa ei saa tühistada nii, et jäetakse formaalselt puutumata muude meetmete – peale tagasimaksmise tingimuste muudatuse – liigitamine riigiabiks. Ent tühistamist tuleb näha Üldkohtu põhjenduste taustal, millest selgub, et tauniti ainult seda, kuidas liigitati tagasimaksmise tingimuste muudatusest tulenev abi. Pealegi hakkas tühistamise tulemusel uuesti kehtima algne otsus, milles liigitati kapitalisüst riigiabiks, ning kõnealune lõik ei olnud „pelgalt” kinnitav, kuivõrd see põhines faktiliste asjaolude, sealhulgas muudetud tingimustega seotud uute faktiliste asjaolude uuesti hindamisel.

55. Siin on probleem suuresti formaalne. Ei ole vaidlustatud seda, et Üldkohus ei kavatsenud tühistada vaidlusalust otsust selles osas, milles liigitati riigiabiks muud meetmed peale tagasimaksmise tingimuste muudatuse; ei ole ka väidetud, et ta oleks pidanud seda tegema. Tekivad järgmised küsimused: milline mõju oli vaidlusaluse otsuse artikli 2 kogu esimese lõigu tühistamisel; ja kas Üldkohus, olles jõudnud järeldusele, et tagasimaksmise tingimuste muudatuse liigitamine riigiabiks oli vigane, oleks saanud toimida teisiti?

56. Tühistamise mõju osas osutab komisjon õigesti, et tühistamishagi pelgalt varasemat otsust kinnitava otsuse peale, mida menetluse algatamise tähtaja jooksul ei vaidlustatud, on vastuvõetamatu.¹⁴ Ent see tühistamishagi vastuvõetavust puudutav reegel lihtsalt kajastab seda, et varasemat otsust ei saa enam tühistada, mistõttu kinnitava otsuse tühistamine ei muudaks õiguslikku olukorda. Seetõttu ei saaks vaidlusaluse otsuse tühistamisel – niivõrd, kui selle artikli 2 esimene lõik kinnitas varasemaid otsuseid, milles oli liigitatud meetmeid riigiabiks – olla mõju nendele varasematele järeldustele. See järeldus puudutab igal juhul kapitalisüsti ja katteabi liigitamist riigiabiks.¹⁵ Garantiide osas kajastab vaidlusalune otsus olukorda ebaselgemalt, kuid ma ei leia märke sellest, et olemas oleks olnud varasem otsus selle kohta, et juba makstud garantiid kujutavad endast riigiabi.¹⁶

57. Seetõttu ilmneb, et vaidlusaluse otsuse artikli 2 kogu esimese lõigu tühistamine a) ei mõjutanud kapitalisüsti ega katteabi varasemat liigitamist riigiabiks, vaid b) tühistas vaidlusaluses otsuses endas mitte ainult tagasimaksmise tingimuste muudatuse, vaid ka krediidigarantiikava raames antava abi liigitamise riigiabiks. Viimati nimetatud abi liigitamist aga esimeses astmes ei vaidlustatud.

14 — Vt nt 29. novembri 2012. aasta otsus kohtuasjas C-416/11 P: Ühendkuningriik vs. komisjon (punkt 32).

15 — Vt vaidlusaluse otsuse põhjendused 97 ja 99.

16 — Tulevased garantiid leidsid ka vaidlusaluses otsuses käsitlust, kuid märgiti, et neid hinnatakse eraldi otsuses (vaidlusaluse otsuse põhjendus 47).

58. Mis puudutab võimalust, et Üldkohus oleks võinud toimida teisiti, viitab komisjon näitele, kus Euroopa Kohus tõepoolest tühistas riigiabi käsitlevas otsuses samalaadse lõigu niivõrd, kui see oli seotud teatavate sellesse lõiku hõlmatud, kuid selles mitte eraldi nimetatud summadega.¹⁷ Euroopa Kohus on toiminud samalaadsetel asjaoludel suuresti samamoodi, tühistades näiteks otsuse, millega kohustati tagastama neljale äriühingule antud abi niivõrd, kui see summa sisaldas intressi, mis kuulus maksmisele pärast seda, kui nendest äriühingutest kaks, keda otsuse resolutiivosa asjakohases lõigus eraldi ei nimetatud, kuulutati maksejõuetuteks.¹⁸ Ma ei näe põhjust, miks ei oleks Üldkohus pidanud kasutama vaidlustatud kohtuotsuses samasugust lähenemisviisi.

