



## Sbírka soudních rozhodnutí

ROZSUDEK TRIBUNÁLU (šestého senátu)

28. února 2012\*

„Státní podpory — Podpory poskytnuté rakouskými orgány skupině Grazer Wechselseitige (GRAWE) v rámci privatizace Bank Burgenland — Rozhodnutí, kterým se prohlašuje podpora za neslučitelnou se společným trhem a nařizuje její navrácení — Kritérium soukromého investora v tržním hospodářství — Použití v situaci, kdy stát jedná jako prodávající — Určení tržní ceny“

Ve spojených věcech T-268/08 a T-281/08,

**Land Burgenland (Rakousko)**, zastoupená U. Soltészem a C. Herbstem, advokáty,

žalobkyně ve věci T-268/08,

**Rakouská republika**, zastoupená G. Hessem, C. Pesendorfer, E. Riedlem, M. Fruhmannem a J. Bauerem, jako zmocněnci,

žalobkyně ve věci T-281/08,

proti

**Evropské komisi**, původně zastoupené V. Kreuzitzem, N. Khanem a K. Grossem, poté V. Kreuzitzem, N. Khanem a T. Maxian Ruschem, jako zmocněnci,

žalované,

jejímž předmětem je návrh na zrušení rozhodnutí Komise 2008/719/ES ze dne 30. dubna 2008 o státní podpoře C 56/06 (ex NN 77/06) Rakouska na privatizaci společnosti Bank Burgenland (Úř. věst. L 239, s. 32),

TRIBUNÁL (šestý senát),

ve složení M. Jaeger, předseda, N. Wahl (zpravodaj) a S. Soldevila Fragoso, soudci,

vedoucí soudní kanceláře: T. Weiler, rada,

s přihlédnutím k písemné části řízení a po jednání konaném dne 18. května 2011,

vydává tento

\* Jednací jazyk: němčina.

## Rozsudek

### Skutečnosti předcházející sporu

#### *Hypo Bank Burgenland AG a závazek „Ausfallhaftung“*

- 1 Až do privatizace byla společnost Hypo Bank Burgenland AG (dále jen „BB“) regionální bankou ve formě akciové společnosti podle rakouského práva se sídlem v Eisenstadtu (Rakousko). Její činnost původně spočívala především v poskytování hypotečních půjček a ve vydávání hypotečních zástavních listů a komunálních dlužních úpisů, postupně však byla rozšířena na všechny druhy bankovních a finančních služeb. V roce 2005 měla BB celkovou bilanční sumu ve výši 3,3 miliardy eur a nacházela se ve 100% vlastnictví Land Burgenland (spolkové země Burgenland).
- 2 Podle § 4 Landes-Hypothekenbank Burgenland-Gesetz (rakouský zákon spolkové země Burgenland o zemských hypotečních bankách, LGBI. č. 58/1991), ve znění zákona LGBI. č. 63/1998, ručila spolková země Burgenland jako náhradní ručitel podle § 1356 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (rakouského všeobecného občanského zákoníku) v případě platební neschopnosti BB za veškeré závazky společnosti. Podle tohoto ustanovení mají věřitelé bank přímé nároky vůči ručiteli, který je ale povinen poskytnout plnění, pouze pokud k uspokojení pohledávek věřitelů nepostačuje investiční majetek banky.
- 3 Tento režim ručení (nazývaný „Ausfallhaftung“), konkrétně ručení spolkové země za BB a její právní předchůdce, existuje v prakticky nezměněné formě již od roku 1928. Není omezen ani časově ani na určitý obnos. Podle zákonné úpravy ručení (Gewährträgerhaftung), která vstoupila v platnost dne 29. června 1991, získala spolková země Burgenland provizi na poskytování tohoto zákonného ručení. V souladu s dohodou mezi Komisí Evropských společenství a Rakouskou republikou, na jejímž základě bylo vydáno rozhodnutí Komise ze dne 30. dubna 2003 K(2003) 1329 v konečném znění o podpoře E 8/02 (Úř. věst. C 175, s. 8), musela být Ausfallhaftung zrušena k 1. dubnu 2007. Ausfallhaftung se vztahovala na všechny závazky, které existovaly ke dni 2. dubna 2003, až do jejich splatnosti. V období od 2. dubna 2003 do 1. dubna 2007 se mohla Ausfallhaftung vztahovat k novým závazkům, jen pokud byly splatné do 30. září 2017.

#### *Podpory na restrukturalizaci BB povolené Komisí v roce 2004*

- 4 V souvislosti s podvodem souvisejícím s úvěrem pro společnost HOWE Bau AG, zjištěným v průběhu kontroly roční účetní závěrky BB za rok 1999, se BB dostala do vážných finančních potíží. Spolková země Burgenland tedy uzavřela dne 20. června 2000 dohodu o záruce na obnos ve výši 171 milion eur, zvýšený o úrok ve výši 5 %, aby tím pokryla nedobytné pohledávky vůči BB, které by znamenaly bilanční zadlužení. Aby se pokryly další pochybné pohledávky objevené během hloubkové kontroly, byla s hlavním věřitelem BB, s Bank Austria Creditanstalt AG, dne 23. října 2000 uzavřena rámcová dohoda. Tato dohoda stanovila, že se Bank Austria Creditanstalt zřekne svých pohledávek vůči BB, dojde k ujednání o budoucích výnosech mezi oběma smluvními partnery a bude uzavřena dohoda o záruce ze strany spolkové země Burgenland na částku 189 milionů eur.
- 5 Dopisem ze dne 18. června 2002 a doplňujícími sděleními ze dne 3. července 2002 a 9. září 2002 oznámila Rakouská republika Komisi uzavření dohod o záruce ze strany spolkové země Burgenland a předložila jí plán na restrukturalizaci BB.
- 6 Komise dopisem ze dne 26. června 2003 sdělila rakouským orgánům, že zahájila řízení podle čl. 88 odst. 2 Smlouvy o ES s ohledem na popsání podpory.

- 7 Rakouské orgány sdělily dopisem ze dne 19. prosince 2003, že v rámci privatizačního procesu BB mají v úmyslu pozměnit opatření v rámci poskytnuté podpory.
- 8 Komise sdělila Rakouské republice dopisem ze dne 21. ledna 2004 svoje rozhodnutí rozšířit formální řízení podle čl. 88 odst. 2 ES i na plánované změny podpor na restrukturalizaci BB.
- 9 Dne 7. května 2004 Komise přijala rozhodnutí 2005/691/ES o státní podpoře č. C 44/03 (ex NN 158/01), kterou hodlá Rakousko poskytnout BB (Úř. věst. 2005, L 263, s. 8) (dále jen „rozhodnutí z roku 2004“). Komise v podstatě shledala, že obě dohody o záruce spolkové země Burgenland ve prospěch BB představují státní podporu zejména proto, že opatření jsou provedena za podmínek, které nejsou přijatelné pro soukromého investora a uměle přivádí BB do pozice výhodnější oproti jejím konkurentům. Kromě toho uvedená opatření se svými účinky na současné i potenciální konkurenty z jiných členských států narušují nebo mohou narušit hospodářskou soutěž a ovlivnit obchod mezi členskými státy. Komise nicméně rozhodla, že sporná opatření na restrukturalizaci jsou v souladu se společným trhem podle článku 87 odst. 3 písm. c) ES ve spojení s pokyny Společenství pro státní podporu na záchranu a restrukturalizaci podniků v obtížích (Úř. věst. 1999, C 288, s. 2; Zvl. vyd. 08/01, s. 322). V rámci svého přezkumu dlouhodobé životaschopnosti podniku, který byl příjemcem podpory, Komise zdůraznila, že se opírala o údaje poskytnuté rakouskými orgány, zejména o časový plán ukončení plánované privatizace BB.

#### *Sporná opatření přijatá v rámci privatizace BB*

- 10 Po dvou neúspěšných pokusech v roce 2003 a 2005 zahájila spolková země Burgenland třetí řízení o privatizaci BB, jehož provedením byla pověřena investiční banka HSBC Trinkaus & Burkhardt KGaA, Düsseldorf (Německo), ve spolupráci s HSBC plc, Londýn (Spojené království (dále jen společně „HSBC“)). Toto řízení začalo v říjnu 2005 uveřejněním výzvy k podávání nabídek v tisku.
- 11 Ze 14 uchazečů, kteří formálně projeví svůj zájem o podání nabídky, odeslali ve stanovené lhůtě úplné indikativní nabídky pouze tři uchazeči, a to ve výši 65 milionů eur, 100 milionů eur a 140 milionů eur, a účastnili se druhého stupně nabídkového řízení, po jehož ukončení měly být do 6. února 2006 doručeny závazné nabídky. Dva uchazeči – a sice rakouská pojišťovací společnost Grazer Wechselseitige Versicherung AG se společností GW Beteiligungserwerbs- und -verwaltungs-G.m.b.H. (dále jen „GRAWE“) dne 6. února 2006 a ukrajinsko-rakouské sdružení dvou rakouských společností SLAV AG a SLAV Finanzbeteiligung GmbH a ukrajinských akciových společností Ukrpodšipnik a Iljič (dále jen „Sdružení“) – předložili závazné nabídky. Tyto nabídky byly následně předmětem individuálního přezkumu a smluvních jednání, která skončila dne 4. března 2006.
- 12 Dne 5. března 2006 vybrala spolková země Burgenland společnost GRAWE, ačkoliv kupní cena nabízená společností GRAWE (100,3 milionu eur) byla výrazně nižší než cena nabízená Sdružením (155 milionů eur). Toto rozhodnutí se opíralo zejména o písemné doporučení HSBC ze dne 4. března 2006, které bylo doplněno ústním vysvětlením pro členy zemské vlády spolkové země Burgenland v den rozhodnutí. Doporučení HSBC v podstatě uvádělo, že ačkoliv by s ohledem na navrhovanou kupní cenu mělo být rozhodnuto ve prospěch Sdružení, doporučuje se prodat BB společnosti GRAWE s ohledem na ostatní výběrová kritéria, a sice jistotu úhrady kupní ceny, pokračování v řízení BB bez nutnosti využití Ausfallhaftung, navýšení kapitálu a bezpečnost transakcí.
- 13 Prodej BB, který byl formálně schválen orgány spolkové země Burgenland dne 7. března 2006, byl uzavřen dne 12. května 2006. Před tímto uzavřením vydala BB v rámci Ausfallhaftung obligace v hodnotě 700 milionů eur, ze kterých bylo 350 milionů upsáno dceřinou společností GRAWE. Z důvodu privatizace nakonec přechodné období uplatňování Ausfallhaftung uvedené v bodě 3 výše skončilo předčasně dnem tohoto uzavření prodeje.

### *Správní řízení*

- 14 Dne 4. dubna 2006 byla Komisi doručena stížnost Sdružení, ve které se namítalo, že Rakouská republika při privatizaci BB porušila pravidla pro poskytování státní podpory. Stěžovatel zejména tvrdil, že nabídkové řízení, které bylo nespravedlivé a netransparentní a znevýhodňovalo jej, nevedlo k tomu, aby BB byla prodána subjektu nabízejícímu nejvyšší cenu (totiž Sdružení), ale aby byla prodána společnosti GRAWE.
- 15 Dopisy ze dne 15. května a 1. června 2006 odpověděly rakouské orgány na žádost Komise o informace ze dne 12. dubna 2006. Následně bylo dne 27. června 2006 uspořádáno setkání zástupců Rakouské republiky a Komise a dne 17. července 2006 Komise zaslala druhou žádost o informace, na kterou rakouské orgány odpověděly dne 18. září 2006. Pokud jde o Sdružení, doručilo Komisi další informace dne 21. dubna 2006 a 2. června 2006.
- 16 Komise dopisem ze dne 21. prosince 2006 uvědomila rakouské orgány o svém rozhodnutí zahájit v souvislosti s prodejem BB společnosti GRAWE formální vyšetřovací řízení podle čl. 88 odst. 2 ES. Toto rozhodnutí bylo zveřejněno v *Úředním věstníku Evropské unie* dne 8. února 2007 (Úř. věst. C 28, s. 8).
- 17 Dne 1. března 2007 Rakouská republika sdělila Komisi své připomínky k tomuto rozhodnutí o zahájení. Kromě toho Komise obdržela určitý počet připomínek a informací od zúčastněných třetích stran, mezi nimiž byla GRAWE a Sdružení, ke kterým se rakouské úřady vyjádřily. Navíc se konalo několik schůzek mezi zástupci Rakouské republiky a Komise. Rakouské orgány konečně také několikrát zaslaly Komisi připomínky a doplňující dokumenty.
- 18 Dne 30. dubna 2008 Komise přijala rozhodnutí 2008/719/ES o státní podpoře C 56/06 (ex NN 77/06) Rakouska na privatizaci BB (Úř. věst. L 239, s. 32) (dále jen „napadené rozhodnutí“).

