



## Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)

den 6 mars 2018\*

”Överklagande – Statligt stöd – Begreppet stöd – Begreppet ekonomisk fördel – Principen om en privat aktör i en marknadsekonomi – Villkoren för tillämplighet och tillämpning – Finanskrisen – På varandra följande insatser för att undsätta en bank – Huruvida risker som härrör från åtaganden som gjorts av medlemsstaten i samband med den första åtgärden har beaktats vid bedömningen av den andra åtgärden”

I mål C-579/16 P,

angående ett överklagande enligt artikel 56 i stadgan för Europeiska unionens domstol, som ingavs den 16 november 2016,

**Europeiska kommissionen**, företrädd av A. Bouchagiar, L. Flynn och K. Blanck-Putz, samtliga i egenskap av ombud,

sökande,

i vilket de andra parterna är:

**FIH Holding A/S**, Köpenhamn (Danmark),

**FIH Erhvervsbank A/S**, Köpenhamn,

företrädda av O. Koktvedgaard, advokat,

sökande i första instans,

meddelar

DOMSTOLEN (stora avdelningen)

sammansatt av ordföranden K. Lenaerts, vice ordföranden A. Tizzano, avdelningsordförandena L. Bay Larsen, T. von Danwitz, J.L. da Cruz Vilaça, C.G. Fernlund och C. Vajda samt domarna J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev (referent), C. Toader, M. Safjan, D. Šváby, E. Jarašiūnas, S. Rodin och F. Biltgen,

generaladvokat: M. Szpunar,

justitiesekreterare: förste handläggaren L. Hewlett,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 19 september 2017,

\* Rättegångsspråk: engelska.

och efter att den 28 november 2017 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,  
följande

### Dom

- 1 I sitt överklagande har kommissionen yrkat att domstolen ska upphäva den dom som Europeiska unionens tribunal meddelade den 15 september 2016, FIH Holding och FIH Erhvervsbank/kommissionen (T-386/14, EU:T:2016:474) (nedan kallad den överklagade domen), genom vilken tribunalen ogiltigförklarade kommissionens beslut 2014/884/EU av den 11 mars 2014 om det statliga stöd SA.34445 (12/C) som Danmark har genomfört för överföring av fastighetsrelaterade tillgångar från FIH till FSC (EUT L 357, 2014, s. 89) (nedan kallat det omtvistade beslutet).

### Bakgrund till tvisten

- 2 FIH Erhvervsbank A/S (nedan kallad FIH) är ett aktiebolag bildat enligt dansk banklagstiftning och som står under de danska bankmyndigheternas tillsyn. FIH och dess dotterbolag ägs helt och hållet av FIH Holding A/S.
- 3 FIH drabbades år 2007 av den globala finanskrisen och under år 2009 var banken föremål för två typer av åtgärder. För det första beviljades FIH i juni 2009 ett kapitaltillskott i form av primärhybridkapital på 1,9 miljarder danska kronor (DKK) (cirka 255 miljoner euro), i enlighet med Lov om statligt indskud i kreditinstitut (lag om statligt finansierade kapitaltillskott) av den 3 februari 2009 och den förordning som antagits enligt denna lag. För det andra lämnade Konungariket Danmark i juli 2009 en statlig garanti till förmån för FIH på 50 miljarder DKK (ca 6,71 miljarder euro), på grundval av Lov om finansiell stabilitet (lag om finansiell stabilitet) av den 10 oktober 2008, i dess lydelse enligt lag nr 68 av den 3 februari 2009 (nedan tillsammans kallade "2009 års åtgärder"). FIH använde hela denna garanti för att emittera obligationer.
- 4 Dessa båda lagar hade godkänts av kommissionen genom beslut K(2009) 776 slutlig av den 3 februari 2009 om systemet för statligt stöd N31a/2009 – Danmark, såsom statligt stöd förenligt med den inre marknaden.
- 5 Den 31 december 2011 uppgick beloppet för de av FIH emitterade obligationerna, som garanterades av danska staten, till 41,7 miljarder DKK (cirka 5,59 miljarder euro), det vill säga 49,94 procent av FIH:s balansräkning. Dessa obligationer skulle löpa ut under år 2012 och år 2013.
- 6 Mellan åren 2009 och 2011 sänkte kreditvärderingsinstitutet Moody's FIH:s kreditbetyg från A2 till B1, med negativa utsikter.
- 7 Särskilt på grund av det sänkta kreditbetyget och att förfallodagen närmade sig för de obligationer som FIH hade emitterat, och som garanterats av danska staten, stod det under loppet av år 2011 klart att FIH under år 2012 eller år 2013 skulle få likviditetsproblem som riskerade att leda till en förlust av banklicensen och därmed bankens likvidation.
- 8 Under dessa omständigheter underrättade Konungariket Danmark kommissionen den 6 mars 2012 om en rad åtgärder (nedan kallade de aktuella åtgärderna) som först och främst innebar bildandet av ett nytt dotterbolag till FIH Holding, kallat NewCo, som övertog de mest problematiska tillgångarna i FIH, främst hypotekslån och därav framställda produkter till ett nominellt värde av omkring 17,1 miljarder DKK (cirka 2,3 miljarder euro), i syfte att minska FIH:s balansomslutning.