59. Sellepärast olen seisukohal, et apellatsioonkaebuse kolmanda väitega tuleb nõustuda niivõrd, kui tühistades vaidlusaluse otsuse artikli 2 esimese lõigu tervikuna, tühistas Üldkohus selles otsuses tehtud järelduse, et ING poolt siseriiklikust krediidigarantiikavast saadud garantiid kujutavad endast riigiabi.

Neljas väide (vaidlusaluse otsuse artikli 2 teise lõigu tuletatud tühistamine)

60. Oma otsuse punktides 154-160 asus Üldkohus seisukohale, et tagasimaksmise tingimuste muudatusest tulenev lisaabi on komisjoni poolt hinnatud ümberkorraldamisabi lahutamatu osa. Sellist lisaabi ei saa lahutada vaidlusaluse otsuse resolutiivosast ega selle aluseks olnud hinnangust, mis puudutas „nende kohustuste taseme kindlaksmääramist, mis on vajalikud, et abi kuulutataks kokkusobivaks”. Ligikaudu 2 miljoni euro suuruse lisaabi tuvastamise õigusvastasuse tõttu oli seega õigusvastane ka vaidlusaluse otsuse artikli 2 teine lõik, kus oli märgitud, et abi on „II lisas sätestatud kohustuste täitmise korral” ühisturuga kokkusobiv, ning II lisa ise, niivõrd kui ümberkorraldamisabi kokkusobivus olenes analüüsist ja kohustustest, mille sisu hinnates tuli arvestada abi, sealhulgas lisaabi summat.

61. Komisjon märgib sisuliselt, et Üldkohus eksis seda lähenemisviisi kasutades, sest kohustused pakuti välja ING ja Madalmaade riigi poolt ning komisjoni võimuses ei olnud nendest keelduda, isegi kui need ulatusid kaugemale sellest, mida oli vaja konkurentsimoonutuste heastamiseks. Niisiis, isegi kui komisjon hindas abi kogusumma tegelikust suuremaks, ei olnud sellel mõju väljapakutud ja vastuvõetud kompensatsioonimeetmetele ja nii ei õigustanud see vaidlusaluse otsuse nende osade tühistamist, kus olid ette nähtud kohustused, mille korral võis lugeda abi ühisturuga kokkusobivaks. Samuti väidab komisjon, et kuna vaidlusaluse otsusega ei lõpetatud määruse nr 659/1999¹⁹ artiklis 7 ette nähtud ametlikku uurimismenetlust, ei olnud ta volitatud lisama oma otsusele tingimusi vastavalt nimetatud artikli lõikele 4.

62. Teised menetlusosalised viitavad vaidlustatud kohtuotsuse punktidele 14-36, millest nähtuvalt nõudis komisjon tegelikult neid kohustusi, et lugeda abi ühisturuga kokkusobivaks. Üldkohus tuvastas, et abisumma oli ülehinnatud; kui see hinnang ei oleks olnud vigane, ei oleks komisjon pidanud nõudma nii kaalukaid kohustusi, nagu ta tookord nõudis.

63. Minu arvates on vaja kõigepealt vaadata Üldkohtu tuvastatud faktilisi asjaolusid seoses vaidlusaluse otsuse II lisas ette nähtud kohustuste tekkimisega. Selles osas ei pea ma asjakohaseks komisjoni argumenti, et vaidlusaluse otsusega ei lõpetatud ametlikku uurimismenetlust. Mis loeb, on see, kas – Üldkohus tuvastas, et – komisjon tegelikult dikteeris vaidlusaluse otsuse II lisas loetletud kohustuste tingimused; kui see nii oli, ei saa ta tugineda lihtsalt argumendile, et tema võimuses ei olnud nõustuda väiksemate kohustustega.

