



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
E. SHARPSTON
van 19 december 2013¹

Zaak C-224/12 P

**Europese Commissie
tegen**

Koninkrijk der Nederlanden en ING Groep NV

„Hogere voorziening — Staatssteun aan bank, bestaande in kapitaalinjectie in ruil voor effecten — Wijziging van voorwaarden voor vergoeding en terugkoop van effecten — Besluit dat steun verenigbaar met gemeenschappelijke markt verklaart, mits aan verbintenissen wordt voldaan — Toepassing van beginsel van particuliere investeerder”

1. De Commissie heeft deze hogere voorziening ingesteld tegen een arrest van het Gerecht², waarbij een beschikking³ betreffende door de Nederlandse Staat aan ING Groep NV (hierna: „ING”) verleende staatssteun, gedeeltelijk nietig is verklaard. In die beschikking is met name de herstructureringssteun in de vorm van een kapitaalinjectie in ruil voor effecten onder bepaalde aflossingsvoorwaarden, aangemerkt als staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG (thans artikel 107, lid 1, VWEU), doch verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaard, mits door de Nederlandse Staat en ING een aantal verbintenissen in acht wordt genomen.

2. Het gaat in casu met name om de toepassing van het beginsel van de particuliere investeerder (dat wil zeggen, in essentie, de vraag of de begunstigde onderneming via een particuliere investeerder, handelend in een markteconomie, hetzelfde voordeel had kunnen genieten als het voordeel dat met staatsmiddelen ter beschikking is gesteld)⁴ op een wijziging van de voorwaarden voor terugbetaling van de staatssteun. Ter discussie staat ook de beoordeling door het Gerecht van de inkomstenderving voor de staat ten gevolge van de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden. Aan de orde is verder de vraag naar de gevolgen van de nietigverklaring van de vaststelling dat het om staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU gaat. Welke gevolgen heeft die nietigverklaring voor andere delen van de litigieuze beschikking, met name voor de door ING en de Nederlandse Staat aangegane verbintenissen?

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Arrest van 2 maart 2012, Nederland en ING Groep/Commissie (T-29/10 en T-33/10; hierna: „bestreden arrest”).

3 — Beschikking 2010/608/EG van de Commissie van 18 november 2009 betreffende steunmaatregel C 10/09 (ex N 138/09) die Nederland ten uitvoer heeft gelegd ten behoeve van de Illiquid Assets Back-upfaciliteit en het herstructureringsplan voor ING (PB 2010, L 274, blz. 139; hierna: „litigieuze beschikking”).

4 — Zie, bijvoorbeeld, arresten van 2 september 2010, Commissie/Scott (C-290/07 P, Jurispr. blz. I-7763, punt 68 en de aldaar aangehaalde rechtspraak), en 5 juni 2012, EDF (C-124/10 P, punt 78 en de aldaar aangehaalde rechtspraak). Het criterium van de particuliere investeerder wordt ook wel het beginsel van de particuliere investeerder genoemd, of het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie.

Steun en litigieuze beschikking

3. Bij beschikking van 12 november 2008 (hierna: „aanvankelijke beschikking”) heeft de Commissie toestemming gegeven voor een noodherkapitalisatie ten behoeve van ING, waarbij de Nederlandse Staat heeft ingeschreven op een uitgifte van effecten van 10 miljard EUR door ING (hierna: „kapitaalinjectie”). Volgens de oorspronkelijke voorwaarden had ING de keuze om de effecten binnen drie jaar terug te kopen voor 15 EUR per stuk (50 % boven de uitgifteprijs), of de effecten na die periode te converteren in gewone aandelen. In dit laatste geval kon Nederland echter ook kiezen voor terugbetaling door ING tegen 10 EUR per effect, plus rente. De Staat zou alleen een couponbetaling (rentebetaling) ontvangen indien ING over de gewone aandelen dividend uitkeerde. De Commissie verklaarde dat de kapitaalinjectie staatssteun aan ING vormde en verleende voorlopige goedkeuring. Indien binnen zes maanden een herstructureringsplan aan de Commissie werd voorgelegd, zou de goedkeuring automatisch worden verlengd totdat de Commissie tot een besluit over het plan zou komen. In de aanvankelijke beschikking was een aantal door Nederland aangegane verbintenissen opgenomen, waaronder een beperking van de balansgroei van ING.

4. Op 31 maart 2009 stelde de Commissie Nederland in kennis van haar beslissing om de procedure van artikel 88, lid 2, EG in te leiden (inleidende beschikking⁵), daar zij betwijfelde of de aan ING verleende illiquid assets back-upfaciliteit (hierna: „IABF”) verenigbaar was met de algemene beginselen inzake maatregelen voor activaondersteuning.⁶ De maatregel werd niettemin goedgekeurd voor een periode van zes maanden. Vastgelegd werd verder dat Nederland een herstructureringsplan zou indienen met betrekking tot zowel de kapitaalinjectie als de IABF.

5. Nederland diende dat plan in op 12 mei 2009. Na verschillende besprekingen met de Commissie werd op 22 oktober 2009 een herzien herstructureringsplan ingediend. Het herziene plan omvatte enerzijds verbintenissen ten aanzien van de uitvoering van het herstructureringsplan, en anderzijds een wijziging van de oorspronkelijke voorwaarden voor terugbetaling van de kapitaalinjectie, op basis waarvan ING tot 50 % van de effecten kon terugkopen tegen de uitgifteprijs, vermeerderd met de rente over de jaarlijkse 8,5 %-coupon en een premie indien de aandelen meer dan 10 EUR zouden noteren. Afhankelijk van de aandelenkoers kon die premie variëren van 340 miljoen EUR tot 705 miljoen EUR, om een minimale „internal rate of return” van 15 % te garanderen.

6. Op 18 november 2009 stelde de Commissie de litigieuze beschikking vast. Deze betrof de kapitaalinjectie, de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden, de IABF en de in het kader van de nationale kredietgarantieregeling verleende garanties.

7. Artikel 2 van de litigieuze beschikking luidt:

„De door Nederland aan ING verleende steun vormt staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, van het Verdrag.

Deze steun is met de gemeenschappelijke markt verenigbaar, mits de in bijlage II beschreven verbintenissen in acht worden genomen.

De tijdelijke beperking van de balansgroei zoals die is uiteengezet in het besluit van de Commissie van 12 november 2008 betreffende de herkapitalisatiemaatregel voor ING, wordt bij dezen opgeheven.”

8. In bijlage II zijn 11 bundels verbintenissen (in de procedure ook wel „compenserende maatregelen” genoemd) van de Nederlandse Staat en/of ING opgenomen, die de door de herstructureringssteun veroorzaakte verstoringen van de mededinging moesten opheffen.

5 — Zie PB 2009, C 158, blz. 13.

6 — Mededeling van de Commissie betreffende de behandeling van aan een bijzondere waardevermindering onderhevige activa in de communautaire banksector (PB 2009, C 72, blz. 1).

9. De Commissie heeft in haar motivering het criterium van de particuliere investeerder niet toegepast op de kapitaalinjectie, de aangepaste terugbetalingsvoorwaarden of de IABF, maar wel op de kredietgaranties. Ten aanzien van de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden was zij van mening dat ING aanvankelijk een premie van 2,5 miljard EUR verschuldigd was geweest, maar dat de bank, nu zij slechts tussen 340 en 705 miljoen EUR behoefde te betalen, een aanvullend voordeel genoot tussen 1,79 en 2,2 miljard EUR.⁷

Bestreden arrest

10. Zowel Nederland als ING is tegen de litigieuze beschikking opgekomen bij het Gerecht.

11. In zaak T-29/10 vorderde Nederland nietigverklaring van „artikel 2, eerste alinea, van de litigieuze beschikking, die mede steunt op de constatering in punt 98 van deze beschikking dat de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden voor de kapitaalinbreng door de Nederlandse Staat additionele staatssteun aan ING inhoudt ter waarde van 2 miljard EUR”.