- 9 Därefter var det tänkt att Financial Stability Company (nedan kallat FSC), en offentlig enhet inrättad av de danska myndigheterna i samband med den globala finanskrisen, skulle förvärva aktier i NewCo för 2 miljarder DKK (cirka 268 miljoner euro) i syfte att avveckla detta bolag inom fyra år. FSC åtog sig att vid behov finansiera och rekapitalisera NewCo under avvecklingsförfarandet.
- 10 Slutligen skulle FIH, som vederlag för dessa åtgärder, betala tillbaka det kapitaltillskott på 1,9 miljarder DKK (cirka 255 miljoner euro) som under år 2009 genomförts av de danska myndigheterna, vilket skulle göra det möjligt för FSC att förvärva NewCo utan att tillföra eget kapital.
- 11 FIH var även skyldig att bevilja NewCo ett första lån på 1,65 miljarder DKK (cirka 221 miljoner euro), vilket var avsett att täcka de förväntade förlusterna i NewCo och som enbart var återbetalningspliktigt om avvecklingen av hypotekslån och därav framställda produkter som överförts till NewCo gav ett resultat som översteg 2 miljarder DKK (cirka 268 miljoner euro).
- 12 Vidare var FIH tvungen att bevilja ett andra lån till NewCo på cirka 13,45 miljarder DKK (ca 1,8 miljarder euro), vilket skulle betalas tillbaka vid den tidpunkt då FIH:s obligationer som år 2009 garanterats av danska staten löpte ut, varvid det belopp som betalades tillbaka till FIH var avsett att täcka återbetalningen av bankens obligationer som garanterats av danska staten.
- 13 När det gäller FIH Holding, var det tänkt att det skulle ställa ut en obegränsad förlustgaranti till FSC, så att, vid upplösningen av NewCo, som ursprungligen var planerad till år 2016, FSC skulle kunna få täckning för de förluster som detta bolag i förekommande fall hade åsamkats genom förvärvet och avvecklingen av NewCo.
- 14 Genom beslut K(2012) 4427 slutlig av den 29 juni 2012 om det statliga stöd SA.34445 (12/C) (f.d. 2012/N) – Danmark, inledde kommissionen ett formellt granskningsförfarande för att undersöka de aktuella åtgärderna, på grund av att kommissionen ansåg att de utgjorde statligt stöd till förmån för FIH och FIH Holding (nedan kallat FIH-koncernen) samt NewCo. Med hänsyn till den finansiella stabiliteten godkände emellertid kommissionen åtgärderna för en period av sex månader eller, för det fall Konungariket Danmark ingav en omstruktureringsplan inom denna period, fram till dess att kommissionen antar ett slutgiltigt beslut i detta hänseende.
- 15 Den 2 juli 2012 återbetalade FIH till Konungariket Danmark det kapitaltillskott av offentliga medel avseende primärhybridkapital som genomfördes under år 2009.
- 16 Den 4 januari 2013 ingav Konungariket Danmark en plan för omstruktureringen av FIH. Den slutliga versionen av planen lades fram den 24 juni 2013.
- 17 Under det administrativa förfarandet gjorde Konungariket Danmark bland annat gällande att de ifrågavarande åtgärderna inte utgjorde statligt stöd, eftersom transaktionerna mellan FSC och FIH-koncernen var i linje med marknadsvillkoren och koncernen var skyldig att betala alla transaktions- och avvecklingskostnader förknippade med NewCo. Konungariket Danmark hävdade också att planen avsevärt minskade dess risk med anledning av 2009 års åtgärder.
- 18 Den 3 oktober 2013 presenterade Konungariket Danmark en rad förslag till åtaganden, vars slutgiltiga version är daterad till den 3 februari 2014, i syfte att bemöta de synpunkter som kommissionen uttryckt inom ramen för granskningsförfarandet.
- 19 Den 12 mars 2014 delgav kommissionen Konungariket Danmark det omtvistade beslutet. I beslutet betecknade kommissionen å ena sidan de aktuella åtgärderna som statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF men konstaterade, å andra sidan, att dessa åtgärder var förenliga med den inre marknaden i enlighet med punkt 3 b i denna artikel mot bakgrund av omstruktureringsplanen och de åtaganden som Konungariket Danmark har gjort.

