



Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
ELEANOR SHARPSTON
19 päivänä joulukuuta 2013¹

Asia C-224/12 P

**Euroopan komissio
vastaan**

Alankomaiden kuningaskunta ja ING Groep NV

Valitus — Pankille annettu valtiontuki, joka muodostuu pääomanlisäyksestä arvopapereita vastaan — Arvopapereiden tuottoa ja takaisinostoa koskevien ehtojen muutokset — Päätös, jossa tuki todetaan yhteismarkkinoille soveltuvaksi edellyttäen, että tietyt sitoumukset täytetään — Yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen soveltaminen

1. Käsiteltävässä asiassa on kyse komission valituksesta, joka koskee unionin yleisen tuomioistuimen antamaa tuomiota,² jolla kumottiin osittain Alankomaiden valtion ING Groep NV -pankille (jäljempänä ING) myöntämää tukea koskeva päätös.³ Tässä päätöksessä todettiin muun muassa, että rakenneuudistustuki, joka muodostui pääomanlisäyksestä arvopapereita vastaan tietyillä takaisinmaksuehdoilla, oli EY 87 artiklan 1 kohdassa (josta on tullut SEUT 107 artiklan 1 kohta) tarkoitettua valtiontukea, mutta katsottiin, että se soveltui yhteismarkkinoille ”edellyttäen”, että tietyt sitoumukset täytetään ING:n ja valtion toimesta.

2. Asiassa on pääasiallisesti kyse yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen soveltamisesta (eli ensisijaisesti siitä, olisiko vastaanottava yritys voinut saada normaaleilla markkinaehdoilla toimivalta yksityiseltä sijoittajalta saman edun kuin etu, joka sille annettiin valtion varoista)⁴ valtiontukeen liittyvien takaisinmaksuehtojen muutoksen osalta. Asiassa kyseenalaistetaan myös unionin yleisen tuomioistuimen arviointi tulonmenetyksistä, jotka valtiolle aiheutuivat takaisinmaksuehtojen muutoksesta. Lisäksi asiassa on kyse SEUT 107 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua valtiontuen olemassaoloa koskevan toteamuksen kumoamisen seurauksista. Kuinka tämä kumoaminen vaikuttaa riidanalaisen päätöksen muihin osiin, erityisesti ING:n ja Alankomaiden valtion antamiin sitoumuksiin?

1 — Alkuperäinen kieli: englanti.

2 — Yhdistetyt asiat T-29/10 ja T-33/10, Alankomaat ja ING Groep v. komissio, tuomio 2.3.2012 (jäljempänä valituksenalainen tuomio).

3 — Valtiontuesta C 10/09 (ex N 138/09), jonka Alankomaat on myöntänyt ING:n epälikvidejä omaisuuseriä koskevaan tukijärjestelyyn ja rakenneuudistussuunnitelmaan, 18.11.2009 tehty komission päätös 2010/608/EY (EUVL 2010, L 274, s. 139; jäljempänä riidanalainen päätös).

4 — Ks. esim. asia C-290/07 P, komissio v. Scott, tuomiot 2.9.2010 (Kok., s. I-7763, 68 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen) ja asia C-124/10 P, EDF, tuomio 5.6.2012, 78 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen. Yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta nimitetään myös yksityisen sijoittajan periaatteeksi tai markkinaehtoisesti toimivan sijoittajan testiksi (tai periaatteeksi, josta käytetään joskus lyhennettä MEIP).

Tuki ja riidanalainen päätös

3. Komissio hyväksyi 12.11.2008 tekemällään päätöksellä (alkuperäinen päätös) ING:n pääoman kiireellisen vahvistamisen, jossa Alankomaiden valtio merkitsi 10 miljardilla eurolla ING:n liikkeeseen laskemia arvopapereita (jäljempänä pääomanlisäys). Alkuperäisten ehtojen perusteella ING saattoi ostaa arvopaperit takaisin 15 euron kappalehintaan (joka ylitti niiden liikkeeseenlaskuhinnan 50 prosentilla) kolmen vuoden kuluessa tai tämän jälkeen muuntaa ne tavallisiksi osakkeiksi. Jälkimmäisessä tapauksessa Alankomailla oli kuitenkin mahdollisuus valita, että ING ostaa arvopaperit takaisin 10 euron kappalehintaan, johon lisätään kertyneet korot. Kuponkikorkoa oli maksettava valtiolle arvopapereista vain, jos ING maksoi tavallisista osakkeista osinkoja. Komissio katsoi, että pääomanlisäys merkitsi valtioneuvon tukea ING:lle ja myönsi sille väliaikaisen luvan. Jos rakenneuudistussuunnitelma toimitettaisiin komissiolle kuuden kuukauden aikana, lupaa jatkettaisiin automaattisesti siihen asti, kunnes komissio tekee päätöksensä suunnitelmasta. Alkuperäisessä päätöksessä otettiin huomioon useita Alankomaiden antamia sitoumuksia, muun muassa se, että ING:n taseen kasvua rajoitettaisiin.

4. Komissio ilmoitti 31.3.2009 Alankomaille päätöksestään aloittaa EY 88 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu menettely (jäljempänä aloittamispäätös),⁵ koska se epäili, ettei ING:lle myönnetty epälikvidejä omaisuuseriä koskeva tukijärjestely olisi ongelmallisiin omaisuuseriin suunnattu toimenpiteitä koskevien yleisten periaatteiden mukainen.⁶ Tämä toimenpide kuitenkin hyväksyttiin kuuden kuukauden ajaksi. Lisäksi todettiin, että Alankomaat oli sitoutunut toimittamaan rakenneuudistussuunnitelman, joka kattaa sekä pääomanlisäystä koskevan toimenpiteen että epälikvidejä omaisuuseriä koskevan tukijärjestelyn.

5. Alankomaat toimitti 12.5.2009 komissiolle tämän suunnitelman. Komission kanssa pidettyjen kokousten jälkeen se toimitti 22.10.2009 tarkistetun suunnitelman. Tarkistettuun suunnitelmaan sisältyi yhtäältä rakenneuudistussuunnitelman täytäntöönpanoa koskevia sitoumuksia ja toisaalta pääomanlisäyksen alkuperäisten takaisinmaksuehtojen muutos, joiden mukaan ING voisi ostaa takaisin enintään 50 prosenttia arvopapereista liikkeeseenlaskuhintaan, johon lisätään 8,5 prosentin vuotuinen kuponkikorko ja ennaikaisesta takaisinostosta perittävä palkkio, jos ING:n osakkeen arvo on yli 10 euroa. Osakkeen hinnasta riippuen tämä palkkio saattoi olla enintään 705 miljoonaa euroa ja vähintään 340 miljoonaa euroa, millä varmistettiin vähintään 15 prosentin efektiivinen korko.

6. Komissio teki 18.11.2009 riidanalaisen päätöksen, joka koski pääomanlisäystä, takaisinmaksuehtojen muutosta, epälikvidejä omaisuuseriä koskevaa tukijärjestelyä ja kansallisen valtioneuvon tukijärjestelmän puitteissa myönnettyjä takauksia.

7. Riidanalaisen päätöksen 2 artiklassa säädetään seuraavaa:

”Alankomaiden ING:lle myöntämä rakenneuudistustuki on perustamissopimuksen 87 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua valtioneuvon tukea.

Tuki soveltuu yhteismarkkinoille edellyttäen, että liitteessä II luetellut sitoumukset täytetään.

Pääomapohjan vahvistamista koskevasta toimenpiteestä 12 päivänä marraskuuta 2008 tehdyssä komission päätöksessä ING:lle asetettu väliaikainen taseen kasvua koskeva rajoitus poistetaan.”

8. Liitteeseen II sisältyi useita Alankomaiden valtion ja/tai ING:n antamia sitoumuksia (joita on oikeudenkäynnissä kutsuttu myös ”korvaaviksi toimenpiteiksi”), joilla pyrittiin korjaamaan rakenneuudistustuesta johtuvaa kilpailun vääristymistä.

5 — Ks. EUVL 2009, C 158, s. 13.

6 — Komission tiedonanto arvoltaan alentuneiden omaisuuserien käsittelystä yhteisön pankkisektorilla (EUVL 2009, C 72, s. 1).

