DÉCISION DE LA COMMISSION

du 30 avril 2008

sur l'aide d'État C 56/06 (ex NN 77/06) accordée par l'Autriche dans le cadre de la privatisation de Bank Burgenland

[notifiée sous le numéro C(2008) 1625]

(Le texte en langue allemande est le seul faisant foi.)

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

(2008/719/CE)

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 88, paragraphe 2, premier alinéa,

vu l'accord sur l'Espace économique européen, et notamment son article 62, paragraphe 1, point a),

après avoir mis les intéressés en demeure, en vertu des dispositions précitées, de présenter leurs observations [1], et vu ces observations,

considérant ce qui suit:

I. PROCÉDURE

(1) Le 4 avril 2006, la Commission a été saisie d'une plainte d'un consortium d'investisseurs austro-ukrainien (ci-après le «consortium») selon laquelle l'Autriche aurait enfreint les règles sur les aides d'État lors de la privatisation de la banque hypothécaire Bank Burgenland (ci-après «BB») [2]. Plus particulièrement, la procédure d'appel d'offres qui, selon la plaignante, n'avait pas été équitable, transparente et non discriminatoire envers elle, ne se serait pas soldée par la cession de BB au plus offrant (à savoir le consortium), mais à la société d'assurances autrichienne Grazer Wechselseitige Versicherung AG conjointement avec la GW Beteiligungserwerbs- und -verwaltungs-GmbH (ci-après «GRAWE»).

(2) L'Autriche a été invitée une première fois à fournir des informations le 12 avril 2006. Le 25 avril 2006, elle a demandé une prolongation du délai, qui lui a été partiellement accordée par lettre du 28 avril 2006. L'Autriche a répondu par lettres du 15 mai 2006 et du 1er juin 2006. Une réunion a eu lieu avec les autorités autrichiennes le 27 juin 2006. Une deuxième demande de renseignements a été envoyée le 17 juillet 2006 et la réponse complète a été reçue le 18 septembre 2006.

(3) Entre-temps, le consortium a communiqué des informations supplémentaires à la Commission par courrier électronique et par lettre du 21 avril 2006 et du 2 juin 2006.

(4) Par lettre du 21 décembre 2006, la Commission a informé l'Autriche de sa décision, concernant la mesure en cause, d'ouvrir la procédure conformément à l'article 88, paragraphe 2, du traité CE.

(5) La décision de la Commission d'ouvrir la procédure formelle d'examen (ci-après également dénommée «décision d'ouverture») a été publiée au *Journal officiel de l'Union européenne* [3]. La Commission a invité les intéressés à présenter leurs observations sur la mesure en cause.

(6) La Commission a reçu des observations des intéressés. Un intéressé hongrois a envoyé des informations avant et après le délai fixé dans la décision (sans donner d'explications supplémentaires). Les observations des 22, 26 et 27 février 2007 et celles du 9 mars 2007 ont été envoyées dans les délais. L'intéressé a envoyé des informations complémentaires hors délai, soit les 19 et 28 mars 2007.

(7) Le soumissionnaire choisi et bénéficiaire potentiel de la mesure, à savoir GRAWE, a lui aussi envoyé des observations, que la Commission a reçues le 9 mars 2007, accompagnées d'une demande de prolongation du délai. La demande a été satisfaite. Le 19 avril 2007, GRAWE a communiqué des informations supplémentaires; la Commission a reçu les observations complètes, y compris les appendices, le 26 avril 2007. À la suite d'une rencontre avec la Commission le 8 janvier 2008, GRAWE a transmis des explications supplémentaires le 5 février 2008.

(8) Le 1er mars 2007, après l'ouverture de la procédure formelle d'examen et l'octroi d'une prolongation du délai, l'Autriche a envoyé ses propres observations.

[1] JO C 28 du 8.2.2007, p. 8.
[2] Description détaillée ci-dessous.
[3] Voir la note 1 de bas de page.

(9) Toutes les observations reçues avant l'expiration du délai initial (s'agissant des Hongrois) et après prolongation du délai (pour GRAWE) ont été transmises à l'Autriche pour avis. L'Autriche a donné son avis par lettre du 5 juin 2007. Le 8 février 2008, c'est-à-dire plus tard dans le courant de la procédure, la Commission a transmis à l'Autriche toutes les observations de GRAWE et des intéressés hongrois reçues après expiration du délai.

(10) Plusieurs réunions avec les représentants de l'Autriche, de GRAWE et des autorités ukrainiennes ont eu lieu. La dernière réunion avec l'Autriche a été organisée le 1er avril 2008. Les 14 décembre 2007, 23 janvier, 25 février, 5 mars et 9 avril 2008, l'Autriche a transmis des observations supplémentaires par courrier électronique.

(11) Le 22 mars 2007, la plaignante, qui ne s'était pas encore exprimée au sujet de la décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen, a informé la Commission des derniers développements dans le cadre d'une des procédures judiciaires qu'elle a entamées en Autriche (décision de l'*Oberlandesgericht* de Vienne du 5 février 2007 et recours ultérieur auprès de l'*Oberster Gerichtshof* autrichien). La plaignante avait intenté plusieurs actions auprès des tribunaux autrichiens, qu'elle a toutes perdues.

II. DESCRIPTION DÉTAILLÉE DE LA MESURE

1. Le consortium (la plaignante)

(12) La plaignante est un consortium austro-ukrainien, auquel appartenaient, au moment de la vente de BB, les deux sociétés par actions ukrainiennes «Ukrpodshipnik» et «Ilyich» et les deux sociétés SLAV AG et SLAV Finanzbeteiligung GmbH, cette dernière ayant été créée spécialement aux fins de l'acquisition de BB. Ukrpodshipnik et Ilyich sont de grands groupes d'entreprises ukrainiens comprenant près de 100 000 collaborateurs et dont le chiffre d'affaires annuel total s'élève à environ 4 milliards de dollars. Elles appartiennent, entre autres, aux secteurs industriels de la production d'acier, de la construction navale, de la construction de pipelines, de l'industrie métallurgique et des centrales électriques. En outre, Ukrpodshipnik est présente sur les marchés financiers, avec la «Commercial Bank ACTIVE BANK Ltd» (ci-après «Active Bank»), qui s'occupe depuis 2002 d'une concession bancaire illimitée en Ukraine. La société SLAV AG était une filiale d'Ukrpodshipnik et a été fondée en 1992 à Vienne en tant que société commerciale. Les actions de l'entreprise sont cotées à la Bourse de Vienne. La restructuration effectuée au sein du consortium après la vente de BB, à la suite de laquelle SLAV AG est devenue propriétaire de l'entreprise établie en Ukraine, est sans conséquence pour l'instruction de la présente affaire d'aide.

(13) Le consortium, dans son désir d'acquérir BB, poursuivait deux grands objectifs stratégiques. Premièrement, déjà actif dans le secteur financier en Ukraine, il souhaitait étendre ses activités commerciales dans ce domaine. Deuxièmement, le consortium, qui vend une grande partie de ses produits à l'échelle mondiale, souhaitait, via cette acquisition, se procurer un accès aux marchés financiers internationaux afin de développer son expansion internationale. Le plan d'exploitation du consortium pour BB reflétait ces objectifs stratégiques et aurait par conséquent modifié l'orientation régionale que BB avait jusqu'alors.

(14) La solidité économique du consortium n'a été remise en cause ni dans les informations dont disposait la Commission, ni dans les observations fournies par les intéressés après l'ouverture de la procédure. Pendant l'examen, aucune information indiquant que le consortium pouvait être une entreprise manquant de sérieux n'a été fournie. Ce n'est qu'à un stade très avancé de l'examen que les autorités autrichiennes ont attiré l'attention de la Commission sur une affaire allemande, dans laquelle le *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* (l'office fédéral de contrôle des services financiers, ci-après «BaFin») a interdit l'acquisition envisagée par un groupe ukrainien non précisé de parts de capital dans une banque allemande, en raison de l'origine incertaine des fonds — appréciation qui a été confirmée par un tribunal administratif allemand ([4]).

2. GRAWE (le bénéficiaire)

(15) L'acquéreur GRAWE est propriétaire de Grazer Wechselseitige Versicherung AG et de GW Beteiligungserwerbs- und verwaltungs-G.m.b.H. L'entreprise GRAWE est un grand groupe autrichien de services financiers bien établi. GRAWE est active dans le domaine des assurances, des services financiers et de l'immobilier en Autriche et est présente dans de nombreux pays d'Europe centrale via ses filiales en Slovénie, en Croatie, à Belgrade, à Sarajevo, à Banja Luka, en Hongrie, en Bulgarie, en Roumanie, en Ukraine, dans la République de Moldavie et à Podgorica. Ses directions se trouvent essentiellement dans les capitales correspondantes. Grazer Wechselseitige Versicherung AG offre tout l'éventail des services d'assurance, mais aussi des services financiers et de leasing. La direction générale du groupe se trouve à Graz; elle possède également des directions dans toutes les capitales. En 2006, le montant des primes encaissées a atteint environ 660 millions EUR pour les 3,3 millions de contrats d'assurance gérés au total.

([4]) Voir le communiqué de presse nº 7/2008 du tribunal administratif de Francfort-sur-le-Main du 22 février 2008 présenté par l'Autriche (www.vg-frankfurt.justiz.hessen.de).

(16) En 2006, Grazer Wechselseitige Versicherung AG détenait une participation directe dans deux entreprises financières des secteurs bancaires et de l'investissement. Il s'agissait d'une participation de 43,43 % dans Hypo Group Alpe Adria, un groupe financier de la région des Alpes et de l'Adriatique installé en Autriche, en Bosnie-et-Herzégovine, en Bulgarie, en Croatie, en Allemagne, en Hongrie, en Italie, au Liechtenstein, dans l'ancienne République yougoslave de Macédoine, au Monténégro, en Serbie, en Slovénie et en Ukraine. Hypo Group Alpe Adria, qui compte plus de 6 500 collaborateurs, s'occupe d'environ 1,1 million de clients et disposait en 2006 d'un avoir total de plus de 30 milliards EUR. En 1989, GRAWE a fait l'acquisition de Capital Bank, une banque indépendante, qui, ces dernières années, s'est spécialisée dans la branche des services bancaires aux particuliers et des banques d'investissement et est responsable d'environ 70 fonds d'investissement.

(17) Le plan d'exploitation élaboré par GRAWE pour l'acquisition de BB ne prévoyait ni la modification du modèle d'entreprise de BB, ni une intégration de BB dans l'activité existante du groupe.

(18) En 2007, GRAWE a vendu environ 15 % de sa participation à Hypo Group Alpe Adria et obtenu des bénéfices comptables considérables. Avec le report fiscal des pertes de BB de […] (*) millions EUR ([5]), GRAWE avait déjà réalisé des économies d'impôts ([6]), qui pouvaient compenser le prix d'achat de […] millions EUR ([7]) payé pour BB.

3. **Hypo Bank Burgenland AG (BB)**

(19) Jusqu'à sa vente, Hypo Bank Burgenland AG était une société par actions de droit autrichien, dont le siège se trouvait à Eisenstadt, en Autriche. Avant la vente de BB au groupe d'assurance autrichien GRAWE (l'affaire d'aide en cause) et depuis l'assemblée générale de mars 2005, le Land de Burgenland détenait la totalité du capital propre de BB ([8]). Avec un bilan total d'environ 3,3 milliards EUR en 2005, le groupe BB avait un champ d'activité réduit au niveau régional.

(20) Avant la vente, BB était, avec une concession bancaire illimitée, active dans le Land de Burgenland (ci-après «le Land de Burgenland») et en Hongrie occidentale, où elle possédait une filiale à 100 %, Sopron Bank RT. Créée en tant que banque hypothécaire du Land, BB était chargée de promouvoir l'activité de crédit dans le Land de Burgenland. Initialement, son activité principale consistait à octroyer des prêts hypothécaires et à émettre des obligations foncières et des obligations communales. Au moment de la vente, BB était une banque universelle offrant toutes sortes de services bancaires et financiers.

(21) Jusqu'à la privatisation, BB bénéficiait encore de ce que l'on appelle l'«*Ausfallhaftung*» ([9]). Au titre d'un accord entre la Commission et l'Autriche, sur la base duquel la décision C(2003) 1329 final ([10]) a été promulguée, l'*Ausfallhaftung* devait être abrogée pour le 1er avril 2007. Pour toutes les obligations existantes au 2 avril 2003, l'*Ausfallhaftung* restait en principe valable jusqu'à leur échéance. Pendant la période allant du 2 avril 2003 au 1er avril 2007, l'*Ausfallhaftung* pour les nouvelles obligations pouvait être maintenue, à condition qu'elle arrive à échéance avant le 30 septembre 2017. En raison de la privatisation de BB, la prolongation de ce délai s'est toutefois terminée prématurément le jour de la clôture de la vente à GRAWE, autrement dit le 12 mai 2006 ([11]). Depuis ce jour, il n'y a plus d'*Ausfallhaftung* pour les nouvelles obligations. Le 31 décembre 2005, les obligations protégées par l'*Ausfallhaftung* s'élevaient à environ 3,1 milliards d'euros (sans l'émission de titres supplémentaires décrite au point 44).

(22) En raison de pertes antérieures, au 31 décembre 2004, BB a présenté un report fiscal des pertes d'environ 376,9 millions EUR. D'après le droit fiscal autrichien, les entreprises peuvent, depuis le 1er janvier 2005, compenser les pertes et les profits les unes avec les autres (au sein du même groupe). La possibilité de procéder ainsi dépend de la structure de l'entreprise.

(*) *Secret d'affaires.*

([5]) Report des pertes au 31 décembre 2004.

([6]) L'impôt sur les bénéfices des sociétés autrichien s'élève à 25 %.

([7]) Quatre sociétés immobilières d'une valeur nominale de […] millions d'euros ont été cédées directement au Land avant la clôture pour la somme de […] millions d'euros.

([8]) Il a été convenu, lors de l'assemblée générale de mars 2005, d'acheter en masse le flottant et de verser un dédommagement aux actionnaires du flottant, qui disposaient de 6,79 % du capital propre.

([9]) L'*Ausfallhaftung* est un régime de garantie pour les institutions publiques de crédit, qui, en avril 2003, englobait environ 27 caisses d'épargne et sept banques hypothécaires du Land. Cette garantie publique peut être comprise comme une «obligation de garantie». En cas d'insolvabilité ou de liquidation de l'institution de crédit, le garant (État, Land ou commune) est tenu d'intervenir. Les créanciers de la banque ont des droits directs vis-à-vis du garant, qui n'est toutefois tenu d'agir que lorsque les actifs de la banque ne suffisent pas pour couvrir les créances de ses créanciers. L'*Ausfallhaftung* ne concernait ni une période ni un montant spécifiques. BB ne verse aucune indemnisation pour la fonction de garantie.