- 20 I den första delen av sin bedömning avseende förekomsten av stöd, undersökte kommissionen huruvida stödåtgärderna medförde en ekonomisk fördel för FIH-koncernen. För detta ändamål analyserade kommissionen åtgärderna mot bakgrund av principen om en privat aktör i en marknadsekonomi (nedan kallat principen om en privat aktör). Enligt det omtvistade beslutet bestod detta i förevarande fall i att få klarhet i huruvida en privat aktör i en marknadsekonomi skulle ha deltagit i en viss verksamhet på samma villkor och under samma förutsättningar som en offentlig investerare vid tidpunkten för beslutet om att tillhandahålla offentliga medel (nedan kallat kriteriet avseende en privat investerare).
- 21 Efter det att kommissionen slutfört sin bedömning i punkterna 84–98 i det omtvistade beslutet konstaterade den – huvudsakligen på grund av den otillräckliga nivån på den ersättning som var tänkt som vederlag för de ekonomiska resurser som danska staten skulle bidra med – att åtgärderna i fråga inte var förenliga med principen om en privat aktör och att de därmed innebar en fördel för FIH-koncernen. Enligt kommissionens beräkningar var stödbeloppet cirka 2,25 miljarder DKK (cirka 300 miljoner euro).
- 22 Det framgår av dessa punkter att även om kommissionen hänvisade till 2009 års åtgärder, särskilt i punkterna 88 och 98 i detta beslut, gjorde den sin bedömning av huruvida de aktuella åtgärderna är ekonomiskt rationella utan att beakta eventuella kostnader som danska staten skulle ha blivit tvungen att bära i avsaknad av dessa åtgärder, på grund av riskerna för danska staten med anledning av 2009 års åtgärder.
- 23 När det gäller stödets förenlighet med den inre marknaden, granskade kommissionen de aktuella åtgärderna mot bakgrund av meddelandet om behandlingen av värdeminskade tillgångar inom gemenskapens banksektor (EUT C 72, 2009, s. 1) och meddelandet om tillämpning, från och med den 1 januari 2012, av reglerna om statligt stöd på stödåtgärder till förmån för banker i samband med finanskrisen (EUT C 356, 2011, s. 7).
- 24 På grundval av omstruktureringsplanen och de åtaganden som gjorts av Konungariket Danmark, som det redogörs för i punkterna 56–62 i det omtvistade beslutet och som återges i bilagan till det beslutet, drog kommissionen slutsatsen att stödet i fråga var förenligt med den inre marknaden. Dessa åtaganden innebar ytterligare betalningar från FIH till FSC och att FIH skulle upphöra med vissa verksamheter, däribland fastighetsfinansiering, private equity och privat förmögenhetsförvaltning.

### **Förfarandet vid tribunalen och den överklagade domen**

- 25 FIH-koncernen väckte, genom ansökan som inkom till tribunalens kansli den 24 maj 2014, talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet.
- 26 Till stöd för sin talan åberopade FIH-koncernen tre grunder. Den första grunden avsåg åsidosättande av artikel 107.1 FEUF på grund av en felaktig tillämpning av principen om en privat aktör. Den andra grunden avsåg en felaktig beräkning av stödbeloppet och den tredje grunden avsåg kommissionens åsidosättande av motiveringsskyldigheten.
- 27 Genom den överklagade domen biföll tribunalen talan såvitt avser den första grunden och konstaterade att det följaktligen inte fanns anledning att pröva den andra grunden. Tribunalen lämnade även den tredje grunden utan åtgärd. Tribunalen ogiltigförklarade följaktligen det omtvistade beslutet i dess helhet och förpliktade kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

### **Parternas yrkanden**

- 28 Kommissionen har yrkat att domstolen ska

- upphäva den överklagade domen, och
- i första hand, pröva talan i första instans och ogilla den samt förplikta FIH-koncernen att ersätta rättegångskostnaderna i båda instanserna, eller
- i andra hand, återförvisa målet till tribunalen så att den kan pröva den andra grunden och förordna att beslutet om rättegångskostnaderna ska anstå.

29 FIH-koncernen har yrkat att domstolen ska

- i första hand ogilla överklagandet och förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna i båda instanserna, eller
- i andra hand, återförvisa målet till tribunalen så att den kan pröva den andra grunden och besluta om att beslutet om rättegångskostnaderna ska anstå.

### **Prövning av överklagandet**

30 Till stöd för sitt överklagande har kommissionen åberopat en enda grund, vilken avser att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning vid dess tolkning av artikel 107.1 FEUF i samband med prövningen av den första grunden.

### ***Parternas argument***

31 Kommissionen har i den anförda grunden gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig tillämpningen av principen om en privat aktör när den slog fast att kommissionen vid bedömningen av huruvida de aktuella åtgärderna utgjorde statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF var skyldig att jämföra beteendet hos danska staten vid tidpunkten för åtgärdernas vidtagande, inte med en privat investerares agerande utan med en privat borgenär i en marknadsekonomi (nedan kallat kriteriet avseende en privat borgenär) med beaktande av de finansiella risker som medlemsstaten var exponerad för till följd av 2009 års åtgärder.

32 Kommissionen anser att principen om en privat aktör har sitt ursprung i unionsrättens neutralitet i förhållande till egendomsordningen. Härav följer, enligt rättspraxis, att ekonomiska transaktioner som genomförts av offentliga organ inte medför någon fördel för motparterna och därför inte utgör statligt stöd när de genomförs på normala marknadsvillkor. Om det offentliga organet däremot inte har agerat som en privat aktör i en jämförbar situation, anses det mottagande företaget ha erhållit en ekonomisk fördel.

