ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

24 oktober 2013 *

„Hogere voorziening — Mededinging — Staatssteun — Onwettig en onverenigbaar met gemeenschappelijke markt verklaarde steun — Bij privatisering van Bank Burgenland AG aan groep Grazer Wechselseitige (GRAWE) toegekende steun — Bepaling van marktprijs — Aanbestedingsprocedure — Onrechtmatige voorwaarden zonder invloed op hoogste bod — Zogeheten criterium van ‚particuliere verkoper' — Onderscheid tussen verplichtingen van Staat die overheidsprerogatieven uitoefent en van Staat die handelt als aandeelhouder — Onjuiste opvatting van bewijselementen — Motiveringsplicht"

In de gevoegde zaken C-214/12 P, C-215/12 P en C-223/12 P,

betreffende hogere voorzieningen krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op respectievelijk 7, 8 en 7 mei 2012,

Land Burgenland, vertegenwoordigd door U. Soltész, P. Melcher en A. Egger, Rechtsanwälte,

rekwirant,

ondersteund door:

Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door K. Petersen, T. Henze en J. Möller als gemachtigden,

interveniënte in hogere voorziening,

andere partijen in de procedure:

Europese Commissie, vertegenwoordigd door L. Flynn, V. Kreuschitz en T. Maxian Rusche als gemachtigden,

verweerster in eerste aanleg,

Republiek Oostenrijk,

verzoekster in eerste aanleg (C-214/12 P),

Grazer Wechselseitige Versicherung AG, gevestigd te Graz (Oostenrijk), vertegenwoordigd door H. Wollmann, Rechtsanwalt,

rekwirante,

* Procestaal: Duits.

andere partij in de procedure:

Europese Commissie, vertegenwoordigd door L. Flynn, V. Kreuschitz en T. Maxian Rusche als gemachtigden,

verweerster in eerste aanleg (C-215/12 P),

en

Republiek Oostenrijk, vertegenwoordigd door C. Pesendorfer en J. Bauer als gemachtigden,

rekwirante,

ondersteund door:

Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door K. Petersen, T. Henze en J. Möller als gemachtigden,

interveniënte in hogere voorziening

andere partijen in de procedure:

Europese Commissie, vertegenwoordigd door L. Flynn, V. Kreuschitz en T. Maxian Rusche, als gemachtigden,

verweerster in eerste aanleg,

Land Burgenland, vertegenwoordigd door U. Soltész, P. Melcher en A. Egger, Rechtsanwälte,

verzoeker in eerste aanleg (C-223/12 P),

wijst

HET HOF (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: R. Silva de Lapuerta, kamerpresident, J. L. da Cruz Vilaça, G. Arestis, J.-C. Bonichot en A. Arabadjiev (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: M. Wathelet,

griffier: M. Aleksejev, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 19 juni 2013,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

Arrest

1 Met hun hogere voorzieningen vorderen Land Burgenland (C-214/12 P) en de Republiek Oostenrijk (C-223/12 P) vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 28 februari 2012, Land Burgenland en Oostenrijk/Commissie (T-268/08 en T-281/08; hierna: „arrest Burgenland”),

waarbij het Gerecht hun beroepen tot nietigverklaring van beschikking 2008/719/EG van de Commissie van 30 april 2008 betreffende staatssteun C 56/06 (ex NN 77/06) van Oostenrijk voor de privatisering van Bank Burgenland (PB L 239, blz. 32; hierna: „litigieuze beschikking") heeft verworpen.

2 Met haar hogere voorziening (C-215/12 P) vordert Grazer Wechselseitige Versicherung AG (hierna: „GRAWE") vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 28 februari 2012, Grazer Wechselseitige Versicherung/Commissie (T-282/08, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie; hierna: „arrest GRAWE"), waarbij het Gerecht haar beroep tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking heeft verworpen.

Voorgeschiedenis van het geding

3 Tot aan haar privatisering was Hypo Bank Burgenland AG (hierna: „BB") een regionale bank in de vorm van een vennootschap op aandelen naar Oostenrijks recht, gevestigd te Eisenstadt (Oostenrijk). BB had in 2005 een totale balanswaarde van 3,3 miljard EUR en was voor 100 % in handen van Land Burgenland.

4 Volgens § 4 van het Landes-Hypothekenbank Burgenland-Gesetz (wet betreffende hypotheekbanken van Land Burgenland, LGBl. 58/1991), in de versie als bekendgemaakt in LGBl. 63/1998, is Land Burgenland overeenkomstig § 1356 van het Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (Oostenrijks burgerlijk wetboek) bij insolventie van BB aansprakelijk voor alle verplichtingen van deze laatste. De bepalingen van deze wet geven de schuldeisers van die bank rechtstreekse rechten tegen de garantieverlener, die echter uitsluitend verplicht is tot betaling wanneer de activa van de bank onvoldoende zijn om tegemoet te komen aan de vorderingen.

5 Deze garantieregeling ten gunste van de openbare kredietinstellingen, „Ausfallhaftung" geheten, in het bijzonder die van die deelstaat voor BB en haar rechtsvoorgangers, bestaat in nagenoeg ongewijzigde vorm sinds 1928. Zij was noch temporeel, noch tot een bepaald bedrag beperkt.

6 Krachtens een overeenkomst tussen de Commissie van de Europese Gemeenschappen en de Republiek Oostenrijk op basis waarvan beschikking C(2003) 1329 def. van de Commissie van 30 april 2003 betreffende steunmaatregel E 8/02 was vastgesteld (PB C 175, blz. 8), moest de Ausfallhaftung op 1 april 2007 zijn opgeheven. Voor alle op 2 april 2003 bestaande verplichtingen bleef de Ausfallhaftung in beginsel gelden tot de vervaldag ervan. In de periode van 2 april 2003 tot 1 april 2007 kon de Ausfallhaftung, wat de nieuwe verplichtingen betreft, worden gehandhaafd op voorwaarde dat zij vóór 30 september 2017 vervielen.

7 Na twee vruchteloze pogingen in 2003 en 2005 startte Land Burgenland een derde procedure tot privatisering van BB. Daarmee werd de investeringsbank HSBC Trinkaus & Burkhardt KGaA, Düsseldorf (Duitsland), samen met HSBC plc, Londen (Verenigd Koninkrijk) (hierna samen: „HSBC") belast. Deze procedure begon in oktober 2005 met de bekendmaking van een aanbesteding in de pers.

8 Twee bieders, te weten, enerzijds, GRAWE, een Oostenrijkse onderneming met een ruim aanbod aan verzekeringsdiensten alsmede financiële diensten en leasing, die in 2006 grote rechtstreekse belangen had in twee financiële ondernemingen in de bank- en investeringssector, samen met GW Beteiligungserwerbs- und -verwaltungs-GmbH, en, anderzijds, een Oostenrijks-Oekraïens consortium met de Oostenrijkse ondernemingen SLAV AG en SLAV Finanzbeteiligung GmbH en de Oekraïense aandelenvennootschappen Ukrpodshipnik en Ilyich (hierna: „consortium"), deden bindende biedingen. Vervolgens werden deze biedingen individueel onderzocht en de contractuele onderhandelingen daarover werden op 4 maart 2006 afgesloten.

9 Land Burgenland besloot op 5 maart 2006 tot gunning van BB aan GRAWE, ondanks haar duidelijk lagere geboden koopprijs (100,3 miljoen EUR) dan die van het consortium (155 miljoen EUR). Dit besluit berustte met name op een schriftelijke aanbeveling van HSBC van 4 maart 2006, die op de dag van het besluit werd aangevuld met mondelinge toelichtingen voor leden van de regering van Land Burgenland. In de aanbeveling van HSBC wordt in wezen gesteld dat de koopprijs weliswaar voor gunning aan het consortium pleit, maar dat de andere selectiecriteria, namelijk de zekere betaling van de prijs, de voortzetting van BB zonder beroep op de Ausfallhaftung, de kapitaalverhogingen en de transactiezekerheid, gunning aan GRAWE geboden.

10 De verkoop van BB, die de autoriteiten van Land Burgenland op 7 maart 2006 formeel goedkeurden, werd op 12 mei 2006 afgesloten. Vóór de afsluiting gaf BB in het kader van de Ausfallhaftung obligaties ten belope van 700 miljoen EUR uit, waarvan 320 miljoen EUR waren voorzien in de voorwaarden van de privatisering en waarvan de „extra" 380 miljoen EUR niet voorkwamen, volgens punt 35 van de litigieuze beschikking, in de conceptovereenkomsten met GRAWE en het consortium.

