Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Sjette Afdeling)

28. februar 2012 *

»Statsstøtte — støtte ydet af de østrigske myndigheder til koncernen Grazer Wechselseitige (GRAWE) i forbindelse med privatiseringen af Bank Burgenland — beslutning, der erklærer støtten uforenelig med fællesmarkedet og kræver tilbagesøgning heraf — kriteriet om den private investor under normale markedsvilkår — anvendelse i det tilfælde, hvor staten handler som sælger — fastlæggelse af markedsprisen«

I de forenede sager T-268/08 og T-281/08,

Land Burgenland (Østrig) ved advokaterne U. Soltész og C. Herbst,

sagsøger i sag T-268/08,

Republikken Østrig ved G. Hesse, C. Pesendorfer, E. Riedl, M. Fruhmann og J. Bauer, som befuldmægtigede,

sagsøger i sag T-281/08,

mod

Europa-Kommissionen, først ved V. Kreuschitz, N. Khan og K. Gross, derefter ved V. Kreuschitz, N. Khan og T. Maxian Rusche, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning 2008/719/EF af 30. april 2008 om Østrigs statsstøtte C 56/06 (ex NN 77/06) til privatiseringen af Bank Burgenland (EUT L 239, s. 32),

har

RETTEN (Sjette Afdeling)

sammensat af præsidenten, M. Jaeger, og dommerne N. Wahl (refererende dommer) og S. Soldevila Fragoso,

justitssekretær: fuldmægtig T. Weiler,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 18. maj 2011,

afsagt følgende

* Processprog: tysk.

Dom

Tvistens baggrund

Hypo Bank Burgenland AG og Ausfallhaftung

1 Indtil sin privatisering var Hypo Bank Burgenland AG (herefter »BB«) en regionalbank, der havde form af et aktieselskab underlagt østrigsk ret med sæde i Eisenstadt (Østrig). Selskabets aktiviteter, der oprindeligt primært bestod i at yde realkreditlån og udstede pantebreve og kommuneobligationer, blev lidt efter lidt udvidet til at omfatte alle former for bank- og finanstjenesteydelser. I 2005 havde BB en balancesum på 3,3 mia. EUR og var 100% ejet af delstaten Burgenland.

2 I henhold til § 4 i Landes-Hypothekenbank Burgenland-Gesetz (østrigsk lov om realkreditbanker i delstaten Burgenland, LGBl. nr. 58/1991), som ændret ved lov LGBl. nr. 63/1998, hæftede delstaten Burgenland som simpel kautionist i henhold til § 1356 i Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (den østrigske borgerlige lovbog) for alle BB's forpligtelser i tilfælde af dennes insolvens. I henhold til disse bestemmelser har bankernes kreditorer et direkte krav over for kautionisten, som dog kun er forpligtet til at indfri fordringen, hvis bankens aktiver ikke er tilstrækkelige til at fyldestgøre kreditorerne.

3 Denne ordning om opfyldelsesgaranti (benævnt »Ausfallhaftung«), der er rettet mod offentlige kreditinstitutter, bl.a. den, som delstaten yder BB og dennes forgængere, har i praktisk talt uændret form eksisteret siden 1928. Ordningen var hverken tids- eller beløbsmæssigt begrænset. I henhold til den lovbestemte garantiordning (Gewährträgerhaftung), der trådte i kraft den 29. juni 1991, modtog delstaten Burgenland en garantiprovision for at stille den lovbestemte kaution til rådighed. I medfør af en aftale, som blev indgået mellem Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber og Republikken Østrig, og som dannede grundlag for vedtagelsen af Kommissionens beslutning K(2003) 1329 endelig af 30. april 2003 vedrørende statsstøtte E 8/02 (EUT C 175, s. 8), skulle Ausfallhaftung afskaffes senest den 1. april 2007. For alle forpligtelser, der bestod pr. 2. april 2003, gjaldt garantien i princippet indtil deres forfald. I tidsrummet mellem den 2. april 2003 og indtil den 1. april 2007 kunne garantien bibeholdes for så vidt angik nye forpligtelser, forudsat at de forfaldt før den 30. september 2017.

Støtte til omstrukturering af BB, som blev godkendt af Kommissionen i 2004

4 Som følge af bedrageri, som var knyttet til ydelsen af kredit til HOWE Bau AG, og som blev konstateret under revisionen af årsregnskabet for 1999, befandt BB sig i alvorlige økonomiske vanskeligheder. Med henblik på at dække de uerholdelige fordringer mod BB, der ville have medført en regnskabsmæssig insolvens for dette selskab, indgik delstaten Burgenland derfor den 20. juni 2000 en garantiaftale til et beløb på 171 mio. EUR, forhøjet med en rente på 5%. Med henblik på at dække de supplerende dubiøse fordringer, som blev konstateret i forbindelse med en omfattende gennemgang, blev der i øvrigt den 23. oktober 2000 indgået en rammeaftale med BB's hovedkreditor, nemlig Bank Austria Creditanstalt AG. Denne aftale fastsatte et afkald fra Bank Austria Creditanstalt på tilbagebetaling af lån fra BB, en mellem disse to parter indgået ordning om det fremtidige overskud og en garanti fra delstaten Burgenland på 189 mio. EUR.

5 Ved brev af 18. juni 2002 efterfulgt af supplerende oplysninger den 3. juli 2002 og den 9. september 2002 underrettede Republikken Østrig Kommissionen om de af delstaten Burgenland ydede garantier og forelagde Kommissionen en omstruktureringsplan for BB.

6 Ved brev af 26. juni 2003 gjorde Kommissionen de østrigske myndigheder bekendte med sin beslutning om at indlede den i artikel 88, stk. 2, EF fastsatte procedure med hensyn til de beskrevne støtteforanstaltninger.

7 Ved brev af 19. december 2003 meddelte de østrigske myndigheder, at de havde til hensigt at ændre de pågældende støtteforanstaltninger som led i privatiseringen af BB.

8 Ved brev af 21. januar 2004 underrettede Kommissionen Republikken Østrig om sin beslutning om at udvide den formelle procedure, som blev indledt i henhold til artikel 88, stk. 2, EF, til at omfatte de planlagte ændringer af støtteforanstaltningerne til omstruktureringen af BB.

9 Den 7. maj 2004 vedtog Kommissionen beslutning 2005/691/EF om Østrigs statsstøtte C 44/03 (ex NN 158/01) til fordel for BB (EUT 2005 L 263, s. 8) (herefter »beslutningen fra 2004«). Kommissionen konstaterede i det væsentlige, at begge garantiaftaler fra delstaten Burgenland til fordel for BB udgjorde statsstøtte, bl.a. fordi disse foranstaltninger blev truffet på betingelser, som ikke ville have været acceptable for en privat investor, og de gav derfor BB en kunstig fordel i forhold til bankens konkurrenter. Desuden fordrejede eller truede de nævnte foranstaltninger og deres virkninger for både eksisterende og potentielle konkurrenter fra andre medlemsstater med at fordreje konkurrencevilkårene og påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. Kommissionen konkluderede imidlertid, at de omstridte restruktureringsforanstaltninger var forenelige med det fælles marked i henhold til artikel 87, stk. 3, litra c), EF, sammenholdt med Fællesskabets rammebestemmelser for statsstøtte til redning og omstrukturering af kriseramte virksomheder (EFT 1999 C 288, s. 2). I forbindelse med dens undersøgelse af den støttemodtagende virksomheds langsigtede bæredygtighed slog Kommissionen fast, at den havde støttet sin vurdering på de af de østrigske myndigheder meddelte oplysninger, bl.a. tidsplanen for afslutningen af den planlagte privatisering af BB.

Omstridt foranstaltning truffet som led i privatiseringen af BB

10 Efter to forgæves forsøg i 2003 og 2005 iværksatte delstaten Burgenland en tredje procedure for privatisering af BB, hvis gennemførelse blev betroet investeringsbanken HSBC Trinkaus & Burkhardt KGaA, Düsseldorf (Tyskland), i samarbejde med HSBC plc, London (Det Forenede Kongerige) (herefter under ét »HSBC«). I oktober 2005 blev denne procedure indledt ved offentliggørelsen i pressen af et udbud.

11 Kun tre blandt de fjorten bydende, der formelt tilkendegav interesse i at afgive et bud, afgav inden fristens udløb fyldestgørende vejledende bud på henholdsvis 65 mio. EUR, 100 mio. EUR og 140 mio. EUR og deltog i anden udbudsrunde, hvorefter et bindende bud senest skulle afgives den 6. februar 2006. To bydende, nemlig det østrigske forsikringsselskab Grazer Wechselseitige Versicherung AG i fællesskab med GW Beteiligungserwerbs- und -verwaltungs-GmbH (herefter »GRAWE«) og et østrigsk-ukrainsk konsortium, som bestod af de østrigske virksomheder SLAV AG og SLAV Finanzbeteiligung GmbH og de ukrainske aktieselskaber Ukrpodshipnik og Ilyich (herefter »konsortiet«), afgav bindende bud. Disse bud blev senere genstand for en individuel vurdering og kontraktforhandlinger, som sluttede den 4. marts 2006.

12 Delstaten Burgenland tildelte den 5. marts 2006 BB til GRAWE, selv om den af GRAWE budte købspris (100,3 mio. EUR) lå klart under den, der blev budt af konsortiet (155 mio. EUR). Denne beslutning støttede sig bl.a. til en skriftlig indstilling af 4. marts 2006 fra HSBC, der på samme dag, som beslutningen blev truffet, blev suppleret med mundtlige uddybninger til medlemmerne af delstaten Burgenlands regering. Af HSBC's indstilling fremgik det i det væsentlige, at selv om beslutningen, henset til den budte købspris, burde falde ud til konsortiets fordel, blev det anbefalet, at BB blev overdraget til GRAWE i betragtning af de øvrige udvælgelseskriterier, nemlig sikkerheden for købsprisens betaling, BB's fortsatte eksistens uden brug af Ausfallhaftung, kapitalforhøjelserne og transaktionssikkerheden.

13 Salget af BB, der formelt blev godkendt af myndighederne i Burgenland den 7. marts 2006, blev afsluttet den 12. maj 2006. Inden afslutningen udstedte BB inden for rammerne af Ausfallhaftung obligationslån for 700 mio. EUR, hvoraf 350 mio. blev tegnet af et datterselskab af GRAWE. Endelig, og som følge af privatiseringen, udløb den ovenfor i præmis 3 anførte overgangsperiode for Ausfallhaftungs anvendelse før tiden på dagen for denne afslutning.

Den administrative procedure

14 Den 4. april 2006 modtog Kommissionen en klage fra konsortiet, hvori det hævdedes, at Republikken Østrig havde tilsidesat statsstøttereglerne i forbindelse med privatiseringen af BB. Klageren gjorde navnlig gældende, at udbudsproceduren, der ikke havde været retfærdig, gennemsigtig og ikke-diskriminerende over for konsortiet, ikke havde resulteret i, at BB var blevet afhændet til den højstbydende (nemlig konsortiet), men derimod til GRAWE.

15 Ved breve af 15. maj og 1. juni 2006 besvarede de østrigske myndigheder Kommissionens anmodning om oplysninger af 12. april 2006. Efterfølgende blev der den 27. juni 2006 arrangeret et møde mellem Republikken Østrigs repræsentanter og Kommissionen, og den 17. juli 2006 fremsendte Kommissionen en anden anmodning om oplysninger, som de østrigske myndigheder besvarede den 18. september 2006. Konsortiet fremsendte for sin del supplerende oplysninger til Kommissionen den 21. april og den 2. juni 2006.

16 Ved brev af 21. december 2006 meddelte Kommissionen de østrigske myndigheder, at den vedrørende salget af BB til GRAWE havde besluttet at indlede den i artikel 88, stk. 2, EF fastsatte formelle undersøgelsesprocedure. Denne beslutning blev den 8. februar 2007 offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* (EUT C 28, s. 8).

17 Den 1. marts 2007 meddelte Republikken Østrig Kommissionen sine bemærkninger til denne beslutning om indledning af en procedure. I øvrigt modtog Kommissionen et vist antal bemærkninger og oplysninger fra interesserede tredjeparter, herunder GRAWE og konsortiet, hvorom de østrigske myndigheder har udtalt sig. Endvidere blev der afholdt flere møder mellem Republikken Østrigs repræsentanter og Kommissionen. Endelig fremsendte de østrigske myndigheder ad flere omgange bemærkninger og supplerende dokumenter til Kommissionen.

18 Den 30. april 2008 vedtog Kommissionen beslutning 2008/719/EF om Østrigs statsstøtte C 56/06 (ex NN 77/06) til privatiseringen af BB (EUT L 239, s. 32) (herefter »den anfægtede beslutning«).

Den anfægtede beslutning

19 I den anfægtede beslutning har Kommissionen bl.a. bemærket, at den med henblik på at vurdere en foranstaltning, der er truffet i forbindelse med en privatisering, i forhold til statsstøttereglerne baserer sig på flere principper, som den har fastsat i *XXIII Beretning om Konkurrencepolitikken* af 1993 (punkt 402 ff.) og i dens senere beslutningspraksis. De i denne beretning beskrevne betingelser for at kunne fastslå, at der ikke foreligger statsstøtte i den forstand, som er omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF, er imidlertid ikke blevet overholdt i det foreliggende tilfælde.

20 I forbindelse med sin stillingtagen til, om salget af BB til GRAWE udgør statsstøtte, har Kommissionen for det første bemærket, at midlerne fra delstaten Burgenland (der er en af Østrigs ni delstater) skal anses for »statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler«. Kommissionen har desuden konstateret, at GRAWE udøver virksomhed på internationalt plan, hvorfor en eventuel fordel ydet ved hjælp af offentlige midler ville hæmme konkurrencen i banksektoren og påvirke samhandelen inden for Fællesskabet. Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt GRAWE har fået en selektiv fordel, har Kommissionen understreget, at det skal vurderes, om delstaten Burgenland har handlet som enhver sælger, der disponerer ud fra markedsøkonomiske betragtninger (»private vendor test«).

