Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (sjätte avdelningen)

den 28 februari 2012 *

”Statligt stöd — Stöd som de österrikiska myndigheterna beviljat koncernen Grazer Wechselseitige (GRAWE) i samband med privatiseringen av Bank Burgenland — Beslut om att förklara stöd oförenligt med den gemensamma marknaden och om återkrav av stödet — Kriteriet avseende en privatinvesterare i en marknadsekonomi — Tillämpning i en situation där staten agerar i egenskap av säljare — Fastställande av marknadspriset”

I de förenade målen T-268/08 och T-281/08,

Land Burgenland (Österrike), företrädd av advokaterna U. Soltész och C. Herbst,

sökande i mål T-268/08,

Republiken Österrike, företrädd av G. Hesse, C. Pesendorfer, E. Riedl, M. Fruhmann och J. Bauer, samtliga i egenskap av ombud,

sökande i mål T-281/08,

mot

Europeiska kommissionen, inledningsvis företrädd av V. Kreuschitz, N. Khan och K. Gross, därefter av V. Kreuschitz, N. Khan och T. Maxian Rusche, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 2008/719/EG av den 30 april 2008 om det statliga stöd C 56/06 (ex NN 77/06) som Österrike planerar att genomföra till förmån för privatiseringen av Bank Burgenland (EUT L 239, s. 32), meddelar

TRIBUNALEN (sjätte avdelningen)

sammansatt av ordföranden M. Jaeger samt domarna N. Wahl (referent) och S. Soldevila Fragoso,

justitiesekreterare: handläggaren T. Weiler,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 18 maj 2011,

följande

* Rättegångsspråk: tyska

Dom

Bakgrund till tvisten

Hypo Bank Burgenland AG och Ausfallhaftung

1 Fram till privatiseringen var Hypo Bank Burgenland AG (nedan kallad BB) en regional bank i form av ett aktiebolag bildat enligt österrikisk lag, med säte i Eisenstadt (Österrike). Från början bestod BB:s huvudverksamhet av att bevilja hypotekslån och ge ut bostadsobligationer samt kommunobligationer, men verksamheten utvidgades stegvis till att omfatta alla typer av banktjänster och finansiella tjänster. År 2005 hade BB en sammanlagd balansomslutning på omkring 3,3 miljarder euro. BB ägdes till 100 procent av Land Burgenland.

2 Enligt 4 § i Land Burgenlands hypoteksbanklag (Hypothekenbank-Gesetz, LGBl. nr 58.1991), i dess lydelse enligt lagen LGBl. nr 63/1998, står Land Burgenland som garant enligt 1356 § i civillagen (Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch) för alla BB:s förpliktelser om banken skulle ställa in sina betalningar. I enlighet med dessa bestämmelser har bankens borgenärer rätt att vända sig direkt till garanten, vilken emellertid är tvungen att agera först när bankens tillgångar inte räcker för att täcka fordringarna.

3 Denna ordning med en fullgörandegaranti för offentliga kreditinstitut (en så kallad Ausfallhaftung), och särskilt den garanti som Land Burgenland ställt ut till förmån för BB och dess tidigare rättsinnehavare, har praktiskt taget haft samma form sedan 1928. Garantin omfattade varken en specifik period eller ett specifikt belopp. I enlighet med de bestämmelser som reglerar garantin (Gewährträgerhaftung), vilka trädde i kraft den 29 juni 1991, erhöll Land Burgenland en ersättning för att tillhandahålla den lagstadgade garantin. Enligt en överenskommelse mellan Europeiska gemenskapernas kommission och Republiken Österrike, vilken låg till grund för beslut K(2003) 1329 slutlig av den 30 april 2003 angående stöd E 8/02 (EGT C 175, s. 8), skulle Ausfallhaftung vara avskaffad till den 1 april 2007. För alla skulder som existerade den 2 april 2003 fortsatte Ausfallhaftung i princip att gälla till och med förfallodagen. Från den 2 april 2003 till den 1 april 2007 kunde Ausfallhaftung kvarstå för nya skyldigheter under förutsättning att de förföll till betalning före den 30 september 2017.

Omstruktureringsstöd till BB som godkänts av kommissionen år 2004

4 Efter det att ett bedrägeri rörande krediter som beviljats HOWE Bau AG hade upptäckts i samband med granskningen av BB:s årsredovisning för 1999, drabbades banken av allvarliga ekonomiska problem. Land Burgenland upprättade därför den 20 juni 2000 en garantiförbindelse på 171 miljoner euro, jämte ränta på 5 procent, för att täcka de fordringar som BB inte skulle kunna återkräva, vilka annars skulle ha lett till en alltför hög skuldsättningsgrad. För att täcka ytterligare osäkra fordringar som konstaterats i samband med en noggrann granskning, slöts ett ramavtal den 23 oktober 2000 med BB:s största fordringsägare Bank Austria Creditanstalt AG. Denna överenskommelse innebar att Bank Austria Creditanstalt skulle avstå från återbetalningar på lån till förmån för BB, ett arrangemang rörande framtida vinst som ingåtts mellan de båda parterna samt en garanti från Land Burgenland på 189 miljoner euro.

5 Genom en skrivelse av den 18 juni 2002 samt kompletterande uppgifter av den 3 juli och den 9 september 2002 anmälde Österrike de garantier som Land Burgenland ställt ut till kommissionen och lade därvid fram en omstruktureringsplan för BB.

6 Genom en skrivelse av den 26 juni 2003 meddelade kommissionen de österrikiska myndigheterna om sitt beslut att i fråga om de beskrivna stödåtgärderna inleda ett förfarande enligt artikel 88.2 EG.

7 Genom en skrivelse av den 19 december 2003 meddelade de österrikiska myndigheterna att de inom ramen för privatiseringen av BB avsåg att ändra de aktuella stöden.

8 Genom en skrivelse av den 21 januari 2004 underrättade kommissionen Republiken Österrike om sitt beslut att utvidga det formella förfarande som inletts med stöd av artikel 88.2 EG till att omfatta de planerade ändringarna av omstruktureringsstödet till BB.

9 Den 7 maj 2004 antog kommissionen beslut 2005/691/EG om det statliga stöd nr C 44/03 (ex NN 158/01) som Österrike har beviljat till förmån för BB (EUT L 263, 2005, s. 8) (nedan kallat 2004 års beslut). Kommissionen ansåg i huvudsak att Land Burgenlands båda garantiförbindelser till förmån för BB utgjorde statligt stöd, i synnerhet på grund av att åtgärderna hade vidtagits på villkor som inte skulle ha godtagits av en privat investerare i en marknadsekonomi och, således, gav BB en konstlad fördel i förhållande till dess konkurrenter. Vidare ansåg kommissionen att dessa åtgärder och deras verkningar på nuvarande och potentiella konkurrenter från andra medlemsstater medför att konkurrensen snedvrids eller hotar att snedvridas och påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Kommissionen fann emellertid att de omtvistade omstruktureringsåtgärderna var förenliga med den gemensamma marknaden i enlighet med artikel 87.3 c EG i förening med riktlinjerna för statligt stöd till undsättning och omstrukturering av företag i svårigheter (EGT C 288, 1999, s. 2). När det gäller dess prövning av det stödmottagande företagets lönsamhet på lång sikt, framhöll kommissionen att den grundade sin bedömning på uppgifter som tillhandahållits av österrikiska myndigheter, bland annat beträffande tidsplanen för genomförandet av den planerade privatiseringen av BB.

Den omtvistade åtgärd som vidtagits i samband med privatiseringen av BB

10 Efter två fruktlösa försök åren 2003 och 2005 inledde Land Burgenland ett tredje anbudsförfarande för att privatisera BB. Investeringsbanken HSBC Trinkaus & Burkhardt KGaA, Düsseldorf (Tyskland), anförtroddes tillsammans med HSBC plc, London (Förenade kungariket) (nedan gemensamt kallade HSBC) uppdraget att genomföra privatiseringen. Detta förfarande påbörjades i oktober 2005 genom offentliggörandet av en anbudsinfordran i pressen.

11 Av de 14 anbudsgivare som formellt hade anmält intresse för att inkomma med ett anbud, lämnade endast tre anbudsgivare in ett fullständigt indikativt anbud inom tidsfristen – vilka uppgick till 65, 100 respektive 140 miljoner euro – och deltog i det andra steget i anbudsförfarandet, varvid ett bindande anbud skulle lämnas in före den 6 februari 2006. Två anbudsgivare, det vill säga det österrikiska försäkringsbolaget Grazer Wechselseitige Versicherung AG tillsammans med GW Beteiligungserwerbs- und -verwaltungs-GmbH (nedan kallat GRAWE) och ett österrikiskt-ukrainskt konsortium bestående av de österrikiska företagen SLAV AG och SLAV Finanzbeteiligung GmbH samt de ukrainska aktiebolagen Ukrpodshipnik och Ilyich (nedan kallade konsortiet), inkom med bindande anbud. Dessa båda anbud blev föremål för individuell prövning och avtalsförhandlingar, ett förfarande som avslutades den 4 mars 2006.

12 Den 5 mars 2006 tilldelade Land Burgenland kontraktet till GRAWE, trots att det pris som GRAWE erbjöd (100,3 miljoner euro) var betydligt lägre än det som erbjöds av konsortiet (155 miljoner euro). Detta beslut grundade sig bland annat på en skriftlig rekommendation från HSBC av den 4 mars 2006, vilken kompletterades av muntliga klargöranden för ledamöterna i Burgenlands delstatsregering den dag då beslutet fattades. I HSBC:s rekommendation angavs i huvudsak att även om den erbjudna köpeskillingen borde tala för konsortiet, blev ändå rekommendationen att överlåta BB till GRAWE, med hänsyn till övriga urvalskriterier, det vill säga säkerheten för betalning av köpeskillingen, fortsatt verksamhet för BB utan att Ausfallhaftung behöver tas i anspråk, kapitalökningarna och transaktionssäkerheten.

13 Försäljningen av BB, som formellt godkändes av Burgenlands delstatsmyndigheter den 7 mars 2006, avslutades den 12 maj 2006. Före detta avslut emitterade BB med stöd av Ausfallhaftung obligationer till ett värde om 700 miljoner euro, varav 350 miljoner tecknades av ett dotterbolag till GRAWE. På grund av privatiseringen upphörde den ovan i punkt 3 angivna övergångsperioden för tillämpning av Ausfallhaftung att gälla i förtid samma dag som försäljningen avslutades.

Det administrativa förfarandet

14 Den 4 april 2006 mottog kommissionen ett klagomål från konsortiet, i vilket det hävdades att Republiken Österrike hade överträtt bestämmelserna om statligt stöd vid privatiseringen av BB. Klaganden påpekade särskilt att anbudsförfarandet, som påstods ha varit orättvist, icke-överblickbart och diskriminerande gentemot den klagande, ledde till att BB inte såldes till högstbjudande (nämligen konsortiet) utan till GRAWE.

15 I skrivelser av den 15 maj och 1 juni 2006 besvarade österrikiska myndigheter kommissionens begäran om upplysningar av den 12 april 2006. Därefter, den 27 juni 2006, ägde ett sammanträde rum mellan företrädare för Republiken Österrike och kommissionen. Den 17 juli 2006 skickade kommissionen en andra begäran om upplysningar, vilken de österrikiska myndigheterna besvarade den 18 september 2006. Konsortiet lämnade ytterligare upplysningar till kommissionen den 21 april och den 2 juni 2006.

16 Genom en skrivelse av den 21 december 2006 underrättade kommissionen Österrike om sitt beslut att inleda det förfarande som anges i artikel 88.2 EG beträffande den aktuella åtgärden. Beslutet offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* den 8 februari 2007 (EUT C 28, s. 8).

17 Den 1 mars 2007 erhöll kommissionen Republiken Österrikes yttrande angående beslutet att inleda förfarandet. Kommissionen erhöll vidare ett antal yttranden och upplysningar från berörda utomstående personer, däribland GRAWE och konsortiet. De österrikiska myndigheterna yttrade sig angående dessa yttranden och upplysningar. Dessutom ägde flera sammanträden rum mellan företrädare för Republiken Österrike och kommissionen. De österrikiska myndigheterna skickade slutligen vid flera tillfällen yttranden och kompletterande handlingar till kommissionen.

18 Den 30 april 2008 antog kommissionen beslut 2008/719/EG om det statliga stöd C 56/06 (ex NN 77/06) som Österrike planerar att genomföra till förmån för privatiseringen av BB (EUT L 239, s. 32) (nedan kallat det angripna beslutet).

Det angripna beslutet

19 I det angripna beslutet har kommissionen bland annat erinrat om att den, när den bedömer en åtgärd i samband med en privatisering i enlighet med reglerna om statligt stöd, grundar sig på flera principer som kommissionen fastställt i *23:e rapporten om konkurrenspolitiken* från år 1993 (punkt 402 och följande punkter) samt i dess tidigare praxis. Kommissionen ansåg att de i denna rapport angivna villkoren för att kunna fastställa att det inte är fråga om ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG inte hade iakttagits i förevarande fall.

20 I samband med prövningen av huruvida överlåtelsen av BB till GRAWE (den aktuella åtgärden) utgör statligt stöd påpekade kommissionen för det första att de medel som Land Burgenland förfogar över (denna delstat är en av nio delstater i Österrike) ska betraktas som stöd som ”ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel”. Vidare konstaterade kommissionen att GRAWE är ett internationellt verksamt företag, vilket innebär att en eventuell beviljad fördel som ges med statliga medel påverkar konkurrensen inom banksektorn och inverkar på handeln inom gemenskapen. När det

gäller frågan huruvida GRAWE hade beviljats en selektiv fördel, framhöll kommissionen att det måste fastställas huruvida Land Burgenland uppträdde som vilken annan aktör som helst som verkar i en marknadsekonomi (private vendor test).