([10]) JO C 175 du 24.7.2003, p. 8. L'Autriche a accepté les mesures utiles exposées dans la décision par lettre du 15 mai 2003, enregistrée le 21 mai 2003.

([11]) Conformément à l'article 4, paragraphe 7, de la *Landes-Hypothekenbank Burgenland-Gesetz* (loi sur les banques hypothécaires du Land de Burgenland), le délai prolongé se termine pour toutes les obligations couvertes par l'*Ausfallhaftung* en ce qui concerne les nouvelles obligations si Bank Burgenland (ou la majorité des actions) est vendue avant la fin de la prolongation du délai convenue avec la Commission.

4. **La restructuration de BB**

(23) Dans sa décision du 7 mai 2004 ([12]) (ci-après «la décision de restructuration»), la Commission a autorisé une aide à la restructuration en faveur de BB d'une valeur totale de 360 millions EUR, couvrant deux mesures: d'une part, la garantie accordée à BB par le Land de Burgenland le 20 juin 2000 (d'un montant de 171 millions EUR, majoré d'un intérêt de 5 % ([13]), et, d'autre part, l'accord cadre du 23 octobre 2000, qui consiste dans la renonciation par Bank Austria au remboursement de prêts en faveur de BB, ainsi qu'un accord sur les bénéfices futurs conclu entre ces deux parties ([14]) et une garantie du Land de Burgenland en faveur de BB, d'un montant de 189 millions EUR ([15]).

(24) La décision de restructuration prévoyait les modifications ultérieures suivantes de l'accord de garantie du 20 juin 2000 et de l'accord cadre. L'accord de garantie du 20 juin 2000 a été modifié dans la mesure où le bénéfice annuel de BB ne sera plus utilisé pour la réduction du montant garanti par le Land de Burgenland. En outre, BB peut avoir recours à la garantie du Burgenland au plus tôt lors de l'établissement des comptes annuels pour l'exercice 2025. Le Land reste cependant libre de verser la garantie en tout ou en partie à BB à partir de l'établissement des comptes annuels pour l'exercice 2010. L'accord cadre du 23 octobre 2000 a été modifié de manière à ce que le bénéfice annuel de BB ne serve plus à honorer cette créance envers Bank Austria AG. Le Land de Burgenland honore la créance envers Bank Austria AG et règle le montant restant de l'accord de garantie juste avant la privatisation de BB via un paiement unique.

([12]) Décision 2005/691/CE de la Commission relative à l'aide d'État C 44/03 (ex NN 158/01) que l'Autriche entend accorder à Bank Burgenland AG (JO L 263 du 8.10.2005, p. 8).

([13]) L'accord de garantie recouvre les créances de HOWE. Les résultats annuels positifs de l'entreprise BB sont utilisés pour couvrir le montant de la garantie. Dès lors, le montant de la garantie est soustrait du bénéfice annuel de BB, dans la mesure où celui-ci n'est pas nécessaire au versement des dividendes privilégiés. BB ne peut appeler la garantie du Burgenland qu'au moment de l'établissement des comptes annuels pour l'exercice 2010 au plus tôt.

([14]) La renonciation au remboursement se fait en contrepartie d'une créance, productive d'intérêts, sur BB et prévoit une réduction du montant total de cette renonciation de Bank Austria, majorée des intérêts en sept annualités, à partir du 30 juin 2004. À partir de cette date, BB était tenue de réduire le montant de cette créance, majoré des intérêts capitalisés. La créance sur les bénéfices futurs sera remboursée sur les bénéfices annuels de BB.

([15]) Pour le cas où BB ne pourrait honorer la créance sur ses bénéfices futurs, le Land de Burgenland a accordé une garantie irrévocable en faveur de Bank Austria Creditanstalt AG, valable chaque année pendant la période 2004-2010 et qui doit couvrir le déficit envers Bank Austria Creditanstalt. BB comme le Land de Burgenland restent libres, conformément à cet accord, d'honorer anticipativement cette créance sur les bénéfices futurs envers Bank Austria AG.

(25) Les modifications concernant l'utilisation des bénéfices annuels en vue de réduire le montant de la garantie ne seraient pas entrées en vigueur si la privatisation de BB n'avait pas eu lieu. Si le Land de Burgenland était resté propriétaire de BB, les deux garanties n'auraient pas été modifiées; les montants de la garantie auraient continué d'être réduits des bénéfices annuels de BB et la créance de BB n'aurait pas changé.

(26) La privatisation de BB était un élément essentiel du plan de restructuration approuvé par la Commission. Le Land de Burgenland estime que la privatisation de BB constitue la meilleure précaution possible pour la viabilité durable de la banque.

(27) À la suite de la décision de la Commission, le Land de Burgenland a essayé par deux fois depuis 2003 de vendre et de privatiser BB, mais sans succès. La troisième tentative, que concerne la mesure décrite ci-dessous, a commencé par une publication dans les médias le 18 octobre 2005.

5. **La privatisation de BB**

5.1. La procédure de privatisation

(28) La Commission constate que les parties prenantes à la cession de BB décrivent la procédure de vente de manières différentes, mais la Commission est d'avis que les éléments présentés ci-après concernant la cession de BB, tels qu'ils sont présentés dans la décision d'ouverture et complétés par les observations de l'Autriche et celles de GRAWE, doivent être considérés comme incontestés.

(29) En 2005, le Land de Burgenland a lancé une troisième procédure d'appel d'offres pour la privatisation de BB. La banque d'investissements internationale HSBC Trinkaus & Burkhardt KGaA, à Düsseldorf, qui était chargée, avec HSBC plc, à Londres (ci-après «HSBC»), de l'exécution de la privatisation, a annoncé la cession envisagée de BB dans toute l'Autriche le 18 octobre 2005 dans *l'Amtsblatt zur Wiener Zeitung* et à l'échelle internationale le 19 octobre 2005 dans l'édition en anglais du *Financial Times Europe*, invitant les parties intéressées par l'acquisition de parts de BB à manifester leur intérêt.

(30) Vingt-quatre soumissionnaires potentiels ont réagi aux publications à l'intérieur et à l'extérieur de l'Union européenne, mais seuls 14 d'entre eux ont manifesté formellement leur intérêt à déposer une offre et ont reçu après cela une lettre de couverture (ci-après «lettre de procédure») pour la prochaine étape de l'appel d'offres. Cette lettre de procédure invitait les soumissionnaires potentiels à présenter, avant le 6 décembre 2005, une offre contraignante indicative pour l'acquisition de la banque.

(31) Seuls trois des 14 soumissionnaires potentiels ont présenté une offre indicative dans les délais, s'élevant respectivement à 65, 100 et 140 millions EUR ([16]), et ont pris part à la deuxième étape de l'appel d'offres, dans laquelle une offre contraignante devait être présentée au plus tard le 6 février 2006. Dans le cadre de cette deuxième étape, la mise à disposition d'un espace de données sur l'internet du 7 au 30 janvier 2006, en particulier, a permis un examen approfondi avec des présentations et des réunions complémentaires. En outre, les soumissionnaires ont pu poser des questions pendant cette phase d'examen approfondi.

(32) Le 6 février 2006, deux soumissionnaires, GRAWE et le consortium, ont présenté des offres contraignantes.

(33) L'examen des offres contraignantes de ces deux soumissionnaires s'est poursuivi de manière individuelle. Les négociations se sont terminées le 4 mars 2006.

(34) Le 5 mars 2006, le Land de Burgenland a procédé à l'attribution à GRAWE, bien que le prix d'achat qu'elle avait proposé (100,3 millions EUR) ait été nettement inférieur à celui proposé par le consortium (155 millions EUR). Cette décision s'appuyait sur une recommandation écrite d'HSBC du 4 mars 2006 (ci-après «la recommandation»), qui a été complétée par des éclaircissements oraux destinés aux membres du gouvernement du Land de Burgenland le jour même de la décision. Le gouvernement du Burgenland a formellement approuvé la vente le 7 mars 2006. La clôture de la vente a eu lieu le 12 mai 2006.

(35) La veille de la clôture, BB a émis des titres à hauteur de 700 millions EUR. Avant la privatisation, d'après les plans initiaux de 2005, des titres n'auraient dû être émis qu'à hauteur de 320 millions EUR. Les titres supplémentaires étaient garantis via l'*Ausfallhaftung*. Sur ces titres d'une valeur totale de 700 millions EUR, Capital Bank, une filiale de GRAWE, a souscrit des titres à hauteur de 350 millions EUR.

([16]) Une quatrième offre indicative s'élevant à 115,5 millions EUR, incomplète et reçue après l'expiration du délai, n'a pu être prise en considération.

5.2 Les critères de sélection cités dans la lettre de procédure

(36) Les critères d'évaluation des offres suivants, énumérés dans la lettre de procédure, ont été arrêtés par décision du 6 septembre 2005 des autorités du Burgenland:

a) le montant du prix de vente et la sûreté du paiement du prix;

b) le maintien de l'indépendance de BB;

c) la poursuite de la gestion de BB en évitant le recours à l'*Ausfallhaftung* du Land;

d) l'apport des éventuelles augmentations de capital nécessaires;

e) la sécurité des transactions;

f) des exigences temporelles pour l'exécution de la transaction.

(37) La lettre de procédure indiquait également que l'actionnaire de BB, en vertu de la recommandation, déciderait à son gré quel soumissionnaire pourrait participer à la deuxième étape de la procédure de vente.

5.3 La clause de garantie prévue dans le contrat conclu avec GRAWE

(38) Le contrat signé avec GRAWE comporte une clause dans laquelle le Land de Burgenland garantit que la réglementation relative aux aides ne sera pas violée, que ce soit en relation avec les accords de garantie, qui font l'objet de la décision de restructuration, ou en relation avec le contrat de vente. Cette clause de garantie est complétée par une autre clause, selon laquelle l'acheteuse (GRAWE) a droit à ce que le Land de Burgenland rembourse chaque montant dont la récupération serait ordonnée par la Commission dans une décision négative. Si, sur la base de la réglementation relative aux aides, une telle adaptation du prix d'achat n'était pas possible, l'acheteuse pourrait résilier le contrat en vertu de cette clause.

5.4 La recommandation d'HSBC

(39) La recommandation, qui compare l'offre de GRAWE avec celle du consortium sur la base des critères de sélection susmentionnés, indique que, compte tenu du prix d'achat, la décision devrait favoriser le consortium. Toutefois, au vu des autres critères (sûreté du paiement du prix, poursuite de la gestion de BB en évitant le recours à l'*Ausfallhaftung* du Land, augmentations de capital et sécurité des transactions), HSBC a recommandé que BB soit cédée à GRAWE (voir à ce sujet les points 27 à 29 de la décision d'ouverture).

III. **DÉCISION D'OUVRIR LA PROCÉDURE FORMELLE D'EXAMEN AU TITRE DE L'ARTICLE 88, PARAGRAPHE 2, DU TRAITÉ CE**

(40) La décision de la Commission d'ouvrir la procédure formelle d'examen au titre de l'article 88, paragraphe 2, du traité CE repose en particulier sur les motifs ci-après.

(41) Sur la base des principes fixés dans le 23e rapport sur la politique de concurrence ([17]), la Commission n'a pas pu déterminer que la vente était dénuée d'aide, d'autant plus que le Land de Burgenland n'a pas octroyé l'adjudication de la vente de BB au consortium, qui avait proposé un prix d'achat considérablement plus élevé. En outre, la description de la procédure d'appel d'offres par la plaignante et par l'Autriche comportait certaines différences.

Doutes concernant la procédure d'appel d'offres

(42) La Commission se demande si la procédure d'appel d'offres peut réellement être considérée comme transparente, inconditionnelle et non discriminatoire. En particulier, elle émet des doutes quant à l'égalité de traitement des soumissionnaires pendant l'appel d'offres, et se demande si un vendeur du secteur privé n'aurait pas fixé certaines des conditions rattachées à la vente présentées dans la lettre de procédure d'HSBC.

(43) En outre, la Commission a émis des doutes quant à la transparence du choix final, qui ne reflétait aucunement une pondération des différents critères. De plus, le critère additionnel «refinancement de BB après sa vente par le Land de Burgenland», auquel une grande importance a été accordée pendant la procédure, ne figurait nulle part dans la liste des critères (voir à ce sujet les points 65 à 69 de la décision d'ouverture).

Autres considérations

(44) Par ailleurs, pour les motifs suivants, la Commission n'a pas pu établir que GRAWE présentait un avantage économique:

a) la différence entre les deux offres de prix indique que BB n'a pas été vendue à GRAWE au prix du marché;

b) l'émission, via l'*Ausfallhaftung*, de titres supplémentaires garantis à hauteur de 380 millions EUR n'était pas prévue dans le plan d'exploitation de BB présenté aux acquéreurs potentiels et n'a manifestement pas été proposée au consortium;

c) on ne pouvait être sûr que des offres plus élevées auraient été proposées, ou que d'autres soumissionnaires auraient pris part à la procédure de vente, si les conditions susmentionnées n'avaient pas été établies.

(45) De plus, la Commission a indiqué que le report fiscal des pertes aurait pu avoir des conséquences sur la valeur économique de l'offre. La Commission a également émis des doutes concernant la clause de garantie qui figure dans le contrat signé avec GRAWE.

(46) En ce qui concerne la pénalité de remboursement anticipé prévue dans le contrat au sujet de l'accord de garantie du 20 juin 2000, la Commission nourrit des doutes quant au respect absolu de la décision de restructuration par l'Autriche.

IV. **OBSERVATIONS DES INTÉRESSÉS**

(47) La Commission a reçu des observations du bénéficiaire GRAWE et de l'intéressée hongroise ([18]). Les observations de GRAWE corroborent et complètent les arguments de l'Autriche et seront traitées simultanément.

([17]) Commission européenne, 23e rapport sur la politique de concurrence 1993, points 402 et suivants.

([18]) Les informations fournies par la plaignante ne doivent pas être traitées dans ce contexte.