21 For så vidt angår dette sidste aspekt har Kommissionen, idet den har erindret om, at delstaten Burgenland havde modtaget et bud fra konsortiet, som nominelt lå 54,7 mio. EUR over GRAWE's bud, påpeget, at en økonomisk aktør, der handler efter markedsøkonomiske principper, ikke desto mindre kan vælge det lavere bud i to tilfælde.

22 Det første omhandler den situation, hvor det er klart, at et salg til den højstbydende ikke er gennemførligt, hvilket i påkommende tilfælde forudsætter en undersøgelse af for det første transaktionssikkerheden på grundlag af konsortiets soliditet og for det andet sandsynligheden for, at det omhandlede konsortium i sidste ende ikke vil opnå den fornødne godkendelse fra Finanzmarktaufsicht (østrigsk myndighed for tilsyn med de finansielle markeder, herefter »FMA«). Kommissionen er imidlertid af den opfattelse, at der ikke blot savnedes grundlag for at betvivle, at den af konsortiet tilbudte købspris på 155 mio. EUR kunne finansieres, men at intet desuden peger mod eller beviser, at FMA skulle have forbudt salget af BB til konsortiet.

23 Det andet tilfælde omfatter den situation, hvor en hensyntagen til andre faktorer end prisen er berettiget, hvor dog de eneste faktorer, der kan tages hensyn til, er dem, som en markedsøkonomisk investor ville have taget i betragtning, hvilket ifølge Kommissionen udelukker de risici, der følger af en forpligtelse til at betale en eventuelt gældende garanti, som må klassificeres som statsstøtte, såsom Ausfallhaftung, hvilket er den eneste faktor, som de østrigske myndigheder har påberåbt sig. Kommissionen har herom præciseret, at det af retspraksis bl.a. fremgår, at ved vurderingen af den måde, hvorpå en markedsøkonomisk investor ville have handlet, må statens rolle som sælger af en virksomhed ikke forveksles med de forpligtelser, der påhviler den i egenskab af offentlig myndighed. Ingen markedsøkonomisk investor ville imidlertid have accepteret en garanti, som ikke var i overensstemmelse med det markedsøkonomiske investorprincip, og beslutningen om ophævelse af Ausfallhaftung bekræfter, at den sidstnævnte ikke blev stillet på markedsvilkår.

24 Henset til samtlige ovenstående betragtninger finder Kommissionen, at den kompetente østrigske myndighed ikke har handlet som en markedsøkonomisk sælger. Den til GRAWE ydede økonomiske fordel svarer minimum til differencen mellem konsortiets bud og den faktiske købspris.

25 Kommissionen har med henblik på at undersøge de argumenter, som Republikken Østrig har fremført for så vidt angår Ausfallhaftungs betydning, tilføjet, at selv om delstaten Burgenland havde kunnet tage hensyn til denne garanti som et kriterium for vurderingen af buddene, var GRAWE's bud ikke det bedste.

26 Endelig er Kommissionen af den opfattelse, at den statsstøtte, som bestod i salget af BB til GRAWE, ikke kan erklæres forenelig med fællesmarkedet.

27 Konklusionen i den anfægtede beslutning er sålydende:

»Artikel 1

Den statsstøtte, som Østrig i strid med […] artikel 88, stk. 3, [EF] og dermed ulovligt har ydet GRAWE, er uforenelig med fællesmarkedet. Støtten udgør forskellen mellem de to endelige bud, der blev afgivet under udbuddet, med de fornødne tilpasninger efter de i denne beslutnings [167.-174.] betragtning fastlagte parametre.

Artikel 2

1. Østrig tilbagesøger den i artikel 1 nævnte støtte fra støttemodtageren.

2. Til det beløb, der skal tilbagesøges, lægges renter regnet fra det tidspunkt, hvor støtten blev stillet til støttemodtagerens rådighed, og indtil tilbagebetaling er sket.

3. Disse renter beregnes med renters rente i overensstemmelse med forordning (EF) nr. 794/2004.

Artikel 3

1. Den i artikel 1 nævnte støtte tilbagesøges omgående.

2. Østrig sikrer, at denne beslutning efterkommes senest fire måneder efter dens meddelelse.

Artikel 4

1. Senest to måneder efter denne beslutnings meddelelse sender Østrig Kommissionen følgende oplysninger:

a) det samlede beløb (hovedstol og renter), der skal tilbagesøges fra støttemodtageren efter tilpasning i overensstemmelse med de af Kommissionen i denne beslutning fastlagte parametre, samt en nærmere beskrivelse af, hvordan dette beløb er beregnet, og en vurdering af ejendomsselskaberne foretaget af en uafhængig ekspert

b) en detaljeret beskrivelse af de foranstaltninger, der er truffet eller vil blive truffet, for at efterkomme denne beslutning

c) dokumentation for, at støttemodtageren har fået påbud om at tilbagebetale støtten.

2. Østrig underretter Kommissionen om udviklingen i de foranstaltninger, der træffes for at efterkomme denne beslutning, indtil den i artikel 1 omhandlede støtte er fuldt tilbagebetalt. På Kommissionens anmodning fremsender Østrig omgående oplysninger om de foranstaltninger, der er truffet eller vil blive truffet, for at efterkomme denne beslutning. Desuden fremsender Østrig udførlige oplysninger om de støttebeløb og renter, støttemodtageren allerede har tilbagebetalt.

Artikel 5

Denne beslutning er rettet til Republikken Østrig.«

Retsforhandlinger og parternes påstande

28 Ved stævninger indleveret til Rettens Justitskontor henholdsvis den 11. og den 15. juli 2008, og som blev registreret henholdsvis under T-268/08 og T-281/08, har delstaten Burgenland på den ene side og Republikken Østrig på den anden side anlagt nærværende søgsmål.

29 Ved kendelse afsagt af formanden for Rettens Ottende Afdeling den 20. april 2009 efter høring af parterne er sagerne T-268/08 og T-281/08 i overensstemmelse med artikel 50 i Rettens procesreglement blevet forenet med henblik på den skriftlige og mundtlige forhandling samt dommen.

30 Efter at sammensætningen af Rettens afdelinger er blevet ændret, er den refererende dommer blevet knyttet til Sjette Afdeling, som sagen herefter er blevet henvist til.

31 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Sjette Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling.

32 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret de af Retten stillede spørgsmål under retsmødet den 18. maj 2011.

33 Da et medlem fra Sjette Afdeling var blevet forhindret i at deltage i pådømmelsen, udpegede Rettens præsident sig selv i henhold til procesreglementets artikel 32, stk. 3, for at afdelingen kunne blive beslutningsdygtig.

34 Ved kendelse af 18. november 2011 har Retten (Sjette Afdeling) i dennes nye sammensætning genåbnet den mundtlige forhandling, og parterne blev underrettet om, at de ville blive hørt i et nyt retsmøde.

35 Ved skrivelser af henholdsvis 23., 24. og 25. november 2011 meddelte Kommissionen og sagsøgerne Retten, at de gav afkald på et nyt retsmøde.

36 Rettens præsident besluttede følgelig at afslutte den mundtlige forhandling.

37 I sag T-268/08 har delstaten Burgenland nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede beslutning annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

38 I sag T-281/08 har Republikken Østrig nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede beslutning annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

39 I sag T-268/08 og T-281/08 har Kommissionen nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

40 Til støtte for deres søgsmål har sagsøgerne formelt gjort ni anbringender gældende.

41 Anbringenderne vedrører henholdsvis:

— en urigtig anvendelse af artikel 87, stk. 1, EF ved fastsættelsen af BB's markedspris, for så vidt som Kommissionen med urette har stillet krav om gennemførelse af en udbudsprocedure med henblik på den omstridte privatisering

— en tilsidesættelse af tidligere beslutningspraksis for så vidt angår anvendelsen af artikel 87, stk. 1, EF

— en urigtig anvendelse af artikel 87, stk. 1, EF, for så vidt som Kommissionen har nægtet at tage hensyn til det usikre udfald og den eventuelt lange varighed af godkendelsesproceduren ved FMA i tilfælde af salg af BB til konsortiet

— en urigtig anvendelse af artikel 87, stk. 1, EF, for så vidt som delstaten Burgenland var berettiget til at tage hensyn til de med Ausfallhaftung forbundne risici med henblik på at foretage en sammenligning af de bud, der blev afgivet af henholdsvis GRAWE og konsortiet

— en urigtig anvendelse af princippet om den private sælger under normale markedsvilkår i forbindelse med den subsidiære undersøgelse af de med Ausfallhaftung forbundne økonomiske risici

— en urigtig anvendelse af artikel 87, stk. 1, EF, for så vidt som bestemmelserne om bevisbyrden er blevet tilsidesat i forbindelse med den pågældende udbudsprocedure

— en urigtig anvendelse af artikel 87, stk. 1, EF, for så vidt som konsortiets bud ikke kunne tjene til at fastlægge BB's markedspris

— en urigtig bedømmelse af udstedelsen af yderligere obligationslån inden for rammerne af Ausfallhaftung

— en i flere henseender urigtig anvendelse af artikel 87, stk. 1, EF ved fastlæggelsen af støtteelementet.

42 Retten finder det passende indledningsvis at behandle det første, andet, sjette og syvende anbringende, som sagsøgeren har gjort gældende, hvilke anbringender alle knytter sig til de generelle rammer for undersøgelsen af den omstridte transaktion.

43 Inden selve undersøgelsen af parternes argumentation påbegyndes, er det vigtigt med nogle indledende bemærkninger om statsstøtte i den forstand, hvori dette begreb er anvendt i artikel 87, stk. 1, EF, og om arten og rækkevidden af den retslige prøvelse, som Den Europæiske Unions retsinstanser skal foretage i hovedsagerne.

Indledende bemærkninger om statsstøtte i den forstand, hvori dette begreb er anvendt i artikel 87, stk. 1, EF, og om arten og rækkevidden af den retslige prøvelse

44 Artikel 87, stk. 1, EF fastsætter, at »[b]ortset fra de i denne traktat hjemlede undtagelser er statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, uforenelig med fællesmarkedet i det omfang, den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne«.

45 Det fremgår af fast retspraksis, at for at en støtte kan anses for statsstøtte i den forstand, hvori dette begreb er anvendt i artikel 87, stk. 1, EF, skal alle betingelser i denne bestemmelse være opfyldt. For det første skal der være tale om statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler. For det andet skal støtten kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. For det tredje skal støtten være til fordel for modtageren ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner. For det fjerde skal støtten fordreje eller true med at fordreje konkurrencevilkårene (Domstolens dom af 24.7.2003, sag C-280/00, Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg, Sml. I, s. 7747, præmis 74 og 75, og Rettens dom af 22.2.2006, sag T-34/02, Le Levant 001 m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 267, præmis 110).

46 Det må i de foreliggende sager konstateres, at sagsøgerne alene har henvist til betingelsen om, at der skal foreligge en økonomisk fordel. Det ser således ud til, at de anbringender, der er gjort gældende til støtte for de foreliggende sager, i det væsentlige tager sigte på at godtgøre, at Kommissionen med urette har lagt til grund, at der forelå en fordel for GRAWE, hvilken fordel svarer til differencen mellem sidstnævntes bud og det af konsortiet afgivne bud.

47 Det bemærkes i denne forbindelse, at ifølge fast retspraksis kan levering af varer og tjenesteydelser på særligt gunstige vilkår anses for statsstøtte i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 87, stk. 1, EF (jf. i denne retning Domstolens dom af 2.2.1988, forenede sager 67/85, 68/85 og 70/85, Van der Kooy m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 219, præmis 28 og 29, og af 20.11.2003, sag C-126/01, GEMO, Sml. I, s. 13769, præmis 29, samt Rettens dom af 16.9.2004, sag T-274/01, Valmont mod Kommissionen, Sml. II, s. 3145, præmis 44, og af 1.7.2010, sag T-53/08, Italien mod Kommissionen, Sml. II, s. 3187, præmis 79).

48 Anvendt på det tilfælde, hvor en offentlig myndighed sælger en vare til en privatperson, medfører dette princip, at det bl.a. skal afgøres, om prisen på salget af denne vare svarer til markedsprisen, således at den svarer til den salgspris, som køberen kunne have opnået under normale markedsøkonomiske vilkår (jf. i denne retning dommen i sagen Valmont mod Kommissionen, nævnt i præmis 47 ovenfor, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis). Med henblik herpå skal Kommissionen anvende kriteriet om den private aktør under normale markedsvilkår, for at afgøre, om den pris, som den formodede støttemodtager har betalt, svarer til den, som en privat aktør, der handler under normale konkurrencevilkår, kunne have fastsat (jf. i denne retning Domstolens dom af 2.9.2010, sag C-290/07 P, Kommissionen mod Scott, Sml. I, s. 7763, præmis 68, og af 16.12.2010, sag C-239/09, Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe, Sml. I, s. 13083, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis). Den konkrete anvendelse af dette kriterium indebærer i princippet, at der foretages en kompliceret økonomisk bedømmelse (dommen i sagen Kommissionen mod Scott, præmis 68).

49 Hvad for det første angår rækkevidden og arten af den retslige prøvelse skal bemærkes, at begrebet statsstøtte efter definitionen i traktaten har en retlig karakter og skal fortolkes på grundlag af objektive elementer. Af denne grund skal Unionens retsinstanser principielt under hensyntagen såvel til de konkrete omstændigheder i den sag, der verserer for dem, som til, at Kommissionens vurderinger er af teknisk eller kompleks karakter, gennemføre en fuldstændig efterprøvelse af, om en foranstaltning henhører under artikel 87, stk. 1, EF (Domstolens dom af 16.5.2000, sag C-83/98 P, Frankrig mod Ladbroke Racing og Kommissionen, Sml. I, s. 3271, præmis 25, og af 22.12.2008, sag C-487/06 P, British Aggregates mod Kommissionen, Sml. I, s. 10515, præmis 111). Unionens retsinstanser skal ikke blot tage stilling til bl.a. den materielle nøjagtighed af de beviser, der henvises til, samt oplysningernes troværdighed og sammenhæng, men ligeledes kontrollere, om disse oplysninger udgør alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation, og om disse oplysninger taler til støtte for de heraf dragne konklusioner (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Scott, nævnt i præmis 48 ovenfor, præmis 65 og den deri nævnte retspraksis).

