



Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
ELEANOR SHARPSTON
presentate il 19 dicembre 2013¹

Causa C-224/12 P

**Commissione europea
contro**

Regno dei Paesi Bassi e ING Groep NV

«Impugnazione — Aiuto di Stato a favore di una banca, che comprende un apporto di capitale a fronte dell'emissione di titoli — Modifiche delle condizioni di remunerazione e di rimborso dei titoli — Decisione che dichiara l'aiuto compatibile con il mercato comune, tenuto conto degli impegni assunti — Applicazione del criterio dell'investitore privato»

1. Con il presente ricorso la Commissione impugna una sentenza del Tribunale² che ha annullato parzialmente una decisione³ vertente su un aiuto erogato dallo Stato olandese alla banca ING Groep NV (in prosieguo: la «ING»). Tale decisione ha dichiarato, inter alia, che un aiuto alla ristrutturazione erogato sotto forma di apporto di capitale in cambio dell'emissione di titoli e soggetto a specifiche condizioni di rimborso, costituiva un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, CE [divenuto articolo 101, paragrafo 1, TFUE], ma era considerato compatibile con il mercato comune «tenuto conto» di una serie di impegni assunti dalla ING e dallo Stato.

2. La questione principale riguarda l'applicazione del criterio dell'investitore privato (vale a dire, in sostanza, se l'impresa beneficiaria avrebbe potuto ricevere, da un investitore privato operante in normali condizioni di mercato, lo stesso vantaggio che ha ottenuto attraverso l'impiego di risorse statali)⁴, ad una modifica delle condizioni di rimborso dell'aiuto di Stato. Nel presente ricorso viene inoltre contestata la valutazione, da parte del Tribunale, del mancato guadagno dello Stato in conseguenza della modifica delle condizioni di rimborso. Altre questioni riguardano gli effetti dell'annullamento relativo all'accertamento dell'esistenza di un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE. Viene posto il quesito in che modo tale annullamento incida su altri aspetti della decisione controversa e, in particolare, sugli impegni assunti dalla ING e dallo Stato olandese.

1 — Lingua originale: l'inglese.

2 — Sentenza del 2 marzo 2012, Regno dei Paesi Bassi e ING Groep/Commissione (T-29/10 e T-33/10; in prosieguo: la «sentenza impugnata»).

3 — Decisione della Commissione 2010/608/CE del 18 novembre 2009, concernente l'aiuto di Stato C 10/09 (ex N 138/09) eseguito dai Paesi Bassi nel quadro di una misura di sostegno alle attività illiquide e del piano di ristrutturazione di ING (GU 2010, L 274, pag. 139; in prosieguo: la «decisione controversa»).

4 — V., per esempio, sentenze del 2 settembre 2010, Commissione/Scott (C-290/07 P, Racc. pag. I-7763, punto 68 e giurisprudenza ivi citata), del 5 giugno 2012, Commissione/EDF (C-124/10 P, punto 78 e giurisprudenza ivi citata). Il criterio dell'investitore privato viene anche chiamato «principio dell'investitore privato» ovvero «criterio (o principio) dell'investitore nell'economia di mercato (talvolta abbreviato [in lingua inglese] come «MEIP»).

L'aiuto e la decisione controversa

3. Con decisione del 12 novembre 2008 (in prosieguo: la «decisione iniziale»), la Commissione ha autorizzato, a titolo di misura urgente, un apporto di capitale a favore della ING, che consisteva in una emissione di titoli della ING per un valore di EUR 10 miliardi, sottoscritti dallo Stato olandese (l'«apporto di capitale»). In base alle condizioni iniziali, la ING poteva scegliere di riacquistare i titoli ad EUR 15 per titolo (ossia con un premio di rimborso del 50% rispetto al prezzo di emissione) entro tre anni, oppure, trascorso tale triennio, convertirli in azioni ordinarie. Tuttavia, in quest'ultimo caso, i Paesi Bassi avrebbero avuto la facoltà di ottenere, da parte della ING, il riacquisto dei titoli al prezzo unitario di EUR 10, più gli interessi. Si sarebbe dovuta pagare allo Stato una cedola (a titolo di interessi) solo se la ING avesse pagato dividendi sulle azioni ordinarie. La Commissione ha stabilito che detto apporto di capitale costituiva un aiuto di Stato a favore della ING e lo autorizzava a titolo provvisorio. La Commissione ha aggiunto che, qualora le fosse stato presentato entro sei mesi un piano di ristrutturazione, l'autorizzazione sarebbe stata automaticamente prorogata fino a quando non avesse provveduto ad adottare una decisione su tale piano. La decisione iniziale ha tenuto conto di una serie di impegni assunti dai Paesi Bassi, tra cui una limitazione della crescita del bilancio della ING.

4. Il 31 marzo 2009 la Commissione ha notificato ai Paesi Bassi la propria decisione di aprire il procedimento previsto dall'articolo 88, paragrafo 2, CE (in prosieguo: la «decisione di apertura»⁵) a causa di dubbi riguardanti la compatibilità della misura di sostegno alle attività illiquide a favore della ING (in prosieguo: la «misura relativa alle attività deteriorate») con i principi generali sulle misure di assistenza per le attività deteriorate⁶. Tale misura è stata tuttavia autorizzata per un periodo di sei mesi. È stato fatto anche riferimento alla circostanza che i Paesi Bassi si erano impegnati a presentare un piano di ristrutturazione comprendente sia la misura di apporto di capitale sia la misura relativa alle attività deteriorate.

5. Il 12 maggio 2009, i Paesi Bassi hanno trasmesso tale piano. In seguito ad alcune riunioni con la Commissione, il 22 ottobre 2009 è stato presentato un nuovo piano di ristrutturazione. Tale piano includeva sia gli impegni relativi all'attuazione delle misure di ristrutturazione, sia una modifica delle iniziali modalità di rimborso dell'apporto di capitale, che permettevano alla ING di riacquistare fino al 50% dei titoli al prezzo di emissione, maggiorato degli interessi in rapporto alla cedola annua dell'8,5%, e di un premio se il corso dell'azione era superiore a 10 EUR. In funzione del corso delle azioni, il premio poteva variare tra EUR 340 milioni e EUR 705 milioni, per garantire un tasso interno minimo di rendimento pari al 15%.

6. Il 18 novembre 2009 la Commissione ha adottato la decisione controversa, che riguardava l'apporto di capitale, la modifica delle modalità di rimborso, la misura sulle attività deteriorate e le garanzie concesse nel quadro del regime nazionale di garanzia del credito.

7. L'articolo 2 della decisione controversa così dispone:

«L'aiuto alla ristrutturazione concesso dai Paesi Bassi a vantaggio di ING costituisce un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, del trattato.

L'aiuto è compatibile con il mercato comune, tenuto conto degli impegni precisati nell'allegato II.

La limitazione temporanea della crescita del bilancio, imposta nella decisione della Commissione del 12 novembre 2008 concernente la misura di ricapitalizzazione concessa a ING, è revocata».

5 — GU 2009, C 158, pag. 13.

6 — Comunicazione della Commissione sul trattamento delle attività che hanno subito una riduzione di valore nel settore bancario comunitario (GU 2009, C 72, pag. 1).

8. L'allegato II conteneva 11 serie di impegni (chiamati nel corso del procedimento anche «misure compensative») assunti dallo Stato olandese e/o dalla ING, allo scopo di rimediare alle distorsioni della concorrenza causate dall'aiuto alla ristrutturazione.