33 Kommissionen har tillagt att principen om en privat aktör tillämpas med bortseende från alla överväganden som uteslutande avser en medlemsstats roll som myndighet. Av detta följer att när kommissionen tillämpar denna princip får hänsyn inte tas till de skyldigheter som följer av statens roll som myndighetsutövare.

34 Följaktligen är principen om en privat aktör inte bara ”ett kriterium för ekonomisk rationalitet”, såsom tribunalen funnit i den överklagade domen, utan ett försök att fastställa huruvida en specifik transaktion är ekonomiskt rationell för en privat aktör.

35 I förevarande mål har kommissionen gjort gällande att de kostnader som skulle ha burits av danska staten år 2012 till följd av 2009 års åtgärder enbart återspeglade de skyldigheter som åligger denna medlemsstat i egenskap av myndighet, eftersom de var ett direkt resultat av det statliga stöd som dessa åtgärder innebar till förmån för FIH. Enligt kommissionen gjorde tribunalen således en felaktig

rättstillämpning när den, i punkterna 62–69 i den överklagade domen, felaktigt underlät att i samband med tillämpningen av principen om en privat aktör i det omtvistade beslutet beakta de kostnader som skulle ha burits av danska staten om den inte hade vidtagit de ifrågavarande åtgärderna, till följd av de risker som 2009 år åtgärder exponerade den för.

- 36 FIH-koncernen anser att kommissionens analys är alltför långtgående i och med att den innebär att en medlemsstats ekonomiska exponering till följd av ett tidigare beviljat statligt stöd aldrig kan beaktas inom ramen för prövningen av frågan huruvida medlemsstaten har agerat som en privat aktör.
- 37 Den viktigaste frågan som uppkommer med anledning av åtgärderna i fråga är snarare huruvida danska staten därigenom eftersträvar ett mål av allmänintresse och därmed har agerat i sin egenskap av myndighet, eller huruvida den eftersträvar ett ekonomiskt mål som en rationell privat borgenär hade kunnat eftersträva i en jämförbar situation.
- 38 Enligt FIH-koncernen står det klart att danska staten agerat för att skydda sina ekonomiska intressen och att en privat borgenär i samma situation skulle ha varit exponerad för risken att drabbas av betydande förluster om den inte hade försökt undvika en situation där betalning uteblir. Eftersom åtgärderna i fråga väsentligt har minskat danska statens tidigare exponering, finns det inte något skäl för att bestämmelserna om statligt stöd skulle hindra en rationell omstrukturering av medlemsstatens exponering och följaktligen en sund förvaltning av offentliga medel.
- 39 Såsom tribunalen angav i punkt 67 i den överklagade domen, skulle ett sådant resultat vara ologiskt med hänsyn till syftet med bestämmelserna om kontroll av statligt stöd och leda till en diskriminering till nackdel för offentliga borgenärer, vilket strider mot neutralitetsprincipen som fastställts i artikel 345 FEUF.
- 40 FIH-koncernen har vidare gjort gällande att det följer av domen av den 3 april 2014, kommissionen/Nederländerna och ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213), att en ändring av återbetalningsvillkoren för ett statligt stöd måste bedömas mot bakgrund av hur en privat borgenär skulle ha agerat med beaktande av risken för att återbetalning helt eller delvis uteblir. Enligt FIH-koncernen måste kommissionen undersöka huruvida en sådan ändring medför en ytterligare fördel för mottagaren av det ursprungliga stödet. Det är av denna anledning inte möjligt för kommissionen att, enbart på grund av att medlemsstatens tidigare åtgärd utgjorde statligt stöd, undandra sig skyldigheten att undersöka huruvida de aktuella åtgärderna är ekonomiskt rationella genom att beakta att danska statens tidigare exponering minskat.
- 41 Slutligen anser FIH-koncernen att domstolens dom av den 24 oktober 2013, Land Burgenland m.fl./kommissionen (C-214/12 P, C-215/12 P och C-223/12 P, EU:C:2013:682) inte är relevant, eftersom domstolen själv i punkt 62 i den domen har framhållit att de faktiska och rättsliga omständigheterna i det mål som gav upphov till nämnda dom avsevärt skiljer sig från dem som gav upphov till domen av den 2 mars 2012, Nederländerna/kommissionen (T-29/10 och T-33/10, EU:T:2012:98), som fastställts genom domen av den 3 april 2014, kommissionen/Nederländerna och ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213).
- 42 Enligt FIH-koncernen gäller detsamma dom av den 14 september 1994, Spanien/kommissionen (C-278/92–C-280/92, EU:C:1994:325), och dom av den 28 januari 2003, Tyskland/kommissionen (C-334/99, EU:C:2003:55), eftersom omständigheterna i dessa mål, både i rättsligt och faktiskt hänseende i hög grad skiljer sig från omständigheterna i förevarande mål.