9. Komissio ei soveltanut perusteluissaan yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta pääomanlisäykseen, takaisinmaksuehtojen muutokseen eikä epälikvidejä omaisuuseriä koskevaan tukijärjestelyyn, mutta se sovelsi tätä arviointiperustetta myönnettyihin takauksiin. Takaisinmaksuehtojen muutoksen osalta se katsoi, että ING:n olisi tullut aikaisemmin maksaa 2,5 miljardin euron suuruinen palkkio, mutta koska sen täytyi nyt maksaa ainoastaan 340–705 miljoonaa euroa, se sai lisäetua 1,79–2,2 miljardia euroa.⁷

Valituksenalainen tuomio

10. Alankomaat ja ING riitauttivat riidanalaisen päätöksen unionin yleisessä tuomioistuimessa.

11. Asiassa T-29/10 Alankomaat vaati, että unionin yleinen tuomioistuin kumoaa ”riidanalaisen päätöksen 2 artiklan ensimmäisen kohdan, joka perustuu muun muassa kyseisen päätöksen 98 perustelukappaleessa esitettyyn toteamukseen, jonka mukaan Alankomaiden viranomaisten hyväksymä pääomanlisäyksen takaisinmaksua koskevien ehtojen muutos merkitsee ING:lle myönnettyä noin 2 miljardin euron suuruista lisätukea”.

12. Asiassa T-33/10 ING vaati Alankomaiden keskuspankin De Nederlandsche Bank NV:n (jäljempänä DNB) tukemana, että unionin yleinen tuomioistuin kumoaa riidanalaisen päätöksen erityisesti ”siltä osin kuin siinä katsotaan, että pääomanlisäyksen takaisinmaksua koskevien ehtojen muutos merkitsee noin 2 miljardin euron suuruista lisätukea”.

13. Unionin yleinen tuomioistuin yhdisti asiat ja totesi, että ”riidanalaisen päätöksen 2 artiklan ensimmäinen kohta sekä kyseisen päätöksen 2 artiklan toinen kohta ja tämän päätöksen liite II”. Asiaa koskevat perustelut, jotka ovat valituksenalaisen tuomion 95–160 kohdassa, voidaan esittää tiivistetysti seuraavasti.

14. Takaisinmaksuehtojen muutosta, jonka perusteella Alankomaat sai varmaa tuottoa, joka ei ollut saatavilla alkuperäisten ehtojen mukaisesti, olisi pitänyt arvioida yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen kannalta. Komissio ei soveltanut tätä arviointiperustetta tässä tilanteessa ja jätti huomiotta useat esitetyt raportit, jotka koskivat ennakoitavissa olevia tuottoja ja yksityisen sijoittajan käyttäytymistä. Sen väitteet, jonka mukaan ING oli velvollinen ostamaan arvopaperit takaisin alkuperäisten ehtojen mukaisesti, eivät ole vakuuttavia.

15. Joka tapauksessa komissio ei ottanut huomioon sitä, että kuponkikoron maksaminen tuli pakolliseksi osana muutettuja ehtoja. Näin ollen tuen määrää oli vähennettävä suhteessa kuponkikoron määrään.

16. Komissio laski näin ollen virheellisesti takaisinmaksuehtojen muutokseen liittyvän valtiontuen määrän. Jos muutettu korvaus olisi otettu huomioon, tämä olisi vaikuttanut sekä tueksi luokittelua että sen soveltuvuutta yhteismarkkinoille koskevaan arviointiin, erityisesti ING:n myötävaikutusta tai kilpailun vääristymien poistamiseen tarkoitettuja toimenpiteitä koskevaan arviointiin.

17. Riidanalaisen päätöksen 2 artiklan ensimmäisessä kohdassa valtiontueksi luokiteltuun rakenneuudistustukeen sisältyi tuki, joka takaisinmaksuehtojen muutoksesta mahdollisesti seurasi, mutta sitä ei erotettu muun tuen määrästä. Kyseisen artiklan ensimmäinen kohta oli näin ollen kumottava kokonaisuudessaan.

18. Komissio oli arvioinut korvaavien toimenpiteiden laajuutta muun muassa takaisinmaksuehtojen muutoksesta johtuvan tuen perusteella. Se ei voinut tekemiensä virheiden vuoksi enää väittää, että kyseinen rakenneuudistustuki muodostaa merkittävän määrän, jonka perusteella korvaavia toimenpiteitä on arvioitu. Komissio katsoi näin ollen virheellisesti, että takaisinmaksuehtojen muutos

⁷ — Ks. lisäksi valituksenalaisen tuomion 1–49 kohta.

merkitsi noin 2 miljardin euron suuruista valtiontukea. Tämä lainvastaisuus johtaa riidanalaisen päätöksen 2 artiklan toisen kohdan ja siihen liittyvän liitteen II lainvastaisuuteen, koska rakenneuudistustuen soveltuvuus yhteismarkkinoille riippui analyysistä ja sitoumuksista, joita arvioidaan lisätuen sisältävän rakenneuudistustuen kannalta.

Valitus ja menettely unionin tuomioistuimessa

19. Komissio vaatii, että unionin tuomioistuin

- kumoaa valituksenalaisen tuomion, hylkää ensimmäisessä oikeusasteessa nostetut kanteet ja velvoittaa Alankomaiden kuningaskunnan ja ING:n korvaamaan oikeudenkäyntikulut
- toissijaisesti palauttaa asian unionin yleiseen tuomioistuimeen uutta käsittelyä varten ja eikä tee päätöstä aiheutuneista oikeudenkäyntikuluista
- edelliseen nähden toissijaisesti kumoaa riidanalaisen päätöksen 2 artiklan kolmannen kohdan ja velvoittaa Alankomaiden kuningaskunnan ja ING:n korvaamaan valitusasteessa aiheutuneet oikeudenkäyntikulut.

20. Se esittää kuusi valitusperustetta:

- ensinnäkään yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen soveltamista ei edellytetä suhteessa takaisinmaksua koskevien ehtojen muutokseen, kun on kyse toimenpiteestä, joka itsessään todettiin valtiontueksi
- toiseksi unionin yleinen tuomioistuin arvioi virheellisesti valtion tulonmenetyksiä, jotka aiheutuivat muutetuista takaisinmaksua koskevista ehdoista
- kolmanneksi, vaikka komissio olisi virheellisesti pitänyt muutettuja ehtoja valtiontukena, unionin yleisellä tuomioistuimella ei ollut oikeutta kumota riidanalaisen päätöksen 2 artiklan ensimmäistä kohtaa kokonaisuudessaan
- neljänneksi unionin yleinen tuomioistuin teki oikeudellisen virheen katsoessaan, että riidanalaisen päätöksen 2 artiklan toinen kohta oli välttämättä lainvastainen, koska komissio oli katsonut virheellisesti, että muutetut takaisinmaksuehdot merkitsivät valtiontukea
- viidenneksi unionin yleinen tuomioistuin lausui kanteen ulkopuolelta, kun se kumosi riidanalaisen päätöksen 2 artiklan toisen kohdan ja liitteen II
- kuudenneksi valittaja esittää toissijaisesti, että jos unionin yleinen tuomioistuin saattoi asianmukaisesti kumota riidanalaisen päätöksen 2 artiklan ensimmäisen ja toisen kohdan ja liitteen II, sen oli kumottava myös 2 artiklan kolmas kohta.

21. Alankomaiden kuningaskunta katsoo, että kaikki kuusi valitusperustetta ovat perusteettomia, ja vaatii, että unionin tuomioistuin

- hylkää valituksen ja velvoittaa komission korvaamaan oikeudenkäyntikulut
- toissijaisesti palauttaa asian unionin yleiseen tuomioistuimeen.

22. ING katsoo, että useat valitusperusteista on kokonaisuudessaan tai osittain jätettävä tutkimatta tai ne ovat kokonaisuudessaan tai osittain tehottomia tai vailla oikeudellista tarkoitusta ja että valitus on hylättävä kokonaisuudessaan perusteettomana. Se vaatii, että unionin tuomioistuin

- jättää valituksen tutkimatta ja/tai katsoo sen osittain tehottomaksi, hylkää sen kokonaisuudessaan ja velvoittaa komission korvaamaan oikeudenkäyntikulut
- toissijaisesti palauttaa asian unionin yleiseen tuomioistuimeen uutta käsittelyä varten eikä tee päätöstä aiheutuneista oikeudenkäyntikuluista.

23. DNB, joka oli ensimmäisessä oikeusasteessa väliintulijana ING:n vaatimusten tukena, vaatii, että unionin tuomioistuin hylkää ensimmäisen ja neljännen valitusperusteen perusteettomana.

24. Unionin tuomioistuin hyväksyi toiset kirjelmät ensimmäisen valitusperusteen osalta. Istunnossa, joka pidettiin 26.9.2013, keskityttiin ensimmäiseen ja neljänteen valitusperusteeseen.

