



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
ELEANOR SHARPSTON
apresentadas em 19 de dezembro de 2013¹

Processo C-224/12 P

**Comissão Europeia
contra**

Reino dos Países Baixos e ING Groep NV

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Auxílio de Estado a favor de um banco que compreende uma injeção de capital em troca de títulos — Alterações às condições de remuneração e de resgate dos títulos — Decisão que declara o auxílio compatível com o mercado comum, sob reserva da assunção de determinados compromissos — Aplicação do critério do investidor privado»

1. O presente recurso da Comissão tem por objeto o acórdão do Tribunal Geral² que anulou parcialmente uma decisão³ relativa a um auxílio concedido pelo Estado dos Países Baixos ao banco ING Groep NV (a seguir «ING»). Essa decisão declarou, entre outros, que os auxílios à reestruturação na forma de injeção de capital em troca de títulos, com certas condições de reembolso específicas, constituem auxílios de Estado na aceção do artigo 87.º, n.º 1, CE (atual artigo 107.º, n.º 1, TFUE), mas considerou-os compatíveis com o mercado comum sob reserva da assunção de uma série de compromissos por parte do ING e do Estado.

2. A questão principal diz respeito à aplicação do critério do investidor privado (ou seja, no essencial, se a empresa beneficiária poderia ter obtido de um investidor privado, em condições normais de mercado, a vantagem que lhe foi concedida através de receitas do Estado)⁴ a uma alteração das condições de reembolso do auxílio de Estado. A avaliação, pelo Tribunal Geral da perda de receitas sofrida pelo Estado em razão da alteração das condições de reembolso é aqui também questionada. Outras questões dizem respeito às implicações da anulação da declaração da existência de um auxílio de Estado na aceção do artigo 107.º, n.º 1, TFUE. Em que medida a anulação afeta os demais elementos da decisão impugnada, em especial os compromissos assumidos pelo ING e pelo Estado neerlandês?

1 — Língua original: inglês.

2 — Acórdão de 2 de março de 2012, Reino dos Países Baixos e ING Groep/Comissão (T-29/10 e T-33/10, a seguir «acórdão recorrido»).

3 — Decisão 2010/608/CE da Comissão, de 18 de novembro de 2009, relativa ao auxílio estatal C 10/09 (ex N 138/09) aplicado pelos Países Baixos em relação ao mecanismo subsidiário de cobertura de ativos ilíquidos e plano de reestruturação da ING (JO 2010, L 274, p. 139, a seguir «decisão impugnada»).

4 — V., por exemplo, acórdão de 2 de setembro de 2010, Comissão/Scott (C-290/07 P, Colet., p. I-7763), n.º 68 e jurisprudência referida; acórdão de 5 de junho de 2012, EDF (C-124/10 P), n.º 78 e jurisprudência referida. O critério do investidor privado é também referido como o princípio do investidor privado ou critério do investidor numa economia de mercado (ou princípio, por vezes abreviado como «PIEM»).

I — Auxílio e decisão impugnada

3. Por decisão de 12 de novembro de 2008 (a seguir «decisão inicial»), a Comissão autorizou uma recapitalização de emergência a favor do ING mediante a qual o Estado neerlandês subscreveu títulos deste banco no valor de 10 mil milhões de euros (a seguir «injeção de capital»). Nos termos das condições originais, o ING podia escolher entre resgatar os títulos a 15 euros cada (50% acima do preço de emissão) dentro do prazo de três anos ou, findo esse prazo, convertê-los em ações ordinárias. Contudo, no último caso, os Países Baixos podiam optar por o ING proceder ao resgate por 10 euros, mais juros. Só seria pago ao Estado um cupão (pagamento de juros) sobre os títulos se o ING pagasse dividendos sobre as ações ordinárias. A Comissão considerou que a injeção de capital constituía um auxílio de Estado a favor do ING e autorizou-o a título provisório. Caso fosse submetido à Comissão um plano de reestruturação no prazo de seis meses, a autorização seria automaticamente prorrogada até à decisão da Comissão sobre esse plano. A decisão inicial dizia respeito a vários compromissos assumidos pelos Países Baixos, entre os quais, a limitação do crescimento do balanço do ING.

4. Em 31 de março de 2009, a Comissão notificou os Países Baixos da sua decisão de dar início ao procedimento previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE (a seguir «decisão de início do procedimento»⁵) por ter dúvidas quanto à conformidade de um dispositivo de apoio aos ativos ilíquidos concedido ao ING (a seguir «DAAI») com os princípios gerais sobre as medidas relativas a ativos depreciados⁶. Não obstante, essa medida foi aprovada por um período de seis meses. Da decisão também constava que os Países Baixos se tinham comprometido em submeter um plano de reestruturação que abarcaria a injeção de capital e o DAAI.

5. Em 12 de maio de 2009, os Países Baixos submeteram à Comissão o referido plano. Em 22 de outubro de 2009, na sequência de encontros com a Comissão, submeteram um plano revisto. O plano revisto incluía, por um lado, compromissos relativos à implementação do plano de reestruturação e, por outro, uma alteração das condições originais de reembolso da injeção de capital, permitindo ao ING resgatar até 50% dos títulos ao preço de emissão, mais juros de 8,5% sobre o cupão anual e um prémio se cotação das suas ações se situasse acima de 10 euros. Consoante a cotação das ações, o prémio podia variar entre 340 e 705 milhões de euros, para garantir uma taxa de rentabilidade interna mínima de 15%.

6. Em 18 de novembro de 2009, a Comissão adotou a decisão impugnada relativa à injeção de capital, à alteração das condições de reembolso, ao DAAI e às garantias concedidas através do regime nacional de crédito garantido.

7. O artigo 2.º da decisão impugnada dispõe:

«O auxílio à reestruturação concedido pelo Estado neerlandês ao ING constitui um auxílio estatal na aceção do artigo 87.º, n.º 1, do Tratado.

O auxílio é compatível com o mercado comum, sob reserva dos compromissos enumerados no anexo II.

É revogada a limitação temporária ao crescimento do balanço prevista na decisão da Comissão, de 12 de novembro de 2008, relativa à medida de recapitalização do ING.»

5 — V. JO C 158, p. 13.

6 — Comunicação da Comissão relativa ao tratamento dos ativos depreciados no setor bancário da Comunidade (JO C 72, p. 1).

8. O anexo II continha 11 compromissos (também designados no processo por «medidas compensatórias») assumidos pelos Países Baixos e/ou pelo ING, com vista a mitigar as distorções de concorrência causadas pelo auxílio à reestruturação.

9. Na sua fundamentação, a Comissão não aplicou o critério do investidor privado à injeção de capital, à alteração das condições de reembolso nem ao DAAI, mas aplicou-o às garantias de crédito. Relativamente à alteração das condições de reembolso, a Comissão considerou que o ING deveria ter pago um prémio de 2,5 mil milhões de euros, mas, uma vez que agora só teria de pagar entre 340 e 705 mil milhões de euros, beneficiava de uma vantagem adicional avaliada entre 1,79 e 2,2 mil milhões de euros⁷.

