Oikeustapauskokoelma

UNIONIN YLEISEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (kuudes jaosto)

28 päivänä helmikuuta 2012 *

Valtiontuet — Itävallan viranomaisten Grazer Wechselseitige -konsernille (GRAWE) Bank Burgenlandin yksityistämisen yhteydessä myöntämä tuki — Päätös, jolla tuki todetaan yhteismarkkinoille soveltumattomaksi ja määrätään se takaisin perittäväksi — Markkinatalouden ehdoin toimiva yksityinen sijoittaja -arviointiperuste — Arviointiperusteen soveltaminen tilanteessa, jossa valtio toimii ostajana — Markkinahinnan määrittäminen

Yhdistetyissä asioissa T-268/08 ja T-281/08,

Land Burgenland (Itävalta), edustajinaan asianajajat U. Soltész ja C. Herbst,

kantajana asiassa T-268/08,

Itävallan tasavalta, asiamiehinään G. Hesse, C. Pesendorfer, E. Riedl, M. Fruhmann ja J. Bauer,

kantajana asiassa T-281/08,

vastaan

Euroopan komissio, asiamiehinään aluksi V. Kreuschitz, N. Khan ja K. Gross, sittemmin Kreuschitz, Khan ja T. Maxian Rusche,

vastaajana,

jossa on kyse valtiontuesta, jonka Itävalta on myöntänyt Bank Burgenlandin yksityistämiseen, 30.4.2008 tehtyä komission päätöstä 2008/719/EY (EUVL L 239, s. 32) koskevasta kumoamisvaatimuksesta,

UNIONIN YLEINEN TUOMIOISTUIN (kuudes jaosto),

toimien kokoonpanossa: presidentti M. Jaeger sekä tuomarit N. Wahl (esittelevä tuomari) ja S. Soldevila Fragoso,

kirjaaja: hallintovirkamies T. Weiler,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 18.5.2011 pidetyssä istunnossa esitetyn,

on antanut seuraavan

* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

tuomion

Asian tausta

Hypo Bank Burgenland AG ja Ausfallhaftung-takaus

1 Hypo Bank Burgenland AG (jäljempänä BB) oli myyntiinsä asti Itävallan oikeuden mukainen osakeyhtiö, jonka kotipaikka oli Eisenstadtissa (Itävalta). Alun perin BB:n pääasiallinen toiminta muodostui hypoteekkilainojen myöntämisestä sekä obligaatioiden ja joukkovelkakirjojen liikkeeseen laskemisesta, ja se laajentui vähitellen kaikenlaisiin pankki- ja rahoituspalveluihin. Vuonna 2005 BB:n tase oli 3,3 miljardia euroa, ja Burgenlandin osavaltio omisti sen kokonaan.

2 Itävallan Burgenlandin osavaltion hypoteekkipankkilain (Landes-Hypothekenbank Burgenland Gesetz; LGBl. Nro 58/1991) 4 §:n, sellaisena kuin se on muutettuna LGBl:ssa nro 63/1998, mukaan Burgenlandin osavaltio vastaa Itävallan siviililain (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch) 1356 §:n mukaisesti BB:n kaikista sitoumuksista, jos BB on lakkauttanut maksunsa. Kyseisten säännösten mukaan pankin velkojat voivat esittää vaateita suoraan takaajaa kohtaan, joka on kuitenkin velvollinen toimimaan ainoastaan siinä tapauksessa, etteivät pankin varat riitä velkojen kattamiseen.

3 Tämä julkisille luottolaitoksille tarkoitettu täytetakauksen (ns. Ausfallhaftung-takaus) – jollaisen muun muassa kyseinen osavaltio myönsi BB:lle ja sen edeltäjille – järjestelmä on ollut olemassa käytännössä muuttumattomana vuodesta 1928 saakka. Täytetakaus ei koskenut tiettyä ajanjaksoa tai tiettyä määrää. Vuonna 1999 voimaan tulleen laillisen takauksen (Gewährträgerhaftung) järjestelmän mukaisesti Burgenlandin osavaltio sai takausprovision kyseisen lakisääteisen takauksen myöntämisestä. Euroopan yhteisöjen komission ja Itävallan tasavallan solmiman sopimuksen, joka oli komission valtiontuesta E 8/02 30.4.2003 tekemän päätöksen K(2003) 1329 lopullinen (EYVL C 175, s. 8) perustana, mukaisesti Ausfallhaftung-takaus oli poistettava 1.4.2007 mennessä. Ausfallhaftung-takaus kattoi lähtökohtaisesti kaikki BB:lla 2.4.2003 olleet velat niiden erääntymiseen saakka. Ajanjaksolla 2.4.2003–1.4.2007 Ausfallhaftung-takausta voitiin soveltaa uusiin velkoihin, jos ne erääntyvät 30.9.2017 mennessä.

Komission vuonna 2004 hyväksymät BB:n rakennusuudistukseen tarkoitetut tuet

4 Vuoden 1999 tilintarkastuksessa havaitun HOWE Bau AG:lle myönnettyihin luottoihin liittyvän petoksen seurauksena BB joutui vakaviin taloudellisiin vaikeuksiin. Burgenlandin osavaltio teki tämän vuoksi 20.6.2000 takaussopimuksen 171 miljoonalle eurolle, johon lisättiin 5 prosenttiyksikön korko kattaakseen BB:n luottotappiot, jotka olisivat merkinneet taseessa kyseisen yrityksen ylivelkaantumista. BB:n päävelkojan, Bank Austria Creditanstalt AG:n, kanssa tehtiin 23.10.2000 puitesopimus, jonka tarkoituksena oli kattaa perusteellisessa lainasalkun tarkastelussa havaitut muut luottotappiot. Sopimuksen mukaan Bank Austria Creditanstalt luopui BB:lle myönnettyjen lainojen takaisinmaksusta, ja lisäksi sopimuksessa määrättiin sopijapuolten tulevia voittoja koskevasta järjestelystä sekä Burgenlandin osavaltion myöntämästä 189 miljoonan euron määräisestä takauksesta.

5 Itävallan tasavalta ilmoitti 18.6.2002 päivätyllä kirjeellä sekä 3.7.2002 ja 9.9.2002 lähetetyillä lisätiedoilla Burgenlandin osavaltion tekemät takaussopimukset komissiolle ja esitti tälle BB:n rakenneuudistussuunnitelman.

6 Komissio ilmoitti 26.6.2003 päivätyllä kirjeellä Itävallan viranomaisille päätöksestään aloittaa kyseisiä tukitoimenpiteitä koskeva EY 88 artiklan 2 kohdan mukainen menettely.

7 Itävallan viranomaiset ilmoittivat 19.12.2003 päivätyllä kirjeellä aikovansa muuttaa kyseisiä tukitoimenpiteitä BB:n yksityistämisen yhteydessä.

8 Komissio ilmoitti 21.1.2004 päivätyllä kirjeellä Itävallan tasavallalle päätöksestään laajentaa EY 88 artiklan 2 kohdan nojalla aloitettu muodollinen menettely koskemaan BB:n rakenneuudistukseen tarkoitettuihin tukiin suunniteltuja muutoksia.

9 Komissio teki 7.5.2004 päätöksen 2005/691/EY valtiontuesta C 44/03 (ex NN 158/01), jonka Itävalta aikoo myöntää Bank Burgenland AG:lle (EUVL 2005, L 263, s. 8; jäljempänä vuoden 2004 päätös). Komissio katsoi pääasiallisesti, että molemmissa Burgenlandin osavaltion BB:lle myöntämissä takauksissa on kyse valtiontuesta erityisesti siksi, että kyseiset toimenpiteet toteutetaan ehdoilla, joita yksityinen sijoittaja ei hyväksyisi ja joilla siis annetaan BB:lle keinotekoinen etu sen kilpailijoihin nähden. Lisäksi toimenpiteet ja niiden vaikutukset muista jäsenvaltioista tuleviin nykyisiin ja mahdollisiin tuleviin kilpailijoihin vääristävät tai uhkaavat vääristää kilpailua ja vaikuttavat jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Komissio totesi kuitenkin, että riidanalaiset rakenneuudistustoimenpiteet soveltuivat yhteismarkkinoille EY 87 artiklan 3 kohdan c alakohdan ja valtiontuesta vaikeuksissa olevien yritysten pelastamiseksi ja rakenneuudistukseksi annettujen yhteisön suuntaviivojen (EYVL 1999, C 288, s. 2) nojalla. Tutkiessaan tuensaajayrityksen pitkän aikavälin kannattavuutta komissio korosti, että se oli käyttänyt arviointinsa pohjana Itävallan viranomaisten toimittamia tietoja erityisesti BB:n suunnitellun yksityistämisen loppuunsaattamisen aikataulusta.

BB:n yksityistämisen yhteydessä toteutettu riidanalainen toimenpide

10 Vuosina 2003 ja 2005 toteutettujen kahden tuloksettoman yrityksen jälkeen Burgenlandin osavaltio aloitti kolmannen menettelyn BB:n yksityistämiseksi ja antoi yksityistämisen täytäntöönpanon Lontoon HSBC plc:n (Yhdistynyt kuningaskunta) kanssa yhteistyössä toimivan Düsseldorfin investointipankki HSBC Trinkaus & Burkhardt KGaA:n (Saksa) (jäljempänä yhteisesti HSBC) tehtäväksi. Yksityistämismenettely alkoi lokakuussa 2005 lehdissä julkaistulla tarjouspyynnöllä.

11 Niistä 14 mahdollisesta tarjouksen tekijästä, jotka olivat muodollisesti ilmaisseet kiinnostuksensa tarjouksen tekemiseen, ainoastaan kolme toimitti määräajassa täydelliset suuntaa-antavat tarjoukset – jotka olivat määriltään 65 miljoonaa euroa, 100 miljoonaa euroa ja 140 miljoonaa euroa – ja osallistuivat tarjouskilpailun toiseen vaiheeseen, jossa sitovat tarjoukset piti esittää 6.2.2006 mennessä. Sitovan tarjouksen teki kaksi tarjouksen tekijää eli itävaltalainen vakuutusyhtiö Grazer Wechselseitige Versicherung AG yhdessä GW Beteiligungserwerbs- und -verwaltungs-GmbH:n kanssa (jäljempänä GRAWE) ja itävaltalaisyrityksistä SLAV AG ja SLAV Finanzbeteiligung GmbH sekä ukrainalaisten Ukrpodshipnik-osakeyhtiön ja Ilyich-osakeyhtiön muodostama itävaltalais-ukrainalainen konsortio (jäljempänä konsortio). Tämän jälkeen kumpaakin tarjousta tarkasteltiin erikseen, ja niitä koskevat sopimusneuvottelut saatiin päätökseen 4.3.2006.

12 Burgenlandin osavaltio hyväksyi 5.3.2006 GRAWE:n BB:sta tekemän tarjouksen, vaikka sen tarjoama kauppahinta (100,3 miljoonaa euroa) oli huomattavasti konsortion tarjoamaa hintaa (155 miljoonaa euroa) alhaisempi. Päätös perustui erityisesti HSBC:n 4.3.2006 päivättyyn kirjalliseen suositukseen, jota oli täydennetty Burgenlandin osavaltion hallituksen jäsenille päätöksen tekopäivänä annetuilla suullisilla selvityksillä. HSBC totesi suosituksessaan lähinnä, että vaikka kauppahinnan perusteella päätös olisi tehtävä konsortion hyväksi, se suositteli BB:n myymistä GRAWE:lle muiden valintaperusteiden eli kauppahinnan maksuvarmuuden, BB:n toiminnan jatkumisen ilman Ausfallhaftung-takauksen käyttöönottoa, pääomanlisäysten ja kaupan toteutumisvarmuuden perusteella.

13 BB:n myynti, jonka Burgenlandin viranomaiset hyväksyivät muodollisesti 7.3.2006, päätettiin lopullisesti 12.5.2006. Tätä ennen BB laski liikkeeseen Ausfallhaftung-takauksen piiriin kuuluvia joukkovelkakirjoja, joiden yhteisarvo oli 700 miljoonaa euroa ja joita merkittiin GRAWE:lle 350 miljoonan euron edestä. Edellä 3 kohdassa tarkoitettu siirtymäaika Ausfallhaftung-takauksen soveltamiselle päättyi ennenaikaisesti kyseisen myynnin lopullisena päättämispäivänä.

Hallinnollinen menettely

14 Konsortio teki komissiolle 4.4.2006 kantelun, jonka mukaan Itävallan tasavalta oli BB:n yksityistämisessä rikkonut valtiontukisääntöjä. Konsortio väitti erityisesti, ettei tarjouskilpailu ollut reilu, avoin ja sitä syrjimätön eikä se johtanut BB:n myyntiin korkeimman tarjouksen tehneelle tarjouksen tekijälle (eli konsortiolle) vaan GRAWE:lle.

15 Itävallan viranomaiset vastasivat komission 12.4.2006 lähettämään tiedonsaantipyyntöön 15.5.2006 ja 1.6.2006 lähettämillään kirjeillä. Tämän jälkeen järjestettiin 27.6.2006 Itävallan tasavallan ja komission edustajien tapaaminen, ja 17.7.2006 komissio lähetti toisen tiedonsaantipyynnön, johon Itävallan viranomaiset vastasivat 18.9.2006. Konsortio puolestaan toimitti komissiolle lisätietoja 21.4.2006 ja 2.6.2006.

16 Komissio antoi 21.12.2006 päivätyllä kirjeellä Itävallalle tiedoksi päätöksensä aloittaa EY 88 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu muodollinen tutkintamenettely BB:n myynnistä GRAWE:lle. Päätös julkaistiin 8.2.2007 Euroopan unionin virallisessa lehdessä (EUVL C 28, s. 8).

17 Itävallan tasavalta toimitti 1.3.2007 komissiolle kyseisen muodollisen tutkintamenettelyn aloittamispäätöstä koskevat huomautuksensa. Lisäksi tietyt kolmannet, joita asia koskee, mukaan lukien GRAWE ja konsortio, toimittivat komissiolle huomautuksia ja tietoja, joihin Itävallan viranomaiset ottivat kantaa. Itävallan tasavallan ja komission edustajien välillä pidettiin myös useita kokouksia. Tämän lisäksi Itävallan viranomaiset toimittivat useaan otteeseen lisää huomautuksia ja asiakirjoja.

18 Komissio teki 30.4.2008 päätöksen 2008/719/EY valtiontuesta C 56/06 (ex NN 77/06), jonka Itävalta on myöntänyt BB:n yksityistämiseen (EUVL L 239, s. 32; jäljempänä riidanalainen päätös).

Riidanalainen päätös

19 Komissio huomauttaa riidanalaisessa päätöksessä erityisesti, että arvioidessaan valtiontukisääntöjen perusteella yksityistämiseen liittyvää toimenpidettä se soveltaa useita periaatteita, jotka se on esittänyt vuonna 1993 julkaistussa XXIII kilpailupolitiikkaa koskevassa kertomuksessa (402 kohta ja sitä seuraavat kohdat) sekä aikaisemmassa ratkaisukäytännössään. Komissio katsoo, ettei tässä kertomuksessa mainittuja edellytyksiä, joiden täyttyessä toimenpidettä ei pidetä EY 87 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuna valtiontukena, ole nyt käsiteltävässä asiassa noudatettu.

20 Siitä, onko BB:n myyntiä GRAWE:lle pidettävä valtiontukena, komissio toteaa ensinnäkin, että Burgenlandin osavaltion (joka on yksi Itävallan yhdeksästä osavaltiosta) varoja on pidettävä ”valtion myöntäminä taikka valtion varoista myönnettyinä”. Lisäksi komissio toteaa, että GRAWE harjoittaa kansainvälistä toimintaa, joten mahdollinen valtion varoista myönnetty etu vaikuttaisi kilpailuun pankkialalla ja jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Siitä kysymyksestä, onko GRAWE saanut valikoivaa etua, komissio korostaa, että on tutkittava, onko Burgenlandin osavaltio toiminut kuten kuka tahansa markkinatalouden ehdoin toimiva myyjä (yksityinen myyjä -arviointiperuste).