21 Kommissionen erinrade, beträffande den sista punkten, om att Land Burgenland hade erhållit ett anbud från konsortiet vars nominella värde översteg anbudet från GRAWE med 54,7 miljoner euro. Kommissionen angav härvid att en ekonomisk aktör i en marknadsekonomi emellertid undantagsvis kan besluta sig för det lägre anbudet i två tänkbara situationer.

22 Den första situationen är när det är uppenbart att försäljningen till den högstbjudande anbudsgivaren inte kan genomföras. I förevarande fall innebär detta en prövning av, för det första, säkerheten i transaktionen mot bakgrund av konsortiets betalningsförmåga och, för det andra, sannolikheten att nämnda konsortium i slutändan inte erhåller det godkännande som krävs från Finanzmarktaufsicht (den österrikiska myndigheten för övervakning av finansmarknaderna, nedan kallad FMA). Enligt kommissionen fanns det inga skäl att tvivla på att den av konsortiet erbjudna köpeskillingen på 155 miljoner euro kunde finansieras, och inte heller fanns det några uppgifter om eller bevis för att FMA skulle ha förbjudit en försäljning till konsortiet.

23 Den andra situationen avser det fall då det är motiverat att beakta andra faktorer än priset, varvid sådana andra faktorer som får beaktas är de faktorer som en investerare som verkar i en marknadsekonomi skulle ha beaktat. Enligt kommissionen utesluter det beaktandet av sådana risker som skulle kunna uppstå på grund av en eventuell skyldighet att betala en garanti som kan kvalificeras som ett eventuellt befintligt statligt stöd, såsom Ausfallhaftung. Detta var också den enda faktor som de österrikiska myndigheterna åberopade. Kommissionen påpekade härvid att det bland annat framgår av rättspraxis att när det prövas på vilket sätt investerare som verkar i en marknadsekonomi skulle ha uppträtt, får statens roll som säljare av ett företag, å ena sidan, och de skyldigheter som åligger staten i egenskap av offentligt organ, å andra sidan, inte blandas samman. Ingen investerare som verkar i en marknadsekonomi skulle ha godtagit en garanti som inte uppfyller kraven enligt principen om en investerare som verkar i en marknadsekonomi, och beslutet att avskaffa Ausfallhaftung bekräftar att denna garanti inte hade ställts på marknadsmässiga villkor.

24 Mot denna bakgrund konstaterade kommissionen att de österrikiska myndigheterna inte hade uppträtt som en säljare i en marknadsekonomi. Den ekonomiska fördel som GRAWE erhöll motsvarar åtminstone skillnaden mellan konsortiets anbud och den verkliga köpeskillingen.

25 Kommissionen angav vidare i samband med prövningen av de argument som framförts av Republiken Österrike beträffande betydelsen av Ausfallhaftung, att även om Land Burgenland hade kunnat betrakta denna garanti som ett kriterium för utvärdering av anbuden, var GRAWE:s anbud inte det förmånligaste.

26 Kommissionen fann slutligen att det statliga stöd som bestod i överlåtelsen av BB till GRAWE inte kunde anses vara förenligt med den gemensamma marknaden.

27 Det angripna beslutets artikeldel har följande lydelse:

”Artikel 1

Det statliga stöd som Österrike i strid med artikel 88.3 [EG] olagligen har beviljat GRAWE är oförenligt med den gemensamma marknaden. Stödet motsvarar skillnaden mellan de båda inom ramen för anbudsförfarandet lämnade slutliga prisanbuden och ska justeras enligt de parametrar som presenteras i [skälen] 167–174 i detta beslut.

Artikel 2

1. Österrike ska återkräva det stöd som avses i artikel 1 från stödmottagaren.

2. Det stöd som ska återkrävas ska innefatta ränta från den dag då stödet ställdes till stödmottagarens förfogande till den dag det har återbetalats.

3. Räntan ska beräknas som kapitaliserad ränta enligt förordning (EG) nr 794/2004.

Artikel 3

1. Återkravet av det stöd som avses i artikel 1 ska genomföras omedelbart och effektivt.

2. Österrike ska säkerställa att detta beslut genomförs inom fyra månader från den dag då det har delgivits.

Artikel 4

1. Inom två månader från den dag då detta beslut har delgivits ska Österrike lämna följande uppgifter till kommissionen:

a) Det totala belopp (kapital och ränta) som ska återkrävas från stödmottagaren och som har justerats i enlighet med de parametrar som kommissionen har presenterat i detta beslut, samt en exakt beskrivning av den metod som har använts för att beräkna detta belopp och en av en oberoende expert utförd värdering av egendomen.

b) En detaljerad beskrivning av de åtgärder som redan har vidtagits eller som planeras för att följa detta beslut.

c) Dokument som visar att stödmottagaren har anmodats att betala tillbaka stödet.

2. Österrike ska hålla kommissionen underrättad om utvecklingen vad gäller de nationella åtgärder som har vidtagits för att genomföra detta beslut till dess att återkravet av det stöd som avses i artikel 1 har slutförts. Österrike ska på kommissionens begäran omgående lämna uppgifter om de åtgärder som redan har vidtagits eller som planeras att vidtas för att följa detta beslut. Rapporten ska också innehålla detaljerade uppgifter om de stödbelopp och räntebelopp som redan har återkrävts från stödmottagaren.

Artikel 5

Detta beslut riktar sig till Republiken Österrike.”

Förfarandet och parternas yrkanden

28 Land Burgenland och Republiken Österrike har väckt talan i förevarande mål genom ansökningar som inkom till förstainstansrättens kansli den 11 respektive den 15 juli 2008. Ansökningarna registrerades som mål T-268/08 respektive T-281/08.

29 Efter att ha hört parterna beslutade ordföranden på förstainstansrättens åttonde avdelning den 20 april 2009 att förena målen T-268/08 och T-281/08 vad gäller det muntliga förfarandet och domen, i enlighet med artikel 50 i förstainstansrättens rättegångsregler.

30 På grund av ändringen i sammansättningen av förstainstansrättens avdelningar, förordnades referenten att tjänstgöra på sjätte avdelningen, och målet tilldelades följaktligen denna avdelning.

31 På grundval av referentens rapport beslutade tribunalen (sjätte avdelningen) att inleda den muntliga förhandlingen.

32 Parterna i målet utvecklade sin talan och svarade på tribunalens frågor vid förhandlingen den 18 maj 2011.

33 Eftersom en domare på sjätte avdelningen hade fått förhinder, utsåg tribunalens ordförande, med stöd av artikel 32.3 i rättegångsreglerna, sig själv för att göra sammansättningen fullständig.

34 Genom beslut av den 18 november 2011 återupptog tribunalen (sjätte avdelningen), i sin nya sammansättning, det muntliga förfarandet. Parterna underrättades om att de skulle ges möjlighet att utveckla sin talan vid en ny förhandling.

35 Kommissionen och sökandena meddelade tribunalen i skrivelser av den 23, 24 respektive 25 november 2011 att de avstod från att utveckla sin talan på nytt.

36 Tribunalens ordförande beslutade därför att avsluta det muntliga förfarandet.

37 I mål T-268/08 har Land Burgenland yrkat att tribunalen ska

— ogiltigförklara det angripna beslutet, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

38 I mål T-281/08 har Republiken Österrike yrkat att tribunalen ska

— ogiltigförklara det angripna beslutet, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

39 I målen T-268/08 och T-281/08 har kommissionen yrkat att tribunalen ska

— ogilla talan i båda målen, och

— förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

40 Till stöd för talan i respektive mål har sökandena formellt åberopat nio grunder.

41 Följande grunder har åberopats:

— Felaktig tillämpning av artikel 87.1 EG vid fastställandet av marknadspriset för BB, såtillvida att kommissionen felaktigt krävde att ett anbudsförfarande skulle genomföras beträffande den omtvistade privatiseringen.

— Underlåtelse att beakta tidigare beslutspraxis när det gäller tillämpningen av artikel 87.1 EG.

— Felaktig tillämpning av artikel 87.1 EG genom att kommissionen inte beaktade den osäkra utgången och ett eventuellt utdraget tillståndsförfarande vid FMA för det fall BB hade sålts till konsortiet.

— Felaktig tillämpning av artikel 87.1 EG såtillvida att Land Burgenland hade rätt att beakta de risker som är förknippade med Ausfallhaftung vid jämförelsen av de anbud som lämnats av GRAWE respektive konsortiet.

— Felaktig tillämpning av principen om en privat säljare i en marknadsekonomi i samband med den ytterligare granskningen av de finansiella riskerna förknippade med Ausfallhaftung.

— Felaktig tillämpning av artikel 87.1 EG på grund av att bevisbördereglerna i samband med det aktuella anbudsförfarandet inte har beaktats.

— Felaktig tillämpning av artikel 87.1 EG såtillvida att konsortiets anbud inte kunde läggas till grund för att fastställa marknadspriset för BB.

— Oriktig bedömning av den emission av ytterligare obligationer som gjordes med stöd av Ausfallhaftung.

— Felaktig tillämpning i flera hänseenden av artikel 87.1 EG när det gäller fastställandet av stödinslaget.

42 Tribunalen anser det lämpligt att först pröva den första, den andra, den sjätte och den sjunde grunden som åberopats av sökandena. Samtliga dessa grunder hänför sig till det allmänna förfarandet för granskningen av den omtvistade transaktionen.

43 Innan tribunalen prövar parternas argument ska några inledande anmärkningar göras angående begreppet statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG samt beträffande arten och omfattningen av den prövning som unionsdomstolen ska företa i förevarande fall.

Inledande anmärkningar rörande begreppet statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG samt beträffande arten och omfattningen av domstolsprövningen

44 I artikel 87.1 EG anges följande: ”Om inte annat föreskrivs i detta fördrag, är stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den gemensamma marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna.”

45 För att en åtgärd ska betecknas som stöd, i den mening som avses i artikel 87.1 EG, måste, enligt fast rättspraxis, samtliga villkor som avses i denna bestämmelse vara uppfyllda. För det första måste det röra sig om stöd som ges av en stat eller med hjälp av statliga medel. För det andra måste stödet kunna påverka handeln mellan medlemsstater. För det tredje ska stödet innebära en fördel för mottagaren genom att gynna vissa företag eller viss produktion. För det fjärde ska det snedvrida eller hota att snedvrida konkurrensen (domstolens dom av den 24 juli 2003 i mål C-280/00, Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg, REG 2003, s. I-7747, punkterna 74 och 75, förstainstansrättens dom av den 22 februari 2006 i mål T-34/02, Le Levant 001 m.fl. mot kommissionen, REG 2006, s. II-267, punkt 110).

46 I förevarande fall konstaterar tribunalen att sökanden endast har ifrågasatt villkoret om att stödet ska innebära en ekonomisk fördel. Det framgår nämligen att de grunder som åberopats till stöd för de aktuella målen i huvudsak syftar till att visa att kommissionen felaktigt konstaterade att det förelåg en fördel till förmån för GRAWE, en fördel som motsvarades av skillnaden mellan det anbud som lämnats av sistnämnda bolag och det anbud som lämnats av konsortiet.

47 Tribunalen erinrar härvid om att enligt fast rättspraxis kan tillhandahållande av varor eller tjänster till förmånliga villkor utgöra statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 2 februari 1988 i de förenade målen 67/85, 68/85 och 70/85, Van der Kooy m.fl. mot kommissionen, REG 1988, s. 219, punkterna 28 och 29, svensk specialutgåva, volym 9, s. 305, av den 20 november 2003 i mål C-126/01, GEMO, REG 2003, s. I-13769, punkt 29, förstainstansrättens dom av den 16 september 2004 i mål T-274/01, Valmont mot kommissionen, REG 2004, s. II-3145, punkt 44, och av den 1 juli 2010 i mål T-53/08, Italien mot kommissionen, REU 2010, s. II-3187, punkt 79).

48 En tillämpning av denna princip på ett offentligt organs försäljning av en tillgång till en privatperson innebär att det bland annat måste fastställas huruvida försäljningspriset för tillgången motsvarar marknadspriset såtillvida att det motsvarar det pris som skulle ha kunnat erhållas från förvärvaren på normala marknadsmässiga villkor (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 47 nämnda målet Valmont mot kommissionen, punkt 45 och där angiven rättspraxis). Vid denna prövning ska kommissionen tillämpa kriteriet avseende en privat aktör i en marknadsekonomi för att undersöka om det pris som betalats av den presumerade mottagaren av stödet motsvarar det pris som en privat aktör som verkar under normala konkurrensförhållanden skulle ha betalat (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 2 september 2010 i mål C-290/07 P, kommissionen mot Scott, REU 2010, s. I-7763, punkt 68, och av den 16 december 2010 i mål C-239/09, Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe, REU 2010, s. I-13083, punkt 34 och där angiven rättspraxis). Den konkreta tillämpningen av detta kriterium innebär i allmänhet en komplex ekonomisk bedömning (domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Scott, punkt 68).

