



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

3 april 2014*

„Hogere voorziening — Financiële sector — Ernstige verstoring van economie van lidstaat — Staatssteun aan bankgroep — Vorm — Kapitaalbreng in het kader van herstructureringsplan — Beschikking — Verenigbaarheid van steun met gemeenschappelijke markt — Voorwaarden — Wijziging van voorwaarden voor terugbetaling steun — Criterium van particuliere investeerder”

In zaak C-224/12 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 11 mei 2012,

Europese Commissie, vertegenwoordigd door L. Flynn, S. Noë en H. van Vliet als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

rekwirante,

andere partijen in de procedure:

Koninkrijk der Nederlanden, vertegenwoordigd door M. de Ree, C. Wissels en J. Langer als gemachtigden, bijgestaan door P. Glazener, advocaat,

ING Groep NV, gevestigd te Amsterdam (Nederland), vertegenwoordigd door O.W. Brouwer en J. Blockx, advocaten, en M. O'Regan, solicitor,

verzoekers in eerste aanleg,

De Nederlandsche Bank NV, gevestigd te Amsterdam (Nederland), vertegenwoordigd door S. Verschuur en H. Gornall, advocaten, en M. Petite, avocat,

interveniente in eerste aanleg,

wijst

HET HOF (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: R. Silva de Lapuerta, kamerpresident, J. L. da Cruz Vilaça (rapporteur), G. Arestis, J.-C. Bonichot en A. Arabadjiev, rechters,

advocaat-generaal: E. Sharpston,

griffier: M. Ferreira, hoofdadministrateur,

* Procestalen: Nederlands en Engels.

gezien de stukken en na de terechtzitting op 26 september 2013,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 19 december 2013,

het navolgende

Arrest

- 1 Met haar hogere voorziening verzoekt de Commissie om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 2 maart 2012, Nederland en ING Groep/Commissie (T-29/10 en T-33/10; hierna: „bestreden arrest”), waarbij het Gerecht de beroepen tot gedeeltelijke nietigverklaring van beschikking 2010/608/EG van de Commissie van 18 november 2009 betreffende steunmaatregel C 10/09 (ex N 138/09) die Nederland ten uitvoer heeft gelegd ten behoeve van de Illiquid Assets Back-upfaciliteit en het herstructureringsplan voor ING (PB 2010, L 274, blz. 139; hierna: „litigieuze beschikking”) heeft toegewezen.

Voorgeschiedenis van het geding

- 2 ING Groep NV (hierna: „ING”) is een financiële instelling met zetel in Amsterdam (Nederland), die in meer dan 40 landen diensten op het gebied van bankzaken, beleggingen, levensverzekeringen en pensioenverzekeringen aanbiedt aan particulieren, bedrijven en institutionele klanten. ING houdt 100 % van de aandelen in ING Bank NV en ING Verzekeringen NV, twee dochterondernemingen die elk de zeggenschap uitoefenen over de dochterondernemingen van ING in respectievelijk het bankwezen en het verzekeringswezen.
- 3 Vanwege de wereldwijde financiële crisis die in de loop van het jaar 2007 is uitgebroken en tijdens het daaropvolgende jaar duidelijk ernstiger is geworden, heeft het Koninkrijk der Nederlanden verschillende steunmaatregelen ten gunste van ING genomen, waarvan er in het kader van deze hogere voorziening twee van belang zijn.
- 4 De eerste steunmaatregel bestond uit een kapitaalinjectie door de uitgifte van 1 miljard effecten ING waaraan geen stemrecht noch een recht op dividend verbonden was, die alle werden genomen door het Koninkrijk der Nederlanden, tegen een uitgifteprijs van 10 EUR per effect. Daardoor kon ING haar kernkapitaal (Core Tier 1) met 10 miljard EUR verhogen. Op basis van de terugbetalingsvoorwaarden neergelegd in de daartoe tussen het Koninkrijk der Nederlanden en ING gesloten inschrijvingsovereenkomst moesten de effecten – op initiatief van ING – hetzij worden teruggekocht voor 15 EUR per stuk (hetgeen neerkwam op een aflossingspremie van 50 % op de uitgifteprijs) hetzij na een periode van drie jaar worden geconverteerd in gewone aandelen. Indien ING besloot de effecten te converteren, mochten de Nederlandse autoriteiten ook kiezen voor terugkoop door ING tegen 10 EUR per effect, vermeerderd met de opgelopen rente. Het Koninkrijk der Nederlanden zou alleen een couponbetaling ontvangen indien over de gewone aandelen dividend werd uitgekeerd.
- 5 De tweede steunmaatregel was een maatregel inzake activaondersteuning voor een portefeuille van Amerikaanse Residential Mortgage Backed Securities die aanzienlijk in waarde was gedaald.
- 6 Op 22 oktober 2008 heeft het Koninkrijk der Nederlanden de eerste steunmaatregel bij de Commissie aangemeld, waarop het kapitaal van ING per 11 november 2008 werd verhoogd.
- 7 Op 12 november 2008 heeft de Commissie beschikking C(2008) 6936 in zaak N 528/08 betreffende steunverlening door het Koninkrijk der Nederlanden aan ING (hierna: „aanvankelijke beschikking”) gegeven. In deze beschikking heeft zij vastgesteld dat de aankoop van effecten ING door deze lidstaat

een element van steun in de zin van artikel 87, lid 1, EG bevatte. De Commissie heeft echter uiteengezet dat die maatregel verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt in de zin van artikel 87, lid 3, sub b, EG daar zij bedoeld was om een ernstige verstoring in de economie van een lidstaat als gevolg van de wereldwijde financiële crisis op te heffen. Bijgevolg heeft zij deze maatregel voor een periode van zes maanden goedgekeurd. Indien de Nederlandse autoriteiten in de loop van deze periode van zes maanden in dit opzicht een geloofwaardig plan (hierna: „herstructureringsplan”) indienden, zou de geldigheid van de aanvankelijke beschikking bovendien automatisch worden verlengd totdat de Commissie tot een besluit over dat plan zou komen.