21 Komissio muistutti viimeksi mainitusta seikasta, että Burgenlandin osavaltio oli saanut konsortiolta tarjouksen, jonka nimellisarvo oli 54,7 miljoonaa euroa suurempi kuin GRAWE:n tarjous ja että markkinatalouden ehdoin toimiva taloudellinen toimija voisi siitä huolimatta hyväksyä alhaisemman tarjouksen kahdessa tilanteessa.

22 Näin on ensinnäkin silloin, kun on selvää, että myyntiä korkeimman tarjouksen tekijälle ei voida toteuttaa, mikä nyt käsiteltävässä asiassa edellyttää ensinnäkin myynnin toteutumisvarmuuden tarkastelua konsortion vakavaraisuuden kannalta ja toiseksi sen tarkastelua, kuinka todennäköistä on se, ettei Finanzmarktaufsicht (Itävallan rahoitusmarkkinoiden valvontaviranomainen, jäljempänä FMA)

myönnä konsortiolle vaadittua lupaa. Komission mielestä ei kuitenkaan ole mitään syytä epäillä, ettei konsortion tarjouksen mukaiselle 155 miljoonan euron kauppahinnalle olisi rahoitusta, eikä myöskään mikään viittaa siihen tai osoita sitä, että FMA olisi kieltänyt BB:n myymisen konsortiolle.

23 Näin on toiseksi silloin, kun on perusteltua ottaa huomioon muita tekijöitä kuin kauppahinta, kun tilanne on se, että huomioon voidaan ottaa ainoastaan ne tekijät, jotka markkinatalouden ehdoin toimiva sijoittaja olisi ottanut huomioon, mikä komission mukaan sulkee ulkopuolelle riskit, joita aiheutuu velvollisuudesta maksaa Ausfallhaftung-takauksen kaltainen takaus, jota on pidettävä valtiontukena; Ausfallhaftung-takaus on ainoa tekijä, johon Itävallan viranomaiset ovat vedonneet. Komissio täsmentää, että tältä osin ilmenee erityisesti oikeuskäytännöstä, että arvioitaessa sitä, kuinka markkinatalouden ehdoin toimiva sijoittaja olisi toiminut, ei saa sekoittaa keskenään valtion roolia yrityksen myyjänä ja sen velvollisuuksia julkisena viranomaisena. Yksikään markkinatalouden ehdoin toimiva sijoittaja ei komission mukaan olisi antanut takausta, joka ei noudata markkinatalouden ehdoin toimivaa sijoittajaa koskevaa periaatetta, ja päätös Ausfallhaftung-takauksen poistamisesta vahvistaa, ettei kyseistä takausta myönnetty markkinaehdoin.

24 Komissio katsoi edellä esitetyn perusteella, ettei toimivaltainen Itävallan viranomainen toiminut markkinatalouden ehdoin toimivan myyjän tavoin. GRAWE:n saama taloudellinen etu vastaa vähintään konsortion tarjouksen ja todellisen kauppahinnan välistä eroa.

25 Komissio toteaa Itävallan tasavallan esittämien Ausfallhaftung-takauksen merkitystä koskevien väitteiden tarkastelemiseksi lisäksi, ettei GRAWE:n tarjous olisi ollut paras, vaikka Burgenlandin osavaltio olisi voinut ottaa Ausfallhaftung-takauksen huomioon tarjousten valintaperusteena.

26 Komissio katsoi lopuksi, ettei valtiontukea, joka muodostuu BB:n myynnistä GRAWE:lle, voida todeta yhteismarkkinoille soveltuvaksi.

27 Riidanalaisen päätöksen päätösosassa todetaan seuraavaa:

”1 artikla

Sääntöjenvastainen valtiontuki, jonka Itävalta on [EY] 88 artiklan 3 kohdan vastaisesti myöntänyt GRAWE:lle, ei sovellu yhteismarkkinoille. Tuki vastaa tarjouskilpailussa jätettyjen lopullisten hintatarjousten välistä eroa, jota on mukautettava edellä johdanto-osan 167–174 [perustelukappaleessa] esitettyjen parametrien mukaisesti.

2 artikla

1. Itävallan on perittävä 1 artiklassa tarkoitettu sääntöjenvastainen tuki tuensaajalta takaisin.

2. Takaisinperittävästä tuesta on maksettava korkoa siitä lähtien, kun tuki saatettiin tuensaajan käyttöön, sen tosiasialliseen takaisinperintään asti.

3. Korolle on laskettava korkoa asetuksen (EY) N:o 794/2004 mukaisesti.

3 artikla

1. Edellä 1 artiklassa tarkoitettu tuki on perittävä takaisin välittömästi ja tehokkaasti.

2. Itävallan on varmistettava, että tämä päätös pannaan täytäntöön neljän kuukauden kuluessa sen tiedoksiantamisesta.

4 artikla

1. Kahden kuukauden kuluessa tämän päätöksen tiedoksiantamisesta Itävallan on toimitettava komissiolle seuraavat tiedot:

a) tuensaajalta takaisin perittävä ja tässä päätöksessä esitettyjen parametrien mukaisesti mukautettu kokonaismäärä (päävaatimus ja korot) sekä tarkka kuvaus tämän summan laskentamenetelmästä ja riippumattoman asiantuntijan arvio omaisuuden arvosta

b) tarkka kuvaus toimenpiteistä, jotka on jo toteutettu tai joita suunnitellaan tämän päätöksen noudattamiseksi

c) asiakirjat, jotka osoittavat, että tuensaaja on määrätty maksamaan tuki takaisin.

2. Itävallan on ilmoitettava komissiolle tämän päätöksen täytäntöön panemiseksi toteutettavien toimenpiteiden edistymisestä siihen saakka, kunnes 1 artiklassa tarkoitetun tuen takaisinperintä on saatettu loppuun. Itävallan on annettava viipymättä komission pyynnöstä tiedot toimenpiteistä, jotka on jo toteutettu tai joita suunnitellaan tämän päätöksen noudattamiseksi. Sen on annettava myös tarkat tiedot tuensaajalta jo perityistä tukimääristä ja koroista.

5 artikla

Tämä päätös on osoitettu Itävallan tasavallalle.”

Oikeudenkäynti ja asianosaisten vaatimukset

28 Burgenlandin osavaltio ja Itävallan tasavalta nostivat nyt käsiteltävät kanteet ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen 11.7.2008 ja 15.7.2008 jättämillään kannekirjelmillä, jotka rekisteröitiin asioiksi T-268/08 ja T-281/08.

29 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kahdeksannen jaoston puheenjohtaja päätti 20.4.2009 antamallaan määräyksellä asianosaisia kuultuaan yhdistää asiat T-268/08 ja T-281/08 suullista käsittelyä ja tuomion antamista varten ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 50 artiklan mukaisesti.

30 Kun ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen jaostojen kokoonpanoa muutettiin, esittelevä tuomari nimettiin kuudenteen jaostoon, johon käsiteltävänä oleva asia tämän vuoksi osoitettiin.

31 Unionin yleinen tuomioistuin (kuudes jaosto) päätti esittelevän tuomarin kertomuksen perusteella aloittaa suullisen käsittelyn.

32 Asianosaisten lausumat ja vastaukset unionin yleisen tuomioistuimen esittämiin kysymyksiin kuultiin 18.5.2011 pidetyssä istunnossa.

33 Koska yksi kuudennen jaoston jäsenistä oli estynyt osallistumasta nyt käsiteltävän asian käsittelyyn, unionin yleisen tuomioistuimen presidentti nimesi työjärjestyksen 32 artiklan 3 kohdan mukaisesti itsensä täydentämään jaoston kokoonpanoa.

34 Unionin yleinen tuomioistuin (kuudes jaosto) päätti uudessa kokoonpanossaan 18.11.2011 antamallaan määräyksellä aloittaa suullisen käsittelyn uudelleen, ja asianosaisille ilmoitettiin, että niitä kuullaan uudessa istunnossa.

35 Komissio ja kantajat ilmoittivat 23., 24., ja 25.11.2011 päivätyillä kirjeillä unionin yleiselle tuomioistuimelle, että ne luopuvat oikeudestaan tulla uudelleen kuulluiksi.

36 Unionin yleisen tuomioistuimen presidentti päätti tämän vuoksi päättää suullisen käsittelyn.

37 Asiassa T-268/08 Burgenlandin osavaltio vaatii, että unionin yleinen tuomioistuin

— kumoaa riidanalaisen päätöksen

— velvoittaa komission korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

38 Asiassa T-281/08 Itävallan tasavalta vaati, että unionin yleinen tuomioistuin

— kumoaa riidanalaisen päätöksen

— velvoittaa komission korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

39 Komissio vaatii asioissa T-268/08 ja T-281/08, että unionin yleinen tuomioistuin

— hylkää kanteet perusteettomina

— velvoittaa kantajat korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Oikeudellinen arviointi

40 Kantajat vetoavat kanteidensa tueksi muodollisesti yhdeksään kanneperusteeseen.

41 Kanneperusteet perustuvat seuraaviin seikkoihin:

— EY 87 artiklan 1 kohtaa sovellettiin virheellisesti BB:n markkinahinnan määrittämisessä, koska komissio edellytti virheellisesti tarjouskilpailun aloittamista riidanalaisen yksityistämisen toteuttamiseksi

— EY 87 artiklan 1 kohdan soveltamisessa ei otettu huomioon aikaisempaa ratkaisukäytäntöä

— EY 87 artiklan 1 kohtaa sovellettiin virheellisesti, koska komissio ei ottanut huomioon FMA:ssa käydyn lupamenettelyn lopputuloksen epävarmuutta ja menettelyn mahdollista pitkää kestoa siinä tapauksessa, että BB myydään konsortiolle

— EY 87 artiklan 1 kohtaa sovellettiin virheellisesti, koska Burgenlandin osavaltiolla oli oikeus ottaa huomioon Ausfallhaftung-takaukseen liittyvät riskit GRAWE:n ja konsortion tekemien tarjousten vertailemiseksi

— markkinatalouden ehdoin toimivaa myyjää koskevaa periaatetta sovellettiin virheellisesti Ausfallhaftung-takaukseen liittyvien rahoituksellisten riskien toissijaisessa arvioinnissa

— EY 87 artiklan 1 kohtaa sovellettiin virheellisesti, koska kyseisessä tarjouskilpailussa sovellettavia todistustaakkasääntöjä ei noudatettu

— EY 87 artiklan 1 kohtaa sovellettiin virheellisesti, koska BB:n markkinahintaa ei voida määrittää konsortion tarjouksen perusteella

— Ausfallhaftung-takauksen yhteydessä liikkeelle lasketut uudet joukkovelkakirjat arvostettiin virheellisesti

— EY 87 artiklan 1 kohtaa sovellettiin monessa suhteessa virheellisesti tukiosuuden määrittämisessä.

42 Unionin yleinen tuomioistuin katsoo aiheelliseksi tarkastella ensiksi kantajien ensimmäistä, toista, kuudetta ja seitsemättä kanneperustetta, jotka liittyvät kaikki riidanalaisen toimen yleiseen tarkasteluun.

43 Ennen asianosaisten väitteiden varsinaista tutkimista on syytä esittää joitakin alustavia huomautuksia EY 87 artiklan 1 kohdassa tarkoitetusta valtiontuen käsitteestä sekä unionin yleisen tuomioistuimen tuomioistuinvalvonnan luonteesta ja laajuudesta nyt käsiteltävässä asiassa.

EY 87 artiklan 1 kohdan mukaista valtiontuen käsitettä ja tuomioistuinvalvonnan luonnetta ja laajuutta koskevat alustavat huomautukset

44 EY 87 artiklan 1 kohdassa määrätään, että ”jollei tässä sopimuksessa toisin määrätä, jäsenvaltion myöntämä taikka valtion varoista muodossa tai toisessa myönnetty tuki, joka vääristää tai uhkaa vääristää kilpailua suosimalla jotakin yritystä tai tuotannonalaa, ei sovellu yhteismarkkinoille, siltä osin kuin se vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan”.

45 Vakiintuneesta oikeuskäytännöstä käy ilmi, että toimenpiteen luokitteleminen EY 87 artiklan 1 kohdassa tarkoitetuksi valtiontueksi edellyttää, että kaikki kyseisessä määräyksessä tarkoitetut edellytykset täyttyvät. Kyseessä on ensinnäkin oltava valtion toimenpide tai valtion varoista toteutettu toimenpide. Toiseksi toimenpiteen on oltava omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Kolmanneksi edellytetään, että toimenpiteellä annetaan sen kohteena olevalle jokin etu suosimalla jotakin yritystä tai tuotannonalaa. Neljänneksi toimenpiteen on vääristettävä tai uhattava vääristää kilpailua (asia C-280/00, Altmark Trans ja Regierungspräsidium Magdeburg, tuomio 24.7.2003, Kok., s. I-7747, 74 ja 75 kohta ja asia T-34/02, Le Levant 001 ym. v. komissio, tuomio 22.2.2006, Kok., s. II-267, 110 kohta).

46 Nyt käsiteltävässä tapauksessa on todettava, että kantajat ovat riitauttaneet pelkästään taloudellisen edun olemassaoloa koskevan edellytyksen. Nyt käsiteltävissä asioissa nostettujen kanteiden tueksi esitetyillä kanneperusteilla on nimittäin lähinnä tarkoitus osoittaa, että komissio teki virheen katsoessaan, että GRAWE:lle myönnettiin etu, joka vastasi sen tekemän tarjouksen ja konsortion tekemän tarjouksen välistä erotusta.

47 Tältä osin on muistutettava, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan tavaroiden tai palvelujen toimittaminen suosivin ehdoin voi merkitä EY 87 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua valtiontukea (ks. vastaavasti yhdistetyt asiat 67/85, 68/85 ja 70/85, Van der Kooy ym. v. komissio, tuomio 2.2.1988, Kok., s. 219, Kok. Ep. IX, s. 307, 28 ja 29 kohta; asia C-126/01, GEMO, tuomio 20.11.2003, Kok., s. I-13769, 29 kohta; asia T-274/01, Valmont v. komissio, tuomio 16.9.2004, Kok., s. II-3145, 44 kohta ja asia T-53/08, Italia v. komissio, tuomio 1.7.2010, Kok., s. II-3187, 79 kohta).

48 Sellaiseen tilanteeseen sovellettuna, jossa julkisyhteisö myy omaisuutta yksityiselle, tästä periaatteesta seuraa, että on tutkittava erityisesti, vastaako myyntihinta markkinahintaa siten, että ostaja olisi voinut ostaa kyseisen yrityksen vastaavaan hintaan normaaleissa markkinaolosuhteissa (ks. vastaavasti edellä 47 kohdassa mainittu asia Valmont v. komissio, tuomion 45 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Komission on tätä varten sovellettava markkinatalouden ehdoin toimivaa yksityistä toimijaa koskevaa arviointiperustetta sen varmistamiseksi, vastaako oletetun tuensaajan maksama hinta sitä hintaa, johon normaaleissa markkinaolosuhteissa toimiva yksityinen toimija olisi voinut päätyä (ks. vastaavasti asia C-290/07 P, komissio v. Scott, tuomio 2.9.2010, Kok., s. I-7763, 68 kohta ja asia C-239/09, Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe, tuomio 16.12.2010, Kok., s. I-13083, 34 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

Tämän arviointiperusteen soveltaminen konkreettiseen tilanteeseen edellyttää komissiolta lähtökohtaisesti monitahoista taloudellista arviointia (ks. em. asia komissio v. Scott, tuomion 68 kohta).