### *Domstolens bedömning*

- 43 Enligt domstolens fasta praxis måste samtliga av följande villkor vara uppfyllda för att en åtgärd ska anses utgöra statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF. För det första ska det handla om ett ingripande från staten eller med hjälp av statliga medel. För det andra måste denna åtgärd kunna påverka handeln mellan medlemsstaterna. För det tredje ska åtgärden ge mottagaren av stödet en selektiv fördel. För det fjärde ska åtgärden snedvrida eller hota att snedvrida konkurrensen (se, bland annat, dom av den 21 december 2016, kommissionen/World Duty Free Group m.fl., C-20/15 P och C-21/15 P, EU:C:2016:981, punkt 53 och där angiven rättspraxis, och dom av den 18 maj 2017, Fondul Proprietatea, C-150/16, EU:C:2017:388, punkt 13).
- 44 Den enda grund som anförts till stöd för överklagandet avser uteslutande det tredje av dessa villkor och domstolen påpekar därför att enligt fast rättspraxis gäller att åtgärder som, oavsett form, direkt eller indirekt kan gynna företag, liksom åtgärder som kan anses ge det mottagande företaget ekonomiska fördelar som det inte skulle ha erhållit enligt normala marknadsmässiga villkor, anses utgöra statligt stöd (dom av den 2 september 2010, kommissionen/Deutsche Post, C-399/08 P, EU:C:2010:481, punkt 40 och där angiven rättspraxis, och dom av den 27 juni 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, C-74/16, EU:C:2017:496, punkt 65 och där angiven rättspraxis).
- 45 Med hänsyn till syftet med artikel 107.1 FEUF att säkerställa en icke snedvriden konkurrens (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 september 2008, Tyskland m.fl./Kronofrance, C-75/05 P och C-80/05 P, EU:C:2008:482, punkt 66), bland annat mellan offentliga och privata företag, ska begreppet ”stöd” i den mening som avses i denna bestämmelse således inte omfatta en åtgärd som beviljats till förmån för ett företag med hjälp av statliga medel, om företaget hade kunnat erhålla samma fördel under omständigheter som motsvarar normala marknadsvillkor. Bedömningen av de villkor på vilka en sådan fördel beviljats ska således i princip göras med tillämpning av principen om en privat aktör (se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 juni 2012, kommissionen/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, punkt 78, och dom av den 20 september 2017, kommissionen/Frucona Košice, C-300/16 P, EU:C:2017:706, punkterna 21 och 22).
- 46 Principen om en privat aktör ingår dessutom bland de faktorer som kommissionen ska beakta för att fastställa förekomsten av stöd och utgör därför inte något undantag som endast ska tillämpas på begäran av en medlemsstat när det har konstaterats att rekvisiten för begreppet statligt stöd enligt artikel 107.1 FEUF är uppfyllda (dom av den 5 juni 2012, kommissionen/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, punkt 103, dom av den 3 april 2014, kommissionen/Nederländerna och ING Groep, C-224/12 P, EU:C:2014:213, punkt 32, och dom av den 20 september 2017, kommissionen/Frucona Košice, C-300/16 P, EU:C:2017:706, punkt 23).
- 47 När det visar sig att kriteriet avseende en privat investerare kan vara tillämpligt, ankommer det således på kommissionen att förelägga den berörda medlemsstaten att inkomma med alla relevanta upplysningar som gör det möjligt för kommissionen att pröva om villkoren för att tillämpa detta kriterium är uppfyllda (dom av den 5 juni 2012, kommissionen/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, punkt 104, dom av den 3 april 2014, kommissionen/Nederländerna och ING Groep, C-224/12 P, EU:C:2014:213, punkt 33, och dom av den 20 september 2017, kommissionen/Frucona Košice, C-300/16 P, EU:C:2017:706, punkt 24 och där angiven rättspraxis).
- 48 Domstolen har i detta avseende slagit fast att när en medlemsstat i sin egenskap av aktieägare, och inte i sin egenskap av myndighet, beviljar ett företag en ekonomisk fördel, är tillämpligheten av principen om en privat aktör inte beroende av i vilken form fördelen har ställts till företagets förfogande och inte heller vilken typ av medel som används, vilka kan härröra från statens myndighetsutövning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 juni 2012, kommissionen/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, punkterna 81 och 91–93).

