



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. SZPUNAR
fremsat den 28. november 2017¹

Sag C-579/16 P

**Europa-Kommissionen
mod
FIH Holding A/S,
FIH Erhvervsbank A/S**

»Appel – statsstøtte – banksektoren – støtte tildelt den danske bank FIH i form af en overførsel af dens værdiforringede aktiver til et nyt datterselskab og det efterfølgende køb af disse ved Finansiell Stabilitet (det danske organ, som har til opgave at sikre finansiell stabilitet) – definition af statsstøtte – kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi – anvendelse af kriteriet om kreditoren i en markedsøkonomi i en situation, hvor den begunstigede allerede har modtaget statsstøtte«

Indledning

1. Europa-Kommissionen har med sin appel for Domstolen nedlagt påstand om ophævelse af Den Europæiske Unions Rets dom i sag T-386/14², hvorved Retten annullerede Kommissionens afgørelse 2014/884/EU om statsstøtte ydet af Kongeriget Danmark til FIH³.
2. Retten fandt i det væsentlige, at Kommissionen havde begået en retlig fejl, idet den havde valgt en ukorrekt analytisk ramme ved fastlæggelsen af, at der forelå statsstøtte, og, navnlig, at den ikke havde anvendt kriteriet om kreditoren i en markedsøkonomi, som er en variant af kriteriet om »den private aktør i en markedsøkonomi«⁴.
3. Det centrale spørgsmål, der er rejst ved nærværende appel, er det følgende: Skal Kommissionen anvende kriteriet om kreditoren i en markedsøkonomi med henblik på at tage hensyn til medlemsstatens finansielle eksponering som kreditor, når denne eksponering hidrører fra statsstøtte, der tidligere er tildelt den omhandlede virksomhed?

1 – Originalsprog: engelsk.

2 – Dom af 15.9.2016, FIH Holding og FIH Erhvervsbank mod Kommissionen (T-386/14, EU:T:2016:474).

3 – Afgørelse af 11.3.2014 om statsstøtte SA.34445 (12/C) ydet af Danmark med henblik på overdragelsen af ejendomsrelaterede aktiver fra FIH til Finansiell Stabilitet (EUT 2014, L 357, s. 89).

4 – Udtrykkene »den private aktør i en markedsøkonomi« og »den private aktør« bruges synonymt. Domstolen henviser sædvanligvis til kriteriet om »den private investor«, »den private kreditor« eller »den private sælger«.

4. Eftersom dette spørgsmål vedrører anvendelsen af kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi på en række successive støtteforanstaltninger, er det særligt relevant for bedømmelsen af offentlig støtte, der ydes med henblik på at håndtere en igangværende finanskrise. Domstolen har tidligere taget stilling til tilsvarende problemer⁵, men nærværende sag har vist behovet for at konsolidere og præcisere den eksisterende retspraksis.

5. Den fortolkning af begrebet statsstøtte, som Domstolen foretager i nærværende sag, kan også være af betydning for anvendelsen af direktivet om genopretning og afvikling af banker (direktiv 2014/59/EU), som vedrører bankunionens funktion⁶.

Sagens baggrund

6. Sagens baggrund, som fremgår af den appellerede dom, kan sammenfattes som følger:

7. FIH Erhvervsbank A/S (herefter »FIH«) er en dansk bank, der ejes 100% af FIH Holding A/S (herefter »FIH Holding«).

8. I 2009 var FIH som andre banker omfattet af visse foranstaltninger truffet af Kongeriget Danmark med henblik på stabilisering af dets banksektor (herefter »foranstaltningerne fra 2009«).

9. I juni og juli 2009 modtog FIH et indskud af hybrid tier 1-kapital på 1,9 mia. DKK (ca. 225 mio. EUR) og en statsgaranti på 50 mia. DKK (ca. 6,31 mia. EUR). Begge foranstaltninger blev vedtaget i forbindelse med statsstøtteordninger, der var blevet godkendt af Kommissionen.

10. FIH anvendte hele garantien til at udstede obligationer, der var garanteret af den danske stat, med et samlet beløb på 41,7 mia. DKK (ca. 5,56 mia. EUR), og som udløb i 2012 og 2013. I perioden fra 2009 til 2011 sænkede kreditvurderingsinstituttet Moody's kreditvurderingen for FIH, som gik fra A2 til B1 med negative udsigter.

11. I 2012 planlagde den danske regering at vedtage en anden pakke med foranstaltninger i relation til FIH og anmeldte dem til Kommissionen (herefter »foranstaltningerne fra 2012«).

12. Kort fortalt indebar disse foranstaltninger en overdragelse af FIH's mest problematiske aktiver til NewCo, et nystiftet datterselskab til FIH Holding, som ville modtage finansiering fra Finansiell Stabilitet. Finansiell Stabilitet skulle derefter købe aktier i NewCo, som derefter ville blive afviklet, mens FIH Holding skulle stille en ubegrænset tabsgaranti for Finansiell Stabilitet.

13. Kommissionens konkluderede, at foranstaltningerne fra 2012 udgjorde statsstøtte til NewCo og FIH-koncernen, men godkendte dem foreløbigt, mens den også indledte en formel undersøgelsesprocedure. I løbet af denne undersøgelse fremlagde den danske regering en omstruktureringsplan og foreslog tilsagn for at imødekomme de betænkeligheder, som Kommissionen havde givet udtryk for.

5 – Dom af 28.1.2003, Tyskland mod Kommissionen (C-334/99, EU:C:2003:55, herefter »Gröditzter Stahlwerke-dommen«), af 24.10.2013, Land Burgenland m.fl. mod Kommissionen (C-214/12 P, C-215/12 P og C-223/12 P, EU:C:2013:682, herefter »Land Burgenland-dommen«), og af 3.4.2014, Kommissionen mod Nederlandene og ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213, herefter »ING-dommen«).