- 8 Op 4 maart 2009 heeft het Koninkrijk der Nederlanden de tweede steunmaatregel bij de Commissie aangemeld.
- 9 In een brief van 31 maart 2009 heeft de Commissie het Koninkrijk der Nederlanden in kennis gesteld van haar beslissing, de procedure van artikel 88, lid 2, EG in te leiden (PB C 158, blz. 13), daar zij betwijfelde of bepaalde aspecten van de maatregel inzake activaondersteuning verenigbaar waren met de mededeling van de Commissie betreffende de behandeling van aan een bijzondere waardevermindering onderhevige activa in de communautaire banksector (PB 2009, C 72, blz. 1). Niettemin heeft zij deze maatregel bij deze beschikking voor een periode van zes maanden goedgekeurd. In die beschikking was vermeld dat de Nederlandse autoriteiten zich ertoe hadden verbonden de maatregel inzake activaondersteuning op te nemen in het herstructureringsplan dat zij krachtens de aanvankelijke beschikking moesten indienen.
- 10 Op 12 mei 2009 heeft het Koninkrijk der Nederlanden een herstructureringsplan voor ING bij de Commissie ingediend. Na een discussie van meerdere maanden heeft deze lidstaat de Commissie op 22 oktober 2009 een herzien herstructureringsplan voorgelegd, waarin onder meer de voorwaarden voor de terugbetaling van het op 11 november 2008 door het Koninkrijk der Nederlanden ingebrachte kapitaal (hierna: „kapitaalinbreng”) waren gewijzigd.
- 11 Op 18 november 2009 heeft de Commissie de litigieuze beschikking vastgesteld.
- 12 In punt 34 van de litigieuze beschikking, dat is opgenomen in deel 2, „Beschrijving van de feiten”, heeft de Commissie de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden als volgt voorgesteld:

„In het kader van het herstructureringsplan heeft Nederland een aanpassing ingediend van de overeenkomst betreffende de terugbetaling van de Tier 1-effecten door ING. Volgens de aangepaste voorwaarden kan ING tot 50 % van de Core Tier 1-effecten terugkopen tegen uitgifteprijs (10 EUR), vermeerderd met de opgelopen rente over de jaarlijkse 8,5 %-coupon (rond 253 miljoen EUR) en met een strafpremie voor vervroegde terugbetaling indien het aandeel ING meer dan 10 EUR noteert. Deze bij vervroegde terugbetaling verschuldigde premie loopt op naarmate de koers van het aandeel ING stijgt. Voor de berekening van de strafpremie voor vervroegde terugbetaling wordt de koersstijging gemaximeerd op [12,45] EUR. Op dat niveau komt deze premie overeen met 13 % op jaarbasis. Deze strafpremie voor vervroegde terugbetaling kan oplopen tot maximaal 705 miljoen EUR, in een scenario waarbij de 5 miljard EUR worden terugbetaald na 400 dagen vanaf de uitgiftedatum. Voorts is voor deze strafpremie een minimum bepaald van 340 miljoen EUR, hetgeen Nederland een minimale Internal Rate of Return (IRR) van 15 % garandeert. Met andere woorden, rekening houdende met het feit dat ING normaal gesproken een terugbetalingspremie van 2,5 miljard EUR verschuldigd is, zou deze aanpassing ING een additioneel voordeel opleveren van 1,79 tot 2,2 miljard EUR, afhankelijk van de koers van het aandeel ING. [...]”

- 13 Nadat de Commissie in punt 98 van de litigieuze beschikking had vastgesteld dat de aanpassing van de voorwaarden voor de terugbetaling van de kapitaalinbreng resulteerde in „zo’n 2 miljard EUR additionele steun”, heeft zij niettemin in punt 157 van deze beschikking geoordeeld dat deze aanvullende steunmaatregel op grond van artikel 87, lid 3, sub b, EG met de gemeenschappelijke markt verenigbaar diende te worden verklaard.

14 Artikel 2 van de litigieuze beschikking luidde derhalve als volgt:

„De door Nederland aan ING verleende steun vormt staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, van het Verdrag.

Deze steun is met de gemeenschappelijke markt verenigbaar, mits de in bijlage II beschreven verbintenissen in acht worden genomen.

De tijdelijke beperking van de balansgroei zoals die is uiteengezet in het [aanvankelijke] besluit [...] wordt bij dezen opgeheven.”

Procesverloop voor het Gerecht en bestreden arrest

15 Bij verzoekschriften, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 28 januari 2010, hebben het Koninkrijk der Nederlanden en ING beroep in respectievelijk zaak T-29/10 en zaak T-33/10 ingesteld.

16 Bij beschikking van de president van de Derde kamer van het Gerecht van 15 maart 2010 zijn de zaken T-29/10 en T-33/10 gevoegd voor de schriftelijke en de mondelinge behandeling en voor het arrest.

17 Bij beschikking van 14 juli 2010 heeft het Gerecht de interventie van De Nederlandsche Bank NV (hierna: „DNB”) aan de zijde van ING toegelaten.

18 Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht de drie middelen van het Koninkrijk der Nederlanden en het eerste middel van ING aanvaard. Dientengevolge heeft het artikel 2, eerste en tweede alinea, van de litigieuze beschikking en bijlage II bij die beschikking nietig verklaard.