II — Acórdão recorrido

10. Os Países Baixos e o ING contestaram ambos a decisão impugnada no Tribunal Geral.

11. No processo T-29/10, os Países Baixos pediram a anulação do «artigo 2.º, primeiro parágrafo, da decisão impugnada, baseado nomeadamente na consideração, exposta no considerando 98 da referida decisão, de que a alteração das condições de reembolso da injeção de capital representava um auxílio suplementar ao ING no valor aproximado de 2 mil milhões de euros».

12. No processo T-33/10, o ING, apoiado pelo De Nederlandsche Bank NV (a seguir «DNB»), pediu a anulação da decisão impugnada, em especial, «na medida em que considera que a alteração das condições de reembolso da injeção de capital constitui um auxílio suplementar no montante de 2 mil milhões de euros».

13. O Tribunal Geral apensou os processos e anulou «[o] artigo 2.º, primeiro parágrafo, da [decisão impugnada], o artigo 2.º, segundo parágrafo, e o anexo II desta decisão». As partes relevantes da fundamentação do Tribunal Geral, que figuram nos n.ºs 95 a 160 do acórdão recorrido, podem ser resumidas da seguinte forma.

14. A alteração das condições de reembolso, ao abrigo da qual os Países Baixos obtiveram um rendimento garantido que não estava previsto nas condições originais, devia ter sido apreciada à luz do critério do investidor privado. A Comissão não aplicou o critério a essa situação e ignorou vários relatórios sobre rendimentos previsíveis e sobre o comportamento de um investidor privado. Os seus argumentos segundo os quais o ING estava obrigado a resgatar os títulos nas condições iniciais não eram convincentes.

15. Em todo o caso, a Comissão não teve em consideração o pagamento do cupão que se tinha tornado obrigatório por força das novas condições. Por conseguinte, o montante de qualquer auxílio tinha de ser reduzido proporcionalmente ao montante do cupão.

16. Assim, a Comissão errou no cálculo do montante do auxílio de Estado resultante da alteração das condições de reembolso. Se o novo montante da remuneração tivesse sido tido em conta, a análise da qualificação como auxílio e da compatibilidade com o mercado comum poderia ter sido diferente, em especial no que toca à avaliação da contribuição do ING ou das medidas destinadas a mitigar as distorções de concorrência.

17. O auxílio à reestruturação qualificado de auxílio de Estado no artigo 2.º, primeiro parágrafo, da decisão impugnada incluía o auxílio supostamente resultante da alteração das condições de reembolso, mas não o distinguia da restante parte do auxílio. Por conseguinte, o primeiro parágrafo devia ser totalmente anulado.

⁷ — V., além disso, n.ºs 1 a 49 do acórdão recorrido.

18. A Comissão tinha analisado o alcance das medidas compensatórias à luz, entre outros, do auxílio resultante da alteração das condições de reembolso. Devido aos erros que cometera, a Comissão já não podia sustentar que o auxílio à reestruturação constituía o montante relevante com base no as medidas compensatórias tinham sido avaliadas. Por conseguinte, a Comissão errou ao concluir que a alteração das condições de reembolso tinha dado lugar a um auxílio de Estado de cerca de 2 mil milhões. A ilegalidade desta conclusão comportava a ilegalidade do artigo 2.º, primeiro parágrafo, da decisão impugnada e do seu anexo II, porquanto a compatibilidade do auxílio à reestruturação dependia de uma análise e de compromissos que deviam ser apreciados à luz do auxílio à reestruturação, que incluía o auxílio suplementar.

III — Recurso e tramitação processual no Tribunal de Justiça

19. A Comissão pede que o Tribunal de Justiça se digne:

- anular o acórdão recorrido, julgar improcedentes os pedidos em primeira instância e condenar o Reino dos Países Baixos e o ING nas despesas;
- subsidiariamente, remeter os autos ao Tribunal Geral para nova decisão e reservar para final a decisão quanto às despesas;
- mais subsidiariamente, anular o artigo 2.º, terceiro parágrafo, da decisão impugnada e condenar o Reino dos Países Baixos e o ING nas despesas do recurso.

20. A Comissão invoca seis fundamentos de recurso:

- primeiro, não há nenhum dever *ope legis* de aplicar o critério do investidor privado a uma alteração das condições de reembolso quando se trata de a uma medida que, em si mesma, é um auxílio de Estado;
- segundo, o Tribunal Geral fez uma avaliação errada das receitas que o Estado perdeu em consequência da alteração das condições de reembolso;
- terceiro, o Tribunal Geral não tinha o direito de anular integralmente o artigo 2.º, primeiro parágrafo, da decisão impugnada, mesmo que a Comissão tivesse considerado erradamente que as condições de reembolso alteradas constituíam um auxílio de Estado;
- quarto, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao declarar que o segundo parágrafo do artigo 2.º da decisão impugnada era necessariamente ilegal porque a Comissão tinha concluído erradamente que as condições de reembolso alteradas constituíam um auxílio de Estado.
- quinto, o Tribunal Geral decidiu *ultra petita*, ao anular o artigo 2.º, segundo parágrafo, da decisão impugnada e o anexo II da mesma.
- sexto, a título subsidiário, se o Tribunal Geral tinha razão ao anular o primeiro e segundo parágrafos do artigo 2.º da decisão impugnada e o anexo II desta, não podia deixar de anular o terceiro parágrafo do artigo 2.º

21. O Reino dos Países Baixos considera que os seis fundamentos de recurso são improcedentes e conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

- negar provimento ao recurso e condenar a Comissão nas despesas.
- a título subsidiário, remeter o processo ao Tribunal Geral.

22. O ING considera que muitos dos fundamentos de recurso são, total ou parcialmente, inadmissíveis, ineficazes bem como desprovidos de objeto jurídico, e que o recurso é totalmente improcedente. O ING conclui pedindo que o Tribunal se digne:

- declarar o recurso inadmissível e/ou parcialmente ineficaz, negar provimento ao recurso no seu todo e condenar a Comissão nas despesas;
- a título subsidiário, remeter o processo ao Tribunal Geral e reservar para final a decisão quanto às despesas.

23. O DNB, interveniente em primeira instância em apoio do ING, conclui pedindo que o Tribunal de Justiça julgue improcedentes o primeiro e o quarto fundamentos de recurso.

24. O Tribunal de Justiça autorizou a apresentação de réplicas limitadas ao primeiro fundamento de recurso. A audiência de 26 de setembro de 2013 centrou-se no primeiro e quarto fundamentos de recurso.