11 Op 4 april 2006 diende het consortium een klacht in bij de Commissie waarin het stelde dat de Republiek Oostenrijk bij de privatisering van BB de regels inzake staatssteun had geschonden. De klager voerde met name aan dat de aanbestedingsprocedure, die jegens hem partijdig, niet transparant en discriminerend was geweest, had geleid tot overdracht van BB niet aan de hoogste bieder, namelijk het consortium, maar aan GRAWE.

12 De Commissie stelde de Oostenrijkse autoriteiten bij brief van 21 december 2006 in kennis van haar besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure van artikel 88, lid 2, EG ten aanzien van de verkoop van BB aan GRAWE. Deze beslissing werd op 8 februari 2007 gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Unie* (PB C 28, blz. 8). Op 30 april 2008 stelde de Commissie de litigieuze beschikking vast.

13 Om vast te stellen of GRAWE een selectief voordeel genoot, heeft de Commissie onderzocht of Land Burgenland zich had gedragen als elke verkoper in een markteconomie (hierna: zogenoemd criterium van de „particuliere verkoper"). In dit opzicht wijst de Commissie er in de punten 120 tot en met 122 van de litigieuze beschikking op dat een particuliere verkoper in twee gevallen een bieding kan kiezen die lager ligt dan de hoogste bieding.

14 Het eerste geval betreft de situatie waarin de verkoop aan de hoogste bieder duidelijk niet uitvoerbaar is, wat in casu impliceert dat de transactiezekerheid wordt onderzocht, gelet op de economische soliditeit van het consortium en de waarschijnlijkheid dat dit consortium de vereiste vergunning niet krijgt van de Finanzmarktaufsicht (Oostenrijkse autoriteit van toezicht op de financiële markten; hierna: „FMA"). De Commissie zag niet alleen geen reden om te betwijfelen dat het consortium in staat was de door hem geboden aankoopprijs van 155 miljoen EUR te voldoen, maar ook geen aanwijzing of bewijs dat de FMA de overdracht van BB aan het consortium zou hebben verboden.

15 Het tweede geval betreft de situatie waarin het gerechtvaardigd is ook rekening te houden met andere factoren dan de prijs, met dien verstande dat alleen rekening mag worden gehouden met factoren waarmee een particuliere verkoper rekening zou hebben gehouden, hetgeen volgens de Commissie de risico's uitsluit die voortvloeien uit een eventueel geldende verplichting tot betaling van een als staatssteun te kwalificeren garantie als de Ausfallhaftung.

16 De Commissie preciseert op dit punt dat volgens de rechtspraak de rol van de staat als verkoper van een onderneming, enerzijds, en de verplichtingen die hij als overheid heeft, anderzijds, niet door elkaar mogen worden gehaald. Geen enkele particuliere verkoper zou een garantie hebben aanvaard die niet in overeenstemming is met de marktvoorwaarden en het besluit tot afschaffing van de Ausfallhaftung bevestigt dat deze geen deel uitmaakt van die voorwaarden.

17 In die omstandigheden heeft de Commissie in punt 175 van de litigieuze beschikking vastgesteld dat de door de Republiek Oostenrijk in strijd met artikel 88, lid 3, van het EG-Verdrag in het kader van de privatisering van BB aan GRAWE op onwettige wijze steun heeft verleend, en dat deze steun niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. De artikelen 1, 2 en 4 van deze beschikking luiden bijgevolg als volgt:

„*Artikel 1*

De staatssteun die Oostenrijk in strijd met artikel 88, lid 3, [EG] ten gunste van GRAWE en derhalve onwettig heeft verleend, is onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt. De steun stemt overeen met het verschil tussen de beide in het kader van de aanbesteding uitgebrachte definitieve prijsaanbiedingen, welke overeenkomstig de in de punten 167 tot [en met] 174 van deze beschikking beschreven parameters naar behoren dient te worden aangepast.

Artikel 2

1. Oostenrijk vordert de in artikel 1 vermelde steun terug van de ontvanger.

[...]

Artikel 4

1. Oostenrijk verstrekt de Commissie binnen twee maanden na bekendmaking van deze beschikking de volgende informatie:

a) totaalbedrag (hoofdvordering en rente), welke van de ontvanger dient te worden teruggevorderd en dient te worden aangepast in overeenstemming met de door de Commissie in deze beschikking beschreven parameters, alsmede een nauwkeurige toelichting van de methode voor de berekening van dit bedrag en de beoordeling van het eigendom door een onafhankelijke expert;

[...]”

Procesverloop bij het Gerecht en arresten Burgenland en GRAWE

18 Bij verzoekschriften, neergelegd ter griffie van het Gerecht op respectievelijk 11, 15 en 17 juli 2008, hebben Land Burgenland, de Republiek Oostenrijk en GRAWE beroepen ingesteld strekkende tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking (respectievelijk zaken T-268/08, T-281/08 en T-282/08).

19 Bij beschikking van de president van de Achtste kamer van het Gerecht van 20 april 2009, zijn, partijen gehoord, de zaken T-268/08 en T-281/08 gevoegd voor de schriftelijke en de mondelinge behandeling en voor het arrest.

20 Tot staving van hun beroepen hebben Land Burgenland en de Republiek Oostenrijk negen middelen aangevoerd, waaronder met name de middelen betreffende

— het eerste: onjuiste toepassing van artikel 87, lid 1, EG bij de vaststelling van de marktprijs van BB doordat de Commissie ten onrechte eiste dat een biedprocedure werd gehouden voor privatisering van die bank;

— het derde: onjuiste toepassing van artikel 87, lid 1, EG doordat de Commissie weigerde rekening te houden met het onzekere resultaat en met een mogelijk langdurige vergunningsprocedure voor de FMA bij verkoop van BB aan het consortium;

— het vierde: onjuiste toepassing van artikel 87, lid 1, EG doordat Land Burgenland bij de vergelijking van de biedingen van GRAWE respectievelijk het consortium de risico's van de Ausfallhaftung in aanmerking mocht nemen;

— het zevende: onjuiste toepassing van artikel 87, lid 1, EG daar het bod van het consortium niet als basis voor de vaststelling van de marktprijs van BB kon dienen, en

— het achtste: onjuiste beoordeling van de uitgifte van obligaties in het kader van de Ausfallhaftung bij de privatisering van BB.

21 GRAWE heeft tot staving van zijn beroep verschillende middelen aangevoerd, waarvan er een aantal waren ontleend aan onjuiste toepassing van artikel 87, lid 1, EG, ten eerste, bij de bepaling van de marktprijs van BB, ten tweede, wegens de weigering om rekening te houden met de Ausfallhaftung en, ten derde, voor zover de Commissie voorbij is gegaan aan de mogelijkheid van een negatief koopprijsverschil.

22 Bij de arresten Burgenland en GRAWE heeft het Gerecht alle bij hem ingestelde beroepen verworpen. In het bijzonder overwoog het in wezen:

— dat de Commissie zich in casu kon baseren op uitsluitend het door het consortium uitgebrachte bod om de marktprijs van BB te bepalen en dat geen gebruik hoefde te worden gemaakt van expertises;

— dat de Commissie zonder kennelijk onjuiste beoordeling tot de conclusie was gekomen dat noch het onzekere resultaat noch de waarschijnlijk langere duur van de procedure voor de FMA – ingeval tot overdracht van BB aan het consortium werd besloten – de uitsluiting van het consortium als koper kon rechtvaardigen;

— dat de Commissie niet kon worden verweten de Ausfallhaftung niet in aanmerking te hebben genomen bij de beoordeling van de biedingen, want het betreft een steunmaatregel die niet is aanvaard tegen normale marktvoorwaarden en dus niet in aanmerking kan worden genomen bij de toetsing van het gedrag van de autoriteiten aan het criterium van particuliere investeerder, en

— dat de beoordeling van de uitgifte van obligaties in het kader van de Ausfallhaftung niet onjuist is, omdat was vastgesteld dat het consortium in zijn bod geen rekening had gehouden met de extra obligaties ter waarde van 380 miljoen EUR, en evenmin was aangetoond dat GRAWE geen extra voordeel had ontvangen vanwege de extra obligaties noch dat elk ander voordeel anderszins zou zijn geneutraliseerd.

Procedure bij het Hof

23 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Hof op 25 juli 2012, heeft de Bondsrepubliek Duitsland verzocht in de zaken C-214/12 P en C-223/12 P te worden toegelaten tot interventie aan de zijde van respectievelijk Land Burgenland en de Republiek Oostenrijk.

24 Bij beschikking van 20 september 2012 heeft de president van het Hof de Bondsrepubliek Duitsland toegelaten tot interventie in die zaken.

25 Bij beschikking van de president van het Hof van 26 september 2012 zijn de zaken C-214/12 P, C-215/12 P en C-223/12 P gevoegd voor de schriftelijke en de mondelinge behandeling en voor het arrest.