19 Bij het onderzoek van die middelen heeft het Gerecht onder meer geoordeeld dat de Commissie zich niet kon onttrekken aan de verplichting, de economische rationaliteit van de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden aan het criterium van de particuliere investeerder te toetsen op de enkele grond dat de kapitaalbreng waarop de aflossing betrekking heeft, op zich reeds staatssteun vormde.

Ontwikkelingen na het bestreden arrest

20 Naar aanleiding van het bestreden arrest heeft de Commissie op 11 mei 2012 besluit C(2012) 3150 final – State Aid SA.28855 (N 373/2009) (ex C 10/2009 and ex N 528/2009) – The Netherlands/ING – restructuring aid (hierna: „nieuw besluit”) vastgesteld. In dit besluit heeft de Commissie de wijziging van de voorwaarden voor de terugbetaling van de kapitaalbreng opnieuw onderzocht, in het licht van het criterium van de particuliere investeerder, en geoordeeld dat een particuliere investeerder in een markteconomie niet met die voorwaarden zou hebben ingestemd. De Commissie heeft dus besloten dat de wijziging staatssteun opleverde, maar dat deze, gezien de door het Koninkrijk der Nederlanden aangegane verbintenissen, verenigbaar was met de interne markt.

21 Bij twee beroepen, ingesteld op 23 juli 2012 voor het Gerecht (zaken T-325/12 en T-332/12) hebben het Koninkrijk der Nederlanden en ING verzocht om nietigverklaring van het nieuwe besluit, onder meer op grond dat de Commissie het beginsel van de particuliere investeerder onjuist zou hebben toegepast. De twee partijen hebben hun beroep evenwel ingetrokken en bij beschikking van het Gerecht van 6 december 2012, Nederland en ING Groep/Commissie (T-325/12 en T-332/12), zijn deze zaken doorgehaald in het register van het Gerecht.

22 Derhalve is het nieuwe besluit definitief geworden.

Conclusies van partijen

- 23 Met haar hogere voorziening verzoekt de Commissie het Hof:
- primair, het bestreden arrest te vernietigen, het beroep tot gedeeltelijke nietigverklaring van de litigieuze beschikking te verwerpen en het Koninkrijk der Nederlanden en ING in de kosten te verwijzen;
 - subsidiair, het bestreden arrest te vernietigen en de gevoegde zaken terug te verwijzen naar het Gerecht voor een uitspraak over het tweede en het derde middel van ING in zaak T-33/10, en de beslissing omtrent de kosten in beide instanties aan te houden;
 - meer subsidiair, artikel 2, derde alinea, van de litigieuze beschikking nietig te verklaren en het Koninkrijk der Nederlanden en ING in de kosten van de hogere voorziening te verwijzen.
- 24 Het Koninkrijk der Nederlanden verzoekt het Hof:
- primair, alle middelen van de Commissie af te wijzen en haar in de kosten te verwijzen;
 - subsidiair, voor het geval het Hof een of meer middelen van de Commissie aanvaardt en het bestreden arrest vernietigt, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht.
- 25 ING verzoekt het Hof:
- de hogere voorziening op de aangegeven punten niet-ontvankelijk en/of niet ter zake dienend te verklaren;
 - subsidiair, voor zover de hogere voorziening ontvankelijk en ter zake dienend is, deze volledig af te wijzen;
 - de Commissie te verwijzen in de kosten van de procedure in hogere voorziening en de procedure voor het Gerecht;
 - meer subsidiair, voor zover het Hof de hogere voorziening toewijst en derhalve het bestreden arrest geheel of gedeeltelijk vernietigt, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht en de beslissing omtrent de kosten in eerste aanleg en in hogere voorziening aan te houden.
- 26 DNB verzoekt het Hof het eerste en het vierde middel van de hogere voorziening van de Commissie af te wijzen.

Hogere voorziening

Eerste middel: onjuiste rechtsopvatting door het Gerecht voor zover het heeft geoordeeld dat het criterium van de particuliere investeerder van toepassing was op de wijziging van de voorwaarden voor terugbetaling van een steunmaatregel

Argumenten van partijen

- 27 De Commissie stelt dat het criterium van de particuliere investeerder enkel op handelingen van overheidsinstanties moet worden toegepast als deze zich in een positie bevinden die vergelijkbaar is met die waarin particuliere marktdeelnemers zich kunnen bevinden. Een particuliere investeerder kan zich echter nooit in de positie bevinden dat hij staatssteun aan ING heeft verleend.

28 Het Koninkrijk der Nederlanden, ING en DNB stellen dat het eerste middel ongegrond is. Zij stellen inzonderheid dat de Commissie ten onrechte uit het feit dat de kapitaalbreng een steunmaatregel van die lidstaat in zijn hoedanigheid van overheid was, heeft afgeleid dat elke andere handeling van het Koninkrijk der Nederlanden in verband met die inbreng niet meer kon worden getoetst aan het criterium van de particuliere investeerder.

Beoordeling door het Hof

29 Vooraf dient te worden opgemerkt dat het bij de mondelinge behandeling voor het Gerecht niet ging om de concrete toepassing van het criterium van de particuliere investeerder op de wijziging van de voorwaarden voor de terugbetaling van de kapitaalbreng, maar om de toepasselijkheid van dat criterium.

30 In dat verband moet worden gememoreerd dat het Hof in punt 92 van het arrest van 5 juni 2012, Commissie/EDF (C-124/10 P), heeft geoordeeld dat een economisch voordeel, ook al is dat met fiscale middelen toegekend, gelet op de doelstellingen van artikel 87, lid 1, EG en van het criterium van de particuliere investeerder, moet worden getoetst aan het criterium van de particuliere investeerder wanneer na de globale beoordeling blijkt dat de betrokken lidstaat ondanks het gebruik van dergelijke middelen, dat een uitoefening van zijn overheidsbevoegdheden vormt, dit voordeel heeft toegekend in zijn hoedanigheid van aandeelhouder van de hem toebehorende onderneming.