49 Ensinnäkin tuomioistuinvalvonnan laajuudesta on muistutettava, että perustamissopimuksessa määritelty valtiontuen käsite on oikeudellinen ja sitä on tutkittava objektiivisten seikkojen perusteella. Tämän takia unionin tuomioistuinten on lähtökohtaisesti valvottava kokonaisvaltaisesti sitä, kuuluuko jokin toimenpide EY 87 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan, ottaen huomioon niiden käsiteltävänä olevaan asiaan liittyvät konkreettiset seikat samoin kuin se, onko komission arvio tekninen tai monitahoinen (asia C-83/98 P, Ranska v. Ladbroke Racing ja komissio, tuomio 16.5.2000, Kok., s. I-3271, 25 kohta ja asia C-487/06 P, British Aggregates v. komissio, tuomio 22.12.2008, Kok., s. I-10515, 111 kohta). Unionin tuomioistuinten on nimittäin paitsi tutkittava esitettyjen todisteiden aineellinen paikkansapitävyys, luotettavuus ja johdonmukaisuus myös tarkistettava, ovatko nämä todisteet kaikki ne merkitykselliset tietolähteet, jotka on otettava huomioon monitahoisen tilanteen arvioinnissa, ja voivatko kyseiset todisteet tukea niistä tehtyjä päätelmiä (ks. edellä 48 kohdassa mainittu asia komissio v. Scott, tuomion 65 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

50 Tässä valvonnassa unionin tuomioistuinten tehtävänä ei kuitenkaan ole korvata omalla taloudellisia seikkoja koskevalla arvioinnillaan komission arviointia. Unionin tuomioistuinten harjoittama valvonta komission suorittamien monitahoisten taloudellisten arviointien osalta on rajoitettua valvontaa, joka rajoittuu väistämättä siitä varmistumiseen, että menettelyä ja perusteluvelvollisuutta koskevia sääntöjä on noudatettu, että tosiseikat pitävät asiallisesti paikkansa, että näitä tosiseikkoja ei ole arvioitu ilmeisen virheellisesti eikä harkintavaltaa ole käytetty väärin (ks. edellä 48 kohdassa mainittu asia komissio v. Scott, tuomion 66 kohta ja asia T-196/04, Ryanair v. komissio, tuomio 17.12.2008, Kok., s. II-3643, 41 kohta).

51 Toiseksi on täsmennettävä, että komission valtiontukia koskevan päätöksen laillisuutta arvioidaan niiden tietojen perusteella, joita komissiolla saattoi olla hallussaan päätöstä tehdessään (asia 234/84, Belgia v. komissio, tuomio 10.7.1986, Kok., s. 2263, Kok. Ep. VIII, s. 717, 16 kohta; asia C-276/02, Espanja v. komissio, tuomio 14.9.2004, Kok., s. I-8091, 31 kohta ja edellä 47 kohdassa mainittu asia Valmont v. komissio, tuomion 38 kohta). Tästä seuraa erityisesti, että koska valtiontuen käsitettä sovelletaan objektiiviseen tilanteeseen, joka arvioidaan ajankohtana, jolloin komissio tekee päätöksensä, edellä mainitun tuomioistuinvalvonnan suorittamisessa on otettava huomioon tuona päivänä tehdyt arvioinnit (yhdistetyt asiat C-341/06 P ja C-342/06 P, Chronopost ja La Poste v. UFEX ym., tuomio 1.7.2008, Kok., s. I-4777, 144 kohta).

Ensimmäinen, toinen, kuudes ja seitsemäs kanneperuste

Asianosaisten lausumat

52 Kantajat väittävät ensimmäisessä kanneperusteessaan lähinnä, että komissio teki virheen, kun se totesi XXIII kilpailupolitiikkaa koskevaan kertomukseen tukeutuen, että julkisen yhtiön yksityistäminen on toteutettava avoimen ja ehdottoman tarjouskilpailun kautta eikä markkinahintaa voida pätevästi määrittää yksinomaan asiantuntijalausunnon perusteella. Kantajien mukaan se, ettei yksityistämistä toteuteta sääntöjenmukaisella tarjouskilpailulla, ei merkitse, että kyse on valtiontuesta, vaan se merkitsee ainoastaan sitä, että on varmistettava tapauskohtaisesti, ettei asianomaiseen myyntiin sisälly tukiosuutta, ja tämä voidaan varmistaa ainoastaan asiantuntijalausunnon perusteella. Kantajat toisin sanoen katsovat, että XXIII kilpailupolitiikkaa koskevassa kertomuksessa ainoastaan kevennetään tarjouskilpailun kautta toteutettavien yksityistämisten yhteydessä todistustaakkaa sen osoittamisessa, ettei kyse ole valtiontuesta. Vaikka oletettaisiin, että olisi hyväksyttävä komission mainitusta kertomuksesta esittämä tulkinta, tällaisella kertomuksella, jossa ainoastaan kuvataan kilpailun pääosaston toimintamuodot ja asianomaisella ajanjaksolla ensisijaisiksi katsottavat poliittiset tavoitteet, ei ole pakottavia oikeudellisia vaikutuksia.

53 Kantajat katsovat, että nyt käsiteltävässä asiassa BB myytiin GRAWE:lle markkinahintaan. Niiden mukaan tämä ilmenee selvästi riippumattomista asiantuntijalausunnoista, HSBC:n kolmannen yksityistämistoimenpiteen alussa laatimasta viitteellisestä BB:a koskevasta arviosta ja toisen yksityistämisyrityksen yhteydessä tehdyistä tarjouksista (ks. riidanalaisen päätöksen 68 perustelukappale). Kyseisissä arvioissa, mukaan lukien konsortion laatimat arviot, BB:n arvoksi on määritetty 44,4–75 miljoonaa euroa. Kuten komission ratkaisukäytännöstä ja julkisten viranomaisten tekemiin maa-alueita ja rakennuksia koskeviin kauppoihin sisältyvistä tuista annetusta komission tiedonannosta 97/C 209/03 (EYVL 1997, C 209, s. 3), johon vedottiin analogisesti, ilmenee, tällaisia riippumattomia arvioita on pidettävä pätevinä kaupan kohteena olevan omaisuuden arvon määrittämiseksi.

54 Kun komissio ei tukeutunut sille esitettyihin riippumattomiin arvioihin (ks. riidanalaisen päätöksen 68 perustelukappale) tai pyytänyt uutta asiantuntijalausuntoa, komissio – jolla on velvollisuus hankkia muodollisessa tutkintamenettelyssä kaikki tarpeelliset selvitykset saadakseen käyttöönsä täydelliset tiedot kaikista asiaan liittyvistä seikoista – ei kantajien mukaan tutkinut huolellisesti ja puolueettomasti sille toimitettuja asiakirjoja selvittääkseen täsmällisesti tuen olemassaolon ja sen mahdollisen määrän.

55 Lopuksi kantajat katsovat, että velvollisuus tukeutua komission suunnitteleman tarjouskilpailun kaltaiseen menettelyyn on ristiriidassa markkinatalouden ehdoin toimivaa yksityistä myyjää koskevan arviointiperusteen kanssa. Kantajat korostavat, että kaupoissa, joissa myyjänä on yksityinen, ei käytetä muodollista tarjouskilpailua tai sitä ainakin käytetään vähäisessä määrin niin, että sijaa jää useimmiten neuvotteluille valikoitujen tarjouksen tekijöiden kanssa. Kantajien mukaan komissio on lisäksi ratkaisukäytännössään antanut valtion viranomaisille huomattavasti liikkumavaraa tarjouskilpailun järjestämisessä. Tämän vuoksi ei ole empiiristä näyttöä siitä, että tarjouskilpailussa tehdyt tarjoukset ”antaisivat paremman kuvan arvosta” (ks. riidanalaisen päätöksen 112 perustelukappale) kuin asiantuntijan tekemä arvio. Lisäksi koska yksityiset yritykset eivät yleensä turvaudu tarjouskilpailuihin, komission edellyttämä velvollisuus tarjouskilpailuun johtaa kantajien mukaan EY 295 artiklan ja EY 86 artiklan vastaiseen eriarvoiseen kohteluun julkisten yritysten vahingoksi.

56 Toisessa kanneperusteessaan kantajat väittävät, että riidanalainen päätös on ristiriidassa komission aikaisemman ratkaisukäytännön kanssa ja että sillä loukataan siten yhdenvertaisen kohtelun periaatetta. Tähän saakka komissio on aina tyytynyt määrittämään markkinahinnan asiantuntijalausuntojen perusteella silloin, kun yksityistämistä ei ole toteutettu tarjouskilpailun kautta tai kun tarjouskilpailua ei ole toteutettu sääntöjen mukaisesti. Kantajat huomauttavat lisäksi, että niiden tietojen mukaan komissio on todennut tukiosuuden olemassaolon yksityistämistoimenpiteen yhteydessä ainoastaan yhden kerran, nimittäin asiassa, jossa se teki 27.2.2008 päätöksen 2008/717/EY valtiontuesta C 46/07 (ex NN 59/07), jonka Romania on myöntänyt Automobile Craiovalle (entiselle Daewoo Românialle) (EUVL L 239, s. 12), ja jossa se – toisin kuin nyt käsiteltävässä asiassa – vahvisti markkina-arvon yksityistetyn yrityksen arvioinnin perusteella.

57 Kuudennessa kanneperusteessaan kantajat väittävät lähinnä, ettei komissio ottanut huomioon todistustaakkaa ja tarjouksen tekijöille tarjouskilpailumenettelyssä kuuluvia tiedonantovelvollisuuksia vaatiessaan Itävallan viranomaisia osoittamaan, ettei konsortio täytä BB:n valintaperusteita etenkään myynnin toteutumisvarmuuden ja Ausfallhaftung-takaukseen turvautumisen välttämisen näkökulmasta (ks. erityisesti riidanalaisen päätöksen 129, 132, 133, 145 ja 156 perustelukappale). Kantajien mukaan tarjouksen tekijän on itse osoitettava tarjouskilpailun kuluessa – eikä komission jälkikäteen –, että se täyttää valintaperusteet. Kantajat katsovat, että nyt käsiteltävässä asiassa konsortio ei esittänyt määräajassa todisteita vakavaraisuudestaan ja BB:n jälleenrahoituksesta siitä huolimatta, että sille oli asianmukaisesti ilmoitettu tästä velvollisuudesta. Kantajien mukaan jälkikäteen esitettyihin todisteisiin liittyy vaara syrjinnästä muita tarjouksen tekijöitä kohtaan ja tällaiset todisteet on näin ollen jätettävä tutkimatta. Kantajat toteavat lisäksi, että koska mainittuja todisteita ei ole esitetty, Burgenlandin osavaltio saattoi oikeutetusti epäillä konsortion vakavaraisuutta.

58 Lopuksi kantajat esittävät seitsemännessä kanneperusteessaan olennaisilta osin, että koska tarjouskilpailuun katsottiin liittyvän sääntöjenvastaisuuksia sen vuoksi, että se perustui lainvastaisiin valintaperusteisiin, kuten Ausfallhaftung-takauksen huomioon ottamiseen (ks. riidanalaisen päätöksen 134 perustelukappale ja sitä seuraavat perustelukappaleet sekä 141 perustelukappale ja sitä seuraavat perustelukappaleet), BB:n markkina-arvoa ei voida määrittää konsortion ostotarjouksen perusteella (ks. riidanalaisen päätöksen 109–114 perustelukappale). Kantajien mukaan komission ratkaisukäytännöstä sitä paitsi käy ilmi, ettei tämä ole ottanut sääntöjenvastaisen tarjouskilpailun tuloksia huomioon tukiosuuden määrittämisessä. Nyt käsiteltävässä asiassa on kiistatonta, että Burgenlandin osavaltiolle aiheutuva korkeampi riski Ausfallhaftung-takauksen mahdollisesta perimisestä johti siihen, että konsortio korotti tarjoustaan kohtuuttomasti korotuksella, joka on rinnastettava niin sanottuun riskipreemioon. Kantajien mukaan muut tehdyt tarjoukset (ks. riidanalaisen päätöksen 66 perustelukappale) ja riippumattomat arviot (ks. riidanalaisen päätöksen 38 perustelukappale) vahvistavat konkreettisesti konsortion tekemän ostotarjouksen kohtuuttomuuden tai jopa epärealistisuuden, ja komission olisi pitänyt ottaa huomioon nämä tarjoukset ja arviot.

59 Komissio kiistää kaikki kantajien esittämät väitteet.

Unionin yleisen tuomioistuimen arviointi asiasta

60 Ensimmäisen kanneperusteen tarkastelu edellyttää lähinnä kahden kysymyksen ratkaisemista eli ensinnäkin sen ratkaisemista, katsoiko komissio tosiasiassa XXIII kilpailupolitiikkaa koskevaan kertomukseen tukeutuen, että BB:n markkinahinta voidaan määrittää ainoastaan tarjouskilpailun kautta. Toiseksi on ratkaistava kysymys siitä, saattoiko komissio ilmeistä arviointivirhettä tekemättä jättää nyt käsiteltävässä asiassa tukeutumatta asiantuntijalausuntoihin, jotka toimitettiin riidanalaista toimenpidettä koskevan tutkintamenettelyn kuluessa ja joihin kantajat vetoavat markkinahinnan arvioimiseksi.

61 Kun riidanalaista päätöstä luetaan kokonaisuutena, siitä käy ilmi, että kantajat ovat väärässä väittäessään, että komissio otti lähtökohdaksi ”periaatteen, jonka mukaan yksityistäminen on toteutettava avoimen ja ehdottoman tarjouskilpailun kautta”. Komissio nimittäin ainoastaan totesi arvioinnissaan, että se ”soveltaa useita periaatteita arvioidessaan valtiontukisääntöjen perusteella yksityistämiseen liittyvää toimenpidettä [ja että nämä periaatteet on vahvistettu] XXIII kilpailupolitiikkaa koskevassa kertomuksessa – – ja komission [myöhemmässä päätöksentekokäytännössä]”.

62 XXIII kilpailupolitiikkaa koskevan kertomuksen 403 kohdassa todetaan seuraavaa:

”Avoimuuden lisäämiseksi on syytä palauttaa mieliin yleiset periaatteet, joita komissio soveltaa yksityistämisiin ja jotka on vuosien saatossa vahvistettu yksittäistapausten tarkastelun perusteella.

On muistutettava, että [EY] 222 artiklan mukaan yhteisön oikeudessa ei millään tavoin puututa yritysten omistusoikeusjärjestelmään. Yksityistämisiä helpottaviin tukiin ei siis välttämättä sellaisinaan sovelleta poikkeusta [EY] 92 artiklan 1 kohdassa ilmaistusta perustavanlaatuisesta lähtökohdasta, jonka mukaan valtiontuet ovat yhteismarkkinoille soveltumattomia.

Silloin, kun yksityistäminen toteutetaan osakkeiden myynnillä pörssissä, tavallisesti oletetaan, että myynti tapahtuu markkinaehdoin eikä yksityistämiseen sisälly tukiosuutta. Velat voivat lakata tai vähentyä ennen osakeantia ilman, että oletetaan olevan kyse tuesta, kunhan osakeannin tuotto ylittää velan vähenemismäärän.

Kun yritystä ei yksityistetä osakkeiden myynnillä pörssissä vaan yksityisen myynnin kautta (eli kun yhtiön kaikki osakkeet tai osa niistä myydään toisille yrityksille), voidaan ilman tarkempaa tarkastelua olettaa, ettei myyntiin sisälly tukiosuutta, edellyttäen, että noudatetaan seuraavia ehtoja:

— on aloitettava avoin ja ehdoton tarjouskilpailu, johon osallistumisen edellytykseksi ei saa asettaa muiden toimien toteuttamista, kuten muiden kuin tarjouskilpailun kohteena olevien omaisuuserien ostamista tai tiettyjen toimintojen jatkamista

— yhtiö on myytävä eniten tarjoavalle

— ostajaehdokkailla on oltava käytettävissään riittävästi aikaa ja tarvittavat tiedot muodostaakseen omaisuuseristä asianmukaisen arvion tarjouksensa pohjaksi.

Yksityistämisiä, jotka toteutetaan osakeannilla tai edellä kuvatut ehdot täyttävällä tarjouskilpailulla, ei tarvitse ilmoittaa ennakkoon komissiolle niiden tukivaikutusten tutkintaa varten, mutta jäsenvaltiot voivat ne ilmoittaa halutessaan varmistua korostetusta oikeussuojasta, jonka muodollinen lupa takaa. Muussa tapauksessa yksityiset myynnit on tutkittava mahdollisten tukivaikutusten määrittämistä varten, mikä edellyttää niiden ilmoittamista. Tämä koskee muun muassa seuraavia myyntejä:

— myynti yhden ostajaehdokkaan tai usean valikoidun ehdokkaan kanssa käytyjen neuvottelun jälkeen

— myynnit, joita edeltää valtion, muiden julkisten yritysten tai jonkin muun julkisen elimen tekemä velkojen peruuttaminen

— myynnit, joita edeltää velkojen pääomittaminen tai käyttäminen pääoman kasvattamiseen

— myynnit, jotka on toteutettu ehdoilla, jotka eivät ole tavanomaisia vastaavissa yksityisten välisissä kaupoissa.