Desenvolvimentos paralelos

25. Em 11 de maio de 2012, dia em que interpôs recurso no presente processo, a Comissão adotou uma nova decisão relativa ao auxílio à reestruturação concedido ao ING⁸. Nessa decisão, analisou a alteração às condições de reembolso à luz do critério do investidor privado e considerou que um investidor de mercado não teria aceite tais condições. Por conseguinte, a Comissão concluiu que a alteração constituía um auxílio de Estado, mas que, à luz de determinados compromissos assumidos pelos Países Baixos, era compatível com o mercado interno.

26. Essa decisão foi contestada no Tribunal Geral pelos Países Baixos e pelo ING com o fundamento, entre outros, de que a Comissão tinha errado na aplicação do critério do investidor privado. Contudo, os recorrentes desistiram mais tarde dos pedidos e os processos foram cancelados do registo⁹.

Primeiro fundamento de recurso (aplicabilidade do critério do investidor privado)

27. No âmbito da fundamentação exposta nos n.ºs 95 a 114 do seu acórdão, o Tribunal Geral assinalou que, para que uma medida possa ser qualificada de auxílio de Estado, deve, nomeadamente, conceder uma vantagem económica à empresa beneficiária que a mesma não teria obtido em condições normais de mercado. No caso de uma injeção de capital, há que apreciar se, em circunstâncias semelhantes, um investidor privado de dimensão comparável à de uma autoridade pública poderia ter sido levado a proceder a injeções de capital de igual montante. Quando, após ter decidido subscrever uma injeção de capital emitida por uma empresa, sob reserva de determinadas condições de reembolso, o Estado aceita alterar as referidas condições, a injeção de capital e a alteração das condições de reembolso podem constituir um auxílio de Estado se o Estado não agiu, em cada uma dessas situações, como teria feito um investidor privado colocado numa situação semelhante. A Comissão não podia abster-se de apreciar a alteração das condições de reembolso à luz do critério do investidor privado só porque a injeção de capital constituía, *de per se*, um auxílio de Estado. Só após uma apreciação desta natureza a Comissão podia determinar se tinha sido concedida uma vantagem suplementar.

8 — Decisão C(2012)3150 final, Auxílio de Estado SA.28855 (N 373/2009) (ex C 10/2009 e ex N 528/2009) — Países Baixos — ING — auxílio à reestruturação. V., em especial, considerando 114 a 156.

9 — Despacho do presidente da Primeira Secção do Tribunal Geral, de 6 de dezembro de 2012, nos processos apensos Países Baixos e ING/Comissão (T-325/12 e T-332/12).

28. Nos n.ºs 115 a 125 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral apreciou a análise, efetuada pela Comissão, da alteração das condições de reembolso, e concluiu que esta tinha interpretado erradamente o conceito de auxílio ao não apreciar se, com a aceitação da alteração, o Estado tinha agido como teria feito um investidor privado colocado numa situação semelhante, especialmente tendo em conta o facto de que a alteração permitia o reembolso antecipado e dava mais certezas de uma remuneração satisfatória em condições de mercado.

29. O Tribunal Geral prosseguiu, analisando, nos n.ºs 126 a 134, quais eram as probabilidades de o ING ter exercido, ao abrigo das condições de reembolso originais, a opção de resgatar os títulos nos primeiros três anos, à luz da alegação da Comissão de que o ING teria sido *de facto* obrigado a fazê-lo, tendo em conta a possibilidade de o Estado obter um rendimento de 2,5 mil milhões de euros e que, ao aceitar a alteração das condições, este havia renunciado ao seu direito a esse rendimento, concedendo, assim, um auxílio suplementar. O Tribunal Geral concluiu que o ING só teria de facto exercido essa opção em circunstâncias determinadas que não se tinham verificado, nem era provável virem a verificar.

30. A Comissão sustenta que o Tribunal Geral errou ao concluir que o critério do investidor privado devia ter sido aplicado à alteração das condições de reembolso. No cerne deste seu argumento está a afirmação de que a alteração não podia ser vista como uma medida distinta, que devesse ser avaliada de forma isolada em relação à injeção de capital. É pacífico que a injeção de capital constituía um auxílio de Estado, do qual eram parte integrante as condições de reembolso originais. Essa medida constituía uma obrigação que o Estado tinha de assumir enquanto autoridade pública, para evitar a perturbação grave da economia dos Países Baixos que provocaria o colapso de um banco nacional de importância sistémica. Nenhum investidor privado poderia alguma vez estar nessa posição, pelo que não havia lugar à aplicação do critério do investidor privado à injeção de capital — incluindo as condições de reembolso, originais ou alteradas. A única apreciação a fazer consistia em determinar se a alteração tinha conferido uma vantagem suplementar ao ING.

31. As outras partes consideram, no essencial, que a alteração das condições de reembolso constituía uma medida distinta da injeção de capital original. Uma vez realizada a injeção, o Estado passava a estar numa posição em que um investidor privado se poderia encontrar — um detentor de títulos. Esse investidor poderia certamente pretender, por razões objetivas de ordem económica, renegociar as condições de resgate dos títulos. Foi o que sucedeu com o Estado dos Países Baixos, que preferiu trocar um rendimento menos certo, mas potencialmente mais elevado, por um reembolso garantido que, embora inferior, representava um rendimento satisfatório do investimento. Assim sendo, de acordo com a jurisprudência, não só era possível, mas também necessário, aplicar o critério do investidor privado para determinar se a alteração das condições de reembolso constituía um auxílio de Estado.

32. Além disso, o ING sustenta que a Comissão está a invocar um argumento de facto inadmissível ao defender que a injeção de capital e a alteração das condições de reembolso faziam parte de um conjunto de medidas conexas.

33. Este argumento sobre a admissibilidade não me convenceu. Não estão em causa as ligações de facto entre as medidas. O que está em causa é a questão de direito de saber se, tendo em conta essas ligações, o Tribunal Geral tinha razão ao concluir que a Comissão deveria ter aplicado o critério do investidor privado ao avaliar a alteração das condições de reembolso.

34. Além disso, sublinhe-se que este fundamento de recurso apenas trata esse aspeto. É irrelevante saber qual teria sido o resultado da aplicação desse critério. Em certa medida, o debate centrou-se nesta última questão e — nessa medida — deve ser rejeitado. Além disso, a Comissão aplicou agora o referido critério e os pedidos em que se impugnava a forma como tinha sido aplicado foram

retirados¹⁰. Contudo, estas circunstâncias não afastam a necessidade de resolver a questão de saber se o Tribunal Geral teve razão ao declarar que o referido critério devia ter sido aplicado na decisão impugnada.