31 Daaruit volgt dat de toepasselijkheid van het criterium van de particuliere investeerder op een overheidsinterventie niet afhangt van de vorm waarin het voordeel is toegekend, maar van de kwalificatie van deze interventie als beslissing van een aandeelhouder van de betrokken onderneming.

32 Bovendien is dat criterium een van de aspecten waarmee de Commissie rekening moet houden om vast te stellen of sprake is van steun en vormt het geen uitzondering die enkel geldt op verzoek van een lidstaat, wanneer is vastgesteld dat de bestanddelen van het begrip met de gemeenschappelijke markt onverenigbare staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG aanwezig zijn (zie arrest Commissie/EDF, reeds aangehaald, punt 103).

33 Wanneer blijkt dat het criterium van de particuliere investeerder van toepassing kan zijn, staat het bijgevolg aan de Commissie om de betrokken lidstaat te vragen haar alle relevantie informatie te bezorgen op basis waarvan kan worden uitgemaakt of is voldaan aan de voorwaarden voor toepasselijkheid en toepassing van dit criterium (zie arrest Commissie/EDF, reeds aangehaald, punt 104).

34 De toepassing van deze rechtspraak kan niet worden ondergraven door het loutere feit dat het in casu gaat om de toepasselijkheid van het criterium van de particuliere investeerder op een wijziging van de voorwaarden voor de terugkoop van effecten die bij wijze van staatssteun zijn verworven.

35 Zoals de advocaat-generaal in punt 41 van haar conclusie heeft onderstreept, kan een houder van effecten, ongeacht het aantal en de aard van die effecten, immers opnieuw willen onderhandelen of instemmen met nieuwe onderhandelingen over de voorwaarden voor terugkoop ervan. Het is dus zinnig het handelen van de staat in dat opzicht te vergelijken met dat van een hypothetische particuliere investeerder in een vergelijkbare situatie.

36 In het kader van die vergelijking is doorslaggevend of de wijziging van de voorwaarden voor de terugbetaling van de kapitaalbreng voldoet aan een criterium van economische rationaliteit, zodat een particuliere investeerder ook zou kunnen instemmen met een dergelijke wijziging, met name als de vooruitzichten om de inbreng terug te krijgen daardoor stijgen.

- 37 Derhalve heeft het Gerecht geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting toen het in punt 99 van het bestreden arrest oordeelde dat de Commissie zich niet kon onttrekken aan de verplichting, de economische rationaliteit van de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden aan het criterium van de particuliere investeerder te toetsen op de enkele grond dat de kapitaalbreng waarop de aflossing betrekking had, op zich reeds staatssteun vormde. Het heeft dus terecht geoordeeld dat de Commissie pas na die toetsing kan vaststellen of al dan niet sprake is van een additioneel voordeel in de zin van artikel 87, lid 1, EG.
- 38 Bijgevolg moet het eerste middel ongegrond worden verklaard.

Tweede middel: onjuiste waardering door het Gerecht van de inkomsten die de lidstaat heeft gederfd als gevolg van de gewijzigde terugbetalingsvoorwaarden

Argumenten van partijen

- 39 Volgens de Commissie heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te verklaren dat de Commissie, zo zij al heeft kunnen concluderen dat het Koninkrijk der Nederlanden door de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden inkomsten heeft gederfd, het bedrag van de beweerde inkomstenderving onjuist heeft bepaald, omdat zij geen rekening had gehouden met de couponbetaling van de opgelopen rente die krachtens de nieuwe voorwaarden verplicht en onvoorwaardelijk was geworden.
- 40 Het Koninkrijk der Nederlanden en ING menen dat het om een kwestie gaat die een feitelijke beoordeling vergt, die in hogere voorziening niet kan worden getoetst.

Beoordeling door het Hof

- 41 Met haar tweede middel bekritiseert de Commissie in wezen het onderzoek van de feiten dat het Gerecht in de punten 126 tot en met 142 van het bestreden arrest heeft verricht met betrekking tot de wijziging van de voorwaarden voor de terugbetaling van de kapitaalbreng.
- 42 In punt 135 van het bestreden arrest heeft het Gerecht vastgesteld dat de couponbetaling die de op het moment van vervroegde aflossing opgelopen rente vertegenwoordigde, na de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden niet meer – zoals onder de oorspronkelijke voorwaarden – afhankelijk was van de uitkering van dividend aan de houders van gewone aandelen.
- 43 De Commissie voert daarentegen aan dat ING volgens de oorspronkelijke terugbetalingsvoorwaarden al gehouden was het Koninkrijk der Nederlanden rente te betalen tot het moment van terugbetaling van de kapitaalbreng.
- 44 Zoals de advocaat-generaal in punt 47 van haar conclusie heeft opgemerkt, valt het gestelde met betrekking tot de al dan niet juiste omschrijving van de gewijzigde terugbetalingsvoorwaarden in het herziene herstructureringsplan, en de mate waarin deze mogelijk afwijken van de oorspronkelijke voorwaarden, buiten de bevoegdheid van het Hof in hogere voorziening.
- 45 Overeenkomstig artikel 256, lid 1, VWEU en artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie is een hogere voorziening beperkt tot rechtsvragen. Het Gerecht is bij uitsluiting bevoegd om de relevante feiten vast te stellen en te beoordelen, alsmede om het bewijs te beoordelen. De beoordeling van deze feiten en dit bewijs levert dus geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof, behoudens in het geval van een verkeerde opvatting ervan.