Osakkeiden tai kyseisten omaisuuserien ostajaehdokkaita ei missään tapauksessa saa syrjiä kansallisuuden perusteella.

Riippumattomien konsulttien on arvioitava ennakkoon kaikki myynnit, joita ei voida pitää tavanomaisissa markkinaolosuhteissa toteutettuina. Aroilla toimialoilla (synteettiset kuidut, tekstiilit, autoteollisuus jne.) toteutetut yksityistämiset on ilmoitettava aina ennakkoon komissiolle.”

63 Kuten kantajat itse myöntävät, tässä kertomuksessa esitetyillä suuntaviivoilla on tarkoitus ainoastaan tarkentaa, milloin oletetaan, ettei jäsenvaltioiden suunnittelemiin yksityistämistoimenpiteisiin sisälly tukiosuutta, ja milloin niitä ei siis tarvitse ilmoittaa, elleivät kansalliset viranomaiset halua varmistua toimenpiteen oikeusvarmuudesta.

64 Suuntaviivoista ei kantajien mukaan myöskään ilmene, että komissio edellyttäisi kaikissa tapauksissa avoimen ja ehdottoman tarjouskilpailun aloittamista. Suuntaviivoissa ainoastaan todetaan, että silloin, kun tällainen tarjouskilpailu aloitetaan, sen on täytettävä erinäisiä edellytyksiä, jotta kyseisen yksityistämisen voidaan olettaa olevan unionin oikeuden valtiontukisääntöjen mukainen.

65 Kyseisen kertomus ei myöskään sisällä nyt käsiteltävässä asiassa yksityistettäväksi suunnitellun yksikön markkinahinnan määrittämiseksi esitettyjen asiantuntijalausuntojen mahdollisen tutkittavaksi ottamisen kannalta merkityksellisiä seikkoja. Tältä osin ainoa viittaus asiantuntijalausuntoihin on toteamus, jonka mukaan ”riippumattomien konsulttien on arvioitava ennakkoon kaikki myynnit, joita ei voida katsoa toteutetuiksi tavanomaisissa markkinaolosuhteissa”. Nyt käsiteltävässä asiassa ei kuitenkaan ole kyse tällaisesta tilanteesta, sillä komissio nimenomaisesti sulki BB:n yksityistämiseksi toteutetun tarjouskilpailun yhteydessä pois sen mahdollisuuden, että kaupan ehtoihin olisi liittynyt erityisedellytyksiä (ks. vastaavasti riidanalaisen päätöksen 111 ja 112 perustelukappale).

66 Edellä todetusta seuraa, että kantajien väite, jonka mukaan komissio olisi yksityisten toimijoiden ja julkisten yhteisöjen välistä yhdenvertaisuutta koskevan periaatteen vastaisesti todennut XXIII kilpailupolitiikkaa koskevaan kertomukseen tukeutuen, että kun yritys myydään yksityistämistä varten, markkinahinta voidaan määrittää ainoastaan tarjouskilpailun kautta, ei ole lainkaan perusteltu.

67 Kaikista näistä syistä ei ole tarpeen lausua XXIII kilpailupolitiikkaa koskevan kertomuksen oikeudellisesta vaikutuksesta; edellä todetun mukaisesti kyseisen kertomuksen tarkoituksena on ainoastaan avoimuuden ja selvyyden takaamiseksi muistuttaa jäsenvaltioita yleisistä suuntaviivoista, joita komissio soveltaa arvioidessaan yritysten yksityistämiseksi toteutettuja toimenpiteitä.

68 Ensimmäisen kanneperusteen yhteydessä selvitettäväksi jää siis se, tekikö komissio ilmeisen arviointivirheen vai ei, kun se kieltäytyi ottamasta huomioon erinäisiä asiantuntijalausuntoja, joihin kantajat nyt käsiteltävässä asiassa vetosivat BB:n markkinahinnan määrittämiseksi.

69 Tästä on muistutettava, että yrityksen markkinahinta, joka tavallisesti määräytyy tarjonnan ja kysynnän perusteella, vastaa korkeinta hintaa, jonka tavanomaisissa kilpailuolosuhteissa toimiva yksityinen sijoittaja oli valmis maksamaan tästä yrityksestä (ks. vastaavasti asia C-277/00, Saksa v. komissio, tuomio 29.4.2004, Kok., s. I-3925, 80 kohta ja edellä 48 kohdassa mainittu oikeuskäytäntö).

70 Kun julkinen viranomainen aikoo myydä sille kuuluvan yrityksen ja turvautuu tätä varten avoimeen ja ehdottomaan tarjouskilpailuun, voidaan siis olettaa, että markkinahinta vastaa korkeinta tarjousta, edellyttäen, että osoitetaan ensinnäkin se, että tämä tarjous on sitova ja vakavasti otettava, ja toiseksi se, ettei ole perusteltua ottaa huomioon muita taloudellisia tekijöitä, kuten tarjouksiin liittyviä taseen ulkopuolisia riskejä. Komissio ei näin ollen tee ilmeistä arviointivirhettä todetessaan, että tukiosuutta voidaan arvioida markkinahinnan perusteella, joka puolestaan määräytyy lähtökohtaisesti tarjouskilpailussa tosiasiassa esitettyjen tarjousten perusteella.

71 Komissiota ei tässä tilanteessa voida moittia siitä, ettei se ottanut huomioon riidanalaisen päätöksen 68 perustelukappaleessa mainittuja riippumattomia asiantuntijalausuntoja, jotka kantajien mukaan tukevat niiden näkemystä siitä, että GRAWE:n tarjoama BB:n ostohinta on markkinahinnan mukainen.

72 Tällaisiin asiantuntijalausuntoihin turvautuminen BB:n markkinahinnan määrittämiseksi on kantajien mukaan nimittäin tarpeen ainoastaan siinä tapauksessa, ettei myyntiä ole toteutettu tarjouskilpailun kautta tai että tarjouskilpailu ei ole ollut avoin, läpinäkyvä ja ehdoton. Tältä osin on kiistatonta, että yrityksen yksityistämiseksi toteutetussa tarjouskilpailussa pätevästi ja tosiasiallisesti tehdyt tarjoukset vastaavat lähtökohtaisesti asiantuntijalausuntoja paremmin kyseisen yksikön likimääräistä markkina-arvoa. Riippumatta niiden laadintamenetelmästä ja laadinnassa käytetyistä muuttujista tällaiset asiantuntijalausunnot nimittäin perustuvat ennakoivaan tarkasteluun ja johtavat siten siihen, että kyseisen yrityksen markkinahinta arvioidaan alemmaksi kuin sääntöjen mukaisesti toteutetussa tarjouskilpailussa tosiasiallisesti ja pätevästi esitetyt tarjoukset.

73 Samoista syistä komissiota ei voida arvostella siitä, ettei se pitänyt riippumattoman asiantuntijan jälkikäteen suorittamaa tarkastelua tarpeellisena, eikä siitä, että se olisi laiminlyönyt velvollisuutensa tutkia huolellisesti ja puolueettomasti tarkasteltavana olevat toimenpiteet. Kuten riidanalaisen päätöksen 112 ja 113 perustelukappaleesta selvästi ilmenee, komissio otti lähtökohdakseen toteamuksen, jonka mukaan siksi, että BB:sta oli tehty sitovia ostotarjouksia, riippumattomat asiantuntijalausunnot olivat sinällään merkityksettömiä – riippumatta niiden laatijasta, laadinta-ajankohdasta ja käytetystä analysointimenetelmästä – sen määrittämiseksi, vastasiko GRAWE:n BB:sta maksama ostohinta markkinahintaa. Kantajat eivät sitä paitsi ole osoittaneet, ettei komissio ollut ottanut huomioon kaikkia sille esitettyjä tietoja ja arviointeja, joita erityisesti Itävallan viranomaiset sille olivat hallinnollisessa menettelyssä esittäneet.

74 Ensimmäinen kanneperuste on tämän vuoksi hylättävä.

75 Toisella kanneperusteellaan, joka liittyy tiiviisti ensimmäiseen kanneperusteeseen, kantajat pyrkivät osoittamaan, että riidanalainen päätös poikkeaa komission tähän saakka noudattamasta ratkaisukäytännöstä, koska komissio edellytti ensimmäistä kertaa avoimen, läpinäkyvän ja ehdottoman tarjouskilpailun järjestämistä jäsenvaltiolta, joka aikoo yksityistää omistamansa yrityksen.

76 Oikeuskäytännössä on muistutettu tältä osin, että valtiontuen käsite on oikeudellinen ja sitä on arvioitava objektiivisten seikkojen perusteella (ks. edellä 47 kohdassa mainittu asia Valmont v. komissio, tuomion 37 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Toimenpiteen luokitteleminen valtiontueksi ei siis voi riippua komission subjektiivisesta arvioinnista, ja se on määriteltävä komission aikaisemmasta hallinnollisesta käytännöstä riippumatta, vaikka tällaisen käytännön osoitettaisiinkin vakiintuneen (ks. vastaavasti ja analogisesti yhdistetyt asiat C-57/00 P ja asia C-61/00 P, Freistaat Sachsen ym. v. komissio, tuomio 30.9.2003, Kok., s. I-9975, 52 ja 53 kohta ja asia T-171/02, Regione autonoma della Sardegna v. komissio, tuomio 15.6.2005, Kok., s. II-2123, 177 kohta).

77 Kantajat eivät tässä tilanteessa voi aikaisempaan ratkaisukäytäntöön vedoten väittää, että yhdenvertaisen kohtelun periaatetta olisi loukattu. Koska komission on analysoitava erikseen kunkin tapauksen erityispiirteitä, eivät aikaisemmat päätökset sido sitä.

78 Missään tapauksessa kantajat, jotka ovat esittäneet yleisluonteisia väitteitä, joiden mukaan komissio on tähän saakka aina ”pelastanut” yksityistämiset, eivät ole täsmentäneet, miltä osin olosuhteet, jotka ovat johtaneet kantajien mainitsemien päätösten antamiseen, ja näiden päätösten taustalla olevat oikeudelliset arvioinnit ovat verrattavissa nyt käsiteltävän asian olosuhteisiin ja oikeudellisiin arviointeihin. Erityisesti ei ole osoitettu, että jokin mainituista päätöksistä koskisi tilannetta, jossa nyt käsiteltävän asian tavoin myytävän omaisuuserän tai yhteisön markkinahinta on pätevästi määritetty avoimen, läpinäkyvän ja ehdottoman tarjouskilpailun kautta.

79 Edellä todetusta seuraa, ettei toista kanneperustetta voida missään tapauksessa hyväksyä.

80 Kuudennesta kanneperusteesta, jonka mukaan komissio ei ottanut huomioon todistustaakkaa ja tarjouksen tekijöille tarjouskilpailumenettelyssä kuuluvia tiedonantovelvollisuuksia, puolestaan käy suoraan ilmi, että kantajat sekoittavat väitteissään keskenään yhtäältä tarjouksen tekijöille jokaisessa tarjouskilpailussa kuuluvat tiedonantovelvollisuudet ja toisaalta komission velvollisuuden tutkia huolellisesti ja puolueettomasti oletetut tukitoimenpiteet.

81 Tarjouksen tekijöille tarjouskilpailumenettelyssä kuuluvista tiedonantovelvollisuuksista kantajat väittävät lähinnä, että konsortion olisi pitänyt osoittaa, että se oli vakavarainen ja että FMA olisi puoltanut BB:n myyntiä konsortiolle.

82 Kuten komissio perustellusti totesi, konsortio ei kuitenkaan nimenomaan voinut esittää mitään tietoja siitä, olisiko FMA:ssa käydyn menettelyn lopputulos siinä tapauksessa, että Burgenlandin osavaltio olisi päättänyt hyväksyä konsortion tarjouksen, myönteinen vai ei. Koska konsortion esittämä ostotarjous oli määrältään selvästi GRAWE:n esittämää tarjousta suurempi ja koska näin ollen ei voitu sulkea pois sitä, että GRAWE:lle oli aiheutunut etua, nimenomaan toimivaltaisten viranomaisten tehtävänä oli sitä paitsi esittää luotettavaa näyttöä siitä, että FMA:n suorittama tutkinta olisi johtanut siihen, että se kieltää BB:n myynnin konsortiolle; kyseiset viranomaiset laiminlöivät tämän tehtävän.

83 Konsortion taloudellisesta kantokyvystä ja vakavaraisuudesta on todettava, etteivät muodollisen tutkintamenettelyn osapuolet olleet saattaneet kyseenalaiseksi konsortion kykyä hankkia tarvittavia varoja pitääkseen kiinni esittämästään ostotarjouksesta. Asiakirja-aineistosta käy lisäksi ilmi, että tarjouksen tekijän taloudellista kantokykyä tarjoamastaan ostohinnasta kiinni pitämiseksi arvioidaan varhaisessa vaiheessa menettelyä eli niin sanotussa due diligence -vaiheessa, jossa kantajien mukaan tarkastellaan niiden tarjouksen tekijöiden, joiden tarjous on katsottu pitäväksi ja otettu tutkittavaksi, tuloslaskelmia sekä henkilöllisiä ja aineellisia voimavaroja. On kuitenkin todettava, että konsortion

tarjous hylättiin vasta kyseisessä menettelyssä käytyjen neuvottelujen loppuvaiheessa, koska – kuten riidanalaisen päätöksen 53 perustelukappaleessa todetaan – ”Itävalta oletti edelleen, että konsortio toisi mukaan taloudellisesti vahvan liikekumppanin, kuten se oli ilmoittanut neuvotteluissa”.

84 Muut seikat, joihin kantajat vetoavat ja jotka koskevat konsortion kykyä hallita mahdollisia maksuvalmiusongelmia siinä tapauksessa, että se ostaa BB:n (ks. riidanalaisen päätöksen 78 ja 79 perustelukappale, jotka koskevat ”BB:n jälleenrahoitusta myynnin jälkeen”), ovat ensinnäkin merkityksellisiä ainoastaan siinä seuraavaksi tarkasteltavassa tapauksessa, että Ausfallhaftung-takaus olisi otettava huomioon (ks. jäljempänä 149 kohta ja sitä seuraavat kohdat), ja lisäksi joka tapauksessa perusteettomia. Riidanalaisesta päätöksestä nimittäin käy ilmi, ettei konsortio missään vaiheessa sulkenut pois talletuspakoon ja pankkien välisten luottorajojen irtisanomiseen liittyviä riskejä (vaikkakin se arvioi ne pienemmäksi kuin komissio) ja että se esitti vakuudeksi eri pankkien antamia sitomattomia aiejulistuksia (ks. riidanalaisen päätöksen 78 perustelukappale). Tässä tilanteessa ei voida tukea väitettä, jonka mukaan konsortio ei ollut esittänyt mitään takeita vakavaraisuudestaan.

85 Lisäksi on todettava, että vastauksena unionin yleisen tuomioistuimen istunnossa esittämään kysymykseen siitä, saattoivatko kantajat kyseenalaiseksi – ja missä määrin – konsortion taloudellisen kantokyvyn BB:n 155 miljoonan euron ostohinnan maksamiseksi, kantajat vahvistivat, etteivät ne olleet kyseenalaistaneet konsortion kykyä maksaa mainittua hintaa.

86 Kun otetaan huomioon kaikki edellä esitetty, kuudes kanneperuste on hylättävä.

87 Lopuksi seitsemännestä kanneperusteesta, jonka mukaan markkinahintaa ei voida määrittää konsortion tarjouksen perusteella, on huomautettava, kuten ensimmäisen kanneperusteen tarkastelusta ilmenee (ks. erityisesti 70 kohta edellä), että kun julkinen viranomainen aikoo myydä sille kuuluvan yrityksen ja turvautuu tätä varten avoimeen ja ehdottomaan tarjouskilpailuun, voidaan siis olettaa, että markkinahinta vastaa korkeinta tarjousta, edellyttäen, että osoitetaan ensinnäkin se, että tämä tarjous on sitova ja vakavasti otettava, ja toiseksi se, ettei ole perusteltua ottaa huomioon muita taloudellisia tekijöitä, kuten tarjouksiin liittyviä taseen ulkopuolisia riskejä.