35. Na minha opinião, existem duas questões às quais se deve responder no que respeita ao critério do investidor privado: i) se a atuação do Estado podia ser utilmente equiparada à de um investidor privado; ii) em caso afirmativo, se essa atuação tinha sido determinada por considerações que só incumbem, ou, pelo menos, incumbem principalmente, ao Estado enquanto autoridade pública, ou se a mesma medida poderia ter sido adotada «em condições normais do mercado por um investidor privado colocado numa situação o mais semelhante possível à do Estado»¹¹. A questão i) diz respeito à aplicabilidade do critério, a questão ii) diz respeito à sua aplicação. Aqui, apenas nos preocupa a questão da aplicabilidade.

36. À Comissão interessa limitar a aplicabilidade do critério do investidor privado. A Comissão talvez receie que, caso o critério seja aplicado sistematicamente, seja possível considerar que preenche esse critério uma medida que, à luz de todas as circunstâncias, não teria sido adotada por um investidor privado¹². Se assim for, trata-se de uma questão de ordem geral. Porém, aqui só pode ser apreciado tendo em conta as circunstâncias da injeção de capital no ING e a alteração das condições de reembolso.

37. É pacífico que, relativamente à própria injeção de capital, não havia comparação possível entre o comportamento do Estado e o de um investidor privado. Ao «salvar» um banco nacional de importância sistémica, num contexto de uma grave crise financeira ocorrida em 2008, o Estado dos Países Baixos agiu inteiramente na qualidade de autoridade pública suprema preocupada com a estabilidade da economia nacional no seu todo. Trata-se de uma qualidade em que nenhum investidor privado teria agido, ou poderia ter agido. É igualmente pacífico que a injeção de capital inicialmente proposta devia ser avaliada no seu todo, incluindo as condições de reembolso originais, que eram parte integrante do pacote do auxílio.

38. Por conseguinte, a questão que se coloca é saber se alteração das condições de reembolso devia ser avaliada numa base idêntica à das condições originais ou se devia ser considerada uma medida distinta.

39. Eram possíveis duas abordagens: reavaliar a injeção de capital como um todo, substituindo a condições originais pelas condições de reembolso alteradas, a fim de determinar novamente o montante do auxílio; ou considerar a alteração das condições de reembolso como uma medida distinta, a fim de determinar se, e em que medida, haviam sido usados recursos públicos para beneficiar o ING. Na primeira abordagem, a avaliação das condições de reembolso ter-se-ia integrado na da injeção de capital efetuada pelo Estado na sua qualidade de autoridade pública, e não teria havido comparação possível com o comportamento de um investidor privado. Contudo, a Comissão adotou, de facto, a segunda abordagem. Se essa abordagem foi correta, é, para o que nos interessa, irrelevante. Acontece que foi a abordagem adotada pela Comissão.

40. Assim sendo, parece-me difícil que a Comissão afirme agora que a alteração das condições de reembolso era inseparável da injeção de capital e que só podia ser apreciada em conformidade com os mesmos critérios. Considero também que, se tal alteração for considerada uma medida distinta, torna-se possível comparar o comportamento do Estado com o de um investidor privado.

10 — V., n.ºs 25 e 26, *supra*.

11 — Acórdão EDF, já referido, n.º 79.

12 — Pode também existir uma preocupação prática, visto o critério do investidor privado implicar uma avaliação económica complexa, de a sua aplicação sistemática impor uma carga excessiva aos recursos da Comissão. Contudo, creio que esta preocupação não pode ser legalmente relevante.

41. É verdade que a injeção de capital inicial constituiu um auxílio de Estado e que, por definição, um investidor privado nunca se pode encontrar na posição de conceder um auxílio de Estado. Porém, mediante a sua concessão inicial, o Estado converteu-se num detentor de títulos que deviam ser resgatados em condições determinadas. Um investidor privado também poderia estar numa situação como essa. Não me parece decisivo saber se o valor dos títulos detidos pelo Estado era superior ao que habitualmente seria para qualquer investidor privado. Assim como não é decisiva a questão de saber se os títulos tinham uma natureza invulgar, como alega a Comissão — que, em todo o caso, é uma questão de facto não abrangida pela competência do Tribunal de Justiça em sede de recurso. Qualquer detentor de títulos, sejam de que montante e de que natureza forem, pode pretender ou aceitar renegociar as condições do seu reembolso. Por conseguinte, é útil comparar o comportamento do Estado a esse respeito com o comportamento de um investidor privado hipotético numa situação comparável. Parece-me que a questão é bastante simples: «Teria sido razoável a um investidor privado que, por qualquer motivo, detivesse títulos em condições idênticas e estivesse atento às condições de mercado concordar com a mesma alteração a essas condições?»

42. Faço questão em sublinhar que chego a esta conclusão partindo da premissa de que, como foi aqui o caso, a Comissão apreciou a alteração das condições de reembolso como uma medida distinta suscetível de ser considerada como uma concessão de um benefício identificável a favor do ING através de recursos estatais. Embora não tome posição sobre se esta abordagem foi correta ou adequada, parece-me que, se a Comissão tivesse antes reapreciado a injeção de capital como um todo, incluindo as condições de reembolso alteradas, poder-se-ia ter evitado os riscos do tipo a que fiz alusão no n.º 36 *supra*, mesmo aplicando o critério do investidor privado. Se a injeção de capital como um todo utilizou recursos do Estado para conferir uma vantagem sem que a transação específica tenha gerado qualquer compensação económica ou remuneração adequada (diferentemente de um benefício geral para a economia nacional), provavelmente não teria preenchido o critério do investidor privado. Contudo, tal apreciação não foi feita e não se colocou a questão da aplicabilidade do critério nessas circunstâncias. Com efeito, a alteração das condições de reembolso foi apreciada como uma medida distinta e, portanto, não havia razões para não aplicar o critério do investidor privado.

43. Por conseguinte, entendo que o presente fundamento deve ser julgado improcedente.

Segundo fundamento de recurso (avaliação da perda de receitas)

44. Nos n.ºs 135 a 142 do seu acórdão, o Tribunal Geral considerou que, mesmo que pudesse concluir que o Estado sofreu uma perda de receitas, a Comissão não determinou corretamente o montante dessa perda. A Comissão não teve em consideração o facto de, segundo a alteração das condições de reembolso, o pagamento de um cupão representativo de juros vencidos no momento do reembolso antecipado já não depender do pagamento de dividendos aos titulares das ações ordinárias. A Comissão estava ciente desse facto e não podia ignorá-lo. No caso vertente, os Países Baixos receberam 258,5 milhões de euros no momento do pagamento antecipado, em 21 de dezembro de 2009 — montante que não teria recebido ao abrigo das condições de reembolso originais, já que não tinham sido pagos dividendos relativamente ao ano de 2009. Ainda que pudesse não conhecer esse montante antecipadamente, a Comissão deveria ter investigado a incidência de um eventual pagamento no montante do auxílio suplementar referido na decisão impugnada. Por conseguinte, a decisão impugnada sobrestimou o montante de eventuais perdas para o Estado em várias centenas de milhões de euros, um erro que viciou a apreciação da Comissão do conceito de auxílio.