Rinnakkainen kehitys

25. Komissio teki ING:lle myönnettyä rakenneuudistustukea koskevan uuden päätöksen⁸ 11.5.2012 eli samana päivänä, kun se haki muutosta nyt käsiteltävässä asiassa. Tässä päätöksessä se tutki takaisinmaksuehtojen muutosta yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen kannalta ja katsoi, ettei yksityinen markkinasijoittaja olisi hyväksynyt näitä uusia ehtoja. Komissio totesi näin ollen, että muutosta oli pidettävä valtiontukea, mutta tiettyjen Alankomaiden antamien sitoumusten vuoksi se oli soveltuva sisämarkkinoille.

26. Alankomaat ja ING riitauttivat tämän päätöksen unionin yleisessä tuomioistuimessa muun muassa sillä perusteella, että komissio oli soveltanut virheellisesti yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta. Kanteet kuitenkin myöhemmin peruutettiin ja asiat poistettiin rekisteristä.⁹

Ensimmäinen valitusperuste (yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen sovellettavuus)

27. Unionin yleinen tuomioistuin totesi perusteluissaan valituksenalaisen tuomion 95–114 kohdassa, että toimenpiteen luokittelu valtiontueksi edellyttää muun muassa sitä, että sillä annetaan edunsaajayritykselle sellaista taloudellista etua, jota yritys ei olisi saanut normaaleilla markkinaehdoilla. Pääomanlisäyksen tapauksessa on arvioitava, olisiko kooltaan viranomaiseen rinnastettavissa oleva yksityinen sijoittaja saattanut tehdä samanlaisissa olosuhteissa yhtä suuren pääomasijoituksen. Tilanteessa, jossa valtio päätettyään merkitä yrityksen liikkeeseen laskemaa pääomaa tietyn takaisinmaksuehdoin suostuu muuttamaan näitä ehtoja, valtiontuki on voitu myöntää sekä pääomanlisäyksen yhteydessä että näitä takaisinmaksuehtoja muutettaessa, jos valtio ei ole kummassakaan tilanteessa toiminut kuten yksityinen sijoittaja olisi toiminut samanlaisessa tilanteessa. Komission ei ole mahdollista väistää velvollisuuttaan tutkia takaisinmaksuehtojen muutosta yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen kannalta pelkästään sen vuoksi, että pääomanlisäys on jo itsessään valtiontukea. Komissio voi vasta tällaisen tutkimuksen jälkeen päätellä, onko kyseessä lisäedun myöntäminen vai ei.

28. Unionin yleinen tuomioistuin tarkasteli tuomion 115–125 kohdassa komission takaisinmaksuehtojen muutosta koskevaa analyysia ja totesi, että se oli tulkinnut virheellisesti tuen käsitettä jättäessään arvioimatta, onko valtio takaisinmaksuehtojen muutoksen hyväksyessään toiminut samanlaisessa tilanteessa olevan yksityisen sijoittajan tavoin, erityisesti sen vuoksi, että valtio saattoi saada korvauksen ennen aikaisesti ja että sillä oli tässä yhteydessä suurempi varmuus tyydyttävän korvauksen saamisesta, kun otetaan huomioon tuolloin vallinneet markkinaolosuhteet.

⁸ — Päätös C(2012) 3150 final valtiontuesta SA.28855 (N 373/2009) (ex C 10/2009 ja ex N 528/2009) – Alankomaat – ING – rakenneuudistustuki. Ks. erityisesti 114–156 perustelukappale.

⁹ — Unionin yleisen tuomioistuimen ensimmäisen jaoston puheenjohtajan 6.12.2012 antama määräys yhdistetyissä asioissa T-325/12 ja T-332/12, Alankomaat ja ING v. komissio.

29. Unionin yleinen tuomioistuin tarkasteli seuraavaksi 126–134 kohdassa todennäköisyyttä siihen, että ING olisi käyttänyt mahdollisuuttaan ostaa arvopaperit takaisin alkuperäisten takaisinmaksuehtojen mukaisesti kolmen ensimmäisen vuoden kuluessa, koska komissio oli väittänyt, että ING olisi ollut tosiasiallisesti velvollinen tekemään näin, jolloin valtio olisi saanut tuloja 2,5 miljardia euroa, ja että hyväksyessään muutetut ehdot valtio luopui oikeudestaan näihin tuloihin ja myönsi näin ollen lisätukea. Unionin yleinen tuomioistuin katsoi, että ING olisi tosiasiallisesti käyttänyt tätä mahdollisuutta ainoastaan määrätyn taloudellisin edellytyksin, jotka eivät olleet täyttyneet ja joiden täytyminen ei edes ollut todennäköistä.

30. Komissio esittää, että unionin yleinen tuomioistuin katsoi virheellisesti, että yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta olisi tullut soveltaa takaisinmaksuehtojen muutoksen osalta. Tämän väitteen ytimenä on, että muutosta ei voitu tarkastella erillisenä toimenpiteenä, jota voitaisiin arvioida erillään pääomanlisäyksestä. On riidatonta, että pääomanlisäystä oli pidettävä valtiontukena, johon alkuperäiset takaisinmaksuehdot kuuluivat erottamattomasti. Tämän toimenpiteen toteuttaminen oli velvollisuus, johon valtion oli ryhdyttävä julkisena viranomaisena välttääkseen vakavat häiriöt Alankomaiden taloudessa eli häiriöt, jotka olisivat seuranneet kansallisen järjestelmän kannalta merkittävimmän pankin romahtamisesta. Yksityinen sijoittaja ei koskaan voisi olla tässä asemassa, joten yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta ei ollut sovellettava pääomanlisäyksen osalta, mukaan lukien sen alkuperäisten tai muutettujen takaisinmaksuehtojen osalta. Oli ainoastaan arvioitava sitä, annettiinko muutoksella lisätua ING:lle.

31. Muut asianosaiset katsovat pääasiallisesti, että takaisinmaksuehtojen muutos oli alkuperäisestä pääomanlisäyksestä erillinen toimenpide. Kun pääomanlisäys oli tehty, valtio oli asemassa, jossa yksityinen sijoittaja olisi ollut, eli se oli arvopapereiden haltija. Tällainen sijoittaja voi hyvinkin haluta taloudellisesti järkevillä perusteilla neuvotella uudelleen arvopapereiden takaisinostoehdoista. Tilanne oli tällainen Alankomaiden valtion osalta, joka tahtoi mieluummin vaihtaa vähemmän varman, vaikkakin potentiaalisesti korkeamman tuoton varmaan takaisinmaksuun, joka siitä huolimatta, että se oli alempi, vastasi kuitenkin tyydyttävää tuottoa sijoitukselle. Näin ollen oikeuskäytännön mukaan ei ollut vain mahdollista vaan myös välttämätöntä soveltaa yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta, jotta voitiin ratkaista, oliko takaisinmaksuehtojen muutos valtiontukea.

32. ING väittää lisäksi, että komissio on esittänyt tosiseikkoja koskevan toteamuksen, joka on jätettävä tutkimatta, väittäessään, että pääomanlisäystä ja takaisinmaksuehtojen muutosta oli pidettävä toisiinsa liittyvinä toimina.

33. En pidä tätä tutkimatta jättämistä koskevaa väitettä vakuuttavana. Asiassa ei ole kysymys näiden toimenpiteiden välisestä tosiasiallisesta yhteydestä. Tarkasteltava on oikeuskysymys eli se, onko unionin yleinen tuomioistuin nämä yhteydet huomioon ottaen katsonut asianmukaisesti, että komission olisi pitänyt soveltaa yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta arvioidessaan takaisinmaksuehtojen muutosta.

34. Korostan kuitenkin sitä, että tämä valitusperuste koskee ainoastaan tätä kysymystä. Sillä, mihin lopputulokseen olisi tultu, jos tätä arviointiperustetta olisi sovellettu, ei ole merkitystä. Keskustelussa on joltain osin harhauduttu käsittelemään jälkimmäistä kysymystä ja tältä osin se on jätettävä huomiotta. Lisäksi komissio on äskettäin soveltanut tätä arviointiperustetta ja tätä soveltamistapaa koskeneet kanteet on peruutettu.¹⁰ Nämä seikat eivät kuitenkaan vaikuta siihen, että on ratkaistava riita siitä, onko unionin yleinen tuomioistuin katsonut asianmukaisesti, että tätä arviointiperustetta olisi pitänyt soveltaa riidanalaisessa päätöksessä.

10 — Ks. edellä 25 ja 26 kohta.

35. Mielestäni yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta tarkasteltaessa on vastattava kahteen kysymykseen: i) oliko valtion toiminta sellaista, että sitä voidaan järkevästi verrata yksityisen sijoittajan toimenpiteisiin; ii) jos näin on, olivatko toiminnassa ratkaisevia sellaiset näkökohdat, joilla on merkitystä ainoastaan tai ainakin ensisijaisesti valtion kannalta julkisen vallan käyttäjänä vai olisiko ”yksityinen sijoittaja, jonka tilanne vastasi mahdollisimman tarkasti valtion tilannetta”, toteuttanut saman toimenpiteen ”vastaavissa markkinaolosuhteissa”?¹¹ Vaihe i koskee arviointiperusteen sovellettavuutta, vaihe ii koskee sen soveltamista. Tässä asiassa on kysymys vain sen sovellettavuudesta.