17 — Üldkohtu 13. septembri 2010. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-415/05, T-416/05 ja T-423/05: Kreeka jt vs. komisjon (EKL 2010, lk II-4749).

18 — 12. oktoobri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-480/98: Hispaania vs. komisjon (EKL 2000, lk I-8717).

19 — Nõukogu 22. märtsi 1999. aasta määrus (EÜ) nr 659/1999, millega kehtestatakse üksikasjalikud eeskirjad EÜ asutamislepingu artikli 93 kohaldamiseks (EÜT 1999, L 83, lk 1; ELT eriväljaanne 08/01, lk 339).

64. Vaidlustatud kohtuotsuse punktides 9-37 antud haldusmenetluse kirjelduses on selgelt tuvastatud, et komisjon korduvalt osutas meetmetele, mida ta pidas vajalikuks ja märkis, et ilma nende meetmeteta ei kiideta ümberkorraldamiskava heaks. Üldkohus kasutab niisuguseid sõnastusi nagu „komisjoni nõu[ded]” (punkt 20), „mida komisjon oli nõudnud” (punkt 29) ja „et täita komisjoni nõuded” (punkt 31). Seevastu ei ole märke, et pärast 22. oktoobril 2009 tehtud tagasimaksmise tingimuste muudatusest teatamist oleks komisjon tegutsenud samamoodi, ning Euroopa Kohus ei ole pädev tuvastama, kas alates nimetatud kuupäevast kuni 6. novembrini 2009, mil lõppesid mõttevahetused otsuse eelnõu kohta, muudeti II lisas ühtegi kohustust komisjoni või mõne muu osalise algatusel.

65. Siiski ei rajanud Üldkohus järeldust, mille komisjon käesolevas väites vaidlustab, eeldusele, et tagasimaksmise tingimuste muudatuste tagajärjel nõuti teatavaid kohustusi. Ta asus hoopis seisukohale, et komisjonile vastuvõetavate kohustuste ulatus tervikuna olenes otseselt ja proportsionaalselt abi summast tervikuna, mis seega sisaldas tagasimaksmise tingimuste muutmisest tulenevat abi, millele antud hinnangu oli Üldkohus juba vigaseks lugenud. See on kontekst, milles komisjon esitab oma vastuväite, et tema võimuses ei olnud kindlaks määrata kohustuste summat, ja peab Üldkohtu põhjenduskäiku vigaseks.

66. Mulle näib, et kõnesolev põhjenduskäik on tõepoolest ebapiisav, kuid mitte komisjoni näidatud põhjusel. Vaidlustatud kohtuotsuse punktides 9 jj tuvastatud faktilistest asjaoludest saab järeldada üksnes seda, et komisjonile vastuvõetavate kohustuste ulatus määrati kindlaks enne 20. oktoobrit 2009. Tagasimaksmise tingimuste muudatusest teatamine pärast nimetatud kuupäeva ei mõjutanud seega neid kohustusi. Seetõttu ei olnud Üldkohtul vaja tühistada vaidlusaluse otsuse neid osi, milles olid need kohustused seatud ühisturuga kokkusobivuse tingimuseks. Kui komisjon oleks esitanud vaidlustatud kohtuotsuse selle osa suhtes nendel alustel vastuväite, olnuksin valmis tema vastuväitega nõustuma.

67. Käesoleva komisjoni apellatsiooniväitega aga saab nõustuda või selle saab tagasi lükata ainult koos tema väitega, et tema võimuses ei olnud mõjutada kohustusi, mida liikmesriigid ja pank vabatahtlikult võtsid – see, aga on vastuolus Üldkohtu tuvastatud faktiliste asjaoludega. Komisjon ei ole väitnud, et faktilisi asjaolusid moonutati, mistõttu asun seisukohale, et käesolev apellatsiooniväide tuleb tagasi lükata.