6 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 15.5.2014 om et regelsæt for genopretning og afvikling af kreditinstitutter og investeringselskaber og om ændring af Rådets direktiv 82/891/EØF og direktiv 2001/24/EF, 2002/47/EF, 2004/25/EF, 2005/56/EF, 2007/36/EF, 2011/35/EU, 2012/30/EU og 2013/36/EU samt forordning (EU) nr. 1093/2010 og (EU) nr. 648/2012 (EUT 2014, L 173, s. 190).

14. Kommissionen fastslog i den omtvistede afgørelse, at foranstaltningerne til fordel for FIH og FIH Holding udgjorde statsstøtte. Kommissionen var navnlig af den opfattelse, at foranstaltningerne ikke levede op til kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi, eftersom Kongerigt Danmark ikke handlede på en måde, der var sammenlignelig med en privat aktør i en markedsøkonomi. Aktieoverdragelsesaftalen vedrørende NewCo ville sandsynligvis medføre et tab for Finansiell Stabilitet, og den foreslåede egenkapitalforrentning af investeringen var utilstrækkelig.

15. Hvad angår statsstøttens forenelighed med det indre marked undersøgte Kommissionen foranstaltningerne på grundlag af artikel 107, stk. 3, litra b), TEUF og i lyset af meddelelsen om værdiforringede aktiver og omstruktureringsmeddelelsen⁷ og erklærede dem forenelig med det indre marked under forudsætning af, at omstruktureringsplanen og tilsagnene i bilaget til afgørelsen blev overholdt.

Retsforhandlingerne for Retten og den appellerede dom

16. Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 24. maj 2014 anlagde FIH og FIH Holding sag med påstand om annullation af den omtvistede afgørelse.

17. Sagsøgerne i første instans fremsatte tre anbringender til støtte for annullationspåstanden. Det første anbringende vedrørte en tilsidesættelse af artikel 107, stk. 1, TEUF, for så vidt som kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi ikke blev anvendt korrekt i den omtvistede afgørelse⁸.

18. Ved den appellerede dom tog Retten det første anbringende til følge og annullerede den omtvistede afgørelse.

19. Retten bemærkede – efter at have redegjort for de anvendelige retlige principper (den appellerede doms præmis 50-60) – at det spørgsmål, som den skulle tage stilling til, var, om Kommissionen havde anvendt en passende test ved vurderingen af, om der forelå støtte. Sagsøgerne i første instans gjorde gældende, at Kommissionen burde have anvendt kriteriet om kreditoren i en markedsøkonomi med henblik på at tage hensyn til risikoen for finansielle tab som følge af den gæld, som FIH allerede havde til den danske regering. Kommissionen bestred, at denne allerede eksisterende gæld kunne tages i betragtning, eftersom denne gæld var en følge af foranstaltningerne fra 2009, der selv udgjorde statsstøtte (den appellerede doms præmis 61).

20. Retten bemærkede, at en økonomisk aktør i en situation som i den foreliggende sag, hvor den økonomiske aktør på forhånd har ydet det berørte selskab et kapitalindskud og en garanti, kan sammenlignes med en privat kreditor, som tilsigter at minimere sine tab, snarere end med en privat investor, der tilsigter at maksimere fortjenesten. Det kan være rationelt for en økonomisk aktør med kapitalandele i et selskab, som aktøren også har ydet en garanti, at vedtage foranstaltninger, som muliggør en betydelig reducere af risikoen for, at investoren mister sin kapital, og garantien udløses. Det kan være lige så økonomisk rationelt for Kongeriget Danmark at acceptere foranstaltninger såsom en overdragelse af værdiforringede aktiver, forudsat at de er forbundet med begrænsede omkostninger og risici, og at det i mangel heraf er meget sandsynligt, at denne medlemsstat vil lide tab, der er højere end de nævnte omkostninger (den appellerede doms præmis 64-66).

⁷ – Meddelelse fra Kommissionen om behandlingen af værdiforringede aktiver i Fællesskabets banksektor (EUT 2009, C 72, s. 1) og Meddelelse fra Kommissionen om anvendelse af statsstøtteregler på støtteforanstaltninger til fordel for banker i forbindelse med finanskrisen fra og med 1.1.2012 (EUT 2011, C 356, s. 7).

⁸ – De to øvrige anbringender, som ikke er relevante for nærværende appel, vedrørte fejl i forbindelse med beregningen af størrelsen af statsstøtten og en tilsidesættelse af begrundelsespligten.

21. Retten konkluderede endvidere, at der ikke i den omtvistede afgørelse var foretaget nogen undersøgelse af de omkostninger, der ville være opstået, hvis den danske regering ikke havde vedtaget foranstaltningerne fra 2012, og at der derved blev anvendt en ukorrekt juridisk test i denne afgørelse, nemlig princippet om den private investor i en markedsøkonomi, i stedet for at undersøge foranstaltningerne i lyset af princippet om en privat kreditor i en markedsøkonomi. Den af Kongeriget Danmark udviste adfærd i forbindelse med vedtagelsen af de omhandlede foranstaltninger i 2012 kunne ikke sammenlignes med adfærden udvist af en investor, som tilsigter at maksimere sin fortjeneste, men snarere med adfærden udvist af en kreditor, der tilsigter at minimere tabene (den appellerede doms præmis 68 og 69).

22. Som følge heraf forkastede Retten Kommissionens argumenter (den appellerede doms præmis 72-81) og tiltrådte det første anbringende.

Parternes påstande

23. Kommissionen har for Domstolen nedlagt påstand om, at den appellerede dom ophæves, om, at sagen hjemvises til Retten, og om, at afgørelsen om sagsomkostningerne udsættes.

24. FIH og FIH Holding har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

Analyse

25. Kommissionen har påberåbt sig et enkelt appelanbringende, nemlig at Retten begik en retlig fejl ved at fastslå, at Kommissionen skulle anvende kriteriet om kreditoren i en markedsøkonomi og tage hensyn til de omkostninger, der ville være opstået, hvis den danske regering ikke havde vedtaget foranstaltningerne fra 2012.