49 När det gäller domstolsprövningens omfattning och art erinrar tribunalen för det första om att begreppet statligt stöd, såsom det definieras i fördraget, är av juridisk beskaffenhet och att det ska tolkas utifrån objektiva kriterier. Av denna anledning ska unionsdomstolen, i princip och med beaktande av såväl de konkreta omständigheterna i målet som den tekniska eller komplicerade karaktären på de bedömningar som kommissionen har gjort, utöva en fullständig kontroll i frågor som avser huruvida en åtgärd faller inom tillämpningsområdet för artikel 87.1 EG (se, bland annat, domstolens dom av den 16 maj 2000 i mål C-83/98 P, Frankrike mot Ladbroke Racing och kommissionen, REG 2000, s. I-3271, punkt 25, och av den 22 december 2008 i mål C-487/06 P, British Aggregates mot kommissionen, REG 2008, s. I-10515, punkt 111). Unionsdomstolen ska inte bara pröva huruvida de bevis som åberopats är materiellt riktiga, tillförlitliga och samstämmiga, utan ska även pröva huruvida dessa bevis utgör samtliga relevanta uppgifter som ska beaktas för att bedöma en komplicerad situation och huruvida de kan ligga till grund för de slutsatser som dragits (se domen i det ovan i punkt 48 nämnda målet kommissionen mot Scott, punkt 65 och där angiven rättspraxis).

50 Det ankommer emellertid inte på unionsdomstolen att i samband med denna prövning ersätta den ekonomiska bedömning som gjorts av kommissionen med sin egen bedömning. Den prövning som unionsdomstolarna företar av kommissionens komplicerade ekonomiska bedömningar är en begränsad prövning som endast består i en kontroll av att reglerna för handläggning och motivering har följts, att uppgifterna om de faktiska omständigheterna är materiellt riktiga, att bedömningen av dessa faktiska omständigheter inte är uppenbart oriktig och att det inte förekommit maktmissbruk (se domen i det ovan i punkt 48 nämnda målet kommissionen mot Scott, punkt 66 och där angiven rättspraxis, och förstainstansrättens dom av den 17 december 2008 i mål T-196/04, Ryanair mot kommissionen, REG 2008, s. I-3643, punkt 41).

51 För det andra ska lagenligheten av ett beslut av kommissionen avseende statligt stöd bedömas mot bakgrund av de uppgifter som kommissionen kunde ha tillgång till när den antog beslutet (domstolens dom av den 10 juli 1986 i mål 234/84, Belgien mot kommissionen, REG 1986, s. 2263, punkt 16, svensk specialutgåva, volym 8, s. 691, och av den 14 september 2004 i mål C-276/02, Spanien mot kommissionen, REG 2004, s. I-8091, punkt 31, domen i det ovan i punkt 47 nämnda målet Valmont mot kommissionen, punkt 38). Detta innebär särskilt att eftersom begreppet statligt

stöd avser en objektiv situation som bedöms vid den tidpunkt då kommissionen fattar sitt beslut, är det denna tidpunkt som ska beaktas vid denna domstolsprövning (domstolens dom av den 1 juli 2008 i de förenade målen C-341/06 P och C-342/06 P, Chronopost och La Poste mot UFEX m.fl., REG 2008, s. I-4777, punkt 144).

Den första, den andra, den sjätte och den sjunde grunden

Parternas argument

52 Sökandena har i den första grunden i huvudsak gjort gällande att kommissionen med hänvisning till *23:e rapporten om konkurrenspolitiken* felaktigt slog fast att privatiseringen av ett offentligt företag borde genomföras genom ett öppet, överblickbart och villkorslöst anbudsförfarande och att det marknadspris som fastställts enbart med stöd av ett expertutlåtande inte var giltigt. Avsaknaden av ett rättsenligt anbudsförfarande vid en privatisering medför inte att det är fråga om ett statligt stöd utan enbart att det är nödvändigt att i det enskilda fallet kontrollera huruvida den aktuella försäljningen inte innehåller eventuella stödinslag. En sådan kontroll kan endast genomföras på grundval av ett expertutlåtande. Med andra ord innebär *23:e rapporten om konkurrenspolitiken* endast att bevisbördan underlättats när det gäller privatiseringar som genomförs genom ett anbudsförfarande. Om den tolkning av rapporten som åberopats av kommissionen skulle godtas, anser sökandena inte desto mindre att rapporten, som enbart innehåller en beskrivning av verksamheten vid generaldirektoratet för konkurrens och de politiska målsättningar som bedöms vara prioriterade för en viss period, inte är rättsligt bindande.

53 I förevarande fall skedde försäljningen av BB till GRAWE emellertid till marknadspris. Detta följer tydligt av oberoende expertutlåtanden, av den indikativa värdering av BB som genomfördes av HSBC i början av den tredje privatiseringstransaktionen och av anbud som ingetts av anbudsgivarna i samband med det andra försöket till privatisering (se skäl 68 i det angripna beslutet). Enligt de aktuella värderingarna, inbegripet dem som utförts av konsortiet, uppskattades värdet på BB till mellan 44,4 och 75 miljoner euro. Av kommissionens beslutspraxis och kommissionens meddelande 97/C 209/03 om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (EGT C 209, 1997, s. 3), som åberopats analogt, framgår att sådana oberoende värderingar anses giltiga vid fastställandet av värdet på ett försäljningsobjekt.

54 Kommissionen, som är skyldig att inom ramen för det formella granskningsförfarandet införskaffa samtliga yttranden som är nödvändiga för att vara fullt informerad om samtliga uppgifter i ärendet, har, genom att underlåta att grunda sig på de oberoende värderingar som ingetts (se skäl 68 i det angripna beslutet) eller att begära ett nytt oberoende expertutlåtande, inte genomfört en omsorgsfull och objektiv prövning av de handlingar som överlämnats till kommissionen för att noggrant fastställa förekomsten av stöd och i förekommande fall stödbeloppet.

55 Sökanden anser slutligen att skyldigheten att genomföra ett anbudsförfarande, på det sätt som kommissionen har tänkt sig, strider mot kriteriet avseende en privat säljare i en marknadsekonomi. Sökandena har framhållit att formaliserade anbudsförfaranden inte förekommer i samband med försäljningar som genomförs av privatpersoner eller att andelen sådana förfaranden är obetydlig och oftast i stället leder till förhandlingar med de utvalda anbudsgivarna. I sin beslutspraxis har kommissionen för övrigt medgett att de statliga myndigheterna har ett betydande handlingsutrymme när det gäller anordnandet av anbudsförfaranden. Följaktligen föreligger det inte något empiriskt stöd för att det anbud som ingetts i ett anbudsförfarande utgör ”ett bättre approximativt värde” (se skäl 112 i det angripna beslutet) än en utvärdering som görs av en expert. Eftersom privata företag i allmänhet inte tillämpar anbudsförfaranden, leder det av kommissionen förordade anbudsförfarandet till en särbehandling som är till nackdel för offentliga företag, vilket strider mot artiklarna 295 EG och 86 EG.

56 I den andra grunden har sökandena gjort gällande att det angripna beslutet strider mot kommissionens tidigare beslutspraxis och därigenom åsidosätter likabehandlingsprincipen. Hittills har kommissionen, i de fall där något anbudsförfarande inte har genomförts i samband med en privatiseringstransaktion eller då ett sådant förfarande har genomförts på ett rättsstridigt sätt, alltid nöjt sig med expertutlåtanden för att fastställa marknadspriset. Sökandena har vidare framhållit att såvitt de känner till har kommissionen endast vid ett tillfälle konstaterat förekomsten av ett stödinslag i samband med en privatiseringstransaktion, det vill säga i det ärende som gav upphov till kommissionens beslut av den 27 februari 2008 om statligt stöd C 46/07 (ex NN 59/07) som Rumänien har beviljat företaget Automobile Craiova (tidigare Daewoo România) (EUT L 239, s. 12). I detta ärende fastställde kommissionen, i motsats till vad som var fallet i det nu aktuella ärendet, marknadsvärdet på grundval av en värdering av det privatiserade företaget.

57 I den sjätte grunden har sökandena i huvudsak hävdat att kommissionen inte beaktade bevisbördereglerna och den upplysningsskyldighet som åligger anbudsgivarna i ett anbudsförfarande genom att kräva av de österrikiska myndigheterna att de skulle fastställa att konsortiet inte uppfyllde kriterierna i anbudsförfarandet avseende BB såvitt bland annat avser säkerheten i transaktionen och undvikande av att ta Ausfallhaftung i anspråk (se, bland annat, skälen 129, 132, 133, 145 och 156 i det angripna beslutet). Beviset för att en anbudsgivare uppfyller tilldelningskriterierna ska läggas fram av anbudsgivaren själv under anbudsförfarandet och inte i efterskott av kommissionen. I förevarande fall underlät konsortiet att inom fristen lägga fram bevis för dess betalningsförmåga och refinansiering av BB, och detta trots att konsortiet på erforderligt sätt hade upplysts om sin skyldighet i detta avseende. För att inte riskera att diskriminera de övriga anbudsgivarna bör bevis som läggs fram i efterhand förklaras ogiltiga. Sökandena har även påpekat att i avsaknad av sådana bevis, kunde Land Burgenland anses ha fog för sina tvivel när det gäller konsortiets betalningsförmåga.

58 Slutligen, i den sjunde grunden, har sökandena i huvudsak gjort gällande att eftersom anbudsförfarandet ansågs innehålla felaktigheter, såtillvida att det grundade sig på otillåtna urvalskriterier såsom beaktandet av Ausfallhaftung (se skäl 134 och följande skäl samt skäl 141 och följande skäl i det angripna beslutet), kunde konsortiets köpanbud inte användas för att fastställa marknadspriset på BB (se skälen 109–114 i det angripna beslutet). Det framgår för övrigt av kommissionens beslutspraxis att den inte har beaktat resultatet av ett felaktigt anbudsförfarande i samband med fastställandet av ett stödinslag. I förevarande fall är det otvivelaktigt så att den större risk som Land Burgenland löpte för att Ausfallhaftung skulle tas i anspråk ledde konsortiet till att på ett överdrivet sätt höja sitt anbud i form av en kompensation som kan likställas med en ”riskpremie”. Det överdrivna, och till och med orealistiska, anbud som ingetts av konsortiet bekräftas i det konkreta fallet av storleken på de övriga anbud som ingetts (se skäl 66 i det angripna beslutet) samt av oberoende värderingar (se skäl 68 i det angripna beslutet), vilka kommissionen borde ha beaktat.

59 Kommissionen har bestritt sökandenas samtliga påståenden.

Tribunalens bedömning

60 Prövningen av den första grunden kräver i huvudsak att tribunalen besvarar två frågor. Den första frågan avser huruvida kommissionen på grundval av *23:e rapporten om konkurrenspolitiken* faktiskt krävde att försäljningspriset för BB enbart kunde fastställas genom ett anbudsförfarande. Den andra frågan avser huruvida kommissionen utan att göra en uppenbart oriktig bedömning i förevarande fall kunde avstå från att beakta expertutlåtanden som företetts under förfarandet för granskning av den omtvistade åtgärden och som sökandena åberopade såsom uppskattning av marknadspriset.

61 Av en genomläsning av hela det angripna beslutet framgår att sökandena felaktigt har påstått att kommissionen ”utgick från principen att privatiseringen av ett offentligt företag ska genomföras genom ett öppet, överblickbart och villkorslöst anbudsförfarande”. I sin bedömning angav

kommissionen nämligen endast att den ”vid den stödrättsliga bedömningen av en åtgärd inom ramen för en privatisering [utgår] från flera principer, såsom fastställts i den 23:e rapporten om konkurrenspolitiken … och i annan praxis”.

62 I punkt 403 i rapporten om konkurrenspolitiken anges följande:

”För mer transparens är det lämpligt att erinra om de allmänna principer som kommissionen tillämpar i samband med privatiseringar och som har etablerats under årens lopp på grundval av granskningar i enskilda ärenden.

Det bör erinras om att enligt artikel 222 i EG-fördraget påverkar gemenskapsrätten inte i något hänseende egendomsordningen för företag. Stöd som syftar till att underlätta privatiseringar kan således inte som sådana undantas från den grundläggande principen om att statligt stöd är oförenligt med gemenskapsmarknaden i enlighet med artikel 92.1.

När privatiseringen genomförs genom försäljning av aktier på börsen, antas det normalt att denna försäljning sker till marknadsvillkor och utan att transaktionen innehåller något stödinslag. Det kan förekomma att skulderna avskrivs eller minskas innan aktierna säljs utan att det ger upphov till en presumtion om stöd så länge som avkastningen från aktieförsäljningen överstiger minskningen av skulden.

Om bolaget inte privatiseras genom försäljning av aktier på börsen utan genom en allmän försäljning (det vill säga genom en försäljning av verksamheten som helhet eller i delar till andra bolag), ska följande villkor iakttas för att det utan ytterligare granskning ska kunna presumeras att transaktionen inte innehåller något inslag av stöd:

— En öppen, överblickbar och villkorslös anbudsinfordran ska äga rum utan att det för deltagande i denna anbudsinfordran krävs att andra handlingar ska fullgöras, såsom förvärv av andra tillgångar än dem som är föremål för anbudsinfordran eller fortsatt drift av vissa verksamheter.

— Bolaget ska säljas till högstbjudande.

— Anbudsgivarna ska ges tillräckligt med tid och upplysningar för att kunna göra en grundlig värdering av tillgångarna som kan läggas till grund för deras anbud.

Privatisering som sker genom aktieförsäljning på börsen eller genom anbudsinfordran på ovan angivna villkor ska inte anmälas till kommissionen på förhand med avseende på en granskning av deras verkan i enlighet med reglerna om statligt stöd. Medlemsstaterna kan anmäla sådana privatiseringar om de önskar säkerställa den extra rättssäkerhet som ett formellt godkännande ger. I övriga fall ska en allmän försäljning granskas för att fastställa dess eventuella verkan i enlighet med reglerna om statligt stöd. I sådana fall ska en anmälan ske. Detta gäller särskilt i följande fall, nämligen vid

— försäljning efter förhandling med endast en potentiell köpare eller med flera utvalda anbudsgivare,

— försäljning som föregås av att staten, andra offentliga företag eller något annat offentligt organ har beviljat en avskrivning av skulder,

— försäljning som föregås av att skulderna omvandlats till aktiekapital eller används för en kapitalökning,

— försäljning som sker på villkor som inte är allmänt gällande vid jämförbara transaktioner mellan enskilda.