50 Inden for rammerne af denne kontrol tilkommer det imidlertid ikke Unionens retsinstanser at sætte deres eget økonomiske skøn i stedet for Kommissionens. Den kontrol, som Unionens retsinstanser foretager af Kommissionens komplekse økonomiske vurderinger, er således en begrænset kontrol, der nødvendigvis må begrænses til en efterprøvelse af, om de processuelle regler er overholdt, om begrundelsen er tilstrækkelig, om de faktiske omstændigheder materielt er rigtige, samt om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn eller magtfordrejning (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Scott, nævnt i præmis 48 ovenfor, præmis 66 og den deri nævnte retspraksis, og Rettens dom af 17.12.2008, sag T-196/04, Ryanair mod Kommissionen, Sml. II, s. 3643, præmis 41).

51 For det andet skal bemærkes, at lovligheden af en beslutning om støtte skal vurderes i forhold til de oplysninger, som Kommissionen kunne have på det tidspunkt, da den vedtog den (Domstolens dom af 10.7.1986, sag 234/84, Belgien mod Kommissionen, Sml. s. 2263, præmis 16, og af 14.9.2004, sag C-276/02, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 8091, præmis 31, samt dommen i sagen Valmont mod Kommissionen, nævnt i præmis 47 ovenfor, præmis 38). Det følger bl.a. heraf, at da begrebet statsstøtte skal anvendes på en objektiv situation, der skal bedømmes på det tidspunkt, hvor Kommissionen vedtager sin beslutning, er det de vurderinger, som er foretaget på dette tidspunkt, der skal tages i betragtning med henblik på gennemførelse af domstolsprøvelsen (Domstolens dom af 1.7.2008, forenede sager C-341/06 P og C-342/06 P, Chronopost og La Poste mod UFEX m.fl., Sml. I, s. 4777, præmis 144).

Det første, andet, sjette og syvende anbringende

Parternes argumenter

52 Med det første anbringende har sagsøgerne i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen ved at henvise til *XXIII Beretning om Konkurrencepolitikken* med urette har konkluderet, at privatiseringen af en offentlig virksomhed skal gennemføres ved hjælp af en åben, gennemsigtig og ubetinget udbudsprocedure, og at en markedspris, der kun er fastlagt på grundlag af en sagkyndig vurderingsrapport, ikke er gyldig. Den omstændighed, at der med henblik på en privatisering ikke foreligger en korrekt licitation, medfører ikke, at der er tale om statsstøtte, men blot, at det på særskilt vis er nødvendigt at undersøge, om det omhandlede salg eventuelt indeholder støtteelementer, hvilken undersøgelse kun kan foretages på grundlag af sagkundskab. Med andre ord indskrænker *XXIII Beretning om Konkurrencepolitikken* sig til at lempe bevisbyrden for, at der ikke foreligger statsstøtte for så vidt angår de i forbindelse med en udbudsprocedure gennemførte privatiseringer. Selv om den af Kommissionen forsvarede fortolkning af den nævnte beretning antages, vil denne rapport, som udelukkende indeholder en beskrivelse af Generaldirektoratet for Konkurrences aktiviteter og af de højest prioriterede politiske mål for en bestemt periode, ikke desto mindre ikke have nogen retligt bindende virkninger.

53 I det foreliggende tilfælde er salget af BB til GRAWE reelt sket til markedsprisen. Dette fremgår tydeligt af de uafhængige ekspertrapporter, den vejledende vurdering af BB foretaget af HSBC i starten af det tredje privatiseringsforsøg og de bud, som blev afgivet af de bydende i løbet af det andet privatiseringsforsøg (jf. 68. betragtning til den anfægtede beslutning). Ifølge de omhandlede vurderinger, herunder den af konsortiet foretagne, lå BB's værdi på mellem 44,4 mio. EUR og 75 mio. EUR. Således som det fremgår af Kommissionens beslutningspraksis og af den analogt påberåbte meddelelse 97/C 209/03 fra Kommissionen om statsstøtteelementer i forbindelse med offentlige myndigheders salg af jord og bygninger (EFT 1997 C 209, s. 3), skal sådanne uafhængige vurderinger anses for gyldige ved fastsættelsen af prisen på den vare, som er genstand for et salg.

54 Ved at undlade at støtte sig på de for den fremlagte uafhængige vurderinger (jf. 68. betragtning til den anfægtede beslutning) eller anmode om en ny uafhængig ekspertvurdering har Kommissionen, der i forbindelse med den formelle undersøgelsesprocedure skal indhente alle de nødvendige udtalelser for at opnå fuldstændige oplysninger om alle sagens momenter, ikke foretaget en påpasselig og upartisk undersøgelse af de dokumenter, som den havde fået stillet til rådighed med henblik på nøjagtigt at fastlægge, om der var tale om støtte, og i givet fald størrelsen på denne støtte.

55 Endelig er sagsøgerne af den opfattelse, at forpligtelsen til at afholde en licitation, således som Kommissionen har foreslået det, er i strid med kriteriet om den private sælger på markedsvilkår. De har gjort gældende, at inden for rammerne af salg, der er foretaget af privatpersoner, er afholdelsen af formalistiske udbudsprocedurer ikke-eksisterende, eller i det mindste ubetydelig, og oftest afløst af forhandlinger med udvalgte bydende. I sin beslutningspraksis har Kommissionen i øvrigt tildelt statslige myndigheder vide diskretionære beføjelser for så vidt angår afholdelsen af udbudsprocedurer. Følgelig foreligger der intet empirisk bevis for, at de i forbindelse med en licitation afgivne bud giver et »bed[re] billede« (jf. 112. betragtning til den anfægtede beslutning) end en ekspertvurdering. Eftersom private virksomheder generelt ikke tyr til udbudsprocedurer, medfører den af Kommissionen krævede forpligtelse til at iværksætte en licitation i øvrigt en ulige behandling til skade for de offentlige virksomheder, hvilket er i strid med artikel 295 EF og 86 EF.

56 Med det andet anbringende har sagsøgerne gjort gældende, at den anfægtede beslutning er i strid med Kommissionens tidligere beslutningspraksis, og at den dermed tilsidesætter ligebehandlingsprincippet. Hidtil har Kommissionen i tilfælde, hvor der i forbindelse med en privatisering ikke var blevet afholdt nogen udbudsprocedure, eller denne var blevet afholdt på uregelmæssig vis, indskrænket sig til ekspertvurderinger for at fastslå markedsprisen. De har desuden gjort gældende, at Kommissionen

efter sagsøgernes bedste overbevisning kun en gang har fundet, at der forelå et element af støtte i forbindelse med en privatisering, nemlig i den sag, som gav anledning til Kommissionens beslutning 2008/717/EF af 27. februar 2008 om Rumæniens statsstøtte C 46/07 (ex NN 59/07) til virksomheden Automobile Craiova (tidligere Daewoo România) (EUT L 239, s. 12), i hvilken sag Kommissionen i modsætning til tilfældet i de foreliggende sager fastlagde markedsprisen på grundlag af en evaluering af den privatiserede virksomhed.

57 Med det sjette anbringende har sagsøgerne i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen – ved at kræve af de østrigske myndigheder, at disse godtgør, at konsortiet under hensyn til bl.a. transaktionssikkerheden og ønsket om at undgå brugen af Ausfallhaftung ikke opfyldte kriterierne for tildeling af BB (jf. bl.a. 129., 132., 133., 145. og 156. betragtning til den anfægtede beslutning) – ikke har taget hensyn til bevisbyrdereglerne og den oplysningsforpligtelse, der påhviler bydende i forbindelse med en udbudsprocedure. Beviserne for, at en bydende opfylder tildelingskriterierne, skal således fremlægges af den bydende selv i forbindelse med udbudsproceduren, ikke efterfølgende af Kommissionen. I det foreliggende tilfælde fremlagde konsortiet ikke inden for fristen beviser for dets betalingsevne eller refinansieringen af BB, til trods for at konsortiet i passende tid i forvejen var blevet underrettet om sin forpligtelse hertil. For at undgå risikoen for forskelsbehandling af de andre bydende bør de efterfølgende fremlagte beviser afvises. Sagsøgerne har ligeledes gjort gældende, at i mangel på sådanne beviser kunne delstaten Burgenland nære begrundet tvivl om konsortiets betalingsevne.

58 Endelig har sagsøgerne inden for rammerne af det syvende anbringende i det væsentlige gjort gældende, at konsortiets købstilbud ikke kan tjene til at fastlægge BB's markedspris (jf. 109.-114. betragtning til den anfægtede beslutning), idet udbudsproceduren anses for at have været behæftet med mangler, for så vidt som den var baseret på ulovlige udvælgelseskriterier såsom hensyntagen til Ausfallhaftung (jf. 134. betragtning ff. og 141. betragtning ff. til den anfægtede beslutning). Det fremgår i øvrigt af Kommissionens beslutningspraksis, at den ved fastlæggelsen af støtteelementet har afvist at tage hensyn til udfaldet af en ikke-forskriftsmæssig licitationsprocedure. I det foreliggende tilfælde er det uomtvisteligt, at den større risiko, som delstaten Burgenland løb under hensyn til frigørelsen af Ausfallhaftung, førte konsortiet til på uforholdsmæssig vis at maksimere sit bud som en kompensation, der kunne sammenlignes med en »risikopræmie«. Det af konsortiet afgivne buds overdrevne eller fantasifulde karakter bekræftes konkret af beløbet på de andre afgivne bud (jf. 66. betragtning til den anfægtede beslutning) og af de uafhængige vurderinger (jf. 68. betragtning til den anfægtede beslutning), som Kommissionen skulle have taget hensyn til.

59 Kommissionen har bestridt samtlige sagsøgernes anbringender.

Rettens bemærkninger

60 Undersøgelsen af det første anbringende forudsætter nærmere bestemt en stillingtagen til to spørgsmål: Det første tager sigte på at fastlægge, om Kommissionen på grundlag af *XXIII Beretning om Konkurrencepolitikken* faktisk har fastsat, at BB's markedspris kun kan fastlægges gennem en udbudsprocedure. Det andet vedrører spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen i det foreliggende tilfælde og uden at foretage et åbenbart urigtigt skøn kan udelukke, at der gøres brug af de ekspertvurderinger, som blev fremlagt i forbindelse med undersøgelsesproceduren vedrørende den omstridte foranstaltning, og som sagsøgerne har påberåbt sig med henblik på bedømmelsen af den nævnte markedspris.

61 Det fremgår af en samlet læsning af den anfægtede beslutning, at sagsøgerne med urette har gjort gældende, at Kommissionen »principielt går ud fra, at en privatisering skal gennemføres ved hjælp af en åben, gennemsigtig og ubetinget udbudsprocedure«. Kommissionen har nemlig i sin bedømmelse indskrænket sig til at nævne det forhold, at den »baserer […] sin statsstøtteretlige vurdering af foranstaltninger i forbindelse med en privatisering på en række principper, som er beskrevet i *XXIII Beretning om Konkurrencepolitikken* […] samt i dens senere beslutningspraksis«.

62 Punkt 403 i *XXIII Beretning om Konkurrencepolitikken* har følgende ordlyd:

»For gennemsigtighedens skyld er det nok værd at genkalde sig de generelle principper, som Kommissionen anvender i forbindelse med privatiseringer, og som er blevet opbygget i årenes løb på grundlag af undersøgelser af individuelle sager.

Man bør erindre, at EF-lovgivningen i henhold til […] artikel 222 [EF] er neutral for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt virksomheder er privatejet eller offentligt ejet. Støtte, som skal lette privatiseringen, kan således ikke som sådan undtages fra det grundlæggende princip om, at statsstøtte er uforenelig med fællesmarkedet, som fastlagt i artikel 92, stk. 1.

Når privatiseringen gennemføres ved salg af aktier på børsen, antages det normalt at ske på markedsbetingelser og uden støtte. Inden aktierne udbydes, kan gælden afskrives eller reduceres, uden at det giver anledning til en formodning om støtte, så længe afkastet fra aktiesalget overstiger reduktionen i gælden.

Hvis selskabet ikke privatiseres ved salg af aktier på børsen, men ved salg i almindelig handel, dvs. salg af virksomheden som helhed eller i dele til andre selskaber, skal følgende betingelser overholdes for at det uden yderligere undersøgelser kan antages, at der ikke indgår støtte:

— Der skal finde en offentlig licitation sted, som er åben for alle, gennemsigtig og ikke betinget af anden aktivitet, f.eks. erhvervelse af andre aktiver end dem, der bydes på eller fortsat drift af bestemte virksomheder.

— Selskabet skal sælges til højestbydende.

— Der skal stilles tilstrækkelig tid og tilstrækkelige oplysninger til rådighed for de bydende, så de kan foretage en grundig vurdering før der bydes.

Privatisering ved aktiesalg på børsen eller ved offentlig licitation på ovennævnte betingelser skal ikke anmeldes til Kommissionen på forhånd med henblik på en undersøgelse af støtteeffekten. Medlemsstaterne kan [dog] indgive en anmeldelse, hvis de ønsker den ekstra retssikkerhed, en formel godkendelse giver. I andre tilfælde skal salg i almindelig handel undersøges, så man kan konstatere, om der forekommer eventuelle støtteeffekter. I disse tilfælde skal der finde en anmeldelse sted. Dette er især tilfældet i følgende sager:

— salg efter forhandlinger med en enkelt potentiel køber eller et antal udvalgte bydende

— når staten, andre offentlige virksomheder eller offentlige organer forudgående har foretaget en afskrivning af gæld

— når der forudgående er sket en omlægning af gæld i form af en aktie- eller kapitalforøgelse, og

— salget sker på vilkår, der ikke er almindelige ved tilsvarende transaktioner mellem private.

Der må i intet tilfælde diskrimineres ud fra potentielle køberes nationalitet.