- 46 Daar de Commissie niet aanvoert dat feiten of bewijs verkeerd zijn opgevat, moet het tweede middel niet-ontvankelijk worden verklaard.

Derde middel: onjuiste rechtsopvatting door het Gerecht voor zover het artikel 2, eerste alinea, van de litigieuze beschikking niet in zijn geheel nietig mocht verklaren

Argumenten van partijen

- 47 De Commissie betoogt dat het Gerecht de eerste alinea van artikel 2 van de litigieuze beschikking niet in zijn geheel nietig had mogen verklaren, zelfs als zij de gewijzigde terugbetalingsvoorwaarden ten onrechte als staatssteun had opgevat of het bedrag van de steun onjuist had berekend.
- 48 Daar het Gerecht ten eerste heeft erkend dat de in artikel 2, eerste alinea, van de litigieuze beschikking genoemde herstructureringssteun geen onderscheid maakte tussen de verschillende onderdelen van die steunmaatregel en ten tweede de kwalificatie van de kapitaalbreng en de maatregel inzake activaondersteuning in die beschikking als staatssteun niet heeft betwist, meent de Commissie dat het Gerecht het evenredigheidsbeginsel heeft geschonden door de eerste alinea van artikel 2 in zijn geheel nietig te verklaren.
- 49 De Commissie stelt tevens dat het Gerecht artikel 2, eerste alinea, van de litigieuze beschikking hoe dan ook niet nietig kon verklaren, aangezien deze bepaling enkel bevestigende handelingen bevatte.
- 50 Het Koninkrijk der Nederlanden en ING menen dat het Gerecht geen andere keuze had dan artikel 2, eerste alinea, van de litigieuze beschikking in zijn geheel nietig te verklaren, aangezien deze bepaling enkel in algemene bewoordingen sprak van „steun”, waarvan de vermeende steun als gevolg van de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden deel uitmaakte. Het Gerecht heeft namelijk geoordeeld dat deze wijziging niet los van de andere delen van de handeling kon worden beoordeeld.

Beoordeling door het Hof

- 51 Om vast te stellen of dit middel gegrond is, moet worden onderzocht of het Gerecht de eventuele gevolgen voor het dispositief van de litigieuze beschikking, met name artikel 2, eerste alinea, daarvan, van de onjuiste opvatting die volgens het Gerecht aan de litigieuze beschikking kleeft, namelijk dat in die beschikking is vastgesteld dat de wijziging van de voorwaarden voor de terugbetaling van de kapitaalbreng additionele steun was, juist heeft beoordeeld.
- 52 Volgens artikel 2, eerste alinea, van de litigieuze beschikking vormt „[d]e door Nederland aan ING verleende steun [...] staatssteun”.
- 53 Op basis van de antwoorden van de Commissie op de schriftelijke vragen van het Gerecht heeft dat vastgesteld dat de in de litigieuze beschikking bedoelde steunmaatregel van 17 miljard EUR als volgt was opgebouwd: ten eerste het bedrag aan steun van de kapitaalbreng, namelijk 10 miljard EUR; ten tweede het bedrag aan steun van de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden, namelijk ongeveer 2 miljard EUR, en ten derde het bedrag aan steun in verband met de maatregel inzake activaondersteuning, namelijk 5 miljard EUR.
- 54 Het Gerecht heeft dus in punt 152 van het bestreden arrest terecht geoordeeld dat de aanvullende steun, dat wil zeggen de steun die overeenkomt met de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden, een bestanddeel vormde van de in artikel 2, eerste alinea, van het dispositief van de litigieuze beschikking vermelde „[herstructurerings]steun”, waarin geen onderscheid werd gemaakt tussen de diverse onderdelen van de steun.

- 55 Op die grond is het Gerecht in punt 153 van het bestreden arrest tot de slotsom gekomen dat, gezien de onjuistheden waarop de in de litigieuze beschikking verrichte kwalificatie als additionele steun berustte, artikel 2, eerste alinea, van die beschikking in zijn geheel nietig moest worden verklaard, daar het op de constatering berustte dat de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden additionele steun ten belope van 2 miljard EUR vormde.
- 56 De Commissie verwijt het Gerecht in wezen dat het zich niet heeft beperkt tot een gedeeltelijke nietigverklaring van artikel 2, eerste alinea, van de litigieuze beschikking. Volgens haar was dat mogelijk, want de steunmaatregel houdende de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden kon los van de andere bestanddelen van de herstructureringssteun worden beoordeeld.
- 57 In dat verband moet eraan worden herinnerd dat gedeeltelijke nietigverklaring van een handeling van de Unie volgens vaste rechtspraak alleen dan mogelijk is wanneer de elementen waarvan nietigverklaring wordt gevorderd, van de rest van de handeling kunnen worden gescheiden. Aan dit vereiste van scheidbaarheid is niet voldaan wanneer de gedeeltelijke nietigverklaring van een handeling tot gevolg heeft dat de kern van die handeling wordt gewijzigd (arresten van 24 mei 2005, Frankrijk/Parlement en Raad, C-244/03, Jurispr. blz. I-4021, punten 12 en 13, en 6 december 2012, Commissie/Verhuizingen Coppens, C-441/11 P, punt 38).
- 58 In casu zou de gedeeltelijke nietigverklaring van artikel 2, eerste alinea, van de litigieuze beschikking tot gevolg hebben gehad dat de beschikking substantieel werd gewijzigd, in aanmerking genomen dat het niet mogelijk was het bedrag van de aanvullende steun precies te bepalen.
- 59 In punt 34 van de litigieuze beschikking is de Commissie immers tot de slotsom gekomen dat de wijziging van de voorwaarden voor de terugbetaling van de kapitaalbreng ING een additioneel voordeel van 1,7 tot 2,2 miljard EUR zou opleveren, afhankelijk van de koers van het aandeel ING.
- 60 Het Gerecht heeft daarentegen in punt 140 van het bestreden arrest geoordeeld dat – gesteld al dat de kwalificatie als additionele steun door de Commissie juist is – de „inkomstenderving” voor de Nederlandse Staat als gevolg van de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden niet ongeveer 2 miljard EUR kan bedragen, maar noodzakelijkerwijs lager moet zijn, proportioneel aan het bedrag van de op het moment van aflossing opgelopen rente.
- 61 Op basis van het totaalbedrag van 17 miljard EUR is de Commissie evenwel tot de conclusie gekomen dat de herstructureringssteun voor ING 5 % van de risicogewogen activa (RWA) van ING vormde. Bovendien heeft de Commissie met behulp van deze drempelwaarde van 5 % van de RWA als indicatie voor de omvang van de steun in punt 141 van de litigieuze beschikking vastgesteld dat ING „aanzienlijke staatssteun” had ontvangen.
- 62 In de punten 154 en 156 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geconstateerd dat de Commissie de aanvullende steun in haar beoordeling had betrokken waar zij zich uitsprak over de verenigbaarheid van de steun met de gemeenschappelijke markt en inzonderheid over de bepaling van de mate waarin verbintenissen moeten zijn aangegaan opdat de steun verenigbaar kan worden verklaard.
- 63 In dat verband heeft het Gerecht in punt 158 van het bestreden arrest gepreciseerd dat uit de litigieuze beschikking duidelijk blijkt dat de Commissie de kwestie van de omvang van de compenserende maatregelen heeft onderzocht gelet op de gevolgen van de uit de maatregel inzake kapitaalbreng, de maatregel in verband met de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden en de maatregel inzake activaondersteuning samengestelde herstructureringssteun, dat wil zeggen gelet op steun voor een totaalbedrag van 17 miljard EUR.
- 64 Het Gerecht heeft dus terecht geoordeeld dat de additionele steun niet van het dispositief en de daaraan ten grondslag liggende motivering kon worden gescheiden.