(48) L'intéressée hongroise a transmis une série de documents au sujet d'un cas supposé de fraude antérieur, concernant principalement les activités de BB en Hongrie, où sa filiale Sopron Bank RT est active. Cette fraude ne pouvait rester secrète, selon l'intéressée hongroise, que si BB était cédée à un soumissionnaire autrichien. De nombreux documents ont été présentés, qui renvoient en particulier à plusieurs filiales liées à BB installées en Hongrie (par exemple des extraits du registre du commerce, les statuts des entreprises concernées, le procès-verbal de l'assemblée générale annuelle ou d'autres informations d'entreprises, concernant des périodes clairement antérieures à la vente de BB). Étant donné que, selon la Commission, aucun lien direct n'existe entre ces documents et la procédure de privatisation qu'elle doit examiner selon la réglementation relative aux aides, ces observations n'ont pas été prises en considération.

V. OBSERVATIONS DE L'AUTRICHE ET DE GRAWE

(49) L'Autriche a communiqué des informations supplémentaires concernant les arguments présentés avant la décision d'ouverture. Les arguments de l'Autriche sont fondamentalement approuvés par GRAWE.

1. Recevabilité

(50) Au niveau du droit de procédure, l'Autriche maintient que la Commission n'est pas habilitée à examiner la plainte plus avant, puisque le consortium, qui n'était jusqu'alors pas encore actif sur le marché commun bancaire, et par conséquent pas encore un concurrent, ne pouvait être considéré comme une «partie intéressée» au sens de l'article 1er, sous h), du règlement (CE) no 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 [actuel article 88] du traité CE ([19]). Toute discrimination invoquée serait une question de liberté d'établissement et de mouvements de capitaux libres; l'accès au marché commun bancaire ne pourrait pas être obtenu via une procédure d'aides d'État. En outre, la Commission devrait tenir compte du fait que le consortium n'est pas devenu actif après la décision d'ouverture de la Commission et a déclaré publiquement n'avoir plus aucun intérêt dans l'acquisition de la banque.

(51) La Commission, en se penchant sur cette question, outrepasserait son pouvoir d'appréciation. L'Autriche a souligné que les tribunaux autrichiens avaient, selon elle, traité le cas en respectant scrupuleusement la réglementation en matière d'aides d'État, entendu tous les témoins et vérifié les faits en détail, et en avaient conclu qu'une procédure d'appel d'offres ouverte, équitable et transparente avait eu lieu. La Commission aurait dû suivre cet avis, plutôt que d'engager une procédure formelle d'examen.

([19]) JO L 83 du 27.3.1999, p. 1.

2. Aspects généraux de la procédure d'appel d'offres et de ses résultats

Conditions fondamentales de la procédure d'appel d'offres

(52) L'Autriche souligne qu'une procédure d'appel d'offres ouverte, équitable et transparente a été appliquée, ce qui, selon elle, a également été confirmé par les tribunaux autrichiens saisis dans cette affaire. Elle indique que la décision finale n'a pas été prise avant le 4 mars 2006. Selon elle, tous les soumissionnaires ont eu les mêmes possibilités de consulter les informations requises pour leur examen approfondi, même s'ils les ont utilisées différemment.

(53) Même si des doutes considérables relatifs au consortium auraient existé dès le début, il aurait été légitime de laisser le consortium prendre part à la procédure d'appel d'offres aussi longtemps que possible, plutôt que de l'exclure de la procédure sur la base des offres indicatives. Une telle démarche correspondrait au comportement d'un vendeur du secteur privé, qui aurait ainsi renforcé la concurrence entre les soumissionnaires, afin d'obtenir un prix d'achat aussi élevé que possible. En outre, l'Autriche indique avoir supposé que le consortium, comme annoncé dans les négociations, constituerait un partenaire en affaires économiquement fort. Pareil partenaire aurait pu modifier la situation de manière décisive.

(54) GRAWE a expliqué qu'elle n'avait bénéficié d'aucun traitement prioritaire pendant la procédure d'appel d'offres, que ce soit de la part du Burgenland ou de celle de l'autorité autrichienne de surveillance des marchés financiers (Finanzmarktaufsicht — FMA).

Recommandation

(55) L'Autriche a fait valoir que la recommandation d'HSBC constituait simplement un résumé de la procédure de privatisation et qu'elle ne pouvait en soi être considérée comme le fondement unique de la décision. La recommandation visait seulement à donner un bref aperçu de la procédure et des offres. Les conclusions ont été expliquées de manière plus approfondie aux décideurs par voie orale. L'Autriche a complété ces informations par une contribution que HSBC avait rédigée pour le Land de Burgenland afin de préparer ses observations à la première demande de renseignements de la Commission du 12 avril 2006, et qui expliquait plus avant les conclusions. La recommandation, poursuit l'Autriche, ne doit pas être considérée comme un rapport d'expert sur la valeur de cession globale de la banque, ce qui n'est pas demandé au titre de la législation communautaire. La décision du 5 mars 2006 s'appuyait, selon elle, beaucoup plus sur les expériences de tentatives de privatisation effectuées jusqu'à présent, ainsi que sur la recommandation, les évaluations orales et les explications confidentielles des représentants d'HSBC.

Comparabilité des offres de prix de GRAWE et du consortium

(56) Les allégations de l'Autriche et les observations de GRAWE mentionnent plusieurs fois la comparabilité des offres des deux soumissionnaires.

(57) Pour ce qui est de la pénalité de remboursement anticipé concernant l'accord de garantie du 20 juin 2000, l'Autriche a indiqué que la Commission interprétait de manière erronée les accords à ce sujet prévus dans les offres des deux derniers soumissionnaires. La compensation prévue dans ces accords s'appliquerait si le Land de Burgenland effectuait les paiements dans le cadre de l'accord de garantie plusieurs années avant le délai prévu ([20]). Celle-ci ne faisait toutefois pas partie, comme la Commission l'a manifestement supposé, du prix d'achat. En outre, cette réglementation ne remettrait pas en question la décision de restructuration antérieure de BB, mais aurait contribué à réduire les aides, qui avaient été autorisées par la Commission à l'époque.

(58) En ce qui concerne les clauses et les délais de garantie prévus dans les contrats de vente avec GRAWE et le consortium, l'Autriche fait valoir qu'ils sont le résultat des négociations menées avec chacun des soumissionnaires. Elle indique que les différentes réglementations concernant les limites de la garantie, les montants exemptés et les délais de garantie (deux ans pour le consortium et trois ans pour GRAWE) n'entraînent pas de discrimination des soumissionnaires.

(59) L'Autriche allègue que seul le projet de contrat de vente avec le consortium prévoyait pour l'*Ausfallhaftung* une provision annuelle de 100 000 EUR, à payer d'ici à 2017 au Burgenland. Le contrat avec GRAWE ne comportait pas une telle provision puisque, d'après les explications de l'Autriche, elle était comprise dans l'offre de prix.

(60) S'agissant de l'émission de nouveaux titres, l'Autriche fait valoir que la décision du conseil de surveillance d'émettre de nouveaux titres à hauteur de 380 millions EUR a été prise indépendamment de la privatisation imminente et du futur propriétaire de BB et complète la décision de septembre 2005 sur l'émission de titres à hauteur de 320 millions EUR, prise sur la base du plan d'exploitation de BB. Le Land de Burgenland a estimé que l'émission de ces titres supplémentaires n'était pas déterminante pour la vente et a dès lors renoncé à les mentionner dans la lettre de procédure. Les deux soumissionnaires ont pourtant été informés de l'émission de ces titres pendant l'examen approfondi et l'émission aurait dû se dérouler à l'insu de l'acquéreur. Cependant, seule GRAWE en a tenu compte dans son projet de contrat. L'Autriche a souligné que les titres supplémentaires, d'une valeur de 380 millions EUR, ont été émis afin d'utiliser autant que possible les possibilités de refinancement favorables dans le cadre de l'*Ausfallhaftung*. Cela a été mentionné plusieurs fois dans les négociations avec le consortium. Si BB avait été cédée au consortium, ce dernier aurait nettement plus profité des meilleures possibilités de refinancement que GRAWE. L'Autriche a expliqué que les coûts de refinancement de BB en cas de vente au consortium auraient été plus élevés, puisque le consortium, contrairement à GRAWE, n'était pas classé et avait en outre son principal établissement en Ukraine, si bien que BB aurait pu s'attendre au mieux, si tant est que ce soit le cas, à des conditions de refinancement pour un «hypothétique» classement «BB» ou «B».

(61) En ce qui concerne l'accord distinct avec GRAWE, prévoyant de céder quatre des sociétés immobilières de BB au Burgenland à leur valeur comptable de 25 millions EUR avant la clôture, l'Autriche indique qu'étant donné que la société d'audit de BB avait confirmé le 31 décembre 2005 que la valeur marchande des biens correspondait à leur valeur comptable, la cession avait seulement un effet de liquidité. Cet effet de liquidité n'aurait donc pas dû être pris en considération lors de la comparaison des deux offres.

(62) Un acompte de 15 millions EUR à verser le jour de la signature du contrat sur un compte fiduciaire établi auprès d'Active Bank en Ukraine aurait été offert par le consortium. GRAWE aurait versé le prix d'achat dans sa totalité le jour de la clôture.

La clause de garantie concernant les aides d'État dans le contrat conclu avec GRAWE

(63) L'Autriche est d'avis que cette clause, qui figure également dans le projet de contrat de vente avec le consortium ([21]), est courante dans les contrats de vente de ce type d'opérations juridiques, où elle fait partie des conditions de vente et du prix, et qu'elle est conforme à la réglementation relative aux aides d'État. Elle estime que cette clause est dans l'intérêt légitime de l'acquéreur de BB qui ne serait pas prêt à offrir un prix plus élevé, mais qui, en raison d'une ordonnance de recouvrement rendue après une décision relative à une aide d'État, pourrait se voir contraint de payer un prix plus élevé. En outre, la Commission doit, selon elle, prendre en considération le fait que cette clause donne à l'acquéreur le droit de résilier le contrat s'il devait s'avérer qu'elle est sans effet au regard de la réglementation relative aux aides d'État.

([20]) Selon la garantie modifiée du 20 juin 2000, comme indiqué plus haut, le Land de Burgenland reste libre de verser la garantie en tout ou en partie à BB à partir de l'établissement des comptes annuels pour l'exercice 2010.

([21]) La clause de garantie dans le projet de contrat avec le consortium ne contenait toutefois pas l'engagement selon lequel le contrat de vente serait lui-même dénué d'aide d'État.

(64) GRAWE estime que les doutes de la Commission ne sont pas fondés tant qu'aucune ordonnance de recouvrement n'est rendue. GRAWE souligne que, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, les possibilités du soumissionnaire d'empêcher un éventuel comportement relevant de la réglementation relative aux aides d'État de la part d'un cédant public sont très limitées. Selon GRAWE, une telle clause inciterait encore plus l'État à respecter la réglementation relative aux aides d'État, ce qui serait par ailleurs dans l'intérêt de la Commission.

3. **Le respect des conditions du marché par le prix d'achat payé par GRAWE**

(65) Selon l'Autriche, le fait que trois soumissionnaires aient présenté une offre indicative de prix, celle de GRAWE étant la deuxième en termes de prix, montre qu'une procédure d'appel d'offres transparente et ouverte a eu lieu et qu'une cession au prix du marché a été rendue possible. Il convient selon elle d'en conclure que l'offre de GRAWE n'était pas inférieure à la valeur de BB sur le marché.

(66) L'Autriche renvoie ici aux conclusions de la deuxième tentative de privatisation de BB. Elle indique que les quatre offres se situaient à l'époque entre 85 et 93 millions EUR et que le prix d'achat de 100,3 millions EUR versé par GRAWE peut donc être considéré comme conforme au marché.

(67) Selon la réglementation relative aux aides d'État, l'Autriche n'était pas du tout tenue de céder la banque dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres ouverte; elle aurait pu au lieu de cela demander un rapport d'expertise. Tant que le prix d'achat correspond au rapport d'expertise demandé avant la cession, il n'y a pas d'aide d'État. Dans ce contexte, d'après l'Autriche, la Commission n'a pas tenu compte du fait que l'Autriche, dans une phase antérieure de l'enquête, avait déjà demandé plusieurs expertises, qui auraient corroboré son avis selon lequel le prix d'achat payé par GRAWE était conforme au marché.

(68) L'Autriche et GRAWE étayent leur argumentation avec les expertises et documents suivants:

a) une évaluation indicative de BB par HSBC: cette expertise conclut que la valeur de BB en cas de privatisation et de cession à un acquéreur ayant un bon degré de solvabilité selon l'estimation du report fiscal des pertes se situerait entre 50 et 70 millions EUR. Les fonds propres s'élèveraient dans ce cas à 33,4 millions EUR ([22]);

b) une évaluation de la valeur autonome de BB par gmc-unitreu Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungs GmbH à l'occasion de l'acquisition de toutes les actions par le Land de Burgenland pour la préparation de la privatisation de BB: à la suite de cette expertise, pour un chiffre similaire à celui utilisé pour l'évaluation d'HSBC, la valeur de BB s'élevait au 30 juin 2004 entre 44,4 et 53,9 millions EUR ([23]);

c) l'évaluation effectuée par le consortium, qui estimait les biens autonomes de BB entre 50 et 75 millions EUR.

(69) En outre, l'Autriche a fait valoir que les soumissionnaires avaient tenu compte des conditions de la procédure d'appel d'offres, si bien que les deux offres de prix dépassaient la valeur marchande réelle.

(70) L'Autriche a proposé qu'une expertise complémentaire soit menée par un expert indépendant afin de démontrer qu'un prix de vente conforme au marché avait été payé.

4. **L'importance de *l'Ausfallhaftung* pour la cession de BB**

(71) Pendant toute l'enquête, l'Autriche n'a eu de cesse de souligner l'importance de l'*Ausfallhaftung* et les intérêts financiers connexes du Burgenland dans la vente de BB et a été soutenue par GRAWE dans son argumentation. Le critère «poursuite de la gestion de BB en évitant le recours à l'*Ausfallhaftung* du Land» était, selon elle, l'une des conditions annoncées publiquement par l'Autriche dans le cadre de la procédure d'appel d'offres et, par conséquent, connue de tous les intéressés. À ce sujet, l'Autriche et GRAWE avancent en particulier les arguments suivants.

([22]) HSBC tient exclusivement compte du report de pertes que BB pourrait vraiment utiliser sur la base de sa propre activité. Dans ce contexte, HSBC a supposé que le bon classement de l'acquéreur vaudrait également de manière plus ou moins automatique pour BB («transfert du degré de solvabilité»). Globalement, HSBC a évalué BB en tenant compte de trois cas de figure, c'est-à-dire d'un cas de figure supplémentaire, dans lequel aucune privatisation n'a lieu et BB demeure entre les mains du Burgenland, et un cas de figure selon lequel BB est cédée à un tiers sans degré de solvabilité/classement (tel que le consortium).