26. Kommissionen har anført, at Rettens konklusion er behæftet med en retlig fejl, eftersom de omhandlede omkostninger er en direkte følge af tidligere tildelt statsstøtte, og Kommissionen kan i overensstemmelse med Domstolens praksis – navnlig Gröditzter Stahlwerke-dommen og Land Burgenland-dommen – ikke tage sådanne omkostninger i betragtning, når den anvender kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi.

27. FIH og FIH Holding har anført, at Kongeriget Danmark ved at vedtage foranstaltningerne fra 2012 handlede, således som en fornuftig og rationel privat kreditor ville have gjort, og at det effektivt beskyttede sine økonomiske interesser som kreditor. De to selskaber har anført, at Kongeriget Danmark før vedtagelsen af foranstaltningerne fra 2012 stod over for en betydelig risiko for at lide et nettotab på 3,8 mia. DKK på de 42 mia. DKK i statsgaranterede obligationer og derfor en samlet nettorisiko for et tab på mindst 5,7 mia. DKK i tilfælde af FIH's misligholdelse af sine betalingsforpligtelser. Foranstaltningerne fra 2012 mindskede i betydeligt omfang Finansiell Stabilitets eksponering, både i forhold til graden og størrelsen af risikoen.

28. Det ville ifølge FIH og FIH Holding være uforeneligt med formålet med statsstøttekontrol, hvis reglerne om statsstøtte skulle være til hinder for en rationel omlægning af en medlemsstats eksponering, alene fordi den risiko, som den står over for, hidrører fra tidligere tildelt statsstøtte, der er godkendt af Kommissionen. Et sådant resultat ville ligeledes være i strid med neutralitetsprincippet i artikel 345 TEUF, eftersom offentlige kreditorer ikke ville have de samme muligheder som private kreditorer for at beskytte deres interesser. FIH og FIH Holding har til støtte for deres argument påberåbt sig Domstolens dom i ING-sagen, som de også støttede sig på i den appellerede dom.

Rationalet bagkriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi

29. Nærværende appel giver Domstolen lejlighed til at undersøge rationalet bag kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi.

30. I henhold til Domstolens praksis skal hver af de fire kumulative betingelser i artikel 107, stk. 1, TEUF være opfyldt, før en foranstaltning kan kvalificeres som støtte i traktaternes forstand. For det første skal der være tale om statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler. For det andet skal denne støtte kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater. For det tredje skal den give modtageren en fordel. For det fjerde skal den fordreje eller true med at fordreje konkurrencevilkårene⁹.

31. I henhold til Domstolens retspraksis henviser den tredje af disse betingelser til de foranstaltninger, der – uanset hvilken form de end måtte have – direkte eller indirekte kan favorisere visse virksomheder, eller som skal anses for en økonomisk fordel, som den begunstigede virksomhed ikke ville have opnået under normale markedsvilkår¹⁰.

32. Støttekonceptet omfatter flere forskellige former for støtte, herunder former, der hidrører fra transaktioner mellem staten og de virksomheder, der er aktive på markedet, hvis den virksomhed, som foranstaltningen er rettet til, i forbindelse med disse transaktioner opnår en økonomisk fordel, som den ikke ville have opnået under normale markedsvilkår¹¹.

33. Med henblik på at afgøre, om en given transaktion giver en sådan økonomisk fordel, har Kommissionen udviklet kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi¹². Dette kriterium finder anvendelse i forskellige former afhængig af, om staten optræder som investor, kreditor, sælger, garant, køber eller långiver. Hvis samme betingelser ville være opnået i forbindelse med en sammenlignelig transaktion på det private marked, indebærer foranstaltningen ikke en selektiv fordel for virksomheden og udgør derfor ikke statsstøtte.

34. Kriteriet er et udtryk for princippet om ligebehandling af offentlige og private virksomheder eller det bredere neutralitetsprincip i relation til de ejendomsretlige ordninger i national ret (artikel 345 TEUF). Når offentlige myndigheder agerer på markedet på vilkår, der svarer til normale markedsvilkår, bør deres foranstaltninger ikke anses for statsstøtte¹³.

35. Kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi finder anvendelse, når statens intervention efter sin art er økonomisk, og ikke når staten agerer som en offentlig myndighed. Kriteriet er, når det finder anvendelse, blandt de elementer, som Kommissionen har pligt til at tage hensyn til for at fastslå, om der foreligger en sådan støtte¹⁴.

9 – Dom af 24.7.2003, Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, EU:C:2003:415, præmis 74 og 75).

10 – Dom af 2.9.2010, Kommissionen mod Deutsche Post (C-399/08 P, EU:C:2010:481, præmis 40).

11 – Dom af 11.7.1996, SFEI m.fl. (C-39/94, EU:C:1996:285, præmis 60).

12 – Dom af 10.7.1986, Belgien mod Kommissionen (234/84, EU:C:1986:302, præmis 14), og af 24.9.1987, Acciaierie e Ferriere di Porto Nogaro mod Kommissionen (340/85, EU:C:1987:384, præmis 13). Jf. ligeledes Kommissionens meddelelse om offentlige myndigheders erhvervelse af kapitalinteresser i virksomheder (EF-Bulletin 9/1984).

13 – Dom af 21.3.1991, Italien mod Kommissionen (C-303/88, EU:C:1991:136, præmis 20).

14 – Jf. i denne retning dom af 5.6.2012, Kommissionen mod EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318, præmis 79 og 103).

Begrænsningerne for kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi i en situation, hvor der tidligere er tildelt statsstøtte

Gröditzter Stahlwerke-dommen og Land Burgenland-dommen

36. Domstolen har i to sager vedrørende privatisering af offentlige virksomheder udelukket, at kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi kan finde anvendelse på en transaktion, der er forbundet med tidligere tildelt statsstøtte til den samme virksomhed.

