



Сборник съдебна практика

РЕШЕНИЕ НА ОБЩИЯ СЪД (първи състав)

2 март 2012 година *

„Държавни помощи — Финансов сектор — Помощ, предназначена за поправянето на сериозно смущение в икономиката на държава членка — Капиталова вноска с възможност за получателя на помощта да изкупи обратно или да преобразува ценните книжа — Промяна на условията за изплащане в хода на административното производство — Решение, с което помощта се обявява за съвместима с общия пазар — Понятие за държавна помощ — Предимство — Критерий за частния инвеститор — Необходима и пропорционална връзка между размера на помощта и обхвата на мерките, предназначени да осигурят съвместимостта на помощта“

По дела T-29/10 и T-33/10

Кралство Нидерландия, за което се явяват, г-жа С. Wissels, г-жа М. У. de Vries и г-жа М. de Ree, в качеството на представители, подпомагани от Р. Glazener, avocat,

жалбоподател по дело T-29/10,

ING Groep NV, установено в Амстердам (Нидерландия), представлявано първоначално от О. Brouwer, М. Кнапен и J. Blockx, avocats, впоследствие от Brouwer и Blockx, avocats, и М. O'Regan, solicitor,

жалбоподател по дело T-33/10,

подпомаган от

De Nederlandsche Bank NV, установена в Амстердам (Нидерландия), представлявана първоначално от В. Nijs и G. van der Klis, avocats, впоследствие от Van der Klis, Petite и S. Verschuur, avocats, и накрая от Petite и Verschuur, avocats,

срещу

Европейска комисия, за която се явяват г-н Н. van Vliet, г-н L. Flynn и г-н S. Noë, в качеството на представители,

ответник,

с предмет искания за частична отмяна на Решение 2010/608/ЕО на Комисията от 18 ноември 2009 година относно държавна помощ С 10/09 (ex N 138/09), приведена в действие от Нидерландия за механизъм за подкрепа (back-up facility) на неликвидните активи на ING и план за нейното реструктуриране (ОВ L 274, 2010 г., стр. 139),

* Езици на производството: нидерландски и английски.

ОБЩИЯТ СЪД (първи състав),

състоящ се от: г-н J. Azizi, председател, г-н S. Frimodt Nielsen (докладчик) и г-н H. Kanninen, съдии,

секретар: г-н J. Plingers, администратор,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното заседание от 12 юли 2011 г.,

постанови настоящото

Решение

Обстоятелства в основата на спора

- 1 Жалбоподателят по дело T-33/10, ING Groep NV (наричано по-нататък „ING“), е финансова институция със седалище в Амстердам (Нидерландия), която предлага банкови, инвестиционни и застрахователни услуги (застраховки живот и пенсионни застраховки) на частни лица, дружества и институционални клиенти в повече от 40 страни. ING е съставено от два основни правни субекта, а именно ING Bank NV (наричана по-нататък „ING Banque“) и ING Verzekeringen NV (наричано по-нататък „ING Assurance“). В края на 2008 г. счетоводният баланс на ING е 1 332 милиарда евро, над 75 % от които произлизат от неговите банкови дейности (съображение 12 от Решение 2010/608/ЕО от 18 ноември 2009 година относно държавна помощ С 10/09 (ex N 138/09), приведена в действие от Нидерландия за механизъм за подкрепа (back-up facility) на неликвидните активи на ING и план за нейното реструктуриране (ОВ L 274, 2010 г., стр. 139, наричано по-нататък „обжалваното решение“).
- 2 За доброто разбиране на спора, първо, следва да се представят накратко различните мерки за помощ, които Кралство Нидерландия предоставя на ING за преодоляване на сериозните смущения в икономиката на страната в резултат от световната финансова криза, второ, да се посочат основните хронологични етапи на предприетите от Европейската комисия административни производства по отношение на тези мерки за помощ, и трето, да се представи съдържанието на обжалваното решение, по-специално що се отнася до елементите, които имат най-голямо значение за разглеждането на настоящите жалби.

1. Мерки за помощ, предоставени на ING

- 3 От точка 2.3 от обжалваното решение следва, че ING получава три мерки за помощ от Нидерландия, а именно капиталова вноска (наричана по-нататък „първата мярка за помощ“ или „капиталова вноска“), мярка за обезценените активи (наричана по-нататък „втората мярка за помощ“ или „мярка за обезценените активи“), която се нарича още механизъм за подкрепа на „неликвидните активи“, и множество гаранции за средносрочни задължения (наричани по-нататък „третата мярка за помощ“).
- 4 Първата мярка за помощ се състои в извършено на 11 ноември 2008 г. увеличаване на капитала посредством емитирането на 1 милиард ценни книжа на ING без право на глас и право на дивиденди, записани изцяло от Кралство Нидерландия на емисионна цена от 10 EUR за ценна книга. Тази операция позволява на ING да увеличи основния си капитал, наречен „Core Tier 1“ (капитал от първи ред), с 10 милиарда евро. Съгласно условията за изплащане, предвидени в сключеното между Кралство Нидерландия и ING споразумение за записване на капитал, по инициатива на ING тези ценни книжа трябва да бъдат изкупени обратно на цена от 15 EUR за

ценна книга (премия за обратно изкупуване в размер на 50 % спрямо емисионната цена) или след три години да бъдат преобразувани в обикновени акции. Ако ING избере опцията за преобразуване, нидерландските власти все пак могат да поискат от ING да изкупи обратно ценните книжа по курс от 10 EUR за ценна книга ведно с натрупаната лихва. На Кралство Нидерландия се плаща купон върху ценните книжа само ако ING изплати дивиденди върху обикновените акции.

- 5 Впоследствие Кралство Нидерландия и ING променят условията за изплащане на част от капиталовата вноска. В новите условия се предлага, че ING може да изкупи обратно до 50 % от ценните книжа по тяхната емисионна цена, увеличена с натрупаната лихва при годишен купон в размер на 8,5 % и с премия за предсрочно обратно изкупуване (наречена още „санкция за предсрочно обратно изкупуване“), при условие че курсът на ценните книжа на ING надвишава 10 EUR. Максималният размер на тази премия е 705 милиона евро, а минималният размер — 340 милиона евро, което гарантира минимална вътрешна норма на възвръщаемост в размер на 15 %.
- 6 На 21 декември 2009 г. ING изкупува обратно 50 % от своите ценни книжа, емитирани в рамките на извършеното на 11 ноември 2008 г. увеличаване на капитала, на цена, съответстваща на емисионната цена на тези ценни книжа, увеличена с купон от 8,5 % и с премия за предсрочно обратно изкупуване, близка до минималния размер, така че общата възвръщаемост за Кралство Нидерландия след датата на емитирането им достига минималната вътрешна норма на възвръщаемост в размер на 15 %. Опциите за обратно изкупуване и преобразуване на останалите ценни книжа, емитирани в рамките на посоченото увеличаване на капитала, остават непроменени.
- 7 Втората мярка за помощ се състои в размяна на парични потоци за обезценени активи от портфейл, наречен „Alt-A“, състоящ се от ценни книжа, обезпечени с предоставени в Съединените щати ипотечни кредити върху жилища със значително намалена стойност.
- 8 Третата мярка се състои в гаранции върху поетите от ING задължения в размер на 9 милиарда щатски долара (от които 8,25 милиарда вече са предоставени) и на 5 милиарда евро (от които 4,15 милиарда вече са предоставени). Тези гаранции са предоставени от Кралство Нидерландия срещу комисията.

2. Административни производства относно тези мерки за помощ

- 9 На 22 октомври 2008 г. Кралство Нидерландия уведомява Комисията за първата мярка за помощ (дело № 528/08).
- 10 На 12 ноември 2008 г. Комисията приема Решение С (2008) 6936 по дело № 528/08 относно държавна помощ, предоставена от Кралство Нидерландия на ING (наричано по-нататък „първоначалното решение“). В това решение след анализ, в който са отчетени „обществено-политическите съображения и нуждите на ING“, мотивирали намесата на нидерландската държава, както и „други съображения, които частен инвеститор в никакъв случай не би взел предвид“, Комисията приема, че в закупуването от нидерландската държава на ценните книжа на ING се съдържа елемент на помощ по смисъла на член 87, параграф 1 ЕО (съображения 36—51 от първоначалното решение). При все това Комисията посочва, че тази мярка е съвместима с общия пазар по смисъла на член 87, параграф 3, буква б) ЕО, тъй като е насочена към преодоляване на сериозни затруднения в икономиката на държава членка, резултат от световната икономическа криза (съображения 52—70 от обжалваното решение). Поради това тя решава да не повдига възражения срещу тази мярка и я одобрява като спешна мярка с оглед на финансовата криза за период от шест месеца. Комисията посочва също, че тази мярка ще бъде преразгледана в края на посочения шестмесечен период, по-специално за

да се установи дали подобна мярка може да осигури жизнеспособността на ING в дългосрочен план. Накрая Комисията уточнява, че ако в този шестмесечен период нидерландските власти представят надежден план за реструктуриране в това отношение (наричан по-нататък „план за реструктуриране“), валидността на първоначалното решение ще бъде удължена автоматично до приемането на решение относно този план (съображения 71—74 от първоначалното решение).

- 11 На 4 март 2009 г. Кралство Нидерландия уведомява Комисията за втората мярка за помощ (дело C 10/09, ex N 138/09).
- 12 На 17 март 2009 г. се провежда среща между Комисията, Кралство Нидерландия, ING и De Nederlandsche Bank NV (наричана по-нататък „DNB“) — централната банка на Нидерландия, която освен това е орган, осъществяващ надзор върху нидерландските банки и застрахователни компании. На тази среща Комисията посочва по-специално, че за окончателното одобряване на мярката за капиталовата вноска и мярката за обезценените активи е необходим план за реструктуриране със значителен обхват.
- 13 С писмо от 31 март 2009 г. Комисията уведомява Кралство Нидерландия за решението си да открие предвидената в член 88, параграф 2 ЕО процедура (ОВ С 158, стр. 13, наричано по-нататък „решение за откриване на процедурата“) поради съмнения относно съвместимостта на някои аспекти на мярката за обезценените активи със Съобщението на Комисията относно обработването на обезценените активи в банковия сектор на Общността (ОВ С 72, 2009 г., стр. 1). Все пак тази мярка е одобрена за период от шест месеца (точка VI от решението за откриване на процедурата). В решението за откриване на процедурата се посочва също, че най-късно на 12 май 2009 г. нидерландската държава ще представи план за реструктуриране, който обхваща както мярката за капиталовата вноска, така и мярката за обезценените активи (съображение 83 от решението за откриване на процедурата).
- 14 На 24 април 2009 г. се провежда среща между Комисията, Кралство Нидерландия, ING и DNB. На тази среща Комисията посочва, че мерките за помощ по точка 3 по-горе не биха могли да бъдат одобрени, ако ING не бъде склонно да предприеме съществени мерки по реструктуриране, за да възстанови жизнеспособността си и да смекчи причинените нарушения на конкуренцията (наричани по-нататък „компенсаторни мерки“). Комисията счита по-специално, че ING трябва да спазва забрана за придобиване, забрана за заемане на лидерска позиция по отношение на цените и да се освободи от активите, които надхвърлят предвидените от ING активи, сред които участията ѝ в три предприятия: банка, осъществяваща дейност в Нидерландия, предприятие, осъществяващо дейност в Съединените щати, и предприятие, осъществяващо дейност в Европа.
- 15 На 12 май 2009 г. Кралство Нидерландия уведомява Комисията за плана за реструктуриране на ING. Този план е структуриран съгласно предоставената от Комисията на 2 април 2009 г. схема и включва предложение на ING да намали стойността на баланса си със сума, считана за значителна спрямо констатираната към 30 септември 2008 г. стойност на баланса. ING счита, че не са необходими допълнителни компенсаторни мерки, тъй като посочените в точка 3 по-горе мерки за помощ не водят до конкретни нарушения на конкуренцията. Този план за реструктуриране е допълнен с предоставената на 7 юли 2009 г. допълнителна информация. По този повод ING представя подробни доводи в подкрепа на твърдението си, че не е допуснато нарушение на конкуренцията.
- 16 На 14 юли 2009 г. се провежда първа среща между Комисията, Кралство Нидерландия, ING и DNB, на която се обсъжда представеният на 12 май 2009 г. план за реструктуриране. Комисията започва срещата с представяне на елементите, които счита за необходими, за да одобри плана. В хода на това представяне, озаглавено „Рамка за реструктуриране на ING — първоначално представяне“, тя посочва по-специално, първо, че този план не е надежден, второ, че ако този план не бъде одобрен от нейните служби, мярката за капиталовата вноска и

мярката за обезценените активи би трябвало да се считат за подлежащи на връщане незаконни помощи и, трето, че това одобрение трябва да бъде направено най-късно в средата на август 2009 г., за да може да се приеме решение в края на септември 2009 г. Тя използва това представяне, за да направи подробно резюме на компенсаторните мерки, които счита за необходими, под заглавието „Поставени са основите на рамката за реструктуриране“. Сред исканията от Комисията компенсаторни мерки фигурират пълна забрана за придобиване, забрана за оказване на решаващо влияние върху цените в областта на банкирането на дребно в Нидерландия и забрана за съществено прехвърляне на активи в Нидерландия, в Белгия и в рамките на групата.

- 17 На 31 юли 2009 г. DNB изпраща писмо до Комисията, за да я информира за законовите си задължения по нидерландското право в областта на регулирането и надзора на финансовите институции в Нидерландия. В това писмо тя се позовава и на правото на Европейския съюз, доколкото чрез Европейската система на централните банки (ЕСЦБ) тя допринася за гладкото провеждане на следваните от компетентните власти политики, свързани с разумния надзор на кредитните институции и стабилността на финансовата система (по смисъла на член 105, параграф 5 ЕО). В този контекст DNB посочва, че по силата на нидерландското право тя дава съгласието си под формата на „декларация за липса на възражение“ (Verklaring van geen bezwaar) за всяка значителна мярка по финансово реорганизиране на ING, като се има предвид по-конкретно значението на това предприятие за нидерландската икономика и необходимостта то да разполага с достатъчно капитал, за да изпълнява задълженията си. Накрая DNB информира Комисията за желанието си да се избегне напълно положение, при което в рамките на предвиденото реструктуриране Комисията и DNB биха наложили на ING противоречиви мерки.
- 18 На 5 август 2009 г. се провежда втора среща между Комисията, Кралство Нидерландия, ING и DNB, на която се обсъжда представеният от ING план за реструктуриране. На срещата ING посочва причините, поради които Комисията би трябвало да приеме предложението на 12 май 2009 г. план за реструктуриране. В отговор Комисията припомня, че според нея този план е недостатъчен.
- 19 На 10 август 2009 г. ING, от една страна, и DNB, от друга страна, официално представят на Комисията становищата си по мярката за обезценените активи — предмет на предвидената в член 88, параграф 2 ЕО процедура (дело C 10/09, ex N 138/09). DNB посочва, че Комисията не е поискала представяне на възражения относно мярката за капиталовата вноска, и уточнява, че ако Комисията беше разследвала по-задълбочено тази мярка, DNB щеше да представи възражения в качеството си на надзорен орган. DNB привлича вниманието на Комисията и върху факта, че според нея не е удачно да се налагат компенсаторни мерки в рамките на процедурата по предварително разглеждане на мярка за помощ, тъй като тази процедура не дава възможност на третите заинтересовани лица да представят надлежни становища. Колкото до мярката за обезценените активи в същинския смисъл, DNB посочва по същество, че ING е жизнеспособно предприятие, което се нуждае от помощта на нидерландската държава само поради световната финансова криза, че факторите относно стойността на придобития портфейл и възнаграждението на нидерландската държава са преценени правилно, че няма основание за предоставяне на гаранционна премия и че представеният план за реструктуриране отговаря на очакванията в настоящата ситуация.
- 20 На 13 август 2009 г. с посредничеството на Кралство Нидерландия ING представя на Комисията нов план за реструктуриране. По този повод ING посочва, че това предложение е продиктувано от желанието да се попречи на Комисията да предяви иск за възстановяване на капиталовата вноска, което тя възнамерява да направи, ако не ѝ бъде представен надежден план преди средата на август 2009 г., и от факта, че впоследствие Комисията може да му наложи едностранно всички изисквания във връзка с реструктурирането, които счете за нужни. Този нов план се основава на исканията на Комисията и предвижда различни прехвърляния на

активи, водещи до повече от двойно спрямо първоначално предложеното намаляване на баланса на ING. Като друга възможност, освен прехвърлянето на дяловете си участия в трите посочени от Комисията предприятия, ING възнамерява да прехвърли едно от тези предприятия, а именно това, което осъществява дейност в Съединените щати, както и друга структура, която съставлява основната му застрахователна дейност в Нидерландия.