88 Komissio ei näin ollen tehnyt ilmeistä arviointivirhettä todetessaan, että tukiosuutta voidaan arvioida markkinahinnan perusteella, joka puolestaan määräytyy lähtökohtaisesti tarjouskilpailussa tosiasiassa esitettyjen tarjousten perusteella.

89 Markkinatalouden ehdoin toimivan yksityisen myyjän näkökulmasta subjektiiviset tai strategiset syyt, jotka ovat johtaneet siihen, että tietty tarjouksen tekijä tekee tietynsuuruisen tarjouksen, eivät ole ratkaisevia. Markkinatalouden ehdoin toimiva yksityinen myyjä valitsee lähtökohtaisesti korkeimman ostotarjouksen, eikä tämä riipu niistä syistä, jotka ovat johtaneet siihen, että mahdolliset ostajat tekevät tietynsuuruisia tarjouksia. Tämän vuoksi on hylättävä kantajien väite, jonka mukaan konsortion tekemä tarjous oli määrältään kohtuuton.

90 Kantajien väitteistä, joiden mukaan komissio ei voinut tukeutua sellaisen tarjouskilpailun lopputulokseen, jonka se itse totesi sääntöjenvastaiseksi, on riittävää muistuttaa, että vaikka komissio muodollisen tutkintamenettelyn aloittamisvaiheessa esitti epäilyjä tarjouspyynnöstä erityisesti tarjouksen tekijöiden yhdenvertaisen kohtelun näkökulmasta (ks. tästä riidanalaisen päätöksen 42 perustelukappale), se tuli siihen lopputulokseen, etteivät tarjouspyyntöön liittyvät puutteet olleet tosiasiallisesti vaikuttaneet tehtyihin tarjouksiin ja että näin ollen korkein nimellinen tarjous muodosti parhaan likiarvon markkinahinnasta (ks. riidanalaisen päätöksen 143 perustelukappale).

91 Lisäksi toisessa kanneperusteessa esitettyä kehittelemällä on todettava, että tukeutumalla komission väitettyyn vakiintuneeseen ratkaisukäytäntöön ei myöskään perustella kantajien esittämää näkemystä. Erityisesti asioista, joissa komissio antoi 8.9.1999 päätöksen 2000/513/EY Ranskan Stardust Marinelle myöntämistä tuista (EYVL 2000, L 206, s. 6) ja 11.4.2000 päätöksen 2000/628/EY Centrale del Latte di

Roma -yhtiölle myönnetystä tuesta, jonka Italia on toteuttanut (EYVL L 265, s. 15), ja joihin kantajat tukeutuvat, on riittävää todeta, että kyseiset asiat koskivat tilanteita, joissa ei nimenomaan ollut järjestetty avointa, läpinäkyvää ja ehdotonta tarjouskilpailua.

92 Tämän vuoksi myös seitsemäs kanneperuste on hylättävä.

Kolmas kanneperuste, joka perustuu EY 87 artiklan 1 kohdan rikkomiseen sen vuoksi, että komissio jätti ottamatta huomioon FMA:ssa käydyn lupamenettelyn lopputuloksen epävarmuuden ja menettelyn mahdollisen pitkän keston siinä tapauksessa, että BB myydään konsortiolle

Asianosaisten lausumat

93 Kantajat arvostelevat komissiota siitä, ettei se markkinatalouden ehdoin toimivaa yksityistä myyjää koskevaa arviointiperustetta soveltaessaan tutkinut kaikilta osin kaupan epävarmuutta. Kantajat arvostelevat komissiota lähinnä siitä, ettei se BB:n ostotarjouksia tarkastellessaan ja vertaillessaan ottanut riittävästi huomioon FMA:ssa käydyn lupamenettelyn lopputuloksen epävarmuutta ja menettelyn mahdollisesti pitkää kestoa siinä tapauksessa, että BB myydään konsortiolle. Kantajien mukaan yksityinen myyjä olisi kuitenkin juuri näistä syistä valinnut GRAWE:n tarjouksen, joka toki oli määrältään konsortion tarjousta pienempi mutta joka oli voimassa 31.3.2006 saakka ja joka riidanalaisen päätöksen 68 perustelukappaleessa mainittujen asiantuntijalausuntojen ja BB:n aikaisempien yksityistämisyritysten perusteella oli erityisen edullinen.

94 Kantajien mukaan komissio ei väitteessään, jonka mukaan tietyn tarjouksen tekijän valitsematta jättämistä tarjouskilpailussa ei voida perustella valvontaviranomaisen suorittaman tutkintamenettelyn kestolla, kun otetaan huomioon se, että tämän perusteella voidaan syrjiä ulkomaalaisia tarjouksen tekijöitä (ks. riidanalaisen päätöksen 130 perustelukappale), ota huomioon sitä seikkaa, että on syytä erottaa toisistaan valtion rooli yksityisenä myyjänä ja sen suvereeni rooli finanssimarkkinoiden sääntelyviranomaisena. Kun otetaan huomioon Itävallan viranomaisten riippumattomuus suhteessa FMA:han ja sen toimintaa koskeviin sääntöihin, Itävallan viranomaiset eivät voi saada tietoja lupamenettelyn lopputuloksesta. Lisäksi kantajat väittävät, että komission esittämä moite koski seikkaa, joka ei kuulu valtiontukia koskevien oikeussäännösten alaan (vaan pikemminkin sijoittautumisoikeuden ja pääomien vapaan liikkuvuuden alaan), eikä siinä oteta huomioon liittovaltion ja osavaltioiden välistä toimivallanjakoa.

95 Kantajat toteavat lisäksi, että nyt käsiteltävässä asiassa Burgenlandin osavaltion toimintatapa eli se, että se ensin valitsi ostajan ja sitten haki vaadittavia lupia, on yksityistä myyjää koskevan arviointiperusteen mukainen ja lisäksi tunnustettu komission ratkaisukäytännössä.

96 Kantajat katsovat, että kuten HSBC:n konsultin 3.3.2008 päivätystä ja komissiolle 5.3.2008 toimitetusta kirjeestä ilmenee, nyt käsiteltävässä asiassa useat seikat puolsivat sitä, ettei BB:n myyntiä konsortiolle hyväksytä.

97 Kantajat korostavat ensinnäkin, ettei konsortion jäsenillä ollut minkään kansainvälisesti tunnustetun luokituslaitoksen luokitusta vaikka – kuten komissio useissa tiedonannoissaan ja päätöksissään huomauttaa – kyse on edellytyksestä, joka on välttämätön toiminnan harjoittamiseksi eurooppalaisilla pankki- ja pääomamarkkinoilla.

98 Kantajat toteavat, että koska konsortio ei esittänyt analyysiä vakavaraisuudestaan, ne tukeutuivat luokituslaitosten käytäntöön, jonka mukaan yritys ei lähtökohtaisesti voi saada edullisempaa luokitusta kuin sijoittautumismaansa saama luokitus – eli nyt käsiteltävässä asiassa Ukrainan luokitus, joka on enimmäistasoltaan BB (investointiluokkaan kuulumaton; ns. sub investment grade).

99 Kantajat tukeutuvat lisäksi konsortion esittämässä liiketoimintasuunnitelmassa (business plan) oleviin virheisiin (ks. Itävallan viranomaisten 1.3.2007 lähettämä kirje), konsortion kokemattomuuteen eurooppalaisilla pankkimarkkinoilla sekä konsortion haluun noudattaa BB:n osalta uutta kaupallista politiikkaa, joka viime kädessä – ja kuten HSBC:n lausunnoista käy ilmi – saattaisi johtaa huomattavaan oman pääoman menetykseen ja siten siihen, että Burgenlandin osavaltio puuttuu tilanteeseen Ausfallhaftung-takauksen kautta. Kantajat väittävät, että FMA olisi väistämättä ottanut huomioon nämä seikat, sillä tämän oli pankkilaitoslain (Bankwesengesetz, BWG; pankkijärjestelmästä annettu liittovaltion laki) 5 §:n 1 momentin 3 kohdan arviointiperusteiden mukaan arvioitava, antoiko konsortio takuun BB:n taloudellisesti vahvasta ja vakaasta hallinnoimisesta sen myynnin jälkeen, mitä komissio ei EY 253 artiklassa määrätyn perusteluvelvollisuuden vastaisesti tutkinut.

100 Kantajien mukaan pessimistisiä arvioita FMA:n luvasta siinä tapauksessa, että BB myydään konsortiolle, tukevat myös Ukrainan pankkialan rakenteellisia ja toiminnallisia heikkouksia koskevat tiedot, sellaisina kuin ne ilmenevät kansainvälisen valuuttarahaston määräajoin antamista kertomuksista. Kantajat toteavat, että Itävallan viranomaiset viittasivat nimenomaisesti näihin kertomuksiin muodollisessa menettelyssä ja että kertomukset olivat joka tapauksessa julkisia. Kantajat huomauttivat vastauskirjelmässään, että Ukrainan pankkialan viimeaikainen kehitys vahvisti niiden tosiseikkojen tapahtuma-aikaan ilmaisemat huolenaiheet.

101 Kantajat katsovat, että on lisäksi otettava huomioon se seikka, että BB:n myynti konsortiolle olisi entisestään vaikeuttanut FMA:n valvontavelvollisuuden täyttämistä sen vuoksi, että FMA:n ja Ukrainan viranomaisten välillä ei ole vakiintunutta virallista yhteistyötä esimerkiksi Ukrainan kansallisen pankin kanssa tehdyn sopimuksen kautta.

102 Kantajat huomauttavat lisäksi, ettei Burgenlandin osavaltio tukeutunut pelkästään omiin arviointeihinsa vaan oli epävirallisesti yhteydessä FMA:han varmistautuakseen tämän luvan myöntämistä konsortiolle koskevien ennusteidensa luotettavuudesta. FMA:n toimittamien tietojen mukaan BB:n myyntiä konsortiolle koskevan lupamenettelyn lopputulos oli vielä täysin avoinna mutta oli kiistatonta, että menettely päättyisi kielteiseen päätökseen, mikäli BB:n ostajana olisi konsortio. Kantajat katsovat, ettei Burgenlandin osavaltio yksityisen myyjän ominaisuudessa toimiessaan hyväksyisi myynnin epävarmuutta ja sen pitkittymistä. Kantajien mukaan tämä johti siihen, että – kuten Itävallan tasavalta 1.6.2006 päivätyssä kirjeessään toteaa – Burgenlandin osavaltio otti lähtökohdaksi toteamuksen, jonka mukaan ”FMA ei aio eikä todennäköisesti voi myöntää lupaa pankin myyntiin konsortiolle”. Landesgericht Eisenstadt (Eisenstadtin aluetuomioistuin, Itävalta) vahvisti tämän 26.5.2006 antamassaan välitoimimääräyksessä. Kantajat totesivat, että toimivaltaisten viranomaisten FMA:n kanssa käymistä keskusteluista käy ilmi, että lupapäätöstä voitiin odottaa muutaman viikon kuluessa siinä tapauksessa, että BB:n ostajana olisi GRAWE. Niiden mukaan FMA sitä vastoin oli antanut ymmärtää, että mikäli BB:n ostajana olisi konsortio, lupamenettely kestäisi todennäköisesti kuusi kuukautta tai pahimmassa tapauksessa vuoden. Kantajien mukaan ei ole epäilystä siitä, että FMA:ssa käytävä lupamenettely olisi ollut huomattavasti pidempi ja sen lopputulos paljon epävarmempi siinä tapauksessa, että ostajana olisi ollut konsortio.

103 Lopuksi kantajat väittävät, että komissio sovelsi virheellisesti yksityistä myyjää koskevaa arviointiperustetta, kun se vaati siinä tapauksessa, että BB:n ostajana on GRAWE, näyttöä siitä, että myynti konsortiolle olisi ollut selvästi toteuttamiskelvoton tai että FMA olisi varmasti kieltänyt myynnin konsortiolle. Kuten HSBC:n konsultti oli kantajien mukaan toukokuussa 2006 esittämissään huomautuksissa selvästi todennut, järkevästi toimiva yksityinen myyjä pyrkii maksimoimaan ostohinnan oletetun arvon, joka on määriteltävissä tarjoukseksi, jonka saaminen on todennäköisintä. Kun GRAWE:n tarjoaman ostohinnan oletettu arvo kuitenkin oli selvästi konsortion tarjouksen oletettua arvoa korkeampi, Burgenlandin GRAWE:n hyväksi tekemä päätös on kantajien mukaan oikeutettu sen perusteella, että myynnin suurempi toteutumisvarmuus korvasi selkeästi GRAWE:n tarjoaman ostohinnan alemman nimellisarvon. Toisin sanoen komissio ei ottanut analyysissaan huomioon todennäköisyyttä sille, että FMA ei myönnä lupaa myyntiin konsortiolle, mikä on kantajien mukaan 50 prosenttia.

104 Kantajat korostavat vastauskirjelmässään, että komissio lausui ristiriitaisesti Burgenlandin osavaltiolle FMA:n käydyn menettelyn lopputulosta koskevien arvioiden osalta sallitusta virhemarginaalista, kun se totesi, ettei menettelyn lopputulosta voida arvioida tarkasti ennakkoon, mutta samalla muualla tekstissä edellytti, että ostoluvan epääminen BB:sta eniten tarjonneelta olisi ilmeistä.

105 Komissio kiistää kantajien väitteet.

Unionin yleisen tuomioistuimen arviointi asiasta

106 Nyt käsiteltävä kanneperuste koskee riidanalaisen päätöksen 121 perustelukappaleen lopussa mainittua kysymystä, joka liittyy yksityistämiseen vaadittavan toimivaltaisen rahoitustarkastusviranomaisen eli FMA:n lupaan. Kantajat väittävät näet, että koska lupamenettelyn lopputulos olisi ollut epävarma ja kesto pitkä siinä tapauksessa, että BB olisi myyty konsortiolle, on perusteltua, että BB lopulta myytiin GRAWE:lle, vaikka tämän tarjoama ostohinta oli määrältään pienempi.

107 Osapuolet ovat yksimielisiä siitä riidanalaisen päätöksen 120 perustelukappaleessa todetusta seikasta, että markkinatalouden periaatteiden ehdoin toimiva myyjä voi valita alhaisemman tarjouksen, jos on selvää, että myyntiä korkeimman tarjouksen tekijälle ei voida toteuttaa. On korostettava erityisesti, että toisin kuin kantajat antavat olettaa, komissio myönsi selvästi riidanalaisen päätöksen 125 perustelukappaleessa, ettei markkinatalouden ehdoin toimiva yksityinen myyjä olisi valinnut ostajaa, jolle toimivaltaiset viranomaiset hyvin todennäköisesti eivät olisi myöntäneet tarvittavia lupia.

108 Unionin yleisen tuomioistuimen on siis selvitettävä, tekikö komissio ilmeisen arviointivirheen todetessaan, että kun otetaan huomioon markkinatalouden ehdoin toimivaa yksityistä toimijaa koskeva arviointiperuste, BB:n myyntiä GRAWE:lle ei voida perustella seikoilla, joilla kantajat pyrkivät osoittamaan yhtäältä, että oli epävarmaa, myöntäisikö FMA lupaa BB:n myyntiin konsortiolle, ja toisaalta, että lupamenettely FMA:ssa olisi pidempi siinä tapauksessa, että BB myytäisiin konsortiolle.

109 Lupamenettelyn varsinaista sisältöä koskevilta osin asiakirja-aineistosta ensinnäkin ilmenee, että tosiseikkojen tapahtumahetkellä sovellettavan BWG:n 20 §:n 3 momentin mukaan itävaltalaisen luottolaitoksen omistusosuuden myyminen edellyttää ilmoitusta ja lupaa.