36. Komissio haluaa, että yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen sovellettavuutta rajoitetaan. Se saattaa pelätä, että jos tätä arviointiperustetta sovelletaan systemaattisesti, toimenpiteen, jota järkevä yksityinen sijoittaja ei olisi toteuttanut kaikkien olosuhteiden perusteella, voidaan arvioida olevan tämän perusteen mukainen.¹² Jos näin on, kysymys on luonteeltaan yleinen. Nyt käsiteltävässä asiassa tätä kysymystä voidaan kuitenkin tarkastella ainoastaan ING:n saaman pääomanlisäyksen ja takaisinmaksuehtojen muutoksen olosuhteiden kannalta.

37. Asiassa on riidatonta, että itse pääomanlisäyksen osalta valtion ja yksityisen sijoittajan menettelyä ei voida järkevästi verrata toisiinsa. ”Pelastaessaan” kansallisen järjestelmän kannalta merkittävimmän pankin vakavassa finanssikriisissä, joka alkoi vuonna 2008, Alankomaiden valtio toimi yksinomaan ylimmän julkisen vallan käyttäjänä huolehtien kansantaloutensa vakaudesta kokonaisuudessaan. Kukaan yksityinen sijoittaja ei yksinkertaisesti toimi eikä voisi toimia tässä ominaisuudessa. On myös riidatonta, että ensimmäisten ehtojen mukaista pääomanlisäystä on arvioitava kokonaisuutena ja ottamalla huomioon alkuperäiset takaisinmaksuehdot, jotka kuuluivat erottamattomasti apupakettiin.

38. Asiassa tulee näin ollen esiin kysymys siitä, oliko muutettuja takaisinmaksuehtoja arvioitava samalla perusteella kuin alkuperäisiä ehtoja vai oliko muutosta tarkasteltava erillisenä toimenpiteenä.

39. Mielestäni kyseeseen voi tulla kaksi lähestymistapaa: pääomanlisäystä arvioidaan uudelleen kokonaisuudessaan, jolloin alkuperäiset takaisinmaksuehdot korvataan muutetuilla ehdoilla tuen määrän uudelleen määrittämiseksi, tai ehtojen muutosta arvioidaan erillisenä toimenpiteenä sen määrittämiseksi, missä määrin valtion varoja käytettiin ING:n avustamiseksi. Ensimmäisen lähestymistavan mukaisesti takaisinmaksuehtojen muutoksen arviointi olisi ollut erottamaton osa valtion julkisen vallan käyttäjänä tekemän pääomanlisäyksen arviointia, jolloin vertaaminen yksityisen sijoittajan käyttäytymiseen ei olisi mielekäästä. Komissio kuitenkin valitsi tosiasiallisesti toisen näistä lähestymistavoista. Nyt käsiteltävässä asiassa ei ole kysymys siitä, oliko tämä lähestymistapa oikea. On tosiasia, että komissio valitsi tämän lähestymistavan.

40. Näin ollen komission on mielestäni vaikea väittää nyt, ettei takaisinmaksuehtojen muutosta voida erottaa pääomanlisäyksestä ja että sitä voitiin arvioida ainoastaan samojen perusteiden mukaisesti. Katson myös, että jos tätä muutosta arvioidaan erillisenä toimenpiteenä, valtion menettelyä on täysin mahdollista verrata yksityisen sijoittajan käyttäytymiseen.

41. On totta, että alkuperäinen pääomanlisäys oli valtioneutua ja että yksityinen sijoittaja ei voi tietenkään koskaan olla sellaisessa asemassa, että hän olisi myöntänyt valtioneutua. Kuitenkin alkuperäisen tuen myöntämisen jälkeen valtiosta tuli arvopaperien, jotka oli ostettava takaisin tietyillä ehdoilla, haltija. Yksityinen sijoittaja saattoi myös olla tällaisessa asemassa. Vaikka valtion arvopaperien arvo oli korkeampi kuin yksityisillä sijoittajilla tavallisesti, tämä ei mielestäni ole ratkaiseva näkökohta. Tällainen ei myöskään ole kysymys siitä, olivatko arvopaperit luonteeltaan epätavallisia, kuten komissio on esittänyt – tämä on joka tapauksessa tosiseikkoja koskeva kysymys, joka ei kuulu unionin

11 — Em. asia EDF, tuomion 79 kohta.

12 — Kyseessä voi myös olla käytännön huoli siitä, että koska yksityinen sijoittaja -arviointiperusteeseen liittyy monitahoisia taloudellisia arviointeja, sen systemaattinen soveltaminen kuluttaisi liikaa komission voimavaroja. Mielestäni tällaisella huolenaiheella ei kuitenkaan voi olla oikeudellista merkitystä.

tuomioistuimen toimivaltaan valitusasiassa. Arvopaperien haltija, riippumatta niiden määrästä ja luonteesta, haluaa mahdollisesti neuvotella uudestaan niiden takaisinostoehdoista. On näin ollen mielekästä verrata valtion menettelyä tältä osin vastaavassa asemassa olevan hypoteettisen yksityisen sijoittajan käyttäytymiseen. Kysymys kuuluu mielestäni pelkistetysti seuraavasti: ”Olisiko yksityisen sijoittajan, jolla jostain syystä olisi ollut samanehtoiset arvopaperit ja joka seurasi markkinoiden tilannetta, ollut järkevää hyväksyä samat muutokset näihin ehtoihin?”

42. Korostan, että näkemykseni perustuu siihen, että komissio käsitteli tässä tapauksessa takaisinmaksuehtojen muutosta erillisenä toimenpiteenä, jota voitiin tarkastella ING:lle valtion varoista myönnettynä yksilöitävissä olevana etuna. Vaikka en ota kantaa siihen, oliko tämä lähestymistapa oikea tai asianmukainen, näyttää mielestäni siltä, että jos komissio olisi tämän sijasta tarkastellut pääomanlisäystä kokonaisuudessaan muutetut takaisinmaksuehdot mukaan lukien, sen kaltainen riski, johon olen viitannut edellä 36 kohdassa, olisi voitu torjua, vaikka yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta olisi sovellettu. Jos pääomanlisäykseen kokonaisuudessaan käytettiin valtion varoja edun myöntämiseksi eikä kyseiselle toimenpiteelle saatu asianmukaista taloudellista korvausta tai tuottoa (verrattuna kansantalouden yleiseen etuun), tämä ei oletettavasti olisi ollut yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen mukaista. Tällaista arviointia ei kuitenkaan tehty, eikä kysymys arviointiperusteen sovellettavuudesta näissä olosuhteissa tullut esille. Takaisinmaksuehtojen muutosta arvioitiin tosiasiallisesti erillisenä toimenpiteenä eikä yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen soveltamiselle ollut estettä.

43. Näin ollen ensimmäinen valitusperuste on mielestäni hylättävä.

Toinen valitusperuste (tulonmenetyksen arviointi)

44. Unionin yleinen tuomioistuin totesi tuomionsa 135–142 kohdassa, että vaikka komission katsottaisiin voineen päätellä, että valtio oli menettänyt tuloja, se ei ole kuitenkaan määrittänyt asianmukaisesti tämän väitetyn tulojen menetyksen määrää. Komissio on jättänyt ottamatta huomioon sen, että takaisinmaksuehtojen muutoksen seurauksena ennen aikaisen takaisinmaksun aikaan kertyneitä korkoja vastaavan kuponkikoron maksaminen ei enää riippunut, kuten alkuperäisten ehtojen perusteella, osingon maksamisesta tavallisille osakkeenomistajille. Komissio tiesi tämän seikan, eikä se voinut jättää sitä huomioon ottamatta. Tässä tilanteessa Alankomaiden valtio sai 258,5 miljoonaa euroa 21.12.2009 tapahtuneen ennen aikaisen takaisinmaksun yhteydessä – jota se ei olisi saanut alkuperäisten takaisinmaksuehtojen perusteella, koska vuonna 2009 ei jaettu osinkoa. Vaikka komissio ei voinut tietää tätä summaa etukäteen, sen on täytynyt pohtia tällaista maksua koskevan mahdollisuuden vaikutusta riidanalaisessa päätöksessä tarkoitettua lisätuen määrään. Valtion tulonmenetykset on näin ollen arvioitu riidanalaisessa päätöksessä useita miljoonia euroja liian suureksi ja tämän virheen vuoksi komission arviointi tuen käsitteestä on virheellinen.