- 49 Domstolen har vidare slagit fast att tillämpligheten av principen om en privat aktör på en ändring av villkoren för förvärv av aktier i ett företag inte påverkas av att förvärvet av aktierna som ger staten ställning som investerare i detta företag har finansierats genom ett statligt stöd till förmån för nämnda företag (se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 april 2014, kommissionen/Nederländerna och ING Groep, C-224/12 P, EU:C:2014:213, punkt 34).
- 50 I förevarande fall tillämpade kommissionen principen om en privat aktör i det omtvistade beslutet när den granskade ifrågavarande åtgärder. Ingen av parterna har för övrigt bestritt tillämpligheten av denna princip för att fastställa om åtgärderna innebär en fördel för FIH-koncernen i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF.
- 51 Förevarande överklagande rör däremot frågan huruvida kommissionen, med tillämpning av kriteriet avseende en privat borgenär i stället för kriteriet avseende en privat investerare, skulle ha beaktat de risker som danska staten var exponerad för till följd av 2009 års åtgärder.
- 52 I detta hänseende framhåller domstolen att när principen om en privat aktör är tillämplig, ska det kriterium som ska tillämpas i ett visst fall bland annat bestämmas utifrån beskaffenheten av den transaktion som den berörda medlemsstaten har tänkt genomföra. Bland de kriterier som kan bli tillämpliga finns kriteriet avseende en privat investerare och kriteriet avseende en privat borgenär.
- 53 Det är utrett att de aktuella åtgärderna innebär investeringar i NewCo som gjorts av FSC, och att Konungariket Danmark under det administrativa förfarandet gjorde gällande att dessa investeringar var i linje med marknadsvillkoren. Medlemsstaten har även hävdats att de aktuella åtgärderna minskade den risk som den var exponerad för till följd av 2009 års åtgärder och att de därför utgjorde förvaltning av de fordringar som den hade gentemot FIH.
- 54 Mot denna bakgrund konstaterar domstolen att såväl kriteriet avseende en privat investerare, vilket tillämpats av kommissionen, som kriteriet avseende en privat borgenär, vilket framhållits av FIH-koncernen och vilket tribunalen funnit relevant för bedömningen av åtgärderna i fråga i den överklagade domen, kunde bli aktuella vid bedömningen.
- 55 Det följer vidare av fast rättspraxis att enbart de förmåner och skyldigheter som hänför sig till den situation där staten agerar i egenskap av privat aktör ska beaktas, medan förmåner och skyldigheter som är förknippade med staten i egenskap av myndighet inte ska beaktas vid bedömningen av huruvida samma åtgärd skulle ha vidtagits enligt normala marknadsvillkor av en privat investerare som befinner sig i en situation som ligger så nära som möjligt den situation som staten befinner sig i (se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 juni 2012, kommissionen/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, punkt 79 och där angiven rättspraxis, och dom av den 24 oktober 2013, Land Burgenland m.fl./kommissionen, C-214/12 P, C-215/12 P och C-223/12 P, EU:C:2013:682, punkt 52).
- 56 Vid bedömningen av huruvida en statlig åtgärd är ekonomiskt rationell, vilket krävs enligt principen om en privat aktör, har domstolen uteslutit statens kostnader för uppsägning av arbetstagare, arbetslöshetsförmåner och stöd till omstrukturering av industristrukturen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 september 1994, Spanien/kommissionen, C-278/92–C-280/92, EU:C:1994:325, punkt 22) samt beviljade garantier och fordringar som innehas av staten, i den utsträckning de i sig utgör statligt stöd (se, för ett liknande resonemang, dom av den 28 januari 2003, Tyskland/kommissionen, C-334/99, EU:C:2003:55, punkterna 138 och 140, och dom av den 24 oktober 2013, Land Burgen m.fl./kommissionen, C-214/12 P, C-215/12 P och C-223/12 P, EU:C:2013:682, punkterna 55, 56 och 61).



- 57 Vad gäller den sistnämnda situationen, har domstolen påpekat att eftersom en medlemsstat, per definition, eftersträvar andra mål än att de medel som ställs till företagens förfogande ska ge avkastning när den beviljar stöd, har dessa medel i princip beviljats av staten i dess egenskap av myndighet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 oktober 2013, Land Burgenland m.fl./kommissionen, C-214/12 P, C-215/12P och C-223/12 P, EU:C:2013:682, punkt 56).
- 58 Härav följer att de risker som staten är exponerad för, vilka följer av statligt stöd som den tidigare har beviljat, är förbundna med dess ställning som myndighet och de ingår därför inte bland de faktorer som en privat aktör, enligt normala marknadsvillkor, skulle ha beaktat i sina ekonomiska beräkningar (se, för ett liknande resonemang, dom av den 28 januari 2003, Tyskland/kommissionen, C-334/99, EU:C:2003:55, punkterna 138 och 140).
- 59 Detta gäller i synnerhet de skyldigheter som följer av statliga lån och garantier som tidigare beviljats ett företag och som utgör statligt stöd. Om de beaktades vid bedömningen av statliga åtgärder som vidtagits till förmån för samma företag skulle det nämligen kunna leda till att dessa åtgärder inte ska kvalificeras som statligt stöd, trots att de inte överensstämmer med normala marknadsvillkor, enbart av den anledningen att de visar sig fördelaktigare för staten i ekonomiskt hänseende än om de inte hade vidtagits. Ett sådant resultat skulle undergräva målet att säkerställa en icke snedvriden konkurrens som anges i punkt 45 i denna dom.
- 60 Såsom tribunalen slog fast i punkterna 2 och 3 i den överklagade domen, hade de två lagar som antogs år 2009 i kraft av vilka danska staten vidtog 2009 års åtgärder i förevarande fall godkänts av kommissionen genom beslut K(2009) 776 slutlig som en statlig stödordning som är förenlig med den inre marknaden. Det framgår av punkterna 47, 53 och 55 i detta beslut att kommissionen, i likhet med den danska regeringen, ansåg att de åtgärder som planerades i de två lagarna utgjorde statligt stöd, eftersom en privat investerare inte i samma utsträckning och på liknande villkor skulle ha beslutat att bevilja de berörda kapitaltillskotten och garantierna.
- 61 Dessutom framgår det inte av den överklagade domen eller det omtvistade beslutet att danska staten genom 2009 års åtgärder åtminstone delvis eftersträvade ett vinstsyfte. Dessutom framgår det inte att ett sådant syfte skulle ha åberopats under det administrativa eller rättsliga förfarandet i förevarande mål och att det skulle ha lagts fram objektiv och kontrollerbar bevisning till stöd för detta. Mot denna bakgrund konstaterar domstolen att det inte finns några uppgifter i handlingarna som syftar till att visa att 2009 års åtgärder, i vart fall delvis, inte var statligt stöd.
- 62 Härav följer att kommissionen gjorde en riktig bedömning när den i förevarande fall i samband med tillämpningen av kriteriet avseende en privat aktör inte beaktade de risker som var kopplade till det statliga stöd som beviljats FIH genom 2009 års åtgärder. Tribunalens rättstillämpning i punkterna 69 och 71 i den överklagade domen var följaktligen felaktig när den fann att kommissionen på detta sätt hade gjort en felaktig tillämpning av principen om en privat investerare i det omtvistade beslutet.
- 63 Tribunalen ålade därigenom felaktigt kommissionen att bedöma huruvida de aktuella åtgärderna är ekonomiskt rationella, inte utifrån en privat aktörs ståndpunkt i en jämförbar situation, utan utifrån statens ståndpunkt i egenskap av myndighet som i ett tidigare skede, genom 2009 års åtgärder, hade beviljat FIH statligt stöd, vars ekonomiska konsekvenser den sökte begränsa.
- 64 Dessa slutsatser kan inte vederläggas av FIH-koncernens argument, vilka dels grundar sig på punkterna 34–37 i dom av den 3 april 2014, kommissionen/Nederländerna och ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213), dels på dom av den 5 juni 2012, kommissionen/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318), och dom av den 24 januari 2013, Frucona Košice/kommissionen (C-73/11 P, EU:C:2013:32), och, för det tredje, på en sund förvaltning av offentliga medel.