9. Nella sua argomentazione la Commissione non ha applicato il criterio dell'investitore privato all'apporto di capitale, né alla modifica delle modalità di rimborso o alla misura sulle attività deteriorate, ma lo ha applicato alle garanzie dei crediti. Con riguardo alla modifica delle condizioni di rimborso, la Commissione ha considerato che la ING inizialmente avrebbe dovuto pagare un premio di EUR 2,5 miliardi ma poiché ora doveva pagare solo un premio compreso tra EUR 340 milioni e EUR 705 milioni, essa beneficiava di un aiuto aggiuntivo di valore compreso tra EUR 1,79 miliardi e EUR 2,2 miliardi⁷.

La sentenza impugnata

10. I Paesi Bassi e la ING hanno entrambi impugnato la decisione controversa dinanzi al Tribunale.

11. Nella causa T-29/10 i Paesi Bassi hanno chiesto di annullare «l'articolo 2, primo comma, della decisione impugnata, che è, tra l'altro, fondato sulla constatazione, esposta al considerando 98 di detta decisione, secondo cui la modifica delle condizioni di rimborso dell'apporto di capitale (...) comporta un aiuto aggiuntivo alla ING dell'ordine di EUR 2 miliardi».

12. Nella causa T-33/10 la ING, sostenuta dalla banca centrale olandese, De Nederlandsche Bank NV (in prosieguo: la «DNB»), ha chiesto l'annullamento della decisione impugnata «nella parte in cui la medesima prevede che la modifica delle condizioni di rimborso dell'apporto di capitale comporti un aiuto aggiuntivo pari a EUR 2 miliardi».

13. Il Tribunale ha riunito le cause ed ha annullato «[l']articolo 2, primo comma, della decisione [impugnata] nonché l'articolo 2, secondo comma, di detta decisione e l'allegato II di tale decisione». Le motivazioni della sentenza impugnata, esposte nei punti da 95 a 160 di quest'ultima, in breve possono essere riassunte come segue.

14. La modifica delle condizioni di rimborso, con la quale i Paesi Bassi avevano guadagnato un rendimento garantito non previsto dalle condizioni iniziali, avrebbe dovuto essere valutata alla luce del criterio dell'investitore privato. La Commissione non ha applicato tale criterio a detta situazione ed ha ignorato le numerose relazioni disponibili sul prevedibile andamento dei rendimenti e sul comportamento di un investitore privato. Gli argomenti della Commissione secondo cui la ING era obbligata a riacquistare i titoli alle condizioni iniziali non erano convincenti.

15. In ogni caso, la Commissione non aveva tenuto conto del pagamento della cedola che era diventato obbligatorio quale parte delle nuove condizioni. Pertanto, l'importo di ogni aiuto avrebbe dovuto essere ridotto proporzionalmente al valore della cedola.

16. La Commissione avrebbe quindi commesso un errore quando ha calcolato l'importo dell'aiuto di Stato derivante dalla modifica delle condizioni di rimborso. Se fosse stata presa in considerazione la nuova remunerazione dovuta allo Stato, ciò avrebbe potuto influire sulla valutazione sia a livello della qualificazione della misura come aiuto, sia della sua compatibilità con il mercato comune, in particolare per quanto attiene alla valutazione del contributo della ING o delle misure destinate a porre rimedio alle distorsioni della concorrenza.

⁷ — V., inoltre, i punti da 1 a 49 della sentenza impugnata.

17. L'aiuto alla ristrutturazione qualificato come aiuto di Stato all'articolo 2, primo comma, della decisione controversa, includeva l'aiuto presumibilmente derivante dalla modifica delle modalità di rimborso, ma non distingueva quest'ultimo dalla rimanente parte dell'aiuto. Pertanto, l'intero comma doveva essere annullato.

18. La Commissione aveva analizzato l'entità delle misure di compensazione alla luce anche dell'aiuto derivante dalla modifica delle modalità di rimborso. A causa degli errori commessi, la Commissione non poteva più sostenere che l'aiuto alla ristrutturazione costituiva l'importo rilevante sulla cui base erano state valutate le misure compensative. La Commissione aveva pertanto erroneamente concluso che la modifica delle modalità di rimborso aveva dato luogo ad un aiuto di Stato di circa EUR 2 miliardi. L'illegittimità di detta conclusione comportava l'illegittimità dell'articolo 2, secondo comma, di detta decisione e quella del suo allegato II, in quanto la compatibilità dell'aiuto alla ristrutturazione dipendeva da un'analisi e da impegni che dovevano essere valutati in relazione all'aiuto alla ristrutturazione, che comprendeva l'aiuto aggiuntivo.

L'impugnazione ed il procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

19. La Commissione chiede che la Corte voglia:

- annullare la sentenza impugnata, respingere i ricorsi di primo grado e condannare il Regno dei Paesi Bassi e la ING alle spese;
- in subordine, rinviare la causa dinanzi al Tribunale per una nuova decisione e riservare le spese;
- in ulteriore subordine, annullare l'articolo 2, terzo comma, della decisione controversa e condannare il Regno dei Paesi Bassi e la ING alle spese dell'impugnazione.

20. La Commissione deduce sei motivi di impugnazione:

- In primo luogo, non esiste un obbligo di applicare il criterio dell'investitore privato ad una modifica delle condizioni di rimborso di un provvedimento che costituisce esso stesso un aiuto di Stato;
- in secondo luogo, il Tribunale ha erroneamente valutato i mancati guadagni per lo Stato derivanti da una modifica delle condizioni di rimborso;
- in terzo luogo, anche qualora la Commissione avesse erroneamente considerato come aiuto di Stato la modifica delle condizioni di rimborso, il Tribunale non era legittimato ad annullare integralmente l'articolo 2, primo comma, della decisione controversa;
- in quarto luogo, il Tribunale è incorso in un errore di diritto dichiarando che l'articolo 2, secondo comma, della decisione controversa, era necessariamente illegittimo in quanto la Commissione aveva erroneamente dichiarato che la modifica delle condizioni di rimborso costituiva un aiuto di Stato;
- in quinto luogo, il Tribunale ha statuito ultra petita annullando l'articolo 2, secondo comma, della decisione controversa ed il suo allegato II;
- in sesto luogo, e in subordine, se il Tribunale ha annullato a ragione l'articolo 2, primo e secondo comma, e l'allegato II della decisione controversa, esso non poteva omettere di annullare anche l'articolo 2, terzo comma, della decisione medesima.

21. Il Regno dei Paesi Bassi sostiene che tutti i sei motivi di impugnazione sono infondati e chiede che la Corte voglia:

- respingere l'impugnazione e condannare la Commissione alle spese;
- in subordine, rinviare la causa dinanzi al Tribunale.

22. La ING ritiene che alcuni motivi d'impugnazione siano, in tutto o in parte, irricevibili, inconferenti o privi di effetti giuridici e che l'impugnazione sia, nel suo insieme, infondata. Essa chiede che la Corte voglia:

- dichiarare l'impugnazione irricevibile e/o parzialmente inconferente, respingerla in toto e condannare la Commissione alle spese;
- in subordine, rinviare la causa dinanzi al Tribunale e riservare le spese.

23. La DNB, intervenuta in primo grado a sostegno della ING, chiede alla Corte di respingere il primo ed il quarto motivo d'impugnazione, in quanto infondati.

24. La Corte di giustizia ha autorizzato un secondo scambio di memorie limitatamente al primo motivo d'impugnazione. L'udienza del 26 settembre 2013 si è incentrata sul primo e sul quarto motivo d'impugnazione.