110 Omistusosuuden myynti tutkitaan BWG:n 5 §:n 1 momentissa määritellyn soveltuvuutta ja luotettavuutta koskevan arviointiperusteen (fit & proper -arviointiperuste) mukaan. Kuten erityisesti riidanalaisen päätöksen 125 ja 126 perustelukappaleesta – joita asianosaiset eivät ole riitauttaneet – ilmenee, FMA voi BGW:n 20 §:n nojalla soveltaa pankin ostajaan kelpoisuutta ja kokemusta koskevia arviointiperusteita ainoastaan silloin, kun osapuolet ovat tehneet sitovan myyntisopimuksen. Tästä seuraa, ettei FMA käytännössä voi tutkia samanaikaisesti useita ostajaehdokkaita. FMA vahvisti lisäksi komissiolle, että se aloittaa omistusosuuden myyntiä koskevan tutkinnan ainoastaan silloin, jos kaupan molemmat osapuolet ovat avoimesti ilmaisseet tosiasiallisen osto- ja myyntiaikeensa. Burgenlandin osavaltion oli nyt käsiteltävässä asiassa siis valittava lopullisesti jompikumpi BB:n ostotarjous, ennen kuin myyntiä koskeva lupamenettely voitiin aloittaa FMA:ssa. Itävallan viranomaisten itse toimittamien tietojen mukaan FMA:ta sitoo riippumattomana hallintoviranomaisena luottamuksellisuus- ja puolueettomuusvelvollisuus. Se ei lähtökohtaisesti siis voi antaa ennakkoarvioita aloitetun lupamenettelyn lopputuloksesta.

111 Osapuolet ovat yksimielisiä myös siitä, että ellei FMA kiellä myyntiä kolmen kuukauden kuluessa sen ilmoittamisesta, lupa myyntiin on katsottava myönnetyksi. Jos FMA arvioi tarvitsevansa tutkintaansa enemmän aikaa kuin käytössään olevan kolmen kuukauden määräajan, sen on ensin kiellettävä myynti ennen tämän kolmen kuukauden määräajan päättymistä. Tämä kielteinen päätös ei kuitenkaan vaikuta millään tavalla FMA:n lopulliseen omistusosuuden myyntiä koskevaan päätökseen.

112 Toiseksi kantajan nimenomaisesti esittämät perustelut koostuvat olennaisilta osin ensinnäkin yleisluonteisista toteamuksista, jotka liittyvät varautuneeseen tai torjuvaan asenteeseen, joka valvontaviranomaisilla on ollut tai pitäisi yleisesti ottaen olla Ukrainasta peräisin olevia toimijoita kohtaan, ja toiseksi konsortion jäsenten tilannetta koskevista tiedoista sekä kolmanneksi FMA:n itse toimittamista tiedoista.

113 Yleisluonteiset toteamukset, jotka koskevat sitä erittäin varautunutta asennetta, joka valvontaviranomaisilla on tosiasiassa ollut – minkä osoittaa ote Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsichtin (Saksan liittovaltion rahoituspalvelujen valvontalaitos) päätöksestä, jolla 13 kuukautta kestäneen tutkinnan päätteeksi kiellettiin NordFinanz Bank AG:n myyminen ukrainalaiselle konsernille, tai vuonna 1994 evätty lupa pankin myyntiin konsortion erään jäsenen (SLAV) edeltäjälle – tai joka niillä pitäisi yleisesti ottaen olla suhteessa Ukrainaan sijoittautuneisiin henkilöihin tai oikeushenkilöihin, eivät ole nyt käsiteltävän asian kannalta merkityksellisiä eivätkä aineellisesti vakuuttavia.

114 Nämä seikat eivät ensinnäkään voi antaa mitään viitteitä FMA:ssa käydyn lupamenettelyn tosiasiallisesta lopputuloksesta siinä tapauksessa, että Burgenlandin osavaltio olisi päättänyt myydä BB:n konsortiolle. Nyt käsiteltävässä asiassa ei ole kyse sen selvittämisestä, sovelletaanko Ukrainan pankkialalla toimiviin yksiköihin laadullisesti riittäviä velvollisuuksia ja valvontaa eli vastaavatko ne unionin jäsenvaltioissa sovellettavia velvollisuuksia ja valvontaa. Kuten komissio selkeästi totesi asianosaisten tätä kiistämättä, FMA selvittää pankkilaitosten omistusosuuksien myyntiä koskevassa tutkinnassa BWG:n 20 §:ssä tarkoitettujen kelpoisuutta ja kokemusta koskevien arviointiperusteiden perusteella, onko mahdollisten ostajien luotettavuudesta kyseisen luottolaitoksen hallinnoinnin vakauden ja avoimuuden varmistamiseksi takeita.

115 On myös todettava, että tietyt nyt käsiteltävässä asiassa ja erityisesti vastineessa esitetyt seikat johtuvat uusien käytäntöjen kehittymisestä maailmanlaajuisen rahoituskriisin seurauksena. Kuten edellä 51 kohdassa mainitusta oikeuskäytännöstä seuraa, komission valtiontukia koskevan päätöksen laillisuutta arvioidaan niiden tietojen perusteella, joita komissiolla saattoi olla hallussaan päätöstä tehdessään.

116 Tämän vuoksi ei ole syytä ottaa huomioon päätöksen tekohetken jälkeisiä tapahtumia, joita ei luonnollisestikaan ole saatettu komission tietoon. Samoin on jätettävä tutkimatta perustelut, jotka perustuvat huolellisuuteen, jota valvontaelinten ja rahoitusalan sääntelyviranomaisten on rahoituskriisin vuoksi noudatettava, sekä mahdollisiin tästä johtuviin sovellettavan lain muutoksiin.

117 Kantajien esittämissä perusteluissa ei oteta huomioon sitä seikkaa, että konsortion ilmaisema halu BB:n ostamiseen voidaan tulkita pyrkimykseksi perustaa luottolaitos Itävaltaan. Vaikka kantajat käsittelivät konsortion yhden jäsenen eli Active Bankin yhdistymistä, ei sitä vastoin ole osoitettu, että tämä olisi tarkoitus toteuttaa vasta sen jälkeen, kun BB on mahdollisesti myyty konsortiolle. Tämä ei myöskään kuulu niihin seikkoihin, jotka on otettava huomioon FMA:n toteuttaman tutkintamenettelyn aikana.

118 Yleisluonteisissa toteamuksissa ei myöskään oteta huomioon sitä seikkaa, että FMA:n on kantajien vastinekirjelmässään korostaman tavoin tutkittava rahoituslaitosten omistusosuuksien myyntiä koskevat pyynnöt ennakkoluulottomasti. Pelkästään se seikka, että tietyt konsortion jäsenet ovat alun perin sijoittautuneet Ukrainaan, ei voi selittää FMA:ssa käydyn lupamenettelyn kielteistä lopputulosta koskevaa varaumaa.

119 Yhtä lailla merkityksettömiä arvioitaessa menestymistä FMA:ssa käydyssä lupamenettelyssä ovat kantajien esittämät konsortioon liittyvät seikat eli kansainvälisesti tunnetun luottolaitoksen luokituksen puuttuminen, liiketoimintasuunnitelman väitetyt puutteellisuudet, kokemuksen puute ja kaupallinen politiikka, jota se aikoi noudattaa BB:ssa.

120 Kantajat eivät ensinnäkään ole täsmentäneet, olisiko FMA ottanut nämä seikat huomioon arvioinnissaan ja missä määrin.

121 Kuten komissio on korostanut, kantajat pyrkivät konsortion liiketoimintasuunnitelman väitettyjä puutteellisuuksia, kokemuksen puutetta ja kaupallista politiikkaa, jota tämä aikoi noudattaa BB:ssa, koskevilla perusteluillaan tosiasiassa ilmaisemaan BB:n eli myynnin kohteena olevan yksikön taloudelliseen tulevaisuuteen liittyviä huolenaiheita, jotka eivät lähtökohtaisesti kuulu markkinatalouden ehdoin toimivaa myyjää askarruttaviin seikkoihin.

122 Kantajat väittävät seuraavaksi lähinnä, että FMA:n kanssa käydystä epävirallisesta yhteydenpidosta käy ilmi, että siinä tapauksessa, että ostajana olisi GRAWE, lupamenettelyn ratkaisua voitaisiin odottaa muutaman viikon kuluessa BB:n myynnistä, kun taas siinä tapauksessa, että ostajana on konsortio, olisi varauduttava kuuden kuukauden tai jopa vuoden pituiseen lupamenettelyyn. Kantajien mukaan nämä 31.1.2006 pidetyssä kokouksessa annetut tiedot vahvistettiin 2.3.2006. Kun Burgenlandin osavaltiolle oli siten ilmoitettu, että lupamenettelyn lopputulos oli täysin avoinna, Burgenlandin osavaltio ”otti lähtökohdaksi olettaman, jonka mukaan FMA ei aio eikä todennäköisesti voi myöntää lupaa pankin myyntiin konsortiolle”, minkä vuoksi se päätti myydä BB:n GRAWE:lle.

123 Kuten komissio totesi riidanalaisen päätöksen 127 perustelukappaleessa, todetessaan epävirallisesti, että lupamenettelyn lopputulos oli avoinna, FMA ei ottanut kantaa siihen, olisiko lopputulos kielteinen vai ei. Komissio ei jättänyt ottamatta huomioon Itävallan viranomaisten toimittamien tietojen sisältöä.

124 Kolmanneksi FMA:ssa käydyn lupamenettelyn todennäköisen keston huomioon ottamisesta on aluksi muistutettava, että komissio katsoi, ettei FMA:n menettelyn todennäköisesti pidempi kesto ollut sellainen seikka, että se voisi olla esteenä BB:n myymiselle konsortiolle.

125 Komissio perusteli kantansa tältä osin seuraavasti (ks. riidanalaisen päätöksen 130 perustelukappale):

”Myös FMA:n menettelyn pituus (alle kolme kuukautta [GRAWE:n] tapauksessa, mutta jopa vuosi konsortion tapauksessa) ei riitä yksin perusteeksi hylätä konsortio ostajana. Itävalta on väittänyt, että BB olisi kärsinyt epävarmuuden jatkumisesta, mikä lopulta olisi voinut saattaa pankin vaikeuksiin. Komissio ei voi hyväksyä tätä väitettä periaatteessa eikä tässä tapauksessa. Periaatteessa tämä johtaisi kaikkien Euroopan unionin ulkopuolisten tarjouksen tekijöiden ja mahdollisesti muista jäsenvaltioista olevien tarjouksen tekijöiden syrjintään, sillä samaa perustetta voitaisiin soveltaa kaikkiin tarjouksen tekijöihin, joita FMA ei kyseisellä hetkellä tunne, toisin sanoen kaikkiin muihin kuin itävaltalaisiin yrityksiin. Tarkasteltavana olevan tapauksen osalta komissio toteaa, että BB ei ollut vaikeuksissa myyntiajankohtana. Koska myyntiä on yritetty jo vuodesta 2003, myynnin kiireellisyyttä ei ole perusteltu riittävästi. Tässä yhteydessä esitettyä väitettä, jonka mukaan [GRAWE:n] tarjous oli ajallisesti rajattu, ei myöskään voida hyväksyä, sillä se avaisi lukemattomia mahdollisuuksia vaikuttaa syrjivästi tarjouskilpailuun.”

126 On todettava, että komissio yhtyi Itävallan viranomaisten arviointiin, jonka mukaan siinä tapauksessa, että BB myydään konsortiolle, olisi varauduttava jopa vuoden pituiseen lupamenettelyyn (vaikka kuuden kuukauden pituinen kesto vaikuttikin todennäköisemmältä), kun taas siinä tapauksessa, että BB myydään GRAWE:lle, menettely olisi kestoltaan kolme kuukautta (ks. riidanalaisen päätöksen 130 perustelukappale).

127 Komissio sitä vastoin hylkäsi näkemyksen, jonka mukaan tämä voisi olla esteenä konsortiolle myymiselle kahdesta syystä, joista ensimmäinen on luonteeltaan periaatteellinen ja liittyy vaaraan muihin kuin itävaltalaisiin tarjouksen tekijöihin kohdistuvasta syrjinnästä ja toinen, nyt käsiteltävää asiaa koskeva syy, liittyy siihen toteamukseen, ettei BB ollut myyntihetkellä vaikeuksissa eikä ollut olemassa erityistä tarvetta myydä BB:a kiireellisesti GRAWE:lle.

128 Kuten kantajat ovat korostaneet, ensimmäisessä perusteessa sille, ettei FMA:ssa käydyn lupamenettelyn kestoa voida ottaa huomioon – eli muihin maihin sijoittautuneiden tarjouksen tekijöiden syrjintää koskevaa vaaraa koskevassa perusteessa – ei oteta huomioon sitä perustavanlaatuista eroa, joka on tehtävä valtiolle taloudellista toimintaa harjoittavana yrityksenä kuuluvien velvoitteiden ja sille julkisen vallan haltijana kuuluvien velvoitteiden välillä silloin, kun selvitetään, onko kyse EY 87 artiklan 1 kohdassa tarkoitetusta edusta (ks. vastaavasti edellä 50 kohdassa mainittu asia Ryanair v. komissio, tuomion 84 kohta).

129 Vaikka valtio nyt käsiteltävässä asiassa toimii BB:n myyntiä koskevaa päätöstä tehdessään markkinatalouden ehdoin toimivan yksityisen toimijan ominaisuudessa, se käyttää julkista valtaa toimiessaan viranomaisena, jonka tehtävänä on toiminnan vakauden arvioiminen hankintojen ja omistusosuuksien lisäysten yhteydessä rahoitusalalla. Burgenlandin osavaltiota ei voida moittia siitä, että FMA totesi sen jo tuntemasta GRAWE:sta, että lupapäätös olisi saatavilla muutamassa viikossa, kun taas konsortion – joka ei ollut FMA:lle tuttu ja joka siten edellytti perinpohjaisempaa tutkintaa – osalta lupamenettely BB:n yksityistämiseksi kestäisi todennäköisesti useita kuukausia.

130 Komissio teki näin ollen virheen perustellessaan tarjouksen tekijöiden yhdenvertaisen kohtelun vaarantamisella sitä, ettei se pitänyt FMA:ssa käydyn lupamenettelyn todennäköisesti pidempää kestoa siinä tapauksessa, että BB:n ostajana on konsortio, sellaisena seikkana, joka voi olla esteenä kyseiselle myynnille. On nimittäin ristiriitaista yhtäältä tutkia Burgenlandin osavaltion menettelyä markkinatalouden ehdoin toimivaa yksityistä toimijaa koskevan arviointiperusteen perusteella ja toisaalta vedota tätä vastaan syrjintäkiellon periaatteen loukkaamista koskevaan vaaraan, joka liittyy siihen, että jos BB myydään GRAWE:lle, lupamenettely on kestoltaan erilainen kuin silloin, jos sen ostajana on konsortio.

131 Tämä virhe voi kuitenkin vaikuttaa riidanalaisen päätöksen pätevyyteen ainoastaan siinä tapauksessa, ettei komissio ole esittänyt päteviä perusteluja kantansa tueksi. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan virheelliset perustelut eivät nimittäin voi aiheuttaa toimen kumoamista, jos kyseinen toimi on riittävästi perusteltu muilla perusteilla (ks. asia C-321/09 P, Kreikka v. komissio, tuomio 7.4.2011, 61 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen, ei julkaistu oikeustapauskokoelmassa).

132 Toista komission tässä asiayhteydessä esittämää perustetta, joka liittyy nyt käsiteltävään asiaan ja jonka mukaan ei ollut olemassa erityistä kiirettä, jonka vuoksi olisi ollut perusteltua myydä BB mieluummin GRAWE:lle kuin konsortiolle, ei kuitenkaan voida arvostella. Tosiseikkojen kuvauksesta toki ilmenee, että Burgenlandin osavaltion toteuttamat toimenpiteet BB:n myymiseksi ajoittuivat vuoteen 2003 ja että juuri sen vuoksi, että yksityistämismenettely oli ollut erityisen pitkä ja kallis, Burgenlandin osavaltio ei halunnut jälleen menettää tilaisuutta BB:n myymiseen. Kun lisäksi otetaan huomioon komission ilmaisemat epäilyt FMA:ssa käydyn lupamenettelyn lopputuloksesta, ei voida sulkea pois sitä, että Burgenlandin osavaltio olisi myynyt BB:n mieluiten GRAWE:lle sen vuoksi, että tämän tarjous oli voimassa vain tietyn ajan. Burgenlandin osavaltion olisi kuitenkin pitänyt esittää konkreettisia seikkoja osoittaakseen, että siinä tapauksessa, että BB myytäisiin konsortiolle, FMA:ssa käydyn menettelyn pituus olisi vakavasti vaarantanut yksityistämismahdollisuuden, mitä nimenomaan ei ole osoitettu.

