

СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÉ UNIE
DEN EUROPÆISKE UNIONS DOMSTOL
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN UNION
EUROOPA LIIDU KOHUS
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΕΝΩΣΗΣ
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION
COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE
CÚIRT BHREITHIÚNAIS AN AONTAIS EORPAIGH
SUD EUROPSKE UNJE
CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA



EIROPAS SAVIENĪBAS TIESA
EUROPOS SAJUNGOS TEISINGUMO TEISMAS
AZ EURÓPAI UNIÓ BÍRÓSÁGA
IL-QORTI TAL-ĠUSTIZZJA TAL-UNJONI EWROPEA
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA
CURTEA DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE
SÚDNY DVOR EURÓPSKEJ ÚNIE
SODIŠČE EVROPSKE UNJE
EUROOPAN UNIONIN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA UNIONENS DOMSTOL

DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

6. marts 2018 *

»Appel – statsstøtte – begrebet »støtte« – begrebet »økonomisk fordel« – princippet om den private aktør i en markedsøkonomi – betingelserne for anvendelighed og anvendelse – finanskrisen – successive indgreb for at redde en bank – hensyntagen eller ej ved bedømmelsen af det andet indgreb til de risici, der følger af tilsagn afgivet af medlemsstaten i forbindelse med det første indgreb«

I sag C-579/16 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, iværksat den 16. november 2016,

Europa-Kommissionen ved A. Bouchagiar, L. Flynn og K. Blanck-Putz, som befuldmægtigede,

appellant,

de øvrige parter i appelsagen:

FIH Holding A/S, København (Danmark),

FIH Erhvervsbank A/S, København,

ved advokat O. Koktvedgaard,

sagsøgere i første instans,

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling),

sammensat af præsidenten, K. Lenaerts, vicepræsidenten, A. Tizzano, afdelingsformændene L. Bay Larsen, T. von Danwitz, J.L. da Cruz Vilaça, C.G.

* Processprog: engelsk.

Fernlund og C. Vajda samt dommerne J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev (refererende dommer), C. Toader, M. Safjan, D. Šváby, E. Jarašiūnas, S. Rodin og F. Biltgen,

generaladvokat: M. Szpunar,

justitssekretær: ekspeditionssekretær L. Hewlett,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 19. september 2017,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 28. november 2017,

afsagt følgende

Dom

- 1 Europa-Kommissionen har i sit appelskrift nedlagt påstand om ophævelse af Den Europæiske Unions Rets dom af 15. september 2016, FIH Holding og FIH Erhvervsbank mod Kommissionen (T-386/14, herefter »den appellerede dom«, EU:T:2016:474), hvorved den annullerede Kommissionens afgørelse 2014/884/EU af 11. marts 2014 om statsstøtte nr. SA.34445 (12/C) ydet af Danmark med henblik på overdragelsen af ejendomsrelaterede aktiver fra FIH til Finansiell Stabilitet (EUT 2014, L 357, s. 89, herefter »den omtvistede afgørelse«).

Twistens baggrund

- 2 FIH Erhvervsbank A/S (herefter »FIH«) er et selskab med begrænset ansvar, der er stiftet i overensstemmelse med dansk banklovgivning, og som er under tilsyn fra de danske bankmyndigheder. FIH og selskabets datterselskaber er ejet fuldt ud af FIH Holding A/S.
- 3 FIH, som var påvirket af den globale finanskrisen, der udløstes i løbet af 2007, blev i løbet af 2009 omfattet af to typer foranstaltninger. Dels modtog banken i juni 2009 et indskud af hybrid tier 1-kapital på 1,9 mia. DKK (ca. 255 mio. EUR) i medfør af lov om statsligt kapitalindskud i kreditinstitutter af 3. februar 2009 og den bekendtgørelse, der var udstedt i medfør af denne lov. Dels udstedte Kongeriget Danmark i juli 2009 en statsgaranti til FIH på 50 mia. DKK (ca. 6,71 mia. EUR) i medfør af lov om finansiell stabilitet af 10. oktober 2008, som ændret ved lov nr. 68 af 3. februar 2009 (herefter samlet »foranstaltningerne fra 2009«). FIH anvendte hele denne garanti til at udstede obligationer.
- 4 Disse to love var blevet godkendt af Kommissionen ved beslutning K(2009) 776 endelig af 3. februar 2009 om statsstøtte N31a/2009 – Danmark som en støtteordning, der var forenelig med det indre marked.