Conclusies van partijen

26 Land Burgenland en de Republiek Oostenrijk verzoeken het Hof:

— primair, het arrest Burgenland te vernietigen en de zaak zelf af te doen door de litigieuze beschikking nietig te verklaren en de Commissie te verwijzen in de kosten zowel van de onderhavige procedure als van de procedure voor het Gerecht, en

— subsidiair, het arrest Burgenland te vernietigen, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht en de beslissing over de kosten aan te houden.

27 GRAWE verzoekt het Hof:

— primair, het arrest GRAWE te vernietigen, de zaak zelf af te doen door de litigieuze beschikking nietig te verklaren en de Commissie te verwijzen in de kosten zowel van de onderhavige procedure als van de procedure voor het Gerecht, en

— subsidiair, het arrest GRAWE te vernietigen, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht en de beslissing over de kosten aan te houden.

28 De Commissie verzoekt het Hof:

— primair, de hogere voorzieningen af te wijzen en Land Burgenland, GRAWE en de Republiek Oostenrijk te verwijzen in de kosten, en

— subsidiair, te verklaren dat het geding in zaak C-215/12 P in staat van wijzen is, het beroep in zaak T-282/08 ongegrond te verklaren en GRAWE te verwijzen in de kosten.

Hogere voorzieningen

29 Land Burgenland, GRAWE en de Republiek Oostenrijk voeren tot staving van hun hogere voorzieningen respectievelijk vier, drie en twee middelen aan.

30 Daar de middelen in de drie hogere voorzieningen identiek of soortgelijk zijn, dienen zij samen te worden behandeld. Aldus moeten als eerste het tweede middel van de hogere voorziening van Land Burgenland en het eerste middel van de hogere voorzieningen van GRAWE en van de Republiek Oostenrijk worden onderzocht, betreffende de relevantie van de risico's van de Ausfallhaftung voor de beoordeling van de biedingen voor BB.

Middelen inzake de relevantie van de risico's van de Ausfallhaftung voor de beoordeling van de biedingen voor BB

Argumenten van partijen

31 Land Burgenland, met het tweede middel van zijn hogere voorziening, en de Republiek Oostenrijk en GRAWE, met het eerste middel van hun hogere voorzieningen, betogen dat het Gerecht artikel 87, lid 1, EG heeft geschonden door te oordelen dat de Commissie geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in haar beoordeling van de biedingen voor de koop van BB geen rekening te houden met de aan de Ausfallhaftung verbonden risico's.

32 In de eerste plaats heeft het Gerecht zich volgens Land Burgenland en de Republiek Oostenrijk in de punten 154 tot en met 158 van het arrest Burgenland ten onrechte gebaseerd op de arresten van 14 september 1994, Spanje/Commissie (C-278/92-C-280/92, Jurispr. blz. I-4103), en 28 januari 2003, Duitsland/Commissie (C-334/99, Jurispr. blz. I-1139), waarin onderscheid wordt gemaakt tussen de verplichtingen die rusten op de staat als overheid en die welke op hem rusten als eigenaar van en aandeelhouder in een vennootschap. Daar de Ausfallhaftung een privaatrechtelijke garantieverlening tegen vergoeding instelt, rusten de daaraan verbonden risico's op Land Burgenland als eigenaar en aandeelhouder van BB. Voorts was BB destijds geen onderneming in moeilijkheden, anders dan het geval was in de situatie die tot het reeds aangehaalde arrest Duitsland/Commissie heeft geleid.

33 In hun repliek, die enkel betrekking heeft op de invloed van het arrest van 5 juni 2012, Commissie/EDF (C-124/10 P), op de zaken die tot de onderhavige hogere voorzieningen hebben geleid, preciseren Land Burgenland en de Republiek Oostenrijk dat uit dat arrest volgt dat een lidstaat niet als overheid handelt uitsluitend omdat hij in de uitoefening van de overheidsprerogatieven middelen toekent. Bijgevolg kan de omstandigheid dat Land Burgenland zijn verplichtingen jegens BB middels een wet is aangegaan, niet zwaarder wegen dan het feit dat zij voor Land Burgenland gelden in zijn hoedanigheid als aandeelhouder van BB. Daar de Commissie voorts geen globale beoordeling heeft gemaakt van alle relevante elementen, als vereist in het arrest Commissie/EDF, kon het Gerecht niet vaststellen dat de Ausfallhaftung gold voor Land Burgenland beschouwd als handelend als overheid.

34 In de tweede plaats heeft het Gerecht ten onrechte verzuimd rekening te houden met de arresten van het Gerecht van 15 september 1998, BP Chemicals/Commissie (T-11/95, Jurispr. blz. II-3235), en 2 maart 2012, Nederland en ING Groep/Commissie (T-29/10 en T-33/10), waaruit voortvloeit dat bij de beoordeling van een maatregel in het licht van het criterium van de particuliere investeerder rekening moet worden gehouden met de eerder toegekende steun, teneinde vast te stellen of er sprake is van steun en zo ja wat de steunintensiteit is. Vaststaat dat de Ausfallhaftung bestaande en wettige steun was waarmee dus rekening moest worden gehouden.

35 In de derde plaats vereisen de eenheid en de coherentie van het Unierecht dat de Ausfallhaftung in aanmerking wordt genomen. Het zou immers incoherent zijn om enerzijds de wettigheid van de Ausfallhaftung te aanvaarden en Land Burgenland te verplichten die tot het minimum te beperken en anderzijds hem te verbieden rekening te houden met de daaraan verbonden risico's bij de verkoop van BB. Een dergelijke uitlegging van artikel 87, lid 1, EG maakt het in de praktijk onmogelijk om overheidsbedrijven te privatiseren.

36 In de vierde plaats is punt 158 van het arrest Burgenland onbegrijpelijk omdat daarin wordt verwezen naar „de hierboven beschreven kenmerken" om aan te tonen dat de Ausfallhaftung niet onder normale marktvoorwaarden is aangegaan. Een dergelijke vaststelling blijkt immers uit geen van de in dat arrest beschreven kenmerken van de Ausfallhaftung.

37 GRAWE verwijt het Gerecht ten eerste dat het het reeds aangehaalde arrest Spanje/Commissie verkeerd heeft toegepast. Land Burgenland heeft de Ausfallhaftung op zich genomen voor de verplichtingen van BB in het kader van een economische activiteit. Deze verantwoordelijkheid kan niet los worden gezien van het – in 1928 – genomen besluit om handelsactiviteiten op het gebied van de financiële dienstverlening te verrichten. Het was de functie van de Ausfallhaftung om eigen kapitaal ter beschikking te stellen van BB, wat economisch gezien vergelijkbaar is met het openen van een bank in de vorm van een personenvennootschap. De Ausfallhaftung is aldus een door Land Burgenland in zijn hoedanigheid van eigenaar van BB aangegane verplichting, zodat daarmee rekening dient te worden gehouden in het kader van de toepassing van het criterium van de particuliere verkoper.

38 In repliek, eveneens beperkt tot de invloed van het reeds aangehaalde arrest Commissie/EDF op de onderhavige zaken, meent GRAWE dat uit dat arrest volgt dat de wijze van toekenning van een voordeel, in casu bij wet, niet van belang is voor de vraag of het is toegekend door de Staat als overheid dan wel als aandeelhouder. Daar het Gerecht zich heeft gebaseerd op de wettigheid van de Ausfallhaftung, heeft het een verkeerd criterium toegepast. Voorts heeft het zich nooit afgevraagd of Land Burgenland de Ausfallhaftung op zich heeft genomen in zijn hoedanigheid van aandeelhouder. GRAWE meent in dit verband dat niets een lidstaat belet om tegelijkertijd sociale doelstellingen en, zoals in casu, rentabiliteitsdoelstellingen na te streven. Land Burgenland ontvangt immers dividenden die overeenkomen met een beloning voor de Ausfallhaftung, die in de plaats komt voor eigen kapitaal. Ook al heeft een voordeel het karakter van steun, dan belet dit volgens GRAWE niet dat deze wordt toegekend als aandeelhouder.

39 Ten tweede voegt GRAWE aan de door Land Burgenland en de Republiek Oostenrijk aangevoerde verschillen in de omstandigheden van de onderhavige zaken en van de zaken die tot het reeds aangehaalde arrest Duitsland/Commissie hebben geleid, toe dat de Bondsrepubliek Duitsland tevens rekening had gehouden met de kosten van sanering van de vestigingsplaats en dat de maatregelen in die zaak ten uitvoer waren gelegd onder schending van 88, lid 3, EG.