12. In zaak T-33/10 vorderde ING, ondersteund door De Nederlandsche Bank NV (hierna: „DNB”), nietigverklaring van de litigieuze beschikking, meer bepaald „voor zover daarbij de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden voor de kapitaalinbreng wordt aangemerkt als additionele staatssteun ten bedrage van 2 miljard EUR”.

13. Het Gerecht heeft beide zaken gevoegd en „artikel 2, eerste alinea, van [de litigieuze beschikking], artikel 2, tweede alinea, van deze beschikking en bijlage II bij deze laatste” nietig verklaard. De relevante motivering in de punten 95 tot en met 160 van het bestreden arrest kan kort en bondig worden samengevat als volgt.

14. De wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden waardoor Nederland een gewaarborgd rendement zou krijgen dat niet in de aanvankelijke voorwaarden was voorzien, moest aan het criterium van de particuliere investeerder worden getoetst. De Commissie heeft het criterium niet op die situatie toegepast en is voorbijgegaan aan verschillende studies die met betrekking tot de verwachte rendementen en het gedrag van een particuliere investeerder beschikbaar waren. Haar argumenten dat ING verplicht was de effecten terug te kopen tegen de oorspronkelijke voorwaarden, zijn niet overtuigend.

15. De Commissie heeft hoe dan ook geen rekening gehouden met de couponbetaling die als onderdeel van de gewijzigde voorwaarden verplicht werd. Het steunbedrag moest derhalve evenredig worden verlaagd met het bedrag van die coupon.

16. De Commissie heeft aldus het bedrag aan staatssteun dat met de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden was gemoeid, onjuist berekend. Indien zij rekening had gehouden met de aangepaste vergoeding, was dit mogelijk van invloed geweest op de beoordeling van zowel de kwalificatie als staatssteun, als de verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt, met name de beoordeling van de bijdrage van ING of van de omvang van de maatregelen om verstoringen van de mededinging op te heffen.

17. De herstructureringssteun die in artikel 2, eerste alinea, van de litigieuze beschikking als staatssteun is aangemerkt, omvat de steun die vermoedelijk resulteert uit de gewijzigde terugbetalingsvoorwaarden, doch onderscheidt deze niet van de rest van de steun. Die eerste alinea moet derhalve in haar geheel nietig worden verklaard.

⁷ — Zie verder de punten 1-49 van het bestreden arrest.

18. De Commissie heeft de omvang van de compenserende maatregelen onderzocht in het licht van, onder meer, de uit de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden voortvloeiende steun. Gezien de door de Commissie begane vergissingen kan zij niet langer staande houden dat de herstructureringssteun de aanzienlijke steun is op basis waarvan de compenserende maatregelen zijn gewaardeerd. De Commissie heeft derhalve ten onrechte vastgesteld dat de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden ongeveer 2 miljard EUR steun vertegenwoordigde. De onrechtmatigheid van deze vaststelling leidt tot onrechtmatigheid van de tweede alinea van artikel 2 van de litigieuze beschikking en bijlage II bij die beschikking, voor zover de verenigbaarheid van de herstructureringssteun afhangt van een analyse en van verbintenissen waarvan de inhoud moet worden beoordeeld aan de hand van de herstructureringssteun, die de additionele steun omvat.

Hogere voorziening en procedure voor het Hof

19. De Commissie verzoekt het Hof:

- het bestreden arrest te vernietigen, de vorderingen in eerste aanleg te verwerpen en het Koninkrijk der Nederlanden en ING te verwijzen in de kosten;
- subsidiair, de zaak te verwijzen naar het Gerecht voor hernieuwde beslissing, en de beslissing omtrent de kosten aan te houden;
- meer subsidiair, artikel 2, derde alinea, van de litigieuze beschikking nietig te verklaren en het Koninkrijk der Nederlanden en ING in de kosten van de hogere voorziening te verwijzen.

20. De Commissie voert zes middelen aan:

- in de eerste plaats bestaat er geen verplichting om het beginsel van de particuliere investeerder toe te passen op een wijziging van terugbetalingsvoorwaarden ter zake van een maatregel die zelf staatssteun vormde;
- in de tweede plaats heeft het Gerecht de inkomsten die de lidstaat heeft gederfd als gevolg van de gewijzigde terugbetalingsvoorwaarden, onjuist gewaardeerd;
- in de derde plaats was het Gerecht, zelfs indien de Commissie de gewijzigde terugbetalingsvoorwaarden ten onrechte als staatssteun had aangemerkt, niet bevoegd om artikel 2, eerste alinea, van de litigieuze beschikking geheel nietig te verklaren;
- in de vierde plaats heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met zijn vaststelling dat artikel 2, tweede alinea, van de litigieuze beschikking noodzakelijkerwijs onrechtmatig is omdat de Commissie ten onrechte heeft vastgesteld dat de gewijzigde terugbetalingsvoorwaarden staatssteun inhielden;
- in de vijfde plaats heeft het Gerecht ultra petita beslist door artikel 2, tweede alinea, van de litigieuze beschikking en bijlage II daarbij nietig te verklaren;
- in de zesde plaats en subsidiair, had het Gerecht, wanneer het artikel 2, eerste en tweede alinea, van de litigieuze beschikking en bijlage II daarbij terecht heeft nietig verklaard, niet ervan kunnen afzien artikel 2, derde alinea, van de litigieuze beschikking nietig te verklaren.

21. Het Koninkrijk der Nederlanden is van mening dat de zes middelen ongegrond zijn, en verzoekt het Hof:

- de hogere voorziening af te wijzen en de Commissie in de kosten te verwijzen;

— subsidiair, de zaak te verwijzen naar het Gerecht.

22. ING stelt dat verschillende middelen geheel of gedeeltelijk niet-ontvankelijk zijn, niet ter zake dienend dan wel zonder voorwerp zijn, en dat de hogere voorziening in haar geheel ongegrond is. ING verzoekt het Hof:

— de hogere voorziening gedeeltelijk niet-ontvankelijk en/of niet ter zake dienend te verklaren, in haar geheel af te wijzen en de Commissie in de kosten te verwijzen;

— subsidiair, de zaak te verwijzen naar het Gerecht en de beslissing over de kosten aan te houden.

23. DNB, interveniënte in eerste aanleg aan de zijde van ING, verzoekt het Hof het eerste en het vierde middel ongegrond te verklaren.

24. Het Hof heeft ingestemd met een tweede memoriëwisseling, beperkt tot het eerste middel. De terechtzitting van 26 september 2013 richtte zich met name op het eerste en het vierde middel.

Parallele ontwikkelingen

25. Op 11 mei 2012, de dag waarop zij in deze zaak hogere voorziening instelde, heeft de Commissie een nieuw besluit met betrekking tot de aan ING toegekende herstructureringssteun vastgesteld.⁸ Hierin heeft zij de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden onderzocht in het licht van het criterium van de particuliere investeerder en geoordeeld dat een investeerder in een markteconomie niet met die voorwaarden zou hebben ingestemd. De Commissie concludeerde dat de wijziging weliswaar staatssteun opleverde, maar dat die, gezien bepaalde door Nederland aangegane verbintenissen, verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt.