- 21 На 15 август 2009 г. DNB информира Комисията, че потенциалните последици за ING от предложеното от Комисията прехвърляне на банката, осъществяваща дейност в Нидерландия, са такива, че е много малко вероятно ING да получи декларация за липса на възражение в това отношение от DNB.
- 22 На 18 август 2009 г. нидерландската държава предава на ING копие от електронно писмо, изпратено от комисаря по конкуренцията г-жа N. Kroes, в което последната посочва начина, по който според нея може да се постигне задоволителен резултат. Първо, комисарят по конкуренцията счита, че „от гледна точка на процедурите по разглеждане на държавни помощи ING не може да се счита за напълно здрава банка“, тъй като ING е получило помощ под формата на рекапитализация и на мярка за обезценени активи, които представляват повече от 2 % от претеглените му спрямо риска активи (risk weighted assets, наричани по-нататък „RWA“). Второ, г-жа N. Kroes сочи все още съществуващото между страните несъгласие относно оценката на стойността на портфейла, наречен „Alt-A“, както и относно размера на възнаграждението, което трябва да получи нидерландската държава. Трето, тя посочва, че трябва да бъде постигнат по-голям напредък по плана за реструктуриране. В това отношение тя подчертава, че предложението на ING за прехвърляне на основната му застрахователна дейност в Нидерландия е в правилната посока, но е необходимо да се направи нещо повече. Според нея основният въпрос се състои по-специално в необходимостта да се сложи край на нарушението на конкуренцията на пазара на банкирането на дребно в Нидерландия. В това отношение тя посочва, че като се има предвид твърде силната позиция на ING на този концентриран пазар, няма друго разрешение, освен да се пристъпи към прехвърляне на активи с критичен размер, за да стане възможно навлизането на пазара на нов оператор. Накрая тя посочва, че „освен ако не бъде постигнат значителен напредък през тази седмица, няма да е възможно в края на септември да бъде прието положително решение“.
- 23 В отговор на писмото на DNB от 31 юли 2009 г. на 21 август 2009 г. комисарят по конкуренцията изпраща писмо до тази банка, в което посочва, че необходимостта да се гарантира финансовата стабилност има особено значение за Комисията и че становищата на надзорните органи по този въпрос ще бъдат взети предвид. По отношение на преценката на мерките по реструктуриране г-жа N. Kroes все пак припомня, че Комисията разполага с изключителни правомощия, за да установи последиците от тези мерки върху общия пазар. Накрая тя посочва, че е взето предвид становището на DNB по дело C 10/09 (ex N 138/09).
- 24 На 1 септември 2009 г. Кралство Нидерландия представя на Комисията икономическа експертиза за конкурентоспособността на нидерландския пазар на банкиране на дребно и на застраховане, която е направена въз основа на последни данни, и потвърждава твърдението, че макар и относително концентриран, пазарът на банкиране на дребно е конкурентоспособен и ефективен.
- 25 На 8 септември 2009 г. след обсъждане с Комисията Кралство Нидерландия представя различно предложение за прехвърляне във връзка с пазара на банкиране на дребно в Нидерландия. Според това предложение вместо банката, която осъществява дейност в Нидерландия, ING следва да прехвърли банка за ипотечни кредити, а именно Westland Utrecht Hypotheekbank (наричана по-нататък „WUH“) и цялата дейност на Interadvies, което е едно от нейните предприятия, поставено под закрилата на Nationale Nederlanden. С електронно писмо от 14 септември 2009 г. Комисията съобщава на Кралство Нидерландия, че счита това предложение за незадоволително.

- 26 На 15 септември 2009 г. Комисията удължава одобрението на мярката за обезценените активи (съображение 4 от обжалваното решение).
- 27 На 25 септември 2009 г. DNB изпраща писмо на Комисията, в което посочва всички причини, поради които, в качеството си на надзорен орган на финансовите дейности на ING, счита това предприятие за жизнеспособно във финансово отношение както преди, така и след получаването на отпуснатата от Кралство Нидерландия помощ. DNB намира това уточнение за необходимо, тъй като иска да попречи на Комисията да се произнесе негативно по този въпрос в рамките на анализ на правилата на конкуренция.
- 28 На 6 октомври 2009 г. комисарят по конкуренцията изпраща електронно писмо до ING, в което обобщава обсъжданията на плана за реструктуриране. В това отношение г-жа N. Kroes предлага няколко възможни разрешения, включително увеличаване на възнаграждението на нидерландската държава в замяна на мярката за обезценените активи или на прехвърлянето на предприятие на ING, което осъществява дейност в Германия, в допълнение към прехвърлянето на WUH/Interadvies. Накрая тя посочва, че ако ING не се отнесе сериозно към процедурата, Комисията няма да има друг избор, освен да започне задълбочена процедура по разследване и така ING ще „пропусне шанса си“.
- 29 На 12 октомври 2009 г. с посредничеството на Кралство Нидерландия ING предоставя на Комисията друг план за реструктуриране. Като посочва различното становище на ING по редица въпроси и като извежда на преден план желанието на ING да не представя други мерки за оттегляне на инвестиции, особено на вътрешния си пазар, този план се позовава неколкостранно на предложенията на комисаря по конкуренцията, направени в електронното писмо от 6 октомври 2009 г. По-конкретно в него се предвиждат различни прехвърляния, водещи до намаляване на баланса на ING с 45 %, тоест почти три пъти спрямо предложението в представения на 12 май 2009 г. план за реструктуриране, пълна забрана за придобиване и за поемане на ангажименти за спазване на определено поведение като изискваните от Комисията.
- 30 На 16 октомври 2009 г. Комисията иска от ING и DNB да оттеглят становищата си, представени на 10 август 2009 г. в рамките на предвидената в член 88, параграф 2 ЕО процедура (дело C 10/09, ex N 138/09).
- 31 На 21 октомври 2009 г. ING изпраща писмо до Комисията, в което посочва, че в отговор на нейното искане ING е съгласно да оттегли горепосоченото становище, за да ѝ позволи да приеме най-късно до 18 ноември 2009 г. окончателно решение относно посочените в точка 3 по-горе мерки за помощи. В това писмо ING все пак посочва, че продължава да счита, че стойността на мярката за обезценените активи е правилно оценена. С електронно писмо Комисията отговаря, че не може да приеме писмо от ING, в което се посочва, че Комисията е тази, която е поискала оттеглянето на становището. Тя уточнява, че се нуждае от писмо, в което да се посочи единствено, че ING оттегля становището си, тъй като то вече не е относимо с оглед на споразумението и на очакваното решение („We need a letter that simply states that ING is withdrawing its observations because they are [no] longer valid in view of the settlement and the expected decision“). В заключение Комисията посочва, че няма да започне процедурата по вземане на решение, докато не получи такова писмо („Once again, I will not start the decision process before I have not [sic] received such a letter“). Вследствие на това електронно писмо на 21 октомври 2009 г. ING изпраща ново писмо, което отговаря на изискванията на Комисията.
- 32 Същия ден DNB също изпраща писмо до Комисията, в което посочва, че по искане от страна на последната тя е съгласна да оттегли становището си, доколкото Комисията счита, че това оттегляне е необходимо за своевременното разрешаване на въпроса за капиталовата вноска и механизма за подкрепа на „неликвидните активи“. DNB посочва, че макар да продължава да поддържа доводите, които излага в становището си, тя е готова да оттегли това становище, тъй като това би позволило да се сложи край на несигурността, с която се сблъсква ING, и

- следователно е в интерес на финансовата стабилност. На следващия ден, в резултат на исканията на Комисията в този смисъл, DNB отново изпраща писмо до Комисията, като този път посочва, че оттегля становището си, без да споменава факта, че това оттегляне е поискано от Комисията, и без да изтъква, че то е в „интерес на финансовата стабилност“.
- 33 На 22 октомври 2009 г. Кралство Нидерландия представя преработения план за реструктуриране на ING. На тази дата то уведомява Комисията за изменение на посочените в точка 4 по-горе условия за изплащане (наричано по-нататък „изменение на условията за изплащане“).
- 34 По-нататък Комисията и ING си разменят няколко писма, що се отнася по-специално до елементите, които са взети предвид в рамките на новите условия за изплащане, от една страна, и до материалното естество и географския обхват на желаната от Комисията забрана за поемане на лидерска позиция по отношение на цените, от друга страна.
- 35 На 6 ноември 2009 г. в 4 ч. и 12 мин. сутринта Комисията изпраща на Кралство Нидерландия и на ING проект на първата част от решението, което възнамерява да приеме, като ги моли да проверят изложените в него данни преди 10 часа. Този проект съдържа 92 съображения и се отнася до точки 1—4 от бъдещото обжалвано решение, а именно точките относно процедурата, описанието на фактите, представянето на плана за реструктуриране и мотивите за започване на разследване. В съображение 30 от посочения проект, което впоследствие става съображение 34 от обжалваното решение, след споменаване на изпратеното от Кралство Нидерландия изменение на споразумението за изплащане, се посочва, от една страна, че „[с] други думи, като се отчете фактът, че в обичайния случай ING трябва да заплати премия за обратно изкупуване в размер на 2,5 млрд. евро, това изменение би довело до допълнително предимство за ING в размер на между 1,79 и 2,2 млрд. евро в зависимост от пазарната цена на акциите на ING“, и от друга страна, че „Нидерландия [обяснява], че причината за изменението е на ING да се осигурят условия за излизане от схемата [, сходни с] условията, предоставени на SNS и Aegon при [капиталовите вноски], които са получили от Нидерландия“.
- 36 С електронно писмо от 6 ноември 2009 г., изпратено в 8 ч. и 45 мин. сутринта, ING съобщава на Комисията, че много трудно може да прегледа 23 страници в предоставения за отговор срок и пита дали е възможна известна гъвкавост по отношение на часа, в който трябва да представи становище. С електронно писмо от същия ден, изпратено в 11 ч. и 2 мин. сутринта, ING съобщава на Комисията, че почти е приключило с изготвянето на коментарите си, които скоро ще бъдат изпратени. При все това ING отбелязва, че предложението на Комисията относно забраната за заемане на лидерска позиция по отношение на цените все още не е прието от отговорните лица и все още е предмет на вътрешно обсъждане. С електронно писмо от същия ден, изпратено в 11 ч. и 15 мин., Комисията отговаря, че продължава да очаква коментарите на ING и същевременно уточнява, че е искала е да узнае дали изпратеният проект съдържа фактически грешки, а не да получи коментари по предложения текст, макар че ще се запознае с тези коментари.
- 37 В рамките на същия ден ING изпраща коментарите си на Комисията, която отговаря, че по-голямата част от тях не се отнасят до фактически грешки, а по-скоро до предложения с цел приемането на нова редакция. Освен това Комисията иска да бъдат направени уточнения по някои от коментарите на ING, което отговаря с електронно писмо на 6 ноември 2009 г. в 19 ч. и 37 мин.
- 38 На 18 ноември 2009 г. Комисията приема обжалваното решение.

3. Съдържание на обжалваното решение

- 39 Въпреки заглавието на обжалваното решение, в което се споменава само втората мярка за помощ (дело № 138/09), с посоченото решение Комисията се произнася и по помощта, предоставена под формата на капиталова вноска (дело № 528/08) (вж. по-специално съображения 1, 32—35, 97—100, 133 и 156, както и член 2, първа и втора алинея от обжалваното решение), и по помощта, предоставена под формата на гаранции за средносрочни задължения, одобрени с решенията на Комисията относно нидерландската схема за гарантиране на кредити (дела № 524/08 и № 379/09).
- 40 Що се отнася до предоставените от Кралство Нидерландия гаранции под формата на третата мярка за помощ, в обжалваното решение се посочва, че те попадат в нидерландската схема за гарантиране на кредити, която е одобрена първоначално с Решението на Комисията от 30 октомври 2008 г. (дело № 524/08), а впоследствие с Решението на Комисията от 7 юли 2009 г. (дело № 379/09) (съображение 5 от обжалваното решение).
- 41 Във встъпителната част на обжалваното решение Комисията припомня, че е дала на държавите членки и на останалите заинтересовани страни възможност да представят становищата си в съответствие с предвиденото в Договора за ЕО. Тя засяга този въпрос в решението за откриване на процедурата (вж. точка 13 по-горе) и уточнява, че не е получила никакви становища от заинтересованите страни.
- 42 В съображения 33—35 от обжалваното решение, изложени в точка 2 със заглавие „Описание на фактите“, Комисията представя капиталовата вноска и изменението на условията за изплащане, както следва:
- „(33) Емисионната цена за вливането на 10 млрд. евро основен капитал от първи ред е била 10 EUR за ценна книга. По инициатива на ING ценните книжа могат или да се изкупят обратно по цена от 15 EUR на ценна книга (премия за изкупуване в размер на 50 % към емисионната цена), или след три години да бъдат преобразувани в обикновени акции при съотношение едно към едно. Ако ING задейства опцията за преобразуване, Нидерландия има възможност да избере алтернативното изкупуване на ценните книжа по курс от 10 EUR на ценна книга плюс натрупана лихва. Даден купон ще се плаща на Нидерландия само ако върху обикновените акции се изплащат дивиденди.
- (34) В рамките на плана за реструктуриране Нидерландия представи изменение на споразумението за изплащането от ING на ценните книжа от първи ред. В съответствие с изменените условия ING може да изкупи обратно до 50 % от основните ценни книжа от първи ред на емисионната цена (10 EUR) плюс натрупаната [лихва при годишен купон] в размер на 8,5 % (около 253 млн. евро), плюс санкция за предсрочно обратно изкупуване, [ако курсът на акциите на ING надвишава] 10 EUR. Лихвата за предсрочно обратно изкупуване се увеличава с цената на акциите на ING. За целите на изчисляването на премията за предсрочно обратно изкупуване за цената на акциите е определена горна граница от 12,45 EUR. На това ниво санкцията е 13 % годишно. Санкцията за предсрочно обратно изкупуване би могла да е в размер на максимум 705 млн. евро, ако приемем, че 5-те млрд. евро бъдат възстановени 400 дни след датата на емитиране. Освен това наказателната премия има долна граница в размер на 340 млн. евро, което гарантира минимална вътрешна [норма] на възвръщаемост за Нидерландия в размер на 15 %. С други думи, като се отчете фактът, че в обичайния случай ING трябва да заплати премия за обратно изкупуване в размер на 2,5 млрд. евро, това изменение би довело до допълнително предимство за ING в размер на между 1,79 и 2,2 млрд. евро в зависимост от пазарната цена на акциите на ING. Нидерландия обясни, че причината за изменението е на ING да се осигурят условия за излизане от схемата [сходни с] условията, предоставени на

SNS и Aegon при [капиталови вноски], които са получили от Нидерландия. Тези условия за предсрочно изплащане могат да се прилагат само към възстановяването на 5 млрд. евро (тоест 50 % от първоначалното вливане на капитали).

- (35) ING може да предпочете да се възползва от опцията за обратно изкупуване преди 31 януари 2010 г., но ако бъде постигнато съгласие с Нидерландия, този краен срок може да бъде удължен до 1 април 2010 г. поради извънредни пазарни обстоятелства, ако ING може да докаже, че икономически е невъзможно да се привлече достатъчен основен капитал от първи ред, необходим за обратното изкупуване на 5 млрд. евро по-рано. Такова удължаване подлежи на одобрение от Комисията. ING [има намерение] да се възползва от опцията за обратно изкупуване преди 1 януари 2010 г. Опциите за обратно изкупуване и преобразуване на останалите 50 % остават непроменени“.
- 43 В рамките на преценката на помощта с оглед на член 87, параграф 1 ЕО в съображения 97—99 от обжалваното решение, които са част от точка 5.1, озаглавена „Наличие на помощ“, Комисията посочва следното:
- „(97) Комисията вече установи в решението за откриване на процедурата, че рекапитализацията на ING представлява държавна помощ в размер на сумата на инжектирания капитал, тоест 10 млрд. евро.
- (98) Изменението на премията за обратно изкупуване също представлява държавна помощ, доколкото държавата се отказва от своето право да получи приходи. Тъй като ING вече е съгласило на премия за изкупуване в размер на 150 %, всяко намаляване в действителност представлява пропуснати ползи. Изменението на условията [за] изплащане [на нидерландската капиталовата вноска] води до допълнителна полза за ING. [То] представлява допълнителна помощ в размер на около 2 млрд. евро, както е посочено в съображение 34 по-горе.
- (99) По отношение на мярката за [обезценените активи] в решението за откриване на процедурата Комисията заключи, че мярката представлява помощ. Размерът на помощта, произтичаща от [тази мярка], се изчислява като разликата между трансферната цена (въз основа на действителната икономическа стойност) и пазарната цена на прехвърления портфейл. [...] Получената разлика между трансферната цена и пазарната цена на прехвърленото портфолио е 6,5 млрд. щатски долара, което отговаря на около 5,0 млрд. евро. Поради това се счита, че размерът на помощта от мярката за [обезценените активи] е 5 млрд. евро“.
- 44 По-нататък Комисията разглежда начина, по който въпросните помощи са разпределени в рамките на ING, за да оцени техния размер, като вземе предвид RWA на ING:
- „(100) [Капиталовата вноска от] 10 млрд. евро първоначално е бил[a] разпределен[a] в рамките на групата, както следва: 5 млрд. евро на ING Bank, 4 млрд. евро на ING Insurance и 1 млрд. евро на нивото на холдинга. ING има възможност по всяко време да прехвърли размера на влетия капитал между ING Bank, ING Insurance и [на] нивото на холдинга.
- (101) Освен това 85 % от паричните потоци, прехвърлени на Нидерландия в съответствие с мярката за [обезценените активи] обхващат активи, притежавани от ING Bank и 15 % от активите, притежавани от ING Insurance. Поради това от общия размер на помощта в резултат на мярката за [обезценените активи] (5 млрд. евро) 4,25 млрд. евро се [предоставят] на ING Bank и 0,75 млрд. евро на ING Insurance.
- (102) Това води до общ размер на помощта за ING Bank от 9,25 млрд. евро (което представлява 2,7 % от RWA на ING Bank), общ размер на помощта за ING Insurance от 4,75 млрд. евро (което представлява 50 % от изискванията за маржа на платежоспособност на ING Insurance) и 1 млрд. евро, който остава на нивото на холдинга.