45. Em primeiro lugar, a Comissão sustenta que, segundo as condições de reembolso originais conforme apresentadas pelos Países Baixos, o ING estava obrigado a pagar juros acrescidos quando reembolsasse a injeção de capital e que, segundo os Países Baixos, as condições de reembolso permaneciam inalteradas no plano de reestruturação revisto; por conseguinte, a Comissão teve razão ao não deduzir os juros efetivamente pagos em 2009. O Governo dos Países Baixos e o ING contestam esta alegação, mas consideram que se trata de um argumento de facto que não está abrangido pela competência do Tribunal de Justiça em sede de recurso.

46. Em segundo lugar, a Comissão alega que os juros que não deduziu (um máximo de 303 milhões de euros) não podia ter afetado a qualificação da alteração das condições de reembolso como auxílio nem a apreciação da sua compatibilidade com o mercado interno ou do âmbito dos compromissos assumidos sob a forma de medidas de compensação. O Governo dos Países Baixos e o ING respondem que os compromissos em causa (no anexo II da decisão impugnada) não foram voluntários, mas sim ditados pela Comissão tendo em conta o montante do auxílio apurado. Se esse montante tivesse sido corretamente determinado, o alcance dos compromissos necessários teria sido diferente.

47. Estou de acordo que o debate sobre se as condições de reembolso alteradas foram corretamente descritas no plano de reestruturação revisto e em que medida se afastaram das condições originais não está abrangido pela competência do Tribunal de Justiça em sede de recurso. O Tribunal Geral considerou que umas e outras condições eram distintas e que a Comissão estava ciente disso. Apesar de defender uma versão diferente dos factos, a Comissão não alega que o Tribunal Geral tenha desvirtuado o sentido claro das provas.

48. O problema jurídico de fundo consiste em determinar se o Tribunal Geral tinha razões para concluir dos factos apurados que «não se pod[ia] excluir a hipótese» de, caso a Comissão houvesse tido em consideração os juros suplementares pagos ao Estado, isso «ter efeitos» sobre a qualificação da alteração das condições de reembolso como auxílio ou sobre a apreciação da sua compatibilidade com o mercado interno ou do âmbito das medidas de compensação, e para considerar que a «apreciação do conceito de auxílio» estava, portanto, viciada de um erro de facto¹³.

49. Resulta claramente da exposição dos factos nos n.ºs 14 e seguintes do acórdão recorrido que, acima de tudo, os compromissos assumidos pelos Países Baixos e pelo ING para mitigar as distorções de concorrência foram, no essencial, impostos pela Comissão como condição para declarar o auxílio compatível com o mercado interno. Contudo, a alteração das condições de reembolso — cuja apreciação é objeto do presente recurso — foi notificada pela Comissão apenas em 22 de outubro de 2009 e não há indicações no acórdão recorrido de que os compromissos tenham sido posteriormente modificados nos termos dessa alteração. Duvido também que uma diferença de 303 milhões de euros, sobre um total de entre 1,79 e 2,2 mil milhões (uma diferença entre 14% e 17%, aproximadamente) tivesse influenciado a decisão sobre a existência de um auxílio de Estado ou, existindo, sobre a sua compatibilidade com o mercado interno. Contudo, considero, pelo menos, admissível que os compromissos deveriam ter sido revistos.

50. A formulação utilizada pelo Tribunal Geral («não se pode excluir a hipótese» de a ponderação ter sofrido os «efeitos» do erro de facto constatado) não parece ser injustificada em tais circunstâncias. Mas será que esse erro viciou a «apreciação do conceito de auxílio»? Tendo em conta que o Tribunal Geral não era competente para substituir a apreciação da Comissão pela sua própria apreciação, parece-me que a única conclusão possível a que o Tribunal Geral podia chegar era que a Comissão devia proceder a uma nova apreciação partindo dos factos corretos.

51. Por conseguinte, entendo que o segundo fundamento deve ser julgado improcedente.

13 — N.ºs 141 e 142 do acórdão recorrido.

Terceiro fundamento de recurso (anulação da totalidade do primeiro parágrafo do artigo 2.º da decisão impugnada)

52. Nos n.ºs 151 a 153 do seu acórdão, o Tribunal Geral considerou que o artigo 2.º, primeiro parágrafo, da decisão impugnada não distinguia entre os diferentes elementos do «auxílio à reestruturação», que foi considerado um auxílio de Estado, mas incluía o auxílio suplementar no valor aproximado de 2 mil milhões de euros resultante da alteração das condições de reembolso. O Tribunal Geral concluiu que, tendo em conta os erros que viciavam a qualificação da alteração como auxílio suplementar, o parágrafo devia ser totalmente anulado.

53. A Comissão sustenta que o Tribunal Geral não podia anular o primeiro parágrafo do artigo 2.º na sua totalidade. Uma vez que a qualificação como auxílio de Estado das medidas diferentes da alteração das condições de reembolso (designadamente, a injeção de capital e o DAAI) era dissociável de um eventual erro de qualificação da alteração enquanto tal, a anulação violava o princípio da proporcionalidade. Além disso, o primeiro parágrafo era uma disposição meramente confirmatória dessas outras medidas (que já tinham sido apreciadas na decisão inicial), não sendo uma disposição dessa natureza impugnável num recurso de anulação. Por conseguinte, a anulação do primeiro parágrafo do artigo 2.º da decisão impugnada deve ser revogada no que se refere a medidas diferentes da alteração das condições de reembolso.

54. O Governo dos Países Baixos e o ING precisam que o parágrafo em causa é uma única frase, pelo que não seria possível anular parte dele de modo a deixar formalmente intacta a qualificação como auxílio de Estado em relação às medidas diferentes da alteração das condições de reembolso. Mas a anulação deve ser lida à luz da fundamentação do Tribunal Geral, da qual resulta claramente que só foi impugnada a qualificação da alteração das condições de reembolso como auxílio. Além disso, essa anulação restabelecia de facto a decisão inicial, em que a injeção de capital tinha sido considerada um auxílio de Estado, e o parágrafo em causa não era «meramente» confirmatório, porquanto se baseava numa reapreciação dos factos, incluindo os factos novos relativos às condições alteradas.

55. Este problema é, sobretudo, formal. É pacífico que o Tribunal Geral não quis anular, em si mesma, a qualificação como auxílio de Estado, na decisão impugnada, das medidas diferentes da alteração das condições de reembolso, nem se alega que o deveria ter feito. As questões que se colocam são: que efeitos produziu a anulação da totalidade do primeiro parágrafo do artigo 2.º da decisão impugnada; e, podia o Tribunal Geral ter decidido de outra forma, após concluir que a qualificação da alteração das condições de reembolso como auxílio de Estado estava viciada?