### *Napadené rozhodnutí*

- 19 V napadeném rozhodnutí Komise zejména připomíná, že při právním hodnocení opatření v rámci privatizace z hlediska pravidel pro státní podpory vychází z mnoha zásad, které popsala ve *XXIII. Zprávě o politice hospodářské soutěže* z roku 1993 (bod 402 a následující), jakož i ve své dřívější praxi. Podmínky, za kterých je možno podle této zprávy mít za to, že nejde o státní podporu ve smyslu čl. 97 odst. 1 ES, však nebyly v projednávané věci splněny.
- 20 Ve svém vyjádření k tomu, zda prodej BB společnosti GRAWE představuje státní podporu, uvádí Komise nejprve, že prostředky spolkové země Burgenland (která je jednou z devíti rakouských spolkových zemí) musí být považovány za prostředky „státní nebo ze státních prostředků poskytnuté“. Kromě toho Komise konstatuje, že společnost GRAWE působí mezinárodně, takže by případná výhoda poskytnutá na vrub státních prostředků ovlivnila soutěž v bankovním sektoru a mohla narušit obchod uvnitř Společenství. Pokud jde o otázku, zda GRAWE byla selektivně zvýhodněna, zdůrazňuje Komise, že je třeba určit, zda se spolková země Burgenland chovala jako tržně jednající prodávající (private vendor test).
- 21 Pokud jde o tento aspekt, Komise připomíná, že spolkové zemi Burgenland byla předložena nabídka Sdružení, jejíž nominální hodnota převyšovala nabídku společnosti GRAWE o 54,7 milionu eur, a uvádí, že by se hospodářský subjekt jednající v tržním hospodářství přesto mohl výjimečně rozhodnout pro nižší nabídku ve dvou případech.
- 22 První případ se týká situace, kdy je zřejmé, že prodej účastníkovi s nejvyšší nabídkou není proveditelný, a v rámci toho je třeba zaprvé zkoumat bezpečnost transakce na základě ekonomické odolnosti Sdružení a zadruhé pravděpodobnost, že uvedené Sdružení nakonec obdrží povolení od

Finanzmarktaufsicht (rakouského úřadu pro dozor nad finančním trhem, dále jen „FMA“). Podle názoru Komise však nejen že nebyl důvod pochybovat o tom, že by kupní cena 155 milionů eur nabídnutá Sdružením mohla být zaplacená, ale ani neexistují důkazy či náznaky toho, že by FMA zakázal prodej BB Sdružení.

- 23 Druhý případ se týká situace, kdy je odůvodněné zohlednění jiných faktorů, než je cena, přičemž v úvahu se mohou vzít jen ty faktory, se kterými by počítal tržně jednající investor, což podle Komise vylučuje rizika, která vyplývají z takové povinnosti platby záruky, která musí být považována za státní podporu, jako je Ausfallhaftung, což je jediný faktor, který rakouské orgány uplatnily. V tomto bodě Komise upřesňuje, že z judikatury zejména vyplývá, že při zkoumání otázky, jak by se choval tržně jednající investor, se nesmí směřovat úloha státu jako prodejce společnosti na straně jedné a povinnosti, které mu jako nositeli státní moci náležejí na straně druhé. Žádný tržně jednající investor by nepřevzal záruku, která by neodpovídala zásadě tržně jednajícího investora, a rozhodnutí o zrušení Ausfallhaftung potvrzuje, že Ausfallhaftung nebyla poskytnuta za tržních podmínek.
- 24 S ohledem na všechny tyto úvahy se Komise domnívala, že se příslušný rakouský orgán nechoval jako tržně jednající prodávající. Finanční výhoda, která byla společnosti GRAWE poskytnuta, odpovídá přinejmenším rozdílu mezi nabídkou Sdružení a skutečnou kupní cenou.
- 25 Komise dodává, poté co přezkoumala argumenty předložené Rakouskou republikou ohledně důležitosti Ausfallhaftung, že i kdyby spolková země Burgenland směla použít tuto záruku jako kritérium pro hodnocení nabídek, nebyla by nabídka společnosti GRAWE ta nejlepší.
- 26 Nakonec Komise došla k závěru, že státní podpora spočívající v prodeji BB společnosti GRAWE nemůže být prohlášena za slučitelnou se společným trhem.
- 27 Výrok napadeného rozhodnutí tak zní:

#### *„Článek 1*

Státní podpora, kterou Rakousko poskytlo porušením čl. 88 odst. 3 Smlouvy o ES společností GRAWE a tím protiprávně, není slučitelná se společným trhem. Podpora odpovídá rozdílu mezi oběma konečnými cenovými nabídkami podanými v rámci výběrového řízení, který se musí přiměřeně upravit podle parametrů vysvětlených ve 167. až 174. bodu odůvodnění tohoto rozhodnutí.

#### *Článek 2*

1. Rakousko vyžádá vrácení podpory uvedené v článku 1.
2. Dlužná částka zahrnuje úroky, které se vypočítají od okamžiku, od kterého měl příjemce podporu k dispozici, až do jejího skutečného vrácení.
3. Úroky se vypočtou podle nařízení (ES) č. 794/2004 podle vzorce na výpočet úroků.

#### *Článek 3*

1. Vrácení podpory uvedené v článku 1 se vyžádá ihned a skutečně.
2. Rakousko zajistí, aby se toto rozhodnutí provedlo během čtyř měsíců po jeho zveřejnění.

#### Článek 4

1. Rakousko sdělí Komisi během dvou měsíců po zveřejnění tohoto rozhodnutí následující informace:

- a) celkovou částku (hlavní pohledávka a úroky), která se musí požadovat po příjemci a která se musí upravit v souladu s parametry vysvětlenými v tomto rozhodnutí, a také přesné vysvětlení způsobu výpočtu této částky a ocenění majetku nezávislým odborníkem;
- b) podrobný popis opatření, která byla přijata, resp. jsou zamýšlena, aby se vyhovělo tomuto rozhodnutí;
- c) podklady, ze kterých vyplývá, že příjemci byla doručena výzva k navrácení podpory.

2. Rakousko informuje Komisi o průběhu jeho opatření k provedení tohoto rozhodnutí až do té doby, než dojde k navrácení podpory uvedené v článku 1. Na dotaz Komise Rakousko neodkladně předloží informace o opatřeních, která byla přijata, resp. jsou zamýšlena, aby se vyhovělo tomuto rozhodnutí. Dále Rakousko předloží podrobné údaje o částkách podpory a o úrocích, které příjemce dosud uhradil.

#### Článek 5

Toto rozhodnutí je určeno Rakouské republice.“

#### **Řízení a návrhová žádání účastnic řízení**

- 28 Spolková země Burgenland podala projednávanou žalobu návrhem došlým kanceláři Tribunálu dne 11. července 2008 zapsaným do rejstříku pod číslem T-268/08 a Rakouská republika návrhem došlým 15. července 2008 zapsaným pod číslem T-281/88.
- 29 Usnesením předsedy osmého senátu Tribunálu ze dne 20. dubna 2009 byly po vyslechnutí účastníků řízení věci T-268/08 a T-281/08 spojeny pro účely písemné části řízení, ústní části řízení a rozsudku, v souladu s článkem 50 jednacího řádu Tribunálu.
- 30 Vzhledem k tomu, že se složení senátů Tribunálu změnilo, byl soudce zpravodaj přidělen k šestému senátu, kterému byla v důsledku toho projednávaná věc přidělena.
- 31 Na základě zprávy soudce zpravodaje rozhodl Tribunál (šestý senát) zahájit ústní část řízení.
- 32 Řeči účastnic řízení a jejich odpovědi na otázky položené Tribunálem byly vyslechnuty na jednání dne 12. března 2008.
- 33 Vzhledem k překážce na straně jednoho člena šestého senátu, předseda Tribunálu určil na základě čl. 32 odst. 3 jednacího řádu sám sebe pro doplnění senátu.
- 34 Usnesením ze dne 18. listopadu 2011 Tribunál (šestý senát) ve svém novém složení znovu otevřel ústní část řízení a účastnice řízení byly informovány, že budou vyslechnuty na novém jednání.
- 35 Dopisy ze dne 23., 24. a 25. listopadu 2011 Komise a žalobkyně informovaly Tribunál, že se vzdávají práva být znovu vyslechnuty.
- 36 Předseda Tribunálu proto rozhodl o ukončení ústní části řízení.

37 Ve věci T-268/08 spolková země Burgenland navrhuje, aby Tribunál:

- zrušil napadené rozhodnutí;
- uložil Komisi náhradu nákladů řízení.

38 Ve věci T-281/08 Rakouská republika navrhuje, aby Tribunál:

- zrušil napadené rozhodnutí;
- uložil Komisi náhradu nákladů řízení.

39 Komise ve věcech T-268/08 a T-281/08, navrhuje, aby Tribunál:

- zamítl žaloby jako neopodstatněné;
- uložil žalobkyním náhradu nákladů řízení.

### **Právní otázky**

40 Na podporu svých žalob žalobkyně formálně uplatňují devět žalobních důvodů.

41 Tyto žalobní důvody vycházejí:

- z nesprávného použití čl. 87 odst. 1 ES při určení kupní ceny BB, jelikož Komise nesprávně vyžadovala pro spornou privatizaci provedení nabídkového řízení;
- z nerespektování dřívější rozhodovací praxe stran použití čl. 87 odst. 1 ES;
- z nesprávného použití čl. 87 odst. 1 ES, jelikož Komise odmítla vzít v úvahu nejistý výsledek a případné dlouhé trvání řízení o povolení před FMA v případě prodeje BB Sdružení;
- z nesprávného použití čl. 87 odst. 1 ES, jelikož spolková země Burgenland měla právo vzít v úvahu rizika spojená s Ausfallhaftung při srovnávání nabídek předložených společnostmi GRAWE a Sdružením;
- z nesprávného použití zásady soukromého prodávajícího v tržním hospodářství v rámci podpůrného přezkumu finančních rizik souvisejících s Ausfallhaftung;
- z nesprávného použití čl. 87 odst. 1 ES tím, že nebyla dodržena pravidla upravující důkazní břemeno v dotčeném nabídkovém řízení;
- z nesprávného použití čl. 87 odst. 1 ES, jelikož nabídka Sdružení nemohla sloužit k určení tržní ceny BB;
- z nesprávného posouzení emise dodatečných obligací v rámci Ausfallhaftung;
- z nesprávného použití čl. 87 odst. 1 ES v několika ohledech při určování prvku podpory.

42 Tribunál považuje za vhodné přezkoumat nejprve první, druhý, šestý a sedmý žalobní důvod vznesený žalobkyněmi, které se všechny týkají obecného rámce přezkumu sporné operace.

- 43 Před zahájením samotného přezkumu argumentace účastnic řízení je nutno uvést několik úvodních poznámek k pojmu státní podpory ve smyslu čl. 87 odst. 1 ES, jakož i o povaze a dosahu soudního přezkumu, který má soudce Evropské unie provést v projednávané věci.

*Úvodní poznámky k pojmu „státní podpora“ ve smyslu čl. 87 odst. 1 ES, jakož i k povaze a dosahu soudního přezkumu*

- 44 Článek 87 odst. 1 ES stanoví, že „[p]odpory poskytované v jakékoli formě státem nebo ze státních prostředků, které narušují nebo mohou narušit hospodářskou soutěž tím, že zvýhodňují určité podniky nebo určitá odvětví výroby, jsou, pokud ovlivňují obchod mezi členskými státy, neslučitelné se společným trhem, nestanoví-li tato smlouva jinak“.
- 45 Z ustálené judikatury vyplývá, že kvalifikace jako podpora ve smyslu čl. 87 odst. 1 ES vyžaduje, aby byly splněny všechny podmínky stanovené v tomto ustanovení. Zaprvé se musí jednat o zásah státu nebo o zásah ze státních prostředků. Zadruhé tento zásah musí být způsobilý ovlivnit obchod mezi členskými státy. Zatřetí musí poskytovat svému příjemci výhodu tím, že zvýhodňuje určité podniky nebo určitá odvětví výroby. Začtvrté musí narušovat či hrozit narušením hospodářské soutěže (rozsudek Soudního dvora ze dne 24. července 2003, Altmark Trans a Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, Recueil, s. I-7747, body 74 a 75, a rozsudek Tribunálu ze dne 22. února 2006, Le Levant 001 a další v. Komise, T-34/02, Sb. rozh. s. II-267, bod 110).
- 46 V projednávané věci je třeba konstatovat, že se žalobkyně zaměřují pouze na podmínku týkající se existence hospodářské výhody. Ukazuje se totiž, že podstatou žalobních důvodů vznesených na podporu projednávané žaloby je prokázat, že Komise nesprávně došla k závěru o existenci hospodářské výhody ve prospěch společnosti GRAWE, tedy výhody, která odpovídá rozdílu mezi nabídkou této společnosti a nabídkou předloženou Sdružením.
- 47 V tomto ohledu je třeba připomenout, že podle ustálené judikatury může poskytnutí majetku nebo služeb za zvýhodněných podmínek představovat státní podporu ve smyslu čl. 87 odst. 1 ES (v tomto smyslu viz rozsudky Soudního dvora ze dne 2. února 1988, Van der Kooy a další v. Komise, 67/85, 68/85 a 70/85, Recueil, s. 219, body 28 a 29, a ze dne 20. listopadu 2003, GEMO, C-126/01, Recueil, s. I-13769, bod 29 ; rozsudky Tribunálu ze dne 16. září 2004, Valmont v. Komise, T-274/01, Sb. rozh. s. II-3145, bod 44, a ze dne 1. července 2010, Itálie v. Komise, T-53/08, Sb. rozh. s. II-3187, bod 79).
- 48 Při použití této zásady na případ prodeje majetku veřejným subjektem soukromé osobě musí být zejména určeno, zda kupní cena tohoto majetku představuje tržní cenu, kterou by bylo možné obdržet za obvyklých tržních podmínek (v tomto smyslu viz rozsudek Valmont v. Komise, bod 47 výše, bod 45 a citovaná judikatura). Z tohoto pohledu je nutné, aby Komise použila kritérium soukromého subjektu v tržním hospodářství za účelem ověření, zda cena zaplacená údajným příjemcem podpory odpovídá ceně, kterou by mohl stanovit soukromý subjekt, jenž jedná za podmínek obvyklé hospodářské soutěže (v tomto smyslu viz rozsudky Soudního dvora ze dne 2. září 2010, Komise v. Scott, C-290/07 P, Sb. rozh. s. I-7763, bod 68, a ze dne 16. prosince 2010, Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe, C-239/09, Sb. rozh. s. I-13083, bod 34 a citovaná judikatura). Konkrétní použití uvedeného kritéria v zásadě předpokládá komplexní hospodářské posouzení (výše uvedený rozsudek Komise v. Scott, bod 68).
- 49 Co se týče rozsahu a povahy soudního přezkumu, je zaprvé nutno připomenout, že pojem „státní podpora“, jak je definován ve Smlouvě, má právní povahu a musí být vykládán na základě objektivních skutečností. Z tohoto důvodu musí soud Unie v zásadě a s ohledem jak na konkrétní skutečnosti sporu, o kterém rozhoduje, tak na technickou nebo komplexní povahu posouzení učiněných Komisí v plném rozsahu přezkoumat, zda opatření spadá do působnosti čl. 87 odst. 1 ES (rozsudky Soudního dvora ze dne 16. května 2000, Francie v. Ladbroke Racing a Komise, C-83/98 P, Sb. rozh. s. I-3271, bod 25, a ze dne 22. prosince 2008, British Aggregates v. Komise, C-487/06 P, Sb. rozh. s. I-10515, bod 111). Soud Unie musí ověřit nejen věcnou správnost dovolávaných důkazních materiálů, jejich věrohodnost



a soudržnost, ale musí rovněž přezkoumat, zda tyto důkazy představují veškeré relevantní údaje, jež musí být při posuzování komplexní situace vzaty v úvahu, a zda lze o ně opřít závěry, které z nich byly vyvozeny (viz rozsudek Komise v. Scott, bod 48 výše, bod 65 a citovaná judikatura).