- (103) С цел опростяване и съгласуване на термините, използвани в съобщението относно обезценените активи, общият размер на помощта може да се изрази и само като RWA на ING Bank. В такъв случай двете мерки заедно плюс допълнителната помощ от намаляването на премията за изкупуване в размер на 2 млрд. евро водят до елемент на помощ от около 17 млрд. евро, който възлиза на около 5 % от претеглените спрямо риска активи на ING Bank“.
- 45 В заключение на преценката си по наличието на помощта и като взема предвид всички предоставени на ING мерки за помощ, Комисията посочва в съображение 106:
- „(106) Поради това като цяло ING ще получи помощ за реструктуриране в размер до [12—22] млрд. евро като гаранции за ликвидност и около 17 млрд. евро друга помощ, което възлиза на около 5 % от RWA на банката“.
- 46 В края на анализа си на предоставените на ING мерки, в съображения 155—157 от обжалваното решение Комисията посочва:
- „(155) Заклучава се, първо, че въз основа на измененията, представени от Нидерландия на 20 октомври 2009 г., мярката за [обезценените активи] е в съответствие със съобщението относно обезценените активи и следователно трябва да бъде обявена за съвместима с общия пазар в съответствие с член 87, параграф 3, буква б) [ЕО].
- (156) Второ, заклучава се, че мерките за реструктуриране позволяват на ING да възстанови своята дългосрочна жизнеспособност, че те са достатъчни с оглед на споделянето на тежестта и са адекватни и пропорционални за компенсиране на [нарушенията на конкуренцията, резултат] от въпросните мерки за помощ. Представеният план за реструктуриране отговаря на критериите на съобщението за реструктуриране и поради това следва да се счита за съвместим с общия пазар в съответствие с член 87, параграф 3, буква б) [ЕО]. Поради това мерките за [капиталовата вноска] и гаранциите, които вече са били предоставени, могат да бъдат удължени в съответствие с плана за реструктуриране. При все това следва да се премахнат временните ограничения на счетоводния баланс, наложени с решение № 528/08.
- (157) Трето, заклучава се, че допълнителните мерки за помощ, представени в рамките на плана за реструктуриране, тоест изменението на условията [за изплащане] на основните ценни книжа от първи ред [, прехвърлени на] Нидерландия и предвидените гаранции за задължения, също следва да бъдат обявени за съвместими с общия пазар в съответствие с член 87, параграф 3, буква б) [ЕО], предвид [обхвата] на мерките за отстраняване на нарушаването на конкуренцията, представени в плана за реструктуриране, и факта, че помощта [позволява на] получателя да подобри своята жизнеспособност. Това се отнася и за помощта, произтичаща от променените условия на спогодбите за изплащане на капитала, предоставен от Нидерландия“.
- 47 Ето защо в член 2, първа и втора алинея от обжалваното решение, Комисията посочва, че „[п]омощта за реструктуриране, предоставена от Нидерландия на ING, представлява държавна помощ по смисъла на член 87, параграф 1 [ЕО]“ и че тази „помощ е съвместима с общия пазар, при условие че са спазени ангажиментите, посочени в приложение II“.
- 48 От приложение II следва, че трябва да се спазват различни ангажименти:
- преди края на 2013 г. ING трябва да намали счетоводния си баланс с 45 % спрямо баланса към 30 септември 2008 г. [тоест намаление с 616 милиарда евро спрямо 1 376 милиарда евро (вж. съображение 54 от обжалваното решение)]. За тази цел ING трябва да прехвърли застрахователната си дейност — ING Direct US и други структури (вж. съображение 57 от

обжалваното решение) съгласно график, който предвижда етапи в края на 2011 г., 2012 г. и 2013 г.: 20 % общо намаление на баланса преди края на 2011 г., 30 % — преди края на 2012 г., и 45 % — от датата на приемане на решението до края на 2013 г. По искане на Нидерландия Комисията може да удължи крайния срок,

- Кралство Нидерландия се ангажира, че ING ще спазва забраната за придобиване през период от три години, считано от датата на решението на Комисията или до пълното изкупуване на ценните книжа. Комисията може да разреши придобиване, ако това се окаже от съществено значение за защита на финансовата стабилност или конкурентоспособност на съответните пазари,
 - Кралство Нидерландия се ангажира, че ING ще спазва забрана за заемане на лидерска позиция по отношение на цените. Без предварително разрешение на Комисията ING няма да предлага по-благоприятни цени за определени продукти и пазари от цените на тримата му преки конкуренти, които предлагат най-добри цени. ING Direct ще се въздържа от заемане на лидерска позиция по отношение на определени цени и пазари без предварително разрешение от Комисията. Тези ангажименти се поемат за срок от три години, считано от датата на решението или до пълното изкупуване на ценните книжа,
 - Кралство Нидерландия се ангажира с редица подробни мерки по отношение на ING, сред които по-специално прехвърлянето на дейността WUH/InterAdvies, възстановяването на жизнеспособността, отлагането на купони и обратното изкупуване на ценни книжа от първи и втори ред и ограниченията на политиката относно възнагражденията и търговията,
 - нидерландските власти се ангажират, че пълното изпълнение на плана за реструктуриране на ING ще приключи преди края на 2013 г.
- 49 Впрочем в член 1 от обжалваното решение Комисията посочва в първа алинея, че „[м]ярката за обезценени активи, предоставена от Нидерландия за т.нар. „Alt A портфейл“ на ING, представлява държавна помощ по смисъла на член 87, параграф 1 [ЕО]“, а във втора алинея от същия член — че тази „помощ е съвместима с общия пазар, при условие че са спазени ангажиментите, посочени в приложение I“.

Производство и искания на страните

- 50 На 28 януари 2010 г. Кралство Нидерландия подава жалба в секретариата на Общия съд по дело T-29/10.
- 51 На същата дата ING подава жалба в секретариата на Общия съд по дело T-33/10.
- 52 С отделни актове, подадени заедно с жалбите, Кралство Нидерландия и ING искат, що се отнася до тях, делата да бъдат разгледани по реда на бързото производство и в интерес на това производство те да бъдат съединени.
- 53 На 16 февруари 2010 г. Комисията представя становището си по тези искания, като посочва, че е против исканията за бързо производство и за съединяване на делата.
- 54 С решение от 5 март 2010 г. Общият съд (трети състав) решава да отхвърли исканията за разглеждане на делата по реда на бързото производство. По искане на трети състав с решение от същия ден председателят на Общия съд решава тези дела да се разгледат с предимство съгласно член 55, параграф 2, първо изречение от Процедурния правилник на Общия съд.

- 55 С определение от 15 март 2010 г. на председателя на трети състав на Общия съд дела T-29/10 и T-33/10 са съединени за целите на писмената и устната фаза на производството.
- 56 На 23 април 2010 г. DNB иска да встъпи по дело T-33/10 в подкрепа на исканията на ING.
- 57 С определение от 14 юли 2010 г. Общият съд (трети състав) допуска встъпването на DNB и тя представя становището си на 30 август 2010 г.
- 58 След промяна на съставите на Общия съд първоначално определеният съдия докладчик е включен в първи състав, на който впоследствие е разпределено настоящото дело. Поради това че член от първи състав е възпрепятстван да заседава, в приложение на член 32, параграф 3 от Процедурния правилник председателят на Общия съд назначава друг съдия за допълване на състава.
- 59 По доклад на съдията докладчик Общият съд (първи състав) решава да открие устната фаза на производството и в рамките на процесуално-организационните действия приканва страните да отговорят на редица въпроси относно използваното в член 2, първа алинея от обжалваното решение понятие „помощ за реструктуриране“, от една страна, и относно обхвата на исканията на Кралство Нидерландия и ING, от друга страна (наричани по-нататък „писмените въпроси“).
- 60 Страните отговарят на тези писмени въпроси на 18 май 2011 г.
- 61 В рамките на процесуално-организационните действия Общият съд привлича вниманието на страните върху факта, че по време на съдебното заседание те могат да изложат становищата си по тези отговори, и по-специално по някои въпроси, към които е било привлечено специалното внимание на Комисията, от една страна, и на Кралство Нидерландия, ING и DNB, от друга страна.
- 62 Устните състезания и отговорите на страните на зададените им от Общия съд въпроси са изслушани в съдебното заседание от 12 юли 2011 г.
- 63 Предвид становищата на страните (вж. точки 52 и 53 по-горе) Общият съд съединява настоящите дела за целите на съдебното решение на основание член 50 от Процедурния правилник.
- 64 По дело T-29/10 Кралство Нидерландия моли Общия съд:
- да отмени член 2, първа алинея от обжалваното решение, който е основан, наред с останалото, на изложената в съображение 98 от това решение констатация, че изменението на условията за изплащане на капиталовата вноска на нидерландските власти води до допълнителна помощ за ING от около 2 милиарда евро,
 - да осъди Комисията да заплати съдебните разноски.
- 65 Комисията моли Общия съд:
- да отхвърли жалбата,
 - да осъди Кралство Нидерландия да заплати съдебните разноски.

66 По дело T-33/10 ING, подпомагано от DNB, моли Общия съд:

- да отмени обжалваното решение, доколкото в него се приема, че изменението на условията за изплащане на капиталовата вноска представлява допълнителна помощ в размер на 2 милиарда евро,
- да отмени обжалваното решение, доколкото Комисията поставя одобряването на помощта в зависимост от приемането на забраните за заемане на лидерска позиция по отношение на цените, както това е посочено в решението и в приложение II към него,
- да отмени обжалваното решение, доколкото Комисията поставя одобряването на помощта в зависимост от приемането на условия за реструктуриране, които надхвърлят това, което е пропорционално и се изисква въз основа на съобщението на Комисията относно реструктуриранята,
- да осъди Комисията да заплати съдебните разноски.

67 Комисията моли Общия съд:

- да отхвърли жалбата като частично недопустима и частично неоснователна,
- при условията на евентуалност да отхвърли жалбата като неоснователна,
- да осъди ING да заплати съдебните разноски.

68 Що се отнася до доводите относно допустимостта, Комисията не оспорва допустимостта на първото искане на ING, което се отнася до отмяната на обжалваното решение, доколкото в него се приема, че изменението на условията за изплащане на капиталовата вноска представлява допълнителна помощ в размер на 2 милиарда евро. За сметка на това Комисията изтъква, че не е сигурна дали ING може да оспорва с второто и третото си искане, от една страна, наложената му забрана да упражнява решаващо влияние върху цените, и от друга страна, изискванията, които трябва да спазва при реструктурирането (вж. точка 48 по-горе). Според Комисията обжалваното решение дава право на ING да получи държавна помощ, за която Кралство Нидерландия е поискало одобрение, което е предоставено въз основа на поетите от тази държава ангажименти. Следователно, ако се предположи, че помощта е била правилно определена, обжалваното решение не произвежда никакви правни последици, които могат да увредят интересите на ING. От своя страна последното посочва, че обжалваното решение засяга правното му положение, тъй като държавната помощ е обявена за съвместима с общия пазар с оглед на уточнените в приложение II към обжалваното решение ангажименти и че съдържанието на тези ангажименти е наложено от Комисията, по-специално що се отнася до задължението да продаде определени активи или това да приеме някои ограничения.

От правна страна

69 По дело T-29/10 в подкрепа на искането си за отмяна Кралство Нидерландия посочва три правни основания (вж. точка 64 по-горе). Първото е изведено от нарушение на член 87 ЕО, поради това че в съображение 98 от обжалваното решение е посочено, че изменението на условията за изплащане на капиталовата вноска представлява допълнителна помощ в полза на ING от около 2 милиарда евро. Второто е изведено от нарушение на принципа на добра администрация. Третото е изведено от нарушение на задължението за мотивиране, тъй като Комисията не изложила надлежни мотиви за несъгласието си с изменението на условията за изплащане на капиталовата вноска.

- 70 По дело T-33/10 ING също посочва три правни основания, като уточнява, че всяко от тези правни основания съответства на едно от трите му искания за отмяна (вж. точка 66 по-горе). Първото е разделено на две части и изведено, от една страна, от нарушение на член 87 ЕО, доколкото в обжалваното решение е прието, че изменението на условията за изплащане на капиталовата вноска представлява допълнителна помощ, и от друга страна, от нарушение на принципа на добра администрация, както и на задължението за мотивиране. Второто е изведено от нарушение на разпоредбите относно възможността да се забрани на дадено предприятие да заема лидерска позиция по отношение на цените. Третото е изведено от нарушение на принципа на пропорционалност във връзка с изискванията относно реструктурирането.
- 71 Доводите, които Кралство Нидерландия представя в рамките на трите си правни основания в подкрепа на искането си за отмяна, могат да се обединят с доводите, които ING представя в рамките на двете части на първото си правно основание в подкрепа на първото си искане. Всички тези доводи се отнасят по същество до дадената от Комисията в обжалваното решение квалификация като допълнителна помощ на изменението на условията за изплащане на капиталовата вноска, за което същата е била уведомена от Кралство Нидерландия в рамките на административното производство.
- 72 Следователно най-напред е удачно да се обединят и разгледат всички посочени в точка 71 по-горе доводи. Всъщност тези доводи се разграничават от доводите на ING, изложени в неговото второ и трето правно основание, които се отнасят до последващ аспект на анализа, тоест не до квалификацията на помощта с оглед на член 87, параграф 1 ЕО, а до естеството и обхвата на задълженията, които трябва да се спазват, за да може помощта да бъде съвместима с общия пазар на основание член 87, параграф 3, буква б) ЕО.

А – По квалифицирането като допълнителна помощ

1. Доводи на страните

- 73 По същество жалбоподателите изтъкват два вида доводи срещу квалификацията като допълнителна помощ, направена вследствие на съобщеното в хода на производството изменение на условията за изплащане на капиталовата вноска. Някои от тези доводи се отнасят до материалната законосъобразност и до материалноправните норми, закрепени в член 87, параграф 1 ЕО, най-вече що се отнася до понятието предимство, а други, които често са идентични, се отнасят до процесуалната законосъобразност и почиват на задълженията за полагане на грижа и мотивиране, включително на правото на изслушване или дори само на информиране.

а) По доводите във връзка с член 87, параграф 1 ЕО

- 74 Кралство Нидерландия и ING поддържат, че Комисията неправилно е приела, че изменението на условията за изплащане на капиталовата вноска представлява допълнителна държавна помощ с оглед на член 87, параграф 1 ЕО. Първо, жалбоподателите изтъкват, че ако дадена капиталова вноска съдържа помощ, чийто размер е равен на целия инжектиран капитал, изменението на условията за нейното изплащане не може да се счита за допълнителна държавна помощ. Второ, Кралство Нидерландия изтъква, че при преценката на помощта, предоставена чрез капиталовата вноска, Комисията е трябвало да вземе предвид изменението на условията за изплащане, тъй като тя е била уведомена за това изменение, преди да приеме обжалваното решение. Трето, жалбоподателите изтъкват, че ако се предположи, че Комисията е можела да анализира отделно изменението на условията за изплащане, то в рамките на тази хипотеза тя е допуснала няколко фактически грешки в преценката си: най-напред тя неправилно е приела, че ако не е било

налице такова изменение, ING е щяло да изплати авансово 5 милиарда евро; по-нататък Комисията пропуснала да отчете факта, че благодарение на това изменение плащането на лихвите, които не били платени към момента на изплащането, вече не зависело от плащането на дивидент върху обикновените акции; накрая Комисията не съпоставила поведението на нидерландските власти с това на частен инвеститор. Четвърто, жалбоподателите изтъкват, че Комисията пропуснала да включи в мотивите си факта, че изменението на условията за изплащане е целяло тези условия да бъдат приведени в съответствие с условията, договорени с други нидерландски финансови институции.

По относимостта на извършената в обжалваното решение преценка на размера на помощта, предоставена чрез капиталовата вноска

- 75 На първо място, Кралство Нидерландия и ING, подкрепяни от DNB, припомнят, че дадена държавна мярка представлява помощ, ако получателят ѝ е получил предимство, каквото не би получил при нормални пазарни условия. В случай на капиталова вноска критерият за определяне на предоставеното предимство по принцип бил разликата между условията, при които държавата е предоставила вноската и условията, при които частен инвеститор би направил това. Само когато по изключение на пазара не би могла да бъде получена никаква капиталова вноска, помощта можела да бъде равна на цялата вноска. В този случай изменението на условията, при които е предоставена тази вноска, вече не било релевантно за преценката на обхвата на помощта и не можело да се счита за допълнителна държавна помощ. В настоящия случай обаче Комисията посочва в обжалваното решение, че капиталовата вноска представлява държавна помощ в размер, равен на целия внесен капитал. Следователно тя се разглежда като подарък. При това положение Комисията не можела да приеме, че изменението на условията за изплащане на вноската, което тя приравнява на подарък, представлява „допълнителна помощ“. От логична гледна точка фактът, че предоставеният капитал може да бъде изплатен, навежда на извода, че размерът на предоставената помощ е по-малък от размера на тази вноска. Относно първоначалното решение жалбоподателите посочват, че с него само временно се одобрява мярката по рекапитализация и че на този етап все още няма произнасяне на Комисията относно размера на помощта, предоставена чрез мярката за капиталовата вноска.
- 76 Според Комисията въпросът дали дадена капиталова вноска предоставя предимство, каквото не е можело да бъде получено на пазара, предполага извършването на сложна икономическа преценка, контролът върху която е ограничен. В това отношение тя подчертава, че според първоначалното решение цялата капиталова вноска представлява държавна помощ. Според това решение ING се ползвало от предимство, тъй като без намесата на нидерландската държава то не можело да получи подобно финансиране в такъв срок и при такива условия предвид по-специално нестабилността на пазара. Тази констатация не е оспорена от жалбоподателите, които не са обжалвали първоначалното решение, и поради това не е развита по-задълбочено в обжалваното решение. Комисията посочва също, че за да се прецени дали поведението на държавата е икономически рационално, е необходимо тази преценка да се извърши към момента на предприемане на мерките. Следователно новите условия за изплащане на капиталовата вноска трябвало да се съпоставят с първоначално договорените през октомври 2008 г. между нидерландската държава и ING условия за изплащане, а не с пазарните условия. Тъй като нидерландската държава е отказала да получи част от първоначално предвиденото изплащане, ING следователно се е възползвало от ново предимство.