- 65 Daarnaast stelt de Commissie dat artikel 2, eerste alinea, van de litigieuze beschikking niet nietig kon worden verklaard, aangezien deze bepaling enkel een bevestigende handeling van de aanvankelijke beschikking was.
- 66 In dat verband blijkt uit de aanvankelijke beschikking dat de Commissie de aankoop door de Nederlandse Staat van effecten ING voor een periode van zes maanden goedkeurde als noodmaatregel in de financiële crisis. Na afloop van die periode moest de maatregel opnieuw worden onderzocht.
- 67 Het ging dus om een tijdelijke maatregel die gerechtvaardigd was door buitengewone omstandigheden en waarvan de geldigheid gebonden was aan de indiening door de Nederlandse autoriteiten van een plan voor de levensvatbaarheid van ING op de langere termijn. Als een dergelijk plan werd ingediend, zou deze maatregel automatisch worden verlengd totdat de Commissie tot een besluit over het plan was gekomen.
- 68 De aanvankelijke beschikking had bovendien uitsluitend betrekking op de inbreng van 10 miljard EUR in het kapitaal; er werd geen melding gemaakt van de andere maatregelen inzake aanvullende steun en activaondersteuning.
- 69 Hoewel tegen een zuiver bevestigende handeling volgens de rechtspraak van het Hof geen beroep tot nietigverklaring openstaat (zie met name arrest van 9 december 2004, Commissie/Greencore, C-123/03 P, Jurispr. blz. I-11647, punt 39), heeft het Hof tevens geoordeeld dat een handeling louter een bevestiging van een bestaande handeling is als zij vergeleken met die eerdere handeling geen nieuw element bevat (zie arresten van 10 december 1980, Grasselli/Commissie, 23/80, Jurispr. blz. 3709, punt 18, en 14 september 2006, Commissie/Fernández Gómez, C-417/05 P, Jurispr. blz. I-8481, punt 46).
- 70 Door steun voor de herstructurering van ING goed te keuren die bestond uit drie steunmaatregelen voor een bedrag van 17 miljard EUR, heeft de litigieuze beschikking niet enkel bevestigd wat al in de aanvankelijke beschikking was goedgekeurd.
- 71 Voor een vooronderzoek van één enkele steunmaatregel verleend in het kader van de buitengewone situatie van de mondiale financiële crisis waardoor noodmaatregelen noodzakelijk waren, kunnen niet dezelfde criteria gelden als voor een definitieve beschikking over de verenigbaarheid van drie steunmaatregelen voor een aanzienlijk hoger bedrag met de interne markt.
- 72 De litigieuze beschikking bevat dus meerdere nieuwe gegevens vergeleken met de aanvankelijke beschikking, waardoor zij niet kan worden gekwalificeerd als een „bevestigende handeling”.
- 73 Gelet op alle voorgaande overwegingen dient het derde middel ongegrond te worden verklaard.

Vierde middel: door vast te stellen dat artikel 2, tweede alinea, van de litigieuze beschikking onrechtmatig is omdat de Commissie de gewijzigde terugbetalingsvoorwaarden ten onrechte heeft gekwalificeerd als staatssteun, heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting

Argumenten van partijen

- 74 De Commissie verwijt het Gerecht dat het uit de vaststelling van een fout in haar beoordeling van de aanvullende steun heeft afgeleid dat er een impact was op de verbintenissen die vereist waren om de herstructureringssteun verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te kunnen verklaren. Het Gerecht heeft dus ten onrechte geoordeeld dat de door de Nederlandse autoriteiten voorgestelde verbintenissen, toen de steunmaatregel in verband met de gewijzigde terugbetalingsvoorwaarden eenmaal te hoog was ingeschat, mogelijk verder gingen dan minimaal noodzakelijk was om te bewerkstelligen dat de steun ten gunste van ING verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt.