- 50 Nicméně v rámci tohoto přezkumu soudu Unie nepřísluší nahradit hospodářské posouzení Komise vlastním posouzením. Přezkum komplexních hospodářských hodnocení uskutečněných Komisí, který provádí soudy Unie, je přezkumem omezeným, jež se nutně omezuje na prověření, že byla dodržena procesní pravidla a pravidla týkající se odůvodnění, jakož i na přezkum věcné správnosti skutkových zjištění a neexistence zjevně nesprávného posouzení a zneužití pravomoci (viz rozsudek Komise v. Scott, bod 48 výše, bod 66, a uvedená judikatura, a rozsudek Tribunálu ze dne 17. prosince 2008, Ryanair v. Komise, T-196/04, Sb. rozh. s. II-3643, bod 41).
- 51 Zadruhé je nutno upřesnit, že legalita rozhodnutí Komise v oblasti státních podpor se musí posuzovat v závislosti na informacích, které Komise mohla mít k dispozici v okamžiku, kdy toto rozhodnutí přijala (rozsudky Soudního dvora ze dne 10. července 1986, *Belgie v. Komise*, 234/84, Recueil, s. 2263, bod 16, a ze dne 14. září 2004, *Španělsko v. Komise*, C-276/02, Sb. rozh. s. I-8091, bod 31; rozsudek *Valmont v. Komise*, bod 47 výše, bod 38). Jelikož pojem „státní podpora“, jak bylo řečeno v bodě 95 tohoto rozsudku, je třeba použít na objektivní situaci, kterou je třeba posuzovat k okamžiku přijímání rozhodnutí Komise, vyplývá z toho především, že je třeba pro provedení tohoto soudního přezkumu vzít v úvahu posouzení provedená k tomuto datu (rozsudek Soudního dvora ze dne 1. července 2008, *Chronopost a La Poste v. UFX a další*, C-341/06 P a C-342/06 P, Sb. rozh. s. I-4777, bod 144).

*K prvnímu, druhému, šestému a sedmému žalobnímu důvodu*

Argumentace účastnic řízení

- 52 Podstatou prvního žalobního důvodu je, že Komise nesprávně došla k závěru, s odkazem na *XXIII. Zprávu Komise o politice hospodářské soutěže*, že privatizace veřejného podniku musí být provedena otevřeným a transparentním nabídkovým řízením bez podmínek a že tržní cena určená pouze v závislosti na znaleckém posudku není platná. Neprovedení řádného nabídkového řízení při privatizaci neznamená, že se jedná o státní podporu, ale pouze to, že je nutno ověřit, v jednotlivých případech, zda dotčený prodej neobsahuje případné prvky podpory, přičemž toto ověření může být provedeno pouze na základě znaleckého posudku. Jinak řečeno, *XXIII. zpráva Komise o politice hospodářské soutěže* se omezuje na to, že ulehčuje důkazní břemeno pro státní podporu v případě privatizace provedené v rámci výběrového řízení. I když výklad uvedené zprávy provedený Komisí musí být dodržen, nic to nemění na tom, že tato zpráva, která obsahuje pouze popis činností generálního ředitelství pro hospodářskou soutěž a politické cíle považované za prioritní v daném období, nemá žádný závazný právní účinek.
- 53 V projednávané věci k prodeji BB společnosti GRAWE údajně došlo za tržní cenu. To jasně vyplývá z nezávislých znaleckých posudků, z indikativního posouzení BB provedeného HSBC na začátku třetí operace privatizace a nabídek uchazečů během druhého pokusu o privatizaci (viz bod 68 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Dotčená posouzení, včetně toho provedeného Sdružením, odhadovala, že hodnota BB se nachází mezi 44,4 a 75 miliony eur. Jak vyplývá z rozhodovací praxe Komise, jakož i z jejího sdělení 97/C 209/03 o prvcích státní podpory při prodeji pozemků a staveb orgány veřejné moci (Úř. věst. 1997, C 209, s. 3; Zvl. vyd. 08/01, s. 143), které bylo uplatněno analogicky, taková nezávislá posouzení musí být považována za platná při určování hodnoty majetku, který je předmětem prodeje.

- 54 Tím, že nevyužila jako podklad nezávislá posouzení, která jí byla navržena (viz bod 68 odůvodnění napadeného rozhodnutí) nebo si nevyžádala nový nezávislý znalecký posudek, neprovedla Komise, která má povinnost se obklopit, v rámci formálního vyšetřovacího řízení, všemi nezbytnými stanovisky tak, aby měla úplné informace o všech údajích projednávané věci, pečlivě a nestranně posouzení dokumentů, které měla k dispozici, s cílem určit přesně existenci a popřípadě výši podpory.
- 55 Konečně se žalobkyně domnívají, že povinnost provést nabídkové řízení, tak jak si jej představuje Komise, by bylo v rozporu s kritériem soukromého prodejce v tržním hospodářství. Žalobkyně zdůrazňují, že v rámci prodejů prováděných soukromými osobami je použití nabídkového řízení formalistické a neexistující nebo přinejmenším nevýznamné, a přenechává nejčastěji místo jednáním s vybranými uchazeči. Kromě toho Komise ve své rozhodovací praxi přiznala státním orgánům značný prostor stran organizace nabídkového řízení. V důsledku toho neexistuje empirický důkaz, že nabídky předložené v rámci nabídkového řízení představují „lepší orientační hodnotu“ (viz bod 112 odůvodnění napadeného rozhodnutí) než znalecký posudek. Vzhledem k tomu, že soukromé podniky obecně nevyužívají nabídkového řízení, vedla by povinnost provést nabídkové řízení vyžadovaná Komisí kromě toho k vytvoření nerovného zacházení ke škodě veřejných podniků, a to při porušení článků 295 ES a 86 ES.
- 56 Svým druhým žalobním důvodem žalobkyně poukazují na to, že napadené rozhodnutí je v rozporu s dřívější rozhodovací praxí Komise, a z tohoto důvodu nerespektuje zásadu rovného zacházení. Až doposud se v případě, že nebylo provedeno nabídkové řízení v rámci operace privatizace, nebo pokud bylo provedeno nestandardně, spokojila Komise vždy se znaleckými posudky pro určení tržní ceny. Rovněž zdůrazňují, že pokud je jim známo, Komise shledala přítomnost prvku podpory v operaci privatizace pouze jednou, a sice ve věci vedoucí k rozhodnutí Komise 2008/717/ES ze dne 27. února 2008 o státní podpoře C 46/07 (ex NN 59/07), kterou Rumunsko uplatnilo ve prospěch podniku Automobile Craiova (dříve Daewoo Romania) (Úř. věst. L 239, s. 12); a v této věci určila Komise na rozdíl od projednávané věci tržní hodnotu na základě posouzení privatizovaného podniku.
- 57 Podstatou šestého žalobního důvodu je to, že Komise tím, že vyžadovala od rakouských orgánů, aby prokázaly, že Sdružení nespĺňovalo kritéria zadávacího řízení na nákup BB zejména z pohledu bezpečnosti transakce a vyhnutí se použití Ausfallhaftung (viz zejména body 129, 132, 133, 145 a 156 odůvodnění napadeného rozhodnutí), nepřihlédla k důkaznímu břemenu a informačním povinnostem, které mají uchazeči v rámci nabídkového řízení. Důkaz, že uchazeč splňuje kritéria pro udělení, musí být předložen samotným uchazečem v průběhu nabídkového řízení, a nikoliv *a posteriori* Komisí. Sdružení v projednávané věci opomnělo předložit ve lhůtě doklady o své platební schopnosti a refinancování BB, a to přesto, že bylo řádně upozorněno na svou povinnost v tomto ohledu. Kvůli nebezpečí vzniku diskriminace vůči ostatním uchazečům musely být doklady předložené *a posteriori* prohlášeny za nepřijatelné. Žalobkyně rovněž uvádějí, že při neposkytnutí takových důkazů mohla mít spolková země Burgenland oprávněně pochyby o platební schopnosti Sdružení.
- 58 Konečně, podstatou sedmého žalobního důvodu je to, že jelikož bylo nabídkové řízení považováno za postižené nesprávnostmi, neboť bylo založeno na nezákonných výběrových kritériích jako je zohlednění Ausfallhaftung (viz bod 134 odůvodnění a následující a bod 141 odůvodnění a následující napadeného rozhodnutí), kupní nabídka Sdružení nemůže sloužit k určení tržní ceny BB (viz body 109 až 114 napadeného rozhodnutí). Z rozhodovací praxe Komise dále vyplývá, že Komise odmítla vzít v úvahu výsledky řádného nabídkového řízení při určování prvků podpory. V projednávané věci je nepopíratelné, že vysoké riziko plynoucí pro spolkovou zemi Burgenland ze zřízení Ausfallhaftung vedlo Sdružení k nadměrnému zvýšení jeho nabídky jako kompenzace srovnatelné s „rizikovým příplatkem“. Přehnaná, nebo dokonce až fantaskní povaha nabídky předložené Sdružením byla konkrétně potvrzena částkou ostatních předložených nabídek (viz bod 66 odůvodnění napadeného rozhodnutí), jakož i nezávislými posudky (viz bod 68 odůvodnění napadeného rozhodnutí), což musí Komise vzít v úvahu.
- 59 Komise zpochybňuje všechny výtky vznesené žalobkyněmi.

## Závěry Tribunálu

- 60 Přezkum prvního žalobního důvodu vyžaduje v podstatě odpověď na dvě otázky: první se týká určení, zda Komise skutečně požadovala, na základě *XXIII. Zprávy o politice hospodářské soutěže*, aby tržní cena BB mohla být určena pouze v rámci nabídkového řízení. Druhá otázka se týká toho, zda v projednávané věci Komise mohla, aniž se dopustila zjevně nesprávného posouzení, vyloučit použití znaleckých posudků předložených v průběhu řízení o přezkumu sporného opatření, o které se žalobkyně opírají s cílem posouzení uvedené tržní ceny.
- 61 Z napadeného rozhodnutí jako celku vyplývá, že žalobkyně nesprávně tvrdí, že Komise „vychází ze zásady, že privatizace musí být provedena v rámci otevřeného a transparentního nabídkového řízení bez podmínek“. Komise se totiž ve svém posouzení omezovala na uvedení skutečnosti, že „vychází při právním hodnocení opatření v rámci privatizace z mnoha principů, které popsala ve 23. zprávě o politice hospodářské soutěže [...] a také v její další praxi“.
- 62 Bod 403 *XXIII. Zprávy o politice hospodářské soutěže* zní takto:

„Pro více transparency je užitečné zopakovat zásadní zásady, které Komise používá pro privatizace a které byly definovány postupem let na základě individuálních případů.

Je třeba připomenout, že na základě článku 222 [ES] právo Společenství nijak nepředjímá režim vlastnictví podniků. Podpory usnadňující privatizace tedy nezbytně jako takové nepoživají výjimky ze základní zásady neslučitelnosti státních podpor se společným trhem, uvedené v čl. 92 odst. 1.

Pokud je privatizace provedena prodejem akcií na burze, obecně se předpokládá, že je tento prodej učiněn za tržních podmínek a že operace nezahrnuje žádný prvek podpory. Může dojít k tomu, že před vydáním akcií jsou dluhy smazány nebo sníženy, aniž dojde k domněnce podpory, pokud je výnos emise vyšší než snížení dluhu.

Pokud se privatizace společnosti uskutečňuje nikoliv emisí akcií na burze, ale prodejem po oboustranné dohodě (tedy prodejem celé společnosti nebo jejích částí jiným společností), musí být dodrženy následující podmínky, aby bylo možno bez dalšího přezkumu předpokládat, že operace nezahrnuje žádný prvek podpory:

- je třeba vypsát otevřené nabídkové řízení, transparentní a bez podmínek, aniž by účast v tomto nabídkovém řízení byla podřízena provedením jiných aktů, jako je nabytí jiných aktiv, než jsou ty, které jsou předmětem nabídkového řízení, nebo provádění určitých činností;
- společnost musí být prodána tomu, kdo podá nejvyšší nabídku;
- kandidáti převzetí musí mít k dispozici nezbytný čas a informace, aby mohli provést správné posouzení aktiv, aby tak měli základ pro formulování nabídky.