Sviluppi paralleli

25. L'11 maggio 2012, giorno in cui ha depositato la presente impugnazione, la Commissione ha adottato una nuova decisione riguardante l'aiuto alla ristrutturazione a favore della ING⁸. In tale decisione, la Commissione ha esaminato la modifica delle condizioni di rimborso alla luce del criterio dell'investitore privato e ha sostenuto che un investitore sul mercato non avrebbe accettato tali condizioni. La Commissione è quindi pervenuta alla conclusione che detta modifica costituiva un aiuto di Stato ma che, in virtù di determinati impegni assunti dai Paesi Bassi, risultava compatibile con il mercato interno.

26. Tale decisione è stata impugnata dinanzi al Tribunale sia dai Paesi Bassi che dalla ING, con la motivazione, inter alia, che la Commissione aveva commesso un errore nell'applicazione del criterio dell'investitore privato. Tuttavia, in seguito si è avuta rinuncia ai ricorsi e le cause sono state cancellate dal ruolo⁹.

Primo motivo d'impugnazione (applicabilità del criterio dell'investitore privato)

27. Nell'ambito della motivazione esposta ai punti da 95 a 114 della sentenza impugnata, il Tribunale ha sottolineato il fatto che, per essere qualificato come aiuto di Stato, un provvedimento deve, inter alia, conferire all'impresa beneficiaria un vantaggio economico che tale impresa non avrebbe ricevuto in normali condizioni di mercato. In caso di apporto di capitale, si deve valutare se, in circostanze simili, un investitore privato di dimensioni paragonabili a quelle di una pubblica autorità avrebbe potuto essere indotto a procedere ad apporti di capitale della medesima portata. Qualora, dopo aver deciso di sottoscrivere un apporto di capitale emesso da un'impresa soggetta a determinate condizioni

8 — C(2012) 3150 def. – Aiuto di Stato SA.28855 (N 373/2009) (ex C 10/2009 e ex N 528/2009) – Regno dei Paesi Bassi/ING – aiuto alla ristrutturazione. V., in particolare, i considerando da 114 a 156.

9 — Ordinanza del Presidente della Prima Sezione del Tribunale del 6 dicembre 2012, Regno dei Paesi Bassi e ING/Commissione (T-325/12 e T-332/12).

di rimborso, lo Stato accetti di modificare dette condizioni, tanto l'apporto di capitale quanto la modifica delle condizioni di rimborso possono costituire un aiuto di Stato se quest'ultimo non ha agito in ciascuna di tali situazioni come avrebbe fatto un investitore privato che si fosse trovato in una situazione simile. La Commissione non potrebbe evitare di valutare la modifica delle condizioni di rimborso alla luce del criterio dell'investitore privato solamente perché l'apporto di capitale costituisce di per sé un aiuto di Stato. Unicamente dopo aver compiuto tale valutazione la Commissione potrebbe stabilire se sia stato concesso un vantaggio aggiuntivo.

28. Ai punti da 115 a 125 il Tribunale ha esaminato l'analisi della Commissione relativa alla modifica delle condizioni di rimborso ed è pervenuto alla conclusione che tale istituzione aveva erroneamente interpretato la nozione di aiuto, laddove ha omesso di valutare se, nell'accettare la modifica delle condizioni di rimborso, lo Stato olandese avesse agito come avrebbe fatto un investitore privato che si fosse trovato in una situazione simile, con particolare riguardo al fatto che la modifica prevedeva un rimborso anticipato e garantiva una maggiore certezza di ottenere una remunerazione soddisfacente alle condizioni di mercato.

29. Il Tribunale ha poi proseguito, ai punti da 126 a 134, analizzando la probabilità che la ING avrebbe esercitato l'opzione che le era stata conferita dalle iniziali condizioni di rimborso al fine di riacquistare i titoli entro i primi tre anni, alla luce della censura della Commissione secondo cui la ING sarebbe stata de facto obbligata a riacquistare detti titoli, tenuto conto della possibilità per lo Stato di ottenere un guadagno di EUR 2,5 miliardi e che, accettando la modifica delle condizioni di rimborso, lo Stato aveva rinunciato al diritto di ottenere tali guadagni e quindi aveva erogato un aiuto aggiuntivo. Il Tribunale ha concluso nel senso che la ING avrebbe de facto esercitato detta opzione solo in presenza di circostanze specifiche, improbabili e mai avveratesi.

30. La Commissione sostiene che il Tribunale ha erroneamente ritenuto che il criterio dell'investitore privato dovesse essere applicato alla modifica delle condizioni di rimborso. Tale argomento s'impenna essenzialmente sull'idea che detta modifica non può essere vista come una misura separata, da valutare indipendentemente dall'apporto di capitale. È pacifico che l'apporto di capitale costituiva un aiuto di Stato, di cui erano parte integrante le iniziali condizioni di rimborso. Tale misura rappresentava un obbligo che lo Stato doveva assumere nella veste di potere pubblico, al fine di evitare serie perturbazioni dell'economia olandese per effetto del collasso di una banca nazionale di importanza sistemica. Nessun investitore privato si sarebbe potuto trovare in tale posizione, e pertanto non vi era spazio per l'applicazione del criterio dell'investitore privato all'apporto di capitale – incluse le condizioni di rimborso, iniziali o modificate. L'unica valutazione richiesta era quella volta a stabilire se la modifica in questione conferisse alla ING un vantaggio aggiuntivo.

31. Le altre parti sostengono sostanzialmente che la modifica delle condizioni di rimborso costituiva una misura separata dall'iniziale apporto di capitale. Dopo aver versato tale apporto, lo Stato era nella posizione in cui si sarebbe trovato un investitore privato – un detentore di titoli. È del tutto verosimile che tale investitore desiderasse, per ragioni economicamente razionali, rinegoziare le condizioni di riacquisto dei titoli. Tale era il caso dello Stato olandese, che ha preferito sostituire una modalità di rimborso più incerta, anche se potenzialmente più redditizia, con un rendimento garantito che, seppure inferiore, rappresentava nondimeno un rendimento soddisfacente per un investimento. Di conseguenza, era non soltanto possibile ma anche necessario, ai sensi della giurisprudenza, applicare il criterio dell'investitore privato per stabilire se la modifica delle condizioni di rimborso costituisse un aiuto di Stato.

32. La ING sostiene inoltre che la Commissione adduce un argomento di fatto irricevibile quando asserisce che l'apporto di capitale e la modifica delle condizioni di rimborso formavano parte di una serie di misure interconnesse.

33. Non mi convince tale argomento sulla ricevibilità. I vincoli di fatto tra le misure in parola non sono in discussione. Ciò di cui si discute è la questione di diritto se, alla luce di tali vincoli, il Tribunale abbia correttamente deciso che la Commissione avrebbe dovuto applicare il criterio dell'investitore privato nel corso della valutazione relativa alla modifica delle condizioni di rimborso.

34. Vorrei inoltre sottolineare che tale motivo di impugnazione riguarda unicamente detta questione. È irrilevante stabilire a quale risultato avrebbe portato tale criterio qualora fosse stato applicato. In certa misura, tale argomento è ricompreso in quest'ultima questione e – sotto tale aspetto – deve essere respinto. Inoltre, detto criterio è stato ora applicato dalla Commissione e le censure relative al modo in cui era stato applicato sono state ritirate¹⁰. Siffatte circostanze, tuttavia, non eliminano la necessità di risolvere la controversia per quanto attiene alla questione se il Tribunale abbia correttamente stabilito che detto criterio doveva essere applicato nell'ambito della decisione controversa.