По необходимостта да се разгледат всички аспекти на капиталовата вноска

- 77 На второ място, Кралство Нидерландия изтъква, че при преценката на мярката за капиталовата вноска Комисията е трябвало да вземе предвид изменението на условията за изплащане, за което била уведомена, преди да приеме окончателно решение по този въпрос. Възприетият от Комисията подход, според който изменена мярка може да се прецени не в окончателната ѝ

форма, а чрез съпоставяне на първоначалните условия за изплащане с променените впоследствие условия, бил несъвместим с член 87, параграф 1 ЕО. Освен това, след като Комисията смятала, че изменението на условията за изплащане представлява допълнителна помощ, която евентуално е незаконосъобразна, тя е трябвало да започне официална процедура по разследване, за да прецени тази мярка. Вместо да подходи по този начин обаче, Комисията разгледала изменението на условията за изплащане в рамките на процедурата относно капиталовата вноска.

- 78 Комисията припомня, че наличието и размерът на дадена помощ се преценяват в светлината на обстоятелствата, които преобладават към момента на предоставянето ѝ, а не към датата на приемане на решението. Така през октомври 2008 г. Кралство Нидерландия предоставило на ING предимство в размер на 10 милиарда евро, тоест цялата капиталова вноска, направена в този момент. Също така през октомври 2009 г. нидерландската държава отново благоприятствала ING, променяйки предвидените година по-рано условия за изплащане. Комисията била длъжна да прецени поотделно всяка от тези мерки, с които се предоставя предимство към различен момент. Що се отнася до първата от тези мерки, Комисията признава, че в първоначалното решение тя временно одобрила тази мярка. Временният характер обаче се отнасял единствено до одобрението на тази мярка, а не до квалифицирането на капиталовата вноска като помощ, което било окончателно още на този етап. Освен това първоначалното решение не можело да се изтъква като довод за това, че всяка последваща мярка в полза на ING, взета по отношение на капиталовата вноска, не може да се счита за допълнителна помощ. Впрочем фактът, че изменението на условията за изплащане е разгледано в рамките на производството, образувано за разглеждане на капиталовата вноска (дело № 525/08), без да е поискано получаването на формално уведомление, бил без значение за това дали са налице две мерки за помощ. Макар и да било вероятно предоставената с това изменение помощ да може да се квалифицира като незаконосъобразна, не било необходимо да се отговаря на този въпрос. В настоящия случай Комисията не счела за необходимо да открива официална процедура по разследване, тъй като според нея изменението на условията за изплащане е свързано със сключеното между Кралство Нидерландия и ING споразумение за записване на капиталовата вноска. По този въпрос обжалваното решение се разглеждало като решение да не се повдигат възражения по смисъла на член 4, параграф 3 от Регламент № 659/1999 на Съвета от 22 март 1999 година за установяване на подробни правила за прилагането на член 93 от Договора за ЕО (ОВ L 83, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 41).

По съпоставянето на условията за изплащане с оглед на принципа на частния инвеститор

- 79 На трето място, в хипотезата, в която Комисията може да извърши отделна преценка на изменението на условията за изплащане на капиталовата вноска, Кралство Нидерландия изтъква, че преценката на Комисията в това отношение е неправилна в няколко аспекта, а ING, подкрепяно от DNB, отбелязва, че посоченото изменение е съобразено с принципа на частния инвеститор.

– По предпоставката, на която се основават разсъжденията на Комисията

- 80 Първо, жалбоподателите оспорват предпоставката, на която се основават разсъжденията на Комисията, а именно че ако не бяха изменени условията за изплащане, ING при всички случаи е щяло да изплати предсрочно 5 милиарда евро. Всъщност в съображения 34 и 98 от обжалваното решение Комисията констатира, че посоченото изменение ще донесе на ING допълнителна помощ от около 2 милиарда евро, произтичаща от съпоставянето на изменените с първоначалните условия. Съгласно първоначалните условия ING можело да изкупи обратно ценните книжа на цена от 15 EUR за ценна книга или от ноември 2011 г. да ги преобразува в акции, като в този случай държавата можела да поиска те да бъдат изкупени по емисионната

цена, увеличена с натрупаната по годишния купон лихва. Следователно в случай на предсрочно изплащане държавата можела да получи премия от 2,5 милиарда евро. При все това предвид значителната стойност на тази премия и движението на курса на акциите било малко вероятно ING да изплати предсрочно капиталовата вноска, ако държавата не беше променила първоначалните условия. ING имало право да изчака до ноември 2011 г., за да преобразува ценните книжа в акции, и ако в този момент държавата е искала да попречи на това преобразуване, единственото възможно разрешение било тя да поиска изплащане по първоначалната емисионна цена от 10 EUR, увеличена с натрупаната по годишния купон лихва. Следователно съществувала опасност участието на държавата да продължи дълго време без никаква възвръщаемост, тъй като купонът зависи от изплащането на дивидент. Отправната точка на мотивите на Комисията, които водят до извода, че съгласно първоначалните условия държавата е можела да получи с около 2 милиарда евро повече от това, което би получила съгласно новите условия, била нереалистична. Комисията сгрешила, като посочила, че държавата се отказала от „своето право да получи приходи“. Предвидената в първоначалното споразумение премия за обратно изкупуване от 50 % по никакъв начин не била „право“ на държавата, тъй като ING било свободно да избере това разрешение или да се откаже от него. Във всеки случай разглеждането на курса на акциите на ING, който бил много по-нисък от 15 EUR, ясно показвало, че нито било възможно, нито дори изгодно за ING да изплати предсрочно 5 милиарда евро съгласно първоначалните условия.

- 81 Впрочем жалбоподателите оспорват смисъла на позоваванията на различни представени от тях в хода на административното производство документи. Така, макар ING да посочва, че неговият приоритет е да намери начин да плати на нидерландската държава възможно най-скоро, това изявление било направено в отговор на въпрос на Комисията дали ING възнамерява да осъществи придобивания в рамките на следващите пет години. Също така не можело да се прави позоваване на представения на Комисията план за реструктуриране в подкрепа на идеята, че във всички случаи ING щяло да изплати капиталовата вноска при първоначалните условия. Хипотезата помощта да бъде върната на 150 % била разгледана в него само за целите на планирането. Освен това при тази хипотеза било предвидено ценните книжа да бъдат изплатени на 150 % от емисионната цена в края на 2013 г., тоест пет години след емитирането, което било съвсем различно от изплащане през 2009 г. Изплащането на 150 % през 2013 г. би донесло годишна възвръщаемост от 12,4 %, което е значително по-малко от възвръщаемост между 15 % и 21,5 %, която държавата е могла да реализира от предсрочното изплащане на 5 милиарда евро въз основа на изменените условия. Изплащането на 150 % една година след емитирането било напълно немислимо. Освен това отговорът на ING на въпрос на Комисията, при който ING посочва, че изплащането преди края на 2010 г. „би било възможно, ако икономическото положение се подобри по-бързо отколкото в разглеждания случай“, също не означавал, че ще се извърши такова изплащане. Впрочем в този отговор ING уточнява, че при всички случаи изплащането през първите три години не било много вероятно поради ограниченията за данъчно признати загуби в Съединените щати, които ограничавали възможността за емитиране на големи количества ценни книжа през този период или за продажба на част от предприятието. Също така следвало да се посочи, че в първоначалното решение Комисията изисква от Кралство Нидерландия да ѝ укаже дали възвръщаемостта на капиталовата вноска била под 10 % (вж. съображения 32 и 67 от обжалваното решение), което ясно показвало, че Комисията знаела, че е възможно да не бъде изплатена премия за обратно изкупуване в размер на 50 %. Накрая Комисията не можела да твърди разумно, че се основала на хипотезата, според която ING ще запази политиката си относно дивидентите и че следователно ще плати годишен купон от 8,5 %. Дивидент може да се изплати само ако е налице печалба, която позволява това. Платен в миналото дивидент, не позволява да се заключи, че такъв дивидент ще бъде платен и в бъдеще, особено при създаденото от финансовата криза положение на несигурност.

82 Комисията изтъква, че вероятността капиталовата вноска да бъде изплатена при първоначалните условия не е част от елементите, които се вземат предвид при преценката на наличие на държавна помощ. Всъщност, за да се прецени наличието на такава помощ, трябвало да се определи дали държавата е предоставила предимство на ING и в конкретния случай дали изменението на условията за изплащане през октомври 2009 г. е дало възможност на ING да върне 5 милиарда евро при по-благоприятни от първоначално договорените условия. Комисията признава, че от ноември 2011 г. нататък ING имало право да преобразува ценните книжа в акции. ING обаче винаги настоявало, че иска да плати на държавата възможно най-скоро. На въпроси, поставени във връзка с плана за реструктуриране, жалбоподателите отговорили на 7 юли 2009 г., както следва: „[п]ървият приоритет на ING е да намери начин да плати на нидерландското правителство във възможно най-кратък срок“, „[и]зплащането е приоритет на управителния съвет на ING и той ще направи всичко възможно, за да извърши възможно най-скоро тези плащания“ и „за целите на планирането плащанията са моделирани по такъв начин, че да бъдат направени изцяло и наведнъж в края на 2013 г. съгласно условията на опцията за обратно изкупуване“. Следователно според ING обратното изкупуване трябвало да бъде извършено при първоначалните условия. Така ING считало за възможно подобно частично предсрочно обратно изкупуване, като твърдяло, че „предсрочно обратно изкупуване или частично предсрочно обратно изкупуване на ценните книжа е възможно при по-бързо подобряване на икономическото положение отколкото в разглеждания случай“. Комисията посочва също, че е вярно, че ING не било длъжно да изкупи обратно или да преобразува ценните книжа и че следователно държавата поема риска участието ѝ да не донесе никаква възвръщаемост дълго време, тъй като купонът, който се плаща на държавата, зависи от заплащането на дивиденди. В съображение 31 от първоначалното решение обаче Комисията посочва, че ING обявило запазване на политиката си относно дивидентите. Впрочем съгласно тази политика преди финансовата криза ING е изплащало ежегодно от 1999 г. нататък дивиденди от поне 0,74 EUR за акция. Според Комисията в съображение 67 от същото решение тя посочила също, че с оглед на изчисляването на вероятната възвръщаемост на държавата от ценните книжа при всички случаи всяка година ще бъде плащан дивидент и че следователно годишният купон от 0,85 EUR също ще бъде платен. Преди това ING не е оспорило по никакъв начин това твърдение.

– По предимството, предоставено на държавата с новите условия

83 Второ, Кралство Нидерландия изтъква, че при преценката на допълнителната помощ Комисията не взела предвид факта, че след изменението на условията за изплащане плащането на натрупаните към този момент лихви вече не зависело от плащането на дивидент. В настоящия случай купонът, дължим върху изплатените на 21 декември 2009 г. 5 милиарда евро, водел до плащане в полза на държавата в размер на 258,5 милиарда евро, която сума нямало да се дължи в случай на изплащане при първоначалните условия. Като не взела предвид това предимство, Комисията във всички случаи надценила твърдяната помощ, чийто размер не бил между 1,79 и 2,2 милиарда, както е посочено в обжалваното решение, а между 1,5 и 1,9 милиарда евро. Впрочем Кралство Нидерландия отбелязва, че то не реагирало по този въпрос във връзка с изпратения от Комисията на 6 ноември 2009 г. проект за изложение на фактите по решението, тъй като Комисията му дала много кратък срок за отговор и не били ясни последиците от това неточно излагане на фактите. Независимо от това, липсата на реакция от страна на нидерландските власти и на ING не можела да поправи грешката, допусната от Комисията в обжалваното решение. Накрая било погрешно да се прокаква убеждението, че държавата можела да иска изплащане на купона през 2009 г. съгласно първоначалните условия, на основание на това, че ING е изплатило дивиденди за 2008 г. Всъщност купоните се плащат на 12 май всяка година с обратно действие. Въпреки че на 12 май 2009 г. държавата наистина получила купон за периода от 12 ноември 2008 г. до 12 май 2009 г., поради това че ING изплатило дивиденди за финансовата 2008 г., в хипотезата на изплащане на 150 % на

21 декември 2009 г. държавата обаче нямало да получи никакъв купон за периода от 12 май до 21 декември 2009 г. съгласно първоначалните условия, тъй като ING не платило никакви дивиденди за финансовата 2009 г.

- 84 Комисията отбелязва, че държавата не посочила това твърдяно предимство в съобщението си за изменението на условията за изплащане. Също така нито нидерландската държава, нито ING възразили срещу твърдяната грешка, когато Комисията им изпратила проект на изложение на фактите по решението, където се споменавало допълнително предимство за ING в размер между 1,79 и 2,5 милиарда евро. Освен това, дори да се предположи, че твърдяната грешка е допусната, това било без значение, тъй като произтичащото от изменението на условията за изплащане предимство се движело, след изменението, между 1,5 и 1,9 милиарда евро, а не както било посочено в обжалваното решение между 1,79 и 2,2 милиарда евро. Следователно преценките, направени в обжалваното решение, се припокриват до голяма степен с тези, които са посочени в жалбата. При липсата на последици по същество тази твърдяна грешка в изчислението не можела да доведе до исканата отмяна. Накрая, тъй като ING платило дивиденди за финансовата 2008 г., държавата е можела да претендира за плащане на купона в случай на изкупуване на ценните книжа през 2009 г. съгласно първоначалните условия.

– По поведението на частен инвеститор

- 85 Трето, Кралство Нидерландия и ING, подкрепяни от DNB, изтъкват че Комисията е трябвало да анализира изменението на условията за изплащане и предложеното възнаграждение от гледна точка на принципа на частния инвеститор. Така жалбоподателите припомнят, че първоначалните условия позволявали на държавата да изисква премия за обратно изкупуване в размер на 50 % в случай на предсрочно изплащане. Като се има предвид обаче движението на курса на акциите в периода между датата на емитиране и края на октомври 2009 г. — курс, който продължавал да бъде много под 15 EUR, — нищо не стимулирало ING да изплати капиталовата вноска преди падежа. При тези обстоятелства жалбоподателите поддържат, че частен инвеститор би счел за привлекателни изменените условия, тъй като те гарантирали възвръщаемост от минимум 15 % годишно за половината от инвестицията. Държавата заменила спекулативна възвръщаемост от 50 %, разпределена между неизвестен брой години, срещу сигурна възвръщаемост между 15 % и 21,5 % годишно за половината от инвестицията си. Това е рационално икономическо решение, още повече че възможността ING да изкупи обратно ценните книжа на 150 % в предвидим срок била малка. Накрая жалбоподателите посочват, че в първоначалното решение Комисията изтъква, че процентът на възвръщаемост, който можел да се очаква по силата на първоначалното споразумение, бил над 10 %, но под 15 %. След изменението на условията за изплащане този процент нараснал в полза на държавата. Във всички случаи, ако ING беше предпочело да изкупи обратно ценните книжа съгласно първоначалното споразумение, щяло да бъде малко вероятно то да плати какъвто и да било дивидент на акционерите си. ING имало нужда да запази печалбата си, за да може да изкупи обратно ценните книжа. DNB посочва също, че изменените условия са за предпочитане от регулаторна гледна точка, тъй като те улесняват излизането на държавата и позволяват бързо изплащане на капиталовата вноска при процент, който е по-голям от процента, който Комисията счита за подходящ.

- 86 Що се отнася до довода, изведен от факта, че издадените във връзка с капиталовата вноска ценни книжа струват повече на ING от обикновените акции, поради по-високия купон и предоставените на държавата права, което стимулирало ING да изплати капиталовата вноска възможно най-бързо, жалбоподателите изтъкват, че в крайна сметка курсът на акциите на ING е определящ за съществуването на реална възможност за предсрочно изплащане на капиталовата вноска при първоначалните условия. При курс, много по-нисък от 15 EUR, ING не е в състояние да осъществи емитирането на капитал, необходимо за събиране на сумата за обратното изкупуване. Фактът, че ING купило ценните книжа на цена от 11,21 EUR за ценна книга, при положение че средният курс на акциите на ING за предходния период бил под

10 EUR, не променял нищо и се обяснявал с разминаването, която неизбежно съществува между момента, в който е обявена операцията, и момента на нейното одобряване и последващо реализиране. Що се отнася до съмненията на Комисията относно движението на курса на акциите на ING, който можел да позволи предсрочно изплащане при първоначалните условия, жалбоподателите изтъкват, че трябва да се постави въпросът дали през есента на 2009 г. при избор между предсрочно изплащане съгласно изменените условия и запазването на първоначалните условия частен инвеститор е можел да очаква реално, че курсът на акциите на ING ще се покачи в предвидим срок на такова равнище, че за ING да стане изгодно изплащане на 150 % съгласно първоначалните условия. През есента на 2009 г. нищо не давало основание за такова очакване с оглед на движението на курса на акциите по това време и общото усещане, че кризата далеч не е преодоляна. Впрочем последвалото движение на курса на акциите потвърждавало това предположение. Следователно Комисията не можела да претендира, без да даде допълнителни уточнения, че е напълно възможно курсът на акциите да се покачи до 15 EUR през „следващите години“. Що се отнася до довода, че съществуват и други сценарии за възвръщаемост, Комисията продължавала да допуска грешка, като считала, че обратното изкупуване на ценните книжа на цена от 15 EUR в рамките на първите три години било реална възможност, което през есента на 2009 г. не било така от гледна точка на частен инвеститор. В отговор на довода, изведен от краткия промеждутък от време и връзката между първоначалното споразумение и неговото изменение, които били пречка за прилагането на принципа на частния инвеститор, Кралство Нидерландия посочва, че Комисията защитавала противоположна теза, когато става дума за това дали изменението на условията за изплащане може да се счита за помощ независимо от капиталовата вноска. В настоящия случай ставало дума за една и съща капиталова вноска, предоставена за преодоляване на сериозното смущение в икономиката на държава членка, на която са променени само условията за изплащане.