- 75 In dat verband betoogt de Commissie dat zij verbintenissen die een lidstaat in verband met een aangemelde maatregel op zich neemt, niet kan weigeren op grond dat deze verder gaan dan noodzakelijk is om de staatssteun verenigbaar te laten worden met de gemeenschappelijke markt. Aangezien de door het Koninkrijk der Nederlanden voorgestelde verbintenissen volstonden om te bewerkstelligen dat de kapitaalbreng, de maatregel inzake activaondersteuning en de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden als geheel verenigbaar waren met de gemeenschappelijke markt, volstonden zij volgens de Commissie derhalve om twee van deze maatregelen verenigbaar te achten.
- 76 Het Koninkrijk der Nederlanden en ING, op dit punt ondersteund door DNB, wijzen erop dat zij de verbintenissen in kwestie hebben voorgesteld omdat de Commissie heeft laten weten dat zij geen gunstige beschikking zou geven als niet minimaal deze compenserende maatregelen werden voorgesteld. Dientengevolge kan de Commissie niet beweren dat deze verbintenissen niet aan haar kunnen worden toegeschreven.

Beoordeling door het Hof

- 77 Om te beginnen moet worden overwogen, zoals de advocaat-generaal in punt 64 van haar conclusie heeft opgemerkt, dat uit de beschrijving door het Gerecht van de administratieve procedure die heeft geleid tot de litigieuze beschikking, in de punten 9 tot en met 37 van het bestreden arrest, blijkt dat de Commissie herhaaldelijk heeft aangegeven welke maatregelen zij noodzakelijk achtte en ook heeft toegelicht dat het herstructureringsplan zonder die maatregelen niet zou worden goedgekeurd.
- 78 In punt 14 van het bestreden arrest heeft het Gerecht immers vastgesteld dat de Commissie tijdens een bijeenkomst met het Koninkrijk der Nederlanden, ING en DNB op 24 april 2009 te kennen heeft gegeven dat de betrokken steunmaatregelen „niet zouden worden goedgekeurd indien ING niet bereid was vergaande herstructureringsmaatregelen te aanvaarden om haar levensvatbaarheid te herstellen en de veroorzaakte mededingingsverstoringen te verminderen”.
- 79 Daarnaast heeft het Gerecht in punt 29 van het bestreden arrest geconstateerd dat ING de Commissie op 12 oktober 2009 een ander herstructureringsplan heeft voorgelegd, waarin „meerdere keren [wordt] verwezen naar de voorstellen die het met mededinging belaste lid van de Commissie in de e-mail van 6 oktober 2009 uiteen had gezet. Inzonderheid omvatte dat plan een aantal afstotingen die de balans van ING zouden verlagen met 45 % – bijna drie keer zoveel als voorgesteld in het op 12 mei 2009 ingediende herstructureringsplan –, een verbod op nieuwe aankopen en aanvullende verbintenissen zoals door de Commissie werd verlangd.”
- 80 Uit deze feitelijke beoordeling blijkt dat de in bijlage II bij de litigieuze beschikking opgesomde verbintenissen, anders dan de Commissie heeft gesteld, niet louter het resultaat waren van eenzijdige voorstellen van het Koninkrijk der Nederlanden en ING, waarbij de Commissie geen rol speelde. Het Gerecht heeft geoordeeld dat deze verbintenissen daarentegen grotendeels hun oorsprong vonden in de eisen die de Commissie het Koninkrijk der Nederlanden en ING tijdens de administratieve procedure had opgelegd.
- 81 In die omstandigheden stuit de stelling van de Commissie in het kader van dit middel dat zij geen invloed kon uitoefenen op de door het Koninkrijk der Nederlanden en ING aangeboden verbintenissen, af op de bevindingen van het Gerecht ten aanzien van de feiten.
- 82 Voor de analyse van dit middel ten gronde zou derhalve een nieuwe beoordeling van de feiten noodzakelijk zijn. Aangezien de Commissie niet heeft aangevoerd dat deze door het Gerecht onjuist zijn opgevat, en omwille van de redenen die in punt 45 van dit arrest zijn genoemd, behoort een dergelijke beoordeling niet tot de bevoegdheid van het Hof in hogere voorziening.
- 83 Bijgevolg moet het vierde middel niet-ontvankelijk worden verklaard.

Vijfde middel: schending van het lijdelijkheidsbeginsel door het Gerecht

Argumenten van partijen

- 84 De Commissie betoogt dat de verzoekschriften die het Koninkrijk der Nederlanden en ING ter inleiding van respectievelijk zaak T-29/10 en T-33/10 bij het Gerecht hebben ingediend, geen verzoek tot nietigverklaring van artikel 2, tweede alinea, van de litigieuze beschikking en van de bijlage daarbij behelsden. Door deze bepalingen nietig te verklaren heeft het Gerecht de omvang van het ingestelde beroep onrechtmatig uitgebreid en derhalve ultra petita beslist.
- 85 Het Koninkrijk der Nederlanden en ING betwisten deze conclusie.