37. I Gröditzter Stahlwerke-dommen – der vedrørte privatiseringen af en kriseramte offentlig virksomhed – fremførte den tyske regering det argument, at den negative købspris opfyldte kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi, eftersom det ville have medført større omkostninger at foretage en likvidation af virksomheden end at privatisere den for den negative pris. De potentielt høje omkostninger ved en likvidation skyldtes den omstændighed, at virksomheden tidligere havde modtaget statsgarantier og lån.

38. Domstolen bemærkede, at der skulle sondres mellem de forpligtelser, som staten hæfter for som ejer af et selskabs kapital, og de forpligtelser, der kan påhvile den som offentlig myndighed¹⁵. Forpligtelserne i forbindelse med statsgaranterede lån følger af støttetildelingen og dermed af statens ageren som offentlig myndighed og kan ikke tages i betragtning ved beregningen af de normale likvidationsomkostninger¹⁶. Hvad angår anpartshaverlånene udgjorde disse – i betragtning af de vanskeligheder, virksomheden befandt sig i, og de betingelser, der var knyttet til lånene – støtte og kunne dermed ikke tages i betragtning ved beregningen af likvidationsomkostningerne¹⁷.

39. Domstolen bekræftede denne fremgangsmåde i Land Burgenland-dommen. Denne sag omhandlede privatiseringen af en bank, der drog fordel af den såkaldte »*Ausfallhaftung*«, en lovbestemt garantiordning, der omfattede en forpligtelse for staten til at træde til i tilfælde af insolvens. Som konsekvens ville staten skulle optræde som garant for banken, selv efter dens privatisering, med hensyn til forpligtelser, der var indgået inden tidspunktet for privatiseringen. De østrigske myndigheder anførte, at i betragtning af risikoen for udløsning af statens garanti for bankens tab, selv efter dens privatisering, var staten berettiget til at sikre sig, at køberen fremviste garantier for seriositet og solvens. Ifølge de østrigske myndigheder begrundede dette hensyn accepten af en væsentlig lavere privatiseringspris, hvis denne pris var forbundet med den mindre risiko for at måtte opfylde garantiforpligtelsen i henhold til *Ausfallhaftung*¹⁸.

40. Domstolen erindrede om, at der med henblik på kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi kun skal tages hensyn til de forpligtelser, som er forbundet med statens situation i dens egenskab af aktionær og ikke af offentlig myndighed¹⁹. Den form, hvorunder fordelene stilles til rådighed, og hvormed den statslige indgriben sker, er uden betydning – under forudsætning af, at medlemsstaten griber ind i sin egenskab af aktionær²⁰.

15 – Dom af 14.9.1994, Spanien mod Kommissionen (C-278/92 – C-280/92, EU:C:1994:325, præmis 22).

16 – Gröditzter Stahlwerke-dommen, præmis 138.

17 – Gröditzter Stahlwerke-dommen, præmis 140, og generaladvokat General Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse Tyskland mod Kommissionen (C-334/99, EU:C:2002:41, punkt 64). Forbundsrepublikken Tyskland havde inkluderet en række omkostninger til aktionærene, som reelt var omkostninger, der skulle bæres af staten i dens egenskab af offentlig myndighed, i de samlede likvidationsomkostninger.

18 – Dom af 28.2.2012, Land Burgenland mod Kommissionen (T-268/08 og T-281/08, EU:T:2012:90, præmis 152).

19 – Land Burgenland-dommen, præmis 52.

20 – Dom af 5.6.2012, Kommissionen mod EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318, præmis 91 og 92), og Land Burgenland-dommen, præmis 53.

41. Domstolen bemærkede endvidere, at Retten havde undersøgt, hvorvidt *Ausfallhaftung* skulle tages i betragtning ved anvendelsen af kriteriet om den private sælger, og havde fastslået, at en privat sælger ikke ville have underskrevet en sådan garanti. *Ausfallhaftung* udgjorde statsstøtte og blev derfor tildelt af staten under udøvelse af sin enekompetence som offentlig myndighed²¹.

42. Heraf fulgte, at eftersom *Ausfallhaftung* ikke selv var blevet indgået under normale markedsvilkår, kunne de finansielle risici, der var forbundet hermed, ikke tages i betragtning for at begrunde den lavere privatiseringspris i henhold til kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi²².

43. Domstolens domme i Gröditzter Stahlwerke-sagen og Land Burgenland-sagen har påkaldt sig nogen kritik i den akademiske litteratur. Det er blevet fremhævet, at en tilgang, der udelukker en hensyntagen til den finansielle byrde, der følger af en lovlige statsstøtte, begrænser statens beføjelse til at minimere den finansielle risiko for dens budget og til at undgå yderligere udgifter for skatteyderne²³. FIH og FIH Holding har påberåbt sig lignende argumenter i nærværende appel.

ING-dommen

44. Et beslægtet spørgsmål blev drøftet i ING-dommen i forbindelse med en statslig foranstaltning, der bestod i en ændring af betingelserne for tilbagebetaling af støtte, der var tildelt en kriseramte bank.

45. Den omhandlede foranstaltning bestod i et kapitalindskud til gengæld for værdipapirer, der skulle tilbagebetales. I henhold til de oprindelige tilbagebetalingsbetingelser kunne værdipapirerne på ING Groep NV's (herefter »ING«) initiativ enten tilbagekøbes til 15 EUR pr. værdipapir (med en indfrielsesoverkurs i forhold til udstedelsesprisen på 10 EUR) eller efter tre år konverteres til ordinære aktier mod betaling af påløbne renter.

46. Kongeriget Nederlandene anmodede efterfølgende Kommissionen om at godkende ændringen af betingelserne for tilbagebetaling, der tillod ING at tilbagekøbe op til 50% af værdipapirerne til udstedelsesprisen (10 EUR) med tillæg af påløbne renter og et tillæg ved førtidig tilbagebetaling, der var begrænset til bestemt beløb. Kommissionen konkluderede, at de ændrede betingelser ville resultere i en yderligere fordel for ING og dermed udgjorde statsstøtte, og afviste at vurdere, om ændringen opfyldte kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi²⁴.