Det får inte i något fall förekomma en diskriminering som grundar sig på nationaliteten hos de potentiella köparna av de aktuella aktierna eller tillgångarna.

En försäljning som sker på villkor som inte kan betraktas som allmänna affärsmässiga villkor ska föregås av en värdering av oberoende konsulter. Privatiseringar som sker inom känsliga sektorer (konstfibrer, textilindustri, bilindustrin och så vidare) ska alltid på förhand anmälas till kommissionen.”

63 Såsom sökandena själva har medgett syftar riktlinjerna i denna rapport enbart till att precisera i vilka fall det presumeras att de privatiseringsåtgärder som planeras av medlemsstaterna inte innehåller något stödinslag och åtgärderna följaktligen inte behöver anmälas, förutom när de nationella myndigheterna önskar förvissa sig om att transaktionen är rättssäker.

64 Det framgår inte heller av dessa vägledande riktlinjer att kommissionen i samtliga fall kräver att ett öppet, överblickbart och villkorslöst anbudsförfarande ska genomföras. I dessa riktlinjer anges endast att för det fall ett sådant förfarande genomförs ska det uppfylla ett antal villkor för att det ska presumeras att den aktuella privatiseringen uppfyller de krav som ställs i de unionsrättsliga bestämmelserna om statligt stöd.

65 I rapporten anges inte heller någon omständighet som är relevant i förevarande mål när det gäller godtagandet av eventuella expertutlåtanden som ingetts för fastställande av marknadspriset på den enhet som är föremål för privatisering. Den enda uppgift som angetts angående expertutlåtanden är att en ”försäljning som sker på villkor som inte kan betraktas som allmänna affärsmässiga villkor ska föregås av en värdering av oberoende konsulter”. Det sistnämnda fallet omfattas emellertid inte exakt av omständigheterna i förevarande fall, eftersom kommissionen uttryckligen ansåg att det inom ramen för det anbudsförfarande som genomfördes för privatiseringen av BB inte var fråga om en försäljning som var kopplad till några särskilda kommersiella villkor (se, för ett liknande resonemang, skälen 111 och 112 i det angripna beslutet).

66 Det följer av samtliga dessa överväganden att sökandena inte har styrkt sitt påstående att kommissionen i strid med principen om likabehandling av privata aktörer och offentliga juridiska personer, med stöd av *23:e rapporten om konkurrenspolitiken* hade insisterat på att endast ett anbudsförfarande gjorde det möjligt att fastställa marknadspriset vid en försäljning av ett företag i privatiseringssyfte.

67 Av samtliga dessa skäl saknas det anledning för tribunalen att fastställa den rättsliga verkan av rapporten om konkurrenspolitiken, vilken såsom har nämnts ovan enbart hade till syfte att, för att säkerställa öppenhet och tydlighet, påminna medlemsstaterna om de allmänna riktlinjer som kommissionen följer vid granskningen av åtgärder som vidtagits i samband med privatiseringar av företag.

68 Det kvarstår dock att inom ramen för den första grunden avgöra huruvida kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den inte beaktade de olika expertutlåtanden som sökandena i förevarande fall åberopade för fastställande av marknadspriset på BB.

69 Tribunalen erinrar om att marknadspriset på ett företag, vilket normalt sett fastställs genom tillgång och efterfrågan, motsvarar det högsta pris som en privat investerare är beredd att under normala konkurrensförhållanden betala för företaget (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 29 april 2004 i mål C-277/00, Tyskland mot kommissionen, REG 2004, s. I-3925, punkt 80, och den rättspraxis som nämnts ovan i punkt 48).

70 När en myndighet har för avsikt att sälja ett av sina företag och den för detta syfte tillämpar ett öppet, överblickbart och villkorslöst anbudsförfarande, kan det presumeras att marknadspriset motsvarar det högsta anbudet. Detta gäller med förbehåll för att det, för det första, måste fastställas att anbudet är

bindande och trovärdigt samt, för det andra, att det inte är motiverat att beakta andra ekonomiska faktorer än priset, exempelvis sådana risker utanför balansräkningen som föreligger mellan anbuden. Kommissionen gör således ingen uppenbart oriktig bedömning när den konstaterar att stödinslaget kan bedömas utifrån marknadspriset, vilket i princip fastställs utifrån de anbud som faktiskt ingetts i anbudsförfarandet.

71 Under sådana omständigheter kan kommissionen inte kritiseras för att inte ha beaktat de oberoende expertutlåtanden som nämns i skäl 68 i det angripna beslutet, vilka stöder det av sökandena åberopande argumentet att det pris som erbjöds av GRAWE för köpet av BB stod i överensstämmelse med marknadspriset.

72 Att lägga sådana expertutlåtanden till grund för fastställandet av marknadspriset för BB är nämligen endast relevant när det inte har genomförts något anbudsförfarande för försäljningen av detta företag eller, eventuellt, när det anbudsförfarande som genomförts inte har ansetts vara öppet, överblickbart och villkorslöst. Det är otvivelaktigt att giltiga anbud som faktiskt lämnats inom ramen för ett anbudsförfarande som anordnats i syfte att privatisera ett visst företag i princip utgör ett bättre approximativt värde för marknadspriset på nämnda enhet än oberoende expertutlåtanden. Sådana expertutlåtanden, oberoende av den metod och de parametrar som valts för upprättandet av dessa utlåtanden, grundar sig på en framåtblickande undersökning och leder således till en bedömning av marknadspriset för det aktuella företaget som är lägre än den som följer av konkreta och giltiga anbud som lämnats inom ramen för ett rättsenligt genomfört anbudsförfarande.

73 Av samma skäl kan kommissionen inte kritiseras för att inte ha ansett det vara nödvändigt att låta en oberoende expert upprätta en studie i efterhand. Inte heller kan den kritiseras för att inte ha fullgjort sin plikt att genomföra en omsorgsfull och opartisk undersökning av de åtgärder som var föremål för prövning. Det framgår nämligen klart av skälen 112 och 113 i det angripna beslutet att kommissionen utgick ifrån det förhållandet att eftersom det förelåg bindande köpanbud för BB, var oberoende expertutlåtanden – oberoende av vem som var upphovsman, när de hade upprättats eller vilken analysmetod som valts – i sig utan relevans för att fastställa huruvida det pris som GRAWE betalade för köpet av BB motsvarade marknadspriset. Sökandena har för övrigt inte kunnat visa att kommissionen hade underlåtit att beakta samtliga uppgifter och värderingar som ingetts till densamma under det administrativa förfarandet, i synnerhet de som ingetts av de österrikiska myndigheterna.

74 Talan kan följaktligen inte vinna bifall såvitt avser den första grunden.

75 I den andra grunden, som har ett nära samband med den första grunden, har sökandena för avsikt att visa att det angripna beslutet avviker från kommissionens hittillsvarande beslutspraxis genom att det är första gången som kommissionen kräver av en medlemsstat som avser att privatisera ett statligt företag att den ska anordna ett öppet, överblickbart och villkorslöst anbudsförfarande.

76 Tribunalen erinrar härvid om att begreppet statligt stöd är av juridisk beskaffenhet och ska tolkas utifrån objektiva kriterier (se domen i det ovan i punkt 47 nämnda målet Valmont mot kommissionen, punkt 37 och där angiven rättspraxis). Bedömningen av huruvida en åtgärd utgör statligt stöd är således inte beroende av kommissionens subjektiva bedömning utan ska fastställas oberoende av denna institutions tidigare praxis (se, för ett liknande resonemang och analogt, domstolens dom av den 30 september 2003 i de förenade målen C-57/00 P och C-61/00 P, Freistaat Sachsen m.fl. mot kommissionen, REG 2003, s. I-9975, punkterna 52 och 53, och förstainstansrättens dom av den 15 juni 2005 i mål T-171/02, Regione autonoma della Sardegna mot kommissionen, REG 2005, s. II-2123, punkt 177).

77 Mot denna bakgrund kan sökandena inte med stöd av tidigare beslutspraxis hävda att likabehandlingsprincipen har åsidosatts. Eftersom kommissionen är skyldig att göra en individuell bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet, är den inte bunden av tidigare beslut.

78 Sökandena, som har gjort allmänna påståenden och hävdat att kommissionen hittills alltid ”räddat” privatiseringarna, har under alla omständigheter inte angett i vilken utsträckning de omständigheter som var föremål för prövning i de beslut som åberopats och de rättsliga överväganden som låg till grund för besluten är jämförbara med de omständigheter och rättsliga överväganden som är aktuella i förevarande mål. I synnerhet har det inte fastställts att något av dessa beslut rörde en situation där det i likhet med situationen i förevarande fall konstaterades att marknadspriset för den tillgång eller den enhet som ska överlåtas med giltig verkan hade fastställts genom ett öppet, överblickbart och villkorslöst anbudsförfarande.

79 Det följer av dessa överväganden att den andra grunden under alla omständigheter inte kan godtas.

80 När det gäller den sjätte grunden, i vilken det görs gällande att kommissionen inte beaktade bevisbördereglerna och den upplysningsskyldighet som åvilar anbudsgivarna i ett anbudsförfarande som genomförs i syfte att privatisera ett företag, framgår det omedelbart att sökandena i sin argumentation har sammanblandat å ena sidan den upplysningsskyldighet som åvilar anbudsgivarna i alla anbudsförfaranden och å andra sidan kommissionens skyldighet att genomföra en omsorgsfull och opartisk granskning av de presumerade stödåtgärderna.

81 När det gäller den upplysningsskyldighet som åvilar anbudsgivarna i ett anbudsförfarande, har sökandena i huvudsak hävdat att konsortiet borde ha visat att det var solvent och att FMA skulle uttala sig till förmån för en överlåtelse av BB till konsortiet.

82 Tribunalen delar kommissionens ståndpunkt att konsortiet inte hade någon möjlighet att tillhandahålla någon uppgift angående huruvida tillståndsförfarandet hos FMA skulle få en positiv utgång för det fall Land Burgenland skulle besluta att välja konsortiets anbud. Eftersom det köpanbud som ingetts av konsortiet var klart högre än det som ingetts av GRAWE och förekomsten av en fördel till förmån för det sistnämnda bolaget således inte kunde uteslutas, ålåg det tvärtom de berörda myndigheterna att lägga fram underbyggda uppgifter som visar att FMA:s granskning skulle leda till ett förbud mot att överlåta BB till konsortiet. Detta har myndigheterna emellertid inte gjort.

83 När det gäller beviset för konsortiets finansiella kapacitet och betalningsförmåga, framgår det att ingen av parterna under det formella granskningsförfarandet hade framfört några tvivel angående konsortiets förmåga att få ihop de medel som var nödvändiga för att betala den erbjudna köpeskillingen. Vidare framgår det av handlingarna i ärendet att beviset för en anbudsgivares finansiella förmåga att betala den erbjudna köpeskillingen i princip bedöms på ett tidigt stadium i anbudsförfarandet, nämligen i det skede då en ”due diligence” genomförs, vilken, enligt vad sökandena har anfört, innebär en granskning av balansräkningarna samt anbudsgivarnas personliga och materiella tillgångar, och att det var på grundval av denna som anbudet ansågs definitivt och godtagbart. Tribunalen konstaterar att konsortiets anbud uteslöts först i det slutliga skedet av de förhandlingar som fördes inom ramen för detta förfarande, eftersom, såsom anges i skäl 53 i det angripna beslutet, ”Österrike … utgått från att konsortiet, såsom det presenterades under förhandlingen, skulle skaffa fram en ekonomiskt stark affärspartner”.

84 Tribunalen finner inte heller att det finns grund för övriga omständigheter som åberopats av sökandena, det vill säga konsortiets förmåga att komma till rätta med eventuella likviditetsproblem vid ett köp av BB (se skälen 78 och 79 i det angripna beslutet angående refinansieringen av BB efter försäljningen), vilka enbart är relevanta för det fall Ausfallhaftung ska beaktas, ett förhållande som ska prövas nedan (se punkterna 149 och följande). Det framgår nämligen av det angripna beslutet att konsortiet aldrig uteslöt att det i princip fanns en risk för uttag av insatta medel och att kreditlöften mellan bankerna skulle sägas upp (även om konsortiet bedömde denna risk som lägre än vad kommissionen gjorde) och att konsortiet som garanti lämnade avsiktsförklaringar från olika banker (se skäl 78 i det angripna beslutet). Mot denna bakgrund kan det inte framgångsrikt hävdas att konsortiet inte lämnade någon garanti för dess solvens.

85 Vidare påpekar tribunalen att sökandena, som svar på en fråga som ställdes av tribunalen under förhandlingen angående huruvida och i vilken mån sökandena ifrågasatte konsortiets ekonomiska förmåga att betala köpeskillingen för BB på 155 miljoner euro, bekräftade att de aldrig ifrågasatt konsortiets förmåga att betala detta pris.