- 5 Den 31. december 2011 beløb de af FIH udstedte og af den danske stat garanterede obligationer sig til 41,7 mia. DKK (ca. 5,59 mia. EUR), dvs. 49,94% af FIH's balance. Disse obligationer udløb i 2012 og i 2013.
- 6 I perioden fra 2009 til 2011 sænkede kreditvurderingsinstituttet Moody's kreditvurderingen for FIH, som gik fra A2 til B1 med negative udsigter.
- 7 Som følge af navnlig denne sænkning af kreditvurderingen og den omstændighed, at udløbsdatoen for de af FIH udstedte obligationer, som var omfattet af garantien stillet af den danske stat, nærmede sig, stod det klart i løbet af 2011, at FIH i 2012 og 2013 ville få likviditetsproblemer, der medførte en risiko for, at banken ville miste sin banklicens og dermed ville blive afviklet.
- 8 Under disse omstændigheder anmeldte Kongeriget Danmark den 6. marts 2012 en række foranstaltninger (herefter »de omhandlede foranstaltninger«) til Kommissionen, hvilke foranstaltninger først og fremmest omfattede oprettelsen af et nyt datterselskab til FIH Holding, NewCo, som de mest problematiske af FIH's aktiver, i det væsentlige realkreditlån og derivater med en nominel værdi på ca. 17,1 mia. DKK (ca. 2,3 mia. EUR), skulle overføres til for at frigøre kapacitet på FIH's balance.
- 9 Derefter skulle Financial Stability Company (herefter »FSC«), en offentlig enhed oprettet af de danske myndigheder i forbindelse med den globale finanskrise, købe aktier i NewCo for 2 mia. DKK (ca. 268 mio. EUR) med henblik på afvikling af dette selskab inden for fire år. FSC skulle finansiere og rekapitalisere NewCo i løbet af selskabets afvikling, hvis dette viste sig nødvendigt.
- 10 Endelig skulle FIH som modydelse til disse foranstaltninger tilbagebetale det kapitalindskud på 1,9 mia. DKK (ca. 255 mio. EUR), som de danske myndigheder foretog i 2009, hvilket skulle sætte FSC i stand til at tilbagekøbe NewCo uden brug af egne midler.
- 11 FIH var desuden forpligtet til at yde NewCo et første lån på 1,65 mia. DKK (ca. 221 mio. EUR) til dækning af NewCos forventede tab, som alene skulle tilbagebetales, hvis afviklingen af de realkreditlån og derivater, som var overført til NewCo, gav et resultat, der oversteg 2 mia. DKK (ca. 268 mio. EUR).
- 12 Desuden skulle FIH yde yderligere et lån til NewCo på ca. 13,45 mia. DKK (ca. 1,8 mia. EUR), som skulle udløbe på det tidspunkt, hvor de af FIH udstedte obligationer, der i 2009 blev garanteret af den danske stat, skulle udløbe, og hvor de af FIH oppebårne beløb skulle anvendes til indfrielse af selskabets obligationer, der var garanteret af den danske stat.
- 13 Hvad angår FIH Holding var det fastsat, at dette selskab skulle stille en ubegrænset garanti for FSC mod ethvert tab, således at FSC under opløsningen af NewCo, som oprindeligt var planlagt til at finde sted i 2016, var berettiget til at tilbagesøge alle tab, som enheden eventuelt var blevet påført ved tilbagekøbet og afviklingen af NewCo.

- 14 Ved afgørelse C(2012) 4427 final af 29. juni 2012 om statsstøtte SA.34445 (12/C) (ex 2012/N) – Danmark indledte Kommissionen en formel undersøgelsesprocedure med hensyn til de omhandlede foranstaltninger med den begrundelse, at disse ifølge Kommissionen udgjorde statsstøtte til fordel for FIH og FIH Holding (herefter »FIH-koncernen«) og NewCo. Af hensyn til den finansielle stabilitet godkendte den imidlertid disse foranstaltninger for en periode på seks måneder, eller, såfremt Kongeriget Danmark fremlagde en omstruktureringsplan i løbet af denne periode, indtil den traf endelig afgørelse om dette spørgsmål.
- 15 Den 2. juli 2012 tilbagebetalte FIH Kongeriget Danmark det offentlige indskud af hybrid tier 1-kapital, som selskabet havde modtaget i 2009.
- 16 Den 4. januar 2013 fremlagde Kongeriget Danmark en omstruktureringsplan for FIH. Den endelige version blev fremlagt den 24. juni 2013.
- 17 Kongeriget Danmark gjorde under den administrative procedure bl.a. gældende, at de omhandlede foranstaltninger ikke omfattede statsstøtte, eftersom transaktionerne mellem FSC og FIH-koncernen var i overensstemmelse med markedsvilkårene, og denne koncern var forpligtet til at betale samtlige omkostninger ved transaktionerne og afviklingen af NewCo. Medlemsstaten anførte ligeledes, at denne plan muliggjorde en betydelig reducere af den risiko, som den var eksponeret for som følge af foranstaltningerne fra 2009.
- 18 Den 3. oktober 2013 fremsendte Kongeriget Danmark en række forslag til tilsagn, hvis endelig udgave er dateret den 3. februar 2014, for at imødekomme de betænkeligheder, som Kommissionen havde givet udtryk for i forbindelse med undersøgelsesproceduren.
- 19 Den 12. marts 2014 underrettede Kommissionen Kongeriget Danmark om den omtvistede afgørelse. Kommissionen kvalificerede i denne afgørelse de omhandlede foranstaltninger som statsstøtte som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF, og erklærede de nævnte foranstaltninger forenelige med det indre marked i medfør af artikel 107, stk. 3, litra b), under henvisning til den omstruktureringsplan og de tilsagn, som Kongeriget Danmark havde fremlagt og afgivet.
- 20 Kommissionen undersøgte i den første del af sin bedømmelse vedrørende spørgsmålet, om der forelå støtte, om de omhandlede foranstaltninger medførte en økonomisk fordel for FIH-koncernen. Med henblik herpå foretog Kommissionen en analyse af de nævnte foranstaltninger med udgangspunkt i princippet om den private aktør i en markedsøkonomi (herefter »princippet om den private aktør«), der ifølge den omtvistede afgørelse i den foreliggende sag i det væsentlige består i at fastlægge, om en privat investor i en markedsøkonomi ville have foretaget en given transaktion på de samme vilkår og betingelser som den offentlige investor på det tidspunkt, hvor beslutningen om at stille offentlige midler til rådighed blev truffet (herefter »kriteriet om den private investor«).

