



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Anden Afdeling)

24. oktober 2013*

»Appel — konkurrence — statsstøtte — støtte, der er erklæret ulovlig og uforenelig med fællesmarkedet — støtte, der er ydet til Grazer Wechselseitige-koncernen (GRAWE) i forbindelse med privatiseringen af Bank Burgenland AG — fastsættelse af markedsprisen — udbudsprocedure — ulovlige betingelser uden betydning for det højeste bud — kriteriet om »den private sælger« — sontring mellem de forpligtelser, der påhviler staten, der udøver sin enekompetence som offentlig myndighed, og staten, der handler som aktionær — urigtig gengivelse af beviser — begrundelsespligt«

I de forenede sager C-214/12 P, C-215/12 P og C-223/12 P,

angående appeller i henhold til artikel 56 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, iværksat henholdsvis den 7., 8. og 7. maj 2012,

Land Burgenland ved Rechtsanwälte U. Soltész, P. Melcher og A. Egger,

appellant,

støttet af:

Forbundsrepublikken Tyskland ved K. Petersen, T. Henze og J. Möller, som befuldmægtigede,

intervenient i appelsagen,

de øvrige parter i appelsagen:

Europa-Kommissionen ved L. Flynn, V. Kreuschitz og T. Maxian Rusche, som befuldmægtigede,

sagsøgt i første instans,

Republikken Østrig,

sagsøger i første instans (sag C-214/12 P),

Grazer Wechselseitige Versicherung AG, med hjemsted i Graz (Østrig), ved Rechtsanwalt H. Wollmann,

appellant,

* Processprog: tysk.

den anden part i appelsagen:

Europa-Kommissionen ved L. Flynn, V. Kreuschitz og T. Maxian Rusche, som befuldmægtigede,

sagsøgt i første instans (sag C-215/12 P),

og

Republikken Østrig ved C. Pesendorfer og J. Bauer, som befuldmægtigede,

appellant,

støttet af:

Forbundsrepublikken Tyskland ved K. Petersen, T. Henze og J. Möller, som befuldmægtigede,

intervenient i appelsagen,

de øvrige parter i appelsagen:

Europa-Kommissionen ved L. Flynn, V. Kreuschitz og T. Maxian Rusche, som befuldmægtigede,

sagsøgt i første instans,

Land Burgenland ved Rechtsanwälte U. Soltész, P. Melcher og A. Egger,

sagsøger i første instans (sag C-223/12 P),

har

DOMSTOLEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, R. Silva de Lapuerta, og dommerne J.L. da Cruz Vilaça, G. Arestis, J.-C. Bonichot og A. Arabadjiev (refererende dommer),

generaladvokat: M. Wathelet

justitssekretær: fuldmægtig M. Aleksejev,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 19. juni 2013,

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

Dom

- 1 Med deres appelskrifter har Land Burgenland (sag C-214/12 P) og Republikken Østrig (sag C-223/12 P) nedlagt påstand om ophævelse af den dom, der blev afsagt af Den Europæiske Unions Ret den 28. februar 2012, Land Burgenland og Østrig mod Kommissionen (forenede sager T-268/08 og T-281/08, herefter »Burgenland-dommen«), hvorved Retten frifandt Kommissionen for deres påstand

om annullation af Kommissionens beslutning 2008/719/EF af 30. april 2008 om Østrigs statsstøtte C 56/06 (ex NN 77/06) til privatiseringen af Bank Burgenland (EUT L 239, s. 32, herefter »den omtvistede beslutning«).

- 2 Med sit appelskrift (sag C-215/12 P) har Grazer Wechselseitige Versicherung AG (herefter »GRAWE«) nedlagt påstand om ophævelse af den dom, der blev afsagt af Den Europæiske Unions Ret den 28. februar 2012, Grazer Wechselseitige Versicherung mod Kommissionen (sag T-282/08, herefter »GRAWE-dommen«), hvorved Retten frifandt Kommissionen for selskabets påstand om annullation af den omtvistede beslutning.