47. I forbindelse med et annullationssøgsmaal, som ING havde anlagt, fastslog Retten, at Kommissionen havde tilsidesat begrebet statsstøtte ved at undlade at foretage en vurdering af, om den nederlandske stat ved at acceptere ændringen af betingelserne for tilbagebetaling havde handlet som en privat investor, navnlig fordi den nederlandske stat kunne blive tilbagebetalt før tid og ved denne lejlighed opnåede en større sikkerhed for at blive tilbagebetalt på en tilfredsstillende måde²⁵. Retten annullerede derfor den omtvistede afgørelse.

48. Domstolen, der stadfæstede Rettens dom, konkluderede, at Kommissionen begik en fejl ved ikke at have undersøgt, om ændringen af betingelserne for tilbagebetaling var økonomisk rationel på grundlag af kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi. Den omstændighed, at det forudgående kapitalindskud i sig selv udgjorde statsstøtte, var irrelevant²⁶.

21 – Land Burgenland-dommen, præmis 54-56.

22 – Land Burgenland-dommen, præmis 50.

23 – Jf. C. Arnold i F. Sacker og F. Montag (red.), *European State Aid Law: A Commentary*, C.H. Beck, München, 2016, s. 112.

24 – ING-dommen, præmis 4 og 12.

25 – Dom af 2.3.2012, Nederlandene mod Kommissionen (T-29/10 og T-33/10, EU:T:2012:98, præmis 125).

26 – ING-dommen, præmis 37.

49. Domstolen bemærkede, at anvendelsen af den retspraksis, der vedrører kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi, ikke kunne forhindres af den omstændighed alene, at sagen vedrørte anvendeligheden af kriteriet på en ændring af betingelserne for tilbagekøb af værdipapirer, der blev erhvervet gennem statsstøtte. En hypotetisk privat investor kan også gå med til at genforhandle betingelserne for tilbagekøb af værdipapirer. Kommissionen begik en fejl ved ikke at have undersøgt, om en privat investor kunne acceptere ændringen som økonomisk rationel, navnlig med henblik på at forøge udsigterne til at opnå en tilbagebetaling²⁷.

50. I mellemtiden foretog Kommissionen en fornyet undersøgelse af ændringen af betingelserne for tilbagebetaling i lyset af kriteriet om den private investor og fastslog, at foranstaltningen ikke opfyldte kriteriet, idet de oprindelige betingelser for tilbagebetaling var finansielt mere fordelagtige for den nederlandske regering²⁸.

Afgrænsning af retspraksis

51. Land Burgenland-dommen og ING-dommen omhandlede begge foranstaltninger, der var blevet vedtaget som følge af en forudgående statslig transaktion med den begunstigede, men i disse domme nås der frem til forskellige resultater med hensyn til anvendelsen af kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi. I Land Burgenland-dommen kunne kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi ikke anvendes med henblik på at bedømme den lavere privatiseringspris under hensyntagen til den finansielle risiko, der fulgte af tidligere tildelt statsstøtte. I ING-dommen kunne kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi begrunde ændringen i betingelserne for tilbagebetaling af tidligere tildelt støtte, navnlig under hensyntagen til en tidligere tilbagekøbsdato og de forbedrede udsigter til at opnå en tilfredsstillende tilbagebetaling af kapitalindskuddet.

52. Da begge domme omhandler nært forbundne situationer, er det vigtigt at afgrænse anvendelsen af dem.

53. I nærværende appel har Kommissionen fortolket Gröditzter Stahlwerke-dommen og Land Burgenland-dommen således, at de medfører, at omkostninger, der hidrører fra en tidligere statsstøtteforanstaltning, ikke kan tages i betragtning med henblik på anvendelsen af kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi, eftersom disse omkostninger vedrører medlemsstatens forpligtelser som en offentlig myndighed.

54. Efter min opfattelse er det princip, der hidrører fra denne retspraksis, noget mere snævert. Det udelukker en hensyntagen til den finansielle risiko, der hidrører fra en tidligere statsstøtteforanstaltning, når udsigten til at reducere denne risiko udgør den økonomiske begrundelse for den efterfølgende statslige foranstaltning.

55. I Gröditzter Stahlwerke-dommen fremførte den tyske regering således det argument, at den negative salgspris kunne begrundes med minimeringen af den risiko, der hidrørte fra tidligere stillede og ydede garantier og lån. I Land Burgenland-dommen fremførte de østrigske myndigheder det argument, at den lavere privatiseringspris tog hensyn til den reducerede risiko for udløsning af statens garanti.

27 – ING-dommen, præmis 34-36.

28 – Jf. Kommissionens beslutning af 11.5.2012, C(2012) 3150 final – statsstøtte SA.28855 (N 373/2009) (ex C 10/2009 og ex N 528/2009) – Nederlandene – ING – omstruktureringsstøtte.

56. I begge situationer ville en hensyntagen til disse formål – som økonomisk rationelle – have medført et uholdbart argument. Medlemsstaten optrådte som en offentlig myndighed og ikke som en markedsaktør, da den tildelte statsstøtten. Når staten efterfølgende iværksætter foranstaltninger for at minimere den finansielle risiko, der hidrører fra handlinger, der ligger uden for den konkurrencemæssige ramme, kan sådanne foranstaltninger ikke bedømmes korrekt i lyset af markedsorienterede konkurrencevilkår.

57. En anden fortolkning ville fratage artikel 107 TEUF sin effektive virkning. Denne bestemmelse har til formål at hindre, at samhandelen mellem medlemsstaterne påvirkes af fordele, som indrømmes af offentlige myndigheder, og som under forskellige former fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner²⁹. I en situation, hvor staten lovligt har tildelt støtte, kan den risiko for tab, der hidrører fra denne støtteforanstaltning, ikke begrunde, at yderligere offentlig bistand kvalificeres som neutral ud fra en konkurrencevinkel. I modsat fald ville støttemodtageren blive behandlet mere gunstigt end andre virksomheder, der ikke har modtaget statsstøtte.