26. Dat besluit is door Nederland en ING bij het Gerecht aangevochten, onder meer op grond dat de Commissie het beginsel van de particuliere investeerder onjuist had toegepast. De beroepen zijn evenwel nadien ingetrokken en de zaken zijn doorgehaald in het register.⁹

Eerste middel (toepasselijkheid van het criterium van de particuliere investeerder)

27. In het kader van de redenering in de punten 95 tot en met 114 van zijn arrest heeft het Gerecht opgemerkt dat voor de kwalificatie van een maatregel als steun onder meer is vereist dat deze de begunstigde onderneming een economisch voordeel verschaft dat zij onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen. In het geval van een kapitaalbreng moet worden uitgemaakt of een particuliere investeerder die qua omvang vergelijkbaar is met een openbaar lichaam, in vergelijkbare omstandigheden ertoe zou kunnen worden gebracht een even grote kapitaalbreng te doen. Wanneer de staat, na te hebben besloten in te schrijven op een aan bepaalde terugbetalingsvoorwaarden onderworpen kapitaalbreng in een onderneming, instemt met wijziging van die voorwaarden, kan staatssteun zijn verleend zowel bij de kapitaalbreng, als bij de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden, indien de staat in elk van die situaties niet heeft gehandeld zoals een particuliere investeerder in een vergelijkbare situatie zou hebben gehandeld. De Commissie kon

8 — C(2012) 3150 final – Steun SA.28855 (N 373/2009) (ex C 10/2009 en ex N 528/2009) – Nederland/ING – herstructureringssteun. Zie met name de punten 114-156.

9 — Beschikking van de president van de Eerste kamer van het Gerecht van 6 december 2012 (T-325/12 en T-332/12, Nederland en ING/Commissie).

zich niet aan toetsing van de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden aan het criterium van de particuliere investeerder onttrekken op de enkele grond dat de kapitaalinbreng zelf reeds staatssteun vormde. Pas na die toetsing kon de Commissie vaststellen of er al dan niet sprake was van een additioneel voordeel.

28. In de punten 115 tot en met 125 heeft het Gerecht de analyse van de Commissie van de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden onderzocht en geconcludeerd dat de Commissie het begrip steun onjuist heeft opgevat door niet te beoordelen of de staat, door in te stemmen met die wijziging, heeft gehandeld zoals een particuliere investeerder in een vergelijkbare situatie zou hebben gehandeld, inzonderheid gezien het feit dat de wijziging voorzag in vervroegde terugbetaling en, gezien de marktomstandigheden, meer zekerheid bood voor een bevredigend rendement.

29. Het Gerecht heeft vervolgens in de punten 126 tot en met 134 de waarschijnlijkheid onderzocht dat ING gebruik zou hebben gemaakt van de optie onder de oorspronkelijke terugbetalingsvoorwaarden om de effecten binnen de eerste drie jaar terug te kopen, in het licht van de stelling van de Commissie dat ING hiertoe feitelijk verplicht was, waardoor de staat een bedrag van 2,5 miljard EUR aan inkomsten zou ontvangen, en dat de staat, door met de gewijzigde voorwaarden in te stemmen, afstand heeft gedaan van zijn recht op die inkomsten en daarmee additionele steun heeft verleend. Volgens het Gerecht zou ING van de optie slechts gebruik hebben gemaakt in bepaalde specifieke omstandigheden die niet bewaarheid werden en evenmin waarschijnlijk waren.

30. Volgens de Commissie heeft het Gerecht ten onrechte geoordeeld dat zij de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden aan het criterium van de particuliere investeerder had moeten toetsen. Kern van haar argument vormt de stelling dat de wijziging niet kan worden beschouwd als een individuele maatregel, die gescheiden van de kapitaalinjectie kan worden onderzocht. Vaststaat dat de kapitaalinjectie een staatssteunmaatregel is, waarvan de oorspronkelijke terugbetalingsvoorwaarden een bestanddeel zijn. Die maatregel vormde een verplichting die de staat als overheid moest aangaan, teneinde een ernstige verstoring van de Nederlandse economie door het ineensinken van een nationale systeembank te voorkomen. Een particuliere investeerder zou zich nimmer in die situatie kunnen bevinden, zodat toepassing van het beginsel van de particuliere investeerder op de kapitaalinjectie – en de oorspronkelijke dan wel gewijzigde voorwaarden voor terugbetaling ervan – niet aan de orde was. Vereist was alleen de beoordeling of de wijziging voor ING een additioneel voordeel opleverde.

31. De andere partijen zijn in wezen van mening dat de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden losstond van de oorspronkelijke kapitaalinjectie. Nadat die injectie had plaatsgevonden, bevond de staat zich in een situatie waarin een particuliere investeerder zich had kunnen bevinden – een houder van effecten. Een dergelijke investeerder kon heel wel op rationele economische gronden opnieuw willen onderhandelen over de terugkoopvoorwaarden van de effecten. Dat was het geval bij de Nederlandse Staat, die er de voorkeur aan gaf een weliswaar potentieel hoger, maar minder zeker rendement in te wisselen voor een gegarandeerde betaling die, ook indien zij lager zou uitvallen, een bevredigend rendement op de investering opleverde. Toepassing van het criterium van de particuliere investeerder was dus niet alleen mogelijk, maar volgens de rechtspraak ook noodzakelijk om uit te maken of de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden staatssteun opleverde.

32. ING betoogt voorts dat de Commissie een niet-ontvankelijk feitelijk argument aanvoert met haar stelling dat de kapitaalinjectie en de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden deel uitmaken van een reeks verbonden maatregelen.

33. Dit ontvankelijkheidsbezwaar overtuigt mij niet. De feitelijke verbanden tussen de maatregelen staan niet ter discussie. Aan de orde is de rechtsvraag of het Gerecht in het licht van die verbanden kon beslissen dat de Commissie bij de beoordeling van de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden het criterium van de particuliere investeerder had moeten toepassen.

34. Bovendien draait dit middel enkel en alleen om die vraag. Wat de uitkomst van de toepassing van het criterium zou zijn geweest, is niet relevant. De discussie is in zekere mate naar deze laatste kwestie verlegd en in zoverre moet daaraan worden voorbijgegaan. Bovendien heeft de Commissie het criterium inmiddels toegepast en zijn de bezwaren tegen de wijze van toepassing ingetrokken.¹⁰ Dit doet evenwel niet af aan het feit dat moet worden beoordeeld of het Gerecht terecht heeft beslist dat het in de litigieuze beschikking moest worden toegepast.

35. In mijn optiek moeten ten aanzien van het criterium van de particuliere investeerder twee vragen worden beantwoord: i) is het handelen van de staat van dien aard dat een zinvolle vergelijking met het handelen van een particuliere investeerder mogelijk is; en ii) indien dat het geval is, is dat handelen dan ingegeven door overwegingen die enkel of ten minste primair relevant zijn voor de staat als overheid, of had datzelfde handelen kunnen plaatsvinden „onder vergelijkbare marktomstandigheden door een particuliere investeerder die zich in een situatie bevindt die zo dicht mogelijk die van de staat benadert”?¹¹ Stap i) betreft de toepasselijkheid van het criterium, stap ii) de toepassing ervan. In casu is enkel de toepasselijkheid aan de orde.

