



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Anden Afdeling)

3. april 2014*

»Appel — den finansielle sektor — alvorlig forstyrrelse i en medlemsstats økonomi — statsstøtte til en bankkoncern — form — kapitalindskud som led i en omstrukturingsplan — beslutning — støttens forenelighed med fællesmarkedet — betingelser — ændring af betingelserne for tilbagebetaling af støtten — kriteriet om den private investor«

I sag C-224/12 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, iværksat den 11. maj 2012,

Europa-Kommissionen ved L. Flynn, S. Noë og H. van Vliet, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

appellant,

de øvrige parter i appelsagen:

Kongeriget Nederlandene ved M. de Ree, C. Wissels og J. Langer, som befuldmægtigede, og advocaat P. Glazener,

ING Groep NV, med hjemsted i Amsterdam (Nederlandene), ved advocaten O. W. Brouwer og J. Blockx samt solicitor M. O'Regan,

sagsøgere i første instans,

De Nederlandsche Bank NV, med hjemsted i Amsterdam (Nederlandene), ved advocaten S. Verschuur og H. Gornall samt avocat M. Petite,

intervenient i første instans,

har

DOMSTOLEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, R. Silva de Lapuerta, og dommerne J.L. da Cruz Vilaça (refererende dommer), G. Arestis, J.-C. Bonichot og A. Arabadjiev,

generaladvokat: E. Sharpston

justitssekretær: ekspeditionssekretær M. Ferreira,

* Processprog: nederlandsk og engelsk.

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 26. september 2013,
og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 19. december 2013,
afsagt følgende

Dom

- 1 Med sit appelskrift har Europa-Kommissionen nedlagt påstand om ophævelse af den dom, der blev afsagt af Den Europæiske Unions Ret den 2. marts 2012, Nederlandene og ING Groep mod Kommissionen (forenede sager T-29/10 og T-33/10, herefter »den appellerede dom«), hvorved Retten tog påstandene om delvis annullation af Kommissionens beslutning 2010/608/EF af 18. november 2009 om Nederlandenes statsstøtte C 10/09 (ex N 138/09) til fordel for ING's back-up facilitet for illikvide aktiver og omstruktureringsplan (EUT 2010 L 274, s. 139, herefter »den omtvistede beslutning«) til følge.

Twistens baggrund

- 2 ING Groep NV (herefter »ING«) er et finansieringsinstitut, der har hjemsted i Amsterdam (Nederlandene), og som udbyder bank-, investerings-, livsforsikrings- og pensionsforsikringstjenesteydelser til privatpersoner, selskaber og institutionelle kunder i mere end 40 lande. ING besidder 100% af aktierne i ING Bank NV og ING Verzekeringen NV, som er to datterselskaber, der for deres del udøver kontrol med ING's datterselskaber på henholdsvis bank- og forsikringsområderne.
- 3 Som følge af den globale finansielle krise, der tog sin begyndelse i løbet af 2007 og blev kraftigt forværret i løbet af det følgende år, traf Kongeriget Nederlandene forskellige støtteforanstaltninger til fordel for ING, hvoraf navnlig to er relevante i forbindelse med den foreliggende appel.
- 4 Den første støtteforanstaltning bestod af en kapitalforhøjelse ved oprettelsen af 1 mia. ING-værdipapirer, der hverken gav stemmeret eller ret til udbytte, og som blev fuldt tegnet af Kongeriget Nederlandene til en udstedelseskurs på 10 EUR pr. værdipapir. Denne transaktion gjorde det muligt for ING at forhøje sin grundkapital, kaldet »Core Tier 1« (kategori 1), med 10 mia. EUR. På grundlag af de betingelser for tilbagebetaling, der var fastsat i den i den anledning indgåede aftale om kapitaltegning mellem Kongeriget Nederlandene og ING, skulle værdipapirerne på ING's initiativ enten tilbagekøbes til en pris på 15 EUR pr. værdipapir (hvilket udgjorde en indfrielsesoverkurs på 50% i forhold til udstedelsesprisen) eller efter tre år konverteres til ordinære aktier. Hvis ING udnyttede konverteringsoptionen, kunne de nederlandske myndigheder kræve værdipapirerne tilbagekøbt af ING til enhedsprisen på 10 EUR pr. værdipapir plus vedhængende renter. Der ville kun blive betalt en kupon på værdipapirerne til Kongeriget Nederlandene, hvis der udbetaltes udbytte af ING på de ordinære aktier.
- 5 Den anden støtteforanstaltning bestod af en cash flow swap, der vedrørte værdiforringede aktiver i forbindelse med en portefølje af lån med sikkerhed i fast ejendom, der var udstedt i De Forenede Stater, og hvis værdi var faldet betydeligt.
- 6 Den 22. oktober 2008 underrettede Kongeriget Nederlandene Kommissionen om den første støtteforanstaltning, og forhøjelsen af ING's kapital skete den 11. november 2008.
- 7 Den 12. november 2008 vedtog Kommissionen beslutning K(2008) 6936 i sag N 528/08 vedrørende Kongeriget Nederlandenes støtte til ING (herefter »den oprindelige beslutning«). I denne beslutning fandt Kommissionen, at denne medlemsstats køb af ING's værdipapirer indeholdt et støtteelement

som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF. Kommissionen bemærkede imidlertid, at denne foranstaltning var forenelig med fællesmarkedet som omhandlet i artikel 87, stk. 3, litra b), EF, idet den tog sigte på at afhjælpe en alvorlig forstyrrelse i en medlemsstats økonomi som følge af den globale finansielle krise. Kommissionen godkendte som følge heraf omtalte foranstaltning for en periode på seks måneder. Kommissionen præciserede ligeledes, at såfremt de nederlandske myndigheder indførte en troværdig plan i den henseende i løbet af denne periode på seks måneder (herefter »omstruktureringsplanen«), ville gyldigheden af den oprindelige beslutning automatisk blive forlænget, indtil den vedtog en beslutning om denne plan.