Viies väide (vaidlusaluse otsuse artikli 2 teise lõigu tühistamine *ultra petita*)

68. Oma otsuse punktides 64 ja 66 näitas Üldkohus hagejate nõuded. Madalmaade Kuningriik palus tühistada „vaidlus[aluse] otsuse artikli 2 esimene lõik, mis tugineb muu hulgas selle otsuse põhjenduses 98 esitatud järeldusele, mille kohaselt kapitalisüsti tagasimaksmise tingimuste muudatus, millega Madalmaade ametiasutused nõustusid, kujutab endast täiendavat 2 miljardi euro suurust riigiabi ING-le”; ING esitas kolm nõuet, millest Üldkohus vaatas läbi ainult esimese: tühistada vaidlusalune otsus „osas, kus selles järeldatakse, et kapitalisüsti tagasimaksmise tingimuste muudatus kujutab endast täiendavat riigiabi summas 2 miljardit eurot”.

69. Kohtuotsuse resolutiivosas tühistas Üldkohus vaidlusaluse otsuse artikli 2 esimese ja teise lõigu ning II lisa.

70. Komisjon märgib, et tühistades Üldkohus vaidlusaluse otsuse artikli 2 esimese ja teise lõigu ning II lisa, ületas Üldkohus oma pädevuse piirid, rikkus põhimõtet, et menetluse eseme piiritlevad menetluse pooled, tegi otsuse *ultra petita* ning rikkus menetlusnorme, kahjustades komisjoni huve. Euroopa Kohtus läbi vaadatud nõuetes taotleti ainult artikli 2 esimese lõigu tühistamist ning nõuete sõnastus (eriti sõnad „muu hulgas”) ega poolte vastused Euroopa Kohtu kirjalikele küsimustele enne istungit ei saanud laiendada seda vaidlusaluse otsuse muudele osadele.

71. Madalmaade valitsus märgib, et kui vaidlusaluse otsuse artikli 2 esimene lõik (järelalus, et kõnealune ümberkorraldamisabi kujutab endast riigiabi) tühistati, muutus teises lõigus sisalduv järelalus (et abi on „II lisas sätestatud kohustuste täitmise korral” ühisturuga kokkusobiv) esemetuks, nagu ka need kohustused; sellepärast ei teinud Üldkohus otsust *ultra petita*, kui ta vastuseks taotlusele tühistada artikli 2 esimene lõik tühistas need vaidlusaluse otsuse osad. ING märgib, et see apellatsiooniväide on vastuvõetamatu, sest nõuete selguse ja täpsuse küsimust komisjon esimeses astmes üles ei tõstnud. Mõlemad märgivad, et oma teises nõudes (tühistada vaidlusalune otsus „osas, kus komisjon seadis abi lubamise tingimuseks hinnaliidrina tegutsemise keelu, nagu see on märgitud otsuses ja selle II lisas”) taotles ING artikli 2 teise lõigu tühistamist.

72. Ma ei saa nõustuda ING vastuväitega selle apellatsiooniväite vastuvõetavusele. On selge, et küsimus, kas Üldkohus tegi otsuse *ultra petita*, saab tekkida alles pärast seda, kui ta on otsuse teinud.

73. Sisu osas nõustun Madalmaade valitsuse märkusega. Kui tühistati järelalus, et ümberkorraldamisabi kujutab endast EÜ artikli 87 lõike 1 tähenduses riigiabi – ja on seega oma olemuselt ühisturuga kokkusobimatu –, tähendas see, et enam ei olnud tegu riigiabiga ja seega ei olnud see enam ühisturuga kokkusobimatu. Seda arvestades ei saanud jääda kehtima järelalus, et kõnealune abi on ühisturuga kokkusobiv teatavatel tingimustel, sest see olnuks samaväärne nõudmisega võtta kohustusi sellise abi suhtes, mis oli ühisturuga kokkusobiv nende kohustustetagi. Nii oli paratamatu, et vaidlusaluse otsuse artikli 2 teise lõigu ja II lisa tühistamine kaasnes artikli 2 esimese lõigu tühistamisega, mida pooled Üldkohtus läbi vaadatud nõuetes palusid.