36. De Commissie hecht eraan aan de toepasselijkheid van het beginsel van de particuliere investeerder te beperken. Zij vreest wellicht dat bij een systematische toepassing van het beginsel een maatregel die, in het licht van alle omstandigheden, niet door een rationele particuliere investeerder zou zijn genomen, kan worden geacht aan het criterium te voldoen.¹² Is dat het geval, dan is dat een kwestie van algemene aard. In casu kan dit slechts worden beoordeeld in relatie tot de omstandigheden van de kapitaalinjectie aan ING en de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden.

37. Het staat vast dat, wat de kapitaalinjectie als zodanig aangaat, geen zinvolle vergelijking heeft plaatsgevonden tussen het handelen van de staat en dat van een particuliere investeerder. Door de „redding” van een nationale systeembank in de context van de ernstige financiële crisis die in 2008 uitbrak, handelde de Nederlandse Staat geheel en al in zijn hoedanigheid van soevereine overheid, uit bezorgdheid om de stabiliteit van de nationale economie in haar totaliteit. Dat is simpelweg niet een hoedanigheid waarin een willekeurige particuliere investeerder zou of kan handelen. Vaststaat voorts dat de kapitaalinjectie zoals die aanvankelijk was voorzien, in haar totaliteit moest worden beoordeeld, met inbegrip van de oorspronkelijke terugbetalingsvoorwaarden die integraal deel uitmaakten van het steunpakket.

38. De vraag rijst derhalve of de gewijzigde terugbetalingsvoorwaarden op dezelfde grondslag moesten worden beoordeeld als de oorspronkelijke voorwaarden, of dat de wijziging als een individuele maatregel moest worden beschouwd.

39. Ik zie twee mogelijke benaderingen: de kapitaalinjectie opnieuw in haar totaliteit beoordelen, daarbij de oorspronkelijke terugbetalingsvoorwaarden vervangen door de gewijzigde, en aldus opnieuw het steunbedrag vaststellen; dan wel de wijziging van de voorwaarden beoordelen als een individuele maatregel en vaststellen of en, zo ja, in hoeverre staatsmiddelen zijn aangewend om ING een voordeel te verschaffen. Bij de eerste benadering zou de beoordeling van de terugbetalingsvoorwaarden een integraal onderdeel hebben gevormd van de beoordeling van de kapitaalinjectie door de staat in zijn rol van overheid, en zou geen zinvolle vergelijking met het handelen van een particuliere investeerder mogelijk zijn geweest. De Commissie is evenwel uitgegaan van de tweede benadering. Of die benadering de juiste was, is hier niet van belang. Feit is dat dit de benadering is waarvoor de Commissie heeft gekozen.

10 — Zie de punten 25 en 26 hierboven.

11 — Arrest EDF (reeds aangehaald, punt 79).

12 — Mogelijk speelt ook nog een punt van praktische aard, aangezien het criterium van de particuliere investeerder een complexe economische beoordeling inhoudt en de systematische toepassing ervan dus een te zware wissel zou trekken op de middelen van de Commissie. Een dergelijke overweging is evenwel juridisch niet relevant.

40. De Commissie kan nu dus moeilijk betogen dat de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden onlosmakelijk met de kapitaalinjectie was verbonden en slechts volgens dezelfde criteria kon worden beoordeeld. Ik ben bovendien van mening dat het handelen van de staat, wanneer men die wijziging als individuele maatregel beschouwt, heel goed te vergelijken valt met dat van een particuliere investeerder.

41. De aanvankelijke kapitaalinjectie hield inderdaad staatssteun in en een particuliere investeerder kan zich per definitie nimmer in de situatie bevinden dat hij staatssteun toekent. Door de aanvankelijke steun werd de staat evenwel houder van effecten, die onder specifieke voorwaarden moesten worden teruggekocht. Ook een particuliere investeerder kan zich in die situatie bevinden. Als de waarde van de door de staat gehouden effecten hoger was dan gebruikelijk bij een particuliere investeerder, lijkt mij dat geen beslissende overweging. Hetzelfde geldt voor de vraag of de effecten ongebruikelijk van aard waren, zoals de Commissie heeft gesteld – wat hoe dan ook een vraag van feitelijke aard is, die in een hogere voorziening buiten de bevoegdheid van het Hof valt. Een houder van effecten, ongeacht het aantal en de aard van die effecten, kan opnieuw willen onderhandelen of instemmen met nieuwe onderhandelingen over de voorwaarden voor terugkoop ervan. Het is dus zinvol het handelen van de staat in dat opzicht te vergelijken met dat van een hypothetische particuliere investeerder in een vergelijkbare situatie. De vraag waar het volgens mij om gaat, is simpelweg: „Zou het voor een particuliere investeerder die, om wat voor reden dan ook, effecten in zijn bezit heeft onder dezelfde voorwaarden, en die oog heeft voor de marktomstandigheden, rationeel zijn geweest om met eenzelfde wijziging van die voorwaarden in te stemmen?”

42. Ik wil benadrukken dat ik tot dit standpunt kom op grond van het feit dat de Commissie de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden in dit geval heeft opgevat als een individuele maatregel die de toekenning van een identificeerbaar voordeel aan ING met gebruikmaking van staatsmiddelen betreft. Of die benadering juist of geschikt is, laat ik in het midden. Had de Commissie echter de kapitaalinjectie in plaats daarvan als één geheel beoordeeld, met inbegrip van de gewijzigde terugbetalingsvoorwaarden, dan hadden mijns inziens de door mij hierboven in punt 36 genoemde risico's, ook bij toepassing van het criterium van de particuliere investeerder, vermeden kunnen worden. Indien voor de kapitaalinjectie als geheel staatsmiddelen zouden zijn gebruikt om een voordeel te verschaffen zonder voldoende financiële compensatie of rendement op de specifieke transactie (anders dan een algemeen voordeel voor de nationale economie), zou waarschijnlijk niet aan het criterium van de particuliere investeerder zijn voldaan. Die beoordeling is evenwel achterwege gelaten, en de vraag of het beginsel toepasselijk was, heeft zich dus niet voorgedaan. De wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden is feitelijk beoordeeld als een individuele maatregel, en er was daarom geen reden de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder achterwege te laten.

43. Ik acht dit eerste middel dan ook ongegrond.

Tweede middel (waardering van de inkomstenderving)

44. In de punten 135 tot en met 142 van zijn arrest heeft het Gerecht opgemerkt dat de Commissie, zo zij al had kunnen concluderen dat de staat inkomsten heeft gederfd, het bedrag van de inkomstenderving onjuist heeft bepaald. De Commissie heeft geen rekening gehouden met het feit dat na wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden, de couponbetaling die de op het moment van vervroegde aflossing opgelopen rente vertegenwoordigde, niet meer afhankelijk was van de uitkering van dividend aan de houders van gewone aandelen. De Commissie droeg kennis van dat gegeven en mocht dat niet buiten beschouwing laten. De Nederlandse Staat heeft 258,5 miljoen EUR ontvangen bij de vervroegde terugbetaling op 21 december 2009 – welk bedrag hij niet zou hebben ontvangen onder de oorspronkelijke terugbetalingsvoorwaarden, aangezien voor het jaar 2009 geen dividend is uitgekeerd. Ofschoon de Commissie dat bedrag niet bij voorbaat kon kennen, had zij zich wel moeten afvragen welke gevolgen de mogelijkheid van een dergelijke betaling kon hebben voor de hoogte van de

additionele steun als bedoeld in de litigieuze beschikking. Het bedrag van een eventuele inkomstenderving voor de staat is derhalve in de litigieuze beschikking enkele honderden miljoenen euro's te hoog ingeschat, een onjuistheid die de beoordeling van het begrip steun door de Commissie aantast.