- 8 Den 4. marts 2009 underrettede Kongeriget Nederlandene Kommissionen om den anden støtteforanstaltning.
- 9 Ved skrivelse af 31. marts 2009 meddelte Kommissionen Kongeriget Nederlandene, at den havde besluttet at indlede proceduren i henhold til artikel 88, stk. 2, EF (EUT C 158, s. 13) som følge af tvivl om, hvorvidt visse aspekter af foranstaltningen vedrørende værdiforringede aktiver var i overensstemmelse med Kommissionens meddelelse om behandlingen af værdiforringede aktiver i Fællesskabets banksektor (EUT 2009 C 72, s. 1). Kommissionen godkendte imidlertid ved denne beslutning omtalte foranstaltning for en periode på seks måneder. Det var anført i beslutningen, at de nederlandske myndigheder havde forpligtet sig til at inkludere redningsforanstaltningen vedrørende de værdiforringede aktiver i den omstruktureringsplan, som de skulle forelægge i medfør af den oprindelige beslutning.
- 10 Den 12. maj 2009 forelagde Kongeriget Nederlandene Kommissionen en omstruktureringsplan for ING. Efter flere måneders diskussion tilsendte denne medlemsstat den 22. oktober 2009 Kommissionen en revideret omstruktureringsplan, som bl.a. indeholdt en ændring af betingelserne for tilbagebetaling af det kapitalindskud, som Kongeriget Nederlandene havde ydet den 11. november 2008 (herefter »kapitalindskuddet«).
- 11 Den 18. november 2009 vedtog Kommissionen den omtvistede beslutning.
- 12 I 34. betragtning til den omtvistede beslutning, der indgår i dennes punkt 2, som har overskriften »Beskrivelse af de faktiske omstændigheder«, fremlagde Kommissionen ændringen af betingelserne for tilbagebetaling på følgende måde:

»I forbindelse med omstruktureringsplanen har Nederlandene forelagt en ændring af aftalen om ING's tilbagebetaling af tier 1-værdipapirerne. Ifølge de ændrede betingelser kan ING tilbagekøbe op til 50% af core tier 1-værdipapirerne til udstedelsesprisen (10 EUR) plus de vedhængende renter i relation til den årlige kupon på 8,5% (ca. 253 mio. EUR) plus et tillæg ved førtidig tilbagebetaling, hvis ING's aktiepris handles over 10 EUR. Tillægget ved førtidig indfrielse stiger med ING's aktiepris. Ved beregningen af overkursen ved førtidig indfrielse er stigningen i aktieprisen begrænset til 12,45 EUR. På dette niveau svarer tillægget til 13% på årsbasis. Tillægget ved førtidig indfrielse kan maksimalt udgøre 705 mio. EUR, hvis det antages, at de 5 mia. EUR tilbagebetales 400 dage efter udstedelsesdatoen. Tillægget har desuden et minimum på 340 mio. EUR, hvorved Nederlandene sikres et internt afkast på mindst 15%. I betragtning af, at ING normalt skulle betale en indfrielsesoverkurs på 2,5 mia. EUR, vil denne ændring med andre ord resultere i en yderligere fordel for ING på mellem 1,79 og 2,2 mia. EUR, afhængigt af markedsprisen på ING's aktier. [...]«
- 13 Efter at Kommissionen i 98. betragtning til den omtvistede beslutning havde fastslået, at denne ændring af betingelserne for tilbagebetaling af kapitalindskuddet medførte »en yderligere støtte på ca. 2 mia. EUR«, vurderede den dog i 157. betragtning til denne beslutning, at den omhandlede supplerende støtteforanstaltning burde betragtes som forenelig med fællesmarkedet i henhold til artikel 87, stk. 3, litra b), EF.

14 Som følge heraf bestemte den omtvistede beslutnings artikel 2 følgende:

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

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

Den midlertidige begrænsning for balancevæksten, der blev fastsat i [den oprindelige] beslutning [...], ophæves.«

Sagen for Retten og den appellerede dom

15 Ved stævninger indleveret til Rettens Justitskontor den 28. januar 2010 anlagde Kongeriget Nederlandene og ING deres søgsmål i henholdsvis sag T-29/10 og T-33/10.

16 Ved kendelse afsagt af formanden for Rettens Tredje Afdeling den 15. marts 2010 blev sagerne T-29/10 og T-33/10 forenet med henblik på den skriftlige og mundtlige forhandling samt dommen.

17 Ved kendelse af 14. juli 2010 tillod Retten De Nederlandsche Bank NV (herefter »DNB«) at intervenere i sagen til støtte for ING's påstande.

18 Ved den appellerede dom tiltrådte Retten Kongeriget Nederlandenes tre anbringender og ING's første anbringende. Følgelig annullerede Retten den omtvistede beslutnings artikel 2, stk. 1 og 2, og bilag II til denne.

19 Ved sin behandling af disse anbringender fandt Retten bl.a., at det ikke var muligt for Kommissionen at blive fritaget fra sin forpligtelse til at undersøge, om ændringen af betingelserne for tilbagebetaling var økonomisk rationel på grundlag af kriteriet om den private investor, blot fordi det kapitalindskud, der skulle tilbagebetales, allerede i sig selv udgjorde statsstøtte.