([23]) Un report fiscal des pertes de 5,6 millions EUR a été pris en considération.

(72) L'*Ausfallhaftung* peut être prévue par la loi. Étant donné que BB est organisée en tant que société par action de droit privé et que la garantie de bonne fin relève du droit privé (article 1356 du Code civil général autrichien), les conditions et la portée de la garantie du Burgenland seraient régies par des dispositions de droit privé. L'État serait intervenu en sa qualité de propriétaire de Bank Burgenland, et non en tant que pouvoir public. En refusant cet argument, la Commission négligerait la séparation des pouvoirs en Autriche: la source de l'*Ausfallhaftung* est le législatif, tandis que l'exécutif, c'est-à-dire le Land de Burgenland, a pris la décision de vendre BB. La relation entre le Land de Burgenland et BB est comparable à celle d'une société mère se portant garante de sa filiale grâce à une lettre de patronage. Lors de la vente d'une filiale, une telle garantie, comme tout autre risque hors bilan, serait prise en considération. Pour soutenir cet argument, l'Autriche renvoie à un arrêt de l'*Oberster Gerichtshof* autrichien du 4 avril 2006 ([24]).

(73) En outre, la Commission et l'Autriche se seraient entendues sur la suppression de l'*Ausfallhaftung* en tant qu'aide existante après la prolongation du délai. Jusqu'à sa suppression, l'*Ausfallhaftung* était «légalisée», si bien que le Land de Burgenland devait dès lors également en tenir compte lors de la vente de BB. Le Burgenland n'a pas octroyé la garantie en vue de la procédure de privatisation et l'Autriche n'a eu aucune possibilité légale de mettre fin à cette garantie avant la vente de BB. Si, dans ces circonstances, le risque lié à l'*Ausfallhaftung* ne pouvait pas être pris en considération, la Commission empêcherait en réalité le Land de Burgenland de privatiser BB. Ce serait contraire à l'obligation de privatisation de BB figurant dans la décision antérieure de la Commission et limiterait indûment le droit des États membres à privatiser leurs actifs.

(74) Selon l'Autriche, la pratique décisionnelle de la Commission et des juridictions communautaires corrobore son point de vue. La Commission aurait ainsi admis que, dans le cadre d'une privatisation, les obligations et les risques hors bilan pouvaient être pris en considération ([25]). Dans l'affaire Gröditzer Stahlwerke, la Cour de justice des Communautés européennes aurait également reconnu implicitement qu'une garantie souveraine pertinente pour la liquidation de l'entreprise pouvait être prise en considération ([26]). La reconnaissance de l'*Ausfallhaftung* en tant qu'aide existante est dès lors pertinente.

(75) Le risque de l'entrée en jeu de l'*Ausfallhaftung* dépend du profil de risque futur de la banque et, par conséquent, de celui du nouveau propriétaire. Les risques que l'acquisition de BB par le consortium aurait engendrés n'auraient pas été acceptables pour le Land de Burgenland. De même, le fait que BB reste à l'avenir soumise à la FMA ne change rien à cette évaluation, puisque la FMA n'entre en action qu'ex post.

Scénario de liquidation présenté par l'Autriche

(76) L'Autriche a transmis un calcul du montant garanti par l'*Ausfallhaftung* et un scénario de liquidation, en précisant que l'estimation sur laquelle ce calcul se fonde est celle présentée par la Commission dans la procédure qui a mené à la décision de restructuration.

(77) GRAWE fait valoir que, dans ce contexte, le recours à un scénario de liquidation serait inapproprié, puisque le Land de Burgenland n'a pas à statuer sur la liquidation de BB, mais bien à sélectionner un repreneur. Le scénario de liquidation est prévu pour d'autres circonstances (décision sur l'aide à la restructuration). En outre, le Land de Burgenland, en cas d'entrée en jeu de l'*Ausfallhaftung*, ne serait pas en mesure d'exiger la liquidation de tous les actifs, puisque tous les créanciers pourraient directement réclamer toutes leurs créances au Land.

Refinancement de BB après sa cession

(78) Selon l'Autriche, cet aspect est lié au critère «poursuite de la gestion de BB en évitant le recours à l'*Ausfallhaftung* du Land». L'Autriche maintient qu'après la divulgation de la vente de BB au consortium, une augmentation du besoin de refinancement et des sorties considérables de liquidités étaient à prévoir, si bien qu'en fin de compte, l'*Ausfallhaftung* aurait pu entrer en action. La liquidité de BB après la vente constituait dès lors un élément important pour la prise de décision. Le consortium n'avait pas non plus exclu le risque de sortie des dépôts et de résiliation de lignes de crédit interbancaires, mais l'avait estimé beaucoup plus bas que l'Autriche. Tandis que le consortium prévoyait des sorties d'un maximum de 500 millions EUR, l'Autriche a communiqué des calculs selon lesquels les sorties nettes de capitaux s'élèveraient au mieux à 750 millions EUR et au pire à 1,25 milliard EUR. Le consortium, qui aurait dû démontrer qu'il aurait pu garantir le refinancement, n'a toutefois pas été capable de produire des preuves et s'est contenté de fournir des déclarations d'intention de diverses banques.

([24]) Arrêt de l'*OGH* du 4.4.2006, 1 Ob251/05a (cet arrêt a également été invoqué par GRAWE), qui explique que l'*Ausfallhaftung* du Burgenland est indissociable du statut d'associé du Burgenland.

([25]) Décision de la Commission concernant les aides accordées par la France à l'entreprise Stardust Marine (JO L 206 du 15.8.2000, p. 6), point 82; décision 2000/628/CE de la Commission du 11 avril 2000 concernant les aides accordées par l'Italie à la Centrale del Latte di Roma (JO L 265 du 19.10.2000, p. 15), point 91.

([26]) Arrêt de la Cour du 28 janvier 2003 dans l'affaire C-334/1999, *Gröditzer Stahlwerke*, Rec. 2003, p. I-1139, points 136 et suivants.

(79) L'Autriche souligne en outre qu'il y aurait eu beaucoup moins de doutes à ce sujet si le consortium, comme il l'avait laissé entendre pendant les négociations, avait fourni un partenaire en affaire économiquement fort.

5. **Questions concernant l'autorisation de la cession par la FMA**

(80) Selon les déclarations de l'Autriche, la FMA ne peut, au titre de l'article 20 de la BWG (loi sur le système bancaire), soumettre le repreneur d'une banque à des critères de qualification et d'expérience que lorsque les parties à la négociation ont conclu un accord de vente contraignant. Avec une hypothétique estimation de plus d'un repreneur potentiel, la FMA outrepasserait ses attributions. Pour le même motif, il était impossible, comme exigé dans la décision d'ouverture, de présenter à la Commission une évaluation postérieure. Après que le consortium et GRAWE ont tous deux demandé une autorisation par écrit avant la cession, la FMA a en conséquence refusé d'examiner les documents fournis ([27]). La FMA est tenue d'examiner chaque acquisition sans préjugé.

(81) L'Autriche a expliqué qu'elle avait pourtant essayé d'obtenir une évaluation des deux soumissionnaires restants. La FMA aurait indiqué que, pour une évaluation de GRAWE, que la FMA connaît très bien, seules quelques semaines seraient nécessaires. En revanche, étant donné que des autorités de pays tiers participeraient à l'évaluation du consortium, celle-ci prendrait probablement plus de trois mois. La FMA est toutefois tenue juridiquement de prendre une éventuelle décision officielle d'interdiction dans un délai de trois mois, sans quoi la vente est considérée comme approuvée. La FMA aurait donc dû interdire temporairement la vente éventuelle au consortium dans un délai de trois mois à compter du dépôt de la demande. Néanmoins, elle aurait pu continuer d'examiner l'intention du consortium concernant l'acquisition de BB et aurait pu, le cas échéant, annuler sa décision officielle d'interdiction antérieure. L'ensemble de la procédure aurait pu durer jusqu'à un an. Selon les informations de la FMA, l'issue de la procédure était «totalement ouverte».

(82) L'Autriche a souligné que le Land de Burgenland, dans ces circonstances, aurait dû lui-même évaluer si une autorisation de la cession de BB par la FMA pouvait être attendue. L'Autriche a estimé que la FMA n'aurait jamais donné son aval pour une cession au consortium. Les principales considérations sur lesquelles se fondait ce pronostic du Burgenland sont expliquées ci-après.

([27]) Le consortium et GRAWE se sont adressés à la FMA par lettres du 6 décembre 2005 et du 10 janvier 2006, respectivement, et se sont tous deux vu répondre que la FMA n'était pas en mesure de traiter leur courrier à ce moment-là.

(83) SLAV International Bank AG aurait demandé dès 1994 une concession bancaire pour l'Autriche; la demande a été refusée le 17 novembre 1997. Ce refus aurait alors été justifié par le fait que le propriétaire de l'époque, le fonds ukrainien, ne respectait pas les normes comptables internationales (IAS). En outre, à l'exception d'un petit membre (Active Bank Ltd, représentée uniquement en Ukraine), le groupe n'est pas actif dans le domaine bancaire. Aucun des membres du consortium ne dispose d'un classement auprès d'un organisme d'évaluation reconnu internationalement. Avec GRAWE, en revanche, Bank Burgenland gagnerait un partenaire expérimenté dans le domaine bancaire et celui du marché des capitaux, qui dispose d'un classement «A» et que la FMA connaît bien.

(84) En outre, l'Autriche a renvoyé aux expériences des deux premières tentatives avortées de privatisation. En particulier, une banque établie en Lituanie, dont le dernier propriétaire était russe, avait participé à la deuxième tentative de cession, qui s'est soldée par un échec en août 2005, et l'Autriche avait pressenti avec raison que la FMA n'autoriserait pas la cession.

(85) En outre, l'Autriche a indiqué que la décision aurait nécessité beaucoup plus de temps, puisque la coopération et l'échange d'informations entre la FMA et la banque nationale ukrainienne ne reposent sur aucun protocole d'accord.

(86) De plus, pour sa réputation, GRAWE aurait intérêt à intervenir en cas de difficulté de BB, ce qui n'est pas le cas du consortium. L'Autriche a de plus souligné que BB n'obtiendrait jamais un classement «A» comparable à celui de GRAWE avec un propriétaire établi en Ukraine, mais plutôt, en vertu du principe selon lequel une société ne peut être mieux classée que son siège, un classement situé entre «BB» et «B».

6. **Autres aspects inclus dans le pronostic du Burgenland**

(87) L'Autriche a par ailleurs présenté une contribution d'HSBC, dans laquelle toutes les considérations du Land relatives à la probabilité de l'autorisation de la cession par la FMA et à l'éventuel recours à l'*Ausfallhaftung* lors d'une décision de cession en faveur de GRAWE sont confirmées. Les risques considérablement plus faibles en cas de cession à GRAWE compenseraient largement la différence entre les offres de prix.

(88) Le plan d'exploitation du consortium faisait lui aussi l'objet de doutes. Il n'aurait été présenté que lors d'un stade ultérieur de l'enquête (le 27 février 2006) et aurait prévu l'intégration d'Active Bank Ltd établie en Ukraine. Le consortium aurait même conditionné l'acquisition de Bank Burgenland à l'intégration d'Active Bank. De l'avis du Burgenland, le plan d'exploitation contenait une série d'éléments qui auraient menacé l'existence de BB.

(89) Ainsi, il convient d'indiquer en particulier que seule une très petite partie de l'injection de capitaux garantie par le consortium pour le renforcement des activités commerciales régionales de BB aurait été prévue (17 millions EUR sur un total de 85 millions); le reste aurait dû aller à Active Bank, qui est active en Ukraine. Suivant le plan d'exploitation, les activités principales auraient dû être établies en Ukraine et non dans le Land de Burgenland, impliquant ainsi des risques de change.

(90) En outre, le Land de Burgenland n'est jamais parvenu à déterminer comment le consortium envisageait concrètement l'intégration d'Active Bank, dont la valeur avait été surévaluée. Le Land de Burgenland prenait précautionneusement comme point de départ un scénario pessimiste pour BB, selon lequel une défaillance d'Active Bank mettrait BB en grand danger et pourrait en fin de compte entraîner son insolvabilité.

(91) Sur la base de ce plan d'exploitation, le Land de Burgenland n'aurait pas cédé BB, même si le consortium avait été l'unique soumissionnaire ([28]).

(92) L'Autriche a par ailleurs émis des doutes, car la FMA aurait eu besoin de beaucoup plus de temps pour évaluer la cession de BB au consortium. La décision de restructuration demandait une privatisation rapide de BB. En outre, l'offre de prix n'était valable que jusqu'au 31 mars 2006. Le Land de Burgenland aurait couru le risque, en cas de décision officielle d'interdiction de la FMA, de ne disposer d'aucun acquéreur pour BB.

(93) Le 5 mars 2008, l'Autriche s'est référée au jugement d'un tribunal allemand, confirmé par une décision du BaFin interdisant la vente de parts d'une banque allemande à un groupe d'entreprises ukrainien. L'Autriche n'a pas prétendu que le groupe ukrainien touché par cette affaire était le consortium, mais a estimé que cette décision, prise par le BaFin après 13 mois, confirmait son pronostic.

(94) Selon l'Autriche, la question de la cession rapide est étroitement liée à la sécurité de la transaction demandée. Un échec de la troisième tentative de privatisation aurait mis la banque en danger et aurait même pu entraîner l'insolvabilité de BB et ainsi déclencher l'*Ausfallhaftung*.

7. **Autres méthodes d'évaluation du risque présentées par l'Autriche et GRAWE**

(95) L'Autriche a transmis des explications complémentaires concernant la recommandation d'HSBC, qui, selon elle, porte sur l'ensemble des obligations protégées. Une augmentation modérée de la probabilité du déclenchement de l'*Ausfallhaftung* en cas de cession de BB au consortium suffirait à compenser la différence entre les deux offres de prix et mènerait ainsi à une décision en faveur de GRAWE.

(96) GRAWE a transmis une autre expertise soutenue par l'Autriche, qui fait appel à un modèle d'évaluation des garanties en tant qu'options de vente, afin d'expliquer et de défendre la cession de BB à GRAWE. Cette expertise conclut que, même dans le cas d'une augmentation minimale de la volatilité du total des actifs de 1,83 % lors d'une cession de BB au consortium, le risque qui s'ensuivrait pour le Land de Burgenland dans le cadre de l'*Ausfallhaftung* augmenterait considérablement, si bien que la décision de céder BB à GRAWE s'en trouve justifiée.