Privatizace provedené emisí akcií nebo nabídkovým řízením za podmínek popsanych výše nemusí být předběžně oznamovány Komisi za účelem přezkumu jejich dopadů v oblasti podpor, ale členské státy je mohou oznámit, pokud si přejí zajistit si navíc právní jistotu formálního povolení. V ostatních případech, prodeje po oboustranné dohodě musí být přezkoumány, aby mohly být určeny případné dopady v oblasti podpor, což znamená, že musí být oznámeny. Tak je tomu především v následujících případech:

- prodeje po jednáních s jediným kandidátem nabytí nebo s více vybranými kandidáty;
- prodeje, kterým předchází zrušení dluhů státem, jinými veřejnými podniky nebo jakýmkoliv jiným veřejným orgánem;

- prodeje, kterým předchází konverze dluhů do kapitálu společnosti nebo do zvýšení kapitálu;
- prodeje provedené za podmínek, které nejsou obvyklé ve srovnatelných operacích mezi jednotlivci.

V žádném případě nesmí při převzetí akcií nebo dotčených aktiv docházet k diskriminaci založené na státní příslušnosti kandidátů.

Každému prodeji uzavřenému za podmínek, které nemohou být považovány za běžné obchodní podmínky, musí předcházet posouzení provedené nezávislymi poradci. Privatizace v citlivých odvětvích (syntetická vlákna, textil, automobilový průmysl atd.) musí být vždy předmětem předběžného oznámení Komisi.“

- 63 Jak samy žalobkyně připouštějí, je účelem pokynů stanovených v této zprávě pouze upřesnit případy, ve kterých se předpokládá, že opatření privatizace zamýšlená členskými státy neobsahují prvek podpory, a kdy tedy nemusí být oznámena, s výjimkou případů, kdy se vnitrostátní orgány přejí ujistit se o právní jistotě transakce.
- 64 Z těchto pokynů také nevyplývá, že Komise vyžaduje v každém případě provedení otevřeného a transparentního nabídkového řízení bez podmínek. Pouze uvádějí, že v případě, že je takovéto řízení provedeno, musí splňovat řadu podmínek, aby bylo možno předpokládat, že dotčená privatizace naplňuje ustanovení práva Unie v oblasti státních podpor.
- 65 Stejně tak uvedená zpráva neposkytuje žádný relevantní prvek pro projednávanou věc stran případné přípustnosti znaleckých posudků předložených s cílem stanovení tržní ceny subjektu, jehož privatizace je zamýšlena. V tomto ohledu je jediným údajem ohledně znaleckých posudků, že „každému prodeji uzavřenému za podmínek, které nemohou být považovány za běžné obchodní podmínky, musí předcházet posouzení provedené nezávislymi poradci“. Posledně uvedený předpoklad se však nijak netýká projednávané věci, neboť Komise výslovně v rámci nabídkového řízení vedeného s cílem privatizace BB vyloučila, že by se jednalo o prodej uzavřený za zvláštních obchodních podmínek (viz v tomto smyslu body 111 a 112 napadeného rozhodnutí).
- 66 Ze všech těchto úvah vyplývá, že není podloženo tvrzení žalobkyň, podle kterého Komise nedodržela zásadu rovnosti mezi soukromými a veřejnými subjekty, když došla k závěru, s odkazem na *XXIII. Zprávu o politice hospodářské soutěže*, že pouze nabídkové řízení umožňuje určit tržní cenu v případě převodu podniku s cílem jeho privatizace.
- 67 Ze všech těchto důvodů není třeba se vyjadřovat k právnímu dosahu *XXIII. Zprávy o politice hospodářské soutěže*, která, jak již bylo dříve uvedeno, měla pouze připomenout členským státům, kvůli transparentci a vyjasnění, obecné směry sledované Komisí za účelem přezkumu opatření přijatých v rámci privatizací podniků.
- 68 V rámci prvního žalobního důvodu tedy zbývá určit, zdali se Komise nedopustila zjevně nesprávného posouzení, když odmítla zohlednit různé znalecké posudky, které žalobkyně v projednávané věci uplatňovaly s cílem určit tržní cenu BB.
- 69 V tomto ohledu je nutno připomenout, že tržní cena podniku, která je obecně závislá na nabídce a poptávce, odpovídá nejvyšší ceně, kterou by soukromý investor jednající v běžných podmínkách hospodářské soutěže byl připraven za podnik zaplatit (v tomto smyslu viz rozsudek Soudního dvora ze dne 29. dubna 2004, Německo v. Komise, C-277/00, Recueil, s. I-3925, bod 80, jakož i judikaturu uvedenou v bodě 48 výše).
- 70 Pokud veřejný orgán zamýšlí prodat podnik, který mu patří, a učiní tak prostřednictvím otevřeného a transparentního nabídkového řízení bez podmínek, je možno tedy předpokládat, že tržní cena odpovídá nejvyšší nabídce, musí ovšem být prokázáno, zaprvé že tato nabídka má sílu závazku a že je

věrohodná a zadruhé že zohlednění jiných hospodářských faktorů, jako jsou podrozvahová rizika mezi nabídkami, než kterým je faktor ceny, není odůvodněné. Komise se tedy nedopouští zjevně nesprávného posouzení, když dochází k závěru, že prvek podpory může být posouzen podle tržní ceny, která sama je v zásadě odvozená od nabídek konkrétně předložených v rámci nabídkového řízení.

- 71 Za takových okolností nelze vytýkat Komisi, že nezohlednila nezávislé posudky, uvedené v bodě 68 napadeného nařízení, posudky, které potvrzují názor žalobkyně, podle kterého cena navržená společností GRAWE pro odkup BB odpovídá tržní ceně.
- 72 Použití takových posudků s cílem určení tržní ceny BB by mělo smysl pouze za předpokladu, že nebylo provedeno žádné nabídkové řízení za účelem prodeje této společnosti nebo popřípadě za předpokladu, že byl učiněn závěr, že provedené nabídkové řízení nebylo otevřené, transparentní a bez podmínek. V tomto ohledu je nesporné, že nabídky předložené platně a účinně v rámci nabídkového řízení zahájeného za účelem privatizace daného podniku v zásadě představují lepší orientační hodnotu tržní ceny uvedeného subjektu než nezávislé posudky. Takové posudky totiž nezávisle na metodě a parametrech vybraných pro jejich vypracování spočívají na prospektivním posouzení, a vedou tedy k ohodnocení tržní ceny dotčeného podniku menší hodnotou, než je hodnota, která vyplývá z konkrétně a platně předložených nabídek v rámci řádně provedeného nabídkového řízení.
- 73 Ze stejných důvodů nelze vytýkat Komisi, že nepovažovala za nezbytné nechat vypracovat studii *ex post* nezávislým odborníkem, ani že tím nesplnila svou povinnost s řádnou péčí provedeného a nestranného přezkumu opatření, o němž má rozhodnout. Jak jasně vyplývá z bodů 112 a 113 odůvodnění napadeného rozhodnutí, vycházela Komise ze zjištění, že pokud existují závazné nabídky na odkup BB, jsou nezávislé posudky, ať je jejich autorem kdokoliv a jejich datum zpracování a zvolená metoda analýzy jakékoliv, irelevantní pro určení, zda cena zaplacená společností GRAWE za převzetí BB odpovídá tržní ceně. Kromě toho žalobkyně neprokázaly, že Komise opomněla zohlednit veškeré informace a hodnocení, které jí byly předloženy, zejména rakouskými orgány, v průběhu správního řízení.
- 74 První žalobní důvod je tudíž třeba zamítnout.
- 75 Svým druhým žalobním důvodem, který úzce souvisí s prvním, se žalobkyně pokouší prokázat, že napadené rozhodnutí se odchyluje od rozhodovací praxe až doposud zastávané Komisí, neboť je to poprvé, kdy Komise požadovala od členského státu, který si přál privatizovat podnik, který mu patří, aby uspořádal veřejné a transparentní nabídkové řízení bez podmínek.
- 76 K tomu Tribunál připomíná, že pojem „státní podpora“ má právní povahu a musí být vykládán s ohledem na objektivní skutečnosti (viz rozsudek Valmont v. Komise, bod 47 výše, bod 37 a citovaná judikatura). Kvalifikace opatření jako státní podpory nemůže tedy záviset na subjektivním posouzení Komise a musí být provedena bez ohledu na veškerou předchozí správní praxi tohoto orgánu, i když je ustálená (viz v tomto smyslu a obdobně rozsudek Soudního dvora ze dne 30. září 2003, Freistaat Sachsen a další v. Komise, C-57/00 P a C-61/00 P, Recueil, s. I-9975, body 52 a 53, a rozsudek Tribunálu ze dne 15. června 2005, Regione autonoma della Sardegna v. Komise, T-171/02, Sb. rozh. s. II-2123, bod 177).
- 77 Za takových podmínek nemohou žalobkyně uplatňovat porušení zásady rovného zacházení tím, že se budou odvolávat na dřívější rozhodovací praxi. Jelikož je Komise povinna provést individuální analýzu okolností vlastních každému případu, není vázána dřívějšími rozhodnutími.
- 78 V každém případě žalobkyně, které pokračují v obecných tvrzeních a uvádějí, že až doposud Komise vždy „zachránila“ privatizace, neuvedly, v jaké míře jsou okolnosti, které vedly k rozhodnutím, které uvádějí, a právní úvahy, na kterých se tato rozhodnutí zakládají, srovnatelné s okolnostmi a úvahami

projednávané věci. Zvláště nebylo prokázáno, že se jedno z těchto rozhodnutí týkalo situace, kdy byl podobně jako v projednávané věci učiněn závěr, že tržní cena majetku nebo subjektu, který má být prodán, byla platně určena v otevřeném a transparentním nabídkovém řízení bez podmínek.

- 79 Ze všech těchto úvah vyplývá, že druhý žalobní důvod nelze přijmout.
- 80 Pokud jde o šestý žalobní důvod, vycházející z toho, že Komise nepřihlédla k důkaznímu břemenu a informačním povinnostem, které nesou uchazeči v rámci nabídkového řízení zahájeného za účelem privatizace podniku, je hned zjevné, že žalobkyně svou argumentací směřují jednak informační povinnosti, které mají uchazeči v rámci každého nabídkového řízení, a jednak s řádnou péčí provedený a nestranný přezkum, který náleží Komisi s ohledem na domnělá opatření podpory.
- 81 Pokud jde o informační povinnosti, které mají uchazeči v rámci nabídkového řízení, tvrdí žalobkyně v podstatě, že Sdružení mělo prokázat, že je platebně schopné a že FMA by rozhodl ve prospěch prodeje BB této společnosti.
- 82 Jak však Komise správně uvedla, Sdružení nebylo schopno poskytnout žádný údaj o příznivém či nepříznivém výsledku povolovacího řízení u FMA za předpokladu, že by se spolková země Burgenland rozhodla vybrat nabídku uvedeného Sdružení. Ostatně jelikož nabídka k odkupu předložená Sdružením byla značně vyšší než nabídka předložená společností GRAWE, a že tedy zvýhodnění ve prospěch společnosti GRAWE nemohlo být vyloučeno, bylo právě úkolem příslušných orgánů, aby shromáždily dostatečně závažné indicie o tom, že by přezkum provedený FMA vedl k zákazu prodeje BB Sdružení, což neučinily.
- 83 Pokud jde o důkaz finanční a platební schopnosti Sdružení, ukazuje se, že žádná ze stran formálního vyšetřovacího řízení nepochybovala o schopnosti Sdružení shromáždit nezbytný kapitál k uhrazení nabídnuté kupní ceny. Kromě toho ze spisu vyplývá, že v zásadě se finanční schopnost uchazeče uhradit kupní cenu posuzuje v rané fázi nabídkového řízení, a sice ve stadiu „Due diligence“, které podle žalobkyň zahrnuje přezkum rozvah, jakož i osobních a věcných zdrojů uchazečů, jejichž nabídka byla shledána pevnou a přípustnou. Je přitom nutno konstatovat, že nabídka Sdružení byla odmítnuta v konečné fázi jednání vedených v rámci tohoto řízení, jelikož – jak uvádí bod 53 odůvodnění napadeného rozhodnutí – „Rakousko vycházelo z toho, že by Sdružení, tak jak bylo oznámeno při jednáních, přivedlo finančně silného obchodního partnera“.
- 84 Ostatní aspekty uplatněné žalobkyněmi ohledně schopnosti Sdružení zvládat případné problémy s likviditou v případě převzetí BB (viz body 78 a 79 odůvodnění napadeného rozhodnutí o „refinancování BB po jejím prodeji“), kromě toho že jsou relevantní pouze v případě, kdy je třeba vzít v úvahu Ausfallhaftung, což je předpoklad, který bude přezkoumán následně (viz bod 149 a následující), každopádně rovněž nejsou opodstatněné. Z napadeného rozhodnutí totiž vyplývá, že Sdružení nikdy ze zásady nevyloučilo riziko odtoku vkladů a výpovědi úvěrových linek Interbanky (i když je odhadlo mnohem níže než Komise) a že v rámci záruky poskytlo nezávazná vysvětlení záměru různých bank (viz bod 78 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Za těchto okolností nelze tvrdit, že Sdružení neposkytlo žádný důkaz o své platební schopnosti.
- 85 Kromě toho je nutno uvést, že v odpovědi na otázku položenou Tribunálem během jednání, zda a v jakém rozsahu žalobkyně zpochybňují hospodářskou schopnost Sdružení zaplatit kupní cenu BB ve výši 155 milionů eur, žalobkyně potvrdily, že nijak nezpochybňují skutečnost, že Sdružení bylo schopno zaplatit uvedenou cenu.
- 86 S ohledem na všechny tyto úvahy je namísto šestý žalobní důvod zamítnout.
- 87 Co se konečně týče sedmého žalobního důvodu, vycházejícího z toho, že nabídka Sdružení nemůže sloužit k určení tržní ceny, je nutno připomenout, jak vyplývá z přezkumu prvního žalobního důvodu (viz zejména bod 70 výše), že pokud veřejný orgán zamýšlí prodat podnik, který mu patří, a učiní tak

prostřednictvím otevřeného a transparentního nabídkového řízení bez podmínek, je možno předpokládat, že tržní cena odpovídá nejvyšší nabídce, musí ovšem být prokázáno, zaprvé že tato nabídka má sílu závazku a že je věrohodná a zadruhé že zohlednění jiných hospodářských faktorů, jako jsou podrozvahová rizika mezi nabídkami, než faktor ceny není odůvodněné.