Udviklingen efter afsigelsen af den appellerede dom

20 Idet Kommissionen tog den appellerede dom til efterretning, vedtog den den 11. maj 2012 beslutning K(2012) 3150 endelig – statsstøtte SA.28855 (N 373/2009) (ex C 10/2009 og ex N 528/2009) – Nederlandene – ING – Omstrukturingsstøtte (herefter »den nye beslutning«). I den nye beslutning foretog Kommissionen en fornyet undersøgelse af ændringen af betingelserne for tilbagebetaling af kapitalindskuddet i lyset af kriteriet om den private investor og konkluderede, at en privat markedsøkonomisk investor ikke ville have accepteret disse nye betingelser. Kommissionen besluttede derfor, at omtalte ændring udgjorde statsstøtte, men at den omhandlede støtte, henset til de af Kongeriget Nederlandene afgivne tilsagn, var forenelig med det indre marked.

21 Ved to søgsmål anlagt ved Retten den 23. juli 2012 (sagerne T-325/12 og T-332/12) nedlagde Kongeriget Nederlandene og ING påstand om annullation af den nye beslutning med bl.a. den begrundelse, at Kommissionen havde foretaget en urigtig anvendelse af kriteriet om den private investor. Disse to parter hævdede dog deres sager, og ved Rettens kendelse af 6. december 2012, Nederlandene og ING Groep mod Kommissionen (sagerne T-325/12 og T-332/12), blev disse sager slettet af Rettens register.

22 Følgelig er den nye beslutning blevet endelig.

Parternes påstande

- 23 Kommissionen har i appelskriftet nedlagt følgende påstande for Domstolen:
- Principalt ophæves den appellerede dom, Kommissionen frifindes for påstanden om delvis annullation af den omtvistede beslutning, og Kongeriget Nederlandene og ING tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
 - Subsidiært ophæves den appellerede dom, de forenede sager hjemvises til Retten med henblik på, at denne træffer afgørelse vedrørende ING's andet og tredje anbringende i sag T-33/10, og afgørelsen om sagsomkostningerne i de to instanser udsættes.
 - Mere subsidiært annulleres den omtvistede beslutnings artikel 2, stk. 3, og Kongeriget Nederlandene og ING tilpligtes at betale sagsomkostningerne i forbindelse med appelsagen.
- 24 Kongeriget Nederlandene har nedlagt følgende påstande for Domstolen:
- Principalt forkastes alle Kommissionens appelanbringender, og denne tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
 - Subsidiært, i tilfælde af, at Domstolen måtte tiltræde et eller flere af Kommissionens appelanbringender og ophæve den appellerede dom, hjemvises sagen til Retten.
- 25 ING har nedlagt følgende påstande for Domstolen:
- Appellen afvises fra realitetsbehandling og/eller erklæres virkningsløs på de angivne punkter.
 - Subsidiært, i det omfang appellen måtte blive antaget til realitetsbehandling og have virkning, forkastes den i sin helhed.
 - Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne både i appelsagen og i sagen for Retten.
 - Mere subsidiært, i det omfang Domstolen måtte tiltræde appellen og således helt eller delvist ophæve den appellerede dom, hjemvises sagen til Retten, og afgørelsen om sagsomkostningerne i de to instanser udsættes.
- 26 DNB har nedlagt påstand for Domstolen om, at det første og det fjerde anbringende i Kommissionens appel forkastes.

Om appellen

Det første appelanbringende om, at Retten begik en fejl derved, at den fastslog, at kriteriet om den private investor fandt anvendelse på ændringen af betingelserne for tilbagebetaling af statsstøtte

Parternes argumenter

- 27 Kommissionen har gjort gældende, at det alene er hensigtsmæssigt at anvende kriteriet om den private investor på offentlige myndigheders adfærd, når disse sidstnævnte er i en position, der kan sammenlignes med den, som de private erhvervsdrivende kunne befinde sig i. En privat investor kunne imidlertid aldrig befinde sig i en situation, hvor vedkommende ville have ydet statsstøtte til ING.

28 Kongeriget Nederlandene, ING og DNB er af den opfattelse, at det første appelanbringende er ugrundet. De har navnlig anført, at Kommissionen med urette drog den slutning af det forhold, at kapitalindskuddet var en støtteforanstaltning, som denne medlemsstat havde ydet i sin egenskab af offentlig myndighed, at enhver anden handling fra Kongeriget Nederlandenes side vedrørende dette indskud ikke længere kunne vurderes i forhold til kriteriet om den private investor.

Domstolens bemærkninger

29 Det skal indledningsvis bemærkes, at retsforhandlingerne ved Retten ikke vedrørte den konkrete anvendelse af kriteriet om den private investor på ændringen af betingelserne for tilbagebetaling af kapitalindskuddet, men derimod anvendeligheden af dette kriterium.

30 I denne forbindelse skal det bemærkes, at Domstolen fastslog i præmis 92 i dom af 5. juni 2012, Kommissionen mod EDF (sag C-124/10 P), at en økonomisk fordel – henset til målene med artikel 87, stk. 1, EF og kriteriet om den private investor – selv hvis den indrømmes ved hjælp af skattemæssige foranstaltninger, skal bedømmes i lyset af kriteriet om den private investor, hvis det efter en samlet vurdering viser sig, at den pågældende medlemsstat til trods for, at den har anvendt sådanne midler, som henhører under den offentlige myndighed, har indrømmet nævnte fordel i sin egenskab af aktionær i den virksomhed, som tilhører den.

31 Det følger heraf, at anvendeligheden af kriteriet om den private investor på et offentligt indgreb ikke beror på den form, hvorunder fordelene er blevet indrømmet, men på kvalifikationen af nævnte indgreb som en beslutning, der er truffet af en aktionær i den omhandlede virksomhed.