- 21 Kommissionen fastslog efter sin bedømmelse, som blev foretaget i den omtvistede afgørelses punkt 84-98, at de omhandlede foranstaltninger ikke overholdt princippet om den private aktør og dermed havde medført en fordel for FIH-koncernen, primært som følge af den omstændighed, at den forrentning, der var fastsat som modydelse for de finansielle midler, som den danske stat havde givet tilsagn om, var utilstrækkelig. Ifølge beregningen heraf beløb støtten sig til ca. 2,25 mia. DKK (ca. 300 mio. EUR).
- 22 Det fremgår af disse punkter, at selv om Kommissionen henviste til foranstaltningerne fra 2009, navnlig i denne afgørelses punkt 88 og 98, foretog den ikke desto mindre sin bedømmelse af de omhandlede foranstaltningers økonomiske rationalitet uden at tage hensyn til de eventuelle udgifter, som den danske stat skulle have afholdt, i fraværet af de nævnte foranstaltninger, som følge af de risici, som denne stat var udsat for som følge af foranstaltningerne fra 2009.
- 23 Hvad angår støttens forenelighed med det indre marked undersøgte Kommissionen de omhandlede foranstaltninger i lyset af sin meddelelse om behandlingen af værdiforringede aktiver i Fællesskabets banksektor (EUT 2009, C 72, s. 1) og sin meddelelse om anvendelse af statsstøtteregele på støtteforanstaltninger til fordel for banker i forbindelse med finanskrisen fra og med den 1. januar 2012 (EUT 2011, C 356, s. 7).
- 24 I betragtning af den af Kongeriget Danmark fremlagte omstruktureringsplan og de af denne medlemsstat afgivne tilsagn, som er fremstillet i den omtvistede afgørelses 56-62 og også findes i bilaget til denne afgørelse, konkluderede Kommissionen, at den omhandlede støtte var forenelig med det indre marked. Disse tilsagn fastsatte bl.a., at FIH skulle foretage yderligere overførsler til FSC, og at FIH skulle give tilsagn om at afholde sig fra visse aktiviteter, herunder finansiering af fast ejendom, kapitalinvestering og privat formueforvaltning.

Sagen for Retten og den appellerede dom

- 25 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 24. maj 2014 anlagde FIH-koncernen sag med påstand om annullation af den omtvistede afgørelse.
- 26 FIH-koncernen fremsatte til støtte for søgsmålet tre anbringender om for det første tilsidesættelse af artikel 107, stk. 1, TEUF, for så vidt som princippet om den private aktør ikke var anvendt korrekt, for det andet fejl i forbindelse med beregningen af størrelsen af statsstøtten og for det tredje, at Kommissionen havde tilsidesat begrundelsespligten.
- 27 Ved den appellerede dom tog Retten det første søgsmålsanbringende til følge og fandt følgelig, at det var ufornuddent at undersøge det andet anbringende. Den forkastede ligeledes det tredje søgsmålsanbringende. Den annullerede følgelig den omtvistede afgørelse i sin helhed og pålagde Kommissionen at betale sagsomkostningerne.

Parternes påstande

28 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede dom ophæves.
- Principalt træffes afgørelse vedrørende søgsmålet i første instans, idet Kommissionen frifindes, og FIH-koncernen tilpligtes at betale sagsomkostningerne i begge instanser.
- Subsidiært hjemvises sagen til Retten med henblik på behandling af det andet søgsmålsanbringende, og afgørelsen om sagsomkostningerne udsættes.

29 FIH-koncernen har nedlagt følgende påstande:

- Principalt forkastes appellen, og Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne i begge instanser.
- Subsidiært hjemvises sagen til Retten med henblik på behandling af det andet søgsmålsanbringende, og afgørelsen om sagsomkostningerne udsættes.

Appellen

30 Kommissionen har til støtte for appellen fremsat et enkelt anbringende vedrørende en retlig fejl, som Retten begik ved sin fortolkning af artikel 107, stk. 1, TEUF ved bedømmelsen af det første søgsmålsanbringende.

Parternes argumenter

31 Kommissionen har med sit eneste anbringende anført, at Retten begik en retlig fejl ved anvendelsen af princippet om den private aktør, idet den fastslog, at Kommissionen med henblik på bedømmelsen af, om de omhandlede foranstaltninger udgjorde statsstøtte som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF, var forpligtet til at sammenligne den danske stats adfærd ved vedtagelsen af de nævnte foranstaltninger med den adfærd, som en privat kreditor i en markedsøkonomi (herefter »kriteriet om den private kreditor«) ville udvise, og ikke med den adfærd, som en privat investor ville udvise, under hensyntagen til de finansielle risici, som denne medlemsstat var eksponeret for som følge af foranstaltningerne fra 2009.

32 Ifølge Kommissionen udspringer princippet om den private aktør af Unionens retsordens neutralitet for så vidt angår den ejendomsretlige ordning. Det følger heraf, at i overensstemmelse med retspraksis giver økonomiske transaktioner, der gennemføres af offentlige organer, ikke en fordel til deres modtagere, og udgør derfor ikke statsstøtte, hvis de gennemføres på normale markedsvilkår. Hvis det offentlige organ derimod ikke har forholdt sig, som en privat aktør i en

sammenlignelig situation ville have gjort, anses den begunstige virksomhed for at have modtaget en økonomisk fordel.