58. Dette ville ikke alene begrænse anvendelsesområdet for forbuddet mod statsstøtte, som udgør et grundlæggende EU-retligt princip med væsentlig betydning for det indre markeds funktion, men det ville også være uforeneligt med rationalet bag dette forbud, som er at opnå ensartede konkurrencevilkår for alle virksomheder, der opererer på det indre marked³⁰.

59. Det skal tilføjes, at det princip, der hidrører fra Land Burgenland-dommen, skal betragtes adskilt fra de situationer, hvor staten selv er kreditor i forhold til markedsaktører. Domstolen har allerede tiltrådt, at kriteriet om kreditoren i en markedsøkonomi finder anvendelse i relation til skyldige skatter og skyldige socialsikringsbidrag³¹.

60. Den omstændighed, at en bestemt gæld opstår som følge af statens handlinger i egenskab af offentlig myndighed, der opkræver skatter eller socialsikringsbidrag, udelukker ikke i sig selv anvendelsen af kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi på efterfølgende foranstaltninger, der er rettet mod inddrivelse af denne gæld. Når en offentlig kreditor indgår en aftale med en debitor, bør dens handlinger bedømmes i relation til de handlinger, som en fornuftig privat kreditor i en markedsøkonomi ville have foretaget, eftersom staten forsøger at opnå et økonomisk rentabelt resultat ved at maksimere sine chancer for at inddrive gælden, uanset om denne gæld har offentlig eller privat oprindelse. Dette scenarie indebærer ikke, at potentielle tab, der hidrører fra tidligere statsstøtteforanstaltninger, bør tages i betragtning.

61. På den anden side gælder, at når, som det var tilfældet i Land Burgenland-dommen, staten påtænker at tildele yderligere bistand med henblik på at reducere sin finansielle eksponering, der følger af en tidligere statsstøtteforanstaltning, er det relevant, hvor denne finansielle eksponering hidrører fra. Statslige handlinger, der tilsigter at håndtere denne finansielle eksponering, kan ikke vurderes på baggrund af normale konkurrencevilkår, for så vidt som staten har accepteret denne finansielle risiko ved at operere uden for den konkurrencemæssige ramme.

62. Kan denne fortolkning forenes med ING-dommen? Svaret herpå afhænger efter min opfattelse af læsningen af denne dom.

29 – Dom af 11.7.1996, SFEI m.fl. (C-39/94, EU:C:1996:285, præmis 58).

30 – Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Frucona Košice mod Kommissionen (C-73/11 P, EU:C:2012:535, punkt 55).

31 – Dom af 29.6.1999, DM Transport (C-256/97, EU:C:1999:332), af 14.9.2004, Spanien mod Kommissionen (C-276/02, EU:C:2004:521), og af 24.1.2013, Frucona Košice mod Kommissionen (C-73/11 P, EU:C:2013:32).

63. Det spørgsmål, der blev rejst i ING-dommen, svarede i et vist omfang til det spørgsmål, der blev rejst i Land Burgenland-dommen: Kan staten anses for en rationel markedsaktør, når den accepterer en ændring i betingelserne for en tidligere transaktion, der udgjorde statsstøtte, når den vidste, at uden denne ændring kan de finansielle omkostninger ved transaktionen blive højere. Imidlertid var ændringen af betingelserne, til forskel fra situationen i Land Burgenland-dommen, ikke udelukkende begrundet i risikoen for at blive påført yderligere finansielle tab som følge af tidligere tildelt statsstøtte. Der var andre, potentielle økonomiske, begrundelser for ændringen af det omhandlede midlertidige kapitalindskud: Under visse omstændigheder kan en investor acceptere et lavere afkast af den investerede kapital, hvis kapitalen tilbagebetales tidligere. I ING-dommen var der derfor i det mindste en teoretisk mulighed for, at de ændrede betingelser ville have været finansielt mere fordelagtige for den nederlandske regering.

64. Hvis ING-dommen på den anden side blev fortolket, som FIH og FIH Holding har foreslået, således, at den indebærer, at en ændring af en allerede eksisterende eksponering fra statsstøtte kan begrundes i henhold til kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi, for så vidt som den reducerer statens eksponering, da ville Land Burgenland-dommen og ING-dommen efter min opfattelse være uforenelige.

65. Sammenfattende bemærkes, at når et forsøg på at reducere den finansielle eksponering, der følger af en tidligere statsstøtteforanstaltning, udgør den eneste begrundelse for yderligere statslig indgriben, er der ikke grundlag for at anvende kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi. Der kan være grundlag for at anvende dette kriterium, når foranstaltningen ikke udelukkende er rettet mod at reducere tab, men, overordnet set, potentielt kan udgøre et forsøg på at opnå et økonomisk begrundet resultat.

66. Jeg mener, at denne fortolkning støttes af begrundelsen i Land Burgenland-dommen. De østrigske myndigheder gjorde gældende, at delstaten Burgenland ved *Ausfallhaftung* også forfulgte rentabilitetsmål, eller i det mindste ligeledes tilstræbte sådanne målsætninger. Domstolen forkastede ikke uden videre dette argument som ugyldigt, men bemærkede i stedet, at det tilkom de østrigske myndigheder at bevise, at de handlede på denne måde³². I betragtning af omstændighederne i sagen var det imidlertid vanskeligt at se, hvordan *Ausfallhaftung* kunne anses for en rentabilitetsfølgende foranstaltning.

67. I ING-dommen udgjorde betingelserne for tilbagebetalingen af den midlertidigt investerede kapital derimod en afgørende faktor ved bedømmelsen af, om der forelå statsstøtte med udgangspunkt i staten som investor. Derfor skulle ændringen af disse betingelser også analyseres ud fra denne målestok. Den omstændighed, at den oprindelige transaktion blev anset for ikke at have fundet sted under markedsbetingelser, udelukkede ikke i sig selv muligheden for at analysere de ændrede betingelser ud fra et markedsperspektiv.