35. A mio avviso, esistono due questioni cui si deve rispondere in relazione al criterio dell'investitore privato: i) se l'azione dello Stato fosse di natura tale da poter essere utilmente confrontata con un atto di un investitore privato; ii) in caso affermativo, se tale azione sia stata determinata da considerazioni che rilevino unicamente, o per lo meno principalmente, per lo Stato in qualità di pubblica autorità o se, invece, la stessa azione sarebbe stata attuata «in normali condizioni di mercato, da un investitore privato operante in una situazione la più analoga possibile a quella dello Stato»¹¹. La prima fase di analisi i) riguarda l'applicabilità del criterio, la seconda fase di analisi ii) la sua applicazione. Il caso presente riguarda soltanto l'applicabilità.

36. Alla Commissione interessa limitare l'applicabilità del criterio dell'investitore privato. Essa potrebbe temere che, qualora tale criterio fosse applicato sistematicamente, una misura che, alla luce di tutte le circostanze del caso non sarebbe stata razionalmente attuata da un investitore privato possa essere analizzata come se rispondesse a tale criterio¹². In tal caso, si tratterebbe di una questione generale. Tuttavia nel caso di specie tale questione può essere analizzata solo con riguardo alle circostanze relative all'apporto di capitale a favore della ING ed alla modifica delle condizioni di rimborso.

37. È pacifico che, in relazione all'apporto di capitale di per sé, non è possibile alcun raffronto significativo tra il comportamento dello Stato e quello di un investitore privato. Intervenendo per «salvare» una banca nazionale di importanza sistemica nel contesto della grave crisi finanziaria scoppiata nel 2008, lo Stato olandese ha agito interamente in qualità di massima autorità pubblica preoccupata per la stabilità dell'economia nazionale nel suo insieme. Si tratta semplicemente di una qualità in cui nessun investitore privato agirebbe o potrebbe agire. È anche pacifico che l'apporto di capitale inizialmente proposto doveva essere valutato nel suo insieme, comprese le iniziali condizioni di rimborso, che formavano parte integrante del pacchetto di aiuti.

38. Sorge quindi la questione se la modifica delle condizioni di rimborso dovesse essere valutata alla stregua delle condizioni iniziali o se, invece, detta modifica dovesse essere considerata una misura separata.

39. A mio avviso, erano prevedibili due approcci: si poteva rivalutare l'apporto di capitale nel suo insieme, sostituendo le condizioni di rimborso originali con quelle modificate, al fine di calcolare nuovamente l'importo dell'aiuto; oppure si poteva valutare la modifica delle condizioni di rimborso come una misura separata, per stabilire se ed in che misura fossero state impiegate le risorse dello Stato per conferire un vantaggio alla ING. Nel primo caso, la valutazione delle condizioni di rimborso avrebbe formato parte integrante della valutazione dell'apporto di capitale realizzato dallo Stato in

10 — V. supra, i paragrafi 25 e 26.

11 — EDF (punto 79).

12 — Può esistere anche la preoccupazione di ordine pratico che, siccome il criterio dell'investitore privato implica una valutazione economica complessa, la sua applicazione sistematica rappresenti un onere eccessivo per le risorse della Commissione. Non ritengo, tuttavia, che un timore di tal genere possa essere giuridicamente rilevante.

qualità di autorità pubblica e non sarebbe stato possibile operare un raffronto significativo con il comportamento di un investitore privato. Tuttavia, la Commissione ha di fatto adottato il secondo approccio. Se tale approccio fosse o meno quello corretto non è questione dibattuta nella presente causa. Sta di fatto che questo è stato l'approccio scelto dalla Commissione.

40. Ciò posto, mi sembra che la Commissione possa ora difficilmente sostenere che la modifica delle condizioni di rimborso era inscindibile dall'apporto di capitale e che poteva essere valutata solamente in base agli stessi criteri. Ritengo inoltre che, se tale modifica viene valutata come misura separata, diventa del tutto possibile paragonare il comportamento dello Stato con quello di un investitore privato.

41. È vero che l'apporto di capitale iniziale costituiva un aiuto di Stato e che un investitore privato, per definizione, non potrebbe mai trovarsi nella posizione di erogare un aiuto di Stato. Tuttavia, con il conferimento iniziale, lo Stato è diventato il detentore di titoli che dovevano essere riacquistati secondo condizioni specifiche. Anche un investitore privato poteva trovarsi nella stessa situazione. Che il valore dei titoli detenuti dallo Stato fosse superiore rispetto a quanto sarebbe stato abituale per un investitore privato non mi pare un argomento decisivo. Del pari, non è rilevante neppure la questione se i titoli fossero di natura peculiare, come asserito dalla Commissione – il che, in ogni caso, costituisce una questione di fatto che esula dalla competenza di questa Corte in sede di impugnazione. Qualsiasi detentore di titoli, a prescindere dal valore o dalla natura degli stessi, può desiderare o accettare di rinegoziare le condizioni per il loro riscatto. Di conseguenza, ha senso paragonare il comportamento dello Stato in tale circostanza con quello di un ipotetico investitore privato che si trovi in una situazione analoga. Mi sembra che la questione sia molto semplice: «Sarebbe stato ragionevole da parte di un investitore privato che, per una ragione qualsiasi, detenesse titoli con le stesse condizioni di rimborso, e che fosse attento alle condizioni di mercato, accettare una modifica analoga delle condizioni di rimborso?».

42. Ribadisco che mi sono formata tale opinione supponendo che, come è infatti accaduto, la Commissione abbia considerato la modifica delle condizioni di rimborso come una misura separata che poteva essere valutata alla stregua del conferimento di un vantaggio specifico alla ING, mediante l'impiego di risorse statali. Anche se non mi pronuncio sulla questione se tale approccio fosse corretto o opportuno, ritengo che, se la Commissione avesse invece rivalutato l'apporto di capitale nel suo insieme, includendo le condizioni di rimborso modificate, si sarebbe potuto evitare qualsiasi rischio del tipo da me indicato nel precedente paragrafo 36, anche qualora fosse stato applicato il criterio dell'investitore privato. Se l'apporto di capitale globalmente considerato ha implicato l'utilizzo di risorse statali per conferire un vantaggio, senza comportare anche un'adeguata compensazione o remunerazione dell'operazione specifica (rispetto al vantaggio generale per l'economia nazionale), presumibilmente il criterio dell'investitore privato non sarebbe stato soddisfatto. Tuttavia, tale valutazione non è stata compiuta e la questione dell'applicabilità del criterio in tali circostanze non era sorta. Difatti, la modifica delle condizioni di rimborso è stata valutata come fosse una misura separata e non vi era dunque motivo per applicare il criterio dell'investitore privato.

43. Pertanto respingerei il primo motivo di impugnazione.

Secondo motivo di impugnazione (valutazione del mancato guadagno)

44. Ai punti da 135 a 142 della sentenza impugnata, il Tribunale ha sostenuto che, anche ammettendo che la Commissione abbia potuto concludere che lo Stato aveva subito un mancato guadagno, essa non ha correttamente determinato l'importo di detta perdita. La Commissione ha omesso di prendere in considerazione il dato che, a seguito della modifica delle condizioni di rimborso, il pagamento di una cedola, che rappresentava gli interessi maturati al momento del rimborso anticipato, non dipendeva più dal pagamento di un dividendo ai titolari di azioni ordinarie. La Commissione era a conoscenza di tale dato e non poteva ignorarlo. Nella fattispecie, lo Stato olandese ha ricevuto 258,5 milioni di EUR

in occasione del rimborso anticipato, avvenuto il 21 dicembre 2009 – importo che non avrebbe ricevuto in base alle iniziali modalità di rimborso, poiché non era stato pagato alcun dividendo per il 2009. Anche se è plausibile che la Commissione non conoscesse tale importo ex ante, essa era tuttavia tenuta ad interrogarsi sulla possibile incidenza di un eventuale pagamento di tal genere sull'importo dell'aiuto aggiuntivo previsto nella decisione stessa. Pertanto, la decisione controversa ha sovrastimato l'entità del mancato guadagno dello Stato per alcune centinaia di milioni di euro, un errore questo, che inficiava la valutazione della nozione di aiuto da parte della Commissione.