- 65 Vad för det första beträffar argumentet att det enligt FIH-koncernen förelåg likheter mellan de faktiska och rättsliga omständigheterna i förevarande mål och omständigheterna i det mål som avgjordes genom domen av den 3 april 2014, kommissionen/Nederländerna och ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213), framhåller domstolen att den grund till vilken de av FIH-koncernen åberopade punkterna i den domen hänför sig, rörde frågan om tillämpligheten av principen om en privat aktör, vilket kommissionen funnit inte var fallet, och inte, som i förevarande mål, dess tillämpning på de berörda åtgärderna. Domstolen fann i punkterna 34 och 37 i den domen i huvudsak att tillämpligheten av detta kriterium på en statlig åtgärd i princip inte i sig är utesluten enbart med hänvisning till den koppling som kan finnas mellan det omtvistade statliga ingripandet och myndighetsutövning i form av det tidigare beviljandet av statligt stöd.
- 66 Det framgår visserligen av punkterna 35 och 36 i domen av den 3 april 2014, kommissionen/Nederländerna och ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213), att det i det ärendet ankom på kommissionen att granska huruvida de ändringar som nederländska staten föreslog beträffande återbetalningsvillkoren för tidigare genomfört kapitaltillskott med hjälp av statligt stöd var ekonomiskt rationella, utifrån hur en privat investerare skulle ha agerat.
- 67 Såsom generaladvokaten har påpekat i punkterna 63 och 65–68 i sitt förslag till avgörande finns det inget som tyder på att domstolen därigenom skulle ha ålagt institutionen att genomföra en granskning som går längre än en kontroll av huruvida de föreslagna ändringarna i sig är ekonomiskt rationella, och som således skulle innebära ett beaktande av den nederländska statens riskexponering till följd av statligt stöd som tidigare beviljats det stödmottagande företaget.
- 68 På liknande sätt har domstolen visserligen i punkt 36 i domen av den 3 april 2014, kommissionen/Nederländerna och ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213) angett att en privat investerare skulle kunna godta en ändring av återbetalningsvillkoren för ett tidigare kapitaltillskott i syfte att bland annat öka chanserna för att kapitaltillskottet återbetalas. Denna precisering innebär dock inte att det vid bedömningen av huruvida en åtgärd som sådan är ekonomiskt rationell – som görs för att avgöra om en privat investerare skulle ha agerat som staten – ska tas hänsyn till de risker som uppstår för denna medlemsstat till följd av ett tidigare beviljat statligt stöd.
- 69 I detta avseende bör det framhållas att i det mål som avgjordes genom domen av den 3 april 2014, kommissionen/Nederländerna och ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213), till skillnad från i förevarande mål, befann sig inte mottagaren av det tidigare beviljade stödet, vid den tidpunkt då ändringarna planerades, i ekonomiska svårigheter som satte kontinuiteten i dess verksamhet i fara och dessa ändringar innebar inte att stödmottagaren räddades genom betydande offentliga investeringar.
- 70 Nämnade ändringar syftade nämligen bland annat till att ge det stödmottagande företaget incitament att återbetala tillskjutet kapital i förtid och att öka möjligheterna för nederländska staten att erhålla tillfredsställande ersättning, vilket inte var garanterat under alla omständigheter enligt de ursprungliga villkoren.
- 71 För det andra har FIH-koncernen med stöd av domen av den 5 juni 2012, kommissionen/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318), och dom av den 24 januari 2013, Frucona Košice/kommissionen (C-73/11 P, EU:C:2013:32), anfört argumentet att den skattemässiga karaktären av statens fordran på ett företag, även om den är förknippad med myndighetsutövning, inte utgör något hinder för att tillämpa principen om en privat aktör i samband med bedömningen mot bakgrund av artikel 107.1 FEUF av en åtgärd genom vilken staten beviljar samma företag en omstrukturering av nämnda fordran.