- 33 Kommissionen har endvidere anført, at princippet om den private aktør finder anvendelse uden hensyntagen til enhver betragtning, der alene vedrører statens rolle som offentlig myndighed. Det følger heraf, at der ved anvendelsen af dette princip ikke kan tages hensyn til de forpligtelser, der følger af statens rolle som offentlig myndighed.
- 34 Princippet om den private aktør er derfor ikke blot et »kriterium om økonomisk rationalitet«, som Retten lagde til grund i den appellerede dom, men har til formål at fastlægge, som en bestemt transaktion er økonomisk rationel fra en privat aktørs synspunkt.
- 35 I den foreliggende sag har Kommissionen anført, at de omkostninger, som den danske stat skulle have afholdt i 2012 som følge af foranstaltningerne fra 2009, blot afspejlede de forpligtelser, som påhvilede denne medlemsstat som offentlig myndighed, eftersom de var den direkte konsekvens af den statsstøtte til fordel for FIH, som de nævnte foranstaltninger bevirkede. Retten begik dermed en retlig fejl, da den i den appellerede doms præmis 62-69 fastslog, at Kommissionen i forbindelse med sin anvendelse af princippet om den private aktør i den omtvistede afgørelse med urette ikke havde taget hensyn til de omkostninger, som den danske stat skulle have afholdt, hvis denne medlemsstat ikke havde vedtaget de omhandlede foranstaltninger, der fulgte af de risici, som foranstaltningerne fra 2009 eksponerede nævnte medlemsstat for.
- 36 Det er FIH-koncernens opfattelse for det første, at Kommissionens analyse er uforholdsmæssig, idet den indebærer, at en medlemsstats økonomiske eksponering som følge af en tidligere tildelt statsstøtte aldrig vil kunne tages i betragtning i forbindelse med undersøgelsen af spørgsmålet, om medlemsstaten har handlet, som en privat aktør ville have handlet.
- 37 Det centrale spørgsmål, som de omhandlede foranstaltninger giver anledning til, er snarere, om den danske stat med disse foranstaltninger forfulgte formål af almen interesse – og dermed handlede i sin egenskab af offentlig myndighed – eller et økonomisk formål, som en fornuftig private kreditor i en sammenlignelig situation kunne have forfulgt.
- 38 Ifølge FIH-koncernen er det imidlertid åbenbart, at den danske stat handlede for at beskytte sine økonomiske interesser, og at en privat kreditor, der befandt sig i en identisk situation, ville have været eksponeret for en risiko for at lide store tab, hvis den pågældende ikke havde forsøgt at undgå en misligholdelse af betalingspligten. Idet de omhandlede foranstaltninger i betydelig grad havde reduceret den danske stats tidligere eksponering, er der således ingen grund til, at bestemmelserne vedrørende statsstøtte skulle hindre en rationel omlægning af medlemsstatens eksponering og dermed en god forvaltning af offentlige midler.

- 39 Som Retten anførte i den appellerede doms præmis 67, er dette resultat ulogisk, henset til formålet med reglerne om kontrol af statsstøtte, og det medfører en forskelsbehandling til skade for offentlige kreditorer i strid med neutralitetsprincippet, der er fastsat i artikel 345 TEUF.
- 40 FIH-koncernen har for det andet gjort gældende, at det følger af dom af 3. april 2014, Kommissionen mod Nederlandene og ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213), at ændringen af betingelserne for tilbagebetaling af statsstøtte skal bedømmes i lyset af den adfærd, som en privat kreditor ville have udvist, idet der skal tages hensyn til risikoen for hel eller delvis manglende tilbagebetaling. Ifølge FIH-koncernen skal Kommissionen efterprøve, om en sådan ændring medfører en yderligere fordel for modtageren af den oprindelige støtte. Det er dermed ikke muligt for Kommissionen – alene med den begrundelse, at medlemsstatens forudgående foranstaltning udgjorde statsstøtte – at unddrage sig sin forpligtelse til at undersøge de omhandlede foranstaltningers økonomiske rationalitet ved at tage reduktionen af den danske stats tidligere eksponering i betragtning.
- 41 FIH-koncernen er for det tredje af den opfattelse, at dom af 24. oktober 2013, Burgenland m.fl. mod Kommissionen (C-214/12 P, C-215/12 P og C-223/12 P, EU:C:2013:682), ikke er relevant, idet Domstolen i denne doms præmis 62 selv fremhævede, at de faktiske og retlige omstændigheder i den sag, der gav anledning til den nævnte dom, adskiller sig væsentligt fra dem, der gør sig gældende i den sag, der ligger til grund for Rettens dom af 2. marts 2012, Nederlandene mod Kommissionen (T-29/10 og T-33/10, EU:T:2012:98), som blev stadfæstet ved dom af 3. april 2014, Kommissionen mod Nederlandene og ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213).
- 42 Det samme gør sig ifølge FIH-koncernen gældende for dom af 14. september 1994, Spanien mod Kommissionen (C-278/92 – C-280/92, EU:C:1994:325), og af 28. januar 2003, Tyskland mod Kommissionen (C-334/99, EU:C:2003:55), eftersom de omstændigheder, der forelå i disse sager, både hvad angår de faktiske og de retlige omstændigheder er meget forskellige fra omstændighederne i nærværende sag.