45. Komissio toteaa ensinnäkin, että alkuperäisten takaisinmaksuehtojen mukaan, jotka Alankomaat on esittänyt, ING oli velvollinen maksamaan kuponkikorkoa pääomanlisäyksen takaisinmaksun yhteydessä ja että Alankomaat oli todennut, ettei takaisinmaksuehtoja muutettu muutetussa rakenneuudistussuunnitelmassa; komissio on näin ollen jättänyt asianmukaisesti vähentämättä vuonna 2009 tosiasiallisesti maksetun koron. Alankomaiden hallitus ja ING kiistävät väitteen, mutta katsovat, että kyseessä on tosiseikkoja koskeva väite, joka ei kuulu unionin tuomioistuimen toimivaltaan valitusasiassa.

46. Toiseksi komissio väittää, että korko, jonka se oli jättänyt vähentämättä (enintään 303 miljoonaa euroa), ei olisi voinut vaikuttaa takaisinmaksuehtojen muutoksen luokitteluun tueksi tai sen soveltavuutta yhteismarkkinoille tai korvaavien toimenpiteiden muodossa tehtyjen sitoumusten laajuutta koskevaan arviointiin. Alankomaiden hallitus ja ING vastaavat, ettei kyseisiä sitoumuksia (riidanalaisen päätöksen liitteessä II) annettu vapaaehtoisesti, vaan komissio edellytti niitä toteamansa tuen määrän perusteella. Jos tämä määrä olisi määritetty asianmukaisesti, tarpeellisten sitoumusten laajuus olisi ollut toinen.

47. Olen samaa mieltä, että kiista siitä, kuvattiinko muutetut takaisinmaksuehdot asianmukaisesti muutetussa rakenneuudistussuunnitelmassa, ja siitä, missä määrin ne saattoivat poiketa alkuperäisistä ehdoista, ei kuulu unionin tuomioistuimen toimivaltaan valitusasiassa. Unionin yleinen tuomioistuin totesi, että nämä ehdot poikkesivat toisistaan ja että komissio tiesi tämän asian. Vaikka komissio on esittänyt vaihtoehtoisen selvityksen tosiseikoista, se ei ole väittänyt, että unionin yleiselle tuomioistuimelle esitetty selvitys olisi otettu huomioon vääristyneellä tavalla.

48. Asian aineellinen ongelma on se, katsoiko unionin yleinen tuomioistuin perustellusti tosiseikkojen perusteella, että ”ei voida sivuuttaa olettaa”, jonka mukaan, jos komissio olisi ottanut huomioon valtion saaman lisäkoron, tämä ”olisi voinut vaikuttaa” takaisinmaksuehtojen muutoksen luokitteluun tueksi tai sen soveltavuutta yhteismarkkinoille tai korvaavien toimenpiteiden laajuutta koskevaan arviointiin, ja että ”arviointi tuen käsitteestä” oli näin ollen tosiseikkoja koskevan virheen vuoksi virheellinen.¹³

49. Valituksenalaisen tuomion 14 kohdan ja sitä seuraavien kohtien perusteella on selvää, että komissio on määrännyt Alankomaiden ja ING:n sitoumuksista kilpailun vääristymien poistamiseksi edellytyksenä sille, että tuen katsottiin soveltuvan yhteismarkkinoille. Takaisinmaksuehtojen muutoksesta – joiden arvioinnista tässä valituksessa on kysymys – kuitenkin ilmoitettiin komissiolle vasta 22.10.2009, eikä valituksenalaisesta tuomiosta ilmene, että sitoumuksia olisi tämän jälkeen muutettu takaisinmaksuehtojen muutoksen johdosta. Mielestäni näyttää myös epävarmalta, että 303 miljoonan euron ero 1,79–2,2 miljardin euron yhteismäärästä (ero on noin 14–17 prosenttia) olisi vaikuttanut päätökseen siitä, oliko kyseessä valtiontuki, ja jos näin oli, soveltuiko se yhteismarkkinoille. Mielestäni on kuitenkin vähintäänkin uskottavaa, että sitoumuksia olisi tullut tarkastella uudelleen.

50. Unionin yleisen tuomioistuimen käyttämä ilmaisu (”ei voida sivuuttaa olettaa”, jonka mukaan kyseinen tosiseikkoja koskeva virhe ”olisi voinut vaikuttaa” arviointiin) vaikuttaa perustellulta näissä olosuhteissa. Oliko myös ”arviointi tuen käsitteestä” näin ollen virheellinen? Koska unionin yleisellä tuomioistuimella ei ole toimivaltaa syrjäyttää omalla arvioinnillaan tätä arviointia, mielestäni se saattoi ainoastaan päätellä, että komission on suoritettava arviointi uudelleen asianmukaisen tosiseikaston perusteella.

51. Ehdotan siten, että toinen valitusperuste hylätään.

Kolmas valitusperuste (riidanalaisen päätöksen 2 artiklan ensimmäisen kohdan kumoaminen kokonaisuudessaan)

52. Unionin yleinen tuomioistuin katsoi tuomionsa 151–153 kohdassa, että riidanalaisen päätöksen 2 artiklan ensimmäisessä kohdassa ei tehdä eroa valtiontueksi luokitellun ”rakenneuudistustuen” eri osatekijöiden välillä mutta tähän tukeen sisällytettiin takaisinmaksuehtojen muutoksesta johtuva noin 2 miljardin euron suuruinen lisätuki. Unionin yleinen tuomioistuin päätteli, että kun otetaan huomioon muutoksen lisätueksi luokittelussa olevat virheet, kyseinen kohta on kumottava kokonaisuudessaan.

¹³ — Valituksenalaisen tuomion 141–142 kohta.

53. Komissio väittää, että unionin yleisellä tuomioistuimella ei ollut oikeutta kumota 2 artiklan ensimmäistä kohtaa kokonaisuudessaan. Koska muiden toimenpiteiden kuin takaisinmaksuehtojen muutoksen (erityisesti pääomanlisäyksen ja epälikvidejä omaisuuseriä koskevan tukijärjestelyn) luokittelu valtiontueksi oli erotettavissa tämän muutoksen valtiontueksi luokittelussa tehdystä virheestä, kumoaminen loukkasi suhteellisuusperiaatetta. Lisäksi ensimmäinen kohta oli puhtaasti vahvistava toimi näiden muiden toimenpiteiden osalta (joita oli jo arvioitu alkuperäisessä päätöksessä) eikä tällainen toimi voi olla kumoamiskanteen kohteena. Riidanalaisen päätöksen 2 artiklan ensimmäisen kohdan kumoaminen olisi näin ollen kumottava siltä osin kuin se koskee muita toimenpiteitä kuin takaisinmaksuehtojen muutosta.

54. Alankomaiden hallitus ja ING huomauttavat, että kyseinen kohta muodostuu yhdestä virkkeestä eikä sitä voida kumota osittain, jotta valtiontueksi luokittelu jäisi muodollisesti ennalleen muiden kuin takaisinmaksuehtojen muutosta koskevien toimenpiteiden osalta. Kumoaminen on ymmärrettävä unionin yleisen tuomioistuimen perustelujen valossa, joiden nojalla on selvää, että riitautus koski ainoastaan takaisinmaksuehtojen muutoksesta johtuvan tuen luokittelua. Lisäksi tämä kumoaminen tosiasiaa saattoi alkuperäisen päätöksen, jossa pääomanlisäyksen todettiin olevan valtiontukea, uudelleen voimaan eikä kyseinen kohta ollut ”puhtaasti” vahvistava, koska se perustui tosiseikkojen, joihin kuuluivat muutettuihin ehtoihin liittyvät uudet tosiseikat, uudelleen tarkasteluun.

55. Tarkasteltava kysymys on lähinnä muodollinen. On riidatonta, ettei unionin yleisen tuomioistuimen tarkoituksena ollut kumota valtiontueksi luokittelemista riidanalaisessa päätöksessä muiden toimenpiteiden kuin takaisinmaksuehtojen muutoksen osalta, eikä ole väitetty, että sen olisi pitänyt näin tehdä. Esiin nousevat seuraavat kysymykset: mikä vaikutus on sillä, että riidanalaisen päätöksen 2 artiklan ensimmäinen kohta kumottiin kokonaisuudessaan, ja olisiko unionin yleinen tuomioistuin voinut toimia toisin pääteltyään, että takaisinmaksuehtojen muutoksen luokittelu valtiontueksi oli virheellinen?