- 72 I detta avseende bör det påpekas att den rättspraxis som angetts i föregående punkt är relevant när det gäller tillämpligheten av principen om en privat aktör, men inte beträffande tillämpningen av denna princip i ett visst fall (se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 juni 2012, kommissionen/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, punkt 100, och dom av den 24 oktober 2013, Land Burgenland m.fl./kommissionen, C-214/12 P, C-215/12 P och C-223/12 P, EU:C:2013:682, punkt 51).
- 73 Av detta framgår att denna rättspraxis inte är ägnad att påverka konstaterandet i punkterna 57–59 i denna dom, enligt vilket de risker som en medlemsstat exponeras för på grund av en fordran som har sitt ursprung i ett statligt stöd som beviljats ett företag, inte får beaktas vid tillämpningen av principen om en privat aktör på en senare åtgärd som vidtagits av medlemsstaten till förmån för detta företag, eftersom dessa risker är oupplösligt förbundna med medlemsstatens handlande i egenskap av myndighet.
- 74 När det slutligen för det tredje gäller en sund förvaltning av offentliga medel, godtar inte domstolen FIH-koncernens påstående att tillämpningen av principen om en privat investerare i det omtvistade beslutet leder till att en medlemsstats ekonomiska exponering med anledning av ett tidigare beviljat statligt stöd och dess önskan att skydda sina ekonomiska intressen inte kan beaktas i samband med en granskning enligt artikel 107 FEUF.
- 75 Även om det är riktigt att sådana överväganden inte beaktas vid en granskning enligt artikel 107.1 FEUF av huruvida det föreligger statligt stöd, kan sådana överväganden, såsom kommissionen påpekade vid förhandlingen vid domstolen och som generaladvokaten har funnit i punkterna 81 och 83 i sitt förslag till avgörande, icke desto mindre beaktas av kommissionen när den enligt artikel 107.3 FEUF bedömer huruvida en efterföljande stödåtgärd är förenlig med den inre marknaden och kan därför medföra att institutionen, som i förevarande fall, konstaterar att åtgärden är förenlig med den inre marknaden.
- 76 Mot bakgrund av det ovan anförda ska överklagandet bifallas på den enda grunden som har åberopats och den överklagade domen ska följaktligen upphävas.

### **Målet i första instans**

- 77 Enligt artikel 61 första stycket i stadgan för Europeiska unionens domstol får domstolen, om den upphäver tribunalens avgörande, själv slutligt avgöra målet, om detta är färdigt för avgörande.
- 78 I förevarande fall förfogar domstolen över de upplysningar som krävs för att slutligt ta ställning till den första grunden i första instans, avseende åsidosättande av artikel 107.1 FEUF på grund av en felaktig tillämpning av principen om en privat aktör.
- 79 Såsom framgår av punkterna 51–63 i denna dom, kan det argument som FIH-koncernen anfört om att kommissionen i förevarande fall borde ha tillämpat kriteriet avseende en privat borgenär och inte kriteriet avseende en privat investerare, inte vinna framgång.
- 80 Talan kan följaktligen inte vinna bifall såvitt avser den första grunden.
- 81 Tvärtemot vad kommissionen har yrkat i första hand, är målet inte färdigt för avgörande såvitt avser den andra grunden som har åberopats till stöd för talan i första instans.
- 82 Såsom framgår av punkt 85 i den överklagade domen, fann tribunalen på grund av att talan skulle bifallas på den första grunden, att det saknades anledning att pröva den andra grunden som avsåg en felaktig beräkning av stödbeloppet.

- 83 Följaktligen ska målet återförvisas till tribunalen för handläggning i den del det avser den andra grunden i första instans som tribunalen inte har prövat.

### **Rättegångskostnader**

- 84 Eftersom målet återförvisas till tribunalen ska beslutet om rättegångskostnaderna anstå.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (stora avdelningen) följande:

- 1) **Den dom som meddelades av Europeiska unionens tribunal den 15 september 2016, FIH Holding och FIH Erhvervsbank/kommissionen (T-386/14, EU:T:2016:474), upphävs.**
- 2) **Talan vid Europeiska unionens tribunal kan inte bifallas såvitt avser den första grunden.**
- 3) **Målet återförvisas till Europeiska unionens tribunal för prövning av den andra grunden.**
- 4) **Beslut i frågan om rättegångskostnader anstår.**

Underskrifter