45. De Commissie stelt in de eerste plaats dat ING op basis van de door Nederland overgelegde aanvankelijke terugbetalingsvoorwaarden bij terugbetaling van de kapitaalinjectie hoe dan ook de opgelopen rente moest betalen, en dat de terugbetalingsvoorwaarden volgens Nederland in het herziene herstructureringsplan ongewijzigd waren gebleven; de in 2009 daadwerkelijk betaalde rente is derhalve terecht niet in mindering gebracht. De Nederlandse regering en ING betwisten het gestelde, maar menen dat het om een feitelijk argument gaat dat het Hof in hogere voorziening niet kan toetsen.

46. De Commissie betoogt in de tweede plaats dat de rente die zij niet in mindering heeft gebracht (een maximum van 303 miljoen EUR) niet van invloed had kunnen zijn op de kwalificatie van de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden als staatssteun, de beoordeling van de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt, of de omvang van de verbintenissen die bij wijze van compenserende maatregelen waren aangegaan. De Nederlandse regering en ING antwoorden hierop dat de betrokken verbintenissen (in bijlage II bij de litigieuze beschikking) niet vrijwillig zijn aangegaan, maar door de Commissie zijn opgelegd in verband met het door haar vastgestelde bedrag van de staatssteun. Indien dat bedrag juist was vastgesteld, zou de omvang van de noodzakelijke verbintenissen een andere zijn geweest.

47. Ik ben het ermee eens dat het gestelde met betrekking tot de al dan niet juiste omschrijving van de gewijzigde terugbetalingsvoorwaarden in het herziene herstructureringsplan, en de mate waarin deze mogelijk afwijken van de oorspronkelijke voorwaarden, buiten de bevoegdheid van het Hof in hogere voorziening valt. Het Gerecht heeft vastgesteld dat tussen de twee versies verschillen bestonden en dat de Commissie daarvan kennis droeg. De Commissie heeft een andere versie van de feiten gegeven, maar niet gesteld dat het Gerecht het bewijs verkeerd heeft opgevat.

48. De rechtsvraag ten gronde is of het Gerecht terecht aan de hand van zijn feitelijke bevindingen kon concluderen dat „niet [kon] worden uitgesloten” dat, indien de Commissie rekening had gehouden met de door de staat ontvangen additionele rente, zulks de kwalificatie van de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden als staatssteun, of het onderzoek van de verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt, of de omvang van de compenserende maatregelen „zou hebben beïnvloed”, en dat de „beoordeling van het begrip steun” aldus door een feitelijke onjuistheid was aangetast.¹³

49. Uit de weergave van de feiten in de punten 14 en volgende van het bestreden arrest blijkt dat de door Nederland en ING aangegane verbintenissen om de mededingingsverstoringen op te heffen, in wezen door de Commissie zijn opgelegd als voorwaarde om de steun verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te verklaren. De wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden – en in deze hogere voorziening gaat het om de beoordeling daarvan – werd echter pas op 22 oktober 2009 aan de Commissie meegedeeld en er is geen aanwijzing in het bestreden arrest dat de verbintenissen nadien met het oog op die wijziging zijn aangepast. Onzeker lijkt mij ook dat een verschil van 303 miljoen EUR, op een totaal van 1,79 tot 2,2 miljard EUR (een verschil van circa 14 % tot 17 %), van invloed zou zijn geweest op het besluit of er al dan niet sprake was van staatssteun en, zo ja, of deze verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt. Niettemin acht ik het op zijn minst plausibel dat de verbintenissen moesten worden herzien.

13 — Punten 141 en 142 van het bestreden arrest.

50. De door het Gerecht gebruikte formulering („kan niet worden uitgesloten” dat zulks de beoordeling „zou hebben beïnvloed” ten gevolge van de geconstateerde feitelijke onjuistheid) komt mij in die omstandigheden niet ongerechtvaardigd voor. Maar, werd de „beoordeling van het begrip steun” daardoor aangetast? Daar het Gerecht zijn eigen beoordeling niet in de plaats van die van de Commissie mocht stellen, kon het volgens mij alleen tot de conclusie komen dat de Commissie een nieuwe beoordeling moest verrichten op de juiste feitelijke basis.

51. Het tweede middel treft daarom geen doel.

Derde middel (nietigverklaring van de hele eerste alinea van artikel 2 van de litigieuze beschikking)

52. In de punten 151 tot en met 153 van zijn arrest heeft het Gerecht overwogen dat in artikel 2, eerste alinea, van de litigieuze beschikking geen onderscheid is gemaakt tussen de verschillende onderdelen van de als staatssteun bestempelde „herstructureringssteun”, maar dat deze steun de uit de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden voortvloeiende additionele steun van 2 miljard EUR omvatte. Het Gerecht was van oordeel dat gezien de onjuistheden waarop de kwalificatie van de wijziging als additionele steun berustte, de alinea in haar geheel nietig moest worden verklaard.

53. De Commissie stelt dat het Gerecht de eerste alinea van artikel 2 niet in haar geheel nietig mocht verklaren. Aangezien de kwalificatie als staatssteun van de maatregelen buiten de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden (met name de kapitaalinjectie en de IABF) scheidbaar was van een eventuele onjuistheid in de kwalificatie van de wijziging als zodanig, is met de nietigverklaring het evenredigheidsbeginsel geschonden. Bovendien was de eerste alinea slechts een bevestigend besluit ten aanzien van die andere maatregelen (die in de aanvankelijke beschikking reeds waren beoordeeld), en een dergelijke handeling kan in het kader van een procedure tot nietigverklaring niet worden aangevochten. De nietigverklaring van de eerste alinea van artikel 2 van de litigieuze beschikking moet derhalve worden vernietigd voor zover zij ziet op andere maatregelen dan de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden.

54. De Nederlandse regering en ING merken op dat de betrokken alinea uit één enkele zin bestaat, zodat niet een deel daarvan nietig kan worden verklaard terwijl de vaststelling dat bij andere maatregelen dan de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden sprake is van staatssteun formeel in stand blijft. De nietigverklaring moet evenwel worden gelezen in het licht van de motivering van het Gerecht, waaruit blijkt dat het alleen de kwalificatie van de steun die uit de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden voortvloeide, afkeurde. Die nietigverklaring deed bovendien de aanvankelijke beschikking herleven, waarin de kapitaalinjectie was aangemerkt als staatssteun, en de bewuste alinea was niet „louter” bevestigend, nu zij was gebaseerd op een heronderzoek van de feiten, waaronder de nieuwe feiten met betrekking tot de gewijzigde voorwaarden.

55. De kwestie waar het hier om gaat, is met name een formele. Betwist wordt niet dat het Gerecht niet de kwalificatie van de maatregelen buiten de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden als staatssteun in de beschikking als zodanig nietig heeft willen verklaren, noch wordt gesteld dat het dat had moeten doen. De vragen die rijzen zijn: wat was het gevolg van de nietigverklaring van de gehele eerste alinea van artikel 2 van de litigieuze beschikking, en had het Gerecht, op basis van zijn conclusie dat de kwalificatie van de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden als staatssteun onjuist was, anders kunnen handelen?