56. Kumoamisen vaikutusten osalta komissio on todennut asianmukaisesti, että kumoamiskanne, joka koskee päätöstä, jossa ainoastaan vahvistetaan aikaisempi päätös, jota ei ole riitautettu kanteen nostamiselle asetetun määräajan kuluessa, on jätettävä tutkimatta.¹⁴ Kuitenkin tämä sääntö, joka koskee kumoamiskanteen tutkittavaksi ottamisen edellytyksiä, perustuu pelkästään siihen, että aikaisempaa päätöstä ei voida enää kumota, joten vahvistavan päätöksen kumoaminen ei vaikuttaisi oikeustilaan. Näin ollen siltä osin kuin riidanalaisen päätöksen 2 artiklan ensimmäisessä kohdassa vahvistetaan aikaisemmat päätökset, joissa toimenpiteet luokitellaan valtiontueksi, sen kumoamisella ei olisi vaikutusta näihin aikaisempiin toteamuksiin. Tämä päätelmä koskee joka tapauksessa toteamuksia, joiden mukaan pääomanlisäystä ja epälikvidejä omaisuuseriä koskevaa tukijärjestelyä on pidettävä valtiontukena.¹⁵ Takausten osalta tilannetta ei ole todettu riidanalaisessa päätöksessä yhtä selkeästi, mutta mielestäni ei voida päätellä, että olisi olemassa aikaisempi päätös, jossa jo maksettuja takauksia olisi pidetty valtiontukena.¹⁶

57. Riidanalaisen päätöksen 2 artiklan ensimmäisen kohdan kumoaminen kokonaisuudessaan näyttäisi näin ollen a) olevan vaikuttamatta pääomanlisäyksen ja epälikvidejä omaisuuseriä koskevan tukijärjestelyn aikaisempaan luokittelemiseen valtiontueksi mutta b) kumoavan itse riidanalaisessa päätöksessä paitsi takaisinmaksuehtojen muutoksen, myös valtiontakausjärjestelmästä annetun tuen valtiontueksi luokittelun. Jälkimmäisen tuen luokittelua ei ole kuitenkaan riitautettu ensimmäisessä oikeusasteessa.

14 — Ks. esim. asia C-416/11 P, Yhdistynyt kuningaskunta v. komissio, tuomio 29.11.2012, 32 kohta.

15 — Ks. riidanalaisen päätöksen 97 ja 99 perustelukappale.

16 — Riidanalaisessa päätöksessä käsitellään myös tulevia takauksia mutta todetaan, että niitä on arvioitava erillisessä päätöksessä (ks. 47 perustelukappale).

58. Unionin yleisen tuomioistuimen mahdollisuudesta toimia toisin komissio viittaa esimerkkiin, jossa sama tuomioistuin kumosi vastaavan kohdan valtiontukea koskevasta päätöksestä siltä osin kuin se koski tiettyjä määriä, jotka oli sisällytetty tähän kohtaan mutta joita ei ollut siinä nimenomaisesti yksilöity.¹⁷ Myös unionin tuomioistuin on toiminut tällä tavalla vastaavassa tilanteessa ja kumonnut esimerkiksi päätöksen, jossa määrättiin neljälle yhtiölle myönnetyn tuen palauttamisesta siltä osin kuin määrä sisälsi korkoja, jotka olivat erääntyneet sen jälkeen, kun kaksi näistä yhtiöistä, joita ei nimenomaisesti yksilöity päätöksen päätösoosan asiaa koskevassa kohdassa, oli asetettu konkurssiin.¹⁸ Mielestäni ei ole mitään syytä, miksi unionin yleinen tuomioistuin ei olisi voinut soveltaa samanlaista lähestymistapaa valituksenalaisessa tuomiossa.

59. Katson näin ollen, että kolmas valitusperuste on hyväksyttävä siltä osin kuin kumotessaan riidanalaisen päätöksen 2 artiklan ensimmäisen kohdan kokonaisuudessaan unionin yleinen tuomioistuin kumosi tämän päätöksen toteamuksen, jonka mukaan ING:lle valtiontakausjärjestelmästä myönnetyt takaukset olivat valtiontukea.

Neljäs valitusperuste (riidanalaisen päätöksen 2 artiklan toisen kohdan liitännäinen kumoaminen)

60. Unionin yleinen tuomioistuin katsoi tuomionsa 154–160 kohdassa, että lisätuki, joka johtuu takaisinmaksuehtojen muutoksesta, oli olennainen osa komission arvioimaa rakenneuudistustukea. Tällaista lisätukea oli mahdotonta erotella riidanalaisen päätöksen päätösoosassa ja sen perusteluissa ”[siltä osin], mitä sitoumuksia vaaditaan tuen toteamiseksi yhteismarkkinoille soveltuvaksi”. Toteamuksen, joka koski 2 miljardin euron suuruista lisätukea, lainvastaisuus johti siten välttämättä riidanalaisen päätöksen 2 artiklan toisen kohdan, jonka mukaan tuki soveltui yhteismarkkinoille ”edellyttäen, että liitteessä II luetellut sitoumukset täytetään”, lainvastaisuuteen ja siihen liittyvän liitteen II lainvastaisuuteen, koska rakenneuudistustuen soveltuvuus yhteismarkkinoille riippui analyysistä ja sitoumuksista, joiden sisältöä arvioitiin lisätuen sisältävän rakenneuudistustuen määrän kannalta.

61. Komissio väittää pääasiallisesti, että tämä unionin yleisen tuomioistuimen lähestymistapa oli virheellinen, koska ING ja Alankomaiden valtio esittivät näitä sitoumuksia eikä komissiolla ollut valtaa hylätä niitä, vaikka niillä ylitettiin se, mikä oli välttämätöntä kilpailun vääristymien poistamiseksi. Vaikka siis komissio arvioi tuen kokonaismäärän liian suureksi, tällä ei ollut vaikutuksia esitettyjen ja hyväksytyjen korvaavien toimenpiteiden osalta ja se ei näin ollen oikeuttanut kumoamaan riidanalaisen päätöksen kyseisiä kohtia, joissa määriteltiin sitoumukset, joiden nojalla tuki voitiin todeta soveltuvaksi yhteismarkkinoille. Komissio väittää myös, että koska riidanalainen päätös ei ollut asetuksen N:o 659/1999¹⁹ 7 artiklan mukaisen muodollisen tutkintamenettelyn päättämisestä annettu päätös, se ei voinut liittää tähän päätökseensä ehtoja tämän artiklan 4 kohdan mukaisesti.

62. Muut asianosaiset viittaavat valituksenalaisen tuomion 14–36 kohtaan, joista ilmenee, että komissio tosiasiallisesti edellytti näitä sitoumuksia, jotta tuki voitaisiin todeta soveltuvaksi yhteismarkkinoille. Unionin yleinen tuomioistuin katsoi, että tuen määrä oli arvioitu liian suureksi; jos tämä arviointi ei olisi ollut virheellinen, komission ei olisi tarvinnut edellyttää niin laajoja sitoumuksia kuin se tässä tapauksessa edellytti.

17 — Yhdistetyt asiat T-415/05, T-416/05 ja T-423/05, Kreikka ym. v. komissio, tuomio 13.9.2010 (Kok., s. II-4749).

18 — Asia C-480/98, Espanja v. komissio, tuomio 12.10.2000 (Kok., s. I-8717).

19 — EY:n perustamissopimuksen 93 artiklan soveltamista koskevista yksityiskohtaisista säännöistä 22.3.1999 annettu neuvoston asetus (EY) N:o 659/1999 (EYVL L 83, s. 1).

63. Mielestäni on ensinnäkin tarpeen tarkastella unionin yleisen tuomioistuimen toteamia tosiseikkoja, jotka koskevat riidanalaisen päätöksen liitteessä II esitettyjen sitoumusten syntymistä. Tältä osin en pidä merkityksellisenä komission väitettä, jonka mukaan riidanalainen päätös ei ollut muodollisen tutkintamenettelyn päättämisestä annettu päätös. Merkitystä on sillä, onko komissio unionin yleisen tuomioistuimen toteamusten perusteella tosiasiallisesti sanellut riidanalaisen päätöksen liitteessä II lueteltujen sitoumusten ehdot; jos näin on, se ei voi vedota pelkkään väitteeseen, että sillä ei ollut valtuuksia edellyttää vähäisempiä sitoumuksia.