Twistens baggrund

- 3 Indtil sin privatisering var Hypo Bank Burgenland AG (herefter »BB«) en regionalbank, der havde form af et aktieselskab underlagt østrigsk ret med sæde i Eisenstadt (Østrig). BB havde i 2005 en balancesum på 3,3 mia. EUR og var 100% ejet af Land Burgenland (delstaten Burgenland).
- 4 I henhold til § 4 i Landes-Hypothekenbank Burgenland-Gesetz, LGBL. nr. 58/1991 (lov om realkreditbanker i delstaten Burgenland), som ændret ved lov offentliggjort i LGBL. nr. 63/1998, hæftede delstaten Burgenland som simpel kautionist i henhold til § 1356 i Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (den østrigske borgerlige lovbog) for alle BB's forpligtelser i tilfælde af dennes insolvens. I henhold til bestemmelserne i denne lov har nævnte banks kreditorer et direkte krav over for kautionisten, som dog kun er forpligtet i henhold til kautionen, hvis bankens aktiver ikke er tilstrækkelige til at dække fordringerne.
- 5 Denne ordning om opfyldelsesgaranti, benævnt »Ausfallhaftung«, der er rettet mod offentlige kreditinstitutter, og særligt den, som nævnte delstat yder BB og dennes forgængere, har i praktisk talt uændret form eksisteret siden 1928. Ordningen var hverken tids- eller beløbsmæssigt begrænset.
- 6 I medfør af en aftale, som blev indgået mellem Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber og Republikken Østrig, og som dannede grundlag for vedtagelsen af Kommissionens beslutning K(2003) 1329 endelig af 30. april 2003 vedrørende statsstøtte E 8/02 (EUT C 175, s. 8), skulle Ausfallhaftung afskaffes senest den 1. april 2007. For alle forpligtelser, der bestod pr. 2. april 2003, gjaldt garantien i princippet indtil deres forfald. I tidsrummet mellem den 2. april 2003 og indtil den 1. april 2007 kunne garantien fortsat dække nye forpligtelser, forudsat at de forfaldt før den 30. september 2017.
- 7 Efter to forgæves forsøg i 2003 og 2005 iværksatte delstaten Burgenland en tredje procedure for privatisering af BB, hvis gennemførelse blev betroet investeringsbanken HSBC Trinkaus & Burkhardt KGaA, Düsseldorf (Tyskland), i samarbejde med HSBC plc, London (Det Forenede Kongerige) (herefter under ét »HSBC«). I oktober 2005 blev denne procedure indledt ved offentliggørelsen i pressen af et udbud.
- 8 To bydende, nemlig dels GRAWE, som er en østrigsk virksomhed, der tilbyder et udvalg af forsikringsydelser samt finans- og leasingydelser, og som i 2006, i fællesskab med GW Beteiligungserwerbs- und -verwaltungs-GmbH, besad betydelige direkte kapitalandele i to finansielle virksomheder i bank- og investeringssektoren, dels et østrigsk-ukrainsk konsortium, som bestod af de østrigske virksomheder SLAV AG og SLAV Finanzbeteiligung GmbH og de ukrainske aktieselskaber Ukrpodshipnik og Ilyich (herefter »konsortiet«), afgav bindende bud. Disse bud blev senere genstand for en individuel vurdering og kontraktforhandlinger, som sluttede den 4. marts 2006.
- 9 Den 5. marts 2006 besluttede delstaten Burgenland at overdrage BB til GRAWE, selv om den af GRAWE budte pris (100,3 mio. EUR) lå klart under konsortiets bud (155 mio. EUR). Denne beslutning var navnlig baseret på en skriftlig indstilling fra HSBC af 4. marts 2006, der blev suppleret med mundtlige bemærkninger over for delstatsregeringens medlemmer den dag, hvor beslutningen

blev truffet. Af HSBC's indstilling fremgik det i det væsentlige, at selv om beslutningen, henset til den budte købspris, burde falde ud til konsortiets fordel, blev det anbefalet, at BB blev overdraget til GRAWE i betragtning af de øvrige udvælgelseskriterier, nemlig sikkerheden for købsprisens betaling, BB's fortsatte eksistens uden brug af Ausfallhaftung, kapitalforhøjelserne og transaktionssikkerheden.