Domstolens bemærkninger

- 43 Det bemærkes indledningsvis, at ifølge Domstolens faste praksis skal en national foranstaltning for at kunne kvalificeres som »statsstøtte« som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF opfylde samtlige nedenstående betingelser. For det første skal der være tale om en statslig indgriben eller indgriben ved hjælp af statsmidler. For det andet skal denne støtte kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. For det tredje skal den give modtageren en selektiv fordel. For det fjerde skal den fordreje eller true med at fordreje konkurrencevilkårene (jf. bl.a. dom af 21.12.2016, Kommissionen mod World Duty Free Group m.fl., C-20/15 P og C-21/15 P, EU:C:2016:981, præmis 53 og den deri nævnte retspraksis, og af 18.5.2017, Fondul Proprietatea, C-150/16, EU:C:2017:388, præmis 13).

- 44 Da det eneste appelanbringende udelukkende vedrører den tredje af disse betingelser, skal det bemærkes, at ifølge en ligeledes fast praksis fra Domstolen anses foranstaltninger – uanset hvilken form de end måtte have – for statsstøtte, hvis de direkte eller indirekte kan favorisere visse virksomheder, eller den begunstigede virksomhed opnår en økonomisk fordel, som den ikke ville have opnået under sædvanlige markedsvilkår (jf. dom af 2.9.2010, Kommissionen mod Deutsche Post, C-399/08 P, EU:C:2010:481, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis, og af 27.6.2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, C-74/16, EU:C:2017:496, præmis 65 og den deri nævnte retspraksis).
- 45 Henset til formålet med artikel 107, stk. 1, TEUF, som er at sikre en konkurrence, der ikke er fordrejet (jf. i denne retning dom af 11.9.2008, Tyskland m.fl. mod Kronofrance, C-75/05 P og C-80/05 P, EU:C:2008:482, præmis 66), bl.a. mellem offentlige og private virksomheder, kan begrebet »støtte« som omhandlet i denne bestemmelse ikke omfatte en foranstaltning, der er indført til fordel for en virksomhed ved hjælp af statslige midler, når denne virksomhed kunne have opnået den samme fordel på vilkår, der svarer til normale markedsvilkår. Bedømmelsen af de vilkår, hvorunder en sådan fordel indrømmes, skal således i princippet foretages under anvendelse af princippet om den private aktør (jf. i denne retning dom af 5.6.2012, Kommissionen mod EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, præmis 78, og af 20.9.2017, Kommissionen mod Frucona Košice, C-300/16 P, EU:C:2017:706, præmis 21 og 22).
- 46 Desuden er princippet om den private aktør blandt de elementer, som Kommissionen har pligt til at tage hensyn til for at fastslå, om der foreligger en støtte, og det udgør derfor ikke en undtagelse, som kun finder anvendelse efter anmodning fra en medlemsstat, når det fastslås, at de elementer, som udgør »en statsstøtte« som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF, foreligger (dom af 5.6.2012, Kommissionen mod EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, præmis 103, af 3.4.2014, Kommissionen mod Nederlandene og ING Groep, C-224/12 P, EU:C:2014:213, præmis 32, og af 20.9.2017, Kommissionen mod Frucona Košice, C-300/16 P, EU:C:2017:706, præmis 23).
- 47 Når det viser sig, at princippet om den private aktør kan finde anvendelse, er Kommissionen følgelig forpligtet til at anmode den pågældende medlemsstat om at give den alle relevante oplysninger, som sætter den i stand til at undersøge, om betingelserne for anvendelse af dette princip er opfyldt (jf. i denne retning dom af 5.6.2012, Kommissionen mod EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, præmis 104, af 3.4.2014, Kommissionen mod Nederlandene og ING Groep, C-224/12 P, EU:C:2014:213, præmis 33, og af 20.9.2017, Kommissionen mod Frucona Košice, C-300/16 P, EU:C:2017:706, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis).
- 48 Domstolen har i denne henseende præciseret, at når en medlemsstat i sin egenskab af aktionær og ikke i sin egenskab af offentlig myndighed indrømmer en økonomisk fordel til en virksomhed, afhænger anvendeligheden af princippet om den private aktør ikke af den form, hvorunder fordelene stilles til rådighed for denne virksomhed, eller af arten af de anvendte midler, som kan henhøre under

den offentlig myndighed (jf. i denne retning dom af 5.6.2012, Kommissionen mod EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, præmis 81 og 91-93).