68. I forlængelse af denne fortolkning kræver ING-dommen, at kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi anvendes, men den indebærer ikke, at det i forbindelse med denne anvendelse er tilladt at tage hensyn til statens eksponering hidrørende fra en tidligere statsstøtteforanstaltning³³. ING-dommen modsiger således ikke begrundelsen i Land Burgenland-dommen.

32 – Land Burgenland-dommen, præmis 57.

33 – Den passage i dommen, der henviser til »udsigterne til at opnå en tilbagebetaling« af kapitalindskuddet (jf. ING-dommen, præmis 36), angår således formodentligt nødvendigheden af at vurdere, om en fornuftig privat investor ville beslutte at foretage en lignende investering, som ændret, i betragtning af udsigterne til at opnå tilbagebetaling.

Anvendelse på den foreliggende sag

69. I lyset af mine bemærkninger omhandler både Land Burgenland-dommen og ING-dommen en række på hinanden følgende støtteforanstaltninger, men i relation til to forskellige scenarier.

70. I Land Burgenland-dommen henviste den eneste begrundelse for den lavere privatiseringspris til minimeringen af den risiko, der fulgte af en tidligere statslig intervention, og der var derfor ikke noget grundlag for at anvende kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi. Selv om ændringen af betingelserne for tilbagebetaling i ING-dommen kunne hjælpe med at reducere den risiko, som staten var eksponeret for som følge af en tidligere tildelt statsstøtte, kunne ændringen også forfølge andre, økonomiske, formål, og den skulle derfor, i forbindelse med de sidstnævnte formål, vurderes i henhold til kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi.

71. Det særlige i nærværende sag beror på den omstændighed, at den omhandler en pakke med foranstaltninger, der potentielt er forbundet med begge scenarier.

72. På den ene side investerede Kongeriget Danmark i forbindelse med foranstaltningerne fra 2012 i FIH, og da denne investering potentielt kunne være foretaget på normale markedsbetingelser, skulle den undersøges ved anvendelse af kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi. Det fremgår af den afgørelse, der blev anfægtet for Retten, at Kommissionen faktisk undersøgte disse foranstaltninger ved anvendelse af kriteriet om den private investor på baggrund af det forventede afkast af investeringen foretaget af en hypotetisk privat investor. Kriteriet blev anvendt – efter min opfattelse i overensstemmelse med ING-dommen – til trods for den omstændighed, at foranstaltningerne fra 2012 blev indført i tillæg til tidligere redningsstøtte.

73. Dernæst har FIH og FIH Holding fremført det argument, at foranstaltningerne fra 2012, uanset denne økonomiske begrundelse, også kunne begrundes i nødvendigheden af at begrænse den finansielle eksponering, der hidrører fra den tidligere ydede statsgaranti. Efter min opfattelse kunne den anden begrundelse ikke have ført til anvendelsen af kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi – i det foreliggende tilfælde kriteriet om den private kreditor – på grund af det princip, der er fastsat i Land Burgenland-dommen.

74. Retten undersøgte i den appellerede doms præmis 61-69 det første anbringende, som rejste det spørgsmål, om Kommissionen skulle anvende kriteriet om den private kreditor med henblik på at undersøge, om foranstaltningerne fra 2012 kunne begrundes rationelt i betragtning af den risiko for finansielle tab, der fulgte af foranstaltningerne fra 2009.

75. Retten udtalte, at en rationel økonomisk aktør ville have taget hensyn til sin eksponering som følge af et kapitalindskud og garantier til et selskab, som efterfølgende kom i økonomiske vanskeligheder, og at den pågældende ville have planlagt at vedtage foranstaltninger for at undgå, at risikoen bliver en realitet (den appellerede doms præmis 63). Ifølge Retten kan det være rationelt for en økonomisk aktør med kapitalandele i et selskab, som aktøren også har ydet en garanti, at vedtage foranstaltninger, som indebærer visse omkostninger, når disse foranstaltninger muliggør en betydelig reduktion, eller endog eliminering, af risikoen for, at investoren mister sin kapital, og garantien udløses (den appellerede doms præmis 65), og at det derfor kan være økonomisk rationelt for Kongeriget Danmark at acceptere foranstaltningerne fra 2012, såsom en overdragelse af værdiforringede aktiver, forudsat at de er forbundet med begrænsede omkostninger og risici, og at det i mangel heraf er meget sandsynligt, at denne medlemsstat vil lide tab, der er højere end de nævnte omkostninger (den appellerede doms præmis 66).

76. Begrundelsen i disse præmisser er i det væsentlige økonomisk fornuftig, bortset fra i en henseende. Det økonomiske rationale som beskrevet er udelukkende rettet mod at håndtere den risiko, der hidrører fra en tidligere statsstøtteforanstaltning, som blev vedtaget som led i forfølgelse af ikke-økonomiske formål, som ikke blev vedtaget under markedsbetingelser, og som – i

overensstemmelse med Land Burgenland-dommen – ikke kunne udgøre forudsætningen for anvendelsen af kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi i relation til den efterfølgende statslige intervention. Den omhandlede statsgaranti blev ikke gennemført under normale markedsvilkår, og den hermed forbundne risiko kunne ikke tages i betragtning som en økonomisk risiko med henblik på at begrunde efterfølgende offentlig intervention³⁴. Med andre ord, og i modsætning til Rettens opfattelse i den appellerede doms præmis 63-66, var der ikke grundlag for anvendelse af kriteriet om den private investor, eftersom den eneste begrundelse, der kunne anføres i henhold til dette kriterium, ville være nødvendigheden af at begrænse den finansielle eksponering, der hidrører fra tidligere tildelt statsstøtte, og en sådan begrundelse kan ikke tiltrædes i henhold til Land Burgenland-dommen.

77. Hertil kommer, at jeg ikke er overbevist af fortolkningen af Land Burgenland-dommen, således som Retten udlagde den i den appellerede doms præmis 79-82.