Hvis salget sker på vilkår, der ikke kan betragtes som almindelige kommercielle vilkår, skal forholdet først vurderes af uafhængige konsulenter. Privatiseringer i følsomme sektorer (kunstfiberindustrien, tekstilindustrien, motorindustrien etc.) skal altid på forhånd anmeldes til Kommissionen.«

63 Således som sagsøgerne selv har indrømmet, tager de i denne beretning fastsatte rammebestemmelser udelukkende sigte på at præcisere de tilfælde, hvor der er formodning for, at de af medlemsstaterne planlagte privatiseringsforanstaltninger ikke indeholder noget støtteelement, og hvor det følgelig ikke er nødvendigt at indgive en anmeldelse om disse foranstaltninger, medmindre de nationale myndigheder ønsker en retssikkerhed for transaktionen.

64 Det fremgår endvidere ikke af disse retningslinjer, at Kommissionen i alle tilfælde kræver afholdelse af en åben, gennemsigtig og ubetinget udbudsprocedure. Det angives alene i dem, at i de tilfælde, hvor en sådan procedure iværksættes, skal denne opfylde en række betingelser, før det kan formodes, at den omhandlede privatisering opfylder EU-retlige bestemmelser om statsstøtte.

65 Hvad angår spørgsmålet om hvorvidt det er muligt at tage de ekspertvurderinger i betragtning, som er fremlagt med henblik på fastsættelsen af markedsprisen på den enhed, som det planlægges at privatisere, giver den nævnte beretning endvidere ingen elementer af relevans for de foreliggende sager. I denne henseende er den eneste oplysning vedrørende ekspertvurderinger, at »[h]vis salget sker på vilkår, der ikke kan betragtes som almindelige kommercielle vilkår, skal forholdet først vurderes af uafhængige konsulenter«. Imidlertid vedrører denne sidstnævnte situation netop ikke hovedsagerne, eftersom Kommissionen i forbindelse med den med henblik på privatiseringen af BB iværksatte udbudsprocedure udtrykkeligt har udelukket, at der var tale om et salg, som blev indgået på særlige kommercielle vilkår (jf. i denne retning 111. og 112. betragtning til den anfægtede beslutning).

66 Det følger af de ovenstående betragtninger, at sagsøgernes påstand om, at Kommissionen i strid med princippet om lighed mellem private erhvervsdrivende og offentligretlige personer og ved at støtte sig på *XXIII Beretning om Konkurrencepolitikken* har fundet, at markedsprisen i tilfælde af salg af en virksomhed med henblik på dens privatisering alene kunne fastlægges ved hjælp af en udbudsprocedure, på ingen måde er underbygget.

67 Af alle disse grunde er det ufornødent at udtale sig om den retlige rækkevidde af *XXIII Beretning om Konkurrencepolitikken*, der, således som det er blevet anført tidligere, kun havde til formål af hensyn til gennemsigtighed og klarhed at erindre medlemsstaterne om de generelle retningslinjer, som Kommissionen anvender med henblik på undersøgelsen af de foranstaltninger, der er blevet truffet i forbindelse med privatiseringen af virksomheder.

68 Hvad angår det første anbringende står det således blot tilbage at vurdere, om Kommissionen har foretaget et åbenbart urigtigt skøn i forbindelse med, at den har afvist at tage hensyn til de forskellige ekspertvurderinger, som sagsøgerne med henblik på fastsættelsen af BB's markedspris har påberåbt sig i hovedsagerne.

69 I denne forbindelse skal bemærkes, at et selskabs markedspris, der som regel er afhængig af samspillet mellem udbud og efterspørgsel, svarer til den højeste pris, som en privat investor, der handler på normale konkurrencevilkår, er parat til at betale for selskabet (jf. i denne retning Domstolens dom af 29.4.2004, sag C-277/00, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s. 3925, præmis 80, og den i præmis 48 ovenfor nævnte retspraksis).

70 Når en offentlig myndighed planlægger at sælge et selskab, som tilhører den, og med henblik herpå afholder en åben, gennemsigtig og ubetinget udbudsprocedure, er der derfor formodning for, at markedsprisen svarer til det højeste bud, idet det dog skal godtgøres, at dette bud for det første er bindende og troværdigt, og at en hensyntagen til andre økonomiske faktorer end prisen, såsom de mellem buddene bestående risici uden for balancen, for det andet er ubegrundet. Følgelig foretog Kommissionen ikke et åbenbart urigtigt skøn, da den fandt, at støtteelementet kan vurderes ud fra markedsprisen, der i princippet selv afhænger af de bud, som er afgivet konkret i forbindelse med et udbud.

71 Under disse omstændigheder kan Kommissionen ikke kritiseres for ikke at have taget hensyn til de i 68. betragtning til den anfægtede beslutning nævnte uafhængige ekspertrapporter, der skulle bekræfte den af sagsøgerne forsvarede opfattelse, hvorefter den af GRAWE budte pris for købet af BB stemmer overens med markedsprisen.

72 Brugen af sådanne ekspertrapporter med henblik på fastlæggelsen af BB's markedspris vil nemlig kun give mening i det tilfælde, hvor der ikke er blevet iværksat en udbudsprocedure med salget af selskabet for øje, eller eventuelt i det tilfælde, hvor det er blevet fastslået, at den iværksatte udbudsprocedure ikke var åben, gennemsigtig og ubetinget. I denne henseende er det uomtvisteligt, at bud, som er blevet afgivet på konkret og gyldig vis i forbindelse med en udbudsprocedure, der er blevet indledt med henblik på privatiseringen af et givent selskab, i princippet giver et bedre billede af den nævnte enheds markedsværdi end uafhængige ekspertrapporter. Uanset hvilken metode og hvilke parametre der er anvendt ved udarbejdelsen af dem, hviler sådanne ekspertrapporter nemlig på en fremadrettet undersøgelse, og fører dermed til, at vurderingen af det pågældende selskabs markedspris beløbsmæssigt er lavere end den vurdering, som følger af bud, som på konkret og gyldig vis er blevet afgivet i forbindelse med et forskriftsmæssigt afholdt udbud.

73 Af samme grunde kan Kommissionen hverken kritiseres for at have fundet det ufornødent at få en uafhængig ekspert til at udarbejde en efterfølgende analyse eller endvidere for at have forsømt sin forpligtelse til en påpasselig og upartisk undersøgelse af de foranstaltninger, som den skal tage stilling til. Således som det udtrykkeligt fremgår af 112. og 113. betragtning til den anfægtede beslutning, har Kommissionen taget udgangspunkt i en konstatering af, at de uafhængige ekspertrapporter – uagtet deres forfatter, deres udarbejdelsesdato eller den valgte analysemetode – som sådan var uden relevans for at fastlægge, om den af GRAWE betalte pris for overtagelse af BB stemte overens med markedsprisen, eftersom der forelå bindende bud på BB. I øvrigt er det ikke lykkedes sagsøgerne at godtgøre, at Kommissionen har undladt at tage samtlige de oplysninger og vurderinger i betragtning, som navnlig af de østrigske myndigheder er blevet fremlagt for Kommissionen under den administrative procedure.

74 Følgelig kan det første anbringende ikke tages til følge.

75 Med det andet anbringende, som er tæt forbundet med det første, har sagsøgerne forsøgt at påvise, at den anfægtede beslutning afviger fra den af Kommissionen hidtil fulgte beslutningspraksis, eftersom det er første gang, at Kommissionen har krævet af en medlemsstat, der ønskede at privatisere en virksomhed, som tilhørte denne stat, at der blev iværksat en åben, gennemsigtig og ubetinget udbudsprocedure.

76 Retten bemærker herom, at statsstøttebegrebet har en retlig karakter og skal fortolkes på grundlag af objektive elementer (jf. dommen i sagen Valmont mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 47, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis). Kvalificeringen af en foranstaltning som statsstøtte kan således ikke afhænge af Kommissionens subjektive vurdering og skal, såfremt denne er godtgjort at foreligge, fastsættes uafhængigt af enhver tidligere praksis fra Kommissionen (jf. i denne retning og analogt Domstolens dom af 30.9.2003, forenede sager C-57/00 P og C-61/00 P, Freistaat Sachsen m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 9975, præmis 52 og 53, og Rettens dom af 15.6.2005, sag T-171/02, Regione autonoma della Sardegna mod Kommissionen, Sml. II, s. 2123, præmis 177).

77 Under disse omstændigheder kan sagsøgerne ikke påberåbe sig tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet med henvisning til tidligere beslutningspraksis. Eftersom Kommissionen skal gennemgå hver sag for sig ud fra den pågældende sags særlige omstændigheder, er den ikke bundet af tidligere beslutninger.

78 Under alle omstændigheder har sagsøgerne, der er kommet med generelle udtalelser ved at angive, at Kommissionen hidtil altid har »reddet« privatiseringerne, ikke formået at gøre rede for, i hvilket omfang de omstændigheder, som har givet anledning til de af sagsøgerne nævnte afgørelser, og de

retlige betragtninger, der ligger til grund for disse, kan sammenlignes med de i hovedsagerne omhandlede. Det er navnlig ikke blevet godtgjort, at en af disse afgørelser omhandlede en situation, hvor det som i det foreliggende tilfælde var blevet godtgjort, at markedsprisen på den vare eller den virksomhed, der blev frasolgt, på gyldig vis var blevet fastsat gennem en åben, gennemsigtig og ubetinget udbudsprocedure.

79 Det følger af de ovenstående betragtninger, at det andet anbringende under ingen omstændigheder kan tiltrædes.

80 Hvad angår det sjette anbringende om, at Kommissionen ikke har taget hensyn til bevisbyrdereglerne og den oplysningsforpligtelse, der påhviler de bydende i forbindelse med en udbudsprocedure, som iværksættes med henblik på privatiseringen af en virksomhed, bemærkes indledningsvis, at sagsøgerne ved deres argumentation sammenblander den oplysningsforpligtelse, der påhviler de bydende i forbindelse med enhver udbudsprocedure, på den ene side, og det krav om en påpasselig og upartisk undersøgelse, som påhviler Kommissionen i forhold til de påståede støtteforanstaltninger, på den anden side.

81 For så vidt angår den oplysningsforpligtelse, der påhviler de bydende i forbindelse med en licitation, har sagsøgerne i det væsentlige gjort gældende, at konsortiet skulle have fremlagt beviser for dets solvens og for, at FMA ville have udtalt sig til fordel for et salg af BB til konsortiet.

82 Som Kommissionen imidlertid med rette har anført, var konsortiet netop ikke i stand til at give nogen form for indikation af, hvorvidt godkendelsesproceduren ved FMA ville falde positivt ud eller ej, såfremt delstaten Burgenland havde valgt det nævnte konsortiums bud. Eftersom beløbet på det af konsortiet afgivne købstilbud var væsentlig højere end det af GRAWE afgivne bud, og det følgelig ikke kunne udelukkes, at der forelå en fordel for sidstnævnte, var det under alle omstændigheder netop op til de kompetente myndigheder at fremlægge vægtige indicier for, at den af FMA gennemførte undersøgelse ville have medført et forbud mod salg af BB til konsortiet, hvilket myndighederne har undladt at gøre.

83 Hvad angår beviserne for konsortiets økonomiske betalingsevne og solvens fremgår det, at ingen af parterne i den formelle procedure har rejst tvivl om konsortiets evne til at tilvejebringe de nødvendige midler til at betale den budte købspris. I øvrigt fremgår det af sagsakterne, at beviset for en tilbudsgivers økonomiske evne til at betale den budte købspris i princippet vurderes på et tidligt stadie af licitationen, nemlig på »due diligence«-stadiet, der ifølge sagsøgerne omfatter en gennemgang af såvel balancerne som de personalemæssige og materielle ressourcer hos de bydende, hvis bud er blevet fundet bindende og antageligt. Det må imidlertid konstateres, at konsortiets bud først blev bortvalgt i den sidste fase af de i forbindelse med denne procedure førte forhandlinger, idet Østrig, således som det er nævnt i 53. betragtning til den anfægtede beslutning, er »[…] gået ud fra, at konsortiet som bebudet under forhandlingerne ville blive støttet af en økonomisk stærk forretningspartner«.

84 De af sagsøgerne anførte øvrige forhold vedrørende konsortiets evne til at beherske eventuelle likviditetsproblemer ved en overtagelse af BB (jf. 78. og 79. betragtning til den anfægtede beslutning om »[r]efinansering[en] af BB efter salget«) er – foruden at de kun har relevans i de tilfælde, hvor Ausfallhaftung skal tages i betragtning, hvilket tilfælde skal undersøges senere (jf. præmis 149 ff. herefter) – under alle omstændigheder ikke yderligere begrundet. Det fremgår nemlig af den anfægtede beslutning, at konsortiet aldrig har udelukket selve princippet om risikoen for opsigelse af indlån og af interbank-kreditter (selv om det havde anslået denne risiko på et lavere niveau end Kommissionen), og at konsortiet som sikkerhed fremlagde uforbindende hensigtserklæringer fra forskellige banker (jf. 78. betragtning til den anfægtede beslutning). Under disse omstændigheder kan det ikke tiltrædes, at konsortiet ikke havde givet nogen form for garanti for dets solvens.

85 Det bemærkes desuden, at sagsøgerne som svar på det af Retten under retsmødet stillede spørgsmål om, hvorvidt og i hvilket omfang de rejste tvivl om konsortiets økonomiske evne til at betale købsprisen for BB på 155 mio. EUR, bekræftede, at de ingenlunde havde stillet spørgsmålstegn ved, om konsortiet var i stand til at betale den nævnte pris.

86 På baggrund af ovenstående betragtninger kan det sjette anbringende ikke tages til følge.

87 Hvad endelig angår det syvende anbringende om, at konsortiets bud ikke kunne tjene til at fastlægge BB's markedspris, skal bemærkes, således som det fremgår af undersøgelsen af det første anbringende (jf. bl.a. præmis 70 ovenfor), at der er formodning for, at markedsprisen svarer til det højeste bud, når en offentlig myndighed planlægger at sælge et selskab, som tilhører den, og med henblik herpå iværksætter en åben, gennemsigtig og ubetinget udbudsprocedure, idet det dog skal godtgøres, at dette bud for det første er bindende og troværdigt, og at en hensyntagen til andre økonomiske faktorer end prisen, såsom de mellem buddene bestående risici uden for balancen, for det andet er ubegrundet.