45. La Commissione afferma, in primo luogo, che, in base alle condizioni di rimborso iniziali, come illustrate dai Paesi Bassi, la ING sarebbe stata tenuta a pagare gli interessi maturati al momento di rimborsare l'apporto di capitale e che, secondo le affermazioni del governo olandese, le condizioni di rimborso erano rimaste invariate nel nuovo piano di ristrutturazione; la Commissione avrebbe dunque correttamente omesso di detrarre gli interessi effettivamente pagati nel 2009. Il governo olandese e la ING contestano tale argomento ma lo considerano un argomento di fatto che esula dalle competenze della Corte in sede di impugnazione.

46. In secondo luogo, la Commissione sostiene che l'interesse che non aveva detratto (importo massimo di 303 milioni di EUR) non poteva aver inciso sulla qualificazione della modifica delle condizioni di rimborso come aiuto né sulla valutazione della sua compatibilità con il mercato interno o sulla portata degli impegni assunti sotto forma di misure compensative. Il governo olandese e la ING rispondono che gli impegni in questione (contenuti nell'allegato II alla decisione controversa) non erano stati assunti volontariamente ma erano stati dettati dalla Commissione in funzione dell'importo dell'aiuto accertato. Se l'importo fosse stato correttamente determinato, la portata degli impegni richiesti sarebbe stata diversa.

47. Condivido la tesi secondo cui la questione volta a stabilire se le nuove condizioni di rimborso siano state correttamente descritte nel nuovo piano di ristrutturazione e in che misura si siano discostate dalle condizioni iniziali, esula dalla competenza della Corte in sede d'impugnazione. Il Tribunale è pervenuto alla conclusione che le due serie di condizioni erano differenti tra loro e che la Commissione ne era consapevole. Sebbene la Commissione sostenga una diversa versione dei fatti, essa tuttavia non deduce che il Tribunale ha snaturato gli elementi di prova.

48. La questione giuridica sostanziale consiste nello stabilire se il Tribunale potesse legittimamente concludere dai fatti accertati che «non può essere esclusa l'ipotesi secondo la quale», se la Commissione avesse preso in considerazione la somma aggiuntiva versata allo Stato a titolo di interessi, ciò «avrebbe potuto avere effetti» sia sulla qualificazione della modifica delle condizioni di rimborso come aiuto, sia sulla valutazione della compatibilità di tale modifica con il mercato interno o sulla portata delle misure compensative e quindi sulla conclusione che «la nozione di aiuto» era conseguentemente viziata da un errore di fatto¹³.

49. Dai fatti descritti ai punti 14 e seguenti della sentenza impugnata emerge chiaramente che, globalmente, gli impegni assunti dal governo olandese e dalla ING per porre rimedio alle distorsioni della concorrenza erano stati essenzialmente imposti dalla Commissione come condizione per dichiarare la compatibilità dell'aiuto con il mercato interno. Tuttavia, la modifica delle condizioni di rimborso – la cui valutazione è oggetto del presente ricorso – era stata notificata alla Commissione soltanto il 22 ottobre 2009, e non vi sono indizi nella sentenza impugnata dai quali si possa dedurre che detti impegni siano stati successivamente modificati alla luce della modifica delle condizioni di rimborso. Dubito inoltre che una differenza di 303 milioni di EUR su un totale compreso tra 1,79

13 — Punti 141 e 142 della sentenza impugnata.

miliardi ed 2,2 miliardi di EUR (una differenza che oscilla approssimativamente tra il 14% ed il 17%) avrebbe avuto effetti sulla decisione relativa all'esistenza o meno di un aiuto di Stato e, in caso affermativo, sulla compatibilità di quest'ultimo con il mercato interno. Ritengo tuttavia per lo meno plausibile che gli impegni avrebbero dovuto essere riesaminati.

50. La formulazione utilizzata dal Tribunale («non può essere esclusa l'ipotesi» che avrebbero potuto esservi «effetti» sulla «valutazione» in conseguenza dell'errore di fatto accertato) non mi sembra ingiustificata in tali circostanze. Ma mi chiedo se detto errore abbia potuto inficiare la «valutazione della nozione di aiuto». Dato che il Tribunale non era competente a sostituire la propria valutazione a quella della Commissione, ritengo che l'unica conclusione possibile fosse nel senso che la Commissione doveva compiere una nuova valutazione su basi di fatto corrette.

51. Pertanto respingerei questo secondo motivo di impugnazione.

Terzo motivo di impugnazione [annullamento dell'intero primo comma dell'articolo 2 della decisione controversa]

52. Ai punti da 151 a 153 della sentenza impugnata, il Tribunale ha dichiarato che, l'articolo 2, primo comma, della decisione controversa non distingueva tra i diversi elementi dell'«aiuto alla ristrutturazione», che era stato qualificato come aiuto di Stato, ma includeva l'aiuto aggiuntivo di circa 2 miliardi di EUR derivante dalla modifica delle condizioni di rimborso. Il Tribunale è pervenuto alla conclusione che, tenuto conto degli errori che viziano la qualificazione della modifica come aiuto aggiuntivo, l'articolo 2, primo comma, della decisione controversa doveva essere interamente annullato.

53. La Commissione sostiene che il Tribunale non poteva annullare interamente l'articolo 2, primo comma. Poiché la qualificazione delle misure diverse dalla modifica delle condizioni di rimborso (con particolare riferimento all'apporto di capitale e alla misura di sostegno alle attività deteriorate), quale aiuto di Stato, era dissociabile da un eventuale errore di qualificazione della modifica di per sé, l'annullamento violava il principio di proporzionalità. Inoltre, il primo comma era una disposizione puramente confermativa di altre misure (che erano già state valutate nella decisione iniziale), ed una disposizione di tal genere non è sindacabile in un procedimento di annullamento. L'annullamento dell'articolo 2, primo comma, della decisione controversa dovrebbe quindi essere invalidato, nei limiti in cui riguarda misure diverse dalle condizioni di rimborso.

54. Il governo olandese e la ING evidenziano che il comma in questione è formato da un'unica frase, talché non sarebbe stato possibile annullarne una parte lasciando formalmente intatta la constatazione dell'aiuto di Stato in relazione alle misure diverse dalla modifica delle condizioni di rimborso. Ma l'annullamento deve essere interpretato alla luce dell'iter logico seguito dal Tribunale, dal quale emerge che veniva contestata solo la qualificazione dell'aiuto risultante dalla modifica delle condizioni di rimborso. Inoltre, tale annullamento di fatto ripristinava la decisione iniziale, in cui si dichiarava che l'apporto di capitale costituiva un aiuto di Stato, ed il comma in questione non era «puramente» confermativo, in quanto era basato su un riesame dei fatti, compresi i nuovi fatti relativi alle condizioni di rimborso modificate.