64. Valituksenalaisen tuomion 9–37 kohdasta, joissa käsitellään hallinnollista menettelyä, ilmenee selvästi, että komissio toistuvasti esitti toimenpiteet, joita se piti tarpeellisina, ja totesi, että rakenneuudistussuunnitelmaa ei hyväksyttäisi ilman näitä toimenpiteitä. Unionin yleinen tuomioistuin on käyttänyt sen kaltaisia ilmaisuja, kuten ”komission vaatimukseen” (20 kohta), ”sitien kuin komissio on edellyttänyt” (29 kohta) ja ”täyttääkseen komission odotukset” (31 kohta). Sitä vastoin asiassa ei ole ilmennyt, että komissio olisi käyttäytynyt samalla tavalla sen jälkeen, kun takaisinmaksuehtojen muutoksesta ilmoitettiin 22.10.2009, eikä unionin tuomioistuimella ole toimivaltaa lausua sitä, muutettiinko liitteen II sitoumuksia komission tai muun osapuolen aloitteesta tämän ajankohdan ja 6.11.2009 välisenä aikana, johon mennessä päätösluonnosta koskevat kirjelmät oli esitettävä.

65. Unionin yleisen tuomioistuimen päätelmä, jonka komissio on riitauttanut tällä valitusperusteellaan, ei kuitenkaan perustunut oletamaan, jonka mukaan erityisiä sitoumuksia edellytettiin takaisinmaksuehtojen muutoksen johdosta. Se katsoi pikemminkin, että niiden sitoumusten, jotka komissio saattoi hyväksyä, laajuus kokonaisuudessaan riippui suoraan ja suhteellisesti tuen määrästä kokonaisuudessaan, jolloin siihen sisältyi takaisinmaksuehtojen muutoksesta johtuva tuki, jonka arviointia unionin yleinen tuomioistuin oli jo pitänyt virheellisenä. Tässä yhteydessä komissio on väittänyt, että sillä ei ollut toimivaltaa määrittää sitoumusten laajuutta, ja katsonut, että unionin yleisen tuomioistuimen perustelut ovat virheellisiä.

66. Mielestäni kyseiset perustelut ovat todellakin epäasianmukaisia mutta eivät komission esittämistä syistä. Valituksenalaisen tuomion 9 kohdasta ja sitä seuraavista kohdista voidaan päätellä ainoastaan, että niiden sitoumusten laajuus, jotka komissio saattoi hyväksyä, määritettiin aikaisemmin kuin 20.10.2009. Näin ollen takaisinmaksuehtojen muutoksesta ilmoittaminen tämän ajankohdan jälkeen ei vaikuttanut näihin sitoumuksiin. Unionin yleisellä tuomioistuimella ei näin ollen ollut syytä kumota riidanalaisen tuomion niitä osia, joissa todettiin tuen soveltuvan yhteismarkkinoille edellyttäen, että nämä sitoumukset täytetään. Jos komissio olisi riitauttanut valituksenalaisen tuomion kyseiset osat näillä perusteilla, olisin esittänyt valituksen hyväksymistä.

67. Komission valitusperuste on kuitenkin hyväksyttävä tai hylättävä sen väitteen mukaisesti, että sillä ei ollut toimivaltaa vaikuttaa jäsenvaltion ja pankin vapaaehtoisesti antamiin sitoumuksiin, mikä on ristiriidassa unionin yleisen tuomioistuimen tosiseikkoja koskevien toteamusten kanssa. Koska komissio ei ole väittänyt, että tosiseikat on esitetty vääristyneellä tavalla, mielestäni kyseinen valitusperuste on hylättävä.

Viides valitusperuste (riidanalaisen päätöksen 2 artiklan toisen kohdan kumoaminen kanteen ulkopuolelta)

68. Unionin yleinen tuomioistuin esittää tuomion 64 ja 66 kohdassa kantajien vaatimukset. Alankomaiden kuningaskunta vaati ”riidanalaisen päätöksen 2 artiklan ensimmäisen kohdan, joka perustuu muun muassa kyseisen päätöksen 98 perustelukappaleessa esitettyyn toteamukseen, jonka mukaan Alankomaiden viranomaisten hyväksymä pääomanlisäyksen takaisinmaksua koskevien ehtojen muutos merkitsee ING:lle myönnettyä noin 2 miljardin euron suuruista lisätukea”, kumoamista; ING esitti kolme vaatimusta, joista unionin yleinen tuomioistuin tutki vain ensimmäisen: vaatimuksen, joka koski riidanalaisen päätöksen kumoamista” siltä osin kuin siinä katsotaan, että pääomanlisäyksen takaisinmaksua koskevien ehtojen muutos merkitsee noin 2 miljardin euron suuruista lisätukea”.

69. Tuomion päätösosassa unionin yleinen tuomioistuin kumosi riidanalaisen päätöksen 2 artiklan ensimmäisen ja toisen kohdan ja tämän päätöksen liitteen II.

70. Komissio väittää, että kumotessaan riidanalaisen päätöksen 2 artiklan toisen kohdan ja tämän päätöksen liitteen II unionin yleinen tuomioistuin ylitti toimivaltansa, rikkoi määräamisperiaatetta, lausui kanteelta ulkopuolelta ja teki oikeudenkäyntivirheen, joka oli komission edun vastainen. Unionin yleisen tuomioistuimen tutkimien kannevaatimusten mukaisesti vaadittu kumoaminen koski vain 2 artiklan ensimmäistä kohtaa eikä vaatimusten sanamuodon (erityisesti ilmaisun ”muun muassa”) tai asianosaisten unionin yleisen tuomioistuimen ennen suullista käsittelyä esittämiin kysymyksiin antamien vastausten voitu mitenkään katsoa laajentavan vaadittua kumoamista koskemaan riidanalaisen päätöksen muita osia.

71. Alankomaiden hallitus toteaa, että kun riidanalaisen päätöksen 2 artiklan ensimmäinen kohta (toteamus, jonka mukaan rakenneuudistustukea on pidettävä valtiontukea) kumottiin, toisen kohdan toteamuksella (jonka mukaan tuki soveltui yhteismarkkinoille edellyttäen, että liitteessä II luetellut sitoumukset täytetään) ei ollut enää tarkoitusta, kuten ei myöskään näillä sitoumuksilla; unionin yleinen tuomioistuin ei näin ollen lausunut kanteen ulkopuolelta kumotessaan riidanalaisen päätöksen nämä kohdat vastauksena 2 artiklan ensimmäisen kohdan kumoamista koskevaan vaatimukseen. ING väittää, että kyseinen valitusperuste on jätettävä tutkimatta, koska komissio ei ottanut ensimmäisessä oikeusasteessa esiin kysymystä vaatimusten selkeydestä ja täsmällisyydestä. Molemmat asianosaiset väittävät, että ING vaati 2 artiklan toisen kohdan kumoamista toisella kanneperusteellaan (joka koski riidanalaisen päätöksen kumoamista ”siltä osin kuin komissio asetti tukitoimenpiteen hyväksymisen edellytykseksi hintajohtajuutta koskevat kiellot kyseisen päätöksen ja sen liitteen II mukaisesti”).

72. Mielestäni ING:n tämän valitusperusteen tutkimatta jättämistä koskevaa väitettä ei voida hyväksyä. On selvää, että vasta sitten, kun unionin yleinen tuomioistuin on antanut ratkaisun, voi tulla esille kysymys siitä, onko se lausunut kanteen ulkopuolelta.

73. Asiakysymyksen osalta yhdyin Alankomaiden hallituksen väitteeseen. Sen toteamuksen kumoaminen, jonka mukaan rakenneuudistustukea oli pidettävä EY 87 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuna valtiontukea – ja näin ollen lähtökohtaisesti yhteismarkkinoille soveltumattomana – merkitsi sitä, että kyseessä ei enää ollut valtiontuki eikä se enää ollut yhteismarkkinoille soveltumaton. Näin ollen toteamusta, jonka mukaan tukea oli pidettävä yhteismarkkinoille soveltuvana edellyttäen, että tietyt sitoumukset täytetään, ei voitu pysyttää, koska se olisi merkinnyt sitoumusten vaatimista sellaisen tuen osalta, joka oli jo soveltuva yhteismarkkinoille ilman näitä sitoumuksiakin. Näin ollen riidanalaisen päätöksen 2 artiklan toisen kohdan ja sen liitteen II kumoaminen oli väistämätön seuraus 2 artiklan toisen kohdan kumoamisesta asianosaisten esittämien kannevaatimusten mukaisesti, jotka unionin yleinen tuomioistuin on tutkinut.

74. Näin ollen viides valitusperuste on mielestäni hylättävä.

Kuudes valitusperuste (joka koskee vaihtoehtoisesti riidanalaisen päätöksen 2 artiklan kolmannen kohdan kumoamista jättämistä)

75. Unionin yleinen tuomioistuin kumosi tuomionsa päätösosassa riidanalaisen päätöksen 2 artiklan ensimmäisen ja toisen kohdan (joissa todettiin, että rakenneuudistustuki oli valtiontukea ja että kyseinen tuki oli soveltuva yhteismarkkinoille edellyttäen, että liitteessä II olevat sitoumukset täytetään) ja jätti voimaan kolmannen kohdan, jossa ING:lle asetettu väliaikainen taseen kasvua koskeva rajoitus poistettiin.