56. Met betrekking tot het gevolg van de nietigverklaring merkt de Commissie terecht op dat een beroep tot nietigverklaring van een beschikking die slechts de bevestiging is van een eerdere, niet binnen de termijn bestreden beschikking, niet-ontvankelijk is.¹⁴ Deze regel, die de ontvankelijkheid van een beroep tot nietigverklaring betreft, weerspiegelt echter niets anders dan het feit dat de eerdere beschikking niet meer nietig kan worden verklaard, zodat nietigverklaring van de bevestigende beschikking geen gevolgen heeft voor de rechtspositie. Voor zover dus artikel 2, eerste alinea, van de litigieuze beschikking een bevestiging vormde van eerdere beschikkingen waarbij de maatregelen als staatssteun waren gekwalificeerd, kon de nietigverklaring daarvan geen gevolgen hebben voor die eerdere vaststellingen. Deze conclusie betreft in ieder geval de vaststellingen dat de kapitaalinjectie en de IABF staatssteun inhielden.¹⁵ Wat de garanties aangaat, is de situatie in de litigieuze beschikking minder duidelijk beschreven, maar ik zie niets waaruit blijkt dat er een eerdere beschikking is geweest waarin de reeds betaalde garanties als staatssteun waren aangemerkt.¹⁶

57. Nietigverklaring van de gehele eerste alinea van artikel 2 van de litigieuze beschikking zou derhalve a) geen gevolgen hebben voor de eerdere kwalificatie van de kapitaalinjectie en de IABF als staatssteun, doch b) niet alleen leiden tot nietigverklaring van de kwalificatie als staatssteun, in de litigieuze beschikking zelf, van de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden, maar ook van de steun in het kader van de kredietgarantieregeling. De kwalificatie van deze laatste steun is echter in de procedure in eerste aanleg niet betwist.

58. Met betrekking tot de mogelijkheid die het Gerecht had om anders te handelen, verwijst de Commissie naar een voorbeeld waarin het Gerecht inderdaad een vergelijkbare alinea in een staatssteunbeschikking nietig verklaarde voor zover deze betrekking had op bepaalde onder die alinea vallende, maar niet afzonderlijk gespecificeerde bedragen.¹⁷ Het Hof heeft in vergelijkbare omstandigheden vrijwel hetzelfde gedaan, door bijvoorbeeld een beschikking tot terugbetaling van aan vier ondernemingen verleende steun nietig te verklaren voor zover in het bedrag rente was begrepen die was vervallen nadat twee van de ondernemingen, die niet specifiek in de betrokken passage van het dispositief van de beschikking werden genoemd, failliet waren verklaard.¹⁸ Ik zie geen reden waarom het Gerecht in het bestreden arrest niet een soortgelijke benadering had kunnen volgen.

59. Ik meen dan ook dat het derde middel slaagt voor zover het Gerecht, door de gehele eerste alinea van artikel 2 van de litigieuze beschikking nietig te verklaren, de vaststelling in die beschikking dat de door ING in het kader van de nationale kredietgarantieregeling ontvangen garanties staatssteun inhielden, nietig heeft verklaard.

Vierde middel (noodzakelijke onrechtmatigheid van artikel 2, tweede alinea, van de litigieuze beschikking)

60. In de punten 154 tot en met 160 van zijn arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat de additionele steun die de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden opleverde, een bestanddeel vormt van de door de Commissie beoordeelde herstructureringssteun. Die additionele steun kan niet worden gescheiden van het dispositief van de litigieuze beschikking en het daaraan ten grondslag liggende onderzoek van „de bepaling van de mate waarin verbintenissen moeten zijn aangegaan opdat de steun verenigbaar kan worden verklaard”. De onrechtmatigheid van de vaststelling dat er sprake is van ongeveer 2 miljard EUR additionele steun, bracht derhalve noodzakelijkerwijs de onrechtmatigheid met zich van artikel 2, tweede alinea, van de litigieuze beschikking, waarin de steun verenigbaar is

14 — Zie, bijvoorbeeld, arrest van 29 november 2012, Verenigd Koninkrijk/Commissie (C-416/11 P, punt 32).

15 — Zie de punten 97 en 99 van de litigieuze beschikking.

16 — Toekomstige garanties worden in de litigieuze beschikking wel genoemd, maar zullen volgens de beschikking in een afzonderlijk besluit worden beoordeeld (zie punt 47).

17 — Arrest van 13 september 2010, Griekenland e.a./Commissie (T-415/05, T-416/05 en T-423/05, Jurispr. blz. II-4749).

18 — Arrest van 12 oktober 2000, Spanje/Commissie (C-480/98, Jurispr. blz. I-8717).

verklaard met de gemeenschappelijke markt „mits de in bijlage II beschreven verbintenissen in acht worden genomen”, en van bijlage II zelf, voor zover de verenigbaarheid van de herstructureringssteun afhangt van een analyse en van verbintenissen waarvan de inhoud moet worden beoordeeld aan de hand van de herstructureringssteun, die de additionele steun omvatte.

61. De Commissie stelt in wezen dat het Gerecht daarbij een onjuiste benadering heeft gevolgd, omdat de verbintenissen zijn aangeboden door ING en de Nederlandse Staat, en de Commissie niet de bevoegdheid had deze te weigeren, ook al zouden ze verder gaan dan noodzakelijk voor de opheffing van de mededingingsverstoringen. Zelfs al zou dus de Commissie het totale steunbedrag te hoog hebben gewaardeerd, had dit geen gevolgen voor de aangeboden en aanvaarde compenserende maatregelen, en vormde dit derhalve geen rechtvaardiging voor de nietigverklaring van die delen van de litigieuze beschikking waarin de verbintenissen zijn beschreven op basis waarvan de steun verenigbaar kon worden verklaard. De Commissie stelt voorts dat, nu de litigieuze beschikking geen beschikking is tot beëindiging van een formele onderzoeksprocedure in de zin van artikel 7 van verordening nr. 659/1999¹⁹, zij aan die beschikking niet overeenkomstig lid 4 van dat artikel voorwaarden kon verbinden.

62. De overige partijen verwijzen naar de punten 14 tot en met 36 van het bestreden arrest, waaruit blijkt dat de Commissie in feite op de vereiste verbintenissen heeft aangedrongen om de steun verenigbaar te kunnen verklaren. Het Gerecht heeft bepaald dat de steun te hoog was gewaardeerd; indien haar beoordeling juist was geweest, had de Commissie niet, zoals zij heeft gedaan, op dergelijke bezwarende verbintenissen hoeven staan.

63. In mijn optiek moeten wij allereerst kijken naar de feitelijke bevindingen van het Gerecht met betrekking tot de oorsprong van de in bijlage II bij de litigieuze beschikking genoemde verbintenissen. Het argument van de Commissie dat de litigieuze beschikking geen beschikking is tot beëindiging van een formele onderzoeksprocedure, acht ik in dit verband niet relevant. Van belang is of – volgens de bevindingen van het Gerecht – de Commissie de voorwaarden van de verbintenissen in bijlage II bij de litigieuze beschikking al dan niet heeft opgelegd; is dat het geval, dan kan zij zich niet zonder meer beroepen op het argument dat zij niet bevoegd was met minder zware verbintenissen akkoord te gaan.