87 Комисията поддържа, че поведението на държавата не може да се сравнява с това на частен инвеститор. Всъщност било малко вероятно частен инвеститор да одобри договореното от нидерландската държава изменение на условията за изплащане. По принцип Комисията счита, че принципът на частния инвеститор не се прилага към допълнителна мярка в полза на получателя на държавна помощ в процес на реструктуриране. Според Комисията, след като на предприятие в затруднено положение вече е била предоставена помощ за реструктуриране, останалите финансови помощи поначало не следва да се анализират съгласно принципа за частния инвеститор. Тъй като обаче първоначалното споразумение и споразумението за изменение били сключени в доста кратък промеждутък от време, съответно на 11 ноември 2008 г. и на 24 октомври 2009 г., в рамките на реструктурирането на ING поради финансовата криза, изменението на условията за изплащане не можело да се отдели от първоначалното споразумение, за да се прецени с оглед на критерия за частния инвеститор. Във всеки случай спорното изменение не било съобразено с този критерий. Правилният въпрос бил дали с оглед на факта, че през 2009 г. ING възнамерявало да закупи обратно половината от ценните книжа, изменението на условията за изплащане му предоставило предимство спрямо първоначалното споразумение, какъвто именно бил случаят. Освен това в хода на административното производство жалбоподателите не само потвърдили многократно, че ING иска да изплати бързо капиталовата вноска, но и че тези ценни книжа водели и до неблагоприятни последици за ING и за неговите акционери. Фактите доказвали дори че доводът, че е малко вероятно ING да закупи обратно ценните книжа на цена, по-висока от пазарната стойност на обикновените акции (тоест на цена от 15 EUR заедно с премията за обратно изкупуване), бил неточен, тъй като ING закупило обратно половината от тези ценни книжа след изменението на условията за изплащане на цена от 11,21 EUR за ценна книга, въпреки че средният курс на обикновените акции бил по-нисък от 10 EUR в продължение на пет дни преди тази операция. Комисията се съмнява също, че предсрочното обратно изкупуване на ценните книжа не се налагало с оглед на движението на курса на акциите в периода от датата на емитиране до края на октомври 2009 г., през който курсът на акциите на ING все още бил много по-нисък от 15 EUR. Наистина Комисията признала, че през първата половина на 2009 г. цената на акциите на ING достигала долна граница, падайки на около 2,5 EUR, но впоследствие тази цена отново бързо се покачва. В

навечерието на съобщението за изменение на условията за изплащане и на емитирането на необходимите за тази цел акции акциите струват 11,66 EUR, тоест над четири пъти повече спрямо равнището от преди около шест месеца. Следователно не било невъзможно това движение да се запази. Около 2001 г. акциите на ING са се продавали дори на цена от 43 EUR. Следователно било напълно възможно курсът на акциите да се покачи до 15 EUR — като от тази цена нагоре ING, съгласно собствените му изказвания, можело да изкупи обратно ценните книжа при първоначално предвидените условия. Накрая Комисията нюансира довода, че за частен инвеститор било по-изгодно да избере изменените условия за изплащане, тъй като те гарантирали годишна възвръщаемост от поне 15 % за половината от неговата инвестиция. Всъщност дори след това изменение държавата нямала абсолютна сигурност, че ще получи изплащане. Продължавал да съществува риск, че ING няма да събере средства на пазарите или че събраните средства няма да са достатъчни, за да реализира тази операция. Комисията признава, че този риск бил ограничен, тъй като от третото тримесечие на 2009 г. нататък положението на пазара било много благоприятно за събиране на средства поради наличието на свободни ликвидни средства.

88 Що се отнася до таблиците, които представя Кралство Нидерландия, за да покаже перспективите на възвръщаемост за държавата съгласно първоначалните и съгласно изменените условия за изплащане, Комисията подчертава, че могла да бъде предвидена и друга възвръщаемост. Така в първоначалното решение Комисията представя множество възможности, някои от които показвали очаквана възвръщаемост между 16 % и 21 % годишно. Дори без изплащането на купон тези възможности все още водели до годишна възвръщаемост между 9,3 % и 15 %. В хипотезата на изплащане в края на втората година и на ежегодно плащане на купон, възвръщаемостта би била около 31 %, тоест двойно повече от минималната възвръщаемост, получена при изменените условия. Следователно било погрешно да се счита, че с приемане на изменените условия нидерландската държава във всички случаи би получила по-голяма възвръщаемост от тази, която щеше да получи, ако беше задължила ING да изпълни първоначалните условия. Освен това Комисията отбелязва, че във всички случаи държавата е имала гаранцията, че един ден ще получи обратно първоначално направената вноска.

– По данните, предоставени от Кралство Нидерландия

89 Четвърто, в подкрепа на доводите си Кралство Нидерландия представя два документа, подготвени от инвестиционна банка „Rothschild“. Първият документ е доклад, в който банка „Rothschild“ посочва, че като се има предвид движението на курса на акциите на ING, за частен инвеститор би било по-изгодно да получи предсрочно изплащане на половината от инвестицията си с добра възвръщаемост, отколкото да се надява на теоретична възвръщаемост, която би могла да бъде по-висока, ако се упражни опцията за обратно изкупуване на цена от 15 EUR за ценна книга (наричан по-нататък „докладът „Rothschild““). Вторият документ включва анализи на същата банка, направени въз основа на таблици, посочващи подробно различните сценарии, и също позволява на банка „Rothschild“ да заключи, че новите условия са по-изгодни за държавата от първоначалните условия (наричани по-нататък „анализи „Rothschild““). В отговор на отправените срещу тези документи критики Кралство Нидерландия подчертава, че авторът на документите е квалифициран да даде своето мнение по въпроса дали държавата е действала като частен инвеститор. Освен това в тези документи само се преценяват факти, които са били налице и следователно са били известни към момента на приемане на обжалваното решение. Що се отнася до оценената на 50 % вероятност ING да изплати дивиденди, тази вероятност била научно обоснована и във всички случаи разумна предвид трудността да се предвиди дали ING ще изплати дивиденди.

90 Комисията изтъква, че докладът и анализите „Rothschild“ са съставени след изменението на условията за изплащане и във връзка със спорното производство. Следователно те били без значение за установяване на това дали нидерландската държава е действала като частен инвеститор. Освен това Комисията не е разполагала с тези документи към момента на

приемане на обжалваното решение. Не било възможно да се прави позоваване на фактите, които се съдържат в тези доклади. Впрочем в тях банка „Rothschild“ твърдяла единствено, че цената от 15 EUR не трябва да се счита за „изходна цена“, а за „таван на положителната възвръщаемост“. Това изобщо не променяло факта, че ако ING искало да изкупи обратно ценните книжа, то било длъжно да плати тази цена на основание първоначалното споразумение. Освен това твърдението на банка „Rothschild“, че „би било неразумно ING да упражни тази възможност, освен ако цената на обикновените акции не надвиши 15 EUR“, трябвало да се разглежда с известен скептицизъм. Всъщност банка „Rothschild“ твърдяла, че няма никакъв смисъл ING да изкупи обратно половината от ценните книжа в края на декември 2009 г. на цена от 11,21 EUR, тъй като в този момент обикновените акции били много по-евтини. Това обаче не попречило на ING да извърши тази операция. Твърдението на банка „Rothschild“ не отчитало в достатъчна степен факта, че ценните книжа били обвързващи за ING и че те не могли да се сравняват с обикновените акции. Освен това докладът „Rothschild“ не бил достатъчно обоснован, нито основан на ясна методология.

По приравняването с условията, предоставени на AEGON и на SNS Reaal

- 91 На четвърто място, Кралство Нидерландия и ING посочват, че Комисията неправилно пропуснала да вземе предвид факта, че адаптирането на условията за изплащане имало за цел и да приведе тези условия в съответствие с условията, договорени между нидерландската държава и други нидерландски финансови институции, а именно AEGON и SNS Reaal. Ако се предположи, че изменението на условията за изплащане може да бъде преценено отделно от капиталовата вноска и не съгласно принципа на частния инвеститор, Комисията би трябвало да заключи, че мярка, която има за цел да премахне неблагоприятното положение на частно предприятие в сравнение с други предприятия, не представлява държавна помощ. Посоченото изменение имало за последица единствено премахването на търпяното от ING съгласно първоначалното споразумение неблагоприятно положение, тоест фактът, че ING не можело да изкупи обратно ценните книжа на финансово разумна цена.
- 92 Комисията поддържа, че разликата между договорените с ING условия и тези, договорени с AEGON и SNS Reaal, е оправдана поради ясната разлика на профила на риска. В случая на ING към момента на капиталовата вноска се налага приемането на план за реструктуриране и първоначално договорената премия за обратно изкупуване се разглеждала като нормална тежест за ING. Впрочем изменението на условията за изплащане относно ING било много повече от обикновено приравняване на тези условия с условията, определени за другите посочени банки, и позволявало на ING да се ползва от по-благоприятни условия. Всъщност в случаите на AEGON и на SNS Reaal по-благоприятните условия за изплащане се прилагали само към една трета от капиталовата вноска, а при ING — към половината от капиталовата вноска. Освен това по-благоприятните условия се прилагали спрямо AEGON и SNS Reaal само за срок от една година, докато при ING изплащането в крайна сметка било осъществено една година и един месец след извършване на капиталовата вноска.

б) По доводите относно задълженията за полагане на грижа и за мотивиране

- 93 Кралство Нидерландия и ING, подкрепяни от DNB, изтъкват, че Комисията нарушила задължението за полагане на грижа, както и задължението за мотивиране в няколко аспекта. Първо, Комисията не разгледала по какъв начин изменението на условията за изплащане можело да увеличи размера на помощта над размера на капиталовата вноска. Комисията не разгледала и въпроса дали това изменение било съобразено с принципа на частния инвеститор. Второ, Комисията не изслушала, нито дори информирала нидерландската държава или ING относно квалифицирането на изменението на условията за изплащане като допълнителна държавна помощ в размер на 2 милиарда евро. Тя не поискала надлежно от нидерландската държава и от ING да изложат становището си по това квалифициране и не им дала възможност

да го оспорят. Едва от обжалваното решение жалбоподателите узнали за първи път, че Комисията разглежда предвиждането на допълнителна възможност за изплащане като допълнителна помощ. Обстоятелството, че бил представен проект относно фактите и били дадени няколко часа за представянето на становище по този въпрос, не било достатъчно. Трето, Комисията не мотивирала надлежно обжалваното решение, що се отнася до тезата ѝ, че изменението на условията за изплащане представлява допълнителна държавна помощ. Комисията не обяснила защо не е извършена преценка на мярката за помощ в положението, в което тя била към момента на решението, нито по какъв начин капиталова вноска в размер на 10 милиарда евро можела да представлява помощ в размер на 12 милиарда евро, нито пък с какво, ако се предположи, че изменението на условията за изплащане представлява отделна мярка, това изменение не било съобразено с принципа на частния инвеститор. По-специално Комисията счита, че в съображения 34 и 98 от обжалваното решение тя посочила накратко, но ясно и недвусмислено, че разглежда допълнителната възможност за изплащане като допълнителна помощ. Тези съображения обаче не съдържали нищо повече от извода, че става дума за допълнително предимство, извод, до който Комисията достига въз основа на неправилното предположение, че ING е приело да направи изплащане срещу „премия за обратно изкупуване от [50] %“. Нищо не показвало на какво основание Комисията е достигнала до този извод.

- 94 Комисията поддържа, че многократно е изтъквала пред нидерландските власти резервите си относно изменението на условията за изплащане, и по-специално това, че първоначално предвиденото изменение не отчитало ефекта на обезценяване, до който би довело набирането на необходимия за предсрочното изплащане капитал. Комисията посочва, че тя дала възможност на Кралство Нидерландия да изрази становището си и по проекта за изложение на фактите на обжалваното решение, където било посочено, че изменението ще доведе до „допълнително предимство за ING в порядъка от 1,79 до 2,5 милиарда евро“. Във връзка с това Комисията оспорва да е действала в разрез със задължението си за полагане на грижа. Всъщност било очевидно, че предоставянето на допълнително предимство означавало предоставянето на допълнителна помощ. Освен това Комисията счита, че обжалваното решение е надлежно мотивирано. В него тя не е констатирала, че ING би изплатило обратно 5 милиарда евро до 150 %, но и не била длъжна да направи тази констатация. Важният елемент бил, че изменението предоставяло на ING възможността да изплати капиталовата вноска при по-благоприятни от първоначално договорените условия. Изложението на мотивите било кратко, но достатъчно. Що се отнася до приравняването на положението на ING с това на други финансови институции, Комисията изтъква, че било очевидно премахването на една обичайна тежест за дадено предприятие да доведе до предимство и че следователно не било необходимо тя изрично да се произнесе по въпроса за предоставеното на AEGON и на SNS Reaal третиране.

2. Съображения на Общия съд

а) Бележки относно понятието за помощ и относно обхвата на съдебния контрол

- 95 Първо, що се отнася до преценката на доводите относно материалноправната законосъобразност, следва да се припомни, че член 87, параграф 1 ЕО гласи: „[о]свен когато е предвидено друго в настоящия договор, всяка помощ, предоставена от държава членка или чрез ресурси на държава членка под каквато и да било форма, която нарушава или заплашва да наруши конкуренцията чрез поставяне в по-благоприятно положение на определени предприятия или производството на някои стоки, доколкото засяга търговията между държавите членки, е несъвместима с общия пазар“.
- 96 Съгласно постоянната съдебна практика квалифицирането като помощ по смисъла на член 87, параграф 1 ЕО изисква всички предвидени в тази разпоредба условия да са налице. Така, за да може дадена мярка да бъде квалифицирана като държавна помощ, първо, трябва да става дума за намеса на държавата или чрез ресурси на държавата, второ, тази намеса трябва да е в

състояние да засегне търговията между държавите членки, трето, тя трябва да предоставя предимство на своя получател, и четвърто, трябва да нарушава или да заплашва да наруши конкуренцията (вж. Решение на Съда от 2 септември 2010 г. по дело Комисия/Deutsche Post, C-399/08 P, Сборник, стр. I-7831, точки 38 и 39 и цитираната съдебна практика). По отношение на третото от тези условия от постоянната съдебна практика следва, че за държавни помощи се считат намесите, които под каквато и да било форма са в състояние пряко или непряко да поставят предприятия в по-благоприятно положение или които трябва да се считат за икономическо предимство, което предприятието получател не би получило в нормални пазарни условия (вж. Решение по дело Комисия/Deutsche Post, посочено по-горе, точка 40 и цитираната съдебна практика).

- 97 За да се определи такова „предимство“ в случай на капиталова вноска, следва да се прецени дали при подобни обстоятелства частен инвеститор, който може да бъде сравнен по размер с публичен орган, би извършил капиталова вноска в същия размер, с оглед по-специално на информацията, с която разполага, и на предвидимото развитие към датата на посочените вноски (Решение на Съда от 16 май 2002 г. по дело Франция/Комисия, известно като „Stardust Marine“, C-482/99, Recueil, стр. I-4397, точка 70 и Решение от 8 май 2003 г. по дело Италия и SIM 2 Multimedia/Комисия, C-328/99 и C-399/00, Recueil, стр. I-4035, точка 38). Така по делото, довело до постановяване на посоченото по-горе Решение „Stardust Marine“, Съдът отбелязва, че за да се изследва дали държавата е имала или не поведението на съобразителен инвеститор при условията на пазарна икономика, следва да се вземе предвид контекстът на времето, през което са били взети мерките за финансова подкрепа, за да се оцени икономическата рационалност на поведението на държавата, и следователно да се избягва всякаква преценка, основана на последващо положение (Решение по дело „Stardust Marine“, посочено по-горе, точка 71).
- 98 Тези принципи се прилагат в случай като настоящия, когато, след като решава да запише капиталова вноска, емитирана от предприятие при определени условия за изплащане, държавата приема да промени посочените условия. При тези обстоятелства държавна помощ може да е била предоставена както с капиталовата вноска, която неизбежно включва информация относно условията на евентуално последващо изплащане или на евентуално възнаграждение за вложените капитали, така и с изменението на условията за изплащане, ако се окаже, че във всяка от тези ситуации държавата не е действала по начина, по който би действал частен инвеститор, който се намира в подобно положение. Съпоставянето на поведението на държавата с това на частния инвеститор трябва да се извърши, като се вземат предвид наличната информация и предвидимото развитие към датата на тези мерки. За да се прецени анализът на Комисията на икономическата рационалност на поведението на държавата в конкретния случай, следва да се вземе предвид контекстът, в който са били взети тези мерки, а именно в случая съответно есента на 2008 г. за капиталовата вноска и определянето на първоначалните условия за изплащане и есента на 2009 г. за изменението на условията за изплащане. В това отношение следва да се посочи, че съгласно постоянната съдебна практика законосъобразността на решение относно държавни помощи трябва да се преценява с оглед на информацията, с която Комисията е могла да разполага към момента, в който го е приела (вж. Решение на Съда от 15 април 2008 г. по дело Nuova Agricast, C-390/06, Сборник, стр. I-2577, точка 54 и цитираната съдебна практика).
- 99 Ето защо следва да се отхвърли твърдението на Комисията, че изменението на условията за изплащане, предоставено малко след капиталовата вноска, не може или не трябва да се преценява съгласно критерия за частния инвеститор, тъй като представлява „допълнителна мярка в полза на получателя на държавна помощ в процес на реструктуриране“ (вж. точка 87 по-горе). Предвид изложените в точка 98 по-горе съображения Комисията не може да бъде освободена, както тя предлага, от задължението си да разгледа икономическата рационалност на изменението на условията за изплащане с оглед на критерия за частния инвеститор единствено с мотива, че капиталовата вноска, предмет на изплащането, сама по себе си

представлява държавна помощ. Всъщност едва след подобен анализ Комисията може да направи извода дали е налице или не допълнително предимство по смисъла на член 87, параграф 1 ЕО.