40 Ten derde voert GRAWE aan dat het arrest GRAWE het rechtszekerheidsbeginsel en het gebod van coherentie schendt. Daar bij beschikking C(2003) 1329 def. was vastgesteld dat de Ausfallhaftung in overeenstemming was met het Unierecht, moesten alle marktdeelnemers daarop kunnen vertrouwen wat de onlosmakelijk daaraan verbonden economische gevolgen betreft. In de litigieuze beschikking en het arrest GRAWE is deze vraag echter opnieuw aan de orde gesteld.

41 Ten vierde meent GRAWE, om dezelfde redenen als die welke Land Burgenland en de Republiek Oostenrijk hebben aangevoerd, dat het reeds aangehaalde arrest van het Gerecht Nederland en ING Groep/Commissie, het Gerecht verplichtte te aanvaarden dat de Ausfallhaftung in aanmerking moest worden genomen bij de beoordeling van het criterium van de particuliere verkoper.

42 Ten vijfde beklemtoont GRAWE dat de negatieve invloed van de Ausfallhaftung op de mededinging niet van dezelfde omvang is naargelang deze garantie concreet functioneert dan wel slechts een eventuele verbintenis van Land Burgenland jegens BB vormt. Louter potentiële betalingen hebben immers minder invloed op de mededinging dan concrete betalingen. Zo hebben de stappen van Land Burgenland ter voorkoming dat een beroep werd gedaan op de Ausfallhaftung ertoe gediend de mededingingsverstoring op de markt te beperken. Bijgevolg schaadt het standpunt van het Gerecht de nuttige werking van artikel 87, lid 1, EG.

43 GRAWE voegt daaraan toe dat talrijke lidstaten tijdens de financiële crisis kapitaal hebben geïnjecteerd in kredietinstellingen en dat dit overheidskapitaal zo snel mogelijk moest worden vervangen door particuliere fondsen, teneinde de mededinging te beschermen en terug te keren tot normale marktfunctioneringsvoorwaarden. De litigieuze beschikking en het arrest GRAWE leggen evenwel grote obstakels op de weg van dat proces.

44 Als slotsom voor haar redenering op dit punt, beklemtoont GRAWE het feit dat haar bod, rekening gehouden met de Ausfallhaftung, het beste was.

45 De Commissie betwist de redenering van Land Burgenland, de Republiek Oostenrijk en GRAWE.

Beoordeling door het Hof

46 Met hun eerste argument betogen Land Burgenland, de Republiek Oostenrijk en GRAWE in wezen dat het Gerecht, gelet op de kenmerken van de Ausfallhaftung, de rol van Land Burgenland als eigenaar en aandeelhouder van BB alsook – dientengevolge – het criterium van de particuliere investeerder zoals dit voortvloeit uit de reeds aangehaalde arresten Spanje/Commissie en Duitsland/Commissie, heeft miskend.

47 In dit verband moet om te beginnen worden vastgesteld dat het Gerecht in de punten 155 en 156 van het arrest Burgenland en in de punten 128 en 129 van het arrest GRAWE dit begrip, zoals het voortvloeit uit de rechtspraak van het Hof over dat criterium, op juiste wijze heeft weergegeven.

48 Vervolgens heeft het Gerecht in punt 157 van het arrest Burgenland en in punt 130 van het arrest GRAWE, overeenkomstig die rechtspraak, overwogen dat voor de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder dient te worden bepaald of de betrokken maatregelen behoren tot die welke een dergelijke investeerder, die op meer of min lange termijn winst wil boeken, had kunnen verlenen.

49 Ten slotte heeft het Gerecht in punt 158 van het arrest Burgenland en in punt 131 van het arrest GRAWE, in het kader van zijn soevereine beoordeling van de feiten, vastgesteld dat de Ausfallhaftung, gelet op de kenmerken ervan, niet is aangegaan tegen normale marktvoorwaarden.

50 In die omstandigheden is het Gerecht in de punten 158 en 159 van het arrest Burgenland en in punt 131 van het arrest GRAWE, op goede gronden tot de slotsom gekomen dat de Ausfallhaftung niet in aanmerking kan worden genomen bij de toetsing van het gedrag van de Oostenrijkse autoriteiten aan het criterium van de particuliere verkoper en dat, bijgevolg, de Commissie niet kan worden verweten de Ausfallhaftung irrelevant te hebben geacht bij de beoordeling van de biedingen van het consortium en van GRAWE.

51 Wat voorts de invloed van het reeds aangehaalde arrest Commissie/EDF betreft, moet worden vastgesteld dat dit arrest hoofdzakelijk betrekking had op de toepasbaarheid – die door de Commissie van de hand was gewezen in de beschikking die aan de orde was in de zaak die tot dat arrest heeft geleid – van het criterium van de particuliere investeerder op de omstandigheden van die zaak en niet de toepassing in concreto van dat criterium (zie arrest Commissie/EDF, reeds aangehaald, punt 75). In de onderhavige zaken staat evenwel vast dat de Commissie het criterium van de particuliere verkoper heeft toegepast en juist de bevestiging door het Gerecht van de wijze waarop dit criterium door de Commissie is toegepast, wordt betwist door Land Burgenland, de Republiek Oostenrijk en GRAWE.

52 Wat de toepassing van dit criterium betreft, is in het reeds aangehaalde arrest Commissie/EDF de rechtspraak bevestigd die voortvloeit uit met name de reeds aangehaalde arresten Spanje/Commissie en Duitsland/Commissie, volgens welke ter beoordeling van de vraag of dezelfde maatregel zou zijn genomen onder normale marktomstandigheden door een particuliere verkoper die zich in een situatie bevindt die zo dicht mogelijk die van de Staat benadert, alleen rekening dient te worden gehouden met de voordelen en verplichtingen die de Staat heeft in zijn hoedanigheid van aandeelhouder, en niet met die welke voortvloeien uit zijn hoedanigheid van overheid (zie in die zin arrest Commissie/EDF, reeds aangehaald, punt 79).

53 In het arrest Commissie/EDF heeft het Hof voorts gepreciseerd dat in het kader van deze beoordeling de vorm waarin dit voordeel ter beschikking is gesteld en de aard van de middelen van de staatsinterventie niet ter zake doen wanneer de betrokken lidstaat dit voordeel heeft toegekend in zijn hoedanigheid van aandeelhouder van de betrokken onderneming (zie arrest Commissie/EDF, punten 91 en 92).

54 Wat het onderzoek betreft dat het Gerecht hierover heeft verricht, blijkt uit de arresten Burgenland en GRAWE dat het Gerecht de afwijzing van de stellingen van Land Burgenland, van de Republiek Oostenrijk en van GRAWE, anders dan laatstgenoemden stellen, niet heeft gefundeerd op het feit dat Ausfallhaftung op een wet is gebaseerd. Het Gerecht heeft immers onderzocht of de Ausfallhaftung in aanmerking moest worden genomen bij de toepassing van het criterium van de particuliere verkoper en heeft vastgesteld dat een particuliere verkoper een dergelijke garantie niet zou zijn aangegaan.

55 Land Burgenland, de Republiek Oostenrijk en GRAWE voeren geen enkel argument aan waarmee deze vaststelling in twijfel kan worden getrokken maar betogen zelf dat de Ausfallhaftung staatssteun vormt, zoals de Commissie overigens had vastgesteld in beschikking C(2003) 1329 def.

56 In die omstandigheden en aangezien een lidstaat door de toekenning van steun per definitie andere doelstellingen nastreeft dan de rentabiliteit van de aan een hem toebehorende onderneming toegekende middelen, moet worden vastgesteld dat deze middelen in beginsel door de Staat worden toegekend onder uitoefening van zijn overheidsprerogatieven.

57 Voor zover Land Burgenland, de Republiek Oostenrijk en GRAWE betogen dat Land Burgenland met de Ausfallhaftung desalniettemin rentabiliteitsdoelstellingen nastreefde of althans tevens dergelijke doelstellingen nastreefde, dient in herinnering te worden gebracht dat zo een lidstaat een beroep doet op een criterium zoals dat van de particuliere verkoper, hij bij twijfel ondubbelzinnig en op basis van objectieve en controleerbare gegevens moet aantonen dat hij de maatregel in zijn hoedanigheid van aandeelhouder ten uitvoer heeft gelegd (zie in die zin arrest Commissie/EDF, reeds aangehaald, punt 82).

58 Uit deze gegevens moet duidelijk blijken dat de betrokken lidstaat vóór of tegelijk met de toekenning van het economische voordeel heeft beslist om met de daadwerkelijk ten uitvoer gelegde maatregel te investeren in een door hem gecontroleerd overheidsbedrijf (arrest Commissie/EDF, reeds aangehaald, punt 83).