64. Uit de beschrijving van de administratieve procedure in de punten 9 tot en met 37 van het bestreden arrest blijkt duidelijk dat de Commissie herhaaldelijk heeft aangegeven welke maatregelen zij noodzakelijk achtte en ook heeft gesteld dat het herstructureringsplan zonder die maatregelen niet zou worden goedgekeurd. Het Gerecht gebruikt bewoordingen als „verzoeken van de Commissie” (punt 20), „zoals door de Commissie werd verlangd” (punt 29) en „om aan de verwachtingen van de Commissie te voldoen” (punt 31). Van een dergelijk gedrag van de Commissie na de kennisgeving van de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden op 22 oktober 2009 blijkt daarentegen niet, en dit Hof is niet bevoegd vast te stellen of tussen voormelde datum en 6 november 2009, toen een einde kwam aan de correspondentie over de ontwerpbeschikking, een of meer verbintenissen van bijlage II op initiatief van de Commissie of van een andere partij zijn gewijzigd.

65. Maar, het Gerecht heeft de conclusie waartegen de Commissie met dit middel opkomt, niet gebaseerd op de aanname dat de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden specifieke verbintenissen noodzakelijk maakte. Het heeft juist overwogen dat de omvang van de verbintenissen die de Commissie bereid was te aanvaarden, in zijn geheel rechtstreeks en proportioneel afhing van de hoogte van de steun, eveneens in zijn geheel, derhalve met inbegrip van de uit de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden voortvloeiende steun, waarvan het Gerecht reeds had vastgesteld dat de beoordeling daarvan onjuist was. Het is in deze context dat de Commissie stelt dat zij niet bevoegd was de omvang van de verbintenissen te bepalen en dat de redenering van het Gerecht onjuist is.

19 — Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag (PB L 83, blz. 1).

66. Die redenering lijkt mij inderdaad niet toereikend, maar niet op de door de Commissie gestelde gronden. De enige conclusie die uit de feitelijke vaststellingen in de punten 9 en volgende van het bestreden arrest valt te trekken, is dat de omvang van de verbintenissen die de Commissie bereid was te aanvaarden, is bepaald vóór 20 oktober 2009. De kennisgeving van de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden na die datum bracht dus geen verandering in die verbintenissen. Bijgevolg was er voor het Gerecht geen reden om de delen van de litigieuze beschikking waarin de verenigbaarheid van de steun afhankelijk werd gesteld van die verbintenissen, nietig te verklaren. Indien de Commissie dat deel van het arrest op die gronden had aangevochten, zou ik haar grief gegrond hebben geacht.

67. Het middel van de Commissie staat of valt echter met haar stelling dat zij geen invloed kon uitoefenen op de vrijwillig door de lidstaat en de bank aangegane verbintenissen, hetgeen wordt tegengesproken door de bevindingen van het Gerecht ten aanzien van de feiten. Aangezien de Commissie niet heeft gesteld dat de feiten onjuist zijn voorgesteld, kan dit middel naar mijn mening niet slagen.

Vijfde middel (nietigverklaring ultra petita van artikel 2, tweede alinea, van de litigieuze beschikking)

68. In de punten 64 en 66 van zijn arrest heeft het Gerecht de vorderingen van de verzoekers uiteengezet: Nederland vorderde nietigverklaring van „artikel 2, eerste alinea, van de litigieuze beschikking, die mede steunt op de constatering in punt 98 van deze beschikking dat de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden voor de kapitaalinbreng door de Nederlandse Staat additionele staatssteun aan ING inhoudt ter waarde van 2 miljard EUR”; ING formuleerde drie vorderingen, waarvan enkel de eerste door het Gerecht is onderzocht: nietigverklaring van de litigieuze beschikking „voor zover daarbij de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden voor de kapitaalinbreng wordt aangemerkt als additionele staatssteun ten bedrage van 2 miljard EUR”.

69. In het dictum van zijn arrest heeft het Gerecht de eerste alinea en de tweede alinea van artikel 2 van de litigieuze beschikking en bijlage II bij de beschikking nietig verklaard.

70. Volgens de Commissie heeft het Gerecht, door artikel 2, tweede alinea, van de litigieuze beschikking en bijlage II daarbij nietig te verklaren, zijn bevoegdheden overschreden, inbreuk gemaakt op het lijdelijkheidsbeginsel, ultra petita beslist, en een procedurefout gemaakt waardoor aan de belangen van de Commissie afbreuk is gedaan. De door het Gerecht onderzochte vorderingen betroffen enkel nietigverklaring van de eerste alinea van artikel 2, en niets in de formulering van die vorderingen (met name niet het woord „mede”) of de antwoorden van partijen op de schriftelijke vragen die het Gerecht voorafgaand aan de terechtzitting heeft gesteld, kon de reikwijdte daarvan uitbreiden tot andere delen van de litigieuze beschikking.

71. Nadat de eerste alinea van artikel 2 van de litigieuze beschikking (de vaststelling dat de herstructureringssteun staatssteun inhield) nietig was verklaard, zijn volgens de Nederlandse regering de vaststelling in de tweede alinea (dat de steun verenigbaar was „mits de in bijlage II beschreven verbintenissen in acht worden genomen”) en de verbintenissen zonder voorwerp geraakt; het Gerecht heeft dus niet ultra petita beslist door die bepalingen van de litigieuze beschikking nietig te verklaren op de vordering tot nietigverklaring van de eerste alinea van artikel 2. ING meent dat het middel niet-ontvankelijk is, op grond dat de Commissie de duidelijkheid en de nauwkeurigheid van het gevorderde niet ter discussie heeft gesteld in eerste aanleg. Beide partijen betogen dat ING in haar tweede vordering (streckende tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking „voor zover de Commissie aan goedkeuring van de steun de voorwaarde heeft verbonden van aanvaarding van de in de beschikking en bijlage II daarbij vermelde prijsleiderschapsverboden”) wel degelijk nietigverklaring van de tweede alinea van artikel 2 heeft gevorderd.

72. Ik kan niet instemmen met het door ING aangevoerde bezwaar tegen de ontvankelijkheid van dit middel. Het is duidelijk dat eerst nadat het Gerecht uitspraak heeft gedaan, aan de orde kan worden gesteld of het ultra petita heeft beslist.

73. Ik kan mij in de kern wel vinden in het door de Nederlandse regering gestelde. De nietigverklaring van de vaststelling dat de herstructureringssteun staatssteun vormde in de zin van artikel 87, lid 1, EG – en derhalve in beginsel onverenigbaar was met de gemeenschappelijke markt – hield in dat er niet langer sprake was van staatssteun en dus ook niet meer van onverenigbaarheid. De vaststelling dat de steun met de gemeenschappelijke markt verenigbaar was mits bepaalde verbintenissen in acht werden genomen, kon bijgevolg niet in stand blijven, aangezien dit erop zou neerkomen dat verbintenissen werden verlangd met betrekking tot steun die ook zonder die verbintenissen verenigbaar was. De nietigverklaring van de tweede alinea van artikel 2 van de litigieuze beschikking en bijlage II bij die beschikking vloeide dan ook noodzakelijkerwijs voort uit de nietigverklaring van de eerste alinea van artikel 2, zoals door partijen werd verlangd in de door het Gerecht onderzochte vorderingen.

74. Bijgevolg faalt het vijfde middel.

Zesde middel (subsidiair: verzuim om artikel 2, derde alinea, van de litigieuze beschikking nietig te verklaren)

75. In het dictum van zijn arrest heeft het Gerecht de eerste en de tweede alinea van artikel 2 van de litigieuze beschikking (waarin respectievelijk is vastgesteld dat de herstructureringssteun staatssteun vormde en dat de steun verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt mits aan de verbintenissen van bijlage II werd voldaan) nietig verklaard, en de derde alinea, waarbij de aan ING opgelegde tijdelijke beperking van de balansgroei werd opgeheven, in stand gelaten.