56. No que toca aos efeitos da anulação, a Comissão tem razão quando afirma que um recurso de anulação de uma decisão meramente confirmatória de uma decisão anterior que não foi impugnada dentro do prazo fixado é inadmissível¹⁴. Contudo, essa regra, que diz respeito à admissibilidade de um pedido de anulação, reflete simplesmente o facto de a decisão anterior já não poder ser anulada, pelo que a anulação da decisão confirmatória não tem efeitos sobre a situação jurídica. Por conseguinte, na medida em que o artigo 2.º, primeiro parágrafo, da decisão impugnada confirmou decisões anteriores que qualificavam as medidas como auxílios de Estado, a sua anulação não pode produzir efeitos sobre as referidas declarações anteriores. Em todo o caso, esta conclusão diz respeito à declaração de que a injeção de capital e o DAAI constituíam auxílios de Estado¹⁵. No que toca às garantias, a situação já não é definida tão claramente na decisão impugnada, mas não encontro nenhum indício da existência de uma decisão anterior que qualificasse as garantias já pagas como auxílio de Estado¹⁶.

14 — V., por exemplo, acórdão de 29 de novembro de 2012, Reino Unido/Comissão (C-416/11 P, n.º 32).

15 — V. considerando 97 e 99 da decisão impugnada.

16 — A decisão impugnada também trata de garantias futuras, mas indica que serão apreciadas numa decisão separada (v. considerando 47).

57. Assim, a anulação da totalidade do primeiro parágrafo do artigo 2.º a) não teve efeitos sobre a qualificação anterior da injeção de capital e do DAAI como auxílio de Estado, mas b) anulou a qualificação como auxílio de Estado, na própria decisão impugnada, não só da alteração das condições de reembolso mas também do auxílio concedido através do regime nacional de crédito garantido. Contudo, a qualificação deste último auxílio não foi contestada em primeira instância.

58. No que se refere à possibilidade de o Tribunal Geral ter decidido de outra forma, a Comissão cita um exemplo em que o Tribunal Geral anulou efetivamente um parágrafo semelhante de uma decisão respeitante a auxílios de Estado, na medida em que se referia a determinados montantes nele mencionados, mas não individualmente identificados¹⁷. O Tribunal de Justiça procedeu de forma muito semelhante em circunstâncias comparáveis, tendo anulado, por exemplo, uma decisão que ordenava a restituição de um auxílio concedido a quatro sociedades, na medida em que o montante incluía juros vencidos após a declaração de insolvência de duas dessas sociedades que não estavam especificamente identificadas no parágrafo relevante do dispositivo dessa decisão¹⁸. Não vejo por que razões o Tribunal Geral não seguiu uma abordagem semelhante no acórdão recorrido.

59. Por conseguinte, na minha opinião, o terceiro fundamento de recurso deve ser julgado procedente, na medida em que, ao anular totalmente o artigo 2.º, primeiro parágrafo, da decisão impugnada, o Tribunal Geral anulou a parte dessa decisão que declarava que as garantias recebidas pelo ING através do regime nacional de crédito garantido constituíam auxílios de Estado.

Quarto fundamento de recurso (anulação consequente do artigo 2.º, segundo parágrafo, da decisão impugnada)

60. Nos n.ºs 154 a 160 do seu acórdão, o Tribunal Geral considerou o auxílio suplementar representado pela alteração das condições de reembolso como parte integrante do auxílio à reestruturação apreciado pela Comissão. Esse auxílio suplementar não podia ser dissociado do dispositivo da decisão impugnada nem da análise subjacente da «determinação do nível de compromissos exigidos para permitir que o auxílio seja declarado compatível». A ilegalidade da conclusão relativa à existência de um auxílio suplementar de cerca de 2 mil milhões de euros implicava necessariamente, portanto, a ilegalidade do artigo 2.º, segundo parágrafo, da decisão impugnada, segundo o qual o auxílio era compatível com o mercado comum «sob reserva dos compromissos enumerados no anexo II», e do próprio anexo II, na medida em que a compatibilidade do auxílio à reestruturação dependia de uma análise e de compromissos cujo conteúdo devia ser apreciado tendo em conta o montante do auxílio, que incluía o referido auxílio suplementar.

61. A Comissão sustenta, no essencial, que o Tribunal Geral errou ao adotar essa abordagem, porquanto os compromissos foram propostos pelo ING e pelo Estado dos Países Baixos, e a Comissão não tinha competência para os recusar mesmo que ultrapassassem o que era necessário para mitigar as distorções de concorrência. Assim, mesmo que a Comissão tenha efetivamente sobrestimado o montante total do auxílio, esse erro não teve efeitos sobre as medidas compensatórias propostas e aceites, e, por conseguinte, não se justificava anular as partes da decisão impugnada que determinavam os compromissos necessários para que o auxílio fosse julgado compatível. A Comissão defende também que, uma vez que a decisão impugnada não encerrava o procedimento formal de investigação nos termos do artigo 7.º do Regulamento n.º 659/1999¹⁹, não podia associar-lhe condições nos termos do n.º 4 deste artigo.

17 — Acórdão de 13 de setembro de 2010, Grécia e o./Comissão (T-415/05, T-416/05 e T-423/05, Colet., p. II-4749).

18 — Acórdão de 12 de outubro de 2000, Reino de Espanha/Comissão (C-480/98, Colet., p. I-8717).

19 — Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo 93.º do tratado CE (JO L 83, p. 1).

62. As outras partes no processo referem os n.ºs 14 a 36 do acórdão recorrido, o que indica que a Comissão insistiu de facto nos compromissos necessários para que o auxílio pudesse ser considerado compatível. O Tribunal Geral considerou que o montante do auxílio fora sobrestimado; se essa estimativa estivesse correta, a Comissão não teria insistido, como fez, em tão gravosos compromissos.

63. Em primeiro lugar, na minha opinião, é necessário olhar para os factos apurados pelo Tribunal Geral relativamente à génese dos compromissos previstos no anexo II da decisão impugnada. A este respeito, não considera relevante o argumento da Comissão segundo o qual a decisão impugnada não encerrava o procedimento formal de investigação. O que importa é saber se — de acordo com as apreciações do Tribunal Geral — a Comissão ditou de facto as condições dos compromissos previstos no anexo II da decisão impugnada; se sim, não pode simplesmente invocar o argumento de que não tinha competência para aceitar compromissos menores.

64. A exposição do procedimento administrativo nos n.ºs 9 a 37 do acórdão recorrido contém afirmações claras de que a Comissão mencionou repetidamente as medidas que considerava necessárias e declarou que não aprovaria o plano de reestruturação sem essas medidas. O Tribunal Geral empregou expressões como «pedidos da Comissão» (n.º 20), «como exigidos pela Comissão» (n.º 29) e «para responder às expectativas da Comissão» (n.º 31). Em contrapartida, não há indicações de qualquer comportamento semelhante por parte da Comissão após a notificação da alteração das condições de reembolso, em 22 de outubro de 2009, e este Tribunal não é competente para verificar se, entre essa data e 6 de novembro de 2009, data em que terminaram as consultas sobre o projeto de decisão, algum dos compromissos do anexo II foi alterado, quer por iniciativa da Comissão, quer por iniciativa das outras partes.