55. La questione qui è soprattutto di forma. È pacifico che il Tribunale non ha inteso annullare, in quanto tale, la qualificazione delle misure diverse dalla modifica delle condizioni di rimborso come aiuto di Stato, né si sostiene che avrebbe dovuto farlo. Le questioni che sorgono riguardano, segnatamente, quale era l'effetto dell'annullamento dell'intero primo comma dell'articolo 2, della decisione controversa, e se il Tribunale, essendo pervenuto alla conclusione che la qualificazione della modifica delle condizioni di rimborso come aiuto di Stato era viziata, avrebbe potuto procedere diversamente.

56. Riguardo agli effetti dell'annullamento, la Commissione ha giustamente posto in rilievo che un ricorso di annullamento avverso una decisione meramente confermativa di una decisione precedente che non è stata impugnata entro i termini stabiliti, è irricevibile¹⁴. Tuttavia, tale norma, che riguarda la ricevibilità dei ricorsi di annullamento, riflette semplicemente il fatto che la decisione precedente non può più essere annullata, e quindi l'annullamento della decisione confermativa non avrà alcuna influenza sulla situazione giuridica. Pertanto, poiché l'articolo 2, primo comma, della decisione controversa ha confermato le precedenti decisioni che qualificavano le misure come aiuti di Stato, il suo annullamento non potrebbe avere alcun effetto sulle constatazioni anteriori. In ogni caso, siffatta conclusione riguarda la constatazione che l'apporto di capitale e la misura di sostegno per le attività deteriorate costituivano aiuti di Stato¹⁵. Per quanto attiene alle garanzie, la situazione non viene definita con altrettanta chiarezza nella decisione controversa, ma non riesco a trarre alcun elemento atto ad indicare l'esistenza di una decisione precedente che qualificava le garanzie già pagate come aiuto di Stato¹⁶.

57. Pertanto, sembrerebbe che l'annullamento dell'intero primo comma dell'articolo 2 della decisione controversa a) non abbia avuto effetti sulla precedente qualificazione dell'apporto di capitale e della misura a sostegno delle attività deteriorate come aiuti di Stato, ma b) abbia annullato la qualificazione come aiuto di Stato, nella decisione stessa, non solo della modifica delle condizioni di rimborso, ma anche dell'aiuto ai sensi del regime di garanzia del credito. Tuttavia, la qualificazione di quest'ultimo aiuto non è stata contestata in primo grado.

58. Riguardo alla possibilità, per il Tribunale, di procedere diversamente, la Commissione cita un caso in cui il Tribunale effettivamente annullò un comma simile contenuto in una decisione riguardante un aiuto di Stato, nei limiti in cui si riferiva a determinate somme incluse, ma non distintamente individuabili all'interno in tale comma¹⁷. Questa Corte ha agito in maniera assai simile in circostanze analoghe, annullando, per esempio, una decisione che ordinava il recupero di un aiuto di Stato erogato a quattro società, in quanto il relativo importo includeva gli interessi maturati a partire dalla data della dichiarazione di fallimento di due di queste società, che non venivano esattamente identificate nel comma rilevante del dispositivo di tale decisione¹⁸. Non vedo alcuna ragione per cui il Tribunale non abbia adottato un approccio simile nella sentenza impugnata.

59. Sono pertanto dell'avviso che il terzo motivo d'impugnazione debba essere accolto, nella misura in cui, annullando interamente il primo comma dell'articolo 2 della decisione controversa, il Tribunale ha annullato la constatazione contenuta in tale decisione secondo cui le garanzie erogate alla ING dal regime nazionale di garanzia del credito costituivano un aiuto di Stato.

Quarto motivo d'impugnazione (annullamento consequenziale dell'articolo 2, secondo comma, della decisione controversa)

60. Ai punti da 154 a 160 della sentenza impugnata, il Tribunale ha considerato l'aiuto aggiuntivo derivante dalla modifica delle condizioni di rimborso come parte integrante dell'aiuto alla ristrutturazione valutato dalla Commissione. Tale aiuto aggiuntivo non poteva essere dissociato dal dispositivo della decisione controversa né dall'esame ad essa sotteso, per quanto riguarda «la determinazione del livello di impegni richiesto per consentire che l'aiuto sia dichiarato compatibile» con il mercato comune. Quindi, la constatazione dell'illegittimità dell'aiuto aggiuntivo di circa EUR 2 miliardi implicava necessariamente l'illegittimità dell'articolo 2, secondo comma, della decisione

14 — V. per esempio, la sentenza del 29 novembre 2012, Regno Unito/Commissione (C-416/11 P, punto 32).

15 — V. i considerando da 97 a 99 della decisione controversa.

16 — La decisione controversa tratta altresì delle garanzie future, ma indica che saranno valutate in una decisione separata (v. il considerando 47).

17 — Sentenza del 13 settembre 2010, Grecia e a./Commissione (T-415/05, T-416/05 e T-423/05, Racc. pag. II-4749).

18 — Sentenza del 12 ottobre 2000, Regno di Spagna/Commissione (C-480/98, Racc. pag., I-8717).

controversa, in cui si stabiliva che l'aiuto era compatibile con il mercato comune «tenuto conto degli impegni precisati nell'allegato II», e dello stesso allegato II, in quanto la compatibilità dell'aiuto alla ristrutturazione dipendeva da un'analisi e da impegni il cui contenuto doveva essere valutato alla luce dell'importo complessivo di tale aiuto, che comprendeva l'aiuto aggiuntivo.

61. La Commissione sostiene essenzialmente che il Tribunale ha erroneamente adottato tale approccio, in quanto gli impegni erano stati assunti dalla ING e dallo Stato olandese e la Commissione non avrebbe potuto rifiutarli neppure qualora fossero andati oltre quanto risultava necessario per rimediare alle distorsioni della concorrenza. Perciò, anche se la Commissione ha sovrastimato l'importo totale dell'aiuto, tale errore non avrebbe avuto effetti sulle misure compensative che sono state offerte ed accettate e quindi non giustificava l'annullamento delle parti della decisione controversa che determinavano gli impegni alla luce dei quali l'aiuto poteva essere dichiarato compatibile. La Commissione sostiene inoltre che, siccome la decisione controversa non configurava una decisione che conclude un procedimento d'indagine formale ai sensi dell'articolo 7 del regolamento n. 659/1999¹⁹, la Commissione non aveva il potere di subordinare la propria decisione a condizioni, a norma del paragrafo 4 di tale disposizione.

62. Le altre parti si riferiscono ai punti da 14 a 36 della sentenza impugnata, in cui si indica che la Commissione, in realtà, ha insistito sugli impegni richiesti affinché l'aiuto potesse essere considerato compatibile. Il Tribunale ha constatato che l'importo dell'aiuto era stato sovrastimato; se tale stima non fosse stata errata, la Commissione non avrebbe dato tanto peso agli impegni come invece è accaduto.

63. È anzitutto necessario, secondo me, considerare i fatti accertati dal Tribunale relativamente alla genesi degli impegni stabiliti nell'allegato II della decisione controversa. Al riguardo, non ritengo rilevante l'argomento della Commissione secondo cui la decisione controversa non era una decisione che concludeva un procedimento d'indagine formale. La questione rilevante è se - conformemente ai fatti accertati dal Tribunale - la Commissione abbia di fatto dettato il contenuto degli impegni di cui all'allegato II della decisione controversa; in caso affermativo, essa non può semplicemente addurre che non aveva il potere di accettare impegni meno gravosi.