88 Følgelig foretog Kommissionen ikke et åbenbart urigtigt skøn, da den fandt, at støtteelementet kan vurderes ud fra markedsprisen, der selv afhænger af de bud, som er afgivet konkret i forbindelse med udbuddet.

89 Fra perspektivet for den private sælger under normale markedsvilkår er de subjektive eller strategiske årsager, der fører en bestemt tilbudsgiver til at afgive et bud af en vis størrelse, i øvrigt ikke afgørende. Den private sælger under normale markedsvilkår vil i princippet vælge det højeste bud uden hensyn til de grunde, som har ført potentielle købere til at afgive bud af en vis størrelse. Som følge heraf kan sagsøgernes påstand om, at beløbet på det af konsortiet afgivne bud er overdrevent, ikke tages til følge.

90 Hvad angår sagsøgernes argumentation, hvorefter Kommissionen ikke kan basere sig på udfaldet af en licitationsprocedure, som den selv har fundet ikke-forskriftsmæssig, skal blot bemærkes, at hvor den i forbindelse med indledningen af den formelle undersøgelsesprocedure nærede tvivl om udbuddets forskriftsmæssighed, navnlig ud fra vinklen om en overholdelse af ligebehandlingen af de bydende (jf. i denne retning 42. betragtning til den anfægtede beslutning), kom Kommissionen frem til den konklusion, at manglerne i udbudsvilkårene ikke havde haft nogen indvirkning på beløbet af de konkret afgivne bud, og at det nominelt højeste bud derfor gav et godt billede af markedsprisen (jf. 143. betragtning til den anfægtede beslutning).

91 I forlængelse af betragtningerne i forbindelse med det andet anbringende må det konkluderes, at henvisningen til Kommissionens påståede faste beslutningspraksis ikke i højere grad støtter det af sagsøgerne forsvarede synspunkt. Hvad navnlig angår den sag, der gav anledning til Kommissionens beslutning 2000/513/EF af 8. september 1999 om Frankrigs støtte til selskabet Stardust Marine (EFT 2000 L 206, s. 6), og den sag, der gav anledning til Kommissionens beslutning 2000/628/EF af 11. april 2000 om den statsstøtte, som Italien har ydet til Centrale del Latte di Roma (EFT L 265, s. 15), og hvortil sagsøgerne har henvist, skal blot bemærkes, at sagerne vedrørte tilfælde, hvor der netop ikke var blevet iværksat en åben, gennemsigtig og ubetinget udbudsprocedure.

92 Som følge heraf kan det syvende anbringende heller ikke tages til følge.

Det tredje anbringende om en urigtig anvendelse af artikel 87, stk. 1, EF, for så vidt som Kommissionen har nægtet at tage hensyn til det usikre udfald og den eventuelt lange varighed af godkendelsesproceduren ved FMA i tilfælde af salg af BB til konsortiet

Parternes argumenter

93 Sagsøgerne kritiserer Kommissionen for i forbindelse med anvendelsen af kriteriet om den private sælger under normale markedsvilkår at have foretaget en ufuldstændig undersøgelse af transaktionssikkerheden. De bebrejder i det væsentlige Kommissionen, at denne ved vurderingen og sammenligningen af buddene på BB ikke har taget tilstrækkelig hensyn til det usikre udfald og den mulige varighed af godkendelsesproceduren ved FMA i tilfælde af salg af BB til konsortiet. En privat sælger ville imidlertid netop af disse grunde vælge GRAWE's bud, som, selv om det var lavere end konsortiets bud, udløb den 31. marts 2006, og som, henset til de ekspertrapporter, som er nævnt i 68. betragtning til den anfægtede beslutning, og den erfaring, der var draget af de tidligere forsøg på privatisering af BB, var særligt interessant.

94 Ifølge sagsøgerne tager Kommissionen med sin påstand om, at varigheden af den af tilsynsmyndigheden gennemførte undersøgelsesprocedure ikke kan begrunde udelukkelsen af en bydende fra en udbudsprocedure, eftersom det ville åbne op for en diskrimination af udenlandske bydende (jf. 130. betragtning til den anfægtede beslutning), ikke hensyn til det forhold, at der skal sondres mellem statens rolle som privat sælger og den rolle, som staten udøver suverænt i kraft af sin egenskab af myndighed for reguleringen af finansmarkederne. I denne forbindelse og henset til FMA's uafhængighed og de regler, som sidstnævnte er underlagt, er de østrigske myndigheder ikke i stand til at opnå nogen oplysning om udfaldet af godkendelsesproceduren. Kommissionens kritik vedrører i øvrigt ikke statsstøtteretten (men snarere etableringsfriheden og de frie kapitalbevægelser) og ser bort fra kompetencefordelingen mellem forbundsstaten og delstaterne.

95 Sagsøgerne har tilføjet, at delstaten Burgenlands måde at agere på i hovedsagerne, nemlig ved først at vælge køberen for dernæst at ansøge om de nødvendige tilladelser, ikke blot er i overensstemmelse med kriteriet om den private sælger, men også er anerkendt i Kommissionens beslutningspraksis.

96 Sagsøgerne har gjort gældende, at der i det foreliggende tilfælde, således som det bl.a. fremgår af en skrivelse af 3. marts 2008 fra HSBC's konsulent, som blev indgivet til Kommissionen den 5. marts 2008, fandtes adskillige indicier, der talte imod, at det skulle tillades at sælge BB til konsortiet.

97 Sagsøgerne har indledningsvis påpeget, at konsortiets medlemmer ikke kunne fremvise nogen kreditværdighed foretaget af et internationalt anerkendt kreditoplysningsbureau, selv om der, således som Kommissionen har nævnt det i flere af sine meddelelser og beslutninger, er tale om et ufravigeligt krav for at kunne udøve virksomhed på de europæiske bank- og kapitalmarkeder.

98 Sagsøgerne har dernæst gjort gældende, at de i mangel på en af konsortiet fremlagt solvensanalyse har henholdt sig til kreditoplysningsbureauernes praksis, hvorefter en virksomhed i princippet ikke kan opnå en mere fordelagtig kreditværdighed end den stat, hvor den har hjemsted, hvilket i det foreliggende tilfælde er Ukraine, hvis højeste kreditværdighed er »BB« (»sub investment grade«).

99 Sagsøgerne har i øvrigt henvist til manglerne i den virksomhedsplan (business plan), som blev fremlagt af konsortiet (jf. de østrigske myndigheders skrivelse af 1.3.2007), til dets manglende erfaring på det europæiske bankmarked og til det nævnte konsortiums ønske om at føre en ny handelspolitik for BB, hvilket, på sigt, og således som det fremgår af HSBC's bemærkninger, kunne føre til et betydeligt tab af egenkapitalen og dermed til en indgriben fra delstaten Burgenland i henhold til Ausfallhaftung. Sagsøgerne har anført, at disse aspekter nødvendigvis ville være blevet taget i betragtning af FMA, der i henhold til de i §5, stk. 1, nr. 3, i Bankwesengesetz (BWG, forbundslov om bankvæsenet) fastsatte

kriterier skulle have vurderet, om konsortiet gav sikkerhed for en økonomisk solid og forsigtig forvaltning af BB efter købet af denne, hvilket Kommissionen i strid med den i artikel 253 EF fastsatte begrundelsespligt har undladt at undersøge.

100 De pessimistiske vurderinger for så vidt angår FMA's godkendelse i tilfælde af salg af BB til konsortiet støttes ligeledes af oplysningerne om den ukrainske banksektors strukturelle og funktionelle svagheder, således som de bl.a. fremgår af de periodiske rapporter fra Den Internationale Valutafond. Disse rapporter er udtrykkeligt blevet nævnt af de østrigske myndigheder i løbet af den formelle procedure og er under alle omstændigheder offentligt tilgængelige. I deres replik har sagsøgerne påpeget, at den nylige udvikling i den ukrainske banksektor har bekræftet de bekymringer, som de havde givet udtryk for på tidspunktet for de faktiske omstændigheder.

101 Ifølge sagsøgerne er der også anledning til at tage hensyn til det forhold, at FMA's opfyldelse af dennes tilsynspligt ville være blevet gjort sværere i tilfælde af konsortiets erhvervelse af BB, idet der ikke foreligger noget institutionaliseret samarbejde mellem FMA og de ukrainske myndigheder, f.eks. gennem en med den ukrainske nationalbank indgået aftaleprotokol.

102 I øvrigt har sagsøgerne påpeget, at delstaten Burgenland ikke blot har baseret sig på egne evalueringer, men også har taget uformel kontakt til FMA med henblik på at sikre sig, at dens forudsigelse vedrørende den godkendelse, som myndigheden eventuelt ville give konsortiet, var pålidelig. Ifølge de af FMA fremlagte oplysninger var udfaldet af proceduren for godkendelse af konsortiets erhvervelse af BB helt åbent, men det skulle have været givet, at denne procedure i første omgang ville føre til et forbud i tilfælde af konsortiets erhvervelse af BB. Dette salgs usikre karakter og længere varighed var imidlertid ikke acceptabelt for delstaten Burgenland i dennes egenskab af privat sælger. Det fulgte heraf, at delstaten Burgenland, således som Republikken Østrig har angivet det i en skrivelse af 1. juni 2006, gik ud fra, at »FMA ikke ville og formentlig ikke kunne godkende konsortiets erhvervelse af banken«. De konstateringer, der fremgår af det foreløbige påbud, som Landesgericht Eisenstadts (den regionale domstol i Eisenstadt, Østrig) afsagde den 26. maj 2006, bekræfter denne faktiske omstændighed. Sagsøgerne har præciseret, at det fremgik af de samtaler, som de kompetente myndigheder havde med FMA, at der kunne påregnes en beslutning om godkendelse inden for få uger ved tilfælde af salg af BB til GRAWE. Til gengæld skulle FMA have givet udtryk for, at denne procedure sandsynligvis ville vare seks måneder eller i værste fald et år ved salg af BB til konsortiet. Der er ingen tvivl om, at godkendelsesproceduren ved FMA ville have varet betydeligt længere og haft et langt mere usikkert udfald i tilfælde af salg til konsortiet.

103 Endelig har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionen har anvendt kriteriet om den private sælger urigtigt, idet den vedrørende salget af BB til GRAWE har krævet bevis for, at et salg til konsortiet åbenbart ikke kunne gennemføres, eller for, at FMA med sikkerhed havde forbudt et salg til konsortiet. Som HSBC's konsulent udtrykkeligt har forklaret i sine bemærkninger af maj 2006, ville en fornuftig privat sælger søge at maksimere købsprisens forventede værdi, hvilken er defineret som det bud, som der er størst sandsynlighed for at opnå. Eftersom den forventede værdi af den af GRAWE budte købspris var væsentlig højere end den af konsortiets, er delstatens beslutning til fordel for GRAWE således begrundet, henset til det forhold, at den nominelt lavere købspris, som blev budt af GRAWE, blev mere end rigeligt opvejet af den forøgede transaktionssikkerhed. Med andre ord har Kommissionen i sin analyse ikke medregnet sandsynligheden på 50% for, at FMA ikke ville godkende salget til konsortiet.

104 I replikken har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionen modsiger sig selv for så vidt angår den præcisionsmargin, som delstaten Burgenland rådede over i forbindelse med udfaldet af proceduren ved FMA: Alt imens den anerkender, at udfaldet af denne procedure ikke præcist kunne vurderes på forhånd, har Kommissionen i andre passager i dens skrivelser krævet, at afslaget på godkendelse af den højest bydendes erhvervelse af BB skulle være åbenbar.

105 Kommissionen har bestridt sagsøgernes anbringender.

Rettens bemærkninger

106 Det her omhandlede anbringende vedrører den i slutningen af 121. betragtning til den anfægtede beslutning nævnte problematik om den godkendelse, som skal gives af den kompetente finanstilsynsmyndighed i forbindelse med privatiseringsprocessen, nemlig FMA. Sagsøgerne har således gjort gældende, at det usikre udfald og varigheden af godkendelsesproceduren, såfremt BB var blevet solgt til konsortiet, har begrundet, at BB i sidste ende blev solgt til GRAWE, selv om det af sidstnævnte afgivne bud var lavere.

107 I denne henseende er parterne enige om den i 120. betragtning til den anfægtede beslutning nævnte omstændighed, hvorefter en sælger, der handler efter markedsøkonomiske principper, kan vælge det lavere bud, hvis det er helt klart, at et salg til den højestbydende ikke er gennemførligt. Det skal navnlig bemærkes, at Kommissionen i 125. betragtning til den anfægtede beslutning og i modsætning til, hvad sagsøgerne har forudsat, udtrykkeligt har anerkendt det forhold, at en sælger under normale markedsvilkår ikke ville vælge en køber, som efter al sandsynlighed ikke ville opnå de fornødne godkendelser fra de kompetente myndigheder.

108 Det tilkommer derfor Retten at afgøre, om Kommissionen har foretaget et åbenbart urigtigt skøn ved at konkludere, at de forhold, som sagsøgerne har anført med henblik på at godtgøre, at FMA's godkendelse af salget af BB til konsortiet for det første var behæftet med usikkerhed, og at godkendelsesproceduren ved FMA for det andet ville vare længere i tilfælde af salg af BB til konsortiet, henset til kriteriet om den private aktør under normale markedsvilkår, ikke begrundede beslutningen om at sælge BB til GRAWE.

109 Hvad for det første angår selve indholdet af godkendelsesproceduren fremgår det af sagsakterne, at erhvervelsen af en kvalificeret deltagelse i et østrigsk kreditinstitut i henhold til BWG's § 20, stk. 3, som var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, forudsætter anmeldelse og godkendelse.