78. Retten bemærkede korrekt, at i henhold til denne dom kunne Kommissionen ved bedømmelsen af støtteforanstaltningen ikke tage hensyn til en tidligere statsgaranti, eftersom staten ved at stille garantien forfulgte ikke-økonomiske formål og optrådte som en offentlig myndighed³⁵. Retten anførte imidlertid – efter min opfattelse ukorrekt – at Land Burgenland-dommen blot vedrørte den konkrete anvendelse af kriteriet om den private sælger samt de forhold, som skulle tages i betragtning i forbindelse med denne anvendelse (den appellerede doms præmis 79 og 80).

79. Denne uoverensstemmelse fremgår af Rettens konklusion. Retten konkluderede, at Kommissionen eventuelt skal drage de relevante konsekvenser af Land Burgenland-dommen ved anvendelsen af den korrekte juridiske test (kriteriet om den private kreditor) på foranstaltningerne fra 2012 (den appellerede doms præmis 81). Hvis Kommissionen fulgte Land Burgenland-dommen, ville den eksponering, der hidrører fra en tidligere statsstøtteforanstaltning, imidlertid ikke kunne tages i betragtning. Eftersom begrænsningen af den finansielle eksponering i nærværende sag udgør den eneste begrundelse for en påberåbelse af kriteriet om den private kreditor, ville dette kriterium under alle omstændigheder være uanvendeligt.

80. Mere generelt er jeg ikke enig i Rettens standpunkt, som også deles af FIH og FIH Holding i deres skriftlige indlæg, om, at den fortolkning af anvendelsesområdet for kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi, som Retten anlagde, er nødvendig, eftersom det ville være ulogisk, hvis medlemsstaten skulle blive påført betydelige finansielle tab på sit budget med henblik på at overholde statsstøttereglerne (den appellerede doms præmis 67). Dette standpunkt er baseret på den forudsætning, at rationalet, der består i at minimere risikoen for finansielle tab på statens budget, ikke på anden måde kan indarbejdes i rammen for statsstøttekontrol.

81. Denne forudsætning forekommer mig ikke at være korrekt. Som Kommissionen har bemærket i retsmødet, kunne denne institution ved bedømmelsen af, om statslige foranstaltninger er forenelige med det indre marked, tage hensyn til, om den statslige intervention er forholdsmæssig, navnlig med hensyn til de potentielle tab, som budgettet ville blive påført, hvis foranstaltningerne ikke var blevet vedtaget. Dette spørgsmål er uden praktisk betydning i nærværende sag, eftersom Kommissionen under alle omstændigheder godkendte foranstaltningerne fra 2012.

82. Jeg er af de samme grunde ikke overbevist af det argument, som FIH og FIH Holding har fremført, idet de har påberåbt sig neutralitetsprincippet (artikel 345 TEUF)³⁶. Det princip, der er anført i Land Burgenland-dommen, medfører ikke nogen risiko for forskelsbehandling mellem den offentlige og den private sektor, men afgrænser blot anvendelsesområdet for kriteriet om den private aktør i en markedsøkonomi i relation til følgerne af statens handlinger i dens egenskab af offentlig myndighed.

34 – Jf. i denne retning Land Burgenland-dommen, præmis 49 og 50.

35 – Land Burgenland-dommen, præmis 54-56.

36 – Jf. punkt 28 i dette forslag til afgørelse.

83. Desuden er det min opfattelse, at rationaliteten af statens handlinger med hensyn til potentielle tab for dens budget, der følger af tidligere tildelt statsstøtte, bør undersøges inden for rammen for statsstøttekontrol (ved bedømmelsen af, om foranstaltningen er forenelig med det indre marked) – og bør ikke føre til, at foranstaltningen placeres uden for denne ramme (idet den kvalificeres som ikke værende statsstøtte).

84. Endelig bemærkes, at hvis sådanne finansielle støtteforanstaltninger – som sigter på at minimere de tab, der følger af tidligere tildelt støtte – kunne undgå at falde ind under statsstøtedefinitionen og dermed rammen for statsstøttekontrol, ville dette medføre videre utilsigtede følger.

85. For det første ville dette betyde, at så snart staten har stillet en garanti, ville yderligere bistand kunne fortsættes uden for statsstøtterammen som defineret i traktaten på den betingelse, at den støttemodtagende virksomhed er kriseram, og der består en risiko for, at garantien udløses.

86. For det andet ville en sådan fortolkning, som Kommissionen har anført i retsmødet, ikke blot fjerne visse finansielle støtteforanstaltninger fra anvendelsesområdet for statsstøttekontrol, men ville også påvirke anvendelsesområdet for regelsættet for genopretning og afvikling i henhold til direktiv 2014/59, som er relateret til bankunionens funktion. Anvendelsen af disse foranstaltninger er bl.a. baseret på det kriterium, der henviser til spørgsmålet, om »ekstraordinær finansiel støtte fra det offentlige« er påkrævet [artikel 32, stk. 4, litra d)], der på sin side henviser til statsstøttebegrebet [artikel 2, nr. 28)].

87. Af alle disse grunde er det min opfattelse, at Retten begik en retlig fejl, da den i den appellerede doms præmis 69 konkluderede, at Kommissionen havde anvendt en ukorrekt juridisk test i den omtvistede afgørelse, og at den skulle have undersøgt foranstaltningerne fra 2012 i lyset af princippet om en privat kreditor i en markedsøkonomi med henblik på at tage hensyn til den finansielle eksponering, der fulgte af tidligere statsstøtteforanstaltninger.

88. På baggrund af disse bemærkninger er det min opfattelse, at den appellerede dom bør ophæves og – navnlig da Retten ikke behandlede det andet anbringende, der blev fremsat i første instans – at sagen bør hjemvises til Retten.

Forslag til afgørelse

89. I lyset af det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen tager appellen til følge, ophæver den appellerede dom, hjemviser sagen til Retten og udsætter afgørelsen om sagsomkostningerne.