- 100 Второ, що се отнася до обхвата на съдебния контрол на обжалваното решение с оглед на член 87, параграф 1 ЕО, от съдебната практика следва, че понятието за държавна помощ, така както е определено в посочената разпоредба, има правен характер и трябва да се тълкува въз основа на обективни фактори. Поради тази причина съдът на Съюза по принцип трябва да упражнява цялостен контрол по въпроса дали дадена мярка влиза в приложното поле на член 87, параграф 1 ЕО, като отчита както конкретните обстоятелства по отнесения до него спор, така и техническия характер или сложността на направените от Комисията преценки (Решение на Съда от 16 май 2000 г. по дело Франция/Ladbroke Racing и Комисия, C-83/98 P, Recueil, стр. I-3271, точка 25 и Решение на Съда от 22 декември 2008 г. по дело British Aggregates/Комисия, C-487/06 P, Сборник, стр. I-10505, точка 111).
- 101 Наистина Съдът е постановил също, че съдебният контрол е ограничен, що се отнася до установяването дали мярката попада в приложното поле на член 87, параграф 1 ЕО, когато преценките на Комисията са сложни или имат технически характер (Решение на Съда от 29 февруари 1996 г. по дело Белгия/Комисия, C-56/93, Recueil, стр. I-723, точки 10 и 11, и Решение на Съда по дело British Aggregates/Комисия, точка 100 по-горе, точка 114). Все пак Общият съд трябва да определи дали това е така (вж. в този смисъл Решение по дело British Aggregates/Комисия, точка 100 по-горе, точка 114).
- 102 В това отношение трябва да се посочи също, че в областта на държавните помощи, макар Комисията да разполага с широко право на преценка, чието упражняване включва оценки от икономически характер, които трябва да се извършат в контекста на Съюза, това не означава, че съдът на Съюза трябва да се въздържа да проверява направеното от Комисията тълкуване на данните от икономическо естество. Всъщност съгласно практиката на Съда съдът на Съюза по-специално трябва не само да провери дали представените доказателства установяват действителното положение и дали същите са достоверни и съгласувани, но и да провери дали тези доказателства включват всички релевантни данни, които трябва да бъдат взети предвид, за да се прецени дадена сложна ситуация, както и това дали те са от такъв характер, че да подкрепят изведените от тях заключения (Решение на Съда от 2 септември 2010 г. по дело Комисията/Scott, C-290/07 P, Сборник, стр. I-7763, точки 64 и 65).
- 103 Все пак в рамките на този контрол съдът на Съюза не може да замести преценката на Комисията със своята икономическа преценка. Всъщност юрисдикциите на Съюза упражняват ограничен контрол върху направените от Комисията сложни икономически преценки, който по необходимост се свежда до проверка дали са спазени процесуалните правила и изискването за мотивиране, дали фактите са установени точно, както и дали не е налице явна грешка в преценката на фактите или злоупотреба с власт (вж. Решение на по дело Комисия/Scott, точка 102 по-горе, точка 66 и цитираната съдебна практика).
- 104 В този контекст и като пример Съдът приема, че за да определи дали продажбата на земя от публичен орган на предприятие е представлявала държавна помощ, Комисията е трябвало да приложи критерия за частния инвеститор, за да установи дали цената, платена от предполагаемия получател на помощта, съвпада с цената, която частен инвеститор, действащ в нормални условия на конкуренция, би могъл да определи. Като цяло използването на този критерий предполага Комисията да извърши сложна икономическа преценка (Решение по дело Комисия/Scott, точка 102 по-горе, точка 68 и цитираната съдебна практика).
- 105 В настоящия случай въпросът дали изменението на условията за изплащане представлява държавна помощ, доколкото предоставя предимство на своя получател съгласно посоченото в точка 96 по-горе определение, по принцип попада изцяло под контрола на Общия съд. Все пак в хипотезата, в която Общият съд счете, че идентифицирането на помощта изисква сложна

икономическа преценка от страна на Комисията, по-специално относно това дали като е приела изменението на условията за изплащане, нидерландската държава е действала по начина, по който би действал съобразителен частен инвеститор със сходен размер, то този въпрос подлежи на ограничен контрол съгласно определените в точка 102 по-горе условия.

- 106 Така, за да се прецени законосъобразността на обжалваното решение с оглед на гореспоменатите принципи, следва да се вземе предвид информацията, с която е разполагала или е могла да разполага Комисията към 18 ноември 2009 г., дата на която тя приема обжалваното решение. В това отношение, ако се окаже, че преценката на Комисията се опровергава или се поставя под съмнение от информация, която не ѝ била известна по време на административното производство, следва да се провери дали Комисията е могла своевременно да се запознае и да вземе предвид тази информация и, ако това е така, дали по принцип Комисията е трябвало да вземе предвид тази информация, най-малкото като релевантна за прилагане на критерия за частния инвеститор (вж. точки 102—104 по-горе).
- 107 Трето, що се отнася до преценката на доводите относно законосъобразността на обжалваното решение от процесуална гледна точка, следва да се посочи, че Кралство Нидерландия и ING се позовават най-общо на няколко гаранции, които правният ред на Съюза предоставя в административните производства, особено когато тези производства могат да доведат до приемането на решение, пораждащо задължителни правни последици, които са от естество да засегнат интересите на посочените в него лица. Сред тези гаранции е задължението на Комисията да разгледа старателно и безпристрастно всички относими към случая материали, правото на заинтересованото лице да изложи своята гледна точка преди приемането на решението, както и правото да получи надлежно мотивирано решение. Спазването на тези гаранции придобива още по-голямо значение, когато Комисията разполага с широко право на преценка (Решение на Съда от 21 ноември 1991 г. по дело Technische Universität München, C-269/90, Recueil, стр. I-5469, точки 13 и 14, Решение на Общия съд от 18 септември 1995 г. по дело Nölle/Съвет и Комисия, T-167/94, Recueil, стр. II-2589, точка 73; вж. също член 41 от Хартата на основните права на Европейския съюз (ОВ С 303, 2007 г., стр. 1) и в областта на държавните помощи Решение на Съда от 22 ноември 2007 г. по дело Испания/Lenzing, C-525/04 P, Сборник, стр. I-9947, точка 58).
- 108 По-конкретно следва да се припомни, че Комисията е длъжна, в интерес на правилното прилагане на свързаните с държавните помощи правила, да извършва старателно и безпристрастно проучване на материалите, с които разполага (Решение на Съда от 2 април 1998 г. по дело Комисия/Sytraval и Brink's France, C-367/95 P, Recueil, стр. I-1719, точка 62).
- 109 Именно от гледна точка на тези принципи следва да се прецени дали в съображение 98 от обжалвано решение Комисията правилно е установила, че изменението на условията за изплащане на капиталовата вноска води до допълнително предимство за ING, тоест допълнителна помощ от около 2 милиарда евро.
- б) Преценка на изложените в обжалваното решение мотиви относно изменението на условията за изплащане
- 110 От точки 97—99 по-горе следва, че в настоящия случай Комисията не е могла да се задоволи с констатацията, че изменението на условията за изплащане на капиталовата вноска представлява държавна помощ, без преди това да разгледа въпроса дали извършеното изменение предоставя на ING предимство, каквото не би предоставил частен инвеститор, поставен в същото положение като това на нидерландската държава — разглеждане, което предполага по-специално съпоставяне на първоначалните с изменените условия за изплащане.

- 111 За целите на това разглеждане Комисията е била длъжна да вземе предвид всички релевантни обстоятелства, и по-специално тези, които са свързани с първоначалните и с изменените условия за изплащане. Сред тях са, първо, обстоятелството, че първоначалните условия не са предвиждали задължение, а само възможност за ING да изкупи обратно записаните от нидерландската държава ценни книжа в предвидения за тази цел срок от три години, второ, обстоятелството, че първоначалните условия са гарантирали на държавата само годишна възвръщаемост, равна на натрупаните лихви, и трето, обстоятелството, че с изменените условия държавата си е осигурила годишна възвръщаемост от 15 %.
- 112 От обжалваното решение обаче не следва, че Комисията е направила посочената в точка 110 по-горе съпоставка. Тя по-скоро се е задоволила с това да изтъкне, че изменението на условията за изплащане е довело до пропуснати ползи за нидерландската държава.
- 113 Всъщност в съображение 98 от обжалваното решение Комисията описва допълнителната помощ — преценка, чиято законосъобразност се оспорва от Кралство Нидерландия и ING — като посочва, от една страна, че „[и]зменението на премията за обратно изкупуване също представлява държавна помощ, доколкото държавата се отказва от своето право да получи приходи“, и от друга страна, че това изменение „води до допълнителна полза за ING, [която] представлява допълнителна помощ в размер от около 2 млрд. евро“. Това описание на допълнителната помощ от Комисията се основава по същество на твърдяната необходимост ING да спази първоначалните условия в случай на предсрочно изплащане, за да се определи дължимото на държавата възнаграждение. По силата на първоначалните условия обаче предсрочно обратно изкупуване на 500 милиарда ценни книжа на ING непременно би довело до получаването от Кралство Нидерландия на премия от 2,5 милиарда евро, като тази премия е по-голяма от премията, изплатена въз основа на изменените условия. Тази идея е изразена в съображение 34 от обжалваното решение, където се посочва, че „[с] други думи, като се отчете фактът, че в обичайния случай ING трябва да заплати премия за обратно изкупуване в размер на 2,5 млрд. евро, изменение[то на условията за изплащане] би довело до допълнително предимство за ING в размер на между 1,79 и 2,2 млрд. евро в зависимост от пазарната цена на акциите на ING“, и е възпроизведена в съображение 98 от обжалваното решение, в което се уточнява, че „[т]ъй като ING вече се е съгласило на премия за изкупуване в размер на [50 % вместо 150 %, вж. съображение 33], всяко намаляване в действителност представлява пропуснати ползи“.
- 114 Ето защо според Комисията изменението на условията за изплащане води до пропуснати ползи за нидерландската държава, които са равнозначни на допълнителна помощ в размер, съответстващ на разликата между първоначално предвидената съгласно първоначалните условия сума и сумата, която следва да бъде изплатена въз основа на изменените условия. Така, за да прецени съвместимостта на помощта с член 87, параграф 3, буква б) ЕО, и по-специално на посочената в член 2 от обжалваното решение помощ за реструктуриране, Комисията е взела предвид наличието на допълнителна помощ от около 2 милиарда евро.

По анализа *de jure* на изменението на условията за изплащане

- 115 При все това следва да се посочи, че изменението на условията за изплащане не е довело *de jure* до пропуснати ползи за нидерландската държава, тъй като държавата не се е отказала от сигурна възвръщаемост, а от обикновена възможност да получи много голяма максимална годишна възвръщаемост (повече от 50 % годишно) за една част от записаните ценни книжа.
- 116 В това отношение следва да се уточни, че за да установи наличието на допълнителна помощ, Комисията неизбежно се е основала на предпоставката, че първоначалните условия са единствените, които могат да се приложат в случай на обратно изкупуване (вж. точка 113 по-горе). В това отношение в първоначалните условия се уточнява, че ако ING изкупи обратно

емитираните във връзка с капиталовата вноска ценни книжа, те ще бъдат изкупени обратно на цена от 15 EUR за ценна книга. От самия текст на първоначалното споразумение обаче ясно следва, че Кралство Нидерландия не може да задължи ING да му изплати, а fortiori предсрочно, половината от капиталовата вноска заедно с определената в споразумението премия за обратно изкупуване в размер на 50 % спрямо емисионната цена от 10 EUR (вж. точка 4 по-горе), което Комисията е признала изрично в писменото си становище (вж. точка 82 по-горе) и в хода на съдебното заседание, както е отбелязано в протокола. Въз основа на първоначалните условия възможността за изплащане на капиталовата вноска през първите три години е била предоставена единствено на ING, което е било свободно да избере дали да упражни или не тази възможност с оглед на собствения си интерес. От това следва, че само съгласно изменените условия нидерландската държава е можела да бъде сигурна, че в рамките на предвидения за тази цел тригодишен срок ще ѝ бъде изплатена част от сумата, предоставена като капиталова вноска. Такава сигурност обаче не е съществувала при първоначалните условия.

- 117 Освен това следва да се констатира, че едва в писменото си становище (вж. точки 87 и 88 по-горе) Комисията посочва като безспорен факт това, че първоначалните условия за изплащане можели да доведат до възвръщаемост от 31 %, например в случай на изплащане в края на втората година и в случай на плащане на купон всяка година, и че при това положение никой частен инвеститор не би приел изплащане, без да се позове на първоначално предвидената възвръщаемост. Освен това според Комисията е неправилно да се изтъква несигурността на изплащането, тъй като ING винаги е сочело, че ще изплати възможно най-бързо. Тези обяснения карат Комисията да направи изложеното в писменото становище твърдение, че ING е длъжно да изплати капиталовата вноска при първоначално предвидените за тази цел условия. В хипотезата, в която Кралство Нидерландия и ING се споразумеят за предсрочно изплащане на част от капиталовата вноска при различни от първоначално предвидените условия, Комисията следователно е нямала друг избор освен да задължи ING да плати първоначално предвидената премия, квалифицирайки изменението като допълнителна помощ. Не е могло да се предвиди никакъв друг сценарий за изплащане освен определения в първоначалното споразумение. Според Комисията нито един частен инвеститор не би се отказал от най-доброто, което може да очаква.
- 118 В този контекст, ако се следва разсъждението на Комисията, условията за изплащане на заем, сключен между две страни в определен момент, не могат да се изменят впоследствие, независимо дали с това се държи сметка например за покачването или стагнацията на борсовите курсове, връщането на ликвидността на финансовите пазари или края на паническо действие. Подобен подход, който се свежда до позоваване на изменение спрямо първоначалните условия, не е достатъчен, за да характеризира дадена помощ съгласно член 87, параграф 1 ЕО, тъй като той напълно пренебрегва както възможността — а не правото — на нидерландската държава да получи изплащане съгласно първоначалните условия, така и икономическата рационалност, с която може да се обясни направеното изменение.
- 119 В това отношение следва да се уточни, на първо място, че липсата в обжалваното решение на преглед на икономическата рационалност на изменението на условията за изплащане от гледна точка на частен инвеститор, който се намира в положение, сходно с това на нидерландската държава, е още по-неприемлива, като се има предвид, че в първоначалното решение Комисията е изтъкнала множество релевантни за такъв анализ фактори в рамките на преценката с оглед на член 87 ЕО на предоставената под формата на капиталова вноска помощ на тази фаза на административното производство. Така се оказва, че предвидената и реализирана съгласно изменените условия минимална вътрешна норма на възвръщаемост (15 %, като предложеният диапазон е между 15 % и около 22 %, вж. точка 85 по-горе) е по-голяма от нормата, която посочва Комисията в първоначалното решение, когато предвижда възнаграждението, дължимо

от ING на нидерландската държава в замяна на капиталовата вноска, в което Комисията определя диапазон между „повече от 10 %“, но по-малко от „15 или повече процента“. В това отношение в съображения 63—67 от първоначалното решение Комисията посочва следното:

- „(63) От последните данни е видно, предвид пазара в криза, че актуалната възвръщаемост за хибриден капитал от първи ред е около 15 или повече процента. Комисията признава, че ако възнаграждението трябва да бъде определено до размера на актуалния клиринг, банката не би могла да се ползва от този вид мярка. Освен това Комисията се стреми да се съобрази с условията на пазара в дългосрочен план и да не налага на банките неблагоприятните актуални условия. Впрочем в неотдавнашните решения относно нивата на рекапитализация в Обединеното Кралство и в Германия, Комисията приема ниво на възнаграждение съответно от 12 % и 10 %, придружено от строги ограничения на поведението.
- (64) Ето защо, като има предвид специфичните характеристики, и по-специално рисковия профил на ценните книжа, Комисията счита, че в настоящия случай се изисква обща очаквана възвръщаемост от повече от 10 %.
- (65) Нидерландските органи считат, че е твърде вероятно да бъде постигната такава възвръщаемост чрез комбинацията между купони от 8,5 % (дори повече в зависимост от нивото на разпределените дивиденди), възможността за преобразуване в обикновени акции или възможността за обратно изкупуване от ING на 150 % (15 EUR за ценна книга). При настоящите обстоятелства Комисията счита това ниво за необходимия минимум. Всъщност нидерландските власти представят различни сценарии, от които е видно, че възвръщаемостта би могла евентуално да бъде много висока, което в голяма степен зависи от резултатите на нидерландската и световната икономика и следователно от бъдещото развитие на акциите на ING. Колкото до изплащането на купони, трябва да се очаква, че ако финансовите резултати на предприятието се подобрят и за три години цената на акциите на ING надхвърли 15 EUR, ING ще разпредели някакъв дивидент в рамките на следващите три години. Що се отнася до възможността за обратно изкупуване, колкото повече цената на акциите на ING надхвърля прага от 15 EUR за акция, толкова по-изгодно би било за акционерите да изкупят обратно инструмента. Този стимул се основава на факта, че [, от една страна,] при този сценарий инструментът винаги ще е по-скъп от обикновената акция и [, от друга страна,] ако цената на една акция надхвърля 15 EUR, ще е налице допълнителен стимул за ING да се увери, в интерес на акционерите, че опасността от обезценяване поради преобразуване на инструмента в обикновени акции е отминала.
- (66) При този сценарий, ако предприятието изкупи обратно инструмента след три години (и като се изхожда от предпоставката за ежегодно плащане на дивиденди, при което държавата ще получи само купон от 8,5 %), общата възвръщаемост за държавата ще възлиза на 22,1 % годишно. Ако обратното изкупуване бъде направено след пет години, възвръщаемостта ще бъде по-малка — 16 % за година, а ако през този период не бъде разпределен някакъв дивидент, възвръщаемостта също ще бъде по-малка и ще се възлиза съответно на 15,9 % и 9,3 %.
- (67) Предвид точки 65 и 66 Комисията счита за вероятно възвръщаемостта на инвестициите на държавата да надхвърли 10 %. Тя припомня, че наличието на известна несигурност относно възвръщаемостта е характеристика, присъща на капитала от първи ред. Именно поради тази причина и като се има предвид естеството на инструмента, очакваната възвръщаемост трябва да е над 10 %. Впрочем Комисията изразява положително становище относно посочените в точка 31 задължения на ING и на нидерландските власти по отношение на изплащането на дивиденди [в точка 31 се посочва: „Нидерландските власти се ангажират да направят всичко възможно, за да се постигане възвръщаемост от

ценните книжа от поне 10 %; нидерландските власти считат, че е много вероятно такава възвръщаемост да може да бъде постигната чрез комбиниране на купон от 8,5% (евентуално повече в зависимост от нивото на разпределените дивиденди) и опцията за обратно изкупуване;] ING посочва също, че ще запази досегашната си политика по отношение на дивидентите“]. Комисията отчита и факта, че нидерландските власти са се ангажирали, ако очакваната възвръщаемост не може да бъде постигната, да изпратят ново уведомление, както е посочено в точка 32, макар и според нея да не съществува сигурност относно тази възвръщаемост“ [неофициален превод].

- 120 От изложеното в съображения 63—67 от първоначалното решение следва — наистина в рамките на преценката на съвместимостта на разглежданата помощ, а не в рамките на преценката на приложимостта на принципа на частния инвеститор, — че на този стадий на производство Комисията е била напълно запозната с различните възможности, предоставени от първоначалното споразумение, както и с посочените в това отношение проблеми относно различните предвидими сценарии. Посочената от Комисията в писменото ѝ становище възвръщаемост от 31 % очевидно представлява максимум, а не неприкосновена и неотменима клауза или единствената основа за преценката на очакваната възвръщаемост.
- 121 Освен това от извършената от Комисията в първоначалното решение преценка следва също, че през ноември 2008 г. тя е считала, че „предвид пазара в криза“ очакваната от пазара възвръщаемост от ценни книжа от вида на емитираните във връзка с капиталовата вноска е „15 и повече процента“. Комисията е счела тази възвръщаемост за твърде голяма и на този етап се е задоволила с възвръщаемост от „повече от 10 %“. От това следва, че Комисията е взела предвид възможността частните инвеститори да проявят интерес към подобни ценни книжа. *A fortiori*, не е изключено тези инвеститори да са продължили да проявяват интерес към подобни ценни книжа през ноември 2009 г., когато финансовата криза се е усещала по-слабо и е било възможно да се вярва, че пазарната възвръщаемост е можела да бъде по-малка, както изтъква Комисията.
- 122 В това отношение обаче в обжалваното решение Комисията не е направила анализ, за да определи с какво след изменението на условията за изплащане предоставената на нидерландската държава възвръщаемост между 15 % и 22 % не съответства на това, което разумно може да очаква частен инвеститор в сходно положение, тоест притежател на ценни книжа от вида на емитираните във връзка с капиталовата вноска, които могат да бъдат изплатени от издателя.
- 123 На второ място, що се отнася до релевантните данни, посочени от жалбоподателите в хода на производството, и по-специално до различната очаквана възвръщаемост и поведението на референтен частен инвеститор, така както те са посочени в доклада и анализите „Rothschild“, следва да се констатира, че става дума за информация, с която Комисията вече е разполагала или е могла да разполага към момента на приемане на обжалваното решение. Всъщност Комисията е отказала, дори и хипотетично, да вземе предвид тази информация, тъй като разсъжденията ѝ се основават на погрешната фактическа предпоставка, че в случай на изплащане са приложими само първоначалните условия, което *ipso facto* учредявало в полза на нидерландската държава определено във връзка с това „право да получи приходи“. В настоящия случай обаче Комисията е била длъжна да вземе предвид и да прецени тази информация във връзка с анализа на наличието на предимство, свързано с изменението на условията за изплащане на капиталовата вноска, и по-специално информацията, която прави правдоподобна хипотезата, че частен инвеститор би могъл да бъде подтикнат да замени несигурността със сигурност и така да получи определена и удовлетворяваща го възвръщаемост вместо несигурна възвръщаемост. Следователно Комисията не е могла да приеме обжалваното решение, без да отчете тези елементи и без да анализира начина, по който те влияят на преценката ѝ на помощта (вж. точка 99 по-горе).

124 В това отношение Комисията не може да твърди, че е дала възможност на Кралство Нидерландия и на ING да представят такива данни в рамките на административното производство с мотив, че им е позволила да се произнесат по частта относно фактите на проекторешение. Всъщност Комисията не може да поддържа разумно, че обстоятелството, че на 6 ноември 2009 г. им е предоставила няколко часа, за да се произнесат по изложението на фактите, на които тя възнамерявала да се позове в обжалваното решение, може да се счита за достатъчно, за да позволи представянето на такива данни. Не само че предоставеното време за отговор било прекалено кратко, но нито Кралство Нидерландия, нито ING са могли да знаят на този етап, че Комисията не възнамерявала да се позове на критерия за частния инвеститор при преценката на това дали изменението на условията за изплащане представлява помощ. По-специално в този документ Комисията не е изразила позицията си относно причините, поради които нидерландската държава имала „право да получи“ 2,5 милиарда евро или поради които ING било длъжно да плати такава сума в случай на предсрочно изплащане и относно последиците от предвижданата и известна на Комисията възвръщаемост съгласно новите условия за изплащане. Комисията не отговаря и на довода, изведен от равенството в третирането, на който се позовава нидерландската държава в уведомлението за изменението на условията за изплащане, в което Кралство Нидерландия обяснява, че изменението на условията за изплащане има за цел на ING да се предложат условия за излизане, сходни с предоставените на AEGON и на SNS Reaal.

125 Вследствие на това Комисията е изопачила понятието за помощ, тъй като не е направила преценка за това дали с приемането на изменението на условията за изплащане, нидерландската държава е действала така, както би действал частен инвеститор в сходно положение, по-специално поради факта, че нидерландската държава е могла да получи предсрочно плащане и че по този повод тя е имала по-голяма сигурност, че ще получи задоволително възнаграждение предвид съществуващите към този момент пазарни условия.

По анализа *de facto* на изменението на условията за изплащане

126 Комисията не може да обоснове и наличието на пропуснати ползи, като изтъква, че *ING de facto* било длъжно да изкупи обратно част от ценните книжа съгласно първоначалните условия за изплащане, въпреки че то не би длъжно *de jure* да направи това — довод, който не намира никаква подкрепа в обжалваното решение.

127 Освен това мотивите, които Комисията изтъква за първи път пред Общия съд, за да докаже, че *ING de facto* е било длъжно да изкупи обратно част от ценните книжа, емитирани в рамките на извършеното на 11 ноември 2008 г. увеличаване на капитала, съгласно първоначалните условия за изплащане, не са убедителни и се опровергават от по-убедителните обяснения на Кралство Нидерландия, ING и DNB.

128 В това отношение следва да се посочи, че Кралство Нидерландия и ING излагат убедително причините, поради които ING не е използвало предоставената му съгласно първоначалното споразумение възможност за изплащане, преди цената на акциите на ING да се доближи значително до 15 EUR (вж. по-специално точка 86 по-горе).

129 Всъщност по-голямата част от тази информация, а именно информацията относно движението на борсовия курс на акциите на ING до датата на приемане на обжалваното решение (18 ноември 2009 г.), както и направените към този момент от борсовите анализатори прогнози за борсовия курс в краткосрочен и средносрочен план, са били налични към момента, в който Комисията е определила фактическата рамка, която трябва да се вземе предвид при преценката на допълнителната помощ. Не е било възможно Комисията да пренебрегне тази информация, тъй като сведенията относно цената на акциите на ING и относно възможното ѝ движение към

този момент представляват данни от значение за оценката на значението на първоначалните условия при преценката на твърдяното наличие на „право да [се получат] приходи“ и на допълнителна помощ, предоставена във връзка с изменението на условията за изплащане.

- 130 Въз основа на тази информация Кралство Нидерландия и ING изтъкват, че не било разумно ING да изкупи обратно емитираните във връзка с капиталовата вноска ценни книжа заедно с премията за обратно изкупуване, определена съгласно първоначалните условия, когато цената на акциите на ING е под 15 EUR. Това твърдение се потвърждава по-специално от меморандум, изготвен от инвестиционна банка „Goldman Sachs“ за ING на 12 май 2009 г., в който се посочват различните възможни сценарии и ползата от тях за ING, по-специално що се отнася до курса от 15 EUR, който играе ролята на праг, задвижващ изплащане съгласно първоначалните условия. Таблицата с борсовите курсове на акциите на ING в периода от септември 2008 г. до май 2010 г., предоставена от Кралство Нидерландия в отговор на доводите на Комисията, показва също, че курсът на акциите винаги е бил значително под 15 EUR, или поне до 18 ноември 2009 г. — датата на приемане на обжалваното решение. Тази информация не се поставя под съмнение от довода на Комисията, изведен от необходимостта да се вземе предвид ефектът на обезценяване, свързано с емитирането на акциите, необходимо за набирането на средствата, необходими за предсрочното изплащане по курса на акциите на ING, както следва от представената на съдебното заседание от Кралство Нидерландия таблица в това отношение, която показва, че при всички случаи не е бил достигнат необходимият праг за набирането на тези средства при разумни икономически условия.
- 131 Освен това, що се отнася до вероятното движение на курса на акциите на ING към момента, в който Комисията приема обжалваното решение, ING цитира различни доклади на анализатори, публикувани в края на октомври 2009 г., съгласно които целевата цена за дванадесет месеца на акциите на ING варира от 9 EUR според Nomura, до 12,90 EUR според Bank of America Merrill Lynch, като всички други анализатори, тоест Citi, Deutsche Bank, KBW, Morgan Stanley и UBS предвиждат целева цена между 10,60 EUR и 11,50 EUR, тоест доста под прага от 15 EUR. Комисията не оспорва тези данни сами по себе си.
- 132 Освен това Кралство Нидерландия и ING изтъкват, че изкупуването през 2009 г. на емитираните във връзка с капиталовата вноска ценни книжа съгласно първоначалните условия налагало ING да извърши емитиране на акции, тъй като по това време то не разполагало с налични средства за изкупуване на тези ценни книжа. Така било нелогично да се емитират акции по курс под 15 EUR, за да се изкупят ценни книжа на цена от 15 EUR. Едва на един по-късен етап ING можело да изкупи емитираните ценни книжа, като използва неразпределени печалби — и освен това, при условие че няма да изплаща дивиденди — или като използва приходите от реализирани продажби.
- 133 Не могат да се уважат доводите, които изтъква Комисията, за да отхвърли релевантността на тези елементи (вж. точки 82 и 87 по-горе). Така фактът, че борсовият курс на акциите на ING достигнал 43 EUR в периода около 2001 г. не е достатъчен, за да постави под съмнение доводите, изведени от конкретното движение на борсовия курс на тези акции от началото на финансовата криза през 2008 г. до приемането на обжалваното решение, както и от предвижданото от анализаторите към този момент движение на курса. Също така съображенията, изведени от изразеното от ING намерение да изплати, ако това е възможно, не могат да имат за последица отричането на правния обхват на предоставената на ING възможност и на интереса, който има това предприятие от упражняването ѝ в зависимост от действителното движение на курса на акциите на борсата, от който зависи цената, и следователно възможността за изплащане съгласно първоначалните условия. Освен това цитираните от Комисията изявления за намерение удостоверяват само това, което се казва в тях, а именно, че ако е възможно, ING ще изплати. Такова решение обаче се вписва в

съвкупността от обективни и рационални данни, на които се позовават жалбоподателите в това отношение, чиято реалност не може да се отрича от Комисията, както тя прави в обжалваното решение, основавайки се на погрешна предпоставка.

- 134 Предвид гореизложените съображения следва да се констатира, че ING е можело да упражни възможността да изплати капиталовата вноска в рамките на първите три години само при наличието на определени икономически обстоятелства, каквито изобщо не са били налице, нито дори са били възможни, предвид борсовия курс и прогнозираното движение на акциите на ING през есента на 2009 г. Комисията не е разгледала съвкупността от данни, които следва да се вземат предвид, за да се прецени наличието на „право да [се получат] приходи в размер на 2,5 милиарда евро“ в случай на предсрочно изплащане, поради което обжалваното решение е опорочено и в това отношение.
- 135 Във всички случаи, дори да се приеме, че Комисията може да направи извода, че държавата е претърпяла пропуснати ползи, тя не е определила правилно момента на тези твърдени пропуснати ползи. Така прочитът на доводите на Кралство Нидерландия и на Комисията в това отношение (вж. точки 83 и 84 по-горе) показва, че при преценката на размера на допълнителната помощ Комисията е пропуснала да вземе предвид едно друго обстоятелство, което е от значение за анализа на понятието за помощ. Всъщност след изменението на условията за изплащане плащането на купон, който отчита натрупаните до момента на предсрочното изплащане лихви, вече няма да зависи, както е зависело съгласно първоначалните условия, от плащането на дивиденди на притежателите на обикновени акции. По този начин на нидерландската държава е било признато правото да получи определена парична сума, на която тя не е имала непременно право преди това, тъй като получаването ѝ е било обусловено от решението на ING да изплати дивиденди.
- 136 Към момента, в който Комисията приема обжалваното решение, тоест на 18 ноември 2009 г., тя е била запозната с това обстоятелство, произтичащо от самите изменени условия. Освен това от момента, в който Комисията е решила да съпостави двата варианта на условията за изплащане, тя е трябвало да вземе предвид разликите, които съществуват между тези два варианта, за да определи наличието на помощ с оглед на член 87, параграф 1 ЕО (вж. точка 111 по-горе). Комисията не е могла да пренебрегне въпросната разлика, а именно безусловното плащане на купон, който отчита натрупаните до момента на предсрочното изплащане лихви, тъй като тя е била решаваща за преценката дали изменението на условията за изплащане води до предоставянето на допълнително предимство на ING. Освен това Комисията е разполагала своевременно с част от информацията, която е от значение за преценката на изменението на условията за изплащане, оповестена публично от ING в прессъобщението му от 12 август 2009 г. относно реализираната през второто тримесечие на 2009 г. печалба, в което се посочва, че „ING е решило да не изплаща временни дивиденди върху обикновените акции за 2009 г.“.
- 137 В това отношение не може да се приеме доводът на Комисията, че нидерландската държава не я уведомила специално за посочената разлика или доводът, че допуснатата от нея грешка не била посочена при разглеждането на проекта за изложение на фактите, изпратен на 6 ноември 2009 г. (вж. точка 84 по-горе). Всъщност, както бе посочено в точка 136 по-горе, тази разлика представлява, дори съгласно избрания от Комисията подход, вътрешноприсъщ елемент на понятието за предимство, определено в член 87, параграф 1 ЕО, с оглед на което Комисията е длъжна да квалифицира фактите, като вземе предвид всички обстоятелства, които са от значение в това отношение. Впрочем следва да се посочи също, както прави Кралство Нидерландия, че то не е било в състояние да прецени обхвата на преценката на Комисията, тъй като не е било запознато нито с квалификацията, която тя възнамерявала да възприеме по отношение на изменението на условията за изплащане, нито с начина, по който тя възнамерявала да отговори на доводите, които Кралство Нидерландия представя в хода на административното производство като обяснение на това изменение.