110 Bedømmelsen af erhvervelse af en kvalificeret deltagelse sker ved en test af egnetheden og hæderligheden (»Fit & Proper«), som er fastsat i BWG's § 5, stk. 1. Således som det bl.a. fremgår af 125. og 126. betragtning til den anfægtede beslutning, hvilke ikke bestrides af parterne, kan FMA i medfør af BWG's § 20 først underkaste køberen af en bank kvalifikations- og erfaringskriterier i det øjeblik, hvor forhandlingsparterne har indgået en bindende købsaftale. Det følger heraf, at FMA i praksis ikke kan gennemføre en samtidig vurdering af flere potentielle købere. Denne myndighed har i øvrigt bekræftet over for Kommissionen, at den først påbegynder bedømmelsen af erhvervelse af en kvalificeret deltagelse, når der foreligger en konkret og åbent tilkendegivet hensigt om erhvervelse og salg hos de to transaktionsparter. I det foreliggende tilfælde skulle delstaten Burgenland således endegyldigt vælge et af buddene på BB, inden FMA kunne indlede proceduren for godkendelse af salget. Ifølge de oplysninger, som de østrigske myndigheder selv har fremlagt, er FMA i øvrigt som uafhængig administrativ myndighed underkastet krav om fortrolighed og upartiskhed. Den må derfor ikke på forhånd komme med prognoser på udfaldet af en iværksat godkendelsesprocedure.

111 I øvrigt er parterne enige om, at FMA kan forbyde erhvervelsen inden for en frist på tre måneder efter anmeldelsen, idet erhvervelsen ellers anses for godkendt. Såfremt FMA finder, at den til sin bedømmelse har brug for mere tid end de tre måneder, den er indrømmet, skal den først forbyde erhvervelsen inden udløbet af tremånedersfristen. Dette forbud foregriber imidlertid ikke FMA's endelige afgørelse om erhvervelsen af den kvalificerede deltagelse.

112 Hvad for det andet angår de af sagsøgerne særligt fremførte argumenter består disse i det væsentlige dels af generelle betragtninger om den tilbageholdenhed eller fjendtlige indstilling, som tilsynsmyndighederne har haft eller generelt burde have over for erhvervsdrivende fra Ukraine, dels af oplysninger vedrørende situationen for konsortiets medlemmer og af oplysninger fra FMA selv.

113 Hvad for det første angår de generelle betragtninger om den særlige tilbageholdenhed, som tilsynsmyndighederne rent faktisk har haft – hvilket bl.a. illustreres af afgørelsen fra Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (det tyske forbundskontor for tilsyn med finansielle tjenesteydelser), som efter en sagsbehandlingstid på 13 måneder ikke godkendte salget af NordFinanz Bank AG til en ukrainsk koncern, og af afslaget i 1994 på at tildele en banktilladelse til en forgænger af et medlem af konsortiet (SLAV) – eller generelt burde have (særligt henset til harmoniseringen på europæisk plan af procedurereglerne og af de vurderingskriterier, som finder anvendelse på den tilsynsmæssige vurdering af erhvervelser og forøgelse af kapitalandele i den finansielle sektor) over for fysiske eller juridiske personer med hjemsted i Ukraine, er disse hverken materielt relevante eller overbevisende med henblik på de foreliggende sager.

114 For det første kan disse forhold ikke give den mindste indikation om det konkrete udfald af godkendelsesproceduren ved FMA i det tilfælde, hvor delstaten Burgenland havde valgt at sælge BB til konsortiet. I dette tilfælde drejer det sig ikke om at fastlægge, om enhederne i den ukrainske banksektor er underkastet forpligtelser og tilsyn af tilfredsstillende kvalitet, dvs. svarende til de forpligtelser og det tilsyn, der gennemføres i EU-medlemsstaterne. Således som Kommissionen klart har anført, uden at dette er blevet bestridt af sagsøgerne, har den af FMA gennemførte bedømmelse af erhvervelse af kvalificeret deltagelse i pengeinstitutter til formål at fastlægge, om de potentielle købere i lyset af de i BWG's § 20 omhandlede kvalifikations- og erfaringskriterier fremviser pålidelighedsgarantier med henblik på en solid og gennemsigtig forvaltning af det omhandlede kreditinstitut.

115 Det må i øvrigt konstateres, at et vist antal af de i hovedsagerne fremførte betragtninger, bl.a. i replikken, vedrører udviklingen af nye former for praksis som følge af den på verdensplan indtrådte finanskrise. Som det imidlertid fremgår af den i præmis 51 ovenfor nævnte retspraksis, skal lovligheden af en beslutning om støtte vurderes i forhold til de oplysninger, som Kommissionen kunne have på det tidspunkt, da den vedtog den.

116 Det er følgelig ufornødent at tage hensyn til den udvikling, som har fundet sted efter vedtagelsen af denne beslutning, og som pr. definition ikke var blevet bragt til Kommissionens kendskab. Ligeledes må argumenterne om for det første den agtpågivenhed, som kontrolorganerne og de finansregulerende myndigheder fremover må udvise som følge af finanskrisen, og for det andet de heraf følgende eventuelle ændringer i den gældende ret afvises.

117 Desuden ser sagsøgernes argumentation bort fra, at det af konsortiet fremførte ønske om at erhverve BB kunne tolkes som en vilje til at etablere et kreditinstitut i Østrig. Selv om sagsøgerne har omtalt integrationen af et af medlemmerne af konsortiet, nemlig Active Bank, er det derimod i denne forbindelse ikke blevet godtgjort, at denne integration først var tiltænkt efter et eventuelt salg af BB til konsortiet. Dette forhold var heller ikke blandt dem, der skulle være taget hensyn til under undersøgelsesproceduren ved FMA.

118 I øvrigt ignorerer disse generelle betragtninger den omstændighed, at FMA, således som sagsøgerne har påpeget i deres respektive svarskrifter, skal bedømme enhver ansøgning om erhvervelse af kvalificeret deltagelse i et finansinstitut fordomsfrit. Den omstændighed, at visse af konsortiets medlemmer oprindeligt havde hjemsted i Ukraine, kan ikke i sig selv forklare, at FMA skulle forbeholde sig et negativt udfald på godkendelsesproceduren.

119 Hvad for det andet angår de af sagsøgerne fremlagte oplysninger vedrørende konsortiet, nemlig manglen på kreditværdighed fra et internationalt anerkendt kreditoplysningsbureau, de påståede mangler i dets handlingsplan, dets manglende erfaring og den handelspolitik, som konsortiet planlagde at føre i BB, er disse ikke mere relevante i forbindelse med vurderingen af sandsynligheden for, at godkendelsesproceduren ved FMA falder positivt ud.

120 For det første har sagsøgerne ikke angivet, om og i hvilket omfang FMA ville have taget hensyn til disse forhold i forbindelse med sin vurdering.

121 Dernæst, og således som Kommissionen har gjort gældende, påpeger sagsøgerne – med deres argumentation om de påståede mangler i konsortiets handlingsplan, dets manglende erfaring og den handelspolitik, som det nævnte konsortium planlagde at føre i BB – i realiteten bekymringer, der vedrører den kommercielle fremtid for BB, dvs. for den enhed, der er til salg, og som i princippet ikke har noget at gøre med de bekymringer, som driver en sælger under normale markedsvilkår.

122 For det tredje har sagsøgerne i det væsentlige gjort gældende, at det fulgte af uformelle kontakter med FMA, at der ved salg til GRAWE kunne påregnes en afgørelse om godkendelse inden for få uger efter salget af BB, hvorimod der skulle påregnes en godkendelsesprocedure på seks måneder eller et år ved salg til konsortiet. Disse oplysninger, som blev fremsat under et møde den 31. januar 2006, skulle efter sigende være blevet bekræftet den 2. marts 2006. Idet den var blevet informeret om, at udfaldet af godkendelsesproceduren var helt åbent, »gik [delstaten Burgenland] ud fra, at FMA ikke ville og formentlig ikke kunne godkende konsortiets erhvervelse af banken«, hvorfor den valgte at sælge BB til GRAWE.

123 Som Kommissionen imidlertid har påpeget i 127. betragtning til den anfægtede beslutning, har FMA ved på uformel vis at angive, at udfaldet af godkendelsesproceduren var åbent, ikke på forhånd udtalt sig om, hvorvidt dette udfald ville falde negativt ud eller ej. Der foreligger ikke nogen misforståelse hos Kommissionen med hensyn til meningen med de af de østrigske myndigheder fremlagte oplysninger.

124 Hvad for det tredje angår hensyntagen til den sandsynlige varighed af godkendelsesproceduren ved FMA bemærkes indledningsvis, at Kommissionen har gjort gældende, at den formentlig længere sagsbehandlingstid ved FMA ikke var af en sådan art, at den kunne udgøre en hindring for et salg af BB til konsortiet.

125 I denne henseende har Kommissionen givet en begrundelse for sit standpunkt, der er sålydende (jf. 130. betragtning til den anfægtede beslutning):

»Heller ikke sagsbehandlingstiden i [FMA] – under tre måneder for GRAWE, men op til et år for konsortiet – er i sig selv nok til at udelukke konsortiet som køber. Østrig har fremført, at den deraf følgende usikkerhed ville gå ud over BB, som i sidste ende kunne være kommet i vanskeligheder. Kommissionen kan hverken principielt eller i den konkrete sag acceptere dette argument. For principielt ville det være ensbetydende med diskriminering mod alle bydende uden for EU og muligvis også mod bydende fra andre EU-lande, eftersom det samme argument ville kunne fremføres for enhver bydende, der ikke var kendt af [FMA], altså for enhver ikke østrigsk virksomhed. Og i den konkrete sag må Kommissionen fastslå, at BB på salgstidspunktet ikke befandt sig i vanskeligheder. Da man lige siden 2003 havde forsøgt at sælge banken, var det heller ikke indlysende, hvorfor det skulle gå så hurtigt. Der blev i forbindelse hermed peget på, at GRAWE's bud var tidsbegrænset, men heller ikke dette argument kan accepteres, da det ville betyde, at der ville være mange muligheder for at øve indflydelse på udbudsproceduren på en diskriminerende måde.«

126 Det skal bemærkes, at Kommissionen har tilsluttet sig de østrigske myndigheders evaluering, hvorefter der i tilfælde af konsortiets erhvervelse af BB skulle påregnes en godkendelsesprocedure, som kunne tage op til et år (selv om den fandt, at en varighed på seks måneder var mere sandsynlig), hvorimod sagsbehandlingstiden i tilfælde af salg af BB til GRAWE ville være på tre måneder (jf. 130. betragtning til den anfægtede beslutning).

127 Kommissionen har derimod af to årsager nægtet at lægge til grund, at denne omstændighed skulle kunne udelukke konsortiet: Den første, som er af principiel art, vedrører risikoen for at diskriminere alle ikke-østrigske bydende, den anden, som er knyttet til de konkrete sager, bygger på den konstatering, at BB ikke befandt sig i vanskeligheder på salgstidspunktet, og at salget af BB til GRAWE derfor ikke var af særligt hastende karakter.

128 Således som sagsøgerne har gjort gældende, ser den første grund til at udelukke en hensyntagen til varigheden af godkendelsesproceduren ved FMA, nemlig risikoen for at diskriminere bydende, der har hjemsted i andre lande, imidlertid bort fra den grundlæggende sondring, som – når det skal fastlægges, at der foreligger en fordel i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 87, stk. 1, EF – skal foretages mellem de forpligtelser, der påhviler staten, når den udøver en økonomisk aktivitet som virksomhed, og de forpligtelser, der kan påhvile den som offentlig myndighed (jf. i denne retning dommen i sagen Ryanair mod Kommissionen, nævnt i præmis 50 ovenfor, præmis 84).

129 Selv om staten som led i beslutningen om at sælge BB handler i egenskab af privat sælger under normale markedsvilkår, opererer den i det foreliggende tilfælde i henhold til sine offentligretlige beføjelser, når den handler som myndighed, der er ansvarlig for den tilsynsmæssige vurdering af erhvervelser og forøgelser af kapitalandele i den finansielle sektor. Det kan heller ikke bebrejdes delstaten Burgenland, at FMA vedrørende GRAWE, som denne myndighed i forvejen kendte, havde angivet, at en beslutning om godkendelse kunne træffes inden for få uger, hvorimod godkendelsesproceduren med henblik på privatiseringen af BB for så vidt angår konsortiet, som FMA ikke kendte – hvilket ville indebære en grundigere undersøgelse – sandsynligvis ville tage flere måneder.

130 Det er således med urette, at Kommissionen – til støtte for, at den ikke ville lægge til grund, at den sandsynligt længere varighed af godkendelsesproceduren ved FMA i tilfælde af salg af BB til konsortiet ville kunne udgøre en hindring for et sådant salg – har angivet, at der forelå en risiko for brud på ligebehandlingen af de bydende. Der er nemlig en modsætning mellem på den ene side at undersøge delstaten Burgenlands fremgangsmåde i lyset af kriteriet om den private aktør under normale markedsvilkår, og på den anden side gøre risikoen for en tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af forskellen i varigheden af godkendelsesproceduren i tilfælde af salg af BB til GRAWE og risikoen i tilfælde af salg til konsortiet gældende mod delstaten.

131 Denne fejl kan imidlertid kun medføre, at den anfægtede beslutning er ugyldig, i det tilfælde, hvor Kommissionen ikke har angivet nogen anden gyldig begrundelse til støtte for sit standpunkt. Det fremgår nemlig af fast retspraksis, at en forkert begrundelse ikke kan medføre en akts ophævelse, hvis der foreligger andre begrundelser, som udgør et tilstrækkeligt grundlag (jf. Domstolens dom af 7.4.2011, sag C-321/09 P, Grækenland mod Kommissionen, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 61 og den deri nævnte retspraksis).

132 Hvad angår det i denne sammenhæng af Kommissionen fremsatte andet anbringende om, at der i det foreliggende tilfælde ikke forelå et særligt hastetilfælde, som kunne begrunde, at der skulle sælges til GRAWE snarere end til konsortiet, kan dette imidlertid ikke underkendes. Det fremgår ganske vist af redegørelsen for de faktiske omstændigheder, at den fremgangsmåde, som delstaten Burgenland har anvendt med henblik på salget af BB, stammede fra 2003, og at det, således som sagsøgerne har gjort gældende, netop var fordi, at processen for privatiseringen af BB havde været særlig langvarig og dyr, at delstaten Burgenland ikke ville gå glip af endnu en mulighed for at sælge BB. Henset til dens med hensyn til udfaldet af godkendelsesproceduren ved FMA nærede tvivl kan det endvidere ikke udelukkes, at delstaten Burgenland havde foretrukket at sælge BB til GRAWE, hvis bud var tidsbegrænset. Imidlertid skulle delstaten Burgenland have fremlagt konkrete oplysninger med henblik på at godtgøre, at varigheden af godkendelsesproceduren ved FMA i tilfælde af salg af BB til konsortiet ville have sat chancerne for en privatisering alvorligt over styr, hvilken godtgørelse netop savnes.