32 Desuden er dette kriterium blandt de elementer, som Kommissionen har pligt til at tage hensyn til for at fastslå, om der foreligger en støtte, og det udgør derfor ikke en undtagelse, som kun finder anvendelse efter anmodning fra en medlemsstat, når det er blevet fastslået, at de elementer, som udgør en statsstøtte, der er uforenelig med fællesmarkedet som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF, foreligger (jf. dommen i sagen Kommissionen mod EDF, præmis 103).

33 Det følger heraf, at det, når det viser sig, at kriteriet om den private investor kan finde anvendelse, tilkommer Kommissionen at anmode den pågældende medlemsstat om at give den alle relevante oplysninger, som sætter den i stand til at undersøge, om betingelserne for anvendelighed og anvendelse af dette kriterium er opfyldt (jf. dommen i sagen Kommissionen mod EDF, præmis 104).

34 Anvendelsen af denne retspraksis kan ikke forhindres af den omstændighed alene, at den foreliggende sag vedrører anvendeligheden af kriteriet om den private investor på en ændring af betingelserne for tilbagebetaling af de værdipapirer, der blev erhvervet gennem statsstøtte.

35 Som generaladvokaten har fremhævet i punkt 41 i forslaget til afgørelse, kan enhver indehaver af værdipapirer nemlig, uanset disses beløb og karakter, ønske eller gå med til at genforhandle betingelserne for deres indfrielse. Det giver derfor mening at sammenligne statens adfærd i denne henseende med en hypotetisk privat investors i en sammenlignelig situation.

36 Det, der er afgørende i forbindelse med denne sammenligning, er spørgsmålet om, hvorvidt ændringen af betingelserne for tilbagebetaling af kapitalindskuddet opfyldte et kriterium om økonomisk rationalitet, således at en privat investor ligeledes kunne være i stand til at acceptere en sådan ændring, navnlig ved at forøge udsigterne til at opnå en tilbagebetaling af dette indskud.

37 Under disse omstændigheder begik Retten ikke en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 99 at fastslå, at det ikke var muligt for Kommissionen at blive fritaget fra sin forpligtelse til at undersøge, om ændringen af betingelserne for tilbagebetaling var økonomisk rationel på grundlag af kriteriet om den private investor, blot fordi det kapitalindskud, der skulle tilbagebetales, allerede i sig selv udgjorde

statsstøtte. Retten lagde derfor med rette til grund, at det først er efter en sådan undersøgelse, at Kommissionen er i stand til at fastslå, hvorvidt der er blevet tildelt en yderligere fordel som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF.

38 Følgelig skal det første appelanbringende forkastes som ugrundet.

Det andet appelanbringende om, at Retten foretog en fejlagtig vurdering af medlemsstatens indtægtstab som følge af de ændrede betingelser for tilbagebetaling

Parternes argumenter

39 Ifølge Kommissionen begik Retten en retlig fejl derved, at den fastslog, at selv hvis det antoges, at Kommissionen havde kunnet konkludere, at Kongeriget Nederlandene havde lidt et indtægtstab på grund af ændringen af betingelserne for tilbagebetaling, havde Kommissionen ikke fastsat det korrekte beløb for dette påståede tab, for så vidt som den ikke havde taget hensyn til udbetalingen af en kupon, der repræsenterede de påløbne renter, og som var blevet obligatorisk og ubetinget i forbindelse med de ændrede betingelser.

40 Kongeriget Nederlandene og ING er af den opfattelse, at det drejer sig om et spørgsmål, der kræver en vurdering af de faktiske omstændigheder, som ikke kan behandles inden for rammerne af en appelsag.

Domstolens bemærkninger

41 Kommissionen har med sit andet appelanbringende i det væsentlige kritiseret den de facto-analyse, som Retten foretog i den appellerede doms præmis 126-142 vedrørende ændringen af betingelserne for tilbagebetaling af kapitalindskuddet.

42 Retten fastslog i den appellerede doms præmis 135, at udbetalingen af en kupon, der repræsenterede de påløbne renter på tidspunktet for den førtidige tilbagebetaling, som følge af ændringen af betingelserne for tilbagebetaling ikke længere afhang af betalingen af et udbytte til indehaverne af de ordinære aktier, således som det var tilfældet på grundlag af de oprindelige betingelser.

43 Kommissionen har heroverfor anført, at ING allerede ifølge de oprindelige betingelser for tilbagebetaling var forpligtet til at betale Kongeriget Nederlandene påløbne renter, når selskabet tilbagebetalte kapitalindskuddet.

44 Som generaladvokaten har påpeget i punkt 47 i forslaget til afgørelse, er diskussionen om, hvorvidt de ændrede betingelser for tilbagebetaling var korrekt beskrevet i den reviderede omstruktureringsplan, og i hvilket omfang de kan have adskilt sig fra de oprindelige betingelser, ikke omfattet af Domstolens kompetence under en appelsag.

45 I henhold til artikel 256, stk. 1, TEUF og artikel 58, stk. 1, i statuten for Den Europæiske Unions Domstol er en appel således begrænset til retsspørgsmål. Det er derfor alene Retten, der har kompetence til at fastlægge og bedømme de relevante faktiske omstændigheder såvel som til at vurdere beviserne. Bedømmelsen af disse faktiske omstændigheder og beviser er således ikke et retsspørgsmål, der som sådan kan efterprøves af Domstolen under en appelsag, medmindre disse omstændigheder og beviser er blevet urigtigt gengivet.

46 Da Kommissionen ikke har gjort gældende, at der er sket nogen urigtig gengivelse, følger det heraf, at det andet appelanbringende må afvises.