76. Jos edellisiä valitusperusteita ei hyväksytä, komissio väittää toissijaisesti, että kumottuaan riidanalaisen päätöksen 2 artiklan ensimmäisen ja toisen kohdan unionin yleinen tuomioistuin teki oikeudellisen virheen, koska se ei kumonnut myös kolmatta kohtaa.

77. Alkuperäisessä päätöksessä oli sitoumus, jonka mukaan ING rajoittaisi taseensa kasvua pääomanlisäyksestä johtuvien kilpailun vääristymien ehkäisemiseksi. Komissio päätti tämän sitoumuksen perusteella, että se saattoi väliaikaisesti hyväksyä pääomanlisäyksen. Riidanalaisen päätöksen 2 artiklan kolmannessa kohdassa poistettiin alkuperäisessä päätöksessä asetetut väliaikaiset tasetta koskevat rajoitukset. Näiden rajoitusten poistaminen ja toteamus tuen soveltuvuudesta yhteismarkkinoille perustuivat samaan analyysiin ja samoihin sitoumuksiin ja muodostivat yhden kokonaisuuden, josta perustelut olivat erottamaton osa. Jos unionin yleinen tuomioistuin saattoi asianmukaisesti kumota tämän analyysin ja nämä sitoumukset, ING:tä koskevia taseen kasvun rajoituksia, jotka sille oli asetettu ennen riidanalaisen päätöksen tekemistä, ei olisi tullut poistaa. Kolmannen kohdan pysyttäminen muuttaa päätöksen asiasisältöä. Unionin yleinen tuomioistuin ei voinut tällä kumoamisella asettaa ING:tä edullisempaan asemaan kuin se, jossa se oli ennen riidanalaisen päätöksen tekemistä, eikä korvata omalla arvioinnillaan komission alkuperäisessä päätöksessä tekemää arviointia, kun se hyväksyi pääomanlisäyksen väliaikaisesti.

78. Alankomaiden hallitus tiedustelee, kuinka unionin yleinen tuomioistuin olisi voinut kumota 2 artiklan kolmannen kohdan, kun tällaista kumoamista ei ollut vaadittu. Kolmas kohta ei menettänyt merkitystään ensimmäisen ja toisen kohdan kumoamisen jälkeen. Se, olisiko näiden kohtien kumoamisen pitänyt johtaa kolmannen kohdan kumoamiseen, edellyttää asiakysymysten arviointia, jota unionin yleinen tuomioistuin ei voinut tehdä, ellei sitä vaadittu, ja jota unionin tuomioistuin ei voi suorittaa valitusasiassa. Kyseisellä valitusperusteella ei myöskään ole enää tarkoitusta. Komissio antoi 11.5.2012 uuden päätöksen, jossa se katsoi jälleen, että takaisinmaksuehtojen muutosta oli pidettävä valtiontueksi (mutta ei määritelty sen suuruutta), ja hyväksyi tämän tuen samoin edellytyksin. ING on esittänyt samat väitteet: valitusperusteen tutkittavaksi ottamisen edellytykset puuttuvat selvästi, koska komissio ei esittänyt tätä väitettä ensimmäisessä oikeusasteessa eikä valitusperusteella ole tarkoitusta 11.5.2012 tehdyn päätöksen jälkeen.

79. Mielestäni riidanalaisen päätöksen 2 artiklan ensimmäisen kohdan (ja sen väistämättömänä seurauksena tämän artiklan toisen kohdan) kumoamisesta seuraa (kuten Alankomaiden hallitus väitti kolmannen valitusperusteen yhteydessä) alkuperäisen päätöksen, jossa pääomanlisäys todettiin valtiontueksi, uudelleen voimaan saattaminen. Valituksenalaisen tuomion mukaan komissio totesi tässä päätöksessä, että jos rakenneuudistussuunnitelma toimitetaan kuuden kuukauden aikana, alkuperäistä päätöstä jatkettaisiin automaattisesti siihen asti, kunnes komissio tekee päätöksensä suunnitelmasta.²⁰ Voimassaoloa näin ollen jatkettiin riidanalaisen päätöksen tekemiseen saakka. Riidanalaisen päätöksen 2 artiklan kahden ensimmäisen kohdan kumoaminen merkitsee sitä, että rakenneuudistussuunnitelmaa koskevaa päätöstä ei enää ollut olemassa. Loogisesti alkuperäisen päätöksen, johon sisältyi ING:n taseen kasvua koskeva rajoitus, olisi tullut pysyä voimassa uuden lopullisen päätöksen tekemiseen asti.

80. Unionin yleinen tuomioistuin jätti kuitenkin riidanalaisen päätöksen 2 artiklan kolmannen kohdan voimaan ja näin ollen – oletettavasti tahattomasti, koska valituksenalaisessa tuomiossa tätä ei mitenkään perusteltu – muutti alkuperäisen päätöksen sisältöä.

81. Ei ole hämmästyttävää, että asianosaisten väitteet poikkeavat tältä osin viidennen valitusperusteen yhteydessä esitetyistä väitteistä. Komissio väitti tässä yhteydessä, että unionin yleisellä tuomioistuimella ei ollut oikeutta kumota päätöksen osaa, jonka kumoamista asianosaiset eivät olleet nimenomaisesti vaatineet, ja muut asianosaiset väittivät, että tällainen kumoaminen seurasi viran puolesta riidanalaisen päätöksen 2 artiklan ensimmäisen kohdan kumoamisesta. Koska komissio on esittänyt nyt käsiteltävänä olevan valitusperusteen vain vaihtoehtoisesti, sen lähestymistapa ei ole epä johdonmukainen, mutta muiden asianosaisten lähestymistavat vaikuttavat epä johdonmukaisilta.

20 — Valituksenalaisen tuomion 10 kohta; alkuperäisen päätöksen 71–74 perustelukappale.

82. Mielestäni viidettä valitusperustetta koskeva analyysini soveltuu yhteen näkemykseni kanssa, jonka mukaan unionin yleisellä tuomioistuimella ei ollut kumottuaan riidanalaisen päätöksen 2 artiklan ensimmäisen kohdan ainoastaan oikeus vaan myös velvollisuus kumota paitsi tämän artiklan toinen myös sen kolmas kohta välttääkseen alkuperäisen päätöksen, joka saatettiin uudelleen voimaan ensimmäisen kohdan kumoamisen vuoksi, sisällön muuttumisen.

83. Katson lisäksi, ettei ING:n väitettä, joka koskee tämän valitusperusteen tutkimatta jättämistä, voida hyväksyä. Komission ei olisi voinut edellyttää esittävän ensimmäisessä oikeusasteessa tätä vaatimusta, jonka se nyt esittää, koska se pyrki ainoastaan riidanalaisen päätöksen pysyttämiseen.

84. Katson näin ollen, että kuudes valitusperuste on hyväksyttävä.

Arvioinnin seuraukset

85. Olen katsonut, että kolmas valitusperuste on hyväksyttävä osittain ja kuudes valitusperuste kokonaisuudessaan. Tästä seuraa, että valituksenalainen tuomio on kumottava siltä osin kuin siinä kumotaan riidanalaisen päätöksen 2 artiklan ensimmäinen kohta kokonaisuudessaan mutta ei suljeta pois tämän kumoamisen piiristä toteamusta, jonka mukaan ING:lle valtioneuvostonjärjestelmästä myönnettyt takaukset olivat valtioneuvostukea, ja jätetään kumoamatta tämän artiklan kolmas kohta.

86. Mielestäni näyttää siltä, että tällainen tuomio on asianmukainen valituksen käsittelemiseksi, eikä asiaa tarvitse palauttaa unionin yleisen tuomioistuimen ratkaistavaksi. Lisäksi komission myöhemmin 11.5.2012 antamasta päätöksestä seuraa, että tuomion käytännön vaikutukset ovat rajalliset.

87. Unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 138, 140 ja 184 artiklan mukaisesti katson, että on määrättävä, että asianosaiset vastaavat omista oikeudenkäyntikuluistaan.

Ratkaisuehdotus

88. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin

- kumoaa valituksenalaisen tuomion siltä osin kuin siinä kumotaan riidanalaisen päätöksen 2 artiklan ensimmäinen kohta kokonaisuudessaan mutta ei suljeta pois tämän kumoamisen piiristä toteamusta, jonka mukaan ING:lle valtioneuvostonjärjestelmästä myönnettyt takaukset olivat valtioneuvostukea, ja jätetään kumoamatta tämän artiklan kolmas kohta
- määrää, että asianosaiset vastaavat omista oikeudenkäyntikuluistaan tässä oikeusasteessa.