133 Det følger af samtlige disse betragtninger, at Kommissionen ikke har foretaget noget åbenbart urigtigt skøn ved at finde, at hverken det usikre udfald eller den formentlig længere varighed af proceduren ved FMA – i det tilfælde, hvor det var blevet besluttet at sælge BB til konsortiet – kunne begrunde, at konsortiet skulle udelukkes som køber.

134 Hvad for det fjerde angår sagsøgernes argumentation om, at Kommissionen, ud fra vinklen om anvendelsen af prøven for den private investor under normale markedsvilkår, har udvist uforholdsmæssig strenghed ved i det foreliggende tilfælde at kræve, at det skulle være »helt klart, at et salg til den højstbydende ikke [var] gennemførligt« (jf. 120. betragtning til beslutningen), kan denne heller ikke tiltrædes.

135 En samlet læsning af den sektion af begrundelserne til den anfægtede beslutning, som vedrører transaktionssikkerheden, viser nemlig klart, at den valgte ordlyd skyldes et forkert sprogbrug, idet Kommissionen har sørget for nøje at undersøge de argumenter, som de østrigske myndigheder havde fremlagt med henblik på at godtgøre den usikre karakter og den sandsynlige langvarighed af godkendelsesproceduren ved FMA. Kommissionen har således tydeligvis erkendt, at det var »[uomtvisteligt], at en markedsøkonomisk handlende sælger ikke ville vælge at sælge til en køber, som efter al sandsynlighed ikke ville kunne opnå den fornødne godkendelse fra finanstilsynet (eller anden kompetent myndighed)« (125. betragtning til den anfægtede beslutning).

136 I det foreliggende tilfælde har Kommissionen således ikke nægtet delstaten Burgenland en »prognosemargin«. Kommissionen har blot draget den konklusion, at der hverken var beviser for eller tegn på, at FMA ville have nedlagt forbud mod et salg til konsortiet (jf. 133. betragtning til den anfægtede beslutning).

137 Sagsøgerne har desuden ikke godtgjort, hvordan de er kommet frem til den konklusion, at der forelå en sandsynlighed på 50% for, at salget af BB til konsortiet ikke ville gennemføres (og omvendt en sandsynlighed på 50% for, at det ville).

138 Hvad endelig angår overholdelse af begrundelsespligten vedrørende en hensyntagen til godkendelsesproceduren ved FMA bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at den begrundelse, som kræves i henhold til artikel 253 EF, skal tilpasses karakteren af den pågældende retsakt og klart og utvetydigt angive de betragtninger, som den institution, der har udstedt den anfægtede retsakt, har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret. Det nærmere indhold af begrundelseskravet skal fastlægges i lyset af den konkrete sags omstændigheder, navnlig indholdet af den pågældende retsakt, indholdet af de anførte grunde samt den interesse, som retsaktens adressater samt andre, der må anses for umiddelbart og individuelt berørt af retsakten, kan have i begrundelsen. Det kræves ikke, at begrundelsen angiver alle de forskellige relevante faktiske og retlige momenter, da spørgsmålet, om en beslutnings begrundelse opfylder kravene efter artikel 253 EF, ikke blot skal vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes til den sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område (jf. dommen i sagen Chronopost og La Poste mod UFEX m.fl., nævnt i præmis 51 ovenfor, præmis 88 og den deri nævnte retspraksis).

139 Det må i det foreliggende tilfælde fastslås, at sagsøgerne, henset til de detaljerede oplysninger, som er fremlagt i 125.-133. betragtning til den anfægtede beslutning, har været i stand til at forstå den argumentation, der har ført Kommissionen til at konkludere, at en sælger under normale markedsvilkår ikke på grundlag af konsekvenserne af godkendelsesproceduren ved FMA ville have udelukket, at konsortiet købte BB. Således som det fremgår af undersøgelsen af det nærværende anbringende, har Retten i øvrigt, henset til de samme oplysninger, været i stand til at udøve sin ret til prøvelse af denne argumentation.

140 På baggrund af ovenstående betragtninger kan det tredje anbringende heller ikke tages til følge.

Det fjerde anbringende vedrørende en urigtig anvendelse af artikel 87, stk. 1, EF, for så vidt som delstaten Burgenland var berettiget til at tage hensyn til de med Ausfallhaftung forbundne økonomiske risici

Parternes argumenter

141 Sagsøgerne er af den opfattelse, at en privat sælger, i modsætning til hvad Kommissionen har gjort gældende, uundgåeligt ville have taget hensyn til de fra Ausfallhaftung hidrørende risici. Den af Kommissionen foretagne sondring mellem offentlige og private sælgere er særligt kunstig og formel, idet den ikke giver et realistisk billede af økonomiske aktørers adfærd på markedet.

142 For det første har sagsøgerne gjort gældende, at selv om Gröditzer Stahlwerke-dommen (Domstolens dom af 28.1.2003, sag C-334/99, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s. 1139, præmis 136 ff.), Stardust Marine-dommen (Domstolens dom af 16.5.2002, sag C-482/99, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 4397) og BP Chemicals-dommen (Rettens dom af 15.9.1998, sag T-11/95, BP Chemicals mod Kommissionen, Sml. II, s. 3235) faktisk vedrører spørgsmålet om, hvorvidt staten havde pådraget sig forpligtelser som aktionær eller som offentlig myndighed, adskiller de i disse sager omhandlede faktiske omstændigheder sig klart fra de i det foreliggende tilfælde omhandlede.

143 Således har delstaten Burgenland hverken henvendt sig til BB som offentlig myndighed eller tildelt Ausfallhaftung inden for rammerne af dens offentligretlige beføjelser. Sagsøgerne har bl.a. gjort gældende, at denne garanti er baseret på en østrigsk privatretlig bestemmelse, nemlig § 1356 i Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch om Ausfallbürgschaft (kaution i tilfælde af ikke-betaling). Ausfallhaftung svarer til en »civilretlig arbejdsgivererklæring« – som adskiller sig fra de af de tyske delstater ydede statsgarantier (Anstaltslast og Gewährträgerhaftung) – hvorved delstaten Burgenland forbedrer bankens økonomiske situation, og den er blot en afspejling af delstatens interesser som ejer. Denne analyse er i øvrigt i overensstemmelse med praksis fra Oberste Gerichtshof (højeste ret, Østrig), som i en dom af 4. april 2006 har udtalt, at »Ausfallhaftung fungerer som erstatning for egenkapital« og »udgør af denne grund et instrument til finansiering af egenkapitalen«. Det forhold, at delstaten Burgenland inden for rammerne af en lov har forpligtet sig i henhold til Ausfallhaftung, skyldes behovet for at give den pågældende forpligtelse en tilstrækkelig offentlig publicering.

144 For det andet har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionen har erkendt, at den til fordel for de østrigske banker ydede Ausfallhaftung er eksisterende statsstøtte, og dermed lovlig statsstøtte frem til udløbet af overgangsfristen. Der skulle have været taget hensyn til dennes virkninger i forbindelse med bedømmelsen af den omstridte privatiseringsforanstaltning. Kommissionens fremgangsmåde i denne henseende er selvmodsigende og gør det vanskeligt for en delstat at privatisere en bank, når den samtidig ikke er i stand til at minimere risikoen for at måtte træde til i henhold til Ausfallhaftung.

145 For det tredje er sagsøgerne af den opfattelse, at Kommissionen ikke på en tilstrækkelig sammenhængende måde har redegjort for den manglende hensyntagen til Ausfallhaftung i den anfægtede beslutning. Kommissionen kan ikke afvise at undersøge konsekvenserne af Ausfallhaftung under undersøgelsen af beslutningen om at sælge BB til GRAWE og samtidig i statsstøtteberegningen tage hensyn til det beløb, som skal betales i henhold til denne garanti (jf. 170. betragtning til den anfægtede beslutning).

146 For det fjerde er sagsøgerne af den opfattelse, at Kommissionens fremgangsmåde udgør en hindring for privatiseringen, og at den strider mod beslutningen fra 2004, som gjorde tildelingen af støtte til omstruktureringen betinget af privatiseringen af BB.

147 For det femte og sidste har sagsøgerne gjort gældende, at delstaten Burgenland kraftigt har nedsat Ausfallhaftungs konkurrencefordrejende virkninger ved at træffe beslutning om at sælge BB til GRAWE, dvs. en virksomhed med solid kreditværdighed og lav risikoprofil. I øvrigt ville delstaten Burgenland gerne have ageret inden for rammerne af de nyttige foranstaltninger, som var blevet vedtaget vedrørende den i beslutningen af 2004 omhandlede omstruktureringsstøtte.

148 Kommissionen har bestridt alle disse klagepunkter.

Rettens bemærkninger

149 Kommissionen har i den anfægtede beslutning (jf. bl.a. fodnote 9 under 21. betragtning) beskrevet Ausfallhaftung som en lovlig garantiordning, der indeholder en forpligtelse for de statslige myndigheder, bl.a. de regionale, til at træde til, hvis det pågældende kreditinstitut standser betalingerne eller træder i likvidation. I henhold til denne garanti kan kreditinstitutters kreditorer gøre et direkte krav gældende over for den offentlige myndighed, som er garant, i det tilfælde, hvor kreditinstituttet befinder sig i en betalingsstandsnings- eller likvidationssituation, og det nævnte instituts aktiver ikke er tilstrækkelige til at fyldestgøre dem. Denne beskrivelse af Ausfallhaftung er ikke formelt blevet anfægtet af sagsøgerne.

150 Det fremgår af Kommissionens forslag om nyttige foranstaltninger vedrørende Ausfallhaftung, at Republikken Østrig havde forpligtet sig til at fjerne denne garanti med udløbet af en overgangsperiode. Rent konkret, og således som det fremgår af præmis 3 ovenfor, var de på den 2. april 2003 bestående forpligtelser dækket af Ausfallhaftung frem til deres forfaldsdato. Under overgangsperioden, der løb frem til den 1. april 2007, er Ausfallhaftung, medmindre de omhandlede finansinstitutter er blevet privatiseret forinden, blevet bibeholdt for nye forpligtelser, hvis forfaldsdato ligger før den 30. september 2017.

151 Det følger heraf, at selv om BB blev privatiseret, skulle delstaten Burgenland fortsætte med at være garant for denne i forhold til dels de før den 2. april 2003 indgåede forpligtelser (og uanset forfaldsdatoen af disse forpligtelser), dels de under overgangsperioden (som udløber på privatiseringsdatoen) pådragne forpligtelser, der forfalder inden den 30. september 2017.

152 Det er i dette lys, at sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen i sin vurdering af købsbuddene nødvendigvis skulle have taget hensyn til Ausfallhaftung, som på salgstidspunktet dækkede knap 3,1 mia. EUR af BB's passiver. Eftersom delstaten Burgenland kunne blive henvist til at garantere for tab, som BB ville lide selv efter dens privatisering, var den med henblik på at imødegå enhver risiko for likvidation eller betalingsstandsning af BB berettiget til at sikre sig, at den nævnte køber fremviste garantier for seriøsitet og solvens, der var tilstrækkelige og gik ud over køberens simple evne til at betale købsprisen. Kort sagt har de østrigske myndigheder gjort gældende, at salget af BB til GRAWE til en væsentlig lavere pris end den af konsortiet budte helt var berettiget af den mindre risiko for at måtte opfylde garantiforpligtelsen i henhold til Ausfallhaftung.

153 Kommissionen er imidlertid af den opfattelse, at Ausfallhaftung, som forinden var blevet anset for eksisterende støtte, ikke kunne tages i betragtning, når det som i det foreliggende tilfælde drejede sig om at undersøge en given transaktion med princippet om den private sælger under normale markedsvilkår som målestok. Den fremførte begrundelse består i, at denne garanti, der er anset for

støtte, pr. definition ikke henhører under dem, som en privat sælger ville kunne skulle indrømme. Kommissionen har i den anfægtede beslutning derfor afvist at tage hensyn til Ausfallhaftung med følgende ordlyd:

»(135) Efter Kommissionens opfattelse burde delstaten Burgenland ikke have taget hensyn til denne Ausfallhaftung. Hvis man tager hensyn til Ausfallhaftung, vil man som anført i åbningsbeslutningen blande delstaten Burgenlands rolle som yder af statsstøtte og dens rolle som sælger af banken sammen.

[…]

(137) […] Østrigs synspunkt underbygges ikke af retspraksis, og der er ingen præcedens for, at en markedsøkonomisk kapitalgiver skulle kunne tage hensyn til en forpligtelse, der er at betragte som statsstøtte. I den hypotese ville ingen markedsøkonomisk kapitalgiver have påtaget sig en forpligtelse, som ikke stemte overens med princippet om en markedsøkonomisk investor, og beslutningen om, at Ausfallhaftung skulle ophæves, bekræfter, at denne Ausfallhaftung-kaution ikke blev stillet på markedsvilkår. E[U]-Domstolen har statueret, at forpligtelser, der er blevet kvalificeret som ulovlig statsstøtte, ikke kan tages i betragtning ved beregningen af likvidationsomkostningerne. Det betyder dog ikke omvendt, at der kan tages hensyn til en eksisterende statsstøtte. Efter Kommissionens opfattelse er det ikke relevant, om der var tale om en ulovlig støtte eller en eksisterende støtte. Så længe den pågældende forpligtelse er at betragte som statsstøtte, ville ingen markedsøkonomisk investor have accepteret den og derfor heller ikke taget hensyn til den.«

154 Kommissionens stillingtagen må tiltrædes.

155 Det fremgår nemlig af retspraksis, at der ved anvendelsen af kriteriet om den private sælger må sondres mellem de forpligtelser, staten hæfter for som ejer af et selskabs aktiekapital, og de forpligtelser, der kan påhvile den som offentlig myndighed (Domstolens dom af 14.9.1994, forenede sager C-278/92, C-279/92 og C-280/92, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 4103, præmis 22).