133 Kaikesta edellä todetusta seuraa, ettei komissio tehnyt ilmeistä arviointivirhettä todetessaan, ettei FMA:ssa käydyn lupamenettelyn lopputuloksen epävarmuus eikä menettelyn mahdollinen pitkä kesto siinä tapauksessa, että BB myydään konsortiolle, oikeuta hylkäämään konsortiota ostajana.

134 Neljänneksi ei voida myöskään hyväksyä kantajien väitettä, jonka mukaan komissio sovelsi liian suppeasti markkinatalouden ehdoin toimivaa yksityistä sijoittajaa koskevaa arviointiperustetta, kun se nyt käsiteltävässä asiassa edellytti, että oli oltava ”ilmeistä, että myyntiä korkeimman tarjouksen tekijälle ei voida toteuttaa” (ks. päätöksen 120 perustelukappale).

135 Kun riidanalaisen päätöksen perusteluosaa, joka koskee myynnin varmuutta, tarkastellaan kokonaisuutena, siitä käy selvästi ilmi, että päätöksessä käytetty muotoilu on virheellinen, sillä komissio on huolehtinut siitä, että se tutkii huolellisesti argumentit, jotka Itävallan viranomaiset olivat esittäneet osoittaakseen FMA:ssa käydyn lupamenettelyn lopputuloksen epävarmuuden ja menettelyn todennäköisen keston. Komissio myönsi siten selvästi, että oli ”itsestään selvää, että markkinatalouden ehdoin toimiva myyjä ei valitsisi sellaista ostajaa, joka kaikella todennäköisyydellä ei saisi vaadittua FMA:n (tai jonkin muun menettelyyn osallisen viranomaisen) hyväksyntää” (riidanalaisen päätöksen 125 perustelukappale).

136 Komissio ei näin ollen evännyt Burgenlandin osavaltiolta ”ennustusmarginaalia” nyt käsiteltävässä asiassa. Komissio ainoastaan totesi, ettei ollut todisteita tai viitteitä siitä, että FMA olisi kieltänyt myynnin konsortiolle (ks. riidanalaisen päätöksen 133 perustelukappale).

137 Lisäksi kantajat eivät olleet osoittaneet, miten ne olivat päätyneet päätelmään, jonka mukaan BB:n myynti konsortiolle jäisi 50 prosentin todennäköisyydellä toteutumatta (ja tästä päätellen toteutuisi 50 prosentin todennäköisyydellä).

138 Lopuksi FMA:ssa käytävän lupamenettelyn huomioon ottamista koskevan perusteluvelvollisuuden täyttämisestä on muistettava, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan EY 253 artiklassa edellytettyjen perustelujen on oltava kyseessä olevan toimenpiteen luonteen mukaisia ja niistä on selkeästi ja yksiselitteisesti ilmettävä toimenpiteen tehneen yhteisön toimielimen päättely siten, että niille, joita toimenpide koskee, selviävät sen syyt, ja siten, että toimivaltainen tuomioistuin voi tutkia toimenpiteen laillisuuden. Perusteluvelvollisuuden täyttymistä on arvioitava asiaan liittyvien olosuhteiden perusteella, joita ovat muun muassa toimenpiteen sisältö, esitettyjen perustelujen luonne ja se tarve, joka niillä, joille päätös on osoitettu tai joita se koskee suoraan ja erikseen, voi olla saada selvennystä tilanteeseen. Perusteluissa ei tarvitse esittää kaikkia asiaan liittyviä tosiseikkoja ja oikeudellisia seikkoja, koska sitä, ovatko päätöksen perustelut EY 253 artiklan mukaisia, tutkitaan paitsi päätöksen sanamuodon myös asiayhteyden ja kaikkien asiaa koskevien oikeussääntöjen suhteen (ks. edellä 51 kohdassa mainittu asia Chronopost ja La Poste v. UFEX ym., tuomion 88 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

139 Nyt käsiteltävässä asiassa on todettava, että kun otetaan huomioon riidanalaisen päätöksen 125–133 perustelukappaleessa esitetyt yksityiskohtaiset toteamukset, kantajat saattoivat saada tiedon siitä, mitä päättelyä seuraamalla komissio oli päätynyt siihen, ettei markkinatalouden ehdoin toimiva yksityinen myyjä olisi FMA:ssa käydyn lupamenettelyn seurausten perusteella hylännyt konsortiota BB:n ostajana. Kun otetaan huomioon mainitut toteamukset, unionin yleinen tuomioistuin voi nyt käsiteltävän kanneperusteen tarkastelusta ilmenevän tavoin tutkia tämän päättelyn laillisuuden.

140 Kaiken edellä esitetyn perusteella myös kolmas kanneperuste on hylättävä.

Neljäs kanneperuste, joka perustuu EY 87 artiklan 1 kohdan virheelliseen soveltamiseen sen vuoksi, että Burgenlandin osavaltiolla oli oikeus ottaa huomioon Ausfallhaftung-takaukseen liittyvät rahoitusriskit

Asianosaisten lausumat

141 Kantajat katsovat vastoin komission näkemystä, että yksityinen myyjä olisi väistämättä ottanut huomioon Ausfallhaftung-takauksesta johtuvat riskit. Kantajien mukaan komission tekemä erottelu julkisten myyjien ja yksityisten myyjien välillä on erityisen keinotekoinen ja muodollinen, koska se ei anna todenmukaista kuvaa taloudellisten toimijoiden markkinakäyttäytymisestä.

142 Kantajat väittävät ensinnäkin, että vaikka asioissa Gröditzer Stahlwerke, (asia C-334/99, Saksa v. komissio, tuomio 28.1.2003, Kok., s. I-1139, 136 kohta ja sitä seuraavat kohdat), Stardust Marine (asia C-482/99, Ranska v. komissio, tuomio 16.5.2002, Kok., s. I-4397) ja BP Chemicals (asia T-11/95, BP

Chemicals v. komissio, tuomio 15.9.1998, Kok., s. II-3235) viitataan kysymykseen siitä, sitoutuiko valtio velvoitteisiin osakkeenomistajana vai julkisen vallan haltijana, näiden asioiden tosiseikat poikkesivat selvästi nyt käsiteltävän asian tosiseikoista.

143 Nyt käsiteltävässä asiassa Burgenlandin osavaltio ei puuttunut BB:n myyntiin julkisen vallan haltijana eikä antanut Ausfallhaftung-takausta julkista valtaa käyttäessään. Kantajat korostavat erityisesti, että kyseinen takaus perustuu Itävallan oikeuden yksityisoikeudelliseen säännökseen eli yleisen siviililain (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch) Ausfallbürgschaft-takausta (suoritustakuu) koskevaan 1356 §:ään. Ausfallhaftung-takaus vastaa kantajien mukaan niin sanottua siviilioikeudellista takausilmoitusta, joka on Saksan osavaltioiden myöntämistä valtiontakauksista erillinen takaus, jolla Burgenlandin osavaltio kohensi pankin taloudentilaa ja joka ilmentää ainoastaan osavaltion intressejä omistajana. Tämä analyysi vastaa sitä paitsi Oberste Gerichtshofin (Itävallan korkein oikeus) oikeuskäytäntöä, sillä kyseinen tuomioistuin totesi 4.4.2006 antamassaan tuomiossa, että ”Ausfallhaftung-takauksen tehtävänä on oman pääoman korvaaminen” ja että se ”on siten oman pääoman rahoitusväline”. Se seikka, että Burgenlandin osavaltio teki sitoumuksen Ausfallhaftung-takauksen muodossa lain nojalla, johtui kantajien mukaan tarpeesta antaa sitoumukselle riittävästi julkisuutta.

144 Kantajat väittävät toiseksi komission myöntäneen, että itävaltalaisille pankeille myönnettävää Ausfallhaftung-takausta oli pidettävä voimassa olevana valtiontukena ja näin ollen laillisena siirtymäkauden loppuun saakka. Takauksen vaikutukset olisi pitänyt ottaa huomioon riidanalaisen toimenpiteen arvioinnissa. Kantajien mukaan komission lähestymistapa on tältä osin ristiriitainen ja vaarantaa osavaltioiden mahdollisuudet yksityistää pankkeja, koska sillä ei voida samanaikaisesti minimoida vaaraa Ausfallhaftung-takaukseen turvautumisesta.

145 Kantajat toteavat kolmanneksi, ettei komissio käsittele riidanalaisessa päätöksessä Ausfallhaftung-takauksen huomioon ottamatta jättämistä johdonmukaisella tavalla. Kantajien mukaan komissio ei voi samanaikaisesti kieltäytyä arvioimasta Ausfallhaftung-takauksen vaikutuksia tutkiessaan päätöstä myydä BB GRAWE:lle mutta kuitenkin ottaa huomioon takauksen nojalla maksettavaksi tulevan määrän tukiosuuden laskennassa (ks. riidanalaisen päätöksen 170 perustelukappale).

146 Kantajat katsovat neljänneksi, että komission lähestymistapa muodostaa esteen yksityistämiselle ja on ristiriidassa vuoden 2004 päätöksen kanssa, jolla rakennetuen myöntämisedellytykseksi asetettiin BB:n yksityistäminen.

147 Viidenneksi kantajat korostavat, että Burgenlandin osavaltio lievensi Ausfallhaftung-takauksen kilpailua vääristävää vaikutusta huomattavasti päättäessään myydä BB:n GRAWE:lle, jolla on vahva luokitus ja jonka riskiprofiili on mahdollisimman matala. Kantajien mukaan Burgenlandin osavaltio pyrki lisäksi saamaan toimensa todetuksi kuuluvan aiheellisiin toimenpiteisiin, joista oli sovittu vuoden 2004 päätöksessä tarkoitettuja rakenneuudistustukia koskevilta osin.

148 Komissio kiistää kaikki nämä väitteet.

Unionin yleisen tuomioistuimen arviointi asiasta

149 Komissio luonnehti riidanalaisessa päätöksessä (ks. erityisesti 21 perustelukappaleessa oleva alaviite nro 9) Ausfallhaftung-takausta julkisia luottolaitoksia koskevaksi lailliseksi takausjärjestelyksi, joka merkitsee takausvelvoitetta valtion viranomaisille ja erityisesti alueellisille viranomaisille, joiden on puututtava tilanteeseen siinä tapauksessa, että asianomainen luottolaitos on maksukyvytön tai selvitystilassa. Ausfallhaftung-takauksen nojalla luottolaitoksen velkojat voivat esittää vaateita suoraan takauksen antaneelle julkiselle viranomaiselle, jos luottolaitos on maksukyvytön tai selvitystilassa eivätkä sen varat riitä kattamaan velkojien saatavia. Kantajat eivät ole muodollisesti riitauttaneet tätä Ausfallhaftung-takauksen määritelmää.

150 Komission Ausfallhaftung-takaukseen liittyviä aiheellisia toimenpiteitä koskevasta ehdotuksesta käy ilmi, että Itävallan tasavalta sitoutui luopumaan tästä takuusta siirtymäkauden päätyttyä. Kuten tämän tuomion 3 kohdasta ilmenee, Ausfallhaftung-takaus kattaa 2.4.2003 voimassa olleet sitoumukset niiden erääntymispäivään saakka. Siirtymäkauden aikana, jonka oli tarkoitus päättyä 1.4.2007 siinä tapauksessa, ettei kyseisiä luottolaitoksia yksityistetä aikaisemmin, Ausfallhaftung-takausta voitiin soveltaa sellaisiin uusiin sitoumuksiin, jotka erääntyivät 30.9.2017 mennessä.

151 Tästä seuraa, että vaikka BB yksityistettäisiin, Burgenlandin osavaltion oli taattava edelleen sen aikaisemmin kuin 2.4.2003 tekemät sitoumukset (riippumatta sitoumusten erääntymisajankohdasta) sekä sellaiset siirtymäkauden aikana tehdyt (yksityistämishetkellä raukeavat) sitoumukset, jotka erääntyvät 30.9.2017 mennessä.

152 Kantajat väittävät tämän perusteella, että komission oli ostotarjousten arvioinnissa otettava välttämättä huomioon Ausfallhaftung-takaus, joka myyntihetkellä kattoi lähes 3,1 miljardia euroa BB:n veloista. Koska Burgenlandin osavaltio saattoi joutua takaamaan myös BB:n yksityistämisensä jälkeen kärsimiä tappioita, sillä oli kantajien mukaan oikeus BB:n selvitystilaa tai velkasaneerausta koskevan vaaran torjumiseksi varmistaa, että ostajan luotettavuudesta ja sellaisesta vakavaraisuudesta, joka menee pidemmälle kuin pelkkä kyky maksaa kauppahinta, on riittävät takeet. Itävallan viranomaiset väittivät nimittäin, että alhaisempi riski takauksen maksamisesta Ausfallhaftung-takauksen nojalla oikeutti täysin pankin myymisen GRAWE:lle selvästi konsortion tarjoamaa hintaa alempaan hintaan.

153 Komission mielestä Ausfallhaftung-takausta, joka oli aiemmin todettu voimassa olevaksi tueksi, ei voitu ottaa huomioon silloin, kun kyse oli, kuten nyt käsiteltävässä asiassa, tietyn myynnin tutkimisesta markkinatalouden ehdoin toimivaa yksityistä toimijaa koskevan arviointiperusteen perusteella. Komission mukaan tämä johtuu siitä, että kyseinen takaus, joka on todettu voimassa olevaksi tueksi, ei määritelmänsä mukaan ole sellainen takuu, jonka yksityinen toimija antaisi. Komissio hylkäsi näin ollen riidanalaisessa päätöksessä Ausfallhaftung-takauksen huomioon ottamista koskevan kannan todeten seuraavaa:

> ”(135) Komissio katsoo, että Burgenlandin osavaltio ei olisi saanut ottaa Ausfallhaftung-takausta huomioon. Kuten jo menettelyn aloittamispäätöksessä todettiin, Ausfallhaftung-takauksen huomioon ottaminen johtaisi siihen, että Burgenlandin osavaltion roolit valtiontuen myöntäjänä ja pankin myyjänä sekoittuivat.
>
> – –
>
> (137) – – Itävallan kantaa ei tueta ennakkotapauksella, jossa markkinatalouden ehdoin toimiva sijoittaja olisi ottanut huomioon valtiontueksi luokitellun takauksen. Yksikään markkinatalouden ehdoin toimiva sijoittaja ei olisi antanut takausta, joka ei noudata markkinatalouden ehdoin toimivaa sijoittajaa koskevaa periaatetta, ja päätös Ausfallhaftung-takauksen poistamisesta vahvistaa, ettei kyseistä takausta myönnetty markkinaehdoin. Yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että sääntöjenvastaiseksi tueksi luokiteltuja takauksia ei saa ottaa huomioon laskettaessa odotettavissa olevia selvitystilan kustannuksia. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että olemassa oleva tuki voitaisiin ottaa huomioon. Komission mielestä sillä ei ole merkitystä, onko kyse sääntöjenvastaisesta vai olemassa olevasta tuesta. Jos toimenpide on luokiteltu valtiontueksi, yksikään markkinatalouden ehdoin toimiva myyjä ei olisi myöntänyt sitä eikä näin ollen ottaisi tällaista toimenpidettä huomioon.”

154 Tämä komission esittämä kanta on hyväksyttävä.

155 Oikeuskäytännöstä nimittäin seuraa, että yksityistä sijoittajaa koskevan arviointiperusteen soveltamiseksi on tehtävä ero valtiolle yhtiön osakkaana kuuluvien velvoitteiden ja sille julkisen vallan haltijana kuuluvien velvoitteiden välillä (yhdistetyt asiat C-278/92-C-280/92, Espanja v. komissio, tuomio 14.9.1994, Kok., s. I-4103, 22 kohta).