(97) Le 22 février 2008, à une étape très avancée de la procédure, l'Autriche a transmis une analyse sur la manière dont les marchés de capitaux «perçoivent» une garantie telle que l'*Ausfallhaftung*. Un des exposés détaillés, effectué par Morgan Stanley, concernant l'approche adoptée à ce sujet dans cette analyse a été transmis le 9 avril 2008. Cette analyse repose sur l'hypothèse selon laquelle le Land de Burgenland pourrait se protéger sur le marché des capitaux contre le risque d'*Ausfallhaftung* grâce à un contrat d'échange sur défaut. L'Autriche fait valoir que les résultats de cette analyse montreraient également que la décision de cession du Burgenland était justifiée. L'Autriche a évalué les coûts d'une telle protection à 51,3 millions EUR — 64,1 millions EUR (en cas de cession de BB à GRAWE) et à 521,6 millions EUR (en cas de cession de BB au consortium). Les évaluations de Morgan Stanley étaient moins élevées (354 millions EUR au 12 mai 2006), mais confirmeraient néanmoins les résultats de l'Autriche.

([28]) L'Autriche et GRAWE ont particulièrement mis en évidence ce point en renvoyant en même temps aux conclusions similaires du tribunal du Land d'Eisenstadt.

8. **Compatibilité de l'aide avec le marché commun**

(98) L'Autriche n'a pas pris position quant à la compatibilité de l'aide avec le marché commun.

(99) GRAWE a fait valoir que la mesure devait être considérée comme une aide d'État, elle devrait être déclarée conforme au marché commun sur la base de l'article 87, paragraphe 3, point c), du traité CE. La privatisation de BB est étroitement liée à la décision de restructuration antérieure, selon laquelle BB devait continuer à être gérée en tant que banque régionale au Burgenland. Sur la base du plan d'exploitation du consortium, il convient de conclure que celui-ci, en tant que propriétaire, n'a pas envisagé cette option. En outre, celle-ci aurait compromis la mise en œuvre correcte de la décision de restructuration.

VI. **APPRÉCIATION JURIDIQUE DE L'AIDE**

1. **Admissibilité**

(100) Tout d'abord, la Commission rappelle que, conformément à l'article 10, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 659/1999, elle est tenue d'examiner sans délais les informations concernant une aide prétendue illégale, quelle qu'en soit la source. L'Autriche attribue ainsi à la Commission un pouvoir d'appréciation dont elle ne dispose nullement en réalité, puisqu'elle est tenue juridiquement de traiter une plainte telle que celle du consortium. Le consortium, en tant que concurrent unique de GRAWE dans la phase finale de la procédure d'appel d'offres concernant BB, est sans aucun doute une «partie intéressée» au sens de l'article 1er, point h), du règlement susmentionné. Les événements ultérieurs (tels que les publications dans la presse permettant de conclure que le consortium avait abandonné son projet initial d'acquisition de la banque) ne touchent pas l'obligation de la Commission de poursuivre son enquête. À ce sujet, la Commission constate que le consortium n'a pas retiré sa plainte ([29]).

(101) La Commission remarque que les décisions des tribunaux autrichiens citées par l'Autriche n'ont ni valeur de précédent, ni un effet restrictif sur la compétence de la Commission à examiner l'affaire sur la base des articles 87 et 88 du traité CE. À ce sujet, la Commission constate également qu'aucune des décisions de justice communiquées ne repose finalement sur la réglementation relative aux aides d'État ([30]).

2. **Existence d'une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE**

(102) Aux termes de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État, sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. La privatisation de BB doit satisfaire tous les critères énumérés dans l'article susmentionné afin d'être considérée comme une aide d'État.

2.1. Les aides d'État dans le cadre des privatisations: cadre juridique

(103) Comme indiqué dans la décision d'ouverture, la Commission s'appuie, pour l'appréciation, au regard de la réglementation relative aux aides d'État, d'une mesure prise dans le cadre d'une privatisation, sur plusieurs principes qu'elle a fixés dans le 23e rapport sur la politique de concurrence (ci-après le «rapport sur la politique de concurrence») ainsi que dans sa pratique ultérieure ([31]).

(104) Parmi les circonstances énumérées dans ce rapport, qui permettent à la Commission de conclure sans autre examen qu'il n'y a pas d'aide d'État dans le cas d'espèce, figure le fait que l'entreprise soit cédée au plus offrant. BB n'a pourtant manifestement pas été cédée au plus offrant. Ce seul fait justifie en soi la décision d'engager une procédure formelle d'examen ([32]).

(105) Les conditions rattachées à une telle cession constituent un élément essentiel supplémentaire à prendre en considération dans le cadre d'une privatisation. La Commission souligne dans sa décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen l'importance accordée à cet aspect dans le rapport sur la politique de concurrence, qui demande qu'une privatisation, pour pouvoir être considérée comme ne comprenant pas d'aide d'État, respecte les conditions suivantes: «un appel d'offres ouvert, transparent et inconditionnel doit être lancé, sans que la participation à cet appel d'offres soit subordonnée à la réalisation d'autres actes, tels que l'acquisition d'actifs autres que ceux qui font l'objet de l'appel d'offres ou la poursuite de certaines activités.».

([29]) L'argument présenté par l'Autriche au sujet de la liberté d'établissement ne doit pas être abordé dans le cadre de la procédure relative aux aides d'État. Voir le point 314 de l'arrêt du Tribunal de première instance du 12 février 2008 dans l'affaire T-289/03, *BUPA*, non encore publié au Recueil; disponible sur la page internet www.curia.europa.eu

([30]) Voir, par exemple, la décision du *Landesgericht Eisenstadt*, 27 Cg 90/06 p-40 du 20.5.2006, en particulier p. 28, et la décision de l'*Oberlandesgericht Wien*, 2 R 150/06b du 5 février 2007, en particulier p. 15, qui indiquent clairement qu'il n'est pas nécessaire de se prononcer sur l'existence d'une aide d'État.

([31]) Voir Commission européenne, 23e rapport sur la politique de concurrence, 1993, points 402 et suivants, et points 61 et suivants de la décision d'ouverture.

([32]) Voir également le rapport sur la politique de concurrence, points 402 et suivants.

(106) La Commission renvoie également à sa décision ultérieure concernant Stardust Marine, dans laquelle elle a souligné encore plus vigoureusement l'importance du caractère «non discriminatoire» de la procédure ([33]). Conformément à la communication de la Commission concernant les éléments d'aides d'État contenus dans des ventes de terrains et de bâtiments par les pouvoirs publics ([34]) (ci-après la «communication sur les ventes de terrains»), la Commission est désormais d'avis qu'en principe, des conditions peuvent être fixées, à condition que chaque acquéreur potentiel, indépendamment de la branche dans laquelle il exerce ses activités, soit tenu et capable de remplir ces conditions ([35]). Dans ce contexte, la Commission a établi que les critères de sélection pour la cession de la banque pouvaient contenir des conditions et doivent être évalués en conséquences (pour plus de détails, voir les points 141 à 143).

(107) Dans le cadre de la procédure formelle d'examen, l'Autriche a, premièrement, de toute évidence supposé que la communication sur les ventes de terrains était directement applicable à la privatisation d'une entreprise et, deuxièmement, que les insuffisances éventuelles lors de l'appel d'offres pouvaient être compensées par un recours aux expertises indépendantes menées précédemment dans le cadre de la privatisation de BB. L'Autriche a même suggéré de commander une nouvelle étude afin de déterminer la valeur marchande de BB.

(108) La question de la pertinence des conditions rattachées à l'acte juridique est abordée aux points 141 à 143. Sur le premier point, il convient toutefois de remarquer, de manière générale, que les règles applicables aux privatisations et celles qui concernent les ventes de terrains et de bâtiments doivent être différenciées. Sans rendre obligatoire une procédure d'appel d'offres comme seule procédure possible pour une privatisation, le rapport sur la politique de concurrence se réfère expressément aux privatisations et présente plusieurs conditions préalables à respecter dans le cadre d'une procédure de privatisation en vue de s'assurer qu'elle ne comporte pas une aide d'État. Le rapport sur la politique de concurrence n'indique pas qu'une expertise indépendante réalisée avant la cession sur l'objet de la privatisation suffise pour que la cession au prix établi soit automatiquement considérée comme dépourvue d'aide d'État. Cela vaut tout particulièrement si une procédure d'offres a eu lieu.

(109) La possibilité d'établir le prix du marché au moyen d'une expertise à défaut d'une procédure d'offres n'est prévue que dans la communication sur les ventes de terrains. Pourtant, même dans le cas d'une vente de terrain, la teneur et la structure de la communication sur les ventes de terrains indiquent qu'un État membre ne peut pas justifier la cession à une personne autre que la plus offrante au moyen d'une expertise. Dans le cas d'une vente de terrain comme dans celui d'une privatisation, il faut considérer qu'un prix de marché est établi dans le cadre d'une procédure d'offres.

(110) La Commission est toutefois d'avis que le cas d'espèce se présente différemment, même si, au nom de l'argument présenté, on pourrait suivre le point de vue de l'Autriche selon lequel la communication sur les ventes de terrains s'applique. Il est exact que, dans la communication sur les ventes de terrains, une procédure d'appel d'offres ouverte et une expertise ex ante sont toutes deux acceptées pour démontrer qu'il n'y a pas d'aide d'État. Cette dernière n'est toutefois a priori recevable que si l'évaluation est réalisée avant la vente. Puisque le Land de Burgenland s'est décidé en faveur d'une procédure d'appel d'offres ouverte, dans le cadre de laquelle les opérateurs économiques ont soumis des offres valables, il serait inconséquent d'accepter une expertise ex ante et de laisser de côté des offres plus élevées, comme le suggère l'Autriche dans le cadre de son second point du point 107.

(111) La suggestion de l'Autriche ne devrait s'appliquer que si le résultat de la procédure ne peut être pris en considération, parce qu'il ne s'est pas agi d'une procédure d'appel d'offres ouverte, transparente et inconditionnelle.

(112) Dans ce contexte, la Commission est d'avis que, dans le cadre de la procédure d'appel d'offres, deux offres valables ont été soumises, même si elle ne peut exclure totalement que les offres auraient même pu être plus élevées encore si l'acquisition n'avait pas été rattachée aux conditions (les effets des conditions sont détaillés aux points 141 à 143). S'il existe non seulement des expertises indépendantes, mais aussi une offre d'achat contraignante plus élevée pour BB, cette dernière représente incontestablement une meilleure valeur approximative de la valeur marchande de l'objet à céder, puisqu'elle ne constitue pas seulement une évaluation hypothétique, mais une offre réelle.

(113) Partant de ces constats, les expertises ex ante sur la valeur de BB présentées par l'Autriche n'ont plus la moindre importance pour l'appréciation du cas d'espèce ([36]). Une expertise ex post, telle que suggérée par l'Autriche, n'est pas non plus pertinente au regard des offres valables soumises dans le cadre de cette procédure d'appel d'offres.

([33]) Décision 2000/513/CE de la Commission du 8 septembre 1999 concernant les aides accordées par la France à l'entreprise Stardust Marine (JO L 206 du 15.8.2000, p. 6), point 7. L'abrogation ultérieure de cette décision par la Cour de justice ne concerne pas ce point.

([34]) JO C 209 du 10.7.1997, p. 3.

([35]) Voir la partie II, paragraphe 1, point c), de la communication sur les ventes de terrains.

([36]) Cela vaut en particulier pour l'évaluation faite par HSBC dans la recommandation d'action au Burgenland, l'évaluation de la valeur autonome de BB par gmc-unitreu dans le cadre de la restructuration de BB avant les divers efforts de privatisation et l'évaluation de la valeur autonome de BB par le consortium lui-même (qui n'est pas pertinente, puisque le consortium est libre de tenir compte de la valeur d'autres facteurs, qui n'ont d'importance que pour lui).

(114) Au vu des conditions de base, la Commission constate ce qui suit: même si l'entreprise est cédée au plus offrant à un prix largement supérieur à sa valeur estimée, des éléments d'aides d'État peuvent subsister, si l'investisseur opérant dans une économie de marché paie un prix inférieur à ce qu'il aurait été en l'absence de telles conditions ([37]).

(115) Par conséquent, la Commission doit examiner la privatisation de BB sur la base de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE, sans tenir compte de la communication sur les ventes de terrains ni du rapport sur la politique de concurrence, puisque les conditions fixées dans ce rapport pour pouvoir considérer qu'il n'y a pas d'aide d'État ne sont pas remplies dans le cas d'espèce.

2.2. Existence d'une aide d'État

(116) Le Land de Burgenland est un des neuf Bundesländer de l'Autriche. Les ressources du Burgenland peuvent fondamentalement être considérées comme des moyens «accordés par les États ou au moyen de ressources d'État» au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE.

(117) En outre, la Commission constate que GRAWE est active au-delà des frontières à l'échelle internationale, si bien qu'un éventuel avantage accordé au moyen de ressources publiques entraverait la concurrence dans le secteur bancaire et aurait un effet sur le commerce intracommunautaire ([38]).

(118) La cession de BB à GRAWE ne constitue toutefois une aide d'État que si le Land de Burgenland ne s'est pas comporté comme un opérateur économique opérant dans une économie de marché, de sorte que l'acquéreur s'est procuré un avantage sélectif. Ce serait le cas si le Land de Burgenland avait accepté un prix d'achat pour BB inférieur à sa valeur marchande. Dans le cadre de l'examen de cette question, la Commission évalue si le vendeur concerné s'est comporté comme tout autre vendeur opérant dans une économie de marché («private vendor test»).

(119) Pour qu'en application de ce principe, il soit possible de déterminer si et dans quelle mesure GRAWE s'est vu accorder un avantage, il convient d'examiner la procédure d'appel d'offres qui a réellement eu lieu et les offres soumises dans le cadre de celle-ci. Fondamentalement, dans cette affaire, deux éléments pourraient entraîner un avantage. Le premier concerne le fait que l'entreprise ait été cédée au soumissionnaire ayant proposé la deuxième offre la plus élevée, et le second vise l'influence des conditions sur la valeur de cession globale eu égard à l'ensemble des soumissionnaires.

(120) Le Land de Burgenland avait reçu une offre du consortium dont la valeur nominale dépassait de 54,7 millions EUR l'offre de GRAWE. Un opérateur économique opérant selon les principes de l'économie de marché peut néanmoins choisir l'offre la plus basse:

a) premièrement, s'il est clair que la cession au plus offrant n'est pas réalisable, et

b) deuxièmement, si la prise en considération d'autres facteurs que le prix est justifiée. Le fait que l'offre retenue n'ait pas été celle du mieux-disant sur le prix facial proposé n'est pas en soi une preuve irréfutable d'aide, la notion de mieux-disant pouvant être interprétée plus largement, compte tenu des différences de risques hors bilan entre les offres ([39]).