59 Daartoe kunnen met name noodzakelijk zijn gegevens waaruit blijkt dat deze beslissing is genomen op grond van economische ramingen die te vergelijken zijn met die welke een rationele particuliere verkoper die zich in een situatie bevindt die zo dicht mogelijk die van de Staat benadert, in de concrete omstandigheden van het geval zou hebben doen uitvoeren alvorens deze investering te doen teneinde uit te maken of een dergelijke investering in de toekomst winst zal opleveren (zie in die zin arrest Commissie/EDF, reeds aangehaald, punt 84).

60 Enkel wanneer de betrokken lidstaat de Commissie gegevens van het vereiste soort verstrekt, staat het aan de Commissie om een globale beoordeling te verrichten rekening houdend niet alleen met de door deze lidstaat verstrekte gegevens maar ook met alle andere relevante gegevens van de zaak op basis waarvan kan worden uitgemaakt of de lidstaat de betrokken maatregel heeft genomen in zijn hoedanigheid van aandeelhouder dan wel als overheid (zie in die zin arrest Commissie/EDF, reeds aangehaald, punt 86).

61 Land Burgenland, de Republiek Oostenrijk en GRAWE hebben evenwel noch tijdens de administratieve procedure noch voor het Gerecht gegevens verstrekt waaruit blijkt dat de instelling of de handhaving van de Ausfallhaftung was gebaseerd op economische ramingen van Land Burgenland teneinde de rentabiliteit ervan te bepalen. Daaruit volgt dat de Commissie niet gehouden was een dergelijke globale beoordeling te verrichten ten aanzien van de Ausfallhaftung en dat de arresten Burgenland en GRAWE in dat opzicht geen blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting.

62 Wat het argument betreft dat het Gerecht geen rekening heeft gehouden met de reeds aangehaalde arresten BP Chemicals/Commissie en Nederland en ING Groep/Commissie, waarnaar Land Burgenland, de Republiek Oostenrijk en GRAWE verwijzen, dient te worden beklemtoond dat

aangezien de feitelijke en juridische omstandigheden van de zaken waarin die arresten zijn gewezen, wezenlijk verschillen van die welke tot de onderhavige gedingen hebben geleid, die aangevoerde arresten in casu niet relevant zijn.

63 Ten slotte kan worden volstaan met vast te stellen dat punt 158 van het arrest Burgenland moet worden gelezen in het licht van met name de punten 2, 3 en 149 van dat arrest, waardoor de strekking van dat punt 158 valt te begrijpen.

64 Daaruit volgt dat het Gerecht, door de stellingen van Land Burgenland, van de Republiek Oostenrijk en van GRAWE af te wijzen, geen blijk heeft gegeven van de onjuiste rechtsopvatting die hem door laatstgenoemden werd verweten, en ook de eenheid en de coherentie van het Unierecht, alsmede het rechtszekerheidsbeginsel of de op hem rustende motiveringsplicht niet heeft geschonden.

65 Bijgevolg moet het tweede middel van de hogere voorziening van Land Burgenland en het eerste middel van de hogere voorzieningen van de Republiek Oostenrijk en van GRAWE ongegrond worden verklaard.

Middelen van de hogere voorzieningen betreffende de invloed van de uitkomst en van de voorzienbare duur van de procedure voor de FMA op de beoordeling van de biedingen van het consortium en van GRAWE

Argumenten van partijen

66 Land Burgenland, met het vierde middel van zijn hogere voorziening, en de Republiek Oostenrijk, met het tweede middel van haar hogere voorziening, betogen dat het Gerecht artikel 87, lid 1, EG heeft geschonden door in de punten 106 tot en met 140 van het arrest Burgenland vast te stellen dat de Commissie geen fout heeft gemaakt door tot de slotsom te komen dat noch de onzekere uitkomst noch de waarschijnlijk langere duur van de procedure voor de FMA ingeval van verkoop van BB aan het consortium, de verkoop van BB aan GRAWE rechtvaardigde.

67 Ten eerste heeft het Gerecht in de punten 119 en 120 van het arrest Burgenland ten onrechte vastgesteld dat de door Land Burgenland en de Republiek Oostenrijk aangevoerde gegevens ten bewijze dat de verwerving van BB door het consortium waarschijnlijk niet zou kunnen worden toegestaan, niet relevant zijn in het kader van de beoordeling van de slaagkansen van de vergunningsprocedure omdat niet was aangegeven of en in hoeverre de FMA in haar beoordeling met deze omstandigheden rekening zou hebben gehouden. Zowel de Commissie als het Gerecht kenden in detail de door de FMA gehanteerde criteria voor de vergunning en Land Burgenland en de Republiek Oostenrijk hadden in detail de punten gepreciseerd die tot grote twijfel zouden leiden over de vraag of een dergelijke verkoop kon worden goedgekeurd door de FMA. Het Gerecht heeft dus hun redenering kennelijk verkeerd beoordeeld en heeft geen verifieerbare motivering gegeven.

68 Voor zover het Gerecht in punt 121 van het arrest Burgenland vaststelt dat bepaalde in punt 119 van dat arrest genoemde gegevens uitsluitend „bezorgdheid over de commerciële toekomst van BB” tot uiting brengen, die niet beslissend is voor een particuliere verkoper, heeft het blijk gegeven van een onjuiste opvatting omdat deze gegevens in aanmerking zijn genomen door de FMA in de vergunningsprocedure, en dus door een particuliere verkoper. Gelet op de prognosemarge die het Gerecht in punt 136 van het arrest Burgenland uitdrukkelijk heeft aanvaard voor Land Burgenland, kon laatstgenoemde menen dat een verkoop aan het consortium waarschijnlijk zou zijn verboden door de FMA. De waarschijnlijkheid van 50 % is in dit verband slechts een vereenvoudigde uitdrukking van de omstandigheid dat uit de informele contacten met de FMA bleek dat een verkoop aan GRAWE zou worden toegestaan, terwijl ingeval van verkoop aan het consortium de uitkomst van de procedure „volledig open” was.

69 Ten tweede betogen Land Burgenland en de Republiek Oostenrijk primair dat, gelet op het voorgaande, de overwegingen van het Gerecht in punt 132 van het arrest Burgenland, betreffende de spoedeisendheid van de verkoop van BB, niet meer relevant zijn. Subsidiair betogen zij dat de overwegingen van het Gerecht op een onjuiste uitlegging van artikel 87, lid 1, EG berusten, want na twee vruchteloze en tijd- en geldrovende pogingen tot privatisering van BB en gelet zowel op het verstrijken van de geldigheid van het bod van GRAWE gedurende een vergunningsprocedure van de FMA als op een potentieel verbod van de FMA om BB aan het consortium te verkopen, zou een particuliere verkoper niet het risico hebben genomen van het falen van deze derde poging tot privatisering en zou hij BB dus niet aan het consortium hebben verkocht. Voorts, anders dan het Gerecht in dat punt 132 heeft vastgesteld, hebben Land Burgenland en de Republiek Oostenrijk een reeks bewijzen verstrekt die aantonen dat de privatisering van BB vanwege de verlenging van de procedure voor de FMA in gevaar werd gebracht. Bijgevolg heeft het Gerecht de feiten onvolledig beoordeeld en heeft het verzuimd het arrest Burgenland correct te motiveren.

70 Ten derde menen Land Burgenland en de Republiek Oostenrijk dat het Gerecht zijn onderzoek ten onrechte heeft beperkt tot de vaststelling van kennelijke beoordelingsfouten. Volgens de rechtspraak van het Hof en volgens artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie diende het Gerecht een gedetailleerde rechterlijke toetsing te verrichten.

71 De Commissie betwist de redenering van Land Burgenland en van de Republiek Oostenrijk. In het bijzonder merkt zij meteen op dat zij met hun middelen het Gerecht niet verwijten de feiten verkeerd te hebben opgevat en meent zij dat hun stellingen derhalve niet ter zake dienend zijn.

Beoordeling door het Hof

72 In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat de vraag in hoeverre bewijzen die gedurende de administratieve procedure zijn overgelegd, gelet op de toepasselijke nationale regeling, al dan niet aantonen dat de FMA de verkoop van BB aan het consortium waarschijnlijk zou verbieden, tot de soevereine beoordeling van de feiten door het Gerecht behoort. Dit geldt ook voor de gevolgen van de duur van de procedure bij de FMA voor de vooruitzichten op privatisering van BB.

73 Daar niet is aangevoerd dat er sprake was van een verkeerde opvatting van de relevante bewijzen, zijn de stellingen van Land Burgenland en van de Republiek Oostenrijk bijgevolg niet-ontvankelijk (zie in die zin arresten van 18 mei 2006, Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie, C-397/03 P, Jurispr. blz. I-4429, punt 85, en 29 maart 2011, ThyssenKrupp Nirosta/Commissie, C-352/09 P, Jurispr. blz. I-2359, punt 180).