- 138 След като в разрез със задължението ѝ, посочено в точка 107 по-горе, Комисията не е поискала допълнителна информация в това отношение, както е направила първоначално по отношение на капиталовата вноска, или след като не е започнала предвидената в член 88, параграф 1 ЕО официална процедура по разследване при положение, че е налице съмнение относно съвместимостта на изменението на условията за изплащане с общия пазар, както е направила по отношение на мярката относно обезценените активи, Комисията не може да упреква жалбоподателите, че не ѝ предоставили цялата информация, от значение за преценката на гореспоменатата разлика. Във всички случаи Кралство Нидерландия и ING са могли да установят допуснатата в това отношение грешка едва след приемането на обжалваното решение.
- 139 В настоящия случай предвид обстоятелството, че ING не е изплатило никакви дивиденди за 2009 г., с извършеното на 21 декември 2009 г. предсрочно изплащане нидерландската държава е получила сумата от 258,5 милиона евро като предимство, предоставено с изменените условия в сравнение с първоначалните условия. Макар при приемането на обжалваното решение Комисията да не е могла да знае размера на тази сума, при все това тя задължително е трябвало да се замисли за влиянието, което вероятността за подобно плащане би могло да окаже върху посочения в обжалваното решение размер на допълнителната помощ. Освен това по правилно изложените от Кралство Нидерландия причини нидерландската държава не е могла да претендира за плащане на купон в случай на предсрочно изплащане през 2009 г. съгласно първоначалните условия, тъй като ING не е платило дивиденди за тази финансова година (вж. точка 83 по-горе).
- 140 Ето защо, дори да се предположи, че извършеното от Комисията квалифициране като допълнителна помощ е правилно, „пропуснатите ползи“ за нидерландската държава в резултат на изменението на условията за изплащане не могат да се равняват на около 2 милиарда евро, тоест сума, която е между 1,79 и 2,2 милиарда евро, както е посочено в обжалваното решение, а на сума, която задължително е по-малка и пропорционална на размера на натрупаните към момента на изплащането лихви.
- 141 Накрая, противно на твърдяното от Комисията (вж. точка 84 по-горе), разликата между двете суми не е без никакво значение в настоящото дело, при положение, че самата Комисия е възнамерявала да определи размера на помощта в обжалваното решение. Всъщност възможно е сама по себе си тази разлика да представлява значителна сума, която може да възлиза на неколкостотин милиона евро. Следователно не може да се отхвърли хипотезата, съгласно която отчитането на такова възнаграждение, предвидено единствено съгласно изменените условия, би могло да повлияе на преценката на Комисията както относно квалификацията на помощта по член 87, параграф 1 ЕО, така и относно съвместимостта ѝ с общия пазар съгласно член 87, параграф 3, буква б) ЕО, по-специално с оглед на преценката на приноса на ING или обхвата на мерките, предназначени да поправят нарушенията на конкуренцията.
- 142 Така в обжалваното решение е допусната фактическа грешка, която опорочава преценката на Комисията на понятието за помощ. Последиците от тази грешка върху преценката на Комисията относно съвместимостта на разглежданата помощ с общия пазар ще бъдат разгледани по-нататък в точка 147 и сл.

Извод относно квалифицирането като допълнителна помощ

- 143 От всичко гореизложено следва, че след като в обжалваното решение Комисията не успява да докаже, че изменението на условията за изплащане дава предимство на ING, каквото частен инвеститор, поставен в същото положение като това на нидерландската държава, не би предоставил, и след като допуска грешка относно размера на посоченото предимство,

обжалваното решение е опорочено, доколкото поради посочените в съображение 98 от него причини то се основава на констатацията, че изменението на условията за изплащане на капиталовата вноска представлява допълнителна помощ от около 2 милиарда евро.

- 144 Поради това следва да се уважи правното основание, изведено от нарушение на член 87, параграф 1 ЕО, без да е необходимо да се отговаря на останалите доводи на Кралство Нидерландия и на ING в този смисъл.
- 145 По-нататък следва да се разгледат последиците на подобен порок, засягащ мотивите на акта, върху неговата разпоредителна част.

Б – По последиците на порока, засягащ мотивите на обжалваното решение, върху неговата разпоредителна част

- 146 С оглед на определянето на обхвата на порока, засягащ обжалваното решение в частта му, в която по изложените в съображение 98 от него причини то се основава на констатацията, че изменението на условията за изплащане на капиталовата вноска представлява допълнителна помощ от около 2 милиарда евро, следва да се припомни, че разпоредителната част на акта е неотделима от мотивите към него, така че, ако е необходимо, тя трябва да се тълкува, като се вземат предвид мотивите, довели до приемането му (Решение на Съда от 15 май 1997 г. по дело TWD/Комисия, С-355/95 Р, Сборник, стр. I-2549, точка 21 и Решение на Общия съд от 13 юни 2000 г. по дело EPAC/Комисия, T-204/97 и T-270/97, Сборник, стр. II-2267, точка 39). Ако е вярно, че само разпоредителната част на дадено решение може да произвежда правни последици, не по-малко вярно е, че съображенията в мотивите към решение подлежат на контрол за законосъобразност от съдилищата на Съюза, доколкото като мотиви към увреждащ акт представляват необходимата основа на разпоредителната част на този акт или когато тези мотиви могат най-малко да изменят материалния обхват на разпоредителната част на разглеждания акт (вж. Решение на Общия съд от 1 юли 2009 г. по дело KG Holding и др./Комисия, T-81/07-T-83/07, Сборник, стр. I-2411, точка 46 и цитираната съдебна практика).
- 147 В този контекст следва да се посочи, че в настоящия случай Кралство Нидерландия иска отмяната на член 2, първа алинея от обжалваното решение, който наред с останалото се основава на изложената в съображение 98 от същото решение констатация, че изменението на условията за изплащане представлява допълнителна помощ от около 2 милиарда евро, докато с първото си искане ING, подкрепяно от DNB, цели по същество отмяната на член 2, първа алинея от обжалваното решение и на член 2, втора алинея от това решение, както и на приложение II към него, тъй като Комисията възприема изменението на условията за изплащане като допълнителна помощ в размер на 2 милиарда евро.
- 148 Разглеждането на тези искания за отмяна налага да се определи в каква степен грешките, които допуска Комисията, като приема в обжалваното решение, че изменението на условията за изплащане представлява допълнителна помощ от около 2 милиарда евро, се отразяват върху разпоредителната част, което води до разграничаване на отражението на тези грешки, от една страна, върху член 2, първа алинея от обжалваното решение, и от друга страна, върху член 2, втора алинея от това решение, както и върху приложение II към него.

1. По законосъобразността на член 2, първа алинея от обжалваното решение

- 149 В това отношение от мотивите на обжалваното решение, и по-специално от съображение 98 от това решение ясно следва, че според Комисията с изменението на условията за изплащане, за което Кралство Нидерландия съобщава в хода на административното производство, нидерландската държава предоставила на ING „допълнителна помощ от в размер от около 2 милиарда евро“.

- 150 По-нататък Комисията взема предвид тази допълнителна помощ, за да определи общия размер на помощта, предоставена от Кралство Нидерландия в рамките на механизма за подкрепа на „неликвидните активи“ и на плана за реструктуриране на ING (наричана по-нататък „помощ за реструктуриране“). В съображение 106 от обжалваното решение, в което се съдържа заключението на преценката за наличието на помощ с оглед на член 87, параграф 1 ЕО, Комисията посочва, че „като цяло ING ще получи помощ за реструктуриране в размер до [12—22] млрд. евро като гаранции за ликвидност и около 17 млрд. евро друга помощ, което възлиза на около 5 % от RWA на банката“.
- 151 В отговор на писмените въпроси на Общия съд Комисията уточнява, че само 17-те милиарда евро друга помощ представляват около 5 % от RWA на ING Banque, гаранциите, които са предоставени или ще бъдат предоставени, не били взети предвид на този етап на анализа. Отговорите на писмените въпроси позволяват да се установи също, че тази сума от 17 милиарда евро е разпределена по следния начин: първо, 10 милиарда евро за помощта за капиталовата вноска, както е посочено в съображение 97 от обжалваното решение, второ, около 2 милиарда евро за помощта за изменението на условията за изплащане, както е посочено в съображение 98 от обжалваното решение, и трето, 5 милиарда евро за помощта, свързана с мярката за обезценените активи, съгласно посоченото в съображение 99 от обжалваното решение.
- 152 Тези уточнения позволяват да се тълкува понятието „помощ за реструктуриране“, посочено в член 2, първа алинея от разпоредителната част на обжалваното решение, съгласно който „[п]омощта за реструктуриране, предоставена от Нидерландия на ING, представлява държавна помощ по смисъла на член 87, параграф 1 [ЕО]“. Всъщност от гореизложеното ясно следва, че допълнителната помощ е съставен елемент на посочената в тази разпоредба помощ за реструктуриране, където не се прави разграничение между отделните елементи на тази помощ.
- 153 Следователно, като се имат предвид грешките, които опорочават извършеното в обжалваното решение квалифициране като допълнителна помощ, член 2, първа алинея от обжалваното решение трябва да се отмени изцяло, тъй като по изложените по-конкретно в съображение 98 от обжалваното решение причини, той се основава на констатацията, че изменението на условията за изплащане представлява допълнителна помощ от около 2 милиарда евро.

2. По законосъобразността на член 2, втора алинея от обжалваното решение и на приложение II към това решение

- 154 Следва да се отбележи, че след като в член 2, първа алинея от разпоредителната част на обжалваното решение цялата помощ за реструктуриране, предоставена от Кралство Нидерландия на ING, е квалифицирана като държавна помощ по член 87, параграф 1 ЕО, във втора алинея от тази разпоредба се сочи, че „[тази] помощ е съвместима с общия пазар, при условие че са спазени ангажиментите, посочени в приложение II“, където още в самото начало е подчертано, че „[п]о отношение на помощта за реструктуриране трябва да се спазват следните ангажименти“. По този начин допълнителната помощ, съставен елемент от помощта за реструктуриране, е неразделна част от преценката на Комисията относно съвместимостта на тази последна помощ с общия пазар.
- 155 Този извод е потвърден в мотивите на обжалваното решение. Всъщност в съображение 141, в частта му, посветена на преценката на съвместимостта на помощта за реструктуриране с член 87, параграф 3, буква б) ЕО, се прави позоваване на „значителна по размер помощ, която представлява 5 % от RWA, ако сумата бъде изразена в RWA на ING Bank; [т]ова ниво е доста над „праговото ниво“ от 2 % от RWA“, за да се прецени размерът на помощта и произтичащите от нея нарушения на конкуренцията. Това позоваване на прага от 5 % от RWA показва, че Комисията е взела предвид сумата от 17 милиарда евро, която преди това е посочена в

- съображение 106 от обжалваното решение (вж. точки 150 и 151 по-горе). Също така в съображение 157 от обжалваното решение Комисията подчертава, че „допълнителните мерки за помощ, представени в рамките на плана за реструктуриране, тоест изменението на [условията за изплащане] на основните ценни книжа от първи ред [, прехвърлени на] Нидерландия и предвидените гаранции за задължения, също следва да бъдат обявени за съвместими с общия пазар в съответствие с член 87, параграф 3, буква б) ЕО, предвид [обхвата] на мерките за отстраняване на нарушаването на конкуренцията, представени в плана за реструктуриране, и факта, че помощта [позволява на] получателя да подобри своята жизнеспособност“ и че „[т]ова се отнася и за помощта, произтичаща от променените условия на спогодбите за изплащане на капитала, предоставени от Нидерландия“.
- 156 От прочита на разпоредителната част и на мотивите на обжалваното решение става ясно, че при разглеждане на преценката на Комисията както относно съвместимостта на помощта с общия пазар, така и относно определянето на равнището на ангажиментите, необходими за да може помощта да се обяви за съвместима, е невъзможно допълнителната помощ да се отдели от разпоредителната част и от подкрепящите я мотиви.
- 157 В това отношение от отговорите на писмените въпроси и на въпросите, поставени в съдебното заседание, е видно, че страните спорят относно значението, което би могла да има поисканата отмяна върху приложение II към обжалваното решение, в което са предвидени ангажиментите, които следва да се спазят, за да може посочената в член 2 от обжалваното решение помощ за реструктуриране да бъде обявена за съвместима с общия пазар. Най-напред следва да се посочи, че Кралство Нидерландия е изразило ясно своето становище, според което исканата от него отмяна може да доведе до обезсилване на компенсаторните мерки, предвидени в приложение II към решението, доколкото то е основано именно на отчитането на размера на допълнителната помощ. По-нататък Кралство Нидерландия, ING и DNB считат, че съществува необходима и пропорционална връзка между размера на предоставената от държавата помощ за реструктуриране и обхвата на мерките, предвидени за поправяне на причиненото от тази помощ нарушение на конкуренцията. Противно на това, Комисията счита, че обстоятелството, че са оттеглени 2 милиарда евро от размера на помощта за реструктуриране — което тя взема основно предвид, за да прецени мерките, необходими за поправяне на причинените на конкуренцията нарушения — 10 милиарда евро помощ чрез капиталовата вноска и 5 милиарда евро помощ чрез мярката относно обезценените активи, не оказва никакво влияние върху обхвата на мерките, представени с цел да се поправи причиненото нарушение на конкуренцията.
- 158 Общият съд не може да възприеме последния подход при определяне на обхвата на исканата отмяна на обжалваното решение. Всъщност, макар по принцип обхватът на компенсаторните мерки да зависи пряко и пропорционално от предоставената помощ, чиято преценка е опорочена в значителна степен в настоящия случай, от обжалваното решение ясно следва, че Комисията е разгледала този въпрос с оглед на последиците от помощта за реструктурирането, съставена от помощта за капиталовата вноска, помощта за изменението на условията за изплащане и помощта за мярката за обезценените активи, тоест с оглед на помощ с общ размер от 17 милиарда евро.
- 159 Поради допуснатите от Комисията грешки тя не може да продължава да твърди, както прави в съображения 106 и 141 от обжалваното решение, че разглежданата помощ представлява „значителна по размер помощ, която представлява 5 % от RWA“, въз основа на която са преценени компенсаторните мерки.
- 160 В заключение, след като член 2, първа алинея от обжалваното решение е незаконосъобразен с оглед на член 87, параграф 1 ЕО, тъй като квалифицира като държавна помощ помощта за реструктуриране, която включва посочената в съображение 98 от обжалваното решение допълнителна помощ от около 2 милиарда евро, тази незаконосъобразност неизбежно води до

незаконосъобразност на свързания с него член 2, втора алинея от обжалваното решение и на приложение II към това решение, доколкото съвместимостта на помощта, посочена във втора алинея, зависи от анализ и ангажименти, чието съдържание се преценява с оглед на помощта за реструктуриране, определена в член 2, първа алинея от посоченото решение, която включва допълнителната помощ.

- 161 Предвид този извод и в интерес на процесуалната икономия Общият съд не следва да разглежда доводите на ING и Комисията относно второто и третото правно основание по дело T-33/10, които се отнасят до последващ анализ и предполагат, че посочената в член 2 от обжалваното решение помощ за реструктуриране е определена правилно, което не е така в настоящото дело.

По съдебните разноски

- 162 По смисъла на член 87, параграф 2 от Процедурния правилник загубилата делото страна се осъжда да заплати съдебните разноски, ако е направено такова искане. Тъй като Комисията е загубила делото, тя трябва да бъде осъдена да понесе съдебните разноски в съответствие с исканията на Кралство Нидерландия, ING и DNB в този смисъл.

По изложените съображения

ОБЩИЯТ СЪД (първи състав)

реши:

- 1) **Съединява дела T-29/10 и T-33/10 за целите на настоящото решение.**
- 2) **Отменя член 2, първа алинея от Решение 2010/608/ЕО на Комисията от 18 ноември 2009 година относно държавна помощ C 10/09 (ex N 138/09), приведена в действие от Нидерландия за механизъм за подкрепа (back-up facility) на неликвидните активи на ING и план за нейното реструктуриране, както и член 2, втора алинея от посоченото решение и приложение II към това решение.**
- 3) **Осъжда Европейската комисия да заплати съдебните разноски.**

Azizi

Frimodt Nielsen

Kanninen

Постановено в открито съдебно заседание в Люксембург на 2 март 2012 година.

Подписи

Съдържание

| | |
|--|----|
| Обстоятелства в основата на спора | 2 |
| 1. Мерки за помощ, предоставени на ING | 2 |
| 2. Административни производства относно тези мерки за помощ | 3 |
| 3. Съдържание на обжалваното решение | 9 |
| Производство и искания на страните | 12 |
| От правна страна | 14 |
| А – По квалифицирането като допълнителна помощ | 15 |
| 1. Доводи на страните | 15 |
| а) По доводите във връзка с член 87, параграф 1 ЕО | 15 |
| По относимостта на извършената в обжалваното решение преценка на размера на помощта, предоставена чрез капиталовата вноска | 16 |
| По необходимостта да се разгледат всички аспекти на капиталовата вноска | 16 |
| По съпоставянето на условията за изплащане с оглед на принципа на частния инвеститор | 17 |
| – По предпоставката, на която се основават разсъжденията на Комисията | 17 |
| – По предимството, предоставено на държавата с новите условия | 19 |
| – По поведението на частен инвеститор | 20 |
| – По данните, предоставени от Кралство Нидерландия | 22 |
| По приравняването с условията, предоставени на AEGON и на SNS Reaal | 23 |
| б) По доводите относно задълженията за полагане на грижа и за мотивиране | 23 |
| 2. Съображения на Общия съд | 24 |
| а) Бележки относно понятието за помощ и относно обхвата на съдебния контрол | 24 |
| б) Преценка на изложените в обжалваното решение мотиви относно изменението на условията за изплащане | 27 |
| По анализа de jure на изменението на условията за изплащане | 28 |
| По анализа de facto на изменението на условията за изплащане | 32 |
| Извод относно квалифицирането като допълнителна помощ | 35 |

| | |
|--|----|
| Б – По последиците на порока, засягащ мотивите на обжалваното решение, върху неговата разпоредителна част | 36 |
| 1. По законосъобразността на член 2, първа алинея от обжалваното решение | 36 |
| 2. По законосъобразността на член 2, втора алинея от обжалваното решение и на приложение II към това решение | 37 |
| По съдебните разноси | 39 |