- 88 Komise se tedy nedopouští zjevně nesprávného posouzení, když dochází k závěru, že prvek podpory může být posouzen podle tržní ceny, která sama je odvozená od nabídek konkrétně předložených v rámci nabídkového řízení.
- 89 Kromě toho z pohledu soukromého prodejce v tržním hospodářství nejsou rozhodující subjektivní nebo strategické důvody, které vedou daného uchazeče k předložení nabídky určité výše. Soukromý prodejce v tržním hospodářství přijme v zásadě nejvyšší nabídku, a to nezávisle na důvodech, které vedly možné kupující k předložení nabídky určité výše. V důsledku toho musí být odmítnuto tvrzení žalobkyně, podle kterého výše nabídky předložené Sdružením byla přehnaná.
- 90 Pokud jde o argumentaci žalobkyně, podle které se Komise nemůže opírat o výsledky nabídkového řízení, o kterém sama usoudila, že neproběhlo řádným způsobem, postačuje připomenout, že i když Komise ve fázi zahájení formálního vyšetřovacího řízení měla pochybnosti o řádnosti nabídkového řízení, zejména z pohledu rovného zacházení s uchazeči (v tomto smyslu viz bod 42 odůvodnění napadeného rozhodnutí), došla k závěru, že nedostatky postihující podmínky nabídkového řízení neovlivnily výši konkrétně předložených nabídek, a že tedy nejvyšší nominální nabídka představuje dobrou přibližnou hodnotu tržní ceny (viz bod 143 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 91 Kromě toho v návaznosti na úvahy uvedené v rámci druhého žalobního důvodu je nutno dojít k závěru, že odkaz na údajnou ustálenou rozhodovací praxi Komise nepřináší další podporu pro názor žalobkyně. Co se týče zejména věcí, ve kterých bylo vydáno rozhodnutí Komise 2000/513/ES ze dne 8. září 1999, o podporách přiznaných Francií podniku Stardust Marine (Úř. věst. 2000, L 206, s. 6), a rozhodnutí Komise 2000/628/ES ze dne 11. dubna 2000, o podporách přiznaných Itálií společnosti Centrale del Latte di Roma (Úř. věst. L 265, s. 15), na které žalobkyně odkazují, postačuje uvést, že se týkají situací, kdy nebylo provedeno otevřené a transparentní nabídkové řízení bez podmínek.
- 92 V důsledku toho je nutno sedmý žalobní důvod rovněž zamítnout.

*Ke třetímu žalobnímu důvodu, vycházejícímu z nesprávného použití čl. 87 odst. 1 ES, jelikož Komise odmítla vzít v úvahu nejistý výsledek a případné dlouhé trvání řízení o povolení před FMA v případě prodeje BB Sdružení*

#### Argumentace účastnic řízení

- 93 Žalobkyně vytykají Komisi, že v rámci použití kritéria soukromého prodejce v tržním hospodářství provedla neúplný přezkum bezpečnosti transakce. Podstatou jejich výtky Komisi je, že nezohlednila dostatečně při posuzování a srovnávání nabídek na převzetí BB nejistý výsledek a možnou dobu trvání řízení o povolení před FMA v případě prodeje Sdružení. Soukromý prodejce by přitom údajně zvolil právě z těchto důvodů nabídku společnosti GRAWE, i když její výše byla nižší než výše nabídky předložené Sdružením, která by vypršela dne 31. března 2006 a která s ohledem na posudky uvedené v bodě 68 odůvodnění napadeného rozhodnutí a na zkušenost vycházející z jiných pokusů o privatizaci BB, byla zvláště zajímavá.
- 94 Podle žalobkyně tvrzení Komise, podle kterého doba trvání řízení o přezkumu prováděného orgánem dohledu nemůže odůvodnit vyloučení uchazeče z nabídkového řízení, jelikož by to umožnilo diskriminaci vůči zahraničním uchazečům (viz bod 130 odůvodnění napadeného rozhodnutí), nebere v úvahu skutečnost, že je třeba rozlišovat mezi úlohou státu jako soukromého prodejce a úlohou, kterou vykonává nezávisle coby orgán regulace finančních trhů. V tomto ohledu nemohou rakouské

orgány s ohledem na nezávislost FMA a pravidla, kterým je podřízen, získat jakoukoliv informaci o výsledku povolovacího řízení. Nadto má výtky Komise vliv na otázku, která nepatří do práva státních podpor (ale spíše práva volného usazování a volného pohybu zboží) a nezohledňuje rozdělení kompetencí mezi federální stát a spolkové země.

- 95 Žalobkyně dodávají, že v projednávané věci je způsob jednání spolkové země Burgenland, jehož cílem bylo zaprvé vybrat nabyvatele a zadruhé požádat o potřebná povolení, nejen v souladu s kritériem soukromého prodejce, ale rovněž uznávaný v rozhodovací praxi Komise.
- 96 Žalobkyně tvrdí, jak vyplývá zejména z dopisu poradce HSBC ze dne 3. března 2008, že předaného Komisi dne 5. března 2008, existují v projednávané věci četné indicie svědčící proti povolitelnosti prodeje BB Sdružení.
- 97 Zdůrazňují nejprve, že členové Sdružení nedisponují žádným ratingem mezinárodně uznávaných ratingových agentur, i když se jedná, jak zmiňuje Komise v několika svých sděleních a rozhodnutích, o nepostradatelnou podmínku pro výkon činností na evropských bankovních a kapitálových trzích.
- 98 Žalobkyně dále uvádějí, že při neexistenci analýzy platební schopnosti předložené Sdružením poukázaly na praxi ratingových agentur, podle které podniku v zásadě nemůže být přidělen rating výhodnější, než je rating státu, ve kterém je usazen, v tomto případě Ukrajiny, která má maximální rating „BB“ („sub investment grade“).
- 99 Žalobkyně kromě toho poukazují na nedostatky, které má obchodní plán (business plan) předložený Sdružením (viz dopis rakouských orgánů ze dne 1. března 2007), na nedostatek zkušeností Sdružení na evropském bankovním trhu a na přání uvedeného Sdružení vést novou obchodní politiku BB, která by nakonec, jak také vyplývá z komentářů HSBC, mohla vést k podstatné ztrátě vlastního kapitálu, a tedy k zásahu spolkové země Burgenland v rámci Ausfallhaftung. Žalobkyně uvádějí, že tyto aspekty by nutně byly zohledněny FMA, který by při použití kritérií uvedených v § 5 odst. 1 bodě 3 Bankwesengesetz (BWG, spolkového zákona o bankovním systému), musel posoudit, zda Sdružení nabízí záruku hospodářsky stabilního a obezřetného řízení BB po jejím převzetí, což Komise opomněla přezkoumat, čímž porušila povinnost odůvodnění stanovenou v článku 253 ES.
- 100 Pesimistické odhady ohledně povolení FMA v případě prodeje BB Sdružení jsou údajně rovněž podpořeny informacemi týkajícími se strukturální a funkční slabosti ukrajinského bankovního odvětví, jak vyplývají zejména z pravidelných zpráv Mezinárodního měnového fondu. Tyto zprávy byly výslovně citovány rakouskými orgány v průběhu formálního řízení a jsou v každém případě veřejně přístupné. Ve své replice žalobkyně uvádějí, že nedávný vývoj ukrajinského bankovního odvětví potvrdil obavy, které vyjádřily v rozhodné době.
- 101 Podle žalobkyň je namísto také vzít v úvahu skutečnost, že plnění povinnosti kontroly FMA by bylo ztíženo v případě nabytí BB Sdružením z důvodu neexistence institucionalizované spolupráce mezi FMA a ukrajinskými úřady, zejména prostřednictvím protokolu o porozumění uzavřeného s ukrajinskou národní bankou.
- 102 Kromě toho žalobkyně uvádějí, že spolková země Burgenland se nespolehala pouze na své vlastní posouzení, ale neformálně kontaktovala FMA, aby se ujistila o spolehlivosti svých odhadů stran povolení, které tento orgán udělí Sdružení. Podle informací poskytnutých FMA byl výsledek řízení o povolení nabytí BB Sdružením zcela otevřený, bylo však potvrzeno, že toto řízení povede nejprve k zákazu v případě nabytí BB Sdružením. Nejistota a delší doba trvání tohoto nabytí by však nebyly přijatelné pro spolkovou zemi Burgenland v postavení soukromého prodejce. Vyplývalo z toho, jak Rakouská republika uvedla v dopise ze dne 1. června 2006, že spolková země Burgenland vycházela ze zásady, že FMA „nepovolí a nemůže pravděpodobně povolit nabytí banky Sdružením“. Konstatování uvedená v usnesení o předběžných opatřeních Landesgericht Eisenstadt (zemský soud v Eisenstadtu, Rakousko) ze dne 26. května 2006 potvrzují tento skutkový stav. Žalobkyně upřesnily, že z diskusí,



kteřé příslušné orgány vedly s FMA vyplynulo, že je možno počítat s rozhodnutím o povolení ve lhůtě několika týdnů v případě prodeje BB společnosti GRAWE. FMA se oproti tomu údajně nechal slyšet, že v případě prodeje BB Sdružení by toto řízení trvalo zřejmě 6 měsíců, nebo v nejhorsím případě rok. Není pochyb o tom, že řízení o povolení před FMA by bylo v případě prodeje Sdružení, značně delší a jeho výsledek mnohem nejistější.

- 103 Konečně žalobkyně zdůrazňují, že Komise uplatnila nesprávně kritérium soukromého prodejce, když vyžadovala stran prodeje BB společnosti GRAWE, důkaz, že prodej Sdružení by zjevně nebyl realizovatelný nebo že by FMA jistě zakázal prodej Sdružení. Jak poradce HSBC jasně vysvětlil ve svých poznámkách z května 2006, rozumný soukromý prodejce by se snažil maximalizovat předpokládanou hodnotu kupní ceny definovanou jako nabídku, jejíž pravděpodobnost získání je nejvyšší. S ohledem na to, že předpokládaná hodnota kupní ceny navržené GRAWE byla značně vyšší než předpokládaná hodnota kupní ceny navržené Sdružením, rozhodnutí spolkové země Burgenland ve prospěch GRAWE bylo odůvodněné s ohledem na skutečnost, že nižší nominální kupní cena nabídnutá společností GRAWE byla bohatě kompenzována zvýšenou jistotou transakce. Jinak řečeno, Komise nezahrnula do své analýzy pravděpodobnost, která byla 50%, že prodej Sdružení nebude povolen FMA.
- 104 V replice žalobkyně zdůrazňují, že Komise si odporuje stran přesnosti, kterou disponovala spolková země Burgenland ohledně určení výsledku řízení u FMA: i když uznává, že výsledek tohoto řízení nelze předem přesně posoudit, vyžaduje Komise, v jiných částech svého spisu, aby odmítnutí povolení nabytí BB tím, kdo nabídl nejvíce, bylo zjevné.
- 105 Komise zpochybňuje výtky uplatněné žalobkyněmi.

#### Závěry Tribunálu

- 106 Tento žalobní důvod se vztahuje k problematice, uvedené v bodě 121 odůvodnění napadeného rozhodnutí, týkající se povolení, které musí být uděleno orgánem pro finanční trhy příslušným v rámci privatizace, a sice FMA. Žalobkyně totiž tvrdí, že nejistý výsledek a délka řízení o povolení v případě, že by BB byla prodána Sdružení, odůvodnily, že BB byla nakonec prodána společnosti GRAWE, a to i když nabídka předložená touto společností byla nižší.
- 107 V tomto ohledu se účastnice shodují na skutečnosti uvedené v bodě 120 odůvodnění napadeného rozhodnutí, že prodejce jednající podle zásad tržního hospodářství může přijmout nižší nabídku, pokud je jasné, že prodej tomu, kdo předložil nejvyšší nabídku, není proveditelný. Je třeba upřesnit, že oproti tomu, co žalobkyně ponechaly domněnkám, Komise jasně v bodě 125 odůvodnění napadeného rozhodnutí uznala skutečnost, že prodejce v tržním hospodářství by nevybral kupujícího, který by podle vší pravděpodobnosti nezískal požadovaná povolení u příslušných orgánů.
- 108 Je tedy úkolem Tribunálu určit, zda se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že došla k závěru, že důkazy předložené žalobkyněmi – s cílem prokázat, zaprvé že povolení FMA pro prodej BB Sdružení je nejisté a zadruhé že řízení o povolení u FMA by v případě prodeje BB Sdružení bylo delší – s ohledem na kritérium soukromého subjektu v tržním hospodářství neodůvodňují rozhodnutí prodat BB společnosti GRAWE.
- 109 Co se týče zaprvé přesného obsahu řízení o povolení, vyplývá ze spisu, že podle § 20 odst. 3 BWG, ve znění použitelném v rozhodné době, podléhá nabytí kvalifikované účasti v rakouské úvěrové instituci ohlášení a povolení.
- 110 Přezkum nabytí kvalifikované účasti se provádí testem kvalifikace a počestnosti („Fit & Proper“), který je definován v § 5 odst. 1 BWG. Jak vyplývá zejména z bodů 125 a 126 odůvodnění napadeného rozhodnutí, které nebyly účastníky řízení zpochybněny, může FMA podle § 20 BWG prověřit

kupujícího banky tzv. Fit & Proper testem teprve tehdy, až smluvní strany podepíší závaznou kupní smlouvu. Z toho vyplývá, že současné posouzení několika možných nabyvatelů nemůže být v praxi FMA provedeno. Posledně uvedený orgán nadto Komisi potvrdil, že zahájí přezkum nabytí kvalifikované účasti, pouze bude-li existovat konkrétní a otevřeně projevený záměr nabytí a prodeje u obou stran transakce. V projednávané věci tedy spolková země Burgenland musela s konečnou platností zvolit jednu z nabídek koupě BB před tím, než mohlo být řízení o povolení převzetí zahájeno před FMA. Kromě toho podle informací poskytnutých samotnými rakouskými orgány podléhá FMA coby nezávislý správní orgán povinností důvěrnosti a nestrannosti. Nemůže tedy *a priori* vyslovovat předpovědi o výsledku zahájeného řízení o povolení.