74 In de tweede plaats, voor zover Land Burgenland en de Republiek Oostenrijk betogen dat het Gerecht, gelet op de voor hem aangevoerde bewijselementen, in de punten 120 en 121 van het arrest Burgenland ten onrechte de relevantie van de in punt 119 daarvan genoemde aanwijzingen van de hand heeft gewezen, volgt uit deze aan het Gerecht overgelegde bewijselementen weliswaar dat, anders dan in de punten 120 en 121 van het arrest Burgenland is vastgesteld, de FMA wel rekening heeft gehouden met het bedrijfsplan van het consortium, doch volgt daaruit niet dat de andere in punt 119 van het arrest Burgenland genoemde aanwijzingen dan die betreffende het bedrijfsplan door FMA in aanmerking zouden zijn genomen.

75 Voorts moet worden vastgesteld dat de criteria voor de afweging van de verschillende door de FMA in aanmerking genomen aanwijzingen niet uit die bewijselementen blijken, zodat er geen basis is om vast te stellen in hoeverre dat bedrijfsplan beslissend zou zijn geweest in het kader van de door de FMA te verrichten beoordeling.

76 In die omstandigheden moet worden vastgesteld dat de vermeende verkeerde opvatting, in de punten 120 en 121 van het arrest Burgenland, van de bewijselementen niet is aangetoond, aangezien deze niet duidelijk uit de stukken van het dossier blijkt (zie in die zin arrest van 27 oktober 2011, Oostenrijk/Scheucher-Fleisch e.a., C-47/10 P, Jurispr. blz. I-10707, punt 59 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

77 In de derde plaats vergt het onderzoek door de Commissie van de vraag of bepaalde maatregelen kunnen worden aangemerkt als staatssteun op grond dat de overheidsinstanties niet op dezelfde manier hebben gehandeld als een particuliere verkoper zou hebben gedaan, een complexe economische beoordeling (zie in die zin arresten van 22 november 2007, Spanje/Lenzing, C-525/04 P, Jurispr. blz. I-9947, punt 59, en 24 januari 2013, Frucona Košice/Commissie, C-73/11 P, punt 74).

78 Wanneer de rechterlijke instanties van de Unie de complexe economische beoordelingen van de Commissie in steunaangelegenheden toetsen, kan de Unierechter zijn economische beoordeling niet in de plaats van die van de Commissie stellen (zie in die zin arrest van 2 september 2010, Commissie/Scott, C-290/07 P, Jurispr. blz. I-7763, punten 64 en 66, en arrest Frucona Košice/Commissie, reeds aangehaald, punt 75).

79 De Unierechter moet echter met name niet enkel de materiële juistheid, de betrouwbaarheid en de samenhang van de aangevoerde bewijselementen controleren, maar moet ook nagaan of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe toestand en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen (arrest van 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval, C-12/03 P, Jurispr. blz. I-987, punt 39; reeds aangehaalde arresten Commissie/Scott, punt 65, en Frucona Košice/Commissie, punt 76).

80 Daar de Commissie in casu, overeenkomstig hetgeen in herinnering is gebracht in punt 77 van het onderhavige arrest, een complexe economische beoordeling heeft gemaakt, was het onderzoek dat het Gerecht dient te verrichten beperkt tot hetgeen in het vorige punt in herinnering is gebracht. Vastgesteld zij dat het onderzoek dat het Gerecht in de punten 109 en volgende van het arrest Burgenland heeft verricht, anders dan Land Burgenland en de Republiek Oostenrijk stellen, voldoet aan de vereisten van de door hem te verrichten rechtelijke toetsing.

81 In de vierde plaats blijkt met betrekking tot de vermeende schending van de motiveringsplicht die Land Burgenland en de Republiek Oostenrijk het Gerecht verwijten, uit het voorgaande en uit de tekst van punt 132 van het arrest Burgenland dat rekwiranten op basis van de redenering van het Gerecht in de punten 120, 121 en 132 daarvan de redenen kunnen kennen waarom het Gerecht hun redenering heeft afgewezen en dat het Hof over voldoende elementen beschikt om zijn rechterlijk toezicht uit te oefenen in het kader van een hogere voorziening, zodat deze voldoet aan de vereisten van de vaste rechtspraak van het Hof ter zake (zie in die zin met name arrest van 21 december 2011, A2A/Commissie, C-320/09 P, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 97).

82 Daaruit volgt dat het vierde middel van de hogere voorziening van Land Burgenland en het tweede middel van de hogere voorziening van de Republiek Oostenrijk ten dele niet-ontvankelijk en ten dele ongegrond moeten worden verklaard.

Middelen van de hogere voorziening betreffende de vraag of het bod van het consortium al dan niet bepalend is voor de evaluatie van de marktprijs van BB

Argumenten van partijen

83 Land Burgenland, met het derde middel van zijn hogere voorziening, stelt dat het Gerecht artikel 87, lid 1, EG heeft geschonden door in de punten 69 tot en met 73 en 87 tot en met 91 van het arrest Burgenland te oordelen dat de Commissie geen fout heeft gemaakt door de marktwaarde van BB te hebben bepaald op basis van het bod van het consortium, zonder rekening te houden met onafhankelijke expertises in haar bezit en door geen andere expertise te laten opstellen.

84 Ten eerste heeft het Gerecht ten onrechte overwogen dat de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout had gemaakt door de marktprijs van BB enkel op basis van het bod van het consortium te hebben bepaald. Volgens Land Burgenland volgt immers uit de rechtspraak dat er andere methoden bestaan die de werkelijke marktprijs van het te verkopen object weergeven. Daar de ingediende biedingen niet in alle gevallen de beste benaderende raming van deze prijs vormen, had het Gerecht moeten nagaan of dat het geval was voor dat bod. Het Gerecht heeft dat echter niet gedaan in het arrest Burgenland, waarin enkel uit de litigieuze beschikking is geciteerd.

85 Ten tweede meent Land Burgenland dat het Gerecht de litigieuze beschikking verkeerd heeft opgevat, waarin zou zijn vastgesteld dat de aanbestedingsprocedure onregelmatig was vanwege het bestaan van de onwettige voorwaarde om gebruikmaking van de Ausfallhaftung te voorkomen, en dat het Gerecht zichzelf heeft tegengesproken door vast te stellen dat de aanbestedingsprocedure zowel onregelmatig was, vanwege die onwettige voorwaarde, als onvoorwaardelijk. De onregelmatigheid van die procedure heeft het bod van het consortium aangetast.

86 Ten derde heeft het Gerecht de redenering van Land Burgenland verkeerd beoordeeld en heeft het verzuimd de feiten te onderzoeken, waar het in punt 90 van het arrest Burgenland heeft vastgesteld dat de onregelmatigheid van de aanbestedingsprocedure het bedrag van de biedingen niet hadden beïnvloed. Het Gerecht heeft immers enkel naar de litigieuze beschikking verwezen zonder eigen verificaties te hebben verricht, met name zonder te hebben nagegaan of de Commissie alle relevante elementen in aanmerking had genomen. De Commissie heeft echter enkel vastgesteld dat die voorwaarden er niet toe hebben geleid dat de biedingen werden verstoord en daardoor lager uitvielen, maar heeft verzuimd te onderzoeken of zij hadden geleid tot dergelijke verstoringen en daardoor hogere biedingen. Land Burgenland heeft in eerste aanleg beklemtoond dat het bod van het consortium tot 200 % hoger was dan de waarde van BB en dus uit de lucht gegrepen was.

87 Ten vierde, indien punt 89 van het arrest Burgenland moet betekenen dat het bod van het consortium, ondanks dat het bovenmatig was en de marktprijs van BB niet weergaf, in aanmerking moet worden genomen, dan heeft het Gerecht tegenstrijdige overwegingen gegeven. Het is immers incoherent om rekening te houden met verstoringen die tot lagere biedingen leiden, maar niet met die welke tot hogere biedingen leiden, terwijl zij het gevolg zijn van dezelfde omstandigheden.

88 Ten vijfde schenden de overwegingen in dat punt 89 het beginsel van gelijke behandeling van publieke en particuliere eigendom als vervat in artikel 345 VWEU. De door de Commissie vastgestelde gebreken zijn gebaseerd op de voorwaarde dat een beroep op de Ausfallhaftung moet worden voorkomen. Indien Land Burgenland geen rekening kon houden, volgens de Commissie en het Gerecht, met de uit de Ausfallhaftung voortvloeiende risico's, moest hij noodzakelijkerwijs voorbij kunnen gaan aan de aan deze risico's toe te schrijven verhoging van het bod van het consortium waardoor het bovenmatig werd. Door dit element uit te sluiten heeft het Gerecht Land Burgenland benadeeld ten opzichte van particuliere verkopers.