Det tredje appelanbringende om, at Retten begik en fejl derved, at den ikke var berettiget til at annullere den omtvistede beslutnings artikel 2, stk. 1, i dens helhed

Parternes argumenter

- 47 Kommissionen har gjort gældende, at Retten ikke var berettiget til at annullere den omtvistede beslutnings artikel 2, stk. 1, som helhed, selv hvis det havde været med urette, at Kommissionen anså de ændrede tilbagebetalingsvilkår for statsstøtte eller opgjorde støttebeløbet, som den gjorde.
- 48 Kommissionen finder således, at Retten tilsidesatte proportionalitetsprincippet ved at annullere nævnte artikel 2, stk. 1, i dens helhed, eftersom Retten for det første anerkendte, at den omstruktureringsstøtte, der er omtalt i den omtvistede beslutnings artikel 2, stk. 1, ikke sondrede mellem de forskellige elementer i denne støtte, og Retten for det andet ikke anfægtede den kvalificering af kapitalindskuddet og foranstaltningen vedrørende værdiforringede aktiver som statsstøtte, der er fastsat i nævnte beslutning.
- 49 Kommissionen har tillige påberåbt sig, at Retten under alle omstændigheder ikke kunne annullere den omtvistede beslutnings artikel 2, stk. 1, for så vidt som denne bestemmelse alene rummede bekræftende retsakter.
- 50 Kongeriget Nederlandene og ING finder, at Retten ikke havde andet valg end at annullere den omtvistede beslutnings artikel 2, stk. 1, i dens helhed, eftersom denne bestemmelse kun i generelle vendinger henviste til den »omstruktureringsstøtte«, hvori indgik den påståede støtte, der var resultatet af ændringen af betingelserne for tilbagebetaling. Retten fastslog nemlig, at bedømmelsen af denne ændring ikke kunne udskilles fra de andre dele af retsakten.

Domstolens bemærkninger

- 51 Med henblik på at tage stilling til, om dette appelanbringende er velbegrunderet, skal det undersøges, hvorvidt Retten foretog en korrekt bedømmelse af de eventuelle konsekvenser for den omtvistede beslutnings konklusion, særligt for dennes artikel 2, stk. 1, af den fejl, som denne beslutning ifølge Retten var behæftet med, derved at beslutningen fastslog, at ændringen af betingelserne for tilbagebetaling af kapitalindskuddet medførte en yderligere støtte.
- 52 Den omtvistede beslutnings artikel 2, stk. 1, har følgende ordlyd: »Den omstruktureringsstøtte, som Kongeriget Nederlandene har ydet til ING, udgør statsstøtte [...]«
- 53 På grundlag af de af Kommissionen afgivne svar på Rettens skriftlige spørgsmål påviste Retten, at den støtte på 17 mia. EUR, som der henvises til i den omtvistede beslutning, fordelte sig således: For det første støttebeløbet til kapitalindskuddet på 10 mia. EUR, for det andet støttebeløbet til ændringen af betingelserne for tilbagebetaling på ca. 2 mia. EUR, og for det tredje støttebeløbet til foranstaltningen vedrørende værdiforringede aktiver på 5 mia. EUR.
- 54 Det var derfor med rette, at Retten i den appellerede doms præmis 152 lagde til grund, at den supplerende støtte, dvs. den støtte, der svarer til ændringen af betingelserne for tilbagebetaling, var et grundlæggende element i den »omstruktureringsstøtte«, som der er henvist til i artikel 2, stk. 1, i den omtvistede beslutnings konklusion, der ikke anlagde en sondring mellem de forskellige elementer i denne støtte.
- 55 På dette grundlag konkluderede Retten i den appellerede doms præmis 153, at den omtvistede beslutnings artikel 2, stk. 1 – henset til de fejl, som kvalificeringen af den supplerende støtte i denne beslutning var behæftet med – skulle annulleres i sin helhed, da den var baseret på den konstatering, at ændringen af betingelserne for tilbagebetaling udgjorde en supplerende støtte på 2 mia. EUR.