64. Nel resoconto del procedimento amministrativo esposto ai punti da 9 a 37 della sentenza impugnata si riporta chiaramente che la Commissione ha ripetutamente indicato le misure che reputava necessarie e ha dichiarato che il piano di ristrutturazione non sarebbe stato approvato senza tali misure. Il Tribunale utilizza espressioni quali «richieste della Commissione» (punto 20), «come richiesto dalla Commissione» (punto 29), e «per rispondere alle attese della Commissione» (punto 31). Per contro, non vi sono indizi di un comportamento simile da parte della Commissione in seguito alla notifica della modifica delle condizioni di rimborso, avvenuta il 22 ottobre 2009, e questa Corte non è competente a stabilire se, nel periodo compreso tra tale data ed il 6 novembre 2009, data in cui terminarono le consultazioni relative al progetto di decisione, uno qualsiasi degli impegni figuranti nell'allegato II fosse stato modificato, su iniziativa della Commissione o di qualsiasi altra parte.

65. Tuttavia, il Tribunale non ha fondato la conclusione contestata dalla Commissione con il presente motivo d'impugnazione sul presupposto che sarebbe stato necessario stabilire nuovi impegni a seguito della modifica delle condizioni di rimborso. Esso ha piuttosto considerato che l'entità degli impegni che la Commissione intendeva accettare, nel suo insieme, dipendeva direttamente e proporzionalmente dall'importo dell'aiuto, ancora nel suo insieme, e quindi includeva l'aiuto risultante dalla modifica delle condizioni di rimborso, la cui valutazione era già stata dichiarata dal Tribunale viziata da errori. È in tale contesto che la Commissione eccepisce che non aveva il potere di determinare la portata degli impegni e considera errato il ragionamento del Tribunale.

19 — Regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999, recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE (GU L 83, pag. 1).

66. Ritengo che il ragionamento in questione sia indubbiamente inadeguato ma non per i motivi indicati dalla Commissione. L'unica conclusione che possiamo trarre dagli accertamenti di fatto, esposti ai punti 9 e seguenti della sentenza impugnata, è nel senso che la portata degli impegni che la Commissione era disposta ad accettare è stata stabilita prima del 20 ottobre 2009. Di conseguenza, la notifica della modifica delle condizioni di rimborso, posteriore a tale data, non ha influito su tali impegni. Pertanto il Tribunale non aveva motivi validi per annullare le parti della decisione controversa che subordinavano la dichiarazione di compatibilità all'assunzione di tali impegni. Se la Commissione avesse contestato tale parte della sentenza impugnata sulla base di tali motivi sarei stata disposta ad accogliere la sua censura.

67. Tuttavia, il motivo di impugnazione dedotto dalla Commissione deve prosperare o soccombere in base all'affermazione che essa non aveva il potere di influenzare gli impegni volontariamente assunti dallo Stato membro e dalla banca interessati, il che risulta contraddetto dagli accertamenti di fatto del Tribunale. Poiché la Commissione non ha dedotto uno snaturamento dei fatti, ritengo che il presente motivo d'impugnazione debba essere respinto.

Quinto motivo d'impugnazione (annullamento ultra petita dell'articolo 2, secondo comma, della decisione controversa)

68. Ai punti da 64 a 66 della sentenza impugnata, il Tribunale espone le conclusioni delle parti ricorrenti. Il Regno dei Paesi Bassi ha chiesto di «annullare l'articolo 2, primo comma, della decisione impugnata che è, tra l'altro, fondato sulla constatazione, esposta al considerando 98 di detta decisione, secondo cui la modifica delle condizioni di rimborso dell'apporto di capitale concesso dalle autorità olandesi comporta un aiuto aggiuntivo alla ING dell'ordine di EUR 2 miliardi»; la ING ha articolato le conclusioni in tre parti, di cui solo la prima è stata esaminata dal Tribunale e che riguardava l'annullamento della decisione controversa «nella parte in cui la medesima prevede che la modifica delle condizioni di rimborso dell'apporto di capitale comporti un aiuto aggiuntivo pari a EUR 2 miliardi».

69. Nel dispositivo della sentenza, il Tribunale ha annullato il primo ed il secondo comma dell'articolo 2, nonché l'allegato II, della decisione controversa.

70. La Commissione sostiene che, avendo annullato il secondo comma dell'articolo 2 e l'allegato II, della decisione controversa, il Tribunale ha ecceduto le sue competenze giurisdizionali, violato il principio dispositivo, statuito ultra petita ed è incorso in vizi procedurali lesivi degli interessi della Commissione. L'annullamento richiesto nei capi delle conclusioni esaminati dal Tribunale era limitato al primo comma dell'articolo 2, e nulla, nel tenore letterale delle conclusioni del ricorso (in particolare, i termini «inter alia») o nelle risposte delle parti ai quesiti loro rivolti dal Tribunale prima dell'udienza, permetterebbe di estendere tale annullamento ad altre parti della decisione controversa.

71. Il governo dei Paesi Bassi sostiene che, una volta annullato il primo comma dell'articolo 2 della decisione controversa (la constatazione che l'aiuto alla ristrutturazione costituiva un aiuto di Stato), l'accertamento di cui al secondo comma (che l'aiuto era compatibile «tenuto conto degli impegni precisati nell'allegato II») era divenuto privo di oggetto, al pari degli impegni; pertanto, il Tribunale non ha statuito ultra petita quando ha annullato dette parti della decisione controversa in risposta alla richiesta di annullamento dell'articolo 2, primo comma. La ING afferma che il presente motivo d'impugnazione è irricevibile, poiché, nel procedimento di primo grado, la Commissione non ha sollevato questioni relative alla chiarezza ed alla precisione dei capi delle conclusioni. Entrambe le parti sostengono che, con il secondo capo (annullamento della decisione controversa «nella parte in cui la Commissione ha subordinato l'approvazione dell'aiuto all'accettazione dei divieti di leadership sui prezzi, come indicato nella decisione e nel suo allegato II») la ING ha chiesto l'annullamento dell'articolo 2, secondo comma.

72. Non posso condividere l'eccezione sollevata dalla ING circa la ricevibilità del presente motivo d'impugnazione. È ovvio che soltanto dopo la pronuncia del Tribunale può sorgere la questione se esso abbia statuito ultra petita.

73. Nel merito, condivido l'argomento del governo olandese. L'annullamento della constatazione che l'aiuto alla ristrutturazione costituiva un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, CE – e che quindi, in linea di principio, era per definizione incompatibile con il mercato interno – significava che tale misura non era più un aiuto di Stato e perciò non era più incompatibile. Ciò premesso, la constatazione che l'aiuto era compatibile con il mercato comune in virtù di determinati impegni non poteva reggere, poiché ciò avrebbe significato richiedere l'assunzione di impegni rispetto ad un aiuto che era già di per sé compatibile in assenza di tali impegni. Di conseguenza, l'annullamento dell'articolo 2, secondo comma, della decisione controversa, nonché dell'allegato II di quest'ultima, era il corollario inevitabile dell'annullamento del primo comma dello stesso articolo 2, richiesto dalle parti nei capi delle conclusioni esaminati dal Tribunale.

74. Sono pertanto dell'avviso che il quinto motivo d'impugnazione debba essere respinto.

Sesto motivo d'impugnazione (in subordine: mancato annullamento dell'articolo 2, terzo comma, della decisione controversa)

75. Nel dispositivo della sentenza, il Tribunale ha annullato il primo ed il secondo comma dell'articolo 2 della decisione controversa (nei quali si constataba, rispettivamente, che l'aiuto alla ristrutturazione costituiva un aiuto di Stato e che tale aiuto era compatibile con il mercato comune tenuto conto degli impegni precisati nell'allegato II), lasciando pertanto intatto il terzo comma, che eliminava la limitazione temporanea alla crescita del bilancio imposta alla ING.