89 Ook GRAWE, met het tweede middel van haar hogere voorziening, meent dat de resultaten van een aanbestedingsprocedure slechts een geldige indicator voor de marktprijs zijn wanneer de aanbesteding open, transparant en onvoorwaardelijk is. Volgens de Commissie en het Gerecht was bij de privatisering van BB niet aan dit centrale vereiste voldaan vanwege de voorwaarde dat een beroep op de Ausfallhaftung moest worden vermeden. Voorts heeft deze voorwaarde geleid tot een verstoring van het bod van het consortium in die zin dat het hoger uitviel, zoals GRAWE heeft uiteengezet voor het Gerecht. Het Gerecht heeft dit argument echter niet onderzocht, maar enkel het standpunt van de Commissie geciteerd, zonder de juistheid van de analyse van de Commissie na te gaan, die eveneens heeft verzuimd na te gaan of er sprake was van een verstoring van het bod van het consortium in die zin dat het hoger uitviel.

90 GRAWE beklemtoont dat, anders dan de Commissie voor het Gerecht heeft gesteld, een verstoring van de marktprijs van BB waardoor die prijs hoger uitviel, irrelevant is omdat bij de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder de marktprijs overeenkomt met de hoogste prijs die de onder normale mededingingsvoorwaarden handelende particuliere investeerder bereid zou zijn te betalen. Het Gerecht had derhalve moeten oordelen dat de Commissie, in het kader van haar verplichting om de zaak zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken, gebruik had moeten maken van andere methoden ter bepaling van de marktprijs.

91 De Commissie betwist het betoog van Land Burgenland en van GRAWE.

Beoordeling door het Hof

92 Blijkens vaste rechtspraak van het Hof is de marktprijs de hoogste prijs die een particuliere investeerder die onder normale mededingingsvoorwaarden handelt, bereid is voor een vennootschap te betalen in de toestand waarin zij zich bevindt (zie arresten van 20 september 2001, Banks, C-390/98, Jurispr. blz. I-6117, punt 77, en 29 april 2004, Duitsland/Commissie, C-277/00, Jurispr. blz. I-3925, punt 80).

93 Om de marktprijs te toetsen kunnen de nationale autoriteiten onder meer rekening houden met de voor de overdracht van een vennootschap gebruikte vorm, bijvoorbeeld die van een openbare aanbesteding, die wordt geacht een verkoop onder marktvoorwaarden te waarborgen, of deskundigenrapporten die mogelijkerwijs ter gelegenheid van de overdracht zijn opgesteld (zie in die zin arrest van 13 november 2008, Commissie/Frankrijk, C-214/07, Jurispr. blz. I-8357, punten 59 en 60).

94 Daaruit volgt dat het Gerecht in de punten 70 en 87 van het arrest Burgenland en in punt 77 van het arrest GRAWE op goede gronden kon vaststellen dat wanneer een overheidsinstantie een haar toebehorend bedrijf verkoopt middels een open, transparante en onvoorwaardelijke aanbestedingsprocedure, kan worden vermoed dat de marktprijs overeenkomt met het hoogste bod, waarbij in de eerste plaats moet worden nagegaan of het bod bindend en geloofwaardig is en in de tweede plaats of het niet gerechtvaardigd is rekening te houden met andere economische factoren dan de prijs.

95 In dergelijke omstandigheden kan immers niet van de Commissie worden verlangd dat zij voor de controle van de marktprijs gebruik maakt van andere methoden, zoals onafhankelijke deskundigenrapporten.

96 Het Gerecht heeft, in punt 90 van het arrest Burgenland en in punt 81 van het arrest GRAWE, eveneens op goede gronden vastgesteld dat het hoogste bod dat wordt gedaan in het kader van een aanbestedingsprocedure die onregelmatig is wegens onwettige voorwaarden, niettemin overeen kan komen met de marktprijs wanneer de tekortkomingen in de aanbestedingsvoorwaarden het bedrag van de dat bod niet in die zin hebben beïnvloed dat het daardoor lager is uitgevallen.

97 Ten eerste heeft de Commissie in casu in het kader van haar complexe economische beoordeling van de vraag of Land Burgenland had gehandeld als een particuliere verkoper onderzocht of de geconstateerde gebreken van de aanbestedingsprocedure gevolgen hebben gehad voor de uitkomst van die procedure en heeft zij vastgesteld – met name op basis van de opmerkingen van het consortium volgens welke het meende dat de litigieuze onwettige voorwaarden in de toekomst niet van toepassing zouden zijn – dat die gebreken het bedrag van het hoogste bod niet lager hebben doen uitvallen.

98 Daar, ten tweede, Land Burgenland en GRAWE voor het Gerecht geen enkel argument hebben aangevoerd om aan te tonen dat die beoordeling van de Commissie onjuist was, kan het Gerecht niet worden verweten dat het de vaststelling van de Commissie heeft overgenomen zonder een eigen toetsing te verrichten.

99 Voor zover Land Burgenland en GRAWE betogen dat de Commissie heeft verzuimd te onderzoeken of er sprake was van een verstoring van het bedrag van het hoogste bod in die zin dat het hoger is uitgevallen, en het Gerecht dit verzuim niet heeft afgestraft, kan worden volstaan met vast te stellen dat het Gerecht in punt 89 van het arrest Burgenland op goede gronden heeft overwogen dat de onder marktvoorwaarden handelende particuliere verkoper in beginsel zal kiezen voor het hoogste bod, wanneer dit bindend en geloofwaardig is, ongeacht de redenen waarom de potentiële koper dat bod doet, en dat, bijgevolg, de stelling dat het bedrag van het bod van het consortium overdreven is, moet worden afgewezen.

100 Uit het voorgaande volgt dat het derde middel van de hogere voorziening van Land Burgenland en het tweede middel van de hogere voorziening van GRAWE ongegrond moeten worden verklaard.

Middelen van de hogere voorzieningen betreffende de evaluaties van de uitgiften van preferente obligaties ter waarde van 320 miljoen EUR

Argumenten van partijen

101 Land Burgenland betoogt met het eerste middel van zijn hogere voorziening dat het Gerecht zijn recht om te worden gehoord heeft geschonden door diens verzuim om zijn betoog te beoordelen dat de Commissie, in punt 171 van de litigieuze beschikking, rekening had moeten houden niet alleen met de voordelen ten gevolge van de „extra" uitgifte van obligaties ter waarde van 380 miljoen EUR, maar ook met de voordelen in verband met uitgifte van obligaties ter waarde van 320 miljoen EUR. Voorts betoogt hij dat hij in zijn opmerkingen over het rapport ter terechtzitting de aandacht van het Gerecht op dit argument had gevestigd omdat het daarin niet voorkwam.

102 Daar de inaanmerkingneming van de voordelen in verband met de uitgifte van obligaties ter waarde van 320 miljoen EUR respectievelijk voor het consortium en voor GRAWE elk steunelement in de verkoop van BB aan GRAWE zou wegnemen, had de beoordeling van dit argument tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking moeten leiden. Naargelang van de verschillende ratings en dus van hun risicoklassen zou het consortium wegens die uitgifte van de obligaties een herfinancieringsvoordeel hebben genoten van minstens 43,5 miljoen EUR, terwijl dit voordeel voor GRAWE slechts tussen 3,52 en 8,32 miljoen EUR zou hebben gelegen.

103 Land Burgenland preciseert dat de punten 171 en 172 van het arrest Burgenland niet kunnen worden geacht een beoordeling van die redenering te bevatten omdat die punten daaraan voorbij gaan. Bovendien bevat punt 171 een gebrekkige motivering.

104 Land Burgenland voegt daaraan toe dat de beoordeling van het Gerecht, in de punten 168 tot en met 172 van het arrest Burgenland, van de rest van zijn betoog betreffende het achtste middel van het beroep is gebaseerd op een ontoereikende motivering en juridische beoordeling, dat daarin voorbij is

gegaan aan door hem verstrekte bewijzen, dat daarin sprake is van tegenstrijdigheid met de vaststellingen in punt 148 van de litigieuze beschikking en dat daarin is verzuimd na te gaan of die beschikking was gebaseerd op een inaanmerkingneming van alle relevante bewijselementen.

105 GRAWE stelt met het derde middel van haar hogere voorziening dat zij in eerste aanleg had betoogd dat op basis van hun verschillen in rating en dus van risicoklasse waarin zijzelf en het consortium vielen, het consortium vanwege die uitgifte van obligaties ter waarde van 320 miljoen EUR een herfinancieringsvoordeel van 42,5 miljoen EUR had genoten, terwijl het voordeel dat GRAWE had bij de uitgifte van alle obligaties, ter waarde van 700 miljoen EUR, slechts 1,6 miljoen EUR bedroeg, zodat de door de twee concurrenten geboden aankoopprijs ten gunste van GRAWE had moeten worden aangepast met 40,8 miljoen EUR. In het arrest GRAWE is het Gerecht niet ingegaan op deze redenering.