65. Contudo, o Tribunal Geral não baseou a conclusão contestada pela Comissão através deste fundamento de recurso na premissa de que eram necessários determinados compromissos na sequência da alteração das condições de reembolso. Considerou, antes, que o alcance dos compromissos que a Comissão estava pronta a aceitar, no seu todo, dependia direta e proporcionalmente do montante do auxílio, também no seu todo, que incluía portanto o auxílio resultante da alteração das condições de reembolso, cuja apreciação o Tribunal Geral já tinha considerado estar viciada de erros. É neste contexto que a Comissão objeta não ter competência para determinar o alcance dos compromissos e considera errado o raciocínio do Tribunal Geral.

66. Parece-me que o raciocínio em causa é de facto inadequado, mas não pelo motivo invocado pela Comissão. A única conclusão que pode ser retirada do apuramento dos factos nos n.ºs 9 e seguintes do acórdão recorrido é que o alcance dos compromissos que a Comissão estava pronta a aceitar foi determinado antes de 20 de outubro de 2009. Por conseguinte, a notificação da alteração das condições de reembolso após essa data não afetou esses compromissos. Assim, o Tribunal Geral não tinha razões para anular as partes da decisão impugnada que sujeitavam a declaração de compatibilidade a esses compromissos. Se a Comissão tivesse impugnado essa parte do acórdão recorrido com base nesses fundamentos, eu teria estado disposta a acolher essa impugnação.

67. Contudo, o fundamento de recurso da Comissão deve ser julgado procedente ou improcedente juntamente com a sua afirmação de que não tinha competência para influenciar os compromissos assumidos voluntariamente pelo Estado-Membro e pelo banco, algo que o Tribunal Geral contraria no apuramento dos factos. Tendo em conta que a Comissão não invocou a desvirtuação dos factos, considero que o presente fundamento de recurso deve ser julgado improcedente.

Quinto fundamento de recurso (anulação *ultra petita* do artigo 2.º, segundo parágrafo, da decisão impugnada)

68. Nos n.ºs 64 e 66 do seu acórdão, o Tribunal Geral expõe os pedidos das partes. O Reino dos Países Baixos pediu a anulação do «artigo 2.º, primeiro parágrafo, da decisão impugnada, baseado nomeadamente na consideração, exposta no considerando 98 da referida decisão, de que a alteração das condições de reembolso da injeção de capital aplicada pelas autoridades neerlandesas representa um auxílio suplementar ao ING no valor aproximado de 2 mil milhões de euros»; o ING formulou três pedidos, dos quais apenas um foi apreciado pelo Tribunal Geral: anulação da decisão impugnada «na medida em que considera que a alteração das condições de reembolso da injeção de capital constitui um auxílio suplementar no montante de 2 mil milhões de euros».

69. Na parte decisória do acórdão, o Tribunal Geral anulou o primeiro e o segundo parágrafos do artigo 2.º da decisão impugnada e o respetivo anexo II.

70. A Comissão sustenta que, ao anular o segundo parágrafo do artigo 2.º da decisão impugnada e o respetivo anexo II, o Tribunal Geral excedeu os limites da sua competência, violou o princípio segundo o qual o objeto do processo é delimitado pelas partes, decidiu *ultra petita*, e incorreu num vício processual lesivo dos interesses da Comissão. A anulação visada pelos pedidos analisados pelo Tribunal Geral limitava-se ao artigo 2.º, primeiro parágrafo, e nada na letra dos pedidos (por exemplo, a palavra «nomeadamente») nem nas respostas às questões escritas colocadas pelo Tribunal Geral antes da audiência permitiam alargar a anulação às restantes partes da decisão impugnada.

71. O Governo dos Países Baixos sustenta que, uma vez anulado o artigo 2.º, primeiro parágrafo, da decisão impugnada (a conclusão de que o auxílio à reestruturação constituía um auxílio), a conclusão do segundo parágrafo (de que o auxílio era compatível «sob reserva dos compromissos enumerados no anexo II») ficava destituída de sentido, à semelhança desses compromissos; por conseguinte, o Tribunal Geral não decidiu *ultra petita* ao anular as referidas partes da decisão impugnada em resposta a um pedido de anulação do artigo 2.º, primeiro parágrafo. O ING afirma que o fundamento de recurso é inadmissível porquanto a Comissão não suscitou, em primeira instância, a questão da clareza e da precisão dos pedidos. Ambas as partes sustentam que, no segundo ponto (a anulação da decisão impugnada «na medida em que a Comissão sujeitou a aprovação do auxílio à aceitação das proibições de liderança de preços, como é referido na decisão e no seu anexo II»), o ING pediu efetivamente a anulação do artigo 2.º, primeiro parágrafo.

72. Não concordo com a objeção do ING à admissibilidade deste fundamento de recurso. É evidente que só depois de o Tribunal Geral se pronunciar pode surgir a questão de saber se decidiu *ultra petita*.

73. Quanto ao mérito do presente fundamento, concordo com o argumento do Governo dos Países Baixos. A anulação da declaração de que o auxílio à reestruturação constituía um auxílio de Estado na aceção do artigo 87.º, n.º 1, CE — e, portanto, em princípio, era por definição incompatível com o mercado comum — significava que tinha deixado de ser um auxílio de Estado e, por conseguinte, já não era incompatível. Assim sendo, a declaração de que o auxílio era compatível com o mercado comum sob reserva de determinados compromissos não procedia, já que teria pressuposto exigir a assunção de compromissos em relação a um auxílio que já era compatível sem esses compromissos. Por conseguinte, a anulação do artigo 2.º, segundo parágrafo, da decisão impugnada e do seu anexo era um corolário inevitável da anulação do artigo 2.º, primeiro parágrafo, conforme requerido pelas partes nas suas conclusões apreciadas pelo Tribunal Geral.

74. Por conseguinte, entendo que o quinto fundamento de recurso não deve ser julgado procedente.

Sexto fundamento de recurso (a título subsidiário: não anulação do artigo 2.º, terceiro parágrafo, da decisão impugnada)

75. Na parte decisória do seu acórdão, o Tribunal Geral anulou o artigo 2.º, primeiro e segundo parágrafos, da decisão impugnada (que declarava, respetivamente, que o auxílio à reestruturação constituía um auxílio e que o auxílio era compatível com o mercado comum, sob reserva dos compromissos previstos no anexo II), deixando intacto o terceiro parágrafo, que levantava a limitação temporal do crescimento do balanço imposta ao ING.