86 Mot bakgrund av ovanstående överväganden kan talan inte vinna bifall på den sjätte grunden.

87 När det slutligen gäller den sjunde grunden, i vilken det görs gällande att konsortiets anbud inte kunde läggas till grund för att fastställa marknadspriset, erinrar tribunalen, såsom framgår av prövningen av den första grunden (se ovan bland annat punkt 70), om att när en myndighet har för avsikt att sälja ett av sina företag och den för detta syfte tillämpar ett öppet, överblickbart och villkorslöst anbudsförfarande, kan det presumeras att marknadspriset motsvarar det högsta anbudet. Detta gäller med förbehåll för att det, för det första, måste fastställas att anbudet är bindande och trovärdigt samt, för det andra, att det inte är motiverat att beakta andra ekonomiska faktorer än priset, såsom risker utanför balansräkningen.

88 Kommissionen gör således inte någon uppenbart oriktig bedömning när den konstaterar att stödinslaget kan bedömas utifrån marknadspriset, vilket i sig fastställs utifrån de anbud som faktiskt ingetts i anbudsförfarandet.

89 Ur synvinkeln för en privat säljare som agerar i en marknadsekonomi är för övrigt de subjektiva eller strategiska skäl som leder en viss anbudsgivare till att lämna ett anbud till ett visst belopp inte av avgörande betydelse. En privat säljare i en marknadsekonomi kommer i princip att välja det högsta köpanbudet, oavsett vilka skäl som har lett de potentiella köparna till att inge ett anbud till ett visst belopp. Följaktligen kan sökandenas påstående att konsortiets anbud var överdrivet högt inte godtas.

90 När det gäller sökandenas argument att kommissionen inte fick grunda sig på resultaten av ett anbudsförfarande som den själv hade ansett vara rättsstridigt, är det tillräckligt att erinra om att trots att kommissionen i samband med att det formella granskningsförfarandet inleddes hade framfört tvivel angående huruvida anbudsförfarandet var rättsenligt, i synnerhet när det gäller huruvida likabehandlingsprincipen hade iakttagits i förhållande till anbudsgivarna (se i detta avseende skäl 42 i det angripna beslutet), gjorde kommissionen bedömningen att de brister som förelåg beträffande villkoren för anbudsinfordran inte hade påverkat storleken på de konkreta anbud som ingetts och att det högsta nominella anbudet därmed utgjorde ett bra approximativt värde för marknadspriset (se skäl 143 i det angripna beslutet).

91 Vidare konstaterar tribunalen, i anslutning till de överväganden som anförts inom ramen för den andra grunden, att hänvisningen till kommissionens påstådda fasta beslutspraxis inte ger något ytterligare stöd för sökandenas ståndpunkt. När det bland annat gäller de ärenden som ledde till kommissionens beslut 2000/513/EG av den 8 september 1999 om det stöd som Frankrike beviljat företaget Stardust Marine (EGT L 206, 2000, s. 6) och kommissionens beslut 2000/628/EG av den 11 april 2000 om de stödåtgärder som Italien genomfört till förmån för Centrale del Latte di Roma (EGT L 265, s. 15), till vilka sökandena har hänvisat, är det tillräckligt att konstatera att dessa beslut avser situationer där det inte har genomförts något öppet, överblickbart och villkorslöst anbudsförfarande.

92 Talan kan följaktligen inte heller vinna bifall på den sjunde grunden.

Den tredje grunden: Huruvida kommissionen har gjort en felaktig tillämpning av artikel 87.1 EG genom att inte beakta den osäkra utgången och ett eventuellt utdraget tillståndsförfarande vid FMA för det fall BB hade sålts till konsortiet

Parternas argument

93 Sökandena har kritiserat kommissionen för att i samband med tillämpningen av kriteriet avseende en privat säljare i en marknadsekonomi ha gjort en ofullständig granskning av säkerheten i transaktionen. De har i huvudsak kritiserat kommissionen för att den, i samband med utvärderingen och jämförelsen av anbuden avseende köp av BB, inte i tillräcklig mån beaktade den osäkra utgången och ett eventuellt utdraget tillståndsförfarande vid FMA för det fall banken hade sålts till konsortiet. En privat säljare skulle emellertid just av dessa skäl ha valt GRAWE:s anbud, vilket, trots att det var lägre än det anbud som ingetts av konsortiet, löpte ut den 31 mars 2006 och vilket, mot bakgrund av de expertutlåtanden som nämnts i skäl 68 i det angripna beslutet och erfarenheten av de tidigare försöken att privatisera BB, var särskilt intressant.

94 Enligt sökandena bortser kommissionens påstående att tidsåtgången för det granskningsförfarande som genomförs av övervakningsmyndigheten inte kan motivera att en anbudsgivare utesluts från ett anbudsförfarande, eftersom det skulle göra det tillåtet att diskriminera utländska anbudsgivare (se skäl 130 i det angripna beslutet), från det förhållandet att det är nödvändigt att göra en åtskillnad mellan statens roll i egenskap av privat säljare och den roll som staten har som offentligt organ när den agerar i egenskap av finansregleringsmyndighet. Med hänsyn till FMA:s självständiga ställning och de regler som den är bunden av, har de österrikiska myndigheterna inte möjlighet att erhålla sådana uppgifter angående utgången av tillståndsförfaranden. Dessutom avser kommissionens kritik en fråga som inte hänför sig till bestämmelserna om statligt stöd (utan snarare etableringsfriheten och den fria rörligheten för kapital) och tar inte hänsyn till behörighetsfördelningen mellan förbundsstaten och delstaterna.

95 Sökandena har vidare anfört att det sätt på vilket Land Burgenland har agerat i förevarande fall, nämligen att i ett första skede välja ut köparen, för att sedan i ett andra skede ansöka om de nödvändiga tillstånden, är förenligt med kriteriet avseende en privat investerare och erkänns även i kommissionens beslutspraxis.

96 Sökandena har gjort gällande att det i förevarande fall fanns ett antal omständigheter som talade emot att tillstånd skulle beviljas för försäljningen av BB till konsortiet, vilket bland annat framgår av en skrivelse från HSBC:s konsult av den 3 mars 2008 som överlämnades till kommissionen den 5 mars 2008.

97 De har därvid framhållit att deltagarna i konsortiet inte hade någon rating från ett internationellt erkänt ratinginstitut, trots att det, vilket kommissionen har angett i flera av sina meddelanden och beslut, utgör ett nödvändigt krav för att kunna utöva verksamhet på de europeiska bank- och kapitalmarknaderna.

98 Sökandena anser vidare att, eftersom konsortiet inte presenterade någon solvensanalys, de var hänvisade till ratinginstitutens praxis, som innebär att ett företag i princip inte kan tilldelas en bättre rating än den som tilldelats den stat i vilken företaget är etablerad, i förevarande fall Ukraina. Denna stat har som högsta rating BB (sub investment grade).

99 Sökandena har vidare hänvisat till bristerna i den affärsplan (business plan) som presenterats av konsortiet (se de österrikiska myndigheternas skrivelse av den 1 mars 2007), konsortiets bristande erfarenhet på den europeiska bankmarknaden och konsortiets önskan att införa en ny affärspolitik för BB. Detta skulle på sikt, och såsom framgår av HSBC:s kommentarer, kunna leda till en väsentlig förlust av eget kapital och således till att ett ingripande av Land Burgenland blir nödvändigt med stöd

av Ausfallhaftung. Sökandena har framhållit att dessa aspekter nödvändigtvis skulle ha beaktats av FMA, vilken i enlighet med kriterierna i 5 § första stycket punkt 3 i den österrikiska lagen om banksystemet (Bankwesengesetz (BWG)) ska bedöma huruvida konsortiet erbjuder en ekonomiskt solid och betryggande garanti för driften av BB efter köpet av detta bolag. Kommissionen har i strid med motiveringsskyldigheten enligt artikel 253 EG underlåtit att undersöka detta förhållande.

100 De pessimistiska bedömningar som gjordes angående tillståndet från FMA vid en försäljning av BB till konsortiet stöds även av uppgifter angående den ukrainska banksektorns strukturella och funktionella svagheter, vilka bland annat framgår av Internationella valutafondens periodiska rapporter. De österrikiska myndigheterna har uttryckligen hänvisat till dessa rapporter under det formella förfarandet och de är under alla omständigheter offentligt tillgängliga. I repliken har sökandena angett att den senaste utvecklingen inom den ukrainska banksektorn har kommit att bekräfta de farhågor som sökandena uttryckte vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna.

101 Enligt sökandena måste det även beaktas att det hade varit svårare för FMA att fullgöra sin kontrollskyldighet om konsortiet hade förvärvat BB, eftersom det saknas ett institutionaliserat samarbete mellan FMA och de ukrainska myndigheterna, särskilt i form av ett samarbetsavtal med den ukrainska nationalbanken.

102 Vidare har sökandena gjort gällande att Land Burgenland inte enbart grundade sig på sina egna värderingar utan tog en informell kontakt med FMA för att förvissa sig om att dess bedömningar var tillförlitliga när det gäller det tillstånd som denna myndighet skulle bevilja konsortiet. Enligt de uppgifter som lämnades av FMA hade utgången av tillståndsförfarandet avseende konsortiets förvärv av BB varit fullständigt öppen. Det stod emellertid klart att detta förfarande i ett första skede skulle ha lett till ett förbud, om konsortiet hade förvärvat BB. Förvärvets osäkra karaktär och den längre tidsåtgången för detta var inte godtagbara för Land Burgenland i egenskap av privat säljare. På grund av detta utgick Land Burgenland, såsom Republiken Österrike hade angett i en skrivelse av den 1 juni 2006, från principen att ”FMA inte skulle och sannolikt inte kunde godkänna konsortiets förvärv av banken”. De konstateranden som gjorts i det interimistiska beslut som meddelades av Landesgericht Eisenstadt (regional domstol i Eisenstadt, Österrike) den 26 maj 2006 bekräftar detta förhållande. Sökandena har närmare angett att det framgick av de diskussioner som de behöriga myndigheterna hade med FMA att man kunde räkna med ett tillståndsbeslut inom några veckor för det fall BB såldes till GRAWE. FMA hade däremot låtit förstå att för det fall BB såldes till konsortiet skulle detta förfarande sannolikt ta sex månader eller i värsta fall ett år. Det råder ingen tvekan om att tillståndsförfarandet vid FMA skulle ha pågått betydligt längre och dess utgång varit mycket mera osäker vid en försäljning till konsortiet.

103 Slutligen har sökandena framhållit att kommissionen gjorde en felaktig tillämpning av kriteriet avseende en privat säljare genom att när det gäller försäljningen av BB till GRAWE kräva bevis för att det var uppenbart att försäljningen till konsortiet inte kunde genomföras eller att FMA med säkerhet skulle ha förbjudit försäljningen till konsortiet. Såsom HSBC:s konsult tydligt förklarade i sitt yttrande i maj 2006 skulle en förståndig privat säljare ha försökt maximera förväntningsvärdet på försäljningspriset, vilket definieras som det anbud som har den största sannolikheten att gå igenom. Med hänsyn till att förväntningsvärdet på det försäljningspris som GRAWE erbjöd var betydligt högre än det beträffande konsortiets anbud, var Land Burgenlands beslut till förmån för GRAWE motiverat med hänsyn till att det lägre nominella försäljningspris som erbjudits av GRAWE i väsentlig mån kompenserades av den ökade säkerheten i transaktionen. I sin bedömning tog kommissionen med andra ord inte hänsyn till sannolikheten, som var 50 procent, för att försäljningen till konsortiet inte skulle godkännas av FMA.

104 I repliken har sökandena framhållit att kommissionen lämnade motstridiga uppgifter när det gäller med vilken precision som Land Burgenland kunde bedöma utgången av förfarandet vid FMA. Å ena sidan medgav kommissionen att utgången av detta förfarande inte med precision kunde bedömas i förväg, men den krävde å andra sidan, på andra ställen i sina skrivelser, att det måste vara uppenbart att försäljningen av BB till högstbjudande inte skulle godkännas.

105 Kommissionen har bestritt sökandenas påståenden.

Tribunalens bedömning

106 Denna grund hänför sig till problematiken, som nämns i slutet av skäl 121 det angripna beslutet, avseende det tillstånd som ska beviljas av den behöriga finansmarknadsmyndigheten i samband med privatiseringsförfarandet, det vill säga FMA. Sökandena har nämligen hävdat att den osäkra utgången av och längden på tillståndsförfarandet vid en försäljning av BB till konsortiet gjorde det berättigat att i slutändan sälja BB till GRAWE, och detta trots att det anbud som ingavs av det sistnämnda bolaget var lägre.

107 I detta hänseende är parterna överens om det förhållandet, som nämns i skäl 120 i det angripna beslutet, att en säljare som agerar enligt principerna i en marknadsekonomi kan välja det lägsta anbudet om det står klart att försäljningen till högstbjudande inte är genomförbar. Det ska närmare bestämt framhållas att, tvärtemot vad sökandena har låtit förstå, kommissionen i skäl 125 i det angripna beslutet klart har medgett att en säljare i en marknadsekonomi inte hade valt en köpare som med all sannolikhet inte skulle ha erhållit de nödvändiga tillstånden från behöriga myndigheter.

108 Tribunalen ska således fastställa huruvida kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den fastställde att de omständigheter som åberopats av sökandena – i syfte att, för det första, visa att det var osäkert om FMA skulle godkänna försäljningen av BB till konsortiet och, för det andra, att tillståndsförfarandet vid FMA vid en försäljning av BB till konsortiet skulle ta längre tid – inte, med stöd av kriteriet avseende en privat aktör i en marknadsekonomi, motiverade beslutet att sälja BB till GRAWE.

109 När det för det första gäller själva omfattningen av tillståndsförfarandet, framgår det av handlingarna i målet att en försäljning av en kvalificerad andel i ett österrikiskt kreditinstitut, i enlighet med 20 § tredje stycket BWG som var tillämplig vid tidpunkten för de aktuella omständigheterna, omfattas av en anmälnings- och tillståndsskyldighet.