- 111 Kromě toho se účastníci řízení shodují na skutečnosti, že FMA může zakázat nabytí ve lhůtě tří měsíců po ohlášení, a pokud tak neučiní, je nabytí považováno za povolené. Pokud má FMA za to, že potřebuje pro svůj přezkum více času než tři měsíce, které jsou mu stanoveny, musí nejdříve zakázat nabytí před uplynutím lhůty tří měsíců. Tento posledně uvedený zákaz však nepředjímá konečné rozhodnutí FMA o nabytí kvalifikované účasti.
- 112 Co se týče zadruhé argumentů předložených specificky žalobkyněmi, spočívají zaprvé na obecných úvahách týkajících se rezervovaného, ba až nepřátelského postoje, který orgány dohledu měly, nebo obecně měly mít vůči subjektům pocházejícím z Ukrajiny, zadruhé na údajích týkajících se situace členů Sdružení a zatřetí údajích poskytnutých samotným FMA.
- 113 Pokud jde zaprvé o obecné úvahy týkající se velmi rezervovaného postoje, který orgány dohledu skutečně měly, jak dokazuje příklad rozhodnutí Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (německý spolkový úřad pro kontrolu finančních služeb), který na konci přezkumu, který trval třináct měsíců, odmítl převzetí NordFinanz Bank AG ukrajinskou skupinou, nebo také odmítnutí z roku 1994 udělit bankovní licenci předchůdci jednoho ze členů Sdružení (SLAV), nebo by obecně měly mít (především s ohledem na evropskou harmonizaci pravidel řízení a posuzovacích kritérií pro obezřetné posuzování nabytí a zvyšování účastí ve finančním sektoru) vůči fyzickým nebo právnickým osobám usazeným na Ukrajině, nejsou pro účely projednávané věci ani relevantní ani přesvědčivé.
- 114 Zaprvé tyto skutečnosti nejsou způsobilé přinést ani nejmenší údaj o konkrétním výsledku, který by mělo řízení o povolení u FMA v případě, že by se spolková země Burgenland rozhodla prodat BB Sdružení. V projednávané věci se nejedná o určení, zda subjekty ukrajinského bankovního odvětví podléhají povinností a dohledu dostatečné kvality, tedy rovnocennými s povinnostmi a dohledem prováděnými v členských státech Unie. Jak Komise jasně uvedla, aniž bylo v tomto bodě její tvrzení žalobkyněmi zpochybněno, je účelem přezkumu prováděného FMA ohledně nabytí účastí v bankovních institucích určit, zda možní nabyvatelé představují s ohledem na kritéria kvalifikace a zkušeností uvedená v §20 BWG záruky o důvěryhodnosti pro solidní a transparentní řízení dotčené kreditní instituce.
- 115 Je ostatně nutno konstatovat, že určitý počet úvah předložených v projednávané věci, zejména v replice, souvisí s rozvojem nových praktik v důsledku finanční krize, která nastala na světové úrovni. Jak však vyplývá z judikatury uvedené v bodě 51 výše, legalita rozhodnutí Komise v oblasti státních podpor se musí posuzovat v závislosti na informacích, které Komise mohla mít k dispozici v okamžiku, kdy toto rozhodnutí přijala.
- 116 V důsledku toho tedy není namístě brát v úvahu vývoj, který nastal po přijetí tohoto rozhodnutí, který z podstaty věci Komisi nebyl znám. Jako nepřípustné musí být také odmítnuty argumenty vycházející zaprvé z obezřetnosti, kterou musí v důsledku finanční krize vykazovat orgány dohledu a orgány finanční regulace, a zadruhé z případných změn použitelného práva, které z toho vyplynuly.

- 117 Dále argumentace rozvíjená žalobkyněmi zamlčuje skutečnost, že přání projevené Sdružením nabýt BB by mohlo být analyzováno jako snaha založit úvěrovou instituci v Rakousku. V tomto ohledu, bylo-li přistoupeno žalobkyněmi k integraci jednoho ze členů Sdružení, a sice Active Bank, nebylo oproti tomu prokázáno, že byla zamýšlena pouze po případném prodeji BB Sdružení. Tato skutečnost však nepatří mezi skutečnosti, které je nutno vzít v úvahu ve fázi řízení o přezkumu před FMA.
- 118 Tyto obecné úvahy rovněž opomíjejí skutečnost, že FMA musí, jak žalobkyně zdůrazňují ve své žalobě, přezkoumat každý návrh na nabytí účastí ve finanční instituci bez předsudků. Skutečnost, že určití členové Sdružení byli původně usazeni na Ukrajině, nemůže sama o sobě vysvětlit, že FMA vyhrazuje řízení o povolení negativní výsledek.
- 119 Co se týče zadruhé indicií předložených žalobkyněmi ve vztahu ke Sdružení, a sice neexistence ratingu mezinárodně uznávané ratingové agentury, údajných nedostatků v jejím obchodním plánu, nedostatku zkušeností nebo také obchodní politiky, kterou zamýšlela vést v BB, nejsou rovněž relevantní v rámci posouzení vyhlídek na úspěch řízení o povolení před FMA.
- 120 Především žalobkyně neuvedly, zda nebo v jaké míře by byly tyto skutečnosti zohledněny FMA při jeho posouzení.
- 121 Dále, jak zdůraznila Komise, svými argumenty vycházejícími z údajných nedostatků v obchodním plánu Sdružení, jeho nedostatku zkušeností nebo také obchodní politiky, kterou uvedené Sdružení zamýšlelo vést v BB, žalobkyně ve skutečnosti přihlíží k zájmům týkajícím se obchodní budoucnosti BB, tedy subjektu, který má být prodán, a které jsou v zásadě odlišné od zájmů prodávajícího v tržním hospodářství.
- 122 Zatřetí žalobkyně v podstatě tvrdí, že z neformálních kontaktů s FMA vyplývá, že v případě prodeje společnosti GRAWE je možno počítat s rozhodnutím o povolení ve lhůtě několika týdnů po prodeji BB, zatímco v případě prodeje BB Sdružení je třeba očekávat řízení o povolení v délce šesti měsíců, nebo dokonce jednoho roku. Tyto informace poskytnuté během schůzky dne 31. ledna 2006 byly potvrzeny dne 2. března 2006. Když tedy byla spolková země Burgenland informována, že výsledek řízení o povolení je zcela otevřený, „vycházela ze zásady, že FMA by pravděpodobně nepovolil a nemohl povolit nabytí banky Sdružením“, což byl důvod, proč se rozhodla prodat BB společnosti GRAWE.
- 123 Jak však Komise uvedla v bodě 127 odůvodnění napadeného rozhodnutí, FMA tím, že neformálně uvedl, že výsledek řízení o povolení je otevřený, nepředal negativní či pozitivní povahu tohoto výsledku. Komise se nezmýlila, pokud jde o smysl informací poskytnutých rakouskými orgány.
- 124 Co se týče zatřetí zohlednění pravděpodobné délky trvání řízení o povolení před FMA, je třeba nejprve připomenout, že Komise měla za to, že delší pravděpodobná doba trvání řízení před FMA nemůže představovat překážku pro prodej BB Sdružení.
- 125 V tomto ohledu Komise odůvodnila svoje stanovisko následovně (viz bod 130 odůvodnění napadeného rozhodnutí):

„Délka řízení FMA – méně než tři měsíce v případě společnosti GRAWE, ale až jeden rok v případě Sdružení – sama nestačí k tomu, aby se Sdružení jako kupující vyloučilo. Rakousko předneslo, že BB by trpěla přetrvávající nejistotou, což by banku nakonec mohlo přivést do obtíží. Komise nemůže tento argument přijmout ani v podstatě ani v konkrétním případě. V podstatě by to totiž byla diskriminace všech nabízejících mimo Evropskou unii a možná i nabízejících z jiného členského státu, protože stejný argument by se mohl uvést pro každého nabízejícího, kterého v té době FMA nezná, tj. pro každý podnik, který není z Rakouska. Pokud se jedná o konkrétní případ, Komise konstatuje, že BB se v okamžiku prodeje nenacházela v obtížích. Protože se o prodej usilovalo již od roku 2003, není ani

dostatečně zjevné, proč vyžadoval spěch. Argument, přednesený v této souvislosti, že nabídka společnosti GRAWE byla časově omezená, také nelze přijmout, protože jinak by se otevřelo mnoho možností ovlivnit výběrové řízení diskriminačním způsobem.“

- 126 Je třeba konstatovat, že se Komise připojila k posouzení rakouských orgánů, podle kterého je v případě nabytí BB Sdružením třeba očekávat řízení o povolení v délce, která může být až jeden rok (i když doba trvání 6 měsíců se jí zdá pravděpodobnější), zatímco v případě převzetí BB společností GRAWE, by tato doba byla tři měsíce (viz bod 130 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 127 Komise naopak odmítla mít za to, že tato okolnost má takovou povahu, aby vyloučila Sdružení, ze dvou důvodů: zaprvé důvodu teoretického, spočívajícího v nebezpečí diskriminace všech uchazečů, kteří nejsou z Rakouska, zadruhé z důvodu (týkajícího se projednávané věci) vycházejícího z konstatování, že BB se v okamžiku prodeje nenacházela v obtížích, a že tedy nebylo zvláště naléhavé prodat BB společnosti GRAWE.
- 128 Jak však žalobkyně zdůraznily, první důvod vyloučení zohlednění doby trvání řízení o povolení před FMA, a sice nebezpečí vzniku diskriminace vůči uchazeči usazenému v jiné zemi, nepřihlíží k základnímu rozlišení, které musí být provedeno při určování existence výhody ve smyslu čl. 87 odst. 1 ES, rozlišení mezi povinnostmi, které musí stát převzít jako podnik vykonávající hospodářskou činnost, a povinnostmi, které může mít jako orgán veřejné moci (v tomto smyslu viz rozsudek Ryanair v. Komise, bod 50 výše, bod 84).
- 129 V projednávané věci jedná-li stát ve svém postavení soukromého subjektu v tržním hospodářství, pokud jde o rozhodnutí prodat BB, jedná na základě svých výsad veřejné moci, když jedná jako orgán pověřený omezeným posouzením případů nabytí a zvýšení účasti v subjektech finančního odvětví. Spolkové zemi Burgenland také nelze vytýkat skutečnost, že FMA uvedl, že pokud jde o společnost GRAWE, která byla již tomuto orgánu známa, mohlo by rozhodnutí o povolení být vydáno za několik týdnů, zatímco co se týče Sdružení, které bylo FMA neznámé – což znamenalo hlubší zkoumání – by řízení o povolení za účelem privatizace BB trvalo zřejmě několik měsíců.
- 130 Komise tedy nesprávně uplatňovala existenci nebezpečí porušení rovného zacházení mezi uchazeči na podporu svého odmítnutí názoru, že pravděpodobně delší doba trvání řízení o povolení před FMA v případě prodeje BB Sdružení by měla takovou povahu, aby bránila takovému prodeji. Existuje totiž rozpor mezi zkoumáním postoje spolkové země Burgenland s ohledem na kritérium soukromého subjektu v tržním hospodářství a namítáním nebezpečí porušení zásady zákazu diskriminace z důvodu rozdílu mezi dobou trvání řízení o povolení v případě prodeje BB společností GRAWE a touto dobou trvání řízení v případě prodeje Sdružení.
- 131 Toto pochybení nicméně může způsobit neplatnost napadeného rozhodnutí pouze v případě, že by Komise nepředložila jiné platné odůvodnění na podporu svého stanoviska. Podle ustálené judikatury totiž nesprávné odůvodnění nemůže ospravedlnit zrušení aktu, pokud existuje jiná část odůvodnění, na které lze akt založit (viz rozsudek Soudního dvora ze dne 7. dubna 2011, Řecko v. Komise, C-321/09 P, nezveřejněný ve Sbírce rozhodnutí, bod 61 a citovaná judikatura).
- 132 Co se přitom týče druhé části odůvodnění předložené Komisí v tomto kontextu, vycházejícího z projednávaného případu, podle kterého neexistovala zvláštní naléhavost pro prodej BB společností GRAWE dříve než Sdružení, nelze jej kritizovat. Zajisté z uvedených skutkových zjištění vyplývá, že se kroky provedené spolkovou zemí Burgenland s cílem prodat BB datují od roku 2003 a že – jak uvedly žalobkyně – právě proto, že proces privatizace BB byl zvláště dlouhý a nákladný, nechtěla spolková země Burgenland ztratit další příležitost k prodeji BB. Také nelze vyloučit, že by s ohledem na pochybnosti, které pocítovala stran výsledku řízení před FMA, spolková země Burgenland raději prodala BB společností GRAWE, jejíž nabídka byla časově omezená. Nicméně by bylo ještě potřeba,

aby spolková země Burgenland předložila konkrétní důkazy toho, že by délka řízení před FMA v případě prodeje BB Sdružení velice silně ohrozila vyhlídky na privatizaci – takové důkazy však právě předloženy nebyly.