(121) Concernant le premier aspect, il s'agit pour l'essentiel de savoir si le Land de Burgenland aurait pu se fier au fait qu'il obtiendrait effectivement le paiement du prix de vente (cet aspect est de manière générale appelé «sécurité de la transaction» — premier élément), et s'il pouvait en déduire que le consortium obtiendrait l'autorisation nécessaire de la part de l'autorité de surveillance des marchés financiers (ou de toute autre autorité participant au processus) (deuxième élément).

(122) Pour le deuxième aspect, il s'agit de savoir s'il existe d'autres facteurs tels que des garanties ou des risques hors bilan, dont le Land de Burgenland peut tenir compte en tant que vendeur public et qui compenseraient la différence de prix par rapport à l'offre la plus élevée.

Premier élément du premier aspect: la sécurité de la transaction

(123) En ce qui concerne la sécurité de la transaction, premier élément du premier aspect, la Commission souligne, en guise d'éclaircissement, que, dans ce contexte, la sécurité de la transaction repose exclusivement sur la capacité de l'acquéreur à fournir le prix d'achat ([40]). La Commission partage l'avis de l'Autriche selon lequel il s'agit là d'un élément essentiel du processus de vente. On ne peut attendre d'aucun vendeur opérant dans une économie de marché qu'il choisisse un acquéreur pour lequel il existe une possibilité réaliste qu'il ne s'acquitte pas du prix d'achat.

([37]) Décision 2000/628/CE de la Commission du 11 avril 2000 concernant les aides accordées par l'Italie à la Centrale del Latte di Roma (JO L 265 du 19.10.2000, p. 15), point 82.

([38]) Voir également la décision de la Commission dans l'affaire C-50/2006 du 27 juin 2007, *BAWAG*, JO L 83 du 26.3.2008, p. 7, point 125.

([39]) Décision de la Commission du 8 septembre 1999 concernant les aides accordées par la France à l'entreprise Stardust Marine (JO L 206 du 15.8.2000, p. 6), point 78.

([40]) L'Autriche évoque également la «sécurité de la transaction» lorsqu'elle explique qu'un long examen par la FMA devait être évité, car l'insécurité liée à ce processus mettrait en danger la viabilité de BB.

(124) Pendant toute la procédure, l'Autriche n'a pas fait valoir que le consortium ne pourrait pas s'acquitter du prix d'achat. Étant donné la solidité économique des entreprises rassemblées dans le consortium (voir le point 12), la Commission n'a aucune raison de douter du fait que le prix d'achat d'un montant de 155 millions EUR pouvait être financé. Le consortium a proposé qu'un acompte de 15 millions EUR soit versé sur un compte fiduciaire auprès d'Active Bank en Ukraine afin de prouver qu'il pouvait fournir les 155 millions EUR.

Deuxième élément du premier aspect: l'autorisation de la FMA

(125) Il est également incontestable qu'un vendeur opérant dans une économie de marché ne se déciderait pas en faveur d'un acquéreur qui, selon toute probabilité, n'obtiendrait pas l'autorisation nécessaire auprès de la FMA (ou de toute autre autorité participant au processus). L'Autriche a avancé que la FMA n'aurait jamais autorisé la cession de BB au consortium, et ce même si ce dernier avait été le seul soumissionnaire. Selon l'Autriche, l'offre de GRAWE n'était pas la plus élevée, mais la «meilleure».

(126) D'un point de vue procédural, la Commission ne conteste pas le fait que, selon le droit autrichien, la FMA n'avait pas le droit, étant donné qu'il y avait deux soumissionnaires possibles, d'appliquer des critères de qualification et d'expérience au titre de l'article 20 de la BWG. En effet, dans toute procédure comparable, l'autorisation prudentielle n'est octroyée que lorsqu'un acquéreur concret a déjà été établi. Par conséquent, il était logique que la FMA refuse d'autoriser la «demande» présentée préalablement à la décision de cession, qu'elle vienne de GRAWE ou du consortium. La Commission reconnaît que, selon le droit autrichien, la FMA n'est pas autorisée à remettre une explication ex post.

(127) Toutefois, la Commission constate également qu'à aucun moment au cours de la transmission d'informations factuelles sur sa procédure et sur la demande antérieure de SLAV AG, la FMA ne s'est ralliée ouvertement au point de vue de l'Autriche dans cette affaire, et a au contraire démontré à la Commission que les conclusions de son enquête étaient «pleinement ouvertes».

(128) À cet égard, la Commission ajoute que la FMA a de manière générale, indépendamment du cas d'espèce, évité de se prononcer sur des éléments auxquels elle accorderait une importance considérable dans le cadre de son évaluation (par exemple le classement de l'acquéreur). Par conséquent, rien n'indique que cette considération ou toute autre évoquée par l'Autriche aurait influencé la FMA défavorablement, voire nécessairement mené à une conclusion négative.

(129) En l'absence d'explication appropriée de la FMA et de toute autre preuve, la Commission ne peut rallier l'argument de l'Autriche selon lequel la FMA aurait à coup sûr refusé une cession au consortium.

(130) La longueur de la procédure de la FMA (moins de trois mois pour GRAWE, mais jusqu'à un an pour le consortium) ne suffit pas non plus en elle-même à exclure le consortium en tant qu'acquéreur. L'Autriche a avancé que BB aurait souffert d'une insécurité continuelle, qui aurait pu se solder par une mise en difficulté de la banque. La Commission ne saurait accepter cet argument, que ce soit d'un point de vue théorique ou en ce qui concerne le cas d'espèce. En théorie, cela équivaudrait à une discrimination à l'encontre de tous les soumissionnaires extérieurs à l'Union européenne et potentiellement aussi des autres États membres, étant donné que le même argument pourrait s'appliquer à tout soumissionnaire dont la FMA n'a pas connaissance à ce moment, c'est-à-dire à toute entreprise non autrichienne. En ce qui concerne le cas d'espèce, la Commission constate que BB ne se trouvait pas en difficulté au moment de la cession. Étant donné que la cession était souhaitée depuis l'année 2003 déjà, la raison pour laquelle il importait d'agir rapidement n'est pas suffisamment manifeste. De même, l'argument présenté dans ce contexte selon lequel l'offre de GRAWE était limitée dans le temps ne peut pas être retenu, puisque, dans le cas contraire, cela ouvrirait la porte à d'innombrables possibilités d'influer de manière discriminatoire sur la procédure d'appel d'offres.

(131) S'agissant des considérations du Burgenland relatives à l'issue éventuelle de la procédure de la FMA, la Commission ne peut pas non plus rallier le point de vue formulé par l'Autriche selon lequel une demande présentée en 1994 par un prédécesseur de SLAV AG pour l'octroi d'une concession bancaire a été refusée. La Commission indique à ce sujet que ces deux situations ne sont pas comparables, même si les critères de qualification et d'expérience à appliquer dans le cadre de la cession de BB font partie des conditions (beaucoup plus nombreuses) à l'octroi d'une concession bancaire illimitée, qui était demandée dans le cas précédent ([41]). La structure de propriété du demandeur précédent était très différente et la situation politique de l'Ukraine a considérablement changé depuis. Le seul motif donné par l'Autriche pour la décision officielle d'interdiction [non-application des normes comptables internationales (IAS) par le Fonds qui était propriétaire de l'entreprise] semble être de nature purement formelle; rien n'indique qu'il aurait encore été question de respecter les IAS pour le consortium différemment composé au moment de la cession de BB. Étant donné que la FMA est légalement tenue d'examiner toute nouvelle demande sans préjugé, la Commission ne part pas du principe que cette procédure antérieure, qui concernait une autre partie, aurait joué un rôle si le Land de Burgenland avait cédé BB au consortium.

([41]) Les deux situations sont couvertes par l'article 20 de la BWG ou des parties de celui-ci.

(132) La Commission se doit également de rejeter les arguments non fondés présentés par l'Autriche pour exclure le consortium en tant que soumissionnaire sérieux. La décision de la Commission s'appuie sur deux faits. Le premier concerne la référence de l'Autriche à la deuxième procédure de privatisation, à la suite de laquelle la FMA aurait indiqué à l'Autriche que la cession à une banque établie en Lituanie, dont le propriétaire était russe, ne serait pas autorisée. Cette affirmation n'a pas été étayée de preuves et, en outre, il s'agissait d'une partie totalement différente. Deuxièmement, l'Autriche a renvoyé, à un stade très avancé de la procédure, à l'arrêt d'un tribunal allemand, qui a confirmé une décision du BaFin interdisant la cession de parts d'une banque allemande à un groupe d'entreprises ukrainien non précisé ([42]). Cette information n'était pas disponible au moment décisif et n'aurait ainsi pu jouer aucun rôle dans une éventuelle décision de la FMA. Enfin, la Commission constate que la FMA, comme indiqué précédemment, est tenue d'évaluer chaque demande sans préjugé.

(133) Sur la base des constats susmentionnés, la Commission conclut que rien n'indique ni ne prouve que la FMA aurait interdit la cession au consortium. Un vendeur opérant dans une économie de marché n'aurait pas exclu le consortium en tant qu'acquéreur sur cette base.

Deuxième aspect: l'influence de l'Ausfallhaftung sur la décision de vente

(134) Comme dans chaque autre affaire, la Commission confirme que les seuls facteurs à prendre en considération sont ceux dont un investisseur opérant dans une économie de marché aurait tenu compte ([43]). Cela exclut les risques qui résultent d'une obligation de versement d'une aide d'État éventuellement en vigueur, puisqu'un investisseur opérant dans une économie de marché ne supporterait pas de tels risques ([44]). L'élément décisif à ce sujet dans la privatisation de BB est l'*Ausfallhaftung* que l'Autriche cite pour justifier la cession en faveur de GRAWE.

(135) La Commission estime que le Land de Burgenland ne devrait pas tenir compte de l'*Ausfallhaftung*. Si celle-ci était prise en compte, comme indiqué dans la décision d'ouverture, le rôle du Burgenland en tant que donateur d'aides d'État et celui en tant que vendeur de la banque seraient confondus.

(136) Tout d'abord, la Commission doit rejeter tous les arguments avec lesquels l'Autriche remet en question le classement de l'*Ausfallhaftung* en tant qu'aide d'État (existante). Au vu de la décision C(2003) 1329 final de la Commission relative à la suppression de l'*Ausfallhaftung* ([45]), décrétée après un accord entre l'Autriche et la Commission et non contestée par l'Autriche devant une juridiction communautaire, cet argument ne peut être accueilli. Si l'Autriche, comme il semble que ce soit le cas dans la présente procédure, n'avait réellement pas été d'accord avec le constat selon lequel l'*Ausfallhaftung* constituait une aide d'État, elle aurait dû le contester devant la Cour de justice.

(137) À l'argument de l'Autriche selon lequel une aide existante serait légale, il convient de répondre qu'une aide existante demeure une aide provenant d'un pouvoir public. Toutes les décisions de justice prises jusqu'à présent partent du principe que, lorsque l'on évalue comment un investisseur opérant dans une économie de marché se serait comporté, le rôle de l'État en tant que vendeur d'une entreprise, d'une part, et les obligations qui lui incombent en tant que pouvoir public, d'autre part, ne doivent pas être mélangés ([46]). Le point de vue de l'Autriche n'est étayé par aucun précédent selon lequel un investisseur opérant dans une économie de marché aurait tenu compte d'une garantie considérée comme une aide d'État: par hypothèse, aucun investisseur opérant dans une économie de marché aurait accepté une garantie qui n'aurait pas respecté le principe de l'investisseur opérant dans une économie de marché, et la décision sur la suppression de l'*Ausfallhaftung* confirme que l'*Ausfallhaftung* ne fait pas partie des conditions du marché. La Cour de justice a jugé que les garanties classées comme des aides illégales ne doivent pas être prises en considération dans le calcul du coût de la liquidation à prévoir ([47]). Cela ne signifie toutefois pas inversement qu'une aide existante puisse être prise en considération. La Commission estime que le fait qu'il s'agisse d'une aide illégale ou existante n'est pas pertinent. Tant que la mesure est à classer parmi les aides d'État, aucun vendeur opérant dans une économie de marché n'y aurait droit et ne tiendrait donc compte de cette mesure ([48]).

([42]) La Commission souligne que le communiqué de presse présenté par l'Autriche ne révèle pas l'identité du groupe d'entreprises ukrainien. Il peut s'agir d'un tout autre groupe que le consortium.

([43]) Arrêt de la Cour de justice du 14 septembre 1994 dans les affaires jointes C-278/92, C-279/92 et C-280/92, *Espagne/Commission (Hytasa)*, Rec. 1994, p. I-4103, point 22.

([44]) Voir l'affaire C-334/1999, *Gröditzer Stahlwerke*, points 134 et suivants.

([45]) JO C 175 du 24.7.2003, p. 8 (voir ci-dessus).

([46]) Par exemple, voir l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire C-334/1999, *Gröditzer Stahlwerke*.

([47]) Voir, par exemple, l'affaire C-334/1999, *Gröditzer Stahlwerke*, point 138.

([48]) Mentionnons également l'arrêt du Tribunal de première instance du 15 septembre 1998 dans l'affaire T-11/95, *BP Chemicals*, Rec. 1998, p. II-3235, points 170 et 171, 179 et 180 et 198. Si l'État octroie une aide et, peu après, prend à nouveau une mesure en faveur de l'entreprise, faisant valoir au passage que la deuxième mesure respecte le principe de l'investisseur dans une économie de marché, la Commission est malgré tout tenue, conformément à cet arrêt, d'évaluer la seconde mesure au regard du respect du principe mentionné et, ce faisant, de tenir compte de l'incidence de la première mesure d'aide. Si une aide d'État peut avoir une incidence sur les aides ultérieures de l'État, il convient d'en déduire que l'existence d'une aide d'État a pu influencer le comportement du Burgenland dans le cadre de la cession de BB.

(138) La situation aurait peut-être été différente si le Land de Burgenland, comme un investisseur opérant dans une économie de marché, avait pris une garantie concernant les conditions commerciales et non une garantie représentant une aide d'État. Ce n'est toutefois pas valable dans le cas d'espèce.

(139) L'Autriche n'a cité aucun autre facteur, tel que les risques hors bilan ou d'autres garanties comme l'*Ausfallhaftung*, qui aurait pu être pris en considération dans le cadre de l'évaluation des offres.