- 49 Hertil kommer, at Domstolen har fastslået, at anvendeligheden af princippet om den private aktør på en ændring af betingelserne for tilbagekøb af en virksomheds værdipapirer ikke forhindres af den omstændighed, at erhvervelsen af de værdipapirer, der giver staten status som investor i denne virksomhed, er blevet finansieret ved hjælp af statsstøtte til fordel for denne virksomhed (jf. i denne retning dom af 3.4.2014, Kommissionen mod Nederlandene og ING Groep, C-224/12 P, EU:C:2014:213, præmis 34).
- 50 I det foreliggende tilfælde anvendte Kommissionen i den omtvistede afgørelses princippet om den private aktør ved undersøgelse af de omhandlede foranstaltninger. Desuden har ingen af parterne rejst tvivl om dette principps anvendelighed med henblik på at bedømme, om de nævnte foranstaltninger gav FIH-koncernen en fordel som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF.
- 51 Nærværende appel omhandler derimod spørgsmålet, om Kommissionen skulle tage de risici, som den danske stat var eksponeret for i 2009, i betragtning ved at anvende kriteriet om den private kreditor i stedet for kriteriet om den private investor.
- 52 I denne forbindelse bemærkes for det første, at når princippet om den private aktør finder anvendelse, skal det kriterium, som konkret skal anvendes i en given sag, fastlægges på grundlag af bl.a. arten af den af den pågældende medlemsstat påtænkte transaktion. Blandt de kriterier, der kan finde anvendelse, findes kriteriet om den private investor og kriteriet om den private kreditor.
- 53 Det er ubestridt, at de omhandlede foranstaltninger indebærer, at FSC foretog investeringer i NewCo, og at Kongeriget Danmark under den administrative procedure havde gjort gældende, at disse investeringer var i overensstemmelse med markedsvilkårene. Denne medlemsstat havde ligeledes anført, at de omhandlede foranstaltninger reducerede den risiko, som den var eksponeret for som følge af foranstaltningerne fra 2009, hvorfor de var omfattet af forvaltningen af de fordringer, som medlemsstaten havde mod FIH.
- 54 Under disse omstændigheder må det fastslås, at såvel kriteriet om den private investor, som Kommissionen havde anvendt, som kriteriet om den private kreditor, som efter FIH-koncernens opfattelse skulle finde anvendelse, og som Retten fandt relevant med henblik på at bedømme de omhandlede foranstaltninger i den appellerede dom, kunne komme i betragtning.
- 55 For det andet fremgår det af fast retspraksis, at der med henblik på vurderingen af, om den samme foranstaltning ville være blevet truffet under normale markedsvilkår af en privat aktør, som befinder sig i en situation, som ligger så tæt som muligt på den situation, som staten befinder sig i, kun skal tages hensyn til de fordele og forpligtelser, som er forbundet med sidstnævntes situation i dens egenskab af privat aktør, og ikke dem, som er forbundet med dens egenskab af

offentlig myndighed (jf. i denne retning dom af 5.6.2012, Kommissionen mod EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, præmis 79 og den deri nævnte retspraksis, og af 24.10.2013, Land Burgenland m.fl. mod Kommissionen, C-214/12 P, C-215/12 P og C-223/12 P, EU:C:2013:682, præmis 52).

- 56 I forbindelse med den bedømmelse af en statslig foranstaltnings økonomiske rationalitet, som kræves i henhold til princippet om den private aktør, har Domstolen forkastet omkostninger, som er opstået for staten som følge af afskedigelse af ansatte, betaling af ydelser ved arbejdsløshed og støtte til genskabelse af den industrielle infrastruktur (jf. i denne retning dom af 14.9.1994, Spanien mod Kommissionen, C-278/92 – C-280/92, EU:C:1994:325, præmis 22) samt statsgarantier og statens tilgodehavender, for så vidt som disse i sig selv udgør statsstøtte (jf. i denne retning dom af 28.1.2003, Kommissionen mod EDF, C-334/99 P, EU:C:2003:55, præmis 138 og 140 og den deri nævnte retspraksis, og af 24.10.2013, Land Burgenland m.fl. mod Kommissionen, C-214/12 P, C-215/12 P og C-223/12 P, EU:C:2013:682, præmis 55, 56 og 61).
- 57 Hvad angår sidstnævnte tilfælde har Domstolen navnlig præciseret, at da en medlemsstat ved tildelingen af en støtte pr. definition forfølger andre målsætninger end rentabiliteten af de midler, der stilles til rådighed for virksomheder, skal det fastslås, at disse midler i princippet tildeles af staten, der udøver sin enekompetence som offentlig myndighed (jf. i denne retning dom af 24.10.2013, Land Burgenland m.fl. mod Kommissionen, C-214/12 P, C-215/12 P og C-223/12 P, EU:C:2013:682, præmis 56).
- 58 Det følger heraf, at de risici, som staten er eksponeret for, og som følger af statsstøtte, som nævnte medlemsstat tidligere har tildelt, er forbundet med medlemsstatens egenskab af offentlig myndighed og henhører dermed ikke blandt de elementer, som en privat aktør under normale markedsvilkår ville have taget i betragtning i sine økonomiske beregninger (jf. i denne retning dom af 28.1.2003, Tyskland mod Kommissionen, C-334/99, EU:C:2003:55, præmis 138 og 140).
- 59 En sådan betragtning gælder bl.a. for de forpligtelser for staten, der følger af lån og garantier, der tidligere er ydet til og stillet for en virksomhed og udgør statsstøtte. En hensyntagen til sådanne lån og garantier ved bedømmelsen af statslige foranstaltninger, der er vedtaget til fordel for den samme virksomhed, kan bevirke, at disse foranstaltninger ikke kvalificeres som statsstøtte, selv om de ikke opfylder de normale markedsvilkår, alene af den grund, at de viser sig mere fordelagtige for staten på det økonomiske plan, end hvis de ikke var blevet vedtaget. En sådan følge vil imidlertid undergrave det formål, der består i at sikre en konkurrence, som ikke er fordrejet, som anført i nærværende doms præmis 45.
- 60 Som Retten konstaterede i den appellerede doms præmis 2 og 3, blev de to love, som blev vedtaget i 2009, og i medfør af hvilke den danske stat traf foranstaltningerne fra 2009, i den foreliggende sag godkendt af Kommissionen som statsstøtte, der var forenelig med det indre marked, ved beslutning K(2009) 776 endelig. Det fremgår af denne beslutnings punkt 47, 53 og 55, at

Kommissionen ligesom den danske regering var af den opfattelse, at de foranstaltninger, der skulle indføres med disse to love, udgjorde statsstøtte, eftersom en privat investor ikke i samme omfang og på lignende vilkår ville have foretaget de omhandlede kapitalforhøjelser og stillet de omhandlede garantier.