- 133 Z veškerých těchto uvedených úvah vyplývá, že se Komise nedopustila zjevně nesprávného posouzení, když došla k závěru, že ani nejistý výsledek ani pravděpodobně delší doba trvání řízení před FMA – v případě, kdy by bylo rozhodnuto o prodeji BB Sdružení – neodůvodňovaly, aby bylo Sdružení jako nabyvatel vyloučeno.
- 134 Co se týče začtvrté argumentace žalobkyně, podle které Komise prokázala nadměrnou přísnost při použití testu soukromého investora v tržním hospodářství, když v projednávané věci vyžadovala, že musí být „zřejmé, že prodej účastníkovi s nejvyšší nabídkou není proveditelný“ (viz bod 120 odůvodnění napadeného rozhodnutí), ani ta nemůže být přijata.
- 135 Četba celého odůvodnění napadeného nařízení týkající se jistoty transakce totiž jasně ukazuje, že uvedená formulace byla překroucena, jelikož Komise s pečlivostí přezkoumala argumenty, které rakouské orgány předložily k prokázání nejisté povahy a pravděpodobné délky řízení o povolení před FMA. Komise také jasně přiznala, že bylo „zcela jisté, že tržně se chovající prodávající by se nerozhodl pro kupujícího, který by podle všeho neobdržel povolení od FMA (nebo jiného úřadu podílejícího se na procesu)“ (bod 125 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 136 Komise tedy neodmítla spolkové zemi Burgenland v projednávané věci „prostor pro předpoklad“. Pouze došla k závěru, že neexistují důkazy ani náznaky toho, že by FMA zakázal prodej Sdružení (viz bod 133 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 137 Navíc žalobkyně neprokázaly, jak došly k závěru, že existuje 50% pravděpodobnost, že prodej BB Sdružení nebude realizován (a tedy *a contrario* 50% pravděpodobnost, že bude).
- 138 Konečně, pokud jde o dodržení povinnosti odůvodnit zohlednění řízení o povolení před FMA, je třeba připomenout, že podle ustálené judikatury musí být odůvodnění vyžadované článkem 253 ES přizpůsobeno povaze dotčeného aktu a musejí z něho jasně a jednoznačně vyplývat úvahy orgánu, jenž akt vydal, tak aby se zúčastněné osoby mohly seznámit s důvody, které vedly k přijetí opatření, a příslušný soud mohl vykonávat svůj přezkum. Požadavek odůvodnění musí být posuzován v závislosti na okolnostech případu, zejména v závislosti na obsahu aktu, povaze dovolávaných důvodů, jakož i zájmu, který mohou mít osoby, kterým je akt určen, nebo jiné osoby, kterých se akt bezprostředně a osobně dotýká, na získání těchto vysvětlení. Není požadováno, aby odůvodnění vylíčilo všechny relevantní skutkové a právní okolnosti, jelikož otázka, zda odůvodnění aktu splňuje požadavky článku 253 ES, musí být posuzována s ohledem nejen na jeho znění, ale také s ohledem na jeho kontext, jakož i s ohledem na všechna právní pravidla upravující dotčenou oblast (viz rozsudek Chronopost a La Poste v. UFEX a další, bod 51 výše, bod 88 a citovaná judikatura).
- 139 V projednávané věci je nutno konstatovat, že žalobkyně byly s ohledem na podrobná vyjádření uvedená v bodech 125 až 133 odůvodnění napadeného rozhodnutí schopny pochopit úvahy, které vedly Komisi k závěru, že tržně se chovající prodávající by nevyloučil možnost, aby se Sdružení stalo nabyvatelem BB na základě důsledků řízení o povolení před FMA. Kromě toho, jak vyplývá z přezkumu tohoto žalobního důvodu, byl Tribunál s ohledem na tatáž vyjádření schopen vykonat svůj přezkum těchto úvah.
- 140 S ohledem na všechny předcházející úvahy je třeba třetí žalobní důvod rovněž zamítnout.

*Ke čtvrtému žalobnímu důvodu, vycházejícímu z nesprávného použití čl. 87 odst. 1 ES, jelikož spolková země Burgenland měla právo vzít v úvahu finanční rizika spojená s Ausfallhaftung*

#### Argumentace účastnic řízení

- 141 Žalobkyně se na rozdíl od toho, co tvrdí Komise, domnívají, že soukromý prodávající by nezbytně zohlednil riziko vyplývající z Ausfallhaftung. Rozlišení, které Komise provedla mezi veřejnými prodávajícími a soukromými prodávajícími je údajně zvláště umělé a formalistické, jelikož nenabízí realistický obraz chování hospodářských subjektů na trhu.
- 142 Zprvce uvádějí, že i když je ve věcech Gröditzer Stahlwerke (rozsudek Soudního dvora ze dne 28. ledna 2003, Německo v. Komise, C-334/99, Recueil, s. I-1139, bod 136 a následující), Stardust Marine (rozsudek Soudního dvora ze dne 16. května 2002, Francie v. Komise, C-482/99, Recueil, s. I-4397) a BP Chemicals (rozsudek Tribunálu ze dne 15. září 1998, BP Chemicals v. Komise, T-11/95, Recueil, s. II-3235) skutečně odkazováno na otázku, zda stát sjednal povinnosti jako akcionář, nebo jako orgán veřejné moci, skutečnosti dotčené v těchto věcech byly zřetelně odlišné od skutečností, kterých se týká projednávaná věc.
- 143 V projednávané věci by spolková země Burgenland nezasáhla do BB jako orgán veřejné moci a nepřiznala Ausfallhaftung v rámci svých výsad orgánu veřejné moci. Žalobkyně zdůrazňují zejména to, že tato záruka je založena na ustanovení rakouského soukromého práva, a sice § 1356 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, který se týká Ausfallbürgschaft (záruka v případě neplnění). Ausfallhaftung odpovídá „prohlášení patronátu podle soukromého práva“, odlišného od státních záruk, které byly přiznány německými spolkovými zeměmi (Anstaltslast a Gewährträgerhaftung), kterým spolková země Burgenland zlepšuje hospodářskou situaci banky a které je pouze odrazem zájmů spolkové země jako vlastníka. Tato analýza ostatně odpovídá judikatuře Oberster Gerichtshof (Nejvyššího soudu, Rakousko), který ve svém rozsudku ze dne 4. dubna 2006 prohlásil, že „Ausfallhaftung plní úlohu nahrazení vlastního kapitálu“, a „představuje tedy nástroj financování vlastního kapitálu“. Skutečnost, že se spolková země Burgenland zavázala k Ausfallhaftung v rámci zákona, vyplynula z nezbytnosti poskytnout dotčenému závazku dostatečné zveřejnění.
- 144 Zadruhé žalobkyně tvrdí, že Komise uznala, že Ausfallhaftung přiznaná ve prospěch rakouských bank byla existující státní podporou, a že je tedy legální až do konce přechodného období. Její účinky měly být vzaty v úvahu v rámci posuzování sporné privatizace. Přístup Komise v tomto ohledu je rozporný a ohrožuje možnosti spolkové země privatizovat banku, není-li zároveň schopna minimalizovat riziko, že bude muset zasáhnout na základě Ausfallhaftung.
- 145 Zatřetí se žalobkyně domnívají, že skutečnost, že Ausfallhaftung nebyla vzata v úvahu, není dostatečně Komisi v napadeném rozhodnutí vysvětlena. Komise nemůže najednou odmítnout posoudit důsledky Ausfallhaftung ve fázi přezkumu rozhodnutí prodat BB společnosti GRAWE a zohlednit částku, která by musela být zaplacená na základě této záruky při výpočtu prvku podpory (viz bod 170 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 146 Začtvrté se žalobkyně domnívají, že přístup Komise představuje překážku privatizaci a že je v rozporu s rozhodnutím z roku 2004, které podřídilo uložení podpor restrukturalizaci a privatizaci BB.
- 147 Zapáté, na posledním místě žalobkyně zdůrazňují, že spolková země Burgenland značně snížila účinky narušení hospodářské soutěže plynoucí z Ausfallhaftung tím, že přijala rozhodnutí prodat BB společnosti GRAWE, a tedy podniku, který má solidní rating a vykazuje minimální profil rizika. Spolková země Burgenland si ostatně přála začlenit své jednání do rámce užitečných opatření, která byla sjednána stran podpor pro restrukturalizaci, kterých se týkalo rozhodnutí z roku 2004.
- 148 Komise všechny tyto výtky zpochybňuje.

## Závěry Tribunálu

- 149 Komise v napadeném rozhodnutí popsala (viz zejména poznámku pod čarou 9 k bodu 21 odůvodnění) *Ausfallhaftung* jako režim zákonného ručení, který zahrnuje povinnost státních orgánů, zejména regionálních, zasáhnout v případě platební neschopnosti nebo likvidace dotčené úvěrové instituce. Podle této záruky mohou věřitelé úvěrové instituce uplatňovat přímý nárok vůči veřejnému orgánu, který je ručitelem za předpokladu, že se úvěrová instituce nachází v likvidaci nebo platební neschopnosti a že aktiva uvedeného podniku nepostačují k jejich uspokojení. Tento popis *Ausfallhaftung* nebyl žalobkyněmi formálně zpochybněn.
- 150 Z návrhu užitečných opatření týkajících se *Ausfallhaftung* předloženého Komisí vyplývá, že Rakouská republika se zavázala zrušit tuto záruku na konci přechodného období. Konkrétně a jak vyplývá z bodu 3 výše, závazky existující ke dni 2. dubna 2003 jsou pokryty *Ausfallhaftung* až do dne jejich splatnosti. V průběhu přechodného období, které trvá až do 1. dubna 2007, pokud dotyčné finanční instituce nebudou privatizovány dříve, se *Ausfallhaftung* udržuje v platnosti pro nové závazky, které jsou splatné do 30. září 2017.
- 151 Z toho vyplývá, že i když BB bude privatizována, spolková země Burgenland musí být nadále jejím ručitelem vůči jednak závazkům upsaným před 2. dubnem 2003 (ať je jejich datum splatnosti jakékoliv) a jednak závazkům uzavřeným v průběhu přechodného období (které končí dnem privatizace), které jsou splatné do 30. září 2017.
- 152 Právě s ohledem na tyto skutečnosti žalobkyně tvrdí, že Komise měla ve svém posouzení kupních nabídek nezbytně zohlednit *Ausfallhaftung*, která v okamžiku prodeje pokrývala téměř 3,1 miliardy eur pasiv BB. Jelikož by spolková země Burgenland mohla být povolána jako ručitel za ztráty, které by BB utrpěla i po privatizaci, měla právo se ujistit, že uvedený nabyvatel vykazuje dostatečné záruky vážnosti a platební schopnosti, které přesahují pouhou schopnost uhradit kupní cenu, s cílem čelit jakémukoliv nebezpečí likvidace nebo reorganizace BB. Rakouské orgány ostatně tvrdily, že prodej banky společnosti GRAWE za podstatně nižší cenu, než je cena navržená Sdružením, byl zcela odůvodněný menším rizikem nutnosti splnit závazek záruky na základě *Ausfallhaftung*.
- 153 Podle názoru Komise však *Ausfallhaftung*, která byla dříve kvalifikována jako existující podpora, nemůže být vzata v úvahu, jedná-li se o přezkum dané transakce podle zásady soukromého subjektu v tržním hospodářství jako v projednávané věci. Předložené zdůvodnění spočívá na skutečnosti, že z podstaty věci tato záruka, která byla posouzena jako podpora, není zárukou, kterou by poskytl soukromý prodávající. Komise tedy v napadeném rozhodnutí odmítla *Ausfallhaftung* zohlednit a uvedla následující:
- „135) Podle názoru Komise nesmí země Burgundsko [Burgenland] přihlížet k povinnosti náhradního ručení [*Ausfallhaftung*]. Pokud by se povinnost náhradního ručení [*Ausfallhaftung*] vzala v úvahu, smíchala by se, jak již bylo vysvětleno v rozhodnutí o zahájení, úloha země Burgundsko [Burgenland] jako poskytovatele státní podpory a jako prodejce banky.
- [...]
- 137) [...] Stanovisko Rakouska není podpořeno žádným precedenčním případem, ve kterém by nějaký tržně jednajícím investor zohlednil záruku označenou jako státní podporu: *Ex hypothesi* by žádný tržně jednajícím investor nepřevzal záruku, která by neodpovídala principu tržně jednajícím investora, a rozhodnutí o zrušení povinnosti náhradního ručení [*Ausfallhaftung*] potvrzuje, že povinnost náhradního ručení [*Ausfallhaftung*] nebyla poskytnuta za tržních podmínek. Soudní dvůr shledal, že záruky, které byly označeny jako nezákonné [protiprávní] podpory, nesmějí být vzaty v úvahu při přepočtu očekávaných likvidačních nákladů. To naopak neznamená, že existující podpora smí být vzata v úvahu. Podle názoru Komise není relevantní, zda se jednalo o protiprávní nebo existující podporu. Pokud se opatření musí označit jako státní podpora,

potom by nenáležela žádnému tržně jednajícímu prodávajícímu a proto takové opatření nezohlední [by na něj žádný tržně jednající prodávající nepřistoupil, a tedy je ani nevzal v úvahu].“

154 S tímto stanoviskem Komise je nutno souhlasit.

155 Z judikatury totiž vyplývá, že při uplatnění kritéria soukromého investora je třeba rozlišovat mezi povinnostmi, které musí stát plnit jakožto vlastník-akcionář určité společnosti, a povinnostmi, které mu mohou příslušet jakožto nositeli veřejné moci (rozsudek Soudního dvora ze dne 14. září 1994, Španělsko v. Komise, C-278/92 až C-280/92, Recueil, s. I-4103, bod 22).