156 I sagen, der gav anledning til dom af 28. januar 2003, Tyskland mod Kommissionen, nævnt i præmis 142 ovenfor, præmis 133-141, udelukkede Domstolen således, at forskellige lån og garantier, som en privat investor aldrig ville have tildelt på samme betingelser, og som skulle anses for ulovlig statsstøtte, kunne tages i betragtning i forbindelse med undersøgelsen af spørgsmålet om, hvorvidt likvidationen af Gröditzer Stahlwerke var mere bebyrdende end dens privatisering til en negativ salgspris.

157 Sagsøgerne har med urette gjort gældende, at denne sag ikke er relevant, for så vidt som den vedrørte ulovlig statsstøtte, ikke eksisterende støtte. Det, der er afgørende i forbindelse med anvendelsen af kriteriet om den private aktør, er nemlig at vide, om de omhandlede foranstaltninger hører under dem, som en privat aktør under normale markedsvilkår, der forventer at opnå fortjeneste på kortere eller længere sigt, ville kunne have tildelt. Endvidere, og uafhængigt af den kvalificering af de omstridte forpligtelser, som kunne være blevet lagt til grund, er det grundlæggende spørgsmål, der opstår, derfor, om de nævnte forpligtelser henhører under dem, som kunne være blevet indgået af en privat aktør under normale markedsvilkår.

158 Selv hvis det, i strid med den bindende karakter af beslutning K(2003) 1329 endelig antages, at de østrigske myndigheder har beføjelse til i forbindelse med den foreliggende procedure at anfægte den kvalificering af Ausfallhaftung som statsstøtte, der er lagt til grund i selv samme beslutning, må det følgelig konkluderes, at Ausfallhaftung – henset til de ovenfor beskrevne kendetegn for den med den gennemførte ordning – ikke er blevet indgået under normale markedsvilkår og derfor med kriteriet om den private sælger under normale markedsvilkår som målestok ikke kan tages i betragtning under bedømmelsen af de nævnte myndigheders adfærd.

159 Henset til samtlige ovenstående betragtninger kan Kommissionen ikke bebrejdes for at have afvist at tage hensyn til Ausfallhaftung i forbindelse med bedømmelsen af de bud, der med henblik på købet af BB blev indgivet af henholdsvis konsortiet og GRAWE.

160 Det følger heraf, at det fjerde anbringende ikke kan tiltrædes.

Det femte anbringende om en urigtig anvendelse af princippet om den private sælger under normale markedsvilkår i forbindelse med den subsidiære undersøgelse af de med Ausfallhaftung forbundne risici

161 Med det nærværende anbringende gør sagsøgerne i det væsentlige gældende, at den subsidiære undersøgelse af de økonomiske risici, som delstaten Burgenland ville have løbet, hvis det var blevet besluttet at sælge BB til konsortiet, er urigtig. De har bl.a. gjort gældende, at bedømmelsen af omfanget af de likviditetstab, som følger af gennemførelsen af Ausfallhaftung, er baseret på urigtige antagelser og savner tilstrækkelig begrundelse. I øvrigt har Kommissionen i scenariet om likvidation af BB med urette undladt at tage hensyn til en uafhængig ekspertrapport, som delstaten Burgenland ikke kunne andet end stole på.

162 Det bemærkes, at Kommissionen for fuldstændighedens skyld har undersøgt sagsøgernes argumenter i tilknytning til en hensyntagen til Ausfallhaftung (jf. 144.-157. betragtning til den anfægtede beslutning). Efter denne undersøgelse er Kommissionen kommet frem til den konklusion, at GRAWE's bud ikke udgjorde det bedste bud, selv hvis Republikken Østrigs opfattelse skulle antages, og der blev taget hensyn til Ausfallhaftung.

163 Eftersom det af Kommissionen fremsatte hovedargument, nemlig det, som fører til den konklusion, at der ikke kunne tages hensyn til Ausfallhaftung i bedømmelsen af købsbuddene på BB (jf. det fjerde anbringende), skal antages, er det imidlertid ufornødent at undersøge berettigelsen af det nærværende anbringende, som udelukkende er fremført subsidiært mod den anførte argumentation, og som pr. definition ikke kan rejse tvivl om den løsning, som i sidste ende blev valgt af Kommissionen. Det fremgår nemlig af fast retspraksis, at en forkert begrundelse ikke kan medføre ophævelsen af den akt, der er behæftet med den, hvis den har en overflødig karakter, og hvis der foreligger andre begrundelser, som udgør et tilstrækkeligt grundlag (jf. dommen i sagen Grækenland mod Kommissionen, nævnt i præmis 131 ovenfor, præmis 61 og den deri nævnte retspraksis).

164 Det nærværende anbringende kan derfor ikke tages til følge.

Det ottende anbringende om en urigtig bedømmelse af udstedelsen af obligationslån i forbindelse med Ausfallhaftung

Parternes argumenter

165 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen med urette har konkluderet, at GRAWE har opnået en fordel af den omstændighed, at der dagen inden afhændelsen blev udstedt yderligere obligationslån på op til 380 mio. EUR til gunst for denne. Kommissionen har bl.a. set bort fra, at den nye obligationsudstedelse, således som det fremgår af flere vidneforklaringer og af den af de østrigske myndigheder meddelte tidsplan for obligationsudstedelsen, blev meddelt begge bydende og kom dem til gode i samme omfang. Endvidere har Kommissionen undladt at sammenligne den respektive fordel, som de to bydende, henset til risikoprofilen og deres forskellige kreditværdighed, kunne have draget af udstedelsen af de nye obligationslån. Sagsøgerne har bl.a. gjort gældende, at eftersom GRAWE havde en meget høj kreditværdighed, ville den til Ausfallhaftung knyttede fordel kun være meget begrænset for deres vedkommende. Konsortiet derimod ville have draget meget stor fordel heraf, hvilket i

overflod ville have kompenseret for købsprisen. Kommissionen har ved sammenligningen af de to købsbud på ingen måde taget hensyn hertil, hvilket udgør en åbenbar fejl i forbindelse med fastlæggelsen af de faktiske omstændigheder.

166 I øvrigt er sagsøgerne af den opfattelse, at selv hvis det antages, at udstedelsen af yderligere obligationslån for et beløb på 380 mio. EUR kun var blevet indrømmet GRAWE, havde den for sidstnævnte deraf følgende fordel kun været minimal, henset til dens fremragende risikoprofil.

167 Kommissionen har bestridt alle disse klagepunkter.

Rettens bemærkninger

168 Det bemærkes, at Kommissionen i 171. betragtning til den anfægtede beslutning er kommet frem til følgende konklusion:

»Optagelsen af yderligere obligationslån på 380 mio. EUR med statens garanti blev hverken nævnt i Process Letter eller i udkastet til kontrakten med GRAWE. Efter Kommissionens opfattelse spillede denne aftale en betydelig rolle under salgsprocessen og burde have været indeholdt i udkastet til kontrakt med konsortiet. Desuden bekræftede konsortiet, at det i sit bud ikke havde taget højde for yderligere obligationslån. Efter Kommissionens opfattelse indebærer den fordel, GRAWE fik i kraft af den gunstigere refinansieringssituation med de yderligere 380 mio. EUR, at der må foretages en tilpasning i form af en forhøjelse af forskellen mellem konsortiets bud og den faktiske salgspris. Den må beregnes på grundlag af de renter, BB betaler for de yderligere lån på 380 mio. EUR, i forhold til BB's refinansieringsomkostninger efter handelens afslutning.«

169 Det er disse konklusioner, som sagsøgerne henviser til i forbindelse med det nærværende anbringende. De har i det væsentlige gjort gældende, at tilpasningen i opadgående retning af den samlede værdi af den fordel, som GRAWE har modtaget som følge af optagelsen af yderligere obligationslån for 380 mio. EUR, forbigår det forhold, at denne udstedelse af obligationslån ligeledes var kommet konsortiet til gode.

170 Selv om Kommissionen, således som det fremgår af 148. og 171. betragtning til den anfægtede beslutning, ikke har afvist at medtage denne udstedelse af yderligere obligationslån i det af de østrigske myndigheder i tilfælde af salg til konsortiet anførte likvidationsscenario, som er undersøgt subsidiært, har den i forbindelse med bedømmelsen af beløbet af den til GRAWE tildelte fordel indskrænket sig til at angive, at det af konsortiet afgivne bud konkret ikke tog hensyn til udstedelsen af yderligere obligationslån. I denne sammenhæng har Kommissionen taget hensyn til dels det forhold, at udstedelsen af yderligere obligationslån til en værdi af 380 mio. EUR hverken var nævnt i Process Letter eller udkastet til kontrakten med konsortiet, dels det forhold, at konsortiet havde bekræftet, at det reelt ikke havde taget denne udstedelse i betragtning.

171 Sagsøgernes argumentation, hvorefter GRAWE – selv hvis det blev antaget, at udstedelsen af yderligere obligationslån kun var blevet indrømmet denne – henset til dens højere kreditværdighed og mere fordelagtige risikoprofil end de af konsortiet fremviste ikke har fået nogen supplerende fordel, bygger ikke på nogen overbevisende forklaring og kan alene af den grund ikke tillægges betydning.

172 Selv hvis det antages, at sagsøgerne med det nærværende anbringende i virkeligheden påberåber sig den økonomiske risiko, som delstaten Burgenland løber i henhold til Ausfallhaftung, skal det, således som det fremgår af undersøgelsen af det fjerde anbringende (jf. præmis 158 ovenfor), bemærkes, at denne garanti ikke udgør et element, som skal tages i betragtning i forbindelse med den bedømmelse af den omstridte foranstaltning, der gennemføres i lyset af kriteriet om den private investor under normale markedsvilkår. I øvrigt, og således som Kommissionen har gjort gældende, var det under

bedømmelsen af støttebeløbet ikke vigtigt at fastlægge, hvilken hypotetisk fordel BB havde fået, hvis banken var blevet solgt til konsortiet, men snarere at fastslå, hvilken fordel GRAWE konkret og objektivt er blevet tildelt.

173 Det ottende anbringende kan derfor ikke tages til følge.

Det niende anbringende om en i flere henseender urigtig anvendelse af artikel 87, stk. 1, EF ved fastlæggelsen af støtteelementet

Parternes argumenter

174 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen har lagt til grund, at der forelå støtte, uden med sikkerhed at have godtgjort, at GRAWE var blevet begunstiget. Dette udgør en urigtig anvendelse af artikel 87, stk. 1, EF, idet Kommissionen ikke i tilstrækkelig grad sondrer mellem foreliggelsen af støtte og vigtigheden af støtteelementet. Sagsøgerne bebrejder ligeledes Kommissionen for – i 156. betragtning til den anfægtede beslutning og med henblik på at sammenligne konsortiets bud med GRAWE's – ikke at have taget hensyn til risikoen for, at konsortiet ikke betalte, hvilket udgør en åbenbar fejl ved fastlæggelsen af de faktiske omstændigheder. Endelig har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionen i anden sætning i 174. betragtning til den anfægtede beslutning har krævet, at der blev taget hensyn til den fordel, som kan fås af fremførslen af det skattemæssige underskud, selv om de for konsortiet skattemæssige fordele af transaktionen end ikke er blevet undersøgt.

175 Kommissionen har bestridt berettigelsen af sagsøgernes argumenter.

Rettens bemærkninger

176 Sagsøgerne har med deres argumentation kritiseret Kommissionen for at have lagt til grund, at der forelå en fordel, uden end at sikre sig, at de i den 167.-174. betragtning til den anfægtede beslutning anførte tilpasninger, som tager sigte på at tage hensyn til forskellene mellem de to afgivne bud og den supplerende fordel, som GRAWE har opnået gennem udstedelsen af yderligere obligationslån på 380 mio. EUR, ville føre til den konklusion, at der forelå negativ støtte.

177 Selv om den med hensyn til likvidationsscenariet anførte subsidiære argumentation udelukkes, og selv om der tages hensyn til det forhold, at Kommissionen ikke har foretaget et åbenbart urigtigt skøn ved at gøre gældende, at det kun var den supplerende fordel, som GRAWE havde opnået gennem den supplerende udstedelse af obligationslån for et beløb på 380 mio. EUR, der skulle tages i betragtning (jf. præmis 168-171 ovenfor), har sagsøgerne imidlertid ikke været i stand til at godtgøre, at de nævnte tilpasninger ville føre til at ophæve den økonomiske fordel, som GRAWE har opnået gennem privatiseringen af BB.

178 Udgangsbeløbet for den støtte, der skal tilbagesøges, følger nemlig i princippet af differencen på 54,7 mio. EUR mellem konsortiets bud og den købspris, som GRAWE reelt betalte, hvilket beløb skal justeres i forhold til forskellene i de parametre, som henholdsvis GRAWE og konsortiet konkret har taget hensyn til i forbindelse med afgivelsen af deres bud på overtagelse af BB. I den anfægtede beslutning fastsættes der imidlertid kun to former for nedjusteringer, nemlig den på 2,1 mio. EUR, som følger af forskellen mellem beløbet på kompensationen for førtidig opsigelse (jf. 168. betragtning til den anfægtede beslutning) og den nedjustering, hvis beløb skal fastsættes, og som svarer til delstaten Burgenlands afhændelse af fire ejendomsselskaber (jf. 18. og 172. betragtning til den anfægtede beslutning).

179 Følgelig er det niende anbringende ikke begrundet og kan ikke tiltrædes.

180 Det følger af det foregående i sin helhed, at Kommissionen bør frifindes.

Sagsomkostningerne

181 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Republikken Østrig og delstaten Burgenland har tabt sagerne, bør det pålægges dem at betale sagsomkostningerne i overensstemmelse med Kommissionens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Sjette Afdeling):

1) Europa-Kommissionen frifindes.

2) Republikken Østrig og Land Burgenland betaler sagsomkostningerne.

Jaeger Wahl Soldevila Fragoso

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 28. februar 2012.

Underskrifter