- 61 Det fremgår i øvrigt på ingen måde af den appellerede dom eller af den omtvistede afgørelse, at den danske stat med foranstaltningerne fra 2009 i det mindste til dels havde forfulgt et formål om rentabilitet. Hertil kommer, at det ikke fremgår, at et sådant formål er blevet påberåbt under denne sags administrative og retslige procedurer, og at der til støtte herfor er fremlagt objektive og verificerbare oplysninger. Under disse betingelser må det fastslås, at der ikke i sagens akter findes oplysninger, der godtgør, at foranstaltningerne fra 2009 ikke, heller ikke delvis, udgjorde statsstøtte.
- 62 Heraf følger, at det var med rette, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde ved anvendelsen af princippet om den private aktør ikke tog hensyn til de risici, der var forbundet med den statsstøtte, der blev tildelt FIH ved foranstaltningerne fra 2009. Retten begik følgelig en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 69 og 71 i det væsentlige at fastslå, at Kommissionen ved at handle på denne måde havde foretaget en urigtig anvendelse af princippet om den private aktør i den omtvistede afgørelse.
- 63 Retten pålagde herved med urette Kommissionen en forpligtelse til ikke at efterprøve de omhandlede foranstaltningers økonomiske rationalitet ud fra, hvordan en privat aktør ville have handlet i en sammenlignelig situation, men ud fra hvordan staten i sin egenskab af offentlig myndighed, der tidligere ved foranstaltningerne fra 2009 havde tildelt FIH statsstøtte, som den ville forsøge at begrænse de finansielle konsekvenser af, ville have handlet.
- 64 Disse konklusioner svækkes ikke af FIH-koncernens argumentation vedrørende for det første præmis 34-37 i dom af 3. april 2014, Kommissionen mod Nederlandene og ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213), for det andet dom af 5. juni 2012, Kommissionen mod EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318), og af 24. januar 2013, Frucona Košice mod Kommissionen (C-73/11 P, EU:C:2013:32), og for det tredje en god forvaltning af offentlige midler.
- 65 Hvad for det første angår argumentationen om de ligheder, der ifølge FIH-koncernen består mellem de faktiske og retlige omstændigheder i nærværende sag, og de omstændigheder, der lå til grund for dom af 3. april 2014, Kommissionen mod Nederlandene og ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213), skal det indledningsvis bemærkes, at det appelanbringende, som knytter sig til de præmisser i denne dom, som FIH-koncernen har henvist til, vedrørte spørgsmålet, om anvendeligheden af princippet om den private aktør, som Kommissionen havde forkastet, og ikke spørgsmålet om dets anvendelse på de omhandlede foranstaltninger som i det foreliggende tilfælde. Navnlige fastslog Domstolen i det væsentlige i nævnte doms præmis 34 og 37, at anvendeligheden af dette kriterium på en statslig foranstaltning i princippet ikke uden videre kan forkastes alene på

grund af den forbindelse, der kan være mellem det omtvistede statslige indgreb og udøvelsen af offentlig myndighed i form af tidligere tildelt statsstøtte.

- 66 Det fremgår ganske vist af præmis 35 og 36 i dom af 3. april 2014, Kommissionen mod Nederlandene og ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213), at det påhvilede Kommissionen i denne sag med udgangspunkt i den adfærd, som en privat investor ville have kunnet udvise, at undersøge den økonomiske rationalitet bag den af den nederlandske stat planlagte ændring af betingelserne for tilbagebetaling af det kapitalindskud, som på et tidligere tidspunkt var foretaget ved hjælp af statsstøtte.
- 67 Som generaladvokaten har anført i punkt 63 og 65-68 i forslaget til afgørelse, er der imidlertid ikke holdepunkter for at antage, at Domstolen dermed har pålagt denne institution at foretage en undersøgelse, der går videre end til at efterprøve den økonomiske rationalitet, der er forbundet med de planlagte ændringer, og dermed tage hensyn til de risici, der opstår for den nederlandske stat som følge af den statsstøtte, som den tidligere havde tildelt den begunstigede virksomhed.
- 68 Derudover har Domstolen ganske vist tilkendegivet i præmis 36 i dom af 3. april 2014, Kommissionen mod Nederlandene og ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213), at en privat investor ville kunne acceptere en ændring af betingelserne for tilbagebetaling af et tidligere foretaget kapitalindskud, navnlig med henblik på at forøge udsigterne til at opnå en tilbagebetaling af dette indskud. Denne præcisering medfører imidlertid ikke, at de risici, der for den pågældende medlemsstat følger af en tidligere tildelt statsstøtte, kan tages i betragtning ved analysen af den økonomiske rationalitet, der er forbundet med en foranstaltning, med henblik på at fastlægge, om denne medlemsstats adfærd kunne være udvist af en privat investor.
- 69 Det skal i denne henseende bemærkes, at i den sag, der gav anledning til dom af 3. april 2014, Kommissionen mod Nederlandene og ING Groep (C-224/12 P, EU:C:2014:213), befandt modtageren af den tidligere tildelte støtte sig på det tidspunkt, hvor de nævnte ændringer var planlagt, ikke i økonomiske vanskeligheder, der truede virksomhedens fortsatte drift – hvorved nævnte sag adskiller sig fra nærværende sag – og disse ændringer indebar ikke virksomhedens redning ved hjælp af store offentlige investeringer.
- 70 De nævnte ændringer havde således bl.a. til formål at tilskynde den støttemodtagende virksomhed til at foretage en førtidig tilbagebetaling af kapitalindskuddet og at forøge udsigterne til, at den nederlandske stat kunne blive tilbagebetalt på en tilfredsstillende måde, hvilket de oprindelige betingelser under alle omstændigheder ikke sikrede.
- 71 For det andet har FIH-koncernen af dom af 5. juni 2012, Kommissionen mod EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318), og af 24. januar 2013, Frucona Košice mod Kommissionen (C-73/11 P, EU:C:2013:32), udledt et argument, der i det væsentlige består i, at den skattemæssige art af en statslig fordring mod en

virksomhed, selv om den er forbundet med udøvelsen af offentligretlige prærogativer, ikke er til hinder for anvendelsen af princippet om den private aktør ved bedømmelsen, i henhold til artikel 107, stk. 1, TEUF, af en foranstaltning, hvormed staten indrømmer den samme virksomhed en omstrukturering af nævnte fordring.