74. Sellepärast lükkaksin viienda apellatsiooniväite tagasi.

Kuues väide (teise võimalusena: vaidlusaluse otsuse artikli 2 kolmanda lõigu tühistamata jätmine)

75. Oma otsuse resolutiivosas tühistas Üldkohus vaidlusaluse otsuse artikli 2 esimese ja teise lõigu (milles oli vastavalt tuvastatud, et ümberkorraldamisabi kujutab endast riigiabi ja et see abi on II lisas sätestatud kohustuste täitmise korral ühisturuga kokkusobiv), jättes seega puutumata kolmanda lõigu, milles kõrvaldati ING suhtes kehtestatud ajutine bilansimahu kasvu keeld.

76. Juhuks, kui eelmised apellatsiooniväited osutuvad edututeks, märgib komisjon teise võimalusena, et olles tühistanud vaidlusaluse otsuse artikli 2 esimese ja teise lõigu, rikkus Üldkohus õigusnormi sellega, et ei tühistanud ka kolmandat lõiku.

77. Algses otsuses oli märgitud kohustus, et ING peab kapitalisüstist tingitud konkurentsimoonutuste piiramiseks piirama oma bilansimahu kasvu. Seda kohustust arvestades otsustas komisjon, et ta võib kapitalisüsti ajutiselt heaks kiita. Vaidlusaluse otsuse artikli 2 kolmandas lõigus kõrvaldati algsest otsusest tulenenud ajutine bilansimahu kasvu keeld. Otsus need piirangud kõrvaldada ja ühisturuga kokkusobivuse tuvastamine põhinesid ühel ja samal analüüsil ja kohustustel ning moodustasid jagamatu terviku, mille põhjendusi ei saa teineteisest lahutada. Kui Üldkohus tegi seda analüüsi ja neid kohustusi tühistades õigesti, ei oleks tohtinud vabastada ING-d bilansipiirangutest, mis olid tema suhtes kehtinud enne vaidlusaluse otsuse vastuvõtmist. Kolmanda lõigu puutumata jätmine muudab otsuse sisu. Selle tühistamisega ei oleks Üldkohus saanud seada ING-d soodsamasse olukorda kui see, milles too oli olnud enne vaidlusalust otsust, ega asendada kapitalisüsti ajutiselt lubanud algses otsuses sisaldunud komisjoni hinnangut enda omaga.

78. Madalmaade valitsus küsib, kuidas pidi Üldkohus tühistama artikli 2 kolmanda lõigu, kui sellist tühistamist ei taotletud. Pärast esimese ja teise lõigu tühistamist ei muutunud kolmas lõik esemetuks. Küsimus, kas nimetatud tühistamise tagajärjel oleks tulnud tühistada ka kolmas lõik, eeldab sisulist hinnangut, mida Üldkohus ei saanud anda, kui temalt seda ei taotletud, ja mida Euroopa Kohus ei saa apellatsioonimenetluses anda. Liiasi on see apellatsiooniväide esemetuks muutnud. Komisjon tegi

11. mail 2012 uue otsuse, kus ta jällegi tuvastas, et tagasimaksmise tingimuste muudatus kujutab endast riigiabi (ent ei määranud seda arvuliselt), ning andis samadel tingimustel loa seda abi anda. ING esitab samalaadsed argumendid: see apellatsiooniväide on selgelt vastuvõetamatu, sest komisjon ei taotlenud seda esimeses astmes; ja on pärast 11. mai 2012. aasta otsust esemetu.

79. Mulle näib, et vaidlusaluse otsuse artikli 2 esimese lõigu tühistamise (ja sellega paratamatult kaasneva sama artikli teise lõigu tühistamise) mõjul (nagu Madalmaade valitsus seoses kolmanda apellatsiooniväitega väitis) hakkas uuesti kehtima algne otsus, milles kapitalisüst oli loetud riigiabiks. Vaidlustatud kohtuotsuses on kirjas, et nimetatud otsuses märkis komisjon, et kui ümberkorraldamiskava esitatakse kuue kuu jooksul, pikeneb algse otsuse kehtivusaeg automaatselt, kuni ta võtab vastu otsuse selle kava kohta.²⁰ Seega pikenes see kehtivusaeg kuni vaidlusaluse otsuse vastuvõtmiseni. Vaidlusaluse otsuse artikli 2 esimeste kahe lõigu tühistamine tähendas, et ümberkorraldamiskava kohta enam otsust ei olnud. Loogiliselt pidi algne otsus, mis sisaldas piirangut ING bilansimahu kasvule, oma kehtivuselt uuesti pikinema kuni uue lõpliku otsuse vastuvõtmiseni.