(140) Étant donné que la «poursuite de la gestion de BB en évitant le recours à l'*Ausfallhaftung* du Land» était une des raisons, si ce n'est la raison décisive, fondant la décision du Burgenland de céder BB à GRAWE malgré une offre plus basse, la Commission estime, sur la base de ces constats, que l'Autriche ne s'est pas comportée comme un vendeur opérant dans une économie de marché. L'avantage économique accordé à GRAWE correspond au moins à la différence entre l'offre du consortium et le prix d'achat réel ([49]).

2.3. Les conditions rattachées à la cession de BB

(141) Si, dans le cas d'espèce, le fait même que l'offre la moins élevée ait été choisie prouve la présence d'une aide d'État, la Commission devait également vérifier dans quelle mesure les conditions de l'appel d'offres avaient potentiellement influencé le prix de vente. Comme exposé plus haut, la Commission avait émis un doute dans la décision d'ouverture quant au fait que la procédure d'appel d'offres avait été ouverte, transparente et non discriminatoire. En outre, elle avait formulé un doute quant à l'incidence des conditions sur les soumissionnaires potentiels (qui, le cas échéant, ont été exclus de la participation à l'appel d'offres) ainsi que sur les offres de prix (qui sont peut-être descendues plus bas qu'elles ne l'auraient fait dans le cas d'une procédure d'appel d'offres inconditionnelle).

(142) Sur la base des informations reçues pendant la procédure formelle d'examen, la Commission est d'avis que le consortium, d'un point de vue strictement procédural (examen approfondi, possibilité de réunion, FMA), n'a manifestement pas été désavantagé par les experts d'HSBC chargés de l'exécution de la procédure d'appel d'offres. La Commission estime que ce point de vue est confirmé par l'établissement détaillé des faits du tribunal du Land d'Eisenstadt sur lequel repose la décision de ce tribunal du 20 mai 2006 ([50]).

(143) La Commission a examiné l'influence des conditions sur les offres. Les conditions auxquelles la privatisation était subordonnée indiquent que le Land de Burgenland n'a pas cherché à obtenir le prix le plus élevé possible pour la banque. Toutefois, la Commission n'a aucune raison de supposer que cela aurait réellement limité ou influencé le nombre de soumissionnaires. Aucune observation de l'intéressée n'a été reçue, dont on aurait pu conclure qu'elle s'intéressait initialement à l'acquisition de BB, mais que les conditions fixées dans la lettre de procédure l'auraient ensuite empêchée de poursuivre sa participation à la procédure d'appel d'offres. La procédure d'appel d'offres a également été suffisamment rendue publique. Même si quelques autres conditions de la procédure d'appel d'offres («exigences temporelles», «disposition à apporter les éventuelles augmentations de capital nécessaires» et «conservation de l'indépendance de BB») semblent toujours discutables, il ne semble pas qu'elles aient influencé le montant des offres. La Commission n'a donc trouvé aucune preuve ni indication appuyant la conclusion selon laquelle une procédure permettant la cession de BB sur la base de son potentiel global aurait conduit à une offre plus élevée. Le consortium n'a pas non plus indiqué qu'il avait présenté une offre plus basse en raison des conditions énoncées dans la lettre de procédure. Il a reconnu que le prix d'achat et la sécurité de la transaction constituaient un critère approprié pour tout vendeur, mais a souligné qu'une condition comme la «poursuite de la gestion de BB en évitant le recours à l'*Ausfallhaftung* du Land» et l'«apport des éventuelles augmentations de capital nécessaires» ne serait pas applicable à l'avenir. Puisque l'on ne peut démontrer que les conditions ont eu un effet sur le prix d'achat, il convient de conclure dans le cas d'espèce, dans lequel deux offres valables ont été soumises dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres ([51]), que l'offre la plus élevée représente une bonne valeur approximative du prix du marché ([52]).

2.4. Autres considérations en liaison avec l'Ausfallhaftung

(144) Bien que la Commission ne partage pas le point de vue de l'Autriche sur l'importance de l'*Ausfallhaftung* dans le cas d'espèce, elle a examiné les arguments présentés par l'Autriche pour soutenir cette hypothèse (erronée). La Commission a toutefois constaté que l'offre de GRAWE, quand bien même le point de vue de l'Autriche serait suivi et l'*Ausfallhaftung* prise en considération, ne constituait pas la meilleure offre.

([49]) La question de savoir dans quelle mesure les offres de prix doivent être adaptées pour pouvoir être comparables est abordée au chapitre VI.5.

([50]) *Landesgericht Eisenstadt*, 20 mai 2006, 27 Cg 90/06 p. 40.

([51]) L'Autriche a également mentionné le fait que la Commission, dans l'affaire Craiova, n'avait pas pris en considération la procédure d'appel d'offres, mais, au lieu de cela, avait fait intervenir la valeur d'actif net, parce que la procédure d'appel d'offres était subordonnée à des conditions. L'Autriche a fait valoir que, dans le cas d'espèce, la Commission aurait également dû accepter une évaluation par des experts. La Commission estime toutefois que les deux affaires ne sont pas comparables dans la mesure où les conditions dans l'affaire Craiova étaient telles que la procédure d'appel d'offres (dans le cadre de laquelle seule une offre avait été soumise) ne pouvait plus être prise en considération dans la détermination de la valeur marchande, alors que, dans la procédure d'appel d'offres relevant du cas d'espèce, deux soumissionnaires avaient soumis des offres présentant une bonne valeur approximative du prix de marché.

([52]) Voir aussi la décision de la Commission du 8 septembre 1999 concernant les aides accordées par la France à l'entreprise Stardust Marine (JO L 206 du 15.8.2000, point 82), dans laquelle une approche similaire a été suivie. Ce point n'a pas été remis en question dans le cadre de l'annulation ultérieure de cette décision par la Cour de justice.

Sorties de liquidités après la cession de BB au consortium et prise en considération de l'Ausfallhaftung

(145) En cas de liquidation de BB, les valeurs en capital de BB seraient mises à profit et les recettes utilisées pour honorer les créances des créanciers. Si les recettes de la liquidation des valeurs en capital ne suffisaient pas à cette fin, on aurait recours aux capitaux propres de BB à hauteur d'environ 90 millions EUR. Un déficit restant après cela serait réparti équitablement entre les créances non encore remboursées, si bien qu'un quota de défaillance s'ensuivrait pour les créanciers. L'*Ausfallhaftung*, en tant que créance directe des créanciers de BB envers le Land de Burgenland, entraînerait une obligation de garantie du Burgenland, qui serait tenu de dédommager pleinement pour la perte engendrée par les créances garanties par l'*Ausfallhaftung*. La part des créances garanties par l'*Ausfallhaftung* passera de 100 % au moment de la clôture (mai 2006) à presque 0 % en 2017.

(146) Une telle liquidation de BB pourrait survenir en raison des difficultés rencontrées par la banque dans le cadre du refinancement sur les marchés de capitaux ou du respect des exigences prudentielles telles que le ratio minimum des fonds propres.

(147) L'Autriche a fait valoir que le problème des liquidités est survenu surtout après l'annonce de la cession au consortium dans la presse. Au mieux, cela aurait pu conduire à une sortie de liquidités s'élevant à environ 500 millions EUR et au pire, jusqu'à 1,25 milliard EUR. Le consortium n'aurait pas démontré qu'il aurait été en mesure de mettre à disposition un nouveau capital de ce montant. C'est pourquoi, la cession de BB au consortium n'a pas pu être envisagée.

(148) La Commission admet que l'annonce de la cession de BB au consortium par le Land de Burgenland aurait pu entraîner une sortie de dépôts et la résiliation de lignes de crédit interbancaires, mais les calculs présentés par l'Autriche semblaient être erronés pour plusieurs raisons. Sur la base d'affaires comparables, l'hypothèse selon laquelle 50 % à 60 % des dépôts seraient retirés n'est pas réaliste ([53]). Dans une telle situation de crise, BB limiterait les sorties de liquidités pour le nouveau contrat au minimum exigé ([54]). En outre, dans les calculs présentés par l'Autriche, les éléments d'actifs négociables ne sont pas du tout ou qu'en partie liquidés ([55]) et les sorties pour certains postes sont incompréhensibles ([56]). La Commission estime que les sorties de liquidités attendues, même en situation de crise, peuvent être compensées par une gestion efficace et préventive des liquidités par BB et que le montant net résultant aurait pu être maintenu sous contrôle. Dans ce contexte, la Commission souligne que BB et son propriétaire auraient pu agir de manière préventive pour limiter les sorties de liquidités et constate que le Land de Burgenland s'était déjà engagé, avant la cession de la banque, à introduire de nouveaux capitaux via l'émission de titres supplémentaires garantis par l'*Ausfallhaftung* à hauteur de 380 millions EUR. La Commission ne peut se rallier à l'argument de l'Autriche selon lequel l'émission de titres supplémentaires, grâce à laquelle BB a eu à sa disposition 380 millions EUR supplémentaires, n'avait pas une importance décisive pour les soumissionnaires intéressés par la cession de la banque, si l'Autriche fait valoir en même temps que le goulet d'étranglement des liquidités était un des motifs pour lesquels la banque ne devait pas être cédée au consortium. Il convient également d'indiquer que, s'il avait eu une importance considérable pour lui, le Land de Burgenland aurait dû pouvoir régler ce problème de liquidités via l'émission de titres supplémentaires à hauteur des liquidités manquantes, comme il l'avait fait dans le cas de GRAWE grâce à la mise à disposition de 380 millions EUR supplémentaires.

(149) Par conséquent, la Commission en conclut que ce n'est pas une crise de liquidités après l'annonce de la cession, mais plutôt des considérations d'ordre prudentiel qui auraient entraîné l'insolvabilité ou la liquidation de BB. L'Autriche a avancé que le risque d'insolvabilité en cas de cession de BB au consortium était beaucoup plus élevé que si GRAWE en devenait la nouvelle propriétaire. GRAWE poursuivrait ses activités régionales axées sur les clients privés et sur une clientèle d'entreprises et conserverait le modèle d'entreprise existant. En revanche, le plan d'exploitation présenté par le consortium fait apparaître que ce dernier prévoit un modèle d'entreprise plus risqué pour BB et des activités telles que le financement de transactions internationales. L'intégration éventuelle d'Active Bank dans BB aurait pu introduire des fluctuations du taux de change de l'euro par rapport à la «hrywnja» ukrainienne, qui ne pourraient être couvertes qu'à des coûts très élevés. L'Autriche a également fait valoir que d'autres facteurs tels que le manque d'expérience bancaire et le faible classement du consortium auraient fortement augmenté le risque d'insolvabilité de BB.

(150) La Commission concède que les déclarations sur la probable évolution à long terme de BB dans les deux scénarios de cession sont très incertaines. Le Land de Burgenland doit accepter le fait qu'après la cession de BB à un nouveau propriétaire (qu'il s'agisse de GRAWE ou du consortium), il n'aura qu'une influence extrêmement limitée sur l'organisation stratégique future de la banque. À ce propos, il importe de constater que le modèle d'entreprise futur de BB ne peut être fixé de manière contraignante dans le contrat de vente, mais que c'est au nouveau propriétaire qu'il appartient de déterminer l'organisation stratégique future de la banque, y compris les augmentations de capitaux nécessaires et l'intégration ultérieure d'autres entreprises.

([53]) Même dans l'affaire *BAWAG*, où, en raison d'une fraude commerciale dans la gestion de la société, la banque a été confrontée à un assaut sur les dépôts, les sorties ont diminué de 20 à 30 %.

([54]) Dans le pronostic de liquidation, 300 millions EUR sont prévus pour l'acquisition de nouvelles obligations/de nouveaux titres et l'ouverture de nouvelles lignes de crédit interbancaires.

([55]) Dans une situation dans laquelle il existe un besoin de liquidités, la BB vendrait des participations et d'autres valeurs négociables qu'il est possible de céder sans perte afin de générer des liquidités.

([56]) On part du principe que la résiliation des swaps à l'aide d'un accord mutuel d'option de vente aurait des effets négatifs sur les liquidités, dont l'ampleur correspondrait à la valeur nominale des swaps.

(151) Cela étant, la gestion des nouveaux propriétaires reste soumise aux dispositions réglementaires en vigueur dans le secteur bancaire. Tout d'abord, en tant que banque autrichienne avec une concession bancaire autrichienne, BB sera encore contrôlée par l'autorité de surveillance bancaire autrichienne et doit par conséquent respecter les mêmes exigences réglementaires en matière de surveillance (par exemple le ratio minimal de fonds propres) que les autres banques européennes. Ensuite, BB est tenue, en tant que partie intégrante du monde financier international, de disposer au moins d'un classement de qualité de valeur d'investissement, pour pouvoir se refinancer auprès des autres banques. Elle est ainsi tenue de respecter les exigences relatives aux capitaux propres des agences de classement. Lorsque des risques plus élevés doivent être pris, les propriétaires sont tenus de fournir en même temps de nouveaux capitaux en quantité proportionnée.

(152) La Commission ne peut pas non plus se rallier à l'argument présenté par l'Autriche selon lequel le repreneur de BB doit absolument démontrer une grande expérience bancaire. La gestion de BB ne fait pas partie des tâches du propriétaire, mais de celles de la direction de BB. En outre, la Commission ne comprend pas l'argument de l'Autriche selon lequel le classement de BB après la cession serait identique à celui de GRAWE ou de l'État ukrainien. D'une part, GRAWE n'a pas expliqué qu'elle souhaitait remettre une lettre de patronage pour BB, de sorte que le classement de BB s'appuie en premier lieu sur ses propres résultats. D'autre part, BB demeure une banque autrichienne dont le siège se trouve en Autriche, si bien que le classement «B» de l'État ukrainien, qui pourrait jouer un rôle pour une banque dont le siège est situé en Ukraine, ne semble pas pertinent. Dans ce contexte, il importe également de souligner que BB sera encore protégée par l'*Ausfallhaftung*.

(153) En outre, il ne peut être totalement exclu que BB, quel que soit son nouveau propriétaire, doive affronter de graves difficultés à l'avenir, qui rendraient l'insolvabilité/la liquidation inévitable. Dans l'hypothèse d'un tel scénario, il importe de bien comprendre que BB est une très petite banque (le total de son bilan représente beaucoup moins qu'1 % du total du bilan des grandes banques européennes) et que sa liquidation aurait des conséquences insignifiantes, si ce n'est totalement négligeables, sur les systèmes bancaires autrichien et européen. La cession des actifs de BB à hauteur d'environ 3,5 milliards EUR (crédits, titres, participations, dérivés, biens fonciers) sur les marchés financiers internationaux n'entraverait pas le fonctionnement des mécanismes du marché, et les marchés, en particulier les prix des marchés, demeureraient stables.