110 Granskningen av ett förvärv av en kvalificerad andel görs enligt ett Fit & Proper-test i enlighet med 5 § första stycket BWG. Såsom bland annat framgår av skälen 125 och 126 i det angripna beslutet, vilka inte har ifrågasatts av parterna, kan FMA enligt 20 § BWG inte granska en köpare av en bank enligt kriterier avseende kvalifikation och erfarenhet förrän förhandlingsparterna har slutit ett bindande köpeavtal. Härav följer att FMA i praktiken inte kan genomföra en samtidig utvärdering av flera potentiella köpare. Denna myndighet har för övrigt för kommissionen bekräftat att den inte kan inleda en granskning av ett förvärv av en kvalificerad andel förrän det föreligger en konkret och en öppet redovisad avsikt att genomföra ett förvärv respektive en försäljning hos båda parter i transaktionen. I förevarande fall var Land Burgenland således tvungen att slutgiltigt välja ett av köpanbuden avseende BB innan tillståndsförfarandet angående förvärvet kunde inledas vid FMA. Enligt de uppgifter som de österrikiska myndigheterna själva har lämnat är FMA i egenskap av oberoende administrativ myndighet skyldig att iaktta krav på sekretess och opartiskhet. Denna myndighet kan således inte på förhand göra en bedömning av utsikterna för ett inlett tillståndsförfarande.

111 Vidare är parterna överens om att FMA kan förbjuda förvärvet inom tre månader från anmälan, varvid förvärvet i annat fall anses ha godkänts. Om FMA för granskningen anser sig ha behov av mer än de föreskrivna tre månaderna är den tvungen att först förbjuda förvärvet inom tremånadersfristen. Detta förbud påverkar emellertid inte FMA:s slutgiltiga beslut angående förvärvet av den kvalificerade andelen.

112 När det för det andra gäller sökandenas specifika argument, består de i huvudsak av, för det första, allmänna överväganden angående den reserverade och till och med fientliga inställning som övervakningsmyndigheterna har eller i allmänhet borde ha gentemot aktörer från Ukraina, för det andra, uppgifter om situationen för deltagarna i konsortiet och, för det tredje, uppgifter som lämnats av FMA.

113 När det gäller de allmänna övervägandena angående den mycket reserverade inställning som övervakningsmyndigheterna faktiskt har haft, vilket bland annat åskådliggörs genom exemplet avseende det beslut som fattades av Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (tyska myndigheten för övervakning av finansiella tjänster) att efter en granskning som pågått i 13 månader inte godkänna en ukrainsk koncerns köp av NordFinanz Bank AG samt genom myndighetens vägran att år 1994 bevilja en föregångare till en av deltagarna i konsortiet (SLAV) en bankkoncession, eller den mycket reserverade inställning som dessa myndigheter i allmänhet borde anamma (mot bakgrund av harmoniseringen på europeisk nivå av de förfaranderegler och de utvärderingskriterier som är tillämpliga vid en prövning av förvärv och ökning av andelsinnehav avseende enheter inom den finansiella sektorn) gentemot fysiska eller juridiska personer som är etablerade i Ukraina, konstaterar tribunalen att dessa överväganden i förevarande mål varken är relevanta eller övertygande i sak.

114 Dessa omständigheter är inte ägnade att ge minsta indikation på den konkreta utgången av ett tillståndsförfarande vid FMA för det fall Land Burgenland hade beslutat att överlåta BB till konsortiet. I förevarande fall är det inte fråga om att fastställa huruvida enheterna inom den ukrainska banksektorn underkastas tillräckliga skyldigheter och kvalitetskontroller, det vill säga som motsvarar de skyldigheter och de kontroller som gäller i unionens medlemsstater. Såsom kommissionen klart har uttalat, utan att på denna punkt ifrågasättas av sökandena, syftar den granskning som genomförs av FMA vid förvärv av andelar i bankinstitut till att fastställa huruvida de potentiella köparna, mot bakgrund av kvalifikations- och erfarenhetskriterierna i 20 § BWG, kan påvisa sin tillförlitlighet när det gäller att säkerställa en solid och transparent drift av det berörda kreditinstitutet.

115 Tribunalen konstaterar att ett visst antal överväganden som framförts i förevarande mål, bland annat i repliken, rör utvecklingen av ny praxis med anledning av den världsomspännande finansiella krisen. Såsom framgår av den rättspraxis som nämns ovan i punkt 51, ska lagenligheten av ett kommissionsbeslut angående statligt stöd bedömas mot bakgrund av de uppgifter som kommissionen kunde ha tillgång till när beslutet antogs.

116 Tribunalen ska följaktligen inte beakta den utveckling som skett efter antagandet av beslutet, vilken per definition inte har kommit till kommissionens kännedom. Vidare finner tribunalen att de argument som rör dels den försiktighet som med anledning av finanskrisen numera måste gälla för kontrollorganen och de finansiella regleringsmyndigheterna, dels de eventuella ändringar i tillämplig rätt som gjorts med anledning av nämnda kris, inte kan upptas till sakprövning.

117 Vidare har sökandena i sina argument inte berört det förhållandet att konsortiets uttryckliga önskan att förvärva BB kunde betraktas som en vilja att etablera ett kreditinstitut i Österrike. Även om sökandena i detta hänseende har anfört införlivandet av en av deltagarna i konsortiet, nämligen Active Bank, har det emellertid inte visats att detta införlivande var planerat först efter den eventuella försäljningen av BB till konsortiet. Denna omständighet ingick inte heller bland de omständigheter som skulle beaktas i samband med granskningsförfarandet vid FMA.

118 Dessa allmänna överväganden bortser ifrån det förhållandet att FMA, såsom sökandena har framhållit i sina respektive ansökan, är skyldig att opartiskt granska varje ansökan om förvärv av andelar i ett finansinstitut. Det förhållandet att vissa av deltagarna i konsortiet ursprungligen var etablerade i Ukraina kan inte i sig utgöra en förklaring till varför tillståndsförfarandet skulle få en negativ utgång vid FMA.

119 När det sedan gäller de uppgifter som sökandena har åberopat rörande konsortiet, det vill säga avsaknaden av rating från ett erkänt internationellt institut, de påstådda bristerna i dess affärsplan, dess bristande erfarenhet och konsortiets planerade affärspolitik för BB, är inte heller dessa omständigheter relevanta för bedömningen av chanserna att vinna framgång med detta tillståndsförfarande vid FMA.

120 Sökandena har inte angett huruvida eller vilken utsträckning FMA beaktade dessa omständigheter i sin bedömning.

121 Vidare har sökandena, vilket även framhållits av kommissionen, genom sina argument angående de påstådda bristerna i konsortiets affärsplan, dess bristande erfarenhet och konsortiets planerade affärspolitik för BB, i själva verket anfört farhågor beträffande den affärsmässiga framtiden för BB, det vill säga den enhet som ska säljas. Dessa farhågor har i princip inte något samband med sådana farhågor som en säljare i en marknadsekonomi skulle beakta.

122 Sökandena har därefter i huvudsak hävdat att det följer av informella kontakter med FMA att det vid en försäljning till GRAWE var möjligt att räkna med ett tillståndsbeslut inom några veckor från försäljningen av BB, medan det var nödvändigt att avvakta ett tillståndsförfarande på sex månader eller till och med ett år vid en försäljning till konsortiet. Dessa uppgifter, som lämnades vid ett möte den 31 januari 2006, bekräftades den 2 mars 2006. Efter att ha upplysts om att utgången av tillståndsförfarandet var fullständigt öppen, utgick Land Burgenland ifrån att ”FMA inte skulle och sannolikt inte kunde godkänna konsortiets förvärv av banken”. Av detta skäl beslutade Land att överlåta BB till GRAWE.

123 Såsom kommissionen har angett i skäl 127 det angripna beslutet, uttalade sig FMA varken på ett negativt sätt eller i övrigt angående utgången av tillståndsförfarandet när den på ett informellt sätt meddelade att utgången var öppen. Kommissionen har inte missuppfattat innebörden av de uppgifter som lämnats av de österrikiska myndigheterna.

124 När det sedan gäller beaktandet av den sannolika tidsåtgången för tillståndsförfarandet vid FMA, erinrar tribunalen om att kommissionen ansåg att en eventuellt längre tidsåtgång för förfarandet vid FMA inte var av sådan art att det kunde utgöra ett hinder för försäljningen av BB till konsortiet.

125 Kommissionen motiverade sin ståndpunkt på följande sätt (se skäl 130 i det angripna beslutet):

”Även FMA-förfarandets tidslängd – mindre än tre månader i fallet med GRAWE, men upp till ett år i fallet med konsortiet – är dock inte i sig tillräckligt för att utesluta konsortiet som köpare. Österrike har hävdat att BB hade kunnat ta skada av en långvarig osäkerhet, vilket slutligen hade kunnat bringa banken i svårigheter. Kommissionen kan varken acceptera detta argument i princip eller i det konkreta fallet. I princip skulle detta nämligen motsvara en diskriminering av alla anbudsgivare utanför EU och eventuellt även anbudsgivare från en annan medlemsstat, eftersom samma argument skulle kunna åberopas för varje anbudsgivare som FMA vid den tidpunkten inte var bekant med, dvs. för varje icke-österrikiskt företag. När det gäller det konkreta fallet så konstaterar kommissionen att BB inte befann sig i svårigheter vid tidpunkten för försäljningen. Eftersom en försäljning hade eftersträvats ända sedan 2003, är det inte heller tillräckligt tydligt varför det var så bråttom. Det argument som har framförts i detta sammanhang om att anbudet från GRAWE var tidsbegränsat, kan inte heller accepteras, eftersom det i så fall hade öppnat sig flera möjligheter att påverka anbudsförfarandet på ett diskriminerande sätt.”

126 Tribunalen konstaterar att kommissionen anslutit sig till de österrikiska myndigheternas bedömning att det vid en försäljning av BB till konsortiet var nödvändigt att avvakta ett tillståndsförfarande som kunde pågå i upp till ett år (även om kommissionen ansåg att sex månader var troligare), medan tidsåtgången hade varit tre månader vid en försäljning av BB till GRAWE (se skäl 130 i det angripna beslutet).

127 Kommissionen ansåg däremot inte att detta förhållande var av sådan art att det kunde utesluta konsortiet och angav därvid två skäl. Det första skälet är av teoretisk art och avser risken för att diskriminera alla icke österrikiska anbudsgivare. Det andra skälet har ett samband med det aktuella fallet och avser konstaterandet att BB inte befann sig i svårigheter vid tidpunkten för överlåtelsen och att det därför inte förelåg några särskilda skäl till att skyndsamt sälja BB till GRAWE.

128 I likhet med vad sökandena har framhållit, tar det första skälet för att inte beakta längden på tillståndsförfarandet vid FMA, det vill säga risken för att diskriminera anbudsgivare etablerade i andra länder, inte hänsyn till den grundläggande åtskillnad som ska göras, vid fastställandet av huruvida det föreligger en fördel i den mening som avses i artikel 87.1 EG, mellan de skyldigheter som åvilar staten i egenskap av ett företag som utövar ekonomisk verksamhet och de skyldigheter som den kan ha i egenskap av offentligt organ (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 50 nämnda målet Ryanair mot kommissionen, punkt 84).

129 I förevarande fall gäller att även om staten agerar i egenskap av privat aktör i en marknadsekonomi i samband med beslutet att sälja BB, handlar den med stöd av sina rättigheter som offentligt organ när den agerar i egenskap av myndighet med uppgift att göra en granskning av förvärv och ökning av andelsinnehav avseende enheter inom den finansiella sektorn. Inte heller kan Land Burgenland kritiseras för det förhållandet att FMA beträffande GRAWE, som redan var känt av denna myndighet, meddelade att ett tillståndsbeslut skulle kunna fattas inom några veckor, medan tillståndsförfarandet för en privatisering av BB när det gäller konsortiet, som var okänt för FMA – vilket innebar en grundligare undersökning – sannolikt skulle ta flera månader.

130 Kommissionen har således felaktigt lagt en risk för åsidosättande av principen om likabehandling av anbudsgivarna till grund för sin ståndpunkt att den sannolikt längre tidsåtgången för tillståndsförfarandet vid FMA vid en försäljning av BB till konsortiet inte kunde utgöra något hinder för en sådan försäljning. Det föreligger nämligen en motsättning mellan å ena sidan det förhållandet att Land Burgenlands inställning prövas mot bakgrund av kriteriet avseende en privat aktör i en marknadsekonomi och å andra sidan det förhållandet att delstaten kritiseras för risken för ett åsidosättande av icke-diskrimineringsprincipen på grund av skillnaden i tidsåtgång mellan tillståndsförfarandet vid en försäljning av BB till GRAWE och tillståndsförfarandet vid en försäljning till konsortiet.

131 Denna felaktighet är emellertid av sådan beskaffenhet att det angripna beslutet kan ogiltigförklaras endast om kommissionen inte har anfört någon annan giltig motivering till stöd för sin ståndpunkt. Enligt fast rättspraxis kan en felaktig motivering i en rättsakt inte utgöra grund för en ogiltigförklaring av rättsakten om det föreligger andra tillräckliga skäl till stöd för rättsakten (se domstolens dom av den 7 april 2011 i mål C-321/09 P, Grekland mot kommissionen, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 61 och där angiven rättspraxis).