- 72 Det skal i denne henseende fremhæves, at den retspraksis, der er nævnt i den foregående præmis, er relevant for så vidt angår anvendeligheden af princippet om den private aktør, men ikke med hensyn til anvendelsen af dette princip i en given sag (jf. i denne retning dom af 5.6.2012, Kommissionen mod EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, præmis 100, og af 24.10.2013, Land Burgenland m.fl. mod Kommissionen, C-214/12 P, C-215/12 P og C-223/12 P, EU:C:2013:682, præmis 51).
- 73 Det følger heraf, at denne retspraksis på ingen måde kan rejse tvivl om konklusionen i nærværende doms præmis 57-59, hvorefter de risici, som en medlemsstat er eksponeret for som følge af en fordring, der udspringer af en tildeling af statsstøtte til en virksomhed, ikke kan tages i betragtning ved anvendelsen af princippet om den private aktør på en senere foranstaltning, der er vedtaget af denne medlemsstat til fordel for nævnte virksomhed, eftersom disse risici er uadskilleligt forbundne med statens egenskab af offentlig myndighed.
- 74 Hvad for det tredje og sidste angår god forvaltning af offentlige midler kan FIH-koncernens opfattelse ikke tiltrædes, når den i det væsentlige har anført, at anvendelsen af princippet om en privat aktør i den omtvistede afgørelse har den konsekvens, at en medlemsstats økonomiske eksponering som følge af tidligere tildelt statsstøtte og den pågældende medlemsstats ønske om at beskytte sine økonomiske interesser ikke kan tages i betragtning i forbindelse med en undersøgelse i henhold til artikel 107 TEUF.
- 75 Selv om det er korrekt, at sådanne hensyn ikke tages i betragtning ved undersøgelsen, i henhold til artikel 107, stk. 1, TEUF, af, om der foreligger statsstøtte, forholder det sig ikke desto mindre således, som Kommissionen har bemærket i retsmødet for Domstolen, og som generaladvokaten har henvist til i punkt 81 og 83 i forslaget til afgørelse, at Kommissionen kan tage de nævnte hensyn i betragtning ved bedømmelsen, i henhold til artikel 107, stk. 3, TEUF, af, om en efterfølgende støtteforanstaltning er forenelig med det indre marked, og dermed kan foranledige denne institution til at fastslå, at den nævnte foranstaltning er forenelig med det indre marked, således som det er tilfældet i nærværende sag.
- 76 Det følger af samtlige ovenstående betragtninger, at det fremsatte eneste appelanbringende bør tiltrædes, og den appellerede dom bør dermed ophæves.

Twisten i første instans

- 77 I overensstemmelse med artikel 61, stk. 1, i statuten for Den Europæiske Unions Domstol kan Domstolen, når den ophæver den af Retten truffe afgørelse, selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse.
- 78 I det foreliggende tilfælde råder Domstolen over de nødvendige oplysninger til at træffe endelig afgørelse om det første søgsmålsanbringende i første instans, der omhandler en tilsidesættelse af artikel 107, stk. 1, TEUF, idet princippet om den private aktør er anvendt urigtigt.
- 79 Som det følger af nærværende doms præmis 51-63, kan FIH-koncernens argumentation om, at Kommissionen i nærværende sag burde have anvendt kriteriet om den private kreditor og ikke kriteriet om den private investor, ikke tiltrædes.
- 80 Følgelig må det første søgsmålsanbringende forkastes.
- 81 Derimod er tvisten i modsætning til, hvad Kommissionen principalt har gjort gældende, ikke moden til påkendelse med hensyn til det andet søgsmålsanbringende i første instans.
- 82 Som det fremgår af den appellerede doms præmis 85, fandt Retten således, idet den tog det første søgsmålsanbringende til følge, at det var ufornuddent at undersøge det andet anbringende vedrørende fejl i beregningen af støttebeløbet.
- 83 Sagen skal derfor hjemvises til Retten med henblik på, at den træffer afgørelse vedrørende det andet anbringende, der blev fremført for den, og som den ikke tog stilling til.

Sagsomkostninger

- 84 Da sagen hjemvises til Retten, skal afgørelsen om sagsomkostningerne udsættes.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Store Afdeling):

- 1) **Den Europæiske Unions Rets dom af 15. september 2016, FIH Holding og FIH Erhvervsbank mod Kommissionen (T-386/14, EU:T:2016:474), ophæves.**
- 2) **Det første søgsmålsanbringende, der er fremsat for Retten, forkastes.**
- 3) **Sagen hjemvises til Retten med henblik på, at den træffer afgørelse vedrørende det andet anbringende.**
- 4) **Afgørelsen om sagsomkostningerne udsættes.**

Underskrifter