- 56 Kommissionen har i det væsentlige kritiseret Retten for ikke at have begrænset sig til at foretage en delvis annullation af den omtvistede beslutnings artikel 2, stk. 1. Ifølge Kommissionen var en sådan annullation nemlig mulig, eftersom bedømmelsen af støtteforanstaltningen vedrørende ændringen af betingelserne for tilbagebetaling kunne udskilles fra bedømmelsen af de andre grundlæggende elementer i omstrukturingsstøtten.
- 57 I den anledning skal det bemærkes, at en EU-retsakt ifølge fast retspraksis kun kan annulleres delvist, såfremt de elementer, der påstås annulleret, kan udskilles fra den øvrige del af retsakt. Dette krav om adskillelighed er ikke opfyldt, når en delvis annullation af en retsakt bevirker, at det materielle indhold af denne ændres (dom af 24.5.2005, sag C-244/03, Frankrig mod Parlamentet og Rådet, Sml. I, s. 4021, præmis 12 og 13, og af 6.12.2012, sag C-441/11 P, Kommissionen mod Verhuizingen, præmis 38).
- 58 I den foreliggende sag ville en delvis annullation af den omtvistede beslutnings artikel 2, stk. 1, imidlertid have bevirket en ændring af beslutningens materielle indhold, henset til, at det var umuligt at fastsætte den eksakte størrelse af den supplerende støtte.
- 59 Kommissionen konkluderede nemlig i 34. betragtning til den omtvistede beslutning, at ændringen af betingelserne for tilbagebetaling af kapitalinskuddet resulterede i en yderligere fordel for ING på mellem 1,7 og 2,2 mia. EUR, afhængigt af markedsprisen på ING's aktier.
- 60 Hertil udtalte Retten for sin del i den appellerede doms præmis 140, at selv hvis det antoges, at Kommissionens kvalificering af den supplerende støtte var korrekt, kunne den nederlandske stats tab på grund af ændringen af betingelserne for tilbagebetaling ikke være lig med et beløb på ca. 2 mia. EUR, men måtte udgøre et beløb, der nødvendigvis var mindre i forhold til beløbet for de påløbne renter på tidspunktet for tilbagebetalingen.
- 61 Det var imidlertid på grundlag af det samlede beløb på 17 mia. EUR, at Kommissionen nåede til den konklusion, at støtten til ING's omstrukturering udgjorde 5% af ING's risikovægtede aktiver. Det var endvidere ved at benytte denne tærskel på 5% af de risikovægtede aktiver som indikator for støttens omfang, at Kommissionen i 141. betragtning til den omtvistede beslutning fastslog, at ING havde modtaget »et betydeligt støttebeløb«.
- 62 Retten fastslog i den appellerede doms præmis 154 og 156, at den supplerende støtte således var en integrerende del af Kommissionens vurdering, da den udtalte sig om støttens forenelighed med fællesmarkedet og navnlig, om fastsættelsen af niveauet for de tilsagn, der kræves for at gøre det muligt, at støtten erklæres forenelig.
- 63 I sidstnævnte forbindelse præciserede Retten i den appellerede doms præmis 158, at det tydeligt fremgår af den omtvistede beslutning, at Kommissionen undersøgte spørgsmålet om omfanget af udligningsforanstaltningerne i forhold til virkningerne af omstrukturingsstøtten, der bestod af støttebeløbet til kapitalinskuddet, støttebeløbet i forbindelse med ændringen af betingelserne for tilbagebetaling og støttebeløbet til foranstaltningen vedrørende værdiforringede aktiver, dvs. i forhold til et samlet støttebeløb på 17 mia. EUR.
- 64 Retten fastslog derfor korrekt, at det var umuligt at udskille den supplerende støtte fra konklusionen og begrundelsen, der understøttede denne.
- 65 Kommissionen har desuden påberåbt sig, at den omtvistede beslutnings artikel 2, stk. 1, ikke kunne annulleres, for så vidt som denne bestemmelse alene udgjorde en retsakt, som bekræftede den oprindelige beslutning.

- 66 I denne henseende fremgår det imidlertid af den oprindelige beslutning, at Kommissionen godkendte »den nederlandske stats køb af ING-aktiverne« som »en hasteforanstaltning for en periode på seks måneder under hensyn til den finansielle krise«. Ved udløbet af denne periode skulle der foretages en fornyet undersøgelse af foranstaltningen.
- 67 Der var derfor tale om en midlertidig foranstaltning, som var begrundet i ekstraordinære omstændigheder, og hvis gyldighed var betinget af de nederlandske myndigheders fremlæggelse af en plan for ING's levedygtighed på lang sigt. Hvis en sådan plan blev fremlagt, ville denne foranstaltning automatisk blive forlænget, indtil Kommissionen vedtog en beslutning om denne plan.
- 68 I øvrigt omhandlede den oprindelige beslutning udelukkende støtteforanstaltningen vedrørende indsprøjtningen af 10 mia. EUR som kapital, idet der i denne beslutning ikke blev foretaget nogen henvisning til de andre foranstaltninger vedrørende den supplerende støtte og de værdiforringede aktiver.
- 69 Selv om det er korrekt, at en rent bekræftende retsakt ifølge Domstolens praksis ikke kan være genstand for et annullationssøgsmål (jf. bl.a. dom af 9.12.2004, sag C-123/03 P, Kommissionen mod Greencore, Sml. I, s. 11647, præmis 39), forholder det sig ikke desto mindre således, at Domstolen ligeledes har udtalt, at en retsakt blot er en bekræftelse af en eksisterende retsakt, når den ikke indeholder noget nyt element i forhold til denne (jf. dom af 10.12.1980, sag 23/80, Grasselli mod Kommissionen, Sml. s. 3709, præmis 18, og af 14.9.2006, sag C-417/05 P, Kommissionen mod Fernández Gómez, Sml. I, s. 8481, præmis 46).
- 70 Ved at godkende en samlet omstrukturingsstøtte til ING, som rummede tre støtteforanstaltninger, og hvis størrelse beløb sig til 17 mia. EUR, begrænsede den omtvistede beslutning sig imidlertid ikke til at bekræfte det, der var blevet godkendt i den oprindelige beslutning.
- 71 En indledende undersøgelse af en enkelt støtteforanstaltning, der blev foretaget i forbindelse med en ekstraordinær situation med global finansiell krise, som stillede krav om vedtagelse af hasteforanstaltninger, kan således ikke opfylde de samme kriterier som de undersøgelser, der skal ligge til grund for en endelig beslutning om, hvorvidt tre støtteforanstaltninger af en betydeligt højere beløbsstørrelse er forenelige med det indre marked.
- 72 Den omtvistede beslutning frembyder derfor flere nye elementer i forhold til den oprindelige beslutning, der forhindrer kvalificeringen af den som en »bekræftende retsakt«.
- 73 På grundlag af samtlige ovenstående betragtninger må det tredje appelanbringende forkastes som ugrundet.

Det fjerde appelanbringende om, at Retten begik en retlig fejl ved at konkludere, at den omtvistede beslutnings artikel 2, stk. 2, var ulovlig, med den begrundelse, at Kommissionen med urette havde kvalificeret de ændrede betingelser for tilbagebetaling som »statsstøtte«

Parternes argumenter

- 74 Kommissionen har kritiseret Retten for at have draget den slutning af konstateringen af en fejl, der påvirkede Kommissionens vurdering af den supplerende støtte, at der forelå en indvirkning på de tilsagn, der kræves for at gøre det muligt, at omstrukturingsstøtten erklæres forenelig med fællesmarkedet. Retten begik således en fejl ved at fastslå, at de af de nederlandske myndigheder foreslåede tilsagn – når støtten vedrørende de ændrede betingelser for tilbagebetaling én gang var blevet overvurderet – kunne have oversteget det minimum, der kræves for at gøre støtten til ING forenelig med fællesmarkedet.