156 Edellä 142 kohdassa mainitussa asiassa Saksa vastaan komissio 28.1.2003 annetussa tuomiossa (133–141 kohta) katsottiin, ettei erinäisiä lainoja ja takuita, joita yksityinen sijoittaja ei olisi antanut samoin ehdoin ja joita oli pidettävä laittomina valtiontukina, voitu ottaa huomioon tutkittaessa, oliko Gröditzer Stahlwerken asettaminen selvitystilaan kannattavampaa kuin sen yksityistäminen negatiiviseen hintaan.

157 Kantajat ovat väärässä väittäessään, että edellä mainittu asia ei ole merkityksellinen sen vuoksi, että se koskee laitonta valtiontukea eikä voimassa olevaa tukea. Yksityistä toimijaa koskevaa arviointiperustetta sovellettaessa ratkaisevaa on nimittäin se, ovatko kyseiset toimenpiteet sellaisia, että markkinatalouden ehdoin toimiva yksityinen toimija, joka tavoittelee voittoa lyhyemmällä tai pidemmällä aikavälillä, olisi voinut ne toteuttaa. Riippumatta siitä, miten riidanalaiset sitoumukset luokitellaan, perustavanlaatuinen kysymys on siis se, ovatko nämä sitoumukset sellaisia, että markkinatalouden ehdoin toimiva yksityinen toimija olisi voinut tehdä ne.

158 Vaikka oletettaisiin, että Itävallan viranomaisilla olisi päätöksen K(2003) 1329 lopullinen pakottavuudesta huolimatta oikeus tässä menettelyssä riitauttaa Ausfallhaftung-takauksen luonnehdinta valtiontueksi kyseisessä päätöksessä, on todettava, että kun otetaan huomioon edellä kuvatut Ausfallhaftung-takauksella toteutetun järjestelyn erityispiirteet, Ausfallhaftung-takausta ei ole tehty normaaleissa markkinaolosuhteissa eikä sitä näin ollen voida ottaa huomioon arvioitaessa kyseisten viranomaisten menettelyä markkinatalouden ehdoin toimivaa yksityistä sijoittajaa koskevan arviointiperusteen perusteella.

159 Kun otetaan huomioon kaikki edellä esitetty, komissiota ei voida arvostella siitä, ettei se ottanut Ausfallhaftung-takausta huomioon arvioidessaan konsortion ja GRAWE:n tekemiä BB:n ostotarjouksia.

160 Neljäs kanneperuste on tämän vuoksi hylättävä.

Viides kanneperuste, joka koskee markkinatalouden ehdoin toimivaa yksityistä myyjää koskevan periaatteen virheellistä soveltamista toissijaisessa arvioinnissa, joka koskee Ausfallhaftung-takaukseen liittyviä riskejä

161 Kantajat väittävät tällä kanneperusteellaan lähinnä, että toissijainen arviointi, joka koski Ausfallhaftung-takauksesta Burgenlandin osavaltiolle aiheutuvia rahoituksellisia riskejä siinä tapauksessa, että BB myydään konsortiolle, on virheellinen. Kantajat painottavat erityisesti, että Ausfallhaftung-takauksen täytäntöönpanosta seuraavien maksukyvyn menetysten laajuutta koskevat arviot perustuvat virheellisiin oletuksiin ja ne ovat puutteellisesti perusteltuja. Lisäksi komissio oli kantajien mukaan väärässä, kun se ei ottanut huomioon BB:n selvitystilaa koskevan tilanteen osalta erästä riippumatonta asiantuntijalausuntoa, johon Burgenlandin osavaltiolla ei ollut syytä olla luottamatta.

162 On muistutettava, että komissio tutki kantajien väitteet Ausfallhaftung-takauksen huomioon ottamisesta ylimääräisessä tarkastelussaan (ks. riidanalaisen päätöksen 144–157 perustelukappale). Tarkastelunsa päätteeksi komissio totesi, että vaikka Ausfallhaftung-takaus Itävallan tasavallan kannan mukaisesti otettaisiin huomioon, GRAWE:n tarjousta ei voitu pitää parhaana tarjouksena.

163 Koska on vahvistettava komission ensisijaisesti esittämät perustelut eli perustelut, joiden mukaan Ausfallhaftung-takausta ei voitu ottaa huomioon BB:n ostotarjousten arvioinnissa (ks. neljäs kanneperuste), ei ole tarpeen tutkia, onko nyt käsiteltävä kanneperuste perusteltu; tämä kanneperuste koskee ainoastaan toissijaisesti esitettyjä perusteluja, joilla ei määritelmän mukaan voida saattaa kyseenalaiseksi komission lopullista ratkaisua. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan virheelliset perustelut eivät nimittäin voi aiheuttaa toimen kumoamista, jos ne on esitetty toissijaisesti ja kyseinen toimi on riittävästi perusteltu muilla perusteilla (ks. edellä 131 kohdassa mainittu asia Kreikka v. komissio, tuomion 61 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

164 Nyt käsiteltävä kanneperuste on tämän vuoksi hylättävä tehottomana.

Kahdeksas kanneperuste, joka koskee Ausfallhaftung-takauksen yhteydessä toteutetun joukkovelkakirjojen liikkeellelaskun virheellistä arviointia

Asianosaisten lausumat

165 Kantajat väittävät, että komissio teki virheen todetessaan, että GRAWE:lle aiheutui etua päivää ennen myynnin toteutumista toteutetun yhteensä 380 miljoonan euron uusien joukkovelkakirjojen liikkeellelaskusta. Kantajien mukaan komissio jätti erityisesti ottamatta huomioon sen, että – kuten erinäisistä todistajanlausunnoista ja Itävallan viranomaisten esittämästä joukkovelkakirjojen liikkeellelaskun aikataulusta käy ilmi – kummallekin tarjouksen tekijälle oli ilmoitettu liikkeellelaskusta, josta oli siten aiheutunut hyötyä molemmille samalla tavoin. Kantajat väittävät lisäksi, ettei komissio vertaillut keskenään sitä etua, jonka tarjouksen tekijät olisivat voineet uusien joukkovelkakirjojen liikkeellelaskuista saada, kun otetaan huomioon niiden riskiprofiilit ja erilainen luokitus. Kantajat väittävät erityisesti, että kun otetaan huomioon se, että GRAWE:lla oli erittäin hyvä luokitus, Ausfallhaftung-takaukseen liittyvä etu oli sen osalta varsin vähäinen. Kantajien mukaan konsortiolle puolestaan olisi aiheutunut tästä varsin merkittävää etua, mikä olisi suurelta osin korvannut myyntihinnan. Komissio ei kantajien mukaan ottanut tätä lainkaan huomioon kyseisiä kahta ostotarjousta verratessaan, ja se teki siten ilmeisen virheen tosiseikkojen määrittämisessä.

166 Kantajat katsovat, että vaikka oletettaisiinkin, että yhteensä 380 miljoonan euron uusien joukkovelkakirjojen liikkeellelasku oli luvattu ainoastaan GRAWE:lle, tälle liikkeellelaskusta aiheutuva etu oli vähäinen, kun otetaan huomioon GRAWE:n erinomainen riskiprofiili.

167 Komissio kiistää kaikki nämä väitteet.

Unionin yleisen tuomioistuimen arviointi asiasta

168 On muistutettava, että komissio totesi riidanalaisen päätöksen 171 perustelukappaleessa seuraavaa:

”Yhteensä 380 miljoonan euron joukkovelkakirjojen liikkeeseenlaskua valtiontakauksen puitteissa ei mainittu process letter -kirjeessä eikä [GRAWE:n] kanssa tehdyssä sopimusluonnoksessa. Komissio katsoo, että tällä sopimuksella oli kuitenkin suuri merkitys myyntiprosessissa, ja se olisi pitänyt mainita konsortion kanssa tehdyssä sopimusluonnoksessa. Lisäksi konsortio vahvisti, että uusien joukkovelkakirjojen liikkeeseenlaskua ei otettu huomioon sen tarjouksessa. Tämän vuoksi komissio katsoo, että etu, jonka [GRAWE] sai 380 miljoonan euron lisäpääoman myöntämisen seurauksena, edellyttää konsortion tarjouksen ja todellisen kauppahinnan välisen eron nostamista. Laskelma perustuu korkoihin, jotka BB maksaa 380 miljoonan euron lisäjoukkovelkakirjoista verrattuna BB:n jälleenrahoituskustannuksiin kaupan päättämisen jälkeen.”

169 Nyt käsiteltävä kanneperuste koskee näitä toteamuksia. Kantajat väittävät lähinnä, että GRAWE:n saaman kokonaisedun arvonnousun tarkistuksessa mainittujen yhteensä 380 miljoonan euron uusien joukkovelkakirjojen liikkeellelaskun vuoksi ei otettu huomioon sitä seikkaa, että kyseisestä liikkeellelaskusta olisi aiheutunut hyötyä myös konsortiolle.

170 Vaikka – kuten riidanalaisen päätöksen 148 ja 171 perustelukappaleesta ilmenee – komissio ei kieltäytynyt ottamasta huomioon tätä uusien joukkovelkakirjojen liikkeellelaskua mahdollisessa selvitystilatilanteessa, jonka Itävallan viranomaiset esittivät sen tilanteen varalta, että ostajana on konsortio, se totesi GRAWE:n saaman edun määrän arvioinnissa kuitenkin ainoastaan, että konsortion tarjouksessa ei tosiasiassa otettu huomioon uusien joukkovelkakirjojen liikkeellelaskua. Komissio otti tässä yhteydessä huomioon yhtäältä sen seikan, että yhteensä 380 miljoonan euron arvoisten uusien

joukkovelkakirjojen liikkeellelaskua ei mainittu menettelyssä kirjallisesti eikä konsortion kanssa tehdyssä sopimusluonnoksessa, ja toisaalta sen, että konsortio oli vahvistanut, ettei se todellakaan ollut ottanut huomioon kyseisten joukkovelkakirjojen liikkeellelaskua.

171 Kantajien väite, jonka mukaan siinäkin tapauksessa, että mainittua joukkovelkakirjojen liikkeellelaskua tarjottiin ainoastaan GRAWE:lle, tälle ei aiheutunut mitään lisäetua, kun otetaan huomioon sen konsortioon verrattuna korkeampi rahoitusluokitus ja edullisempi riskiprofiili, ei perustu mihinkään uskottaviin selityksiin, ja se on pelkästään tällä perusteella hylättävä.

172 Siinäkin tapauksessa, että kantajien tarkoituksena oletettaisiin olleen nyt käsiteltävän kanneperusteen yhteydessä tosiasiassa todeta Burgenlandin osavaltiolle Ausfallhaftung-takauksesta aiheutuvan riskin olemassaolo, on muistutettava, että kuten neljännen kanneperusteen tarkastelusta ilmenee (ks. 158 kohta edellä), Ausfallhaftung-takaus ei ole sellainen tekijä, joka pitäisi ottaa huomioon arvioitaessa riidanalaista toimenpidettä markkinatalouden ehdoin toimivaa yksityistä sijoittajaa koskevan arviointiperusteen perusteella. Tuen määrän arvioinnissa ei, kuten komissio korosti, myöskään ole merkitystä sen määrittämisellä, mikä olisi ollut se hypoteettinen etu, joka BB:lle olisi aiheutunut siinä tapauksessa, että se olisi myyty konsortiolle, vaan merkitystä on pikemminkin sen selvittämisellä, mikä oli GRAWE:lle tosiasiallisesti ja objektiivisesti myönnetty etu.

173 Kahdeksas kanneperuste on siis hylättävä.

Yhdeksäs kanneperuste, joka koskee EY 87 artiklan 1 kohdan monessa suhteessa virheellistä soveltamista tukiosuuden määrittämisessä

Asianosaisten lausumat

174 Kantajat arvostelevat komissiota siitä, että se totesi tuen olemassaolon osoittamatta varmalla tavalla, että GRAWE:lle oli aiheutunut etua. Kantajien mukaan komissio sovelsi siten virheellisesti EY 87 artiklan 1 kohtaa, kun otetaan huomioon, ettei se tehnyt riittävää eroa tuen olemassaolon ja tukiosuuden suuruuden välillä. Kantajat arvostelevat komissiota myös siitä, ettei se konsortion ja GRAWE:n tarjouksia vertaillessaan ottanut riidanalaisen päätöksen 156 perustelukappaleessa huomioon vaaraa siitä, ettei konsortio maksa ostohintaa, ja teki siten ilmeisen arviointivirheen tosiseikkojen määrittämisessä. Kantajat moittivat komissiota lopuksi siitä, että se riidanalaisen päätöksen 174 perustelukappaleen toisessa virkkeessä edellytti verotuksellisesta tappiontasauksesta mahdollisesti aiheutuvan edun huomioon ottamista, vaikka myynnin verotuksellisia etuja konsortiolle ei tutkittu.

175 Komissio kiistää kantajien väitteiden paikkansapitävyyden.

Unionin yleisen tuomioistuimen arviointi asiasta

176 Kantajat arvostelevat väitteillään komissiota siitä, että se totesi tuen olemassaolon varmistumatta kuitenkaan siitä, että mukautuksista, joihin riidanalaisen päätöksen 167–174 perustelukappaleessa viitataan ja joiden tarkoituksena on kyseisten kahden tarjouksen erojen ja GRAWE:lle yhteensä 380 miljoonan euron uusien joukkovelkakirjojen liikkeellelaskusta aiheutuneen lisäedun huomioon ottaminen, seuraisi kielteisesti vaikuttavan tuen olemassaolon toteaminen.

177 Vaikka mahdollisesta selvitystilatilanteesta toissijaisesti esitetty päättely hylätään ja huomioon otetaan se seikka, ettei komissio tehnyt ilmeistä arviointivirhettä todetessaan, että huomioon oli otettava ainoastaan se lisäetu, joka GRAWE:lle aiheutui yhteensä 380 miljoonan euron uusien

joukkovelkakirjojen liikkeellelaskusta (ks. edellä 168–171 kohta), kantajat eivät ole osoittaneet, että mainitut mukautukset poistaisivat sen rahoituksellisen edun, joka GRAWE:lle BB:n yksityistämisestä aiheutui.

178 Takaisin perittävän tuen määrä nimittäin seuraa lähtökohtaisesti konsortion ostotarjouksen ja GRAWE:n tosiasiallisesti maksaman hinnan välisestä 54,7 miljoonan euron erotuksesta; tätä määrää on mukautettava niiden tekijöiden perusteella, jotka yhtäältä GRAWE ja toisaalta konsortio tosiasiallisesti ottivat huomioon BB:lle tekemissään ostotarjouksissa. Riidanalaisessa päätöksessä mainitaan kuitenkin ainoastaan kahdenlaiset mukautukset eli 2,1 miljoonan euron vähennys, joka johtuu ennenaikaisesta takaisinmaksusta aiheutuvan seuraamuksen määrän erosta (ks. riidanalaisen päätöksen 168 perustelukappale), ja vähennys, joka määritetään myöhemmin Burgenlandin osavaltion ostamien neljän kiinteistöyhtiön myyntiä vastaavaksi määräksi (ks. riidanalaisen päätöksen 18 ja 172 perustelukappale).

179 Yhdeksäs kanneperuste ei ole perusteltu, ja se on tämän vuoksi hylättävä.

180 Kaikesta edellä todetusta seuraa, että nyt käsiteltävät kanteet on hylättävä.

Oikeudenkäyntikulut

181 Unionin yleisen tuomioistuimen työjärjestyksen 87 artiklan 2 kohdan mukaan asianosainen, joka häviää asian, velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut. Koska Itävallan tasavalta ja Burgenlandin osavaltio ovat hävinneet asian, ne on komission vaatimusten mukaisesti velvoitettava korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Näillä perusteilla

UNIONIN YLEINEN TUOMIOISTUIN (kuudes jaosto)

on ratkaissut asian seuraavasti:

1) Kanteet hylätään.

2) Itävallan tasavalta ja Land Burgenland velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Jaeger Wahl Soldevila Fragoso

Julistettiin Luxemburgissa 28 päivänä helmikuuta 2012.

Allekirjoitukset