132 När det gäller det andra skälet som anförts av kommissionen i detta sammanhang, vilket grundar sig på det aktuella fallet och enligt vilket det inte förelåg några sådana särskilda skäl för skyndsamhet som motiverar en försäljning av BB till GRAWE i stället för till konsortiet, har tribunalen inte några invändningar mot detta. Det framgår visserligen av redogörelsen för de faktiska omständigheterna att de åtgärder som vidtagits av Land Burgenland för en försäljning av BB gick tillbaka till år 2003 och att, såsom sökandena har hävdat, det var just på grund av att privatiseringsförfarandet avseende BB hade varit så långdraget och kostsamt som Land Burgenland inte ville missa ytterligare ett tillfälle att avyttra BB. Det kan inte heller uteslutas att Land Burgenland, med hänsyn till de tvivel som den hyste

när det gäller utgången av tillståndsförfarandet vid FMA, föredrog att sälja BB till GRAWE, vars anbud hade begränsad giltighet. Land Burgenland skulle emellertid ha varit tvungen att åberopa konkreta omständigheter för att visa att den långa tidsåtgången för förfarandet vid FMA vid en försäljning av BB till konsortiet allvarligt äventyrade privatiseringsmöjligheterna. Detta har emellertid inte visats.

133 Det framgår av samtliga dessa överväganden att kommissionen inte gjorde någon uppenbart oriktig bedömning när den konstaterade att varken den osäkra utgången eller den sannolikt längre tidsåtgången för förfarandet vid FMA – vid ett beslut att sälja BB till konsortiet – motiverade att konsortiet uteslöts som köpare.

134 Tribunalen godtar inte heller sökandenas argument att kommissionen var alltför sträng i sin tillämpning av testet avseende en privat investerare i en marknadsekonomi när den i det aktuella fallet krävde att det ska vara ”uppenbart att försäljningen till den högstbjudande inte kan genomföras” (se skäl 120 i det angripna beslutet).

135 Det framgår nämligen klart av en genomläsning av de skäl i det angripna beslutet som rör transaktionssäkerheten att den åberopade formuleringen har tolkats på ett felaktigt sätt. Kommissionen har nämligen noggrant prövat alla argument som de österrikiska myndigheterna har anfört för att påvisa den osäkra utgången av tillståndsförfarandet vid FMA och den sannolikt långa tidsåtgången. Kommissionen har klart angett att det inte ”råder … något tvivel om att en säljare som verkar i en marknadsekonomi skulle avstå från en köpare som med [all] sannolikhet inte skulle få det erforderliga tillståndet från FMA (eller någon annan i processen deltagande myndighet)” (skäl 125 i det angripna beslutet).

136 Kommissionen har således inte förnekat att Land Burgenland har ett visst ”prognosutrymme” i förevarande fall. Kommissionen har endast dragit slutsatsen att det varken finns bevis för eller uppgifter om att FMA skulle förbjuda en försäljning till konsortiet (se skäl 133 det angripna beslutet).

137 Sökandena har inte heller angett hur de kom till slutsatsen att det förelåg en 50-procentig sannolikhet för att försäljningen av BB till konsortiet inte skulle genomföras (och *e contrario* en 50-procentig sannolikhet för att så skulle ske).

138 Vad slutligen avser frågan huruvida motiveringsskyldigheten iakttagits vad gäller beaktandet av tillståndsförfarandet vid FMA, erinrar tribunalen om att det följer av fast rättspraxis att den motivering som krävs enligt artikel 253 EG ska vara anpassad till rättsaktens beskaffenhet. Av motiveringen ska klart och tydligt framgå hur den institution som har antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och så att domstolen ges möjlighet att utföra sin prövning. Frågan huruvida kravet på motivering är uppfyllt ska bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, särskilt rättsaktens innehåll, de anförda skälen och det intresse av att få förklaringar som de vilka rättsakten är riktad till, eller andra personer som direkt eller personligen berörs av den, kan ha. Det krävs dock inte att alla relevanta faktiska och rättsliga omständigheter anges i motiveringen, eftersom bedömningen av om motiveringen av ett beslut uppfyller kraven i artikel 230 EG inte ska ske endast utifrån rättsaktens ordalydelse utan även utifrån sammanhanget och samtliga rättsregler på det ifrågavarande området (se domen i det ovan i punkt 51 nämnda målet Chronopost och La Poste mot UFEX m.fl., punkt 88 och där angiven rättspraxis).

139 Tribunalen konstaterar i förevarande fall att sökandena, med hänsyn till den utförliga redogörelse som lämnats i skälen 125–133 i det angripna beslutet, kunde följa det resonemang som ledde kommissionen till slutsatsen att en säljare som agerar i en marknadsekonomi inte skulle ha uteslutit konsortiet som köpare av BB på grundval av resultatet av tillståndsförfarandet vid FMA. Vidare kunde tribunalen, vilket följer av prövningen av denna grund, med stöd av denna redogörelse utföra en prövning av detta resonemang.

140 Mot bakgrund av ovanstående överväganden, kan talan inte heller bifallas på den tredje grunden.

Den fjärde grunden: Huruvida det skett en felaktig tillämpning av artikel 87.1 EG med hänsyn till att Land Burgenland hade rätt att beakta de finansiella risker som var knutna till Ausfallhaftung

Parternas argument

141 Sökandena anser tvärtemot vad kommissionen har gjort gällande att en privat säljare nödvändigtvis hade beaktat de risker som är förknippade med Ausfallhaftung. Den åtskillnad som kommissionen har gjort mellan offentliga och privata säljare är därför särskilt artificiell och formalistisk, eftersom den inte ger en realistisk bild av de ekonomiska aktörernas beteende på marknaden.

142 Sökandena har för det första gjort gällande att även om det faktiskt i målen Gröditzer Stahlwerke (domstolens dom av den 28 januari 2003 i mål C-334/99, Tyskland mot kommissionen, REG 2003, s. I-1139, punkterna 136 och följande punkter), Stardust Marine (domstolens dom av den 16 maj 2002 i mål C-482/99, Frankrike mot kommissionen, REG 2002, s. I-4397) och BP Chemicals (förstainstansrättens dom av den 15 september 1998 i mål T-11/95, BP Chemicals mot kommissionen, REG 1998, s. II-3235) hänvisades till frågan om staten hade påtagit sig avtalsrättsliga skyldigheter i egenskap av aktieägare eller i egenskap av offentligt organ, skilde sig omständigheterna i dessa mål klart från de omständigheter som är aktuella i förevarande fall.

143 I förevarande fall agerade inte Land Burgenland gentemot BB i egenskap av offentligt organ och beviljade inte Ausfallhaftung med utövande av sina befogenheter som offentligt organ. Sökandena har särskilt framhållit att denna garanti grundar sig på en bestämmelse i österrikiskt privaträtt, nämligen 1356 § Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch rörande Ausfallbürgschaft (betalningsgaranti). Ausfallhaftung motsvarar en ”civilrättslig garantiförklaring” (Patronatserklärung) – som skiljer sig från de statliga garantier som beviljas av tyska delstater (Anstaltslast och Gewährträgerhaftung) – genom vilken Land Burgenland förbättrar bankens ekonomiska situation och endast återspeglar delstatens intressen i egenskap av ägare. Denna bedömning motsvarar för övrigt praxis från Oberste Gerichtshof (Österrikes högsta domstol), som i en dom av den 4 april 2006 förklarade att ”Ausfallhaftung fungerar som ersättning för eget kapital” och ”utgör därigenom ett instrument för att finansiera eget kapital”. Det förhållandet att Land Burgenland har gjort åtaganden enligt Ausfallhaftung som fastställts i lagstiftning beror på att det är nödvändigt att uppnå tillräcklig publicitet för det aktuella åtagandet.

144 Sökandena har vidare gjort gällande att kommissionen har medgett att Ausfallhaftung, som beviljades till förmån för österrikiska banker, utgjorde ett befintligt statligt stöd och därigenom var rättsenligt fram till och med övergångsperiodens utgång. Verkan av Ausfallhaftung borde ha beaktats i samband med bedömningen av den omtvistade privatiseringsåtgärden. Kommissionens tillvägagångssätt i detta hänseende är motsägelsefullt och äventyrar möjligheterna för en delstat att privatisera en bank när den inte samtidigt kan minimera risken för att behöva ingripa i enlighet med Ausfallhaftung.

145 Sökandena anser vidare att kommissionen i det angripna beslutet inte på ett sammanhängande sätt redogjorde för det förhållandet att Ausfallhaftung inte beaktades. Kommissionen kunde inte avstå från att bedöma konsekvenserna av Ausfallhaftung i samband med granskningen av beslutet att överlåta BB till GRAWE och samtidigt beakta det belopp som skulle betalas enligt denna garanti vid beräkningen av stödinslaget (se skäl 170 i det angripna beslutet).

146 Sökandena anser att kommissionens tillvägagångssätt utgör ett hinder för privatiseringen och att det strider mot 2004 års beslut, i vilket beviljandet av stöd villkorades av en omstrukturering av privatiseringen av BB.

147 Slutligen har sökandena framhållit att Land Burgenland i väsentlig mån minskade Ausfallhaftungs konkurrenssnedvridande verkan genom att fatta beslutet att överlåta BB till GRAWE, det vill säga ett företag med en solid rating och en mycket låg riskprofil. Vidare hade Land Burgenland för avsikt att dess handlande skulle omfattas av de ändamålsenliga åtgärder som hade överenskommits beträffande omstruktureringsstödet enligt 2004 års beslut.

148 Kommissionen har bestritt samtliga påståenden.

Tribunalens bedömning

149 Kommissionen har i det angripna beslutet (se särskilt fotnot nr 9 i skäl 21) beskrivit Ausfallhaftung som en lagstadgad garanti som innebär en skyldighet för de statliga myndigheterna, särskilt de regionala myndigheterna, att ingripa vid det berörda kreditinstitutets insolvens eller likvidation. Enligt denna garanti har kreditinstitutens borgenärer rätt att vända sig direkt till den myndighet som ställt ut garantin för det fall kreditinstitutet befinner sig i en likvidations- eller insolvenssituation och dess tillgångar inte räcker för att betala borgenärernas fordringar. Denna beskrivning av Ausfallhaftung har inte formellt bestritts av sökandena.

150 Det framgår av kommissionens förslag till ändamålsenliga åtgärder beträffande Ausfallhaftung att Republiken Österrike hade åtagit sig att avskaffa denna garanti efter en övergångsperiod. I det konkreta fallet och såsom framgår ovan av punkt 3 omfattades de skyldigheter som förelåg den 2 april 2003 av Ausfallhaftung till och med förfallodagen. Under övergångsperioden, som löpte ut den 1 april 2007, bibehölls Ausfallhaftung för nya skyldigheter som löpte fram till och med den 30 september 2017, med mindre de aktuella finansinstituten hade privatiserats vid ett tidigare datum.

151 Härav följer att även om BB privatiserades skulle Land Burgenland fortsätta att vara garant för banken dels såvitt avser skyldigheter som ingåtts före den 2 april 2003 (och oavsett förfallodagen för dessa skyldigheter), dels såvitt avser skyldigheter som ingåtts under övergångsperioden (som upphör vid tidpunkten för privatiseringen) som löper fram till och med den 30 september 2017.

152 Det är mot denna bakgrund som sökandena har hävdat att kommissionen nödvändigtvis var tvungen att beakta Ausfallhaftung vid sin bedömning av köpanbudet. Denna garanti täckte vid tidpunkten för försäljningen åtaganden i BB på närmare 3,1 miljard euro. Eftersom Land Burgenland kunde bli tvungen att garantera eventuella förluster i BB efter privatiseringen, hade delstaten i syfte att motverka risken för likvidation eller omstrukturering av BB rätt att förvissa sig om att nämnda köpare uppvisade sådana tillräckliga garantier för seriositet och solvens som gick utöver köparens rena förmåga att erlägga köpeskillingen. Slutligen har de österrikiska myndigheterna påstått att det var fullständigt motiverat att överlåta banken till GRAWE till ett pris som var betydligt lägre än det som erbjudits av konsortiet, med hänsyn till den lägre risken för att behöva fullgöra garantiskyldigheten enligt Ausfallhaftung.

153 Enligt kommissionens ståndpunkt kunde Ausfallhaftung, som tidigare hade kvalificerats som befintligt stöd, inte beaktas när det som i förevarande fall är fråga om att granska en viss transaktion mot bakgrund av principen om en privat aktör i en marknadsekonomi. Det åberopade skälet grundar sig på det förhållandet att denna garanti, som har ansetts utgöra stöd, per definition inte utgör ett sådant stöd som en privat säljare hade beviljat. Kommissionen anförde följande skäl i det angripna beslutet för att inte beakta Ausfallhaftung:

> ”(135) Enligt kommissionen hade Land Burgenland inte behövt ta hänsyn till den statliga garantin. Om hänsyn togs till den statliga garantin skulle, såsom redovisas i beslutet om att inleda ett förfarande, Land Burgenlands roll som givare av statliga stöd och säljare av banken ha blandats ihop.

…

(137) … Österrikes ståndpunkt stöds inte av något precedensfall, i vilket en privat investerare i en marknadsekonomi hade tagit hänsyn till en som statligt stöd klassificerad garanti: Per definition hade ingen privat investerare som verkar i en marknadsekonomi övertagit någon garanti som inte hade motsvarat den marknadsekonomiska investerarprincipen, och beslutet om att avskaffa den statliga garantin bekräftar att den statliga garantin inte beviljades på marknadsmässiga villkor. Domstolen har fattat beslut om att ingen hänsyn får tas till garantier som har klassificerats som olagliga stöd vid beräkningen av de förväntade likvidationskostnaderna. Detta innebär å andra sidan inte att hänsyn får tas till ett varaktigt stöd. Enligt kommissionen är det inte relevant om det rör sig om ett olagligt eller varaktigt stöd. Så länge åtgärden klassificeras som statligt stöd skulle ingen säljare som verkar i en marknadsekonomi vidgått den och därmed inte beaktat en sådan åtgärd.”