76. Voor het geval dat de voorgaande middelen niet zouden slagen, stelt de Commissie subsidiair dat het Gerecht, nadat het de eerste en de tweede alinea van artikel 2 van de litigieuze beschikking nietig had verklaard, blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door niet ook de derde alinea nietig te verklaren.

77. In de aanvankelijke beschikking was de verbintenis opgenomen dat ING haar balansgroei zou limiteren om de door de kapitaalinjectie veroorzaakte verstoring van de mededinging te beperken. In het licht van die verbintenis besloot de Commissie dat zij de kapitaalinjectie voorlopig kon goedkeuren. De uit de aanvankelijke beschikking voortvloeiende tijdelijke beperking van de balansgroei werd opgeheven door de derde alinea van artikel 2 van de litigieuze beschikking. Het besluit om die beperkingen op te heffen en de verenigbaarverklaring waren gebaseerd op dezelfde analyse en verbintenissen en vormden een ondeelbaar geheel, met een onscheidbare motivering. Indien het Gerecht die analyse en verbintenissen terecht nietig heeft verklaard, had ING niet bevrijd mogen worden van de beperking van de balansgroei die voorafgaand aan de vaststelling van de litigieuze beschikking aan de bank was opgelegd. De derde alinea in stand laten, wijzigt de inhoud van de beschikking. Het Gerecht mocht ING door de nietigverklaring niet in een betere positie brengen dan voor de litigieuze beschikking het geval was, noch kon het zijn beoordeling in de plaats stellen van die van de Commissie in de aanvankelijke beschikking, waarin zij de kapitaalinjectie voorlopig goedkeurde.

78. De Nederlandse regering vraagt zich af hoe het Gerecht de derde alinea van artikel 2 nietig had kunnen verklaren, nu dit niet was gevorderd. De derde alinea heeft na de nietigverklaring van de eerste en de tweede alinea niet haar nut verloren. Of die nietigverklaring tot de nietigverklaring van de derde alinea moet leiden, vergt een inhoudelijke beoordeling die het Gerecht alleen kan verrichten indien daarom is verzocht, en die niet aan het Hof is in hogere voorziening. Bovendien is het middel zonder voorwerp geraakt. Op 11 mei 2012 heeft de Commissie een nieuw besluit genomen, waarin zij opnieuw heeft verklaard dat de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden staatssteun vormt (zonder

deze evenwel te kwantificeren) en zij de steun onder dezelfde voorwaarden heeft goedgekeurd. ING voert soortgelijke argumenten aan: het middel is kennelijk niet-ontvankelijk, aangezien de Commissie in eerste aanleg niets van dien aard heeft gevorderd, en het middel is na het besluit van 11 mei 2012 zonder voorwerp geraakt.

79. De nietigverklaring van artikel 2, eerste alinea, van de litigieuze beschikking (en daarmee, als onvermijdelijk gevolg, van de tweede alinea van dat artikel) heeft naar mijn mening (zoals de Nederlandse regering in de context van het derde middel heeft betoogd) de aanvankelijke beschikking waarin de kapitaalinjectie als staatssteun was bestempeld, doen herleven. In het bestreden arrest valt te lezen dat de Commissie in die beschikking had gepreciseerd dat, indien binnen zes maanden een herstructureringsplan werd ingediend, de geldigheid van de aanvankelijke beschikking automatisch zou worden verlengd tot een besluit over dat plan was genomen.²⁰ Die geldigheid werd dus verlengd tot het moment waarop de litigieuze beschikking werd vastgesteld. De nietigverklaring van de eerste twee alinea's van artikel 2 van de litigieuze beschikking betekende dat er niet langer een besluit met betrekking tot het herstructureringsplan bestond. Als logisch gevolg daarvan had de aanvankelijke beschikking, waarin een beperking van de balansgroei van ING was voorzien, haar verlengde geldigheid moeten herkrijgen in afwachting van een nieuwe eindbeslissing.

80. Het Gerecht heeft evenwel artikel 2, derde alinea, van de litigieuze beschikking in stand gelaten en daarmee – vermoedelijk onbedoeld, aangezien dit in het bestreden arrest niet is gemotiveerd – de inhoud van de aanvankelijke beschikking gewijzigd.

81. De argumenten van partijen op dit punt verschillen – niet verrassend – van hun argumenten in het kader van het vijfde middel. De Commissie heeft zich in dat middel op het standpunt gesteld dat het Gerecht niet een deel van de beschikking nietig had mogen verklaren waarvan de nietigverklaring niet door verzoekers specifiek was gevorderd, en de andere partijen hebben in dat verband aangevoerd dat die nietigverklaring automatisch voortvloeide uit de nietigverklaring van de eerste alinea van artikel 2 van de litigieuze beschikking. Het onderhavige middel is door de Commissie slechts subsidiair aangevoerd, zodat van een tegenstrijdigheid in haar benadering geen sprake is. Bij de andere partijen lijkt dat echter wel zo te zijn.

82. In lijn met mijn beoordeling van het vijfde middel stel ik vast dat het Gerecht, nadat het de eerste alinea van artikel 2 van de litigieuze beschikking nietig had verklaard, niet alleen bevoegd maar zelfs gehouden was zowel de tweede als de derde alinea van dat artikel nietig te verklaren, om te voorkomen dat de inhoud van de aanvankelijke beschikking, die haar geldigheid had herkreten en door de nietigverklaring van de eerste alinea was verlengd, zou worden gewijzigd.

83. Ik acht voorts het door ING aangevoerde bezwaar tegen de ontvankelijkheid van dit middel niet houdbaar. Men kan niet van de Commissie verlangen dat zij in eerste aanleg had moeten vorderen wat zij nu vordert, aangezien haar enige doel juist handhaving van de litigieuze beschikking was.

84. Ik acht het zesde middel daarom gegrond.

Gevolgen van de beoordeling

85. Ik ben tot de conclusie gekomen dat het derde middel ten dele slaagt en het zesde middel in zijn geheel. Het bestreden arrest zou bijgevolg moeten worden vernietigd voor zover daarbij, door de nietigverklaring van de gehele eerste alinea van artikel 2 van de litigieuze beschikking, niet van die nietigverklaring is uitgesloten de vaststelling dat de door ING in het kader van de nationale kredietgarantieregeling ontvangen garanties staatssteun vormden, en voor zover daarbij is verzuimd de derde alinea van dat artikel nietig te verklaren.

20 — Punt 10 van het bestreden arrest; punten 71-74 van de aanvankelijke beschikking.

86. Het komt mij voor dat een dergelijke uitspraak volstaat om de hogere voorziening af te handelen zonder dat de zaak behoeft te worden verwezen naar het Gerecht voor hernieuwde beslissing. Bovendien brengt het bestaan van de latere beschikking van de Commissie van 11 mei 2012 mee dat de praktische gevolgen van de uitspraak beperkt zullen zijn.

87. In overeenstemming met de artikelen 138, 140 en 184 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof dient elk van de partijen mijns inziens de eigen kosten te dragen.

Conclusie

88. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging:

- het bestreden arrest te vernietigen voor zover daarbij, door de nietigverklaring van de gehele eerste alinea van artikel 2 van de litigieuze beschikking, niet van die nietigverklaring is uitgesloten de vaststelling dat de door ING in het kader van de nationale kredietgarantieregeling ontvangen garanties staatssteun vormden, en voor zover daarbij is verzuimd de derde alinea van dat artikel nietig te verklaren;
- elk der partijen in de eigen kosten van de hogere voorziening te verwijzen.