- 75 Kommissionen har i den anledning gjort gældende, at den ikke har beføjelse til at afvise de tilsagn, som en medlemsstat har afgivet i forbindelse med en meddelt foranstaltning, med den begrundelse, at de går ud over, hvad der er nødvendigt for at gøre en statsstøtte forenelig med fællesmarkedet. Da de af Kongeriget Nederlandene foreslåede tilsagn var tilstrækkelige til at gøre kapitalindskuddet, foranstaltningen vedrørende de værdiforringede aktiver og ændringen af betingelserne for tilbagebetaling forenelige i deres helhed, var de derfor ifølge Kommissionen tilstrækkelige til at gøre to af disse foranstaltninger forenelige.
- 76 Kongeriget Nederlandene og ING, der i denne forbindelse støttes af DNB, har anført, at når de foreslog de omhandlede tilsagn, var det fordi Kommissionen meddelte, at den ikke ville træffe en gunstig beslutning, såfremt disse minimumsudligningsforanstaltninger ikke blev foreslået. Følgelig kan Kommissionen ikke hævde, at den ikke kunne holdes ansvarlig for de nævnte tilsagn.

Domstolens bemærkninger

- 77 Det skal indledningsvis fastslås, som generaladvokaten har påpeget i punkt 64 i forslaget til afgørelse, at det fremgår af den fremstilling, som Retten i den appellerede doms præmis 9-37 foretog af den administrative procedure, der førte til vedtagelsen af den omtvistede beslutning, at Kommissionen flere gange tilkendegav, hvilke foranstaltninger den fandt nødvendige, idet den forklarede, at omstrukturingsplanen ikke ville blive godkendt uden disse foranstaltninger.
- 78 Således konstaterede Retten i den appellerede doms præmis 14, at Kommissionen under et møde, der blev afholdt den 24. april 2009 mellem den, Kongeriget Nederlandene, ING og DNB, anførte, at de omhandlede støtteforanstaltninger »ikke ville blive godkendt«, hvis ING ikke var indstillet på »at acceptere de vigtige omstrukturingsforanstaltninger med henblik på at genskabe ING's levedygtighed og mindske de opståede konkurrencefordrejninger«.
- 79 Retten konstaterede ligeledes i den appellerede doms præmis 29, at ING den 12. oktober 2009 tilsendte Kommissionen en anden omstrukturingsplan, som »flere gange [henviste] til de forslag, som N. Kroes har fremsat i e-mailen af 6. oktober 2009. Denne plan indebar især forskellige afhændelser, der førte til en reduktion af ING's balancesum på 45%, dvs. næsten tre gange mere end det, der blev foreslået i den omstrukturingsplan, der blev fremlagt den 12. maj 2009, et forbud mod ethvert opkøb og adfærdsmæssige tilsagn, således som Kommissionen har krævet«.
- 80 Det følger af denne faktuelle vurdering, at de tilsagn, der er opregnet i bilag II til den omtvistede beslutning, i modsætning til, hvad Kommissionen har anført, ikke blot var resultatet af ensidige forslag fra Kongeriget Nederlandene og ING, som Kommissionen var uden forbindelse til. Retten konkluderede, at nævnte tilsagn derimod for en stor del udsprang af de krav, som Kommissionen pålagde Kongeriget Nederlandene og ING under den administrative procedure.
- 81 Under disse omstændigheder er det argument, som Kommissionen har fremført i forbindelse med dette appelanbringende, ifølge hvilket den ikke var i stand til at begrænse de af Kongeriget Nederlandene og ING afgivne tilsagn, i modstrid med Rettens faktuelle konstateringer.
- 82 En realitetsanalyse af dette appelanbringende ville således indebære en fornyet vurdering af sagens faktiske omstændigheder. I betragtning af, at Kommissionen ikke har påberåbt sig, at Retten har foretaget en urigtig gengivelse af sagens faktiske omstændigheder, og af de i denne doms præmis 45 anførte grunde er en sådan vurdering imidlertid ikke omfattet af Domstolens kompetence under en appelsag.
- 83 Følgelig skal det fjerde appelanbringende afvises.

Det femte appelanbringende om, at Retten tilsidesatte princippet om ne ultra petita

Parternes argumenter

- 84 Kommissionen har gjort gældende, at påstanden om annullation af den omtvistede beslutnings artikel 2, stk. 2, og bilaget til denne ikke fremgik af de stævninger, som Kongeriget Nederlandene og ING indleverede til Retten i forbindelse med de respektive sager T-29/10 og T-33/10. Ved at annullere disse bestemmelser udvidede Retten ulovligt anvendelsesområdet for det søgsmål, der var anlagt ved den, og traf følgelig afgørelse *ultra petita*.
- 85 Kongeriget Nederlandene og ING har bestridt denne konklusion.