154 Tribunalen delar denna ståndpunkt som framförts av kommissionen.

155 Det framgår visserligen av rättspraxis att det för en tillämpning av kriteriet om en privat investerare ska göras åtskillnad mellan de skyldigheter som staten åtar sig som aktieägare i ett företag och de skyldigheter som den kan ha i egenskap av offentligt organ (dom av den 14 september 1994 i de förenade målen C-278/92-C-280/92, Spanien mot kommissionen, REG 1994, s. I-4103, punkt 22).

156 I domen i det ovan i punkt 142 nämnda målet Tyskland mot kommissionen (punkterna 133–141), slog domstolen således fast att olika lån och garantier, som en privat investerare aldrig skulle ha beviljat på samma villkor och som skulle kvalificeras som olagligt statligt stöd, inte kunde beaktas i samband med prövningen av huruvida Gröditzer Stahlwerkes likvidation var kostsammare än en privatisering till ett negativt försäljningspris.

157 Det är således felaktigt såsom sökandena har hävdat att nämnda mål inte är relevant på grund av att det rörde ett olagligt statligt stöd och inte ett befintligt stöd. Det som är avgörande vid tillämpningen av kriteriet om en privat aktör är nämligen att fastställa huruvida de ifrågavarande åtgärderna är sådana åtgärder som en privat aktör i en marknadsekonomi, som mer eller mindre långsiktigt har för avsikt att generera vinst, skulle bevilja. Oberoende av hur de omtvistade åtagandena hade kunnat kvalificeras, är dessutom den grundläggande frågan huruvida dessa åtaganden är sådana åtaganden som en privat aktör i en marknadsekonomi hade kunnat ingå.

158 Även om det antas att de österrikiska myndigheterna, med bortseende ifrån den tvingande karaktären på beslut K(2003) 1329 slutlig, inom ramen för förevarande förfarande skulle ha kunnat ifrågasätta det förhållandet att Ausfallhaftung kvalificerades som statligt stöd i samma beslut, konstaterar tribunalen med hänsyn till den beskrivna karaktären på det regelverk som införts genom Ausfallhaftung, att denna garanti inte har beviljats på normala marknadsvillkor och således inte kan beaktas vid bedömningen av nämnda myndigheters beteende med tillämpning av kriteriet avseende en privat investerare i en marknadsekonomi.

159 Mot bakgrund av samtliga dessa överväganden kan kommissionen inte kritiseras för att inte ha beaktat Ausfallhaftung i samband med utvärderingen av de anbud om köp av BB som ingetts av konsortiet respektive GRAWE.

160 Härav följer att talan inte kan vinna bifall på den fjärde grunden.

Den femte grunden: Huruvida kommissionen har gjort en felaktig tillämpning av principen om en privat säljare i en marknadsekonomi i samband med prövningen av det alternativa argumentet om de risker som är förknippade med Ausfallhaftung

161 I den femte grunden har sökandena i huvudsak hävdat att kommissionen gjort en felaktig prövning av det alternativa argumentet om de finansiella risker som Land Burgenland skulle ha löpt om den hade beslutat att sälja BB till konsortiet. De har bland annat framhållit att bedömningen av omfattningen av likviditetsförlusterna efter ett ianspråktagande av Ausfallhaftung grundar sig på felaktiga antaganden och är otillräckligt motiverad. Kommissionen har för övrigt beträffande ett scenario med en eventuell likvidation av BB felaktigt underlåtit att beakta ett oberoende expertutlåtande, vilket Land Burgenland inte kunde annat än att hysa tilltro till.

162 Tribunalen erinrar om att kommissionen för fullständighetens skull prövade sökandenas argument angående ett beaktande av Ausfallhaftung (se skälen 144–157 i det angripna beslutet). Vid denna prövning kom kommissionen till slutsatsen att GRAWE:s anbud, även om den hade anslutit sig till Republiken Österrikes ståndpunkt och beaktat Ausfallhaftung, inte utgjorde det förmånligaste anbudet.

163 Tribunalen fastställer kommissionens huvudsakliga argumentation, nämligen de argument som ledde till slutsatsen att Ausfallhaftung inte kunde beaktas vid bedömningen av anbuden om köp avseende BB (se den fjärde grunden), och det saknas därför anledning att pröva förevarande grund i sak, vilken enbart riktar sig mot de alternativa argument som framförts och per definition inte kan påverka det slutliga avgörandet som fastställts av kommissionen. Det följer nämligen av fast rättspraxis att en felaktig motivering i en rättsakt inte kan utgöra grund för en ogiltigförklaring av rättsakten, om den har angetts för fullständighetens skull och det föreligger andra tillräckliga skäl till stöd för rättsakten (se domen i det ovan i punkt 131 nämnda målet Grekland mot kommissionen, punkt 61 och där angiven rättspraxis).

164 Förevarande grund saknar således verkan.

Den åttonde grunden: Huruvida kommissionen gjorde en felaktig bedömning av utgivandet av obligationer med stöd av Ausfallhaftung

Parternas argument

165 Sökandena har hävdat att kommissionen felaktigt kom till slutsatsen att utgivandet av de ytterligare obligationslånen på 380 miljoner euro till förmån för GRAWE dagen innan försäljningen slutfördes innebar att dessa bolag erhöll en fördel. Kommissionen underlät bland annat att beakta, vilket framgår av olika vittnesuppgifter och den emissionskalender som lämnats av de österrikiska myndigheterna, att de båda anbudsgivarna underrättades om de nya obligationsemissionerna och att båda anbudsgivarna drog fördel av dessa i samma utsträckning. Vidare underlät kommissionen att jämföra de båda anbudsgivarnas respektive fördel från utgivandet av nya obligationer, med hänsyn till riskprofil och deras olika rating. Sökandena har bland annat gjort gällande att den fördel som var kopplad till Ausfallhaftung var mycket begränsad för GRAWE, med hänsyn till dess mycket goda rating. Konsortiet däremot hade dragit en enorm fördel av emissionen, vilket klart skulle ha kompenserat köpeskillingen. Vid jämförelsen av de båda köpanbuden tog kommissionen över huvud taget inte någon hänsyn till detta, vilket utgjorde ett uppenbart fel i samband med fastställandet av de faktiska omständigheterna.

166 Vidare anser sökandena att även om det antas att det enbart var GRAWE som utlovats ett utgivande av ytterligare obligationslån på 380 miljoner euro, drog GRAWE en ringa fördel av detta med hänsyn till dess utmärkta riskprofil.

167 Kommissionen har bestritt samtliga dessa påståenden.

Tribunalens bedömning

168 Tribunalen erinrar om att kommissionen i skäl 171 i det angripna beslutet gjorde följande konstaterande:

”Emissionen av ytterligare obligationer till ett belopp på 380 miljoner EUR inom ramen för den statliga garantin har varken nämnts i Process Letter eller i utkastet till avtal med GRAWE. Enligt kommissionen har detta avtal spelat en betydande roll i försäljningsprocessen och skulle även ha nämnts i utkastet till avtal med konsortiet. Dessutom bekräftade konsortiet att man inte hade tagit någon hänsyn till emissionen av ytterligare obligationer i sitt anbud. Enligt kommissionen kräver den fördel som GRAWE har fått på grund av den mer fördelaktiga refinansieringssituationen på grund av de ytterligare 380 miljoner EUR som ställdes till förfogande en justering i form av en ökning av skillnaden mellan konsortiets anbud och den verkliga köpesumman. Underlaget för beräkningen är de räntor som BB betalar för de ytterligare obligationerna på 380 miljoner EUR jämfört med refinansieringskostnaderna för BB efter den avslutade försäljningen.”

169 Det är denna slutsats som sökandena har kritiserat i förevarande grund. De har i huvudsak gjort gällande att uppjusteringen av det sammanlagda värdet av den fördel som GRAWE erhöll på grund av utgivandet av ytterligare obligationer på 380 miljoner euro inte tog hänsyn till det förhållandet att denna obligationsemission även gynnade konsortiet.

170 Kommissionen har, vilket framgår av skälen 148 och 171 i det angripna beslutet, inte underlåtit att inbegripa denna emission av ytterligare obligationer i det likvidationsscenario – vilket utgjorde en alternativ argumentation – som anförts av de österrikiska myndigheterna vid en eventuell försäljning till konsortiet. Kommissionen begränsade sig därvid i samband med bedömningen av storleken på den fördel som beviljats GRAWE till att konkret ange att det anbud som ingetts av konsortiet inte tog hänsyn till utgivandet av ytterligare obligationer. Kommissionen beaktade i detta sammanhang dels att utgivandet av ytterligare obligationer till ett värde av 380 miljoner euro varken nämndes i Process Letter eller i utkastet till avtal med konsortiet, dels att konsortiet bekräftade att det faktiskt inte tagit denna emission i beaktande.

171 Sökandenas argument att GRAWE, även om det antas att utgivandet av ytterligare obligationer enbart hade erbjudits dessa bolag, inte erhöll någon ytterligare fördel på grund av dess högre finansiella rating och dess bättre riskprofil jämfört med konsortiet grundar sig inte på någon övertygande förklaring och kan redan av detta skäl inte godtas.

172 Även om det antas att sökandena i förevarande grund i själva verket vill framhålla den finansiella risk som Land Burgenland löper på grund av Ausfallhaftung, erinrar tribunalen om, vilket framgår av prövningen av den fjärde grunden (se ovan punkt 158), att denna garanti inte utgör en omständighet som ska beaktas när den omtvistade åtgärden bedöms mot bakgrund av kriteriet avseende en privat investerare i en marknadsekonomi. Vidare ska det, såsom kommissionen har framhållit, vid bedömningen av storleken på stödet inte fastställas vilken hypotetiskt fördel som skulle ha kommit BB till godo om banken hade förvärvats av konsortiet, utan vilken fördel som GRAWE konkret och objektivt beviljades.

173 Talan kan således inte bifallas på den åttonde grunden.

Den nionde grunden: Huruvida kommissionen i flera fall har gjort en felaktig tillämpning av artikel 87.1 EG i samband med fastställandet av stödinslaget

Parternas argument

174 Sökandena har kritiserat kommissionen för att ha slagit fast att det förelåg ett stöd utan att med säkerhet ha fastställt att GRAWE hade gynnats. Detta utgör en felaktig tillämpning av artikel 87.1 EG, med hänsyn till att kommissionen inte gör en tillräcklig åtskillnad mellan förekomsten av ett stöd och storleken på stödinslaget. Sökandena har även kritiserat kommissionen för att, i skäl 156 i det angripna beslutet, inte ha beaktat risken för att konsortiet inte skulle betala priset när konsortiets anbud jämfördes med anbudet från GRAWE, vilket utgör ett uppenbart fel i samband med fastställandet av de faktiska omständigheterna. Slutligen har sökandena kritiserat kommissionen för att i skäl 174 andra meningen i det angripna beslutet ha krävt att den fördel som kan erhållas genom ett uppskjutande av förluster i skattehänseende skulle beaktas, trots att de skattemässiga fördelarna av transaktionen inte har prövats beträffande konsortiet.

175 Kommissionen har bestritt sökandenas argument.

Tribunalens bedömning

176 Sökandena har genom sina argument kritiserat kommissionen för att ha slagit fast att det förelåg en fördel utan att försäkra sig om att de justeringar som angetts i skälen 167–174 i det angripna beslutet, vilka syftar till att beakta olikheterna mellan de två anbud som lämnats och den ytterligare fördel som kommit GRAWE till godo genom utgivandet av ytterligare obligationer till ett värde av 380 miljoner euro, får till resultat att det föreligger ett negativt stöd.

177 Med bortseende ifrån det alternativt framförda resonemanget angående likvidationsscenariot, och med hänsyn till att kommissionen inte gjorde någon uppenbart oriktig bedömning när den fastställde att det enbart var den ytterligare fördel som kom GRAWE till godo genom utgivandet av ytterligare obligationer på 380 miljoner euro som skulle beaktas (se ovan punkterna 168–171), finner tribunalen att sökandena inte har kunnat visa att nämnda justeringar leder till en neutralisering av den finansiella fördel som GRAWE erhöll genom privatiseringen av BB.

178 Utgångsbeloppet för det stöd som ska återkrävas har nämligen i princip beräknats utifrån skillnaden på 54,7 miljoner euro mellan konsortiets köpanbud och det försäljningspris som GRAWE faktiskt betalade, ett belopp som ska justeras med hänsyn till olikheter i de parametrar som GRAWE och konsortiet i det konkreta fallet beaktade i sina respektive anbud avseende köp av BB. I det angripna beslutet anges emellertid enbart två olika slags nedjusteringar, nämligen en nedjustering på 2,1 miljoner euro till följd av olikheter vad gäller straffavgiften för förhandsinlösen (se skäl 168 i det angripna beslutet), och en nedjustering, till ett belopp som senare ska fastställas, som motsvarar överförandet av fyra fastighetsbolag till Land Burgenland (se skälen 18 och 172 i det angripna beslutet).

179 Härav följer att talan inte kan bifallas på den nionde grunden.

180 Av det ovanstående följer att talan i målen ska ogillas.

Rättegångskostnader

181 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att sökandena ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Republiken Österrike och Land Burgenland har tappat respektive mål, ska kommissionens yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (sjätte avdelningen)

följande:

1) Talan i målen ogillas.

2) Republiken Österrike och Land Burgenland förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

Jaeger Wahl Soldevila Fragoso

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 28 februari 2012.

Underskrifter