(154) L'Autriche a communiqué un scénario de liquidation. Ce scénario prend pour point de départ une liquidation des actifs effectuée en 2006 et le fait que le prix à obtenir pour les actifs dépend de la pondération de leur risque. Les évaluations prévues vont de 2 % pour des actifs avec une pondération du risque nulle jusqu'à 20 % pour des actifs avec une pondération du risque de 100 %. Le scénario de liquidation comprend des rectifications à hauteur de 90 millions EUR pour la liquidation de postes hors bilan. Après la sortie des fonds propres, il convient de conclure, selon ce scénario, qu'en cas de liquidation, l'*Ausfallhaftung*, et par conséquent le Land de Burgenland, se verraient demander une aide d'un montant d'environ 270 millions EUR.

(155) La Commission approuve la méthode générale appliquée dans le scénario de liquidation présenté par l'Autriche pour une première estimation des pertes possibles en cas d'insolvabilité de BB. La Commission estime néanmoins que les ajustements au niveau des actifs sont trop élevés (par exemple les rectifications à hauteur de 10 à 20 % pour les crédits hypothécaires garantis, qui pourraient être garantis par écrit et vendus par paquets) et ne comprend pas les ajustements qui concernent les activités hors bilan. En outre, l'Autriche partait du principe que la liquidation se déroulerait avec une probabilité de 100 % en 2006 et prenait dès lors pour base la valeur nominale des actifs. Ce scénario ne semble pas réaliste.

(156) En tenant compte de ces remarques sur le scénario de liquidation, la Commission conclut que le Land de Burgenland, pour chaque pourcentage de probabilité que l'*Ausfallhaftung* soit utilisée à l'avenir, pourrait au mieux engager 1 million EUR. Cela signifie, au regard de la compensation de la différence de prix par rapport à l'offre du consortium, que la probabilité d'une insolvabilité de BB avec le consortium en tant que repreneur devrait être estimée comme supérieure de plus de 50 % à celle estimée avec GRAWE comme repreneur. La Commission juge cette estimation non fondée et conclut dès lors que, même si le Land de Burgenland aurait pu tenir compte de l'*Ausfallhaftung* comme critère d'évaluation, l'offre de GRAWE n'était pas la meilleure.

Autres méthodes présentées par l'Autriche et GRAWE

(157) L'Autriche et GRAWE ont cité d'autres méthodes ([57]) en vue d'évaluer les risques liés aux deux soumissionnaires. La Commission estime que la méthode utilisée dans le scénario de liquidation reflète au mieux la situation particulière en cas d'insolvabilité, si bien que cette méthode n'est pas seulement la plus adéquate, mais aussi la plus transparente et la plus envisageable pour estimer les risques résultant de l'*Ausfallhaftung*. Les autres méthodes évoquées par l'Autriche ne sont pas pertinentes et, en outre, elles sont soit inconcevables, soit fondées sur des hypothèses erronées, soit enfin, ne s'appliquent pas aux conditions particulières de l'affaire.

([57]) Expertise d'HSBC, approche scientifique financière, approche axée sur le marché des capitaux.

2.5. La clause de garantie concernant les aides d'État prévue dans le contrat conclu avec GRAWE

(158) Le contrat de vente entre le Land de Burgenland et GRAWE comprend en outre une clause de garantie selon laquelle le Land de Burgenland est tenu, entre autres, de rembourser à GRAWE le montant que la Commission devrait fixer dans une décision de récupération (en plus de tous les coûts de procédure connexes pour l'acquéreur). Même si l'acquéreur a le droit de résilier le contrat si un ajustement du prix de vente devait s'avérer illégal, cet élément du contrat de vente doit être souligné dans une décision. Premièrement, une telle clause de garantie négociée après la procédure d'appel d'offres modifie les conditions de vente pour l'acquéreur concerné et aurait en outre pu pousser GRAWE à soumettre une offre plus élevée; deuxièmement, et ce point est encore beaucoup plus important, une telle clause de garantie équivaut au contournement d'une éventuelle décision de récupération de la Commission. C'est en évidente contradiction avec l'obligation des États membres de transposer les décisions de la Commission et de collaborer avec elle. Par conséquent, cette clause ne devrait pas être appliquée, sans quoi GRAWE bénéficierait d'une nouvelle aide d'État.

2.6. Conclusion finale sur l'existence d'une aide d'État

(159) Par conséquent, la cession de BB à GRAWE représente une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité CE.

3. **Compatibilité avec le marché commun**

(160) Dans la décision d'ouverture, la Commission a indiqué qu'il ressortait manifestement des informations présentées qu'aucune condition n'était remplie pour démontrer la compatibilité de l'aide avec le marché commun au sens de l'article 87, paragraphes 2 et 3, du traité CE.

(161) L'Autriche s'est évertuée à démontrer que la mesure ne constituait pas une aide d'État. Seule la bénéficiaire a présenté des arguments concernant l'éventuelle compatibilité de l'aide avec le marché commun. GRAWE estime que, d'après la décision de restructuration, BB, même privatisée (la privatisation était une condition nécessaire pour juger l'aide conforme au marché commun), devait conserver une organisation régionale. Seul le plan d'exploitation de GRAWE respectait cette condition.

(162) La Commission constate que la décision de restructuration n'appuie en rien cet argument. Outre les mesures opérationnelles, fonctionnelles et financières proposées par l'Autriche et acceptées par la Commission, la privatisation est un instrument supplémentaire qui vise à garantir la rentabilité durable de la banque. Dans la décision antérieure, les effets d'une éventuelle liquidation de BB sont examinés et la Commission conclut qu' «[il est probable que] certaines zones rurales du Land auront à souffrir d'une insuffisance de services financiers de base» ([58]). Ce constat n'implique toutefois pas qu'une autre condition, similaire mais non précisée, soit valable pour la privatisation.

(163) Sur la base du considérant susmentionné, la Commission confirme son constat initial. L'aide ne peut être considérée comme compatible avec le marché commun.

4. **Le plein effet de la décision 2005/691/CE de la Commission sur la restructuration de Bank Burgenland**

(164) Dans la décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen, la Commission a émis des doutes quant à l'admissibilité de la pénalité de remboursement anticipé en rapport avec l'accord de garantie du 20 juin 2000, autorisée par la décision de la Commission du 7 mai 2004, étant donné qu'elle pourrait être contraire à la décision de restructuration de BB. Après un examen détaillé de cette question par la Commission, celle-ci constate toutefois que cette règle concorde avec la décision concernée.

5. **Récupération**

(165) Étant donné que la mesure a été mise en œuvre sans notification préalable à la Commission et qu'elle n'est pas compatible avec la réglementation relative aux aides d'État, il convient que l'Autriche récupère l'aide auprès du bénéficiaire.

(166) Le montant à récupérer doit être fixé de manière à supprimer l'aide. Sur la base des éléments constatés dans le chapitre VI, 2.2 et 2.3, l'aide représente dans ce cas la différence entre l'offre de prix du consortium et le prix de vente réel.

(167) La différence concernée ne correspond pourtant pas simplement à la différence nominale de 54,7 millions EUR entre les deux offres. Dans l'intérêt d'une comparabilité totale des deux offres, il faut procéder à des ajustements, vu que les actes conventionnels avec GRAWE, d'une part, et le consortium, d'autre part, se distinguent les uns des autres. Les deux offres comprennent plusieurs autres conditions qui doivent être quantifiées et comparées une à une avec les conditions correspondantes dans l'offre de l'autre soumissionnaire. La Commission estime que la différence entre les deux offres de prix doit être ajustée comme suit dans le cadre de la récupération de l'aide par l'Autriche.

([58]) Voir le considérant 80 de la décision de restructuration.

(168) En ce qui concerne la pénalité de remboursement anticipé en lien avec l'accord de garantie du 20 juin 2000, le paiement prévu du Burgenland au consortium est de 15 millions EUR, soit 2,1 millions de plus que le versement à GRAWE, qui s'élève à 12,9 millions EUR. La différence entre l'offre de prix du consortium et le prix de vente réel doit donc être ajustée et réduite de 2,1 millions EUR.

(169) Les effets des accords individuels concernant les limites de la garantie, les montants exonérés et les délais de garantie sont difficiles à quantifier. L'Autriche a fait valoir que le procédé général utilisé avec GRAWE et le consortium avait été équilibré et n'avait accordé aucun avantage considérable à l'un ou l'autre soumissionnaire. La Commission partage l'avis de l'Autriche selon lequel les accords de garantie n'ont qu'un effet insignifiant sur la différence de prix, mais estime toutefois nécessaire de quantifier cet effet. Sur la base des informations présentées, la Commission n'est pas en mesure d'apprécier si les accords de garantie ont avantagé un soumissionnaire, si bien que l'Autriche doit élaborer un aperçu comparatif de l'ensemble des accords de garantie. En outre, l'Autriche est tenue de quantifier les conséquences financières de ces accords sur les offres de prix des deux soumissionnaires.

(170) La provision annuelle d'un montant de 100 000 EUR, que le consortium devrait verser pour le maintien de l'*Ausfallhaftung* jusqu'en 2017, constitue une rentrée supplémentaire pour le Land de Burgenland, de sorte que l'ajustement suivant est nécessaire: la différence entre l'offre de prix du consortium et le prix de vente réel sera majorée de la valeur réelle des provisions à verser jusqu'en 2017.

(171) L'émission de titres supplémentaires d'un montant de 380 millions EUR dans le cadre de la garantie de l'État n'a été mentionnée ni dans la lettre de procédure, ni dans le projet de contrat avec GRAWE. La Commission estime que cet accord a joué un rôle considérable dans le processus de vente et aurait dû figurer dans le projet de contrat avec le consortium. En outre, le consortium a confirmé que l'émission de titres supplémentaires n'avait pas été prise en considération dans son offre. La Commission estime que l'avantage de GRAWE, dû à sa meilleure situation de refinancement résultant de la mise à disposition de 380 millions EUR supplémentaires, nécessite donc un ajustement sous la forme d'une augmentation de la différence entre l'offre du consortium et le prix d'achat réel. Le calcul repose sur les intérêts que BB paie pour les titres supplémentaires d'un montant de 380 millions EUR, en comparaison avec les coûts de refinancement de BB après la clôture.

(172) La Commission ne dispose pas des informations nécessaires pour apprécier de manière définitive si l'accord de transfert au Burgenland de quatre des sociétés immobilières de BB avant la clôture à leur valeur comptable de 25 millions EUR constituait un avantage, qui exigeait un ajustement de la différence entre l'offre de prix du consortium et le prix de vente réel. Ce pourrait être le cas si la valeur marchande des biens était inférieure ou supérieure à leur valeur comptable. L'Autriche est tenue de présenter une expertise réalisée par des experts indépendants désignés par un organisme indépendant sur la valeur marchande des quatre sociétés immobilières de BB. Cette expertise devra tenir compte des revenus locatifs obtenus sur le marché.

(173) En ce qui concerne les intérêts à échoir pour l'acompte d'un montant de 15 millions EUR entre le jour de la signature du contrat et celui de la clôture, que le consortium aurait versé sur un compte fiduciaire établi auprès d'Active Bank en Ukraine, la Commission est d'avis qu'ils ne nécessitent aucun accord, à condition que le consortium en soit crédité.

(174) En ce qui concerne la question, qui figure dans la décision d'ouverture, de savoir si le report fiscal des pertes doit être pris en considération dans la détermination du montant de l'aide, la Commission l'a examinée et en a conclu que non. Elle estime toutefois que l'avantage d'un report fiscal des pertes pouvant résulter pour un tiers aurait dû être pris en considération dans le cadre d'une évaluation de BB (approche du «best owner»).

VII. CONCLUSION

(175) La Commission constate que l'Autriche a accordé une aide à GRAWE dans le cadre de la privatisation de BB en violation de l'article 88, paragraphe 3, du traité CE, et par conséquent de manière illégale. Cette aide n'est pas compatible avec le marché commun. Le montant total de l'aide doit être calculé par l'Autriche sur la base de la différence entre les deux offres de prix définitives présentées dans le cadre de la procédure d'appel d'offres, qui doit être ajustée conformément aux explications ci-dessus,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

L'aide d'État que l'Autriche a accordée à GRAWE en violation de l'article 88, paragraphe 3, du traité CE, et par conséquent illégalement, est incompatible avec le marché commun. Cette aide correspond à la différence entre les deux offres de prix définitives présentées dans le cadre de la procédure d'appel d'offres, qui doit être ajustée de manière appropriée conformément aux paramètres présentés aux points 167 à 174 de la présente décision.

Article 2

1. L'Autriche récupère l'aide mentionnée à l'article premier auprès du bénéficiaire.

2. Le montant de l'aide récupérée comprend les intérêts, depuis le moment où l'aide a été mise à disposition du bénéficiaire jusqu'à son remboursement effectif.

3. Les intérêts seront calculés sur une base établie conformément au règlement (CE) nº 794/2004.

Article 3

1. L'aide mentionnée à l'article 1er sera restituée immédiatement et effectivement.

2. L'Autriche veille à ce que la présente décision soit exécutée dans un délai de quatre mois après sa publication.

Article 4

1. Dans un délai de deux mois après la publication de la présente décision, l'Autriche communiquera les informations suivantes à la Commission:

a) le montant total (montant principal et intérêts) à récupérer auprès du bénéficiaire et à ajuster conformément aux paramètres présentés par la Commission dans la présente décision, ainsi qu'une explication détaillée de la méthode de calcul de ce montant et l'évaluation des biens par des experts indépendants;

b) la description détaillée des mesures prises ou prévues en vue de se conformer à la présente décision;

c) les documents prouvant qu'une demande de récupération a été envoyée au bénéficiaire.

2. L'Autriche notifiera à la Commission les progrès accomplis dans la mise en œuvre de ses mesures d'exécution de la présente décision, jusqu'au remboursement de l'aide mentionnée à l'article premier. À la demande de la Commission, l'Autriche présentera sans délai des informations sur les mesures prises ou prévues pour se conformer à la présente décision. En outre, l'Autriche transmettra des informations détaillées sur le montant des aides et des intérêts que le bénéficiaire a déjà remboursés.

Article 5

La République d'Autriche est destinataire de la présente décision.

Fait à Bruxelles, le 30 avril 2008.

Par la Commission

Neelie KROES

Membre de la Commission