76. Caso os seus fundamentos de recurso anteriores não forem julgados procedentes, a Comissão sustenta, a título subsidiário, que, visto ter anulado o primeiro e o segundo parágrafos do artigo 2.º da decisão impugnada, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao não anular também o terceiro parágrafo.

77. A decisão inicial mencionava o compromisso de que o ING limitaria o crescimento do seu balanço de modo a mitigar a distorção da concorrência provocada pela injeção de capital. A Comissão decidiu, tendo em conta este compromisso, que poderia aprovar temporariamente a injeção de capital. O artigo 2.º, terceiro parágrafo, da decisão impugnada levantou a limitação temporal do balanço imposta pela decisão inicial. A decisão de remover essas limitações e a declaração de compatibilidade basearam-se na mesma análise e nos mesmos compromissos, e formavam um todo indivisível cuja fundamentação não podia ser fragmentada. Se o Tribunal Geral teve razão ao anular essa análise e esses compromissos, o ING não devia ter sido liberado dos limites impostos ao seu balanço antes da adoção da decisão impugnada. Deixar o terceiro parágrafo intacto altera a substância da decisão. Com a anulação do referido parágrafo, o Tribunal Geral não podia colocar o ING numa situação melhor do que aquela em que se encontrava antes da decisão impugnada, nem substituir a apreciação da Comissão na decisão inicial, quando autorizou provisoriamente a injeção de capital, pela sua própria apreciação.

78. O Governo dos Países Baixos pergunta como podia o Tribunal Geral anular o artigo 2.º, terceiro parágrafo, quando a anulação não tinha sido pedida. O terceiro parágrafo não ficou destituído de sentido com a anulação do primeiro e do segundo parágrafos. Saber se essa anulação devia implicar a anulação do terceiro parágrafo implica uma apreciação de mérito que o Tribunal Geral não podia realizar sem que tal tivesse sido pedido, e que o Tribunal de Justiça também não pode fazer em sede de recurso. Além disso, o presente fundamento de recurso ficou desprovido de objeto. Em 11 de maio de 2012, a Comissão adotou uma nova decisão em que voltou a determinar que a alteração das condições de reembolso constituía um auxílio de Estado (sem o quantificar) e autorizou o auxílio nas mesmas condições. O ING invoca argumentos semelhantes: o fundamento de recurso é manifestamente inadmissível, já que a Comissão não formulou esse pedido em primeira instância, e ficou desprovido de objeto na sequência da decisão de 11 de maio de 2012.

79. Penso que a anulação do artigo 2.º, primeiro parágrafo, da decisão impugnada (e com ela, como corolário inevitável, o segundo parágrafo desse artigo) teve por efeito (como alegou o Governo dos Países Baixos no contexto do terceiro fundamento de recurso) o restabelecimento da decisão inicial, que qualificava a injeção de capital como auxílio de Estado. O acórdão recorrido refere que, nessa decisão inicial, a Comissão declarou que, se viesse a ser submetido um plano de reestruturação no prazo de seis meses, a validade da mesma seria automaticamente prorrogada até à adoção de uma decisão sobre esse plano²⁰. Por conseguinte, a validade da decisão inicial foi prorrogada até à adoção da decisão impugnada. A anulação dos dois primeiros parágrafos do artigo 2.º da decisão impugnada significou que tinha deixado de haver uma decisão sobre o plano de reestruturação. Logicamente, a validade da decisão inicial, que incluía uma limitação do crescimento do balanço do ING, devia ter sido de novo prorrogada na pendência de uma nova decisão final.

20 — N.º 10 do acórdão recorrido; considerando 71 a 74 da decisão inicial.

80. Contudo, o Tribunal Geral deixou o artigo 2.º, terceiro parágrafo, da decisão impugnada intacto, alterando assim (talvez inadvertidamente, já que o acórdão recorrido não contém nenhum argumento a esse respeito) o conteúdo da decisão inicial.

81. Os argumentos das partes a este respeito contrastam, não surpreendentemente, com os seus argumentos invocados no contexto do quinto fundamento de recurso. Neles, a Comissão sustentou que o Tribunal Geral não podia anular a parte da decisão cuja anulação não tinha sido especificamente pedida pelas recorrentes, ao passo que as outras partes sustentaram que essa anulação decorria inevitavelmente da anulação do artigo 2.º, primeiro parágrafo, da decisão impugnada. Uma vez que o presente fundamento de recurso é invocado pela Comissão apenas a título subsidiário, a sua abordagem não é incoerente, mas a abordagem das outras partes parece sê-lo.

82. A meu ver, considero que é consentâneo com a minha análise do quinto fundamento de recurso concluir que, ao anular o artigo 2.º, primeiro parágrafo, da decisão impugnada, o Tribunal Geral não só podia como devia anular o segundo e o terceiro parágrafos desse artigo, a fim de não alterar a essência da decisão inicial, cuja validade tinha sido restabelecida e prorrogada com a anulação do primeiro parágrafo da decisão impugnada.

83. Além disso, considero que a objeção do ING à admissibilidade deste fundamento de recurso não é sustentável. Não se podia exigir que a Comissão tivesse formulado, em primeira instância, o pedido que agora formula, já que o seu único objetivo era manter a decisão impugnada.

84. Por conseguinte, entendo que o sexto fundamento de recurso deve ser julgado procedente.

IV — Consequências da apreciação

85. Sou de opinião que o terceiro fundamento de recurso deve ser julgado parcialmente procedente e que o sexto fundamento de recurso deve ser julgado procedente na sua totalidade. Consequentemente, o acórdão recorrido deve ser anulado, na medida em que, ao anular todo o artigo 2.º, primeiro parágrafo, da decisão impugnada, não excluiu dessa anulação a declaração de que as garantias prestadas ao ING através do regime nacional de crédito garantido constituíam um auxílio de Estado, e não anulou o terceiro parágrafo do mesmo artigo.

86. Em meu entender, trata-se de uma decisão adequada para o presente recurso, não sendo necessário remeter o processo ao Tribunal Geral para apreciação. Além disso, a existência da subsequente decisão de Comissão de 11 de maio de 2012 significa que as consequências práticas do acórdão serão limitadas.

87. Nos termos dos artigos 138.º, 140.º e 184.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, considero que cada uma das partes deve ser condenada nas suas próprias despesas.

V — Conclusão

88. Atendendo às considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que:

- anule o acórdão recorrido, na medida em que, ao anular todo o artigo 2.º, primeiro parágrafo, da decisão impugnada, não excluiu dessa anulação a declaração de que as garantias prestadas ao ING através do regime nacional de crédito garantido constituíam um auxílio de Estado, e não anulou o terceiro parágrafo do mesmo artigo; e
- condene cada uma das partes a suportar as suas próprias despesas referentes ao presente recurso.