76. Per il caso in cui i precedenti motivi d'impugnazione venissero respinti, la Commissione sostiene, in subordine, che, avendo annullato l'articolo 2, primo e secondo comma, della decisione controversa, il Tribunale è incorso in un errore di diritto non avendo annullato anche il terzo comma.

77. La decisione iniziale aveva imposto alla ING una limitazione alla crescita del suo bilancio allo scopo di ridurre le distorsioni della concorrenza derivanti dall'apporto di capitale. Alla luce di tale impegno, la Commissione ha deciso che poteva temporaneamente approvare l'apporto di capitale. L'articolo 2, terzo comma, della decisione controversa ha revocato la limitazione temporanea alla crescita di bilancio imposta con la prima decisione. La decisione di revocare tali limitazioni e l'accertamento della compatibilità erano fondati sulla stessa analisi e sugli stessi impegni, formando un insieme indivisibile la cui motivazione non poteva essere separata dal resto. Se il Tribunale aveva correttamente annullato tale analisi e tali impegni, la ING non poteva essere affrancata dalla limitazione alla crescita del bilancio cui era stata assoggettata prima dell'adozione della decisione controversa. Lasciare intatto il terzo comma altera la sostanza della decisione. Con l'annullamento di tale comma, il Tribunale non poteva mettere la ING in una posizione migliore di quella in cui si trovava anteriormente alla decisione controversa, né poteva sostituire la sua valutazione a quella operata dalla Commissione nella decisione iniziale, quando aveva temporaneamente autorizzato l'apporto di capitale.

78. Il governo olandese si chiede perché il Tribunale avrebbe dovuto annullare l'articolo 2, terzo comma, se tale annullamento non era stato richiesto. Il terzo comma non era rimasto privo di oggetto in seguito all'annullamento del primo e del secondo comma. La questione se tale annullamento dovesse condurre all'annullamento del terzo comma richiede una valutazione nel merito che il Tribunale non poteva effettuare a meno che non gli fosse stato richiesto ed è una valutazione che la Corte non può compiere in sede d'impugnazione. Inoltre, il motivo d'impugnazione è diventato privo di oggetto. L'11 maggio 2012 la Commissione ha adottato una nuova decisione in cui ha dichiarato nuovamente che la modifica delle condizioni di rimborso costituiva un aiuto di Stato (ma senza quantificare tale

aiuto) e ha autorizzato detto aiuto alle stesse condizioni. La ING solleva argomenti simili: il motivo d'impugnazione è manifestamente irricevibile, in quanto la Commissione non ha formulato tale motivo in primo grado e lo stesso è rimasto privo di oggetto in seguito alla decisione dell'11 maggio 2012.

79. Mi sembra che l'annullamento dell'articolo 2, primo comma, della decisione controversa (e con esso, quale corollario inevitabile, il secondo comma della medesima disposizione) abbia avuto l'effetto (come ha osservato il governo olandese nel contesto del terzo motivo d'impugnazione) di ripristinare la decisione iniziale, in cui si constatava che l'apporto di capitale costituiva un aiuto di Stato. Nella sentenza impugnata viene ricordato come, in tale decisione, la Commissione ha dichiarato che, qualora le fosse stato presentato un piano di ristrutturazione entro sei mesi, la validità della decisione iniziale sarebbe stata automaticamente prorogata fino a quando essa non avesse adottato una decisione in merito a tale piano²⁰. La validità era stata quindi prorogata fino alla data di adozione della decisione definitiva. L'annullamento dell'articolo 2, primo e secondo comma, della decisione controversa ha comportato che non esisteva più una decisione sul piano di ristrutturazione. Come logica conseguenza di tale fatto, la validità della decisione iniziale, che imponeva una limitazione alla crescita del bilancio della ING, avrebbe dovuto essere nuovamente prorogata fino all'adozione della nuova decisione definitiva.

80. Tuttavia, il Tribunale ha lasciato intatto l'articolo 2, terzo comma, della decisione controversa e quindi – presumibilmente senza segnalarlo, poiché la sentenza impugnata non contiene una motivazione al riguardo – ha modificato il contenuto della decisione iniziale.

81. Non è sorprendente che gli argomenti delle parti in proposito contrastino con gli argomenti da esse addotti nel contesto del quinto motivo d'impugnazione. In tale ambito, la Commissione ha sostenuto che il Tribunale non poteva annullare una parte della decisione il cui annullamento non era stato chiesto specificamente dalle ricorrenti e le altre parti hanno sostenuto che tale annullamento risultava automaticamente dall'annullamento dell'articolo 2, primo comma, della decisione controversa. Poiché il presente motivo d'impugnazione è dedotto dalla Commissione solo in subordine, non è ravvisabile alcuna contraddizione nel suo approccio, mentre invece tale contraddizione si ravvisa nell'approccio delle altre parti.

82. Da parte mia, ritengo coerente con la mia analisi del quinto motivo d'impugnazione sostenere che il Tribunale, avendo annullato l'articolo 2, primo comma, della decisione controversa, non aveva semplicemente il diritto bensì il dovere di annullare non soltanto il secondo ma anche il terzo comma di detta disposizione, per evitare di alterare la sostanza della decisione iniziale, la cui validità era ripristinata e prorogata in virtù dell'annullamento del primo comma.

83. Ritengo inoltre che l'eccezione di irricevibilità del presente motivo d'impugnazione sollevata dalla ING sia insostenibile. Non ci si poteva attendere che la Commissione movesse la presente censura in primo grado perché il suo obiettivo complessivo era quello di mantenere in vigore la decisione controversa.

84. Sono quindi del parere che il sesto motivo d'impugnazione debba essere accolto.

20 — Punto 10 della sentenza impugnata; considerando da 71 a 74 della decisione iniziale.

Conseguenze della valutazione

85. Sono giunta alla conclusione che il terzo motivo d'impugnazione dovrebbe essere accolto in parte ed il sesto motivo nella sua interezza. Di conseguenza, la sentenza impugnata deve essere annullata nei limiti in cui, avendo annullato l'intero primo comma dell'articolo 2 della decisione controversa, non ha escluso dall'annullamento la constatazione che le garanzie ricevute dalla ING attraverso il regime nazionale di garanzia del credito costituiva un aiuto di Stato e nei limiti in cui non ha annullato il terzo comma del medesimo articolo.

86. Ritengo che la suddetta sentenza sia sufficiente per decidere la presente impugnazione, senza che occorra rinviare la causa dinanzi al Tribunale per una nuova pronuncia. Inoltre, l'esistenza di una decisione successiva della Commissione, adottata l'11 maggio 2012, significa che le conseguenze pratiche di tale pronuncia saranno limitate.

87. Conformemente agli articoli 138, 140 e 184 del regolamento di procedura della Corte, ritengo che ciascuna parte dovrebbe essere condannata a sopportare le proprie spese.

Conclusione

88. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di:

- annullare la sentenza impugnata nei limiti in cui, avendo annullato l'intero primo comma dell'articolo 2 della decisione controversa, non ha escluso dall'annullamento la constatazione che le garanzie ricevute dalla ING attraverso il regime nazionale di garanzia del credito costituivano un aiuto di Stato e nei limiti in cui non ha annullato il terzo comma del medesimo articolo;
- condannare le parti a sopportare le proprie spese relative al presente procedimento di impugnazione.