106 Volgens GRAWE kan dit verzuim niet worden gerechtvaardigd door het feit dat de uitgifte van obligaties ter waarde van 320 miljoen EUR bekend was bij het consortium en bij GRAWE, zodat zij daarmee rekening konden houden in hun respectieve biedingen. Daar de Commissie en het Gerecht immers hadden vastgesteld dat de uit de Ausfallhaftung voortvloeiende voordelen niet konden worden beoordeeld in het kader van het criterium van de particuliere investeerder, moesten die dus – om de coherentie van de redenering niet te verliezen – afzonderlijk worden beoordeeld.

107 De Commissie meent dat het betoog van Land Burgenland en van GRAWE niet-ontvankelijk is, omdat noch het verzoekschrift van het door Land Burgenland bij het Gerecht in gestelde beroep noch dat van GRAWE een middel tot nietigverklaring bevat betreffende de evaluatie van de preferente uitgiften ter waarde van 320 miljoen EUR. Met de over het rapport ter terechtzitting geformuleerde opmerkingen wordt dus bedoeld een nieuw middel in te dienen, dat niet-ontvankelijk is.

108 Subsidiair, betoogt de Commissie dat dit betoog ongegrond is.

109 Hoe dan ook zou een beoordeling door het Gerecht van het betoog van Land Burgenland en van GRAWE niet tot een wijziging van het dictum van de arresten Burgenland en GRAWE kunnen leiden. Daar de uitgifte van obligaties ter waarde van 320 miljoen EUR immers bekend was bij het consortium en bij GRAWE, hadden zij daarmee rekening kunnen houden in hun respectieve biedingen.

Beoordeling door het Hof

110 In de eerste plaats blijkt uit het dossier van de zaak die tot het arrest Burgenland heeft geleid, dat het betoog van Land Burgenland betreffende de uitgifte van obligaties ter waarde van 320 miljoen EUR in het verzoekschrift weliswaar niet voorkomt als afzonderlijk onderdeel van het achtste middel van het door hem ingestelde beroep, doch dat dit wel aanwezig is in dat middel. Na de preciseringen van Land Burgenland over het rapport ter terechtzitting, kon over het voorkomen en de draagwijdte van dat betoog, dat reeds in het verzoekschrift voorkwam, geen twijfel bestaan. Bijgevolg kunnen die stellingen, anders dan de Commissie beweert, niet worden geacht een nieuw middel te vormen, dat niet-ontvankelijk zou zijn.

111 Voorts blijkt uit het dossier van de zaak die tot het arrest GRAWE heeft geleid, dat dit betoog voldoende duidelijk voorkwam in het beroep van GRAWE.

112 Daaruit volgt dat het Gerecht dat betoog zowel in het arrest Burgenland als in het arrest GRAWE had moeten onderzoeken. Anders dan de Commissie stelt, blijkt uit de arresten Burgenland en GRAWE echter niet dat het Gerecht een dergelijke beoordeling heeft verricht.

113 In casu dient dit betoog derhalve te worden onderzocht, dat door Land Burgenland en door GRAWE in wezen is geformuleerd in respectievelijk het eerste en het derde middel van hun hogere voorzieningen.

114 In dit verband kan worden volstaan met in herinnering te brengen dat in punt 99 van het onderhavige arrest is vastgesteld dat het Gerecht op goede gronden heeft overwogen dat de onder marktvoorwaarden handelende particuliere verkoper in beginsel zal kiezen voor het hoogste bod, wanneer dit bindend en geloofwaardig is, ongeacht de redenen waarom de potentiële koper dat bod doet. Voor een dergelijke particuliere verkoper zijn de redenen waarom een bepaalde bieder een bod van een bepaald bedrag doet immers niet beslissend.

115 In casu staat vast dat de uitgifte van obligaties ter waarde van 320 miljoen EUR bekend was bij het consortium en bij GRAWE en dat zij daarmee dus rekening hebben gehouden in hun respectieve biedingen. Daar, gelet op hetgeen in het vorige punt in herinnering is gebracht, de redenen waarom de potentiële koper het hoogste bod doet niet hoeven te worden onderzocht, volgt daaruit dat het betoog betreffende een dergelijke uitgifte van obligaties hoe dan ook niet kan slagen.

116 Daar in het bijzonder, zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, elk element van de privatiseringsvoorwaarden van een overheidsbedrijf verschillende voor- en nadelen kan hebben voor elk van de verschillende bieders, zou de analyse waarnaar Land Burgenland en GRAWE verwijzen, niet beperkt kunnen blijven tot enkel de gevolgen van de uitgifte van obligaties ter waarde van 320 miljoen EUR, maar zou deze tevens betrekking moeten hebben op, bijvoorbeeld, de fiscale voordelen die bepaalde bieders zouden kunnen verkrijgen door een fiscale overdracht van de verliezen van BB. De Commissie is niet gehouden om voor elke bieder een dergelijke gedetailleerde en gedifferentieerde analyse te maken.

117 Het is immers vaste rechtspraak van het Hof dat wanneer een onderneming wordt gekocht tegen de hoogste prijs die een onder normale mededingingsvoorwaarden handelende particuliere investeerder bereid was voor deze vennootschap te betalen in de toestand waarin zij zich bevond, die onderneming in alle opzichten geraamd is tegen de marktprijs en de koper niet kan worden geacht een voordeel te hebben genoten ten opzichte van de andere marktdeelnemers (zie in die zin arrest Banks, reeds aangehaald, punt 77, en arrest van 29 april 2004, Duitsland/Commissie, reeds aangehaald, punt 80).

118 Wat in de tweede plaats de stellingen van Land Burgenland betreft over de beoordeling door het Gerecht van zijn betoog betreffende de uitgifte van obligaties ter waarde van 380 miljoen EUR, blijkt enerzijds uit punt 165 van het arrest Burgenland dat het Gerecht rekening heeft gehouden met het volledige betoog van Land Burgenland daarover en dat het in het bijzonder heeft verwezen naar de bewijselementen waarop Land Burgenland zich in zijn hogere voorziening baseert.

119 Anderzijds volgt uit punt 170 van het arrest Burgenland dat het Gerecht dat betoog heeft afgewezen daar het van oordeel was dat de Commissie, niettegenstaande die elementen, zonder een fout te maken haar slotsom op de elementen in de litigieuze beschikking kon baseren.

120 Bijgevolg moet worden vastgesteld, om te beginnen, dat Land Burgenland op basis van die motivering de redenen kan kennen waarom het Gerecht dit betoog heeft afgewezen en het Hof over voldoende elementen beschikt om zijn rechterlijk toezicht uit te oefenen. Vervolgens bevat deze motivering geen ontoereikende juridische beoordeling en zijn daarin geen door Land Burgenland verstrekte bewijzen buiten beschouwing gelaten, en is daarin evenmin verzuimd na te gaan of de Commissie in de litigieuze beschikking alle relevante bewijselementen in aanmerking had genomen. Ten slotte kan met name op basis van de eerste zin van dat punt 170 niet worden vastgesteld dat er sprake is van een vermeende tegenstrijdigheid tussen dat punt en de vaststellingen in punt 148 van de litigieuze beschikking.

121 Gelet op al het voorgaande moeten het eerste middel van de hogere voorziening van Land Burgenland en het derde middel van de hogere voorziening van GRAWE ongegrond worden verklaard.

122 Aangezien geen enkel van de door Land Burgenland, de Republiek Oostenrijk en GRAWE tot staving van hun hogere voorzieningen aangevoerde middelen kan worden aanvaard, dienen de hogere voorzieningen te worden afgewezen.

Kosten

123 Artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof bepaalt dat wanneer de hogere voorziening ongegrond is, het Hof over de kosten beslist.

124 Volgens artikel 138, lid 1, van dit reglement, dat ingevolge artikel 184, lid 1, daarvan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd. Aangezien het Land Burgenland, de Republiek Oostenrijk en GRAWE in het ongelijk zijn gesteld, moeten zij overeenkomstig de vordering van de Commissie worden verwezen in de kosten.

125 Volgens artikel 140, lid 1, van datzelfde reglement, dat krachtens artikel 184, lid 1, ook van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, dragen de lidstaten die in het geding zijn tussengekomen, hun eigen kosten. Bijgevolg moet worden beslist dat de Bondsrepubliek Duitsland haar eigen kosten zal dragen.

Het Hof (Tweede kamer) verklaart:

1) De hogere voorzieningen worden afgewezen.

2) Land Burgenland, Grazer Wechselseitige Versicherung AG en de Republiek Oostenrijk worden verwezen in de kosten.

3) De Bondsrepubliek Duitsland draagt haar eigen kosten.

ondertekeningen