156 Tak ve věci, ve které byl vydán rozsudek ze dne 28. ledna 2003, Německo v. Komise, bod 142 výše (body 133 až 141), Soudní dvůr vyloučil, aby různé půjčky a záruky, které by soukromý investor nikdy neposkytl za stejných podmínek a které musely být kvalifikovány jako protiprávní státní podpory, mohly být zohledněny v rámci přezkumu otázky, zda likvidace společnosti Gröditzter Stahlwerke byla nákladnější než privatizace této společnosti za negativní cenu.

157 Žalobkyně nesprávně tvrdí, že tato věc není relevantní, jelikož se týká protiprávní státní podpory, a nikoliv existující podpory. Rozhodující v rámci použití kritéria soukromého subjektu je to, zda by dotčená opatření mohla být přijata soukromým subjektem v tržním hospodářství, který zamýšlí dosáhnout více méně dlouhodobých zisků. Nezávisle na možné kvalifikaci sporných závazků je základní otázkou, zda jsou uvedené závazky takové povahy, že by mohly být uzavřeny soukromým subjektem v tržním hospodářství.

158 I za předpokladu, že by tedy bylo bez ohledu na závaznou povahu rozhodnutí C(2003) 1329 v konečném znění rakouským orgánům dovoleno v rámci projednávané věci zpochybnit kvalifikaci Ausfallhaftung jako podpory, která byla provedena v témže rozhodnutí, je třeba dojít k závěru, že s ohledem na výše popsané vlastnosti režimu zavedeného v rámci Ausfallhaftung, nebyla tato záruka uzavřena za běžných tržních podmínek, a nemůže tedy být zohledněna při posouzení chování uvedených subjektů podle kritéria soukromého investora v tržním hospodářství.

159 S ohledem na veškeré tyto úvahy nelze vytýkat Komisi, že nezohlednila Ausfallhaftung v rámci posouzení nabídek předložených Sdružením a společností GRAWE za účelem převzetí BB.

160 Z toho vyplývá, že čtvrtý žalobní důvod musí být zamítnut.

*K pátému žalobnímu důvodu, vycházejícímu z nesprávného použití zásady soukromého prodávajícího v tržním hospodářství v rámci podpůrného přezkumu finančních rizik souvisejících s Ausfallhaftung*

161 Podstatou tohoto žalobního důvodu je, že podpůrný přezkum finančních rizik, kterým by byla vystavena spolková země Burgenland, pokud by se rozhodla prodat BB Sdružení, je nesprávný. Žalobkyně zejména zdůrazňují, že posouzení rozsahu ztrát likvidit následujících po zavedení Ausfallhaftung je založeno na nesprávných předpokladech a je nedostatečně odůvodněno. Kromě toho je nesprávné, že Komise opomněla vzít v úvahu nezávislý znalecký posudek, na který je spolková země Burgenland hrdá.

162 Je třeba připomenout, že Komise pro úplnost přezkoumala argumenty žalobkyň ve spojení se zohledněním Ausfallhaftung (viz body 144 až 157 napadeného rozhodnutí). Na konci tohoto přezkumu došla k závěru, že nabídka společnosti GRAWE, i kdyby byl následován názor Rakouské republiky a byla vzata v úvahu Ausfallhaftung, nepředstavuje nejlepší nabídku.



163 Jelikož je třeba potvrdit základní argumentaci provedenou Komisí, směřující k závěru, že Ausfallhaftung nemůže být vzata v úvahu při posuzování nabídek na koupi BB (viz čtvrtý žalobní důvod), není třeba zkoumat opodstatněnost tohoto žalobního důvodu, který směřuje výhradně proti argumentaci uvedené podpůrně, a která tedy z podstaty věci není schopna vyvrátit řešení nakonec přijaté Komisí. Podle ustálené judikatury totiž nesprávné odůvodnění nemůže ospravedlnit zrušení aktu, jehož je součástí, pokud bylo uvedeno jen pro úplnost a pokud existuje jiná část odůvodnění, na které lze akt založit (viz rozsudek Řecko v. Komise, bod 131 výše, bod 61 a citovaná judikatura).

164 Tento žalobní důvod tedy musí být prohlášen za neúčinný.

*K osmému žalobnímu důvodu, vycházejícímu z nesprávného posouzení emise obligací v rámci Ausfallhaftung*

Argumentace účastnic řízení

165 Žalobkyně tvrdí, že Komise nesprávně došla k závěru, že z důvodu emise dodatečných obligací do výše 380 milionů eur ve prospěch GRAWE den před uzavřením prodeje byla uvedená společnost zvýhodněna. Komise zejména nevěděla, že byly nové emise obligací oznámeny oběma uchazečům a zvýhodňovaly je stejnou měrou, jak vyplývá z různých svědectví a kalendáře emisí obligací předaného rakouskými orgány. Navíc Komise neprovedla srovnání výhod, které oba uchazeči mohli čerpat z emisí nových obligací, s ohledem na jejich odlišný profil rizika a rating. Poukazují zejména na to, že výhoda spojená s Ausfallhaftung by byla v případě společnosti GRAWE pouze velmi omezená vzhledem k tomu, že tato společnost disponuje velmi dobrým ratingem. Pokud jde o Sdružení, mělo by z ní velký zisk, což by ve velké míře kompenzovalo kupní cenu. To Komise vůbec nezohlednila při svém srovnání dvou nabídek kupních cen, což představuje zjevně nesprávné posouzení v rámci zjištění skutkových okolností.

166 Kromě toho se žalobkyně domnívají, že i za předpokladu, že emise dodatečných obligací na částku 380 milionů eur byla slíbena pouze společnosti GRAWE, byla by z toho plynoucí výhoda pro tuto společnost malá s ohledem na její výborný rizikový profil.

167 Komise všechny tyto výtky zpochybňuje.

Závěry Tribunálu

168 Je nutno připomenout, že Komise došla v bodě 171 odůvodnění napadeného rozhodnutí k následujícímu závěru:

„Vydání dodatečných obligací ve výši 380 milionů eur v rámci státní záruky nebylo uvedeno ani v Process Letter ani v návrhu smlouvy se společností GRAWE. Podle názoru Komise hrála tato dohoda značnou roli při procesu prodeje a musela by být uvedena v návrhu smlouvy se Sdružením. Sdružení kromě toho potvrdilo, že vydání dodatečných obligací ve své nabídce nezohlednilo. Podle názoru Komise tedy výhoda, která byla poskytnuta společnosti GRAWE díky výhodnější situaci refinancování z důvodu poskytnutí dalších 380 milionů eur, vyžaduje úpravu ve formě navýšení rozdílové částky mezi nabídkou Sdružení a skutečnou kupní cenou. Základem pro přepočty jsou úroky, které BB platí za dodatečné obligace ve výši 380 milionů eur, ve srovnání s náklady na refinancování BB po uzavření.“

169 Na tyto závěry se zaměřují žalobkyně v rámci projednávaného žalobního důvodu. V podstatě tvrdí, že při zaokrouhlování směrem nahoru celkové výhody přijaté společností GRAWE z důvodu emise dodatečných obligací za částku 380 milionů eur byla zamlčena skutečnost, že z této emise obligací by rovněž mělo zisk Sdružení.

- 170 Jak vyplývá z bodů 148 a 171 odůvodnění napadeného rozhodnutí, i když Komise neodmítla zahrnout tuto emisi dodatečných obligací do scénáře likvidace navrženého rakouskými orgány v případě prodeje do rukou Sdružení, který byl přezkoumán podpůrně, jen konkrétně uvedla v rámci posouzení výše výhody přiznané společnosti GRAWE, že nabídka předložená Sdružením nezohledňovala emisi dodatečných obligací. V tomto kontextu Komise vzala v úvahu, že emise dodatečných obligací ve výši 380 milionů eur nebyla zmíněna ani v Process Letter ani v návrhu smlouvy se Sdružením a že posledně uvedené potvrdilo, že skutečně tuto emisi nevzalo v úvahu.
- 171 Argumentace žalobkyně, podle které by nebyla ani za předpokladu, že emise dodatečných obligací byla nabídnuta pouze společnosti GRAWE, posledně uvedená příjemcem žádné doplňkové výhody s ohledem na svůj vyšší finanční rating a výhodnější rizikový profil, než je rating a profil Sdružení, není založena na žádném přesvědčivém vysvětlení, a musí z tohoto jediného důvodu být zamítnuta.
- 172 I za předpokladu, že by se žalobkyně ve skutečnosti snažily upozornit v projednávaném žalobním důvodu na finanční riziko, které plyne pro spolkovou zemi Burgenland z Ausfallhaftung, je nutno připomenout, jak vyplývá z přezkumu čtvrtého žalobního důvodu (viz bod 158 výše), že tato záruka není prvkem, který musí být zohledněn při posouzení sporného opatření ve světle kritéria soukromého investora v tržním hospodářství. Jak Komise zdůraznila, není dále nutno v rámci posouzení výše podpory určit, jaká by byla hypotetická výhoda, ze které by měla BB prospěch v případě, že by byla nabyta Sdružením, ale spíše jaká byla výhoda, která byla konkrétně a objektivně poskytnuta společnosti GRAWE.
- 173 Osmý žalobní důvod je tedy třeba zamítnout.

*K devátému žalobnímu důvodu, vycházejícímu z nesprávného použití čl. 87 odst. 1 ES v několika ohledech při určování prvků podpory*

#### Argumentace účastnic řízení

- 174 Žalobkyně vytýkají Komisi, že došla k závěru o existenci podpory, aniž s jistotou prokázala, že společnost GRAWE byla zvýhodněna. To představuje nesprávné použití čl. 87 odst. 1 ES, jelikož Komise neprovedla dostatečné rozlišení mezi existencí podpory a významem prvku podpory. Vytýkají rovněž Komisi, že v bodě 156 odůvodnění napadeného rozhodnutí nevzala v úvahu riziko nezaplacení ceny Sdružením za účelem porovnání jeho nabídky s nabídkou společnosti GRAWE, což představuje zjevné pochybení při zjištění skutkových okolností. Konečně žalobkyně vytýkají Komisi, že v bodě 174 druhé větě odůvodnění napadeného rozhodnutí vyžadovala zohlednění výhody, která může vyplývat z převodu daňové ztráty, zatímco daňové výhody transakce pro Sdružení nebyly zkoumány.
- 175 Komise zpochybňuje opodstatněnost argumentů žalobkyně.

#### Závěry Tribunálu

- 176 Svou argumentací žalobkyně vytýkají Komisi, že došla k závěru o existenci výhody, aniž se ujistila, že úpravy zmíněné v bodech 167 až 174 napadeného rozhodnutí, jejichž cílem je zohlednit rozdíly mezi dvěma předloženými nabídkami a dodatečnou výhodou, kterou společnost GRAWE získala z emise dodatečných obligací ve výši 380 milionů eur, vedly k závěru o existenci negativní podpory.
- 177 Je-li však vyloučeno podpůrné odůvodnění uvedené ohledně scénáře likvidace a je-li zohledněna skutečnost, že Komise se nedopustila zjevně nesprávného posouzení, když měla za to, že je nutno vzít v úvahu pouze dodatečnou výhodu, kterou společnost GRAWE získala z emise dodatečných obligací za částku 380 milionů eur (viz body 168 až 171 výše), nebyly žalobkyně schopny prokázat, že uvedené úpravy vedou k neutralizaci finanční výhody, kterou společnost GRAWE získala při privatizaci BB.

- 178 Výchozí částka podpory, která má být vrácena, vyplývá totiž v zásadě z rozdílu ve výši 54,7 milionů eur mezi cenou nabídnutou Sdružením a kupní cenou, kterou skutečně zaplatila společnost GRAWE, což je částka, která musí být upravena v závislosti na rozdílech v parametrech, které společnost GRAWE a Sdružení konkrétně vzaly v úvahu při předložení svých nabídek na převzetí BB. Napadené rozhodnutí nicméně stanoví pouze dva druhy úprav směrem dolů, a sice jednu úpravu ve výši 2,1 milionů eur, která vyplývá z rozdílu v částce odškodnění za předčasné splacení (viz bod 168 odůvodnění napadeného rozhodnutí), a jednu ve výši, která musí být definována, odpovídá převodu čtyř společností obchodujících s nemovitostmi spolkovou zemí Burgenland (viz body 18 a 172 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
- 179 Devátý žalobní důvod tedy není opodstatněný a je nutno jej zamítnout.
- 180 Ze všeho výše uvedeného vyplývá, že projednávané žaloby musí být zamítnuty.

### **K nákladům řízení**

- 181 Podle čl. 87 odst. 2 jednacího řádu se účastník řízení, který neměl úspěch ve věci, uloží náhrada nákladů řízení, pokud to účastník řízení, který měl ve věci úspěch, požadoval. Vzhledem k tomu, že Komise požadovala náhradu nákladů řízení a Rakouská republika a spolková země Burgenland neměly ve věci úspěch, je důvodné posledně uvedeným uložit náhradu nákladů řízení.

Z těchto důvodů

TRIBUNÁL (šestý senát)

rozhodl takto:

- 1) Žaloby se zamítají.**
- 2) Rakouské republice a zemi Burgenland se ukládá náhrada nákladů řízení.**

Jaeger

Wahl

Soldevila Frago

Takto vyhlášeno na veřejném zasedání v Lucemburku dne 28. února 2012.

Podpisy.