Domstolens bemærkninger

- 86 Det skal indledningsvis bemærkes, at ING med sit første anbringende i sag T-33/10 havde anmodet Retten om at annullere den omtvistede beslutning, for så vidt som det i denne beslutning blev lagt til grund, at »ændringen af CT1-transaktionen udgjorde (yderligere) statsstøtte«.
- 87 Af den stævning med påstand om annullation, som ING indleverede til Retten, fremgår det imidlertid, dels at »CT1-transaktionen« svarede til den mellem ING og Kongeriget Nederlandene indgåede aftale vedrørende CT1-kapitalindsprøjtningen på 10 mia. EUR (Core Tier 1), dels at ændringen til denne transaktion bestod i en ændring af betingelserne for tilbagebetaling af kapitalinskuddet.
- 88 Det følger heraf, at ING med sit første anbringende anmodede Retten om at annullere den omtvistede beslutning, for så vidt som det i denne beslutning blev lagt til grund, at nævnte ændring rummede yderligere støtte. Denne påstand omhandlede derfor ikke en bestemt artikel eller et bestemt stykke i den omtvistede beslutnings konklusion.
- 89 Retten konstaterede desuden i den appellerede doms præmis 147, at »ING, [...], med sin første påstand har anmodet Retten om i det væsentlige at annullere den [omtvistede] beslutnings artikel 2, stk. 1, og denne beslutnings artikel 2, stk. 2, samt bilag II til denne beslutning, for så vidt som Kommissionen har fundet, at ændringen af betingelserne for tilbagebetaling udgør supplerende støtte på 2 mia. EUR«.
- 90 På grundlag af det ovenstående må det konkluderes, at det af Kommissionen fremførte anbringende om, at Retten traf afgørelse *ultra petita* ved at annullere den omtvistede beslutnings artikel 2, stk. 2, og bilag II til denne, ikke kan tages til følge.
- 91 Det femte appelanbringende må derfor forkastes som ugrundet.

Det subsidiært fremførte sjette appelanbringende om, at Retten, såfremt den var berettiget til at annullere den omtvistede beslutnings artikel 2, stk. 1 og 2, tillige burde have annulleret artikel 2, stk. 3

Parternes argumenter

- 92 Kommissionen har bemærket, at det af Kongeriget Nederlandene og ING afgivne tilsagn om, at sidstnævnte ville begrænse væksten i sin balancesum for at mindske konkurrencefordrejningen fra kapitalinskuddet, blev registreret i 30. betragtning til den oprindelige beslutning. Henset til de tilsagn, der lå til grund for konklusionen i den omtvistede beslutning om, at støtten var forenelig med det indre marked, besluttede Kommissionen imidlertid i denne beslutnings artikel 2, stk. 3, at ophæve den midlertidige begrænsning for væksten i ING's balancesum.

- 93 Såfremt Retten var berettiget til at annullere den analyse og de tilsagn, der ligger til grund for den omtvistede beslutnings artikel 2, stk. 2, og bilag II til denne, ville dette ifølge Kommissionen nødvendigvis bevirke, at ING ikke skulle fritages for de begrænsninger vedrørende væksten i balancesummen, som påhvilede selskabet inden vedtagelsen af denne beslutning. Konstateringen af, at støtten var forenelig med det indre marked i lyset af de tilsagn, der er specificeret i bilag II til den omtvistede beslutning, og ophævelsen af begrænsningerne for væksten i balancesummen udgør nemlig et uadskilleligt hele.
- 94 Kongeriget Nederlandene har gjort gældende, at spørgsmålet om, hvorvidt annullationen af den omtvistede beslutnings artikel 2, stk. 1 og 2, tillige bør medføre en annullation af artikel 2, stk. 3, forudsætter en indholdsmæssig vurdering, som Retten ikke kunne foretage, da den ikke var blevet anmodet herom. Ifølge Kongeriget Nederlandene kan Domstolen ikke foretage denne vurdering under en appelsag, da det ville dreje sig om en vurdering af de faktiske omstændigheder.
- 95 ING finder, at dette appelanbringende åbenbart må afvises, eftersom Kommissionen ikke på noget tidspunkt nedlagde påstand herom over for Retten, og den derfor ikke kan nedlægge en sådan påstand nu.

Domstolens bemærkninger

- 96 Kommissionen har med dette appelanbringende i det væsentlige kritiseret Retten for ikke af egen drift at have behandlet et anbringende om annullation af den omtvistede beslutnings artikel 2, stk. 3, efter annullationen af artikel 2, stk. 1 og 2.
- 97 Det skal i den anledning fastslås, at for så vidt som det af Kommissionen påberåbte spørgsmål ikke kan anses for at vedrøre grundlæggende retsprincipper, kunne Retten ikke vurdere det af egen drift, idet dette ville indebære, at Retten traf afgørelse *ultra petita* (jf. i denne retning dom af 1.6.2006, forenede sager C-442/03 P og C-471/03 P, P & O European Ferries (Vizcaya) og Diputación Foral de Vizcaya mod Kommissionen, Sml. I, s. 4845, præmis 45, og af 10.12.2013, sag C-272/12 P, Kommissionen mod Irland m.fl., præmis 28).
- 98 Det følger heraf, at det sjette appelanbringende må afvises.
- 99 Da ingen af de seks appelanbringender, som Kommissionen har fremført til støtte for sin appel, kan tiltrædes, må appellen forkastes i sin helhed.

Sagens omkostninger

- 100 I henhold til artikel 184, stk. 2, i Domstolens procesreglement træffer Domstolen afgørelse om sagens omkostninger, såfremt appellen forkastes. I henhold til procesreglementets artikel 138, stk. 1, der i medfør af samme reglements artikel 184, stk. 1, finder tilsvarende anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom.
- 101 Da Kommissionen har tabt sagen, og da Kongeriget Nederlandene og ING har nedlagt påstand om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger, bør det pålægges denne at betale sagens omkostninger.
- 102 I overensstemmelse med procesreglementets artikel 140, stk. 1, som i henhold til samme reglements artikel 184, stk. 1, ligeledes finder anvendelse i appelsager, bør det pålægges DNB at bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Anden Afdeling):

- 1) **Appellen forkastes.**
- 2) **Europa-Kommissionen betaler sagens omkostninger.**
- 3) **De Nederlandsche Bank NV bærer sine egne omkostninger.**

Underskrifter