Beoordeling door het Hof

- 86 Vooraf moet worden opgemerkt dat ING met haar eerste middel in zaak T-33/10 het Gerecht had verzocht de litigieuze beschikking nietig te verklaren voor zover daarin werd verklaard dat „de wijziging van de CT1-transactie (additionele) steun vormde”.
- 87 Uit het verzoekschrift strekkende tot nietigverklaring dat ING bij het Gerecht heeft ingediend, komt om te beginnen naar voren dat de „CT1-transactie” overeenkwam met de overeenkomst tussen ING en het Koninkrijk der Nederlanden over de injectie van 10 miljard EUR CT1-kapitaal (Core Tier 1-kapitaal) en voorts dat de aanpassing van deze transactie bestond in de wijziging van de voorwaarden voor de terugbetaling van de kapitaalinbreng.
- 88 Daaruit volgt dat ING het Gerecht met haar eerste middel heeft verzocht de litigieuze beschikking nietig te verklaren voor zover daarin werd verklaard dat de wijziging additionele steun vormde. Deze conclusie zag dus niet op een bepaald artikel of bepaalde alinea van het dispositief van de litigieuze beschikking.
- 89 Bovendien heeft het Gerecht in artikel 147 van het bestreden arrest vastgesteld dat „ING [...] met haar eerste vordering in hoofdzaak nietigverklaring vordert van artikel 2, eerste alinea, van de [litigieuze] beschikking en van artikel 2, tweede alinea, van die beschikking en bijlage II bij deze laatste, voor zover de Commissie heeft overwogen dat de wijziging van de terugbetalingsvoorwaarden additionele steun ten belope van 2 miljard EUR vormt”.
- 90 Gelet op het voorgaande moet de slotsom luiden dat het middel van de Commissie dat het Gerecht ultra petita heeft beslist door artikel 2, tweede alinea, van de litigieuze beschikking alsook bijlage II daarbij nietig te verklaren, niet kan slagen.
- 91 Derhalve dient het vijfde middel te worden afgewezen.

Zesde middel: subsidiair, indien het Gerecht artikel 2, eerste en tweede alinea, van de litigieuze beschikking terecht nietig heeft verklaard, had het ook artikel 2, derde alinea, van de litigieuze beschikking nietig moeten verklaren

Argumenten van partijen

- 92 De Commissie merkt op dat punt 30 van de aanvankelijke beschikking de verbintenis bevat die het Koninkrijk der Nederlanden en ING op zich hadden genomen dat ING de groei van haar balans in zou perken om verstoring van de mededinging als gevolg van de kapitaalinbreng te beperken. Gezien de verbintenissen waarop de conclusie van verenigbaarheid van de steunmaatregel met de

gemeenschappelijke markt in de litigieuze beschikking was gebaseerd, heeft de Commissie in artikel 2, derde alinea, van deze beschikking niettemin besloten de tijdelijke beperking van de balansgroei van ING op te heffen.

- 93 Indien het Gerecht de analyse en de verbintenissen waarop artikel 2, tweede alinea, van de litigieuze beschikking en bijlage II daarbij berusten, terecht nietig heeft verklaard, zou dat er volgens de Commissie noodzakelijkerwijs toe leiden dat ING niet bevrijd zou mogen worden van de beperkingen op de balansgroei die vóór de beschikking op haar drukten. De vaststelling dat de steunmaatregel in het licht van de verbintenissen in bijlage II bij de litigieuze beschikking met de interne markt verenigbaar is en de opheffing van de beperkingen op de balansgroei vormen namelijk een onscheidbaar geheel.
- 94 Het Koninkrijk der Nederlanden voert aan dat de vraag of nietigverklaring van artikel 2, eerste en tweede alinea, van de litigieuze beschikking ook nietigverklaring van de derde alinea van artikel 2 mee moet brengen, een beoordeling ten gronde vergt, waaraan het Gerecht niet is toegekomen omdat het daarom niet is verzocht. Volgens het Koninkrijk der Nederlanden kan het Hof in het kader van een hogere voorziening niet in deze kwestie treden, aangezien het gaat om een beoordeling van de feiten.
- 95 ING meent dat dit middel kennelijk niet-ontvankelijk is, daar de Commissie voor het Gerecht nimmer in deze zin heeft geconcludeerd en zij dat dientengevolge nu niet kan doen.

Beoordeling door het Hof

- 96 Met dit middel verwijt de Commissie het Gerecht in wezen dat het, na de nietigverklaring van de eerste en de tweede alinea van artikel 2 van de litigieuze beschikking, niet ambtshalve een middel inzake de nietigverklaring van de derde alinea van dat artikel heeft opgeworpen.
- 97 Aangezien de door de Commissie ingeroepen vraag niet kan worden gezien als een vraag van openbare orde, kon het Gerecht ze niet ambtshalve beoordelen zonder ultra petita te beslissen [zie in die zin arresten van 1 juni 2006, P&O European Ferries (Vizcaya) en Diputación Foral de Vizcaya/Commissie, C-442/03 P en C-471/03 P, Jurispr. blz. I-4845, punt 45, en 10 december 2013, Commissie/Ierland e.a., C-272/12 P, punt 28].
- 98 Hieruit volgt dat het zesde middel niet-ontvankelijk moet worden verklaard.
- 99 Aangezien geen van de zes middelen die de Commissie ter ondersteuning van haar hogere voorziening heeft aangevoerd, kan worden aanvaard, moet de hogere voorziening in haar geheel worden afgewezen.

Kosten

- 100 Artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof bepaalt dat het Hof over de kosten beslist wanneer de hogere voorziening ongegrond is. Volgens artikel 138, lid 1, van dit Reglement, dat krachtens artikel 184, lid 1, daarvan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen voor zover dit is gevorderd.
- 101 Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van het Koninkrijk der Nederlanden en ING worden verwezen in de kosten.
- 102 Volgens artikel 140, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 184, lid 1, daarvan eveneens van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, draagt DNB haar eigen kosten.

Het Hof (Tweede kamer) verklaart:

- 1) **De hogere voorziening wordt afgewezen.**
- 2) **De Europese Commissie wordt in de kosten verwezen.**
- 3) **De Nederlandsche Bank NV draagt haar eigen kosten.**

ondertekeningen