80. Ent Üldkohus jättis vaidlusaluse otsuse artikli 2 kolmanda lõigu puutumata, seega – võib eeldada, et tahtmata, sest vaidlustatud kohtuotsus ei sisalda sellekohaseid põhjendusi – muutes algse otsuse sisu.

81. Ei ole üllatav, et menetlusosaliste sellekohased argumendid vastanduvad nende argumentidele, mis olid esitatud viienda apellatsiooniväite kontekstis. Seal märkis komisjon, et Üldkohtul ei olnud õigust tühistada otsuse osa, mille tühistamist hagejad konkreetselt ei nõudnud, ning teised menetlusosalised märkisid, et niisugune tühistamine tulenes loomulikult vaidlusaluse otsuse artikli 2 esimese lõigu tühistamisest. Kuna käesoleva apellatsiooniväite on komisjon esitanud kõigest teise võimalusena, ei ole tema lähenemisviis järjepidevusetu, kuid teiste menetlusosaliste oma näib seda olevat.

82. Olen seisukohal, et minu analüüsiga viienda apellatsiooniväite kohta on kooskõlas järeldus, et Üldkohtul oli pärast vaidlusaluse otsuse artikli 2 esimese lõigu tühistamist mitte ainult õigus, vaid ka kohustus tühistada mitte ainult selle artikli teine, vaid ka kolmas lõik, et mitte sisuliselt muuta algset otsust, mille kehtivuse taastas ja pikendas esimese lõigu tühistamine.

83. Peale selle olen seisukohal, et ING vastuväitega selle apellatsiooniväite vastuvõetavuse kohta ei saa nõustuda. Ei oleks saanud eeldada, et komisjon taotleb esimeses astmes sedasama, mida praegu, sest kogu tema eesmärk oli säilitada vaidlusalune otsus.

84. Sellepärast nõustaksin kuuenda apellatsiooniväitega.

Hinnangu tagajärjed

85. Olen jõudnud seisukohale, et kolmanda apellatsiooniväitega tuleb osaliselt ja kuuenda väitega tervikuna nõustuda. Seetõttu tuleb vaidlustatud kohtuotsus tühistada selles osas, milles see vaidlusaluse otsuse artikli 2 kogu esimest lõiku tühistades ei jätnud tühistamata järeldust, et ING poolt siseriiklikust krediidigarantiikavast saadud garantiid kujutavad endast riigiabi, ja selles osas, milles sellega ei tühistatud sama artikli kolmandat lõiku.

86. Mulle näib, et niisugusest kohtuotsusest piisab apellatsioonkaebuse lahendamiseks ilma, et oleks vaja seda asja edasiseks kaalumiseks tagasi Üldkohtusse saata. Pealegi tähendab komisjoni hilisema, 11. mai 2012. aasta otsuse olemasolu seda, et kohtuotsuse praktilised tagajärjed saavad olema piiratud.

87. Kooskõlas Euroopa Kohtu kodukorra artiklitega 138, 140 ja 184 olen seisukohal, et iga menetlusosalise kohtukulud tuleb jätta tema enda kanda.

20 — Vaidlustatud kohtuotsuse punkt 10; vaidlusaluse otsuse põhjendused 71-74.

Ettepanek

88. Esitatud kaalutlustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku:

- tühistada vaidlustatud kohtuotsus selles osas, milles see vaidlusaluse otsuse artikli 2 kogu esimest lõiku tühistades ei jätnud tühistamata järeldust, et ING poolt siseriiklikust krediidigarantiikavast saadud garantiid kujutavad endast riigiabi, ja selles osas, milles sellega ei tühistatud sama artikli kolmandat lõiku
- jätta menetlusosaliste kohtukulud apellatsioonimenetluses nende endi kanda.