- 10 Salget af BB, der formelt blev godkendt af delstatsmyndighederne i Burgenland den 7. marts 2006, blev afsluttet den 12. maj 2006. Inden denne afslutning udstedte BB inden for rammerne af Ausfallhaftung obligationslån for 700 mio. EUR, hvoraf de 320 mio. EUR var fastlagt i betingelserne for privatiseringen, og de »yderligere« 380 mio. EUR ifølge 35. betragtning til den omtvistede beslutning ikke figurerede i kontraktprojekterne med GRAWE og konsortiet.
- 11 Den 4. april 2006 modtog Kommissionen en klage fra konsortiet, hvori det hævdedes, at Republikken Østrig havde tilsidesat statsstøttereglerne i forbindelse med privatiseringen af BB. Klageren gjorde navnlig gældende, at udbudsproceduren, der ikke havde været retfærdig, gennemsigtig og ikke-diskriminerende over for konsortiet, ikke havde resulteret i, at BB var blevet afhændet til den højstbydende, nemlig konsortiet, men derimod til GRAWE.
- 12 Ved skrivelse af 21. december 2006 meddelte Kommissionen de østrigske myndigheder, at den vedrørende overdragelsen af BB til GRAWE havde besluttet at indlede den i artikel 88, stk. 2, EF fastsatte formelle undersøgelsesprocedure. Denne beslutning blev offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* den 8. februar 2007 (EUT C 28, s. 8). Den 30. april 2008 vedtog Kommissionen den omtvistede beslutning.
- 13 Ved sin stillingtagen til, hvorvidt GRAWE havde fået en selektiv fordel, undersøgte Kommissionen, om delstaten Burgenland havde handlet som enhver sælger, der disponerer ud fra markedsökonomiske betragtninger (herefter »kriteriet om den private sælger«). I den anledning bemærkede Kommissionen i 120.-122. betragtning til den omtvistede beslutning, at en privat sælger kan vælge et bud, der er lavere end det højeste bud, i to tilfælde.
- 14 Det første omhandler den situation, hvor det er klart, at et salg til den højstbydende ikke er gennemførligt, hvilket i påkommende tilfælde forudsætter en undersøgelse af transaktionssikkerheden på grundlag af konsortiets økonomiske soliditet og sandsynligheden for, at det omhandlede konsortium ikke vil opnå den fornødne godkendelse fra Finanzmarktaufsicht (østrigsk myndighed for tilsyn med de finansielle markeder, herefter »FMA«). Kommissionen var imidlertid af den opfattelse, at der ikke blot savnedes grundlag for at betvivle, at konsortiet var i stand til at erlægge den tilbudte købspris på 155 mio. EUR, men at der desuden ikke var noget, der indikerede eller beviste, at FMA skulle have forbudt salget af BB til konsortiet.
- 15 Det andet tilfælde omfatter den situation, hvor en hensyntagen til andre faktorer end prisen er berettiget, hvor dog de eneste faktorer, der kan tages hensyn til, er dem, som en markedsökonomisk investor ville have taget i betragtning, hvilket ifølge Kommissionen udelukker de risici, der følger af en forpligtelse til at betale en eventuelt gældende garanti, som må klassificeres som statsstøtte, såsom Ausfallhaftung.
- 16 Kommissionen har herom præciseret, at det af retspraksis fremgår, at statens rolle som sælger af en virksomhed ikke må forveksles med de forpligtelser, der påhviler den i egenskab af offentlig myndighed. Ingen privat sælger ville imidlertid have underskrevet en garanti, som ikke var i overensstemmelse med markedsvilkårene, og beslutningen om ophævelse af Ausfallhaftung bekræfter, at den sidstnævnte ikke blev stillet på disse vilkår.

- 17 Under disse omstændigheder fastslog Kommissionen i 175. betragtning til den omtvistede beslutning, at Republikken Østrig i forbindelse med privatiseringen af BB ulovligt havde ydet GRAWE en statsstøtte, der var i strid med artikel 88, stk. 3, EF, og at denne støtte ikke var forenelig med fællesmarkedet. Følgelig har denne beslutnings artikel 1, 2 og 4 følgende ordlyd:

»Artikel 1

Den statsstøtte, som Østrig i strid med [artikel 88, stk. 3, EF] og dermed ulovligt har ydet GRAWE, er uforenelig med fællesmarkedet. Støtten udgør forskellen mellem de to endelige bud, der blev afgivet under udbuddet, med de fornødne tilpasninger efter de i denne beslutnings [167.-174.] betragtning [...] fastlagte parametre.

Artikel 2

1. Østrig tilbagesøger den i artikel 1 nævnte støtte fra støttemodtageren.

[...]

Artikel 4

1. Senest to måneder efter denne beslutnings meddelelse sender Østrig Kommissionen følgende oplysninger:

- a) det samlede beløb (hovedstol og renter), der skal tilbagesøges fra støttemodtageren efter tilpasning i overensstemmelse med de af Kommissionen i denne beslutning fastlagte parametre, samt en nærmere beskrivelse af, hvordan dette beløb er beregnet, og en vurdering af ejendomsselskaberne foretaget af en uafhængig ekspert

[...]«

Sagen for Retten og Burgenland-dommen og GRAWE-dommen

- 18 Ved stævninger indleveret til Rettens Justitskontor henholdsvis den 11., den 15. og den 17. juli 2008 anlagde delstaten Burgenland, Republikken Østrig og GRAWE sager med påstand om annullation af den omtvistede beslutning (henholdsvis sag T-268/08, T-281/08 og T-282/08).
- 19 Ved kendelse afsagt af formanden for Rettens Ottende Afdeling den 20. april 2009 efter høring af parterne blev sagerne T-268/08 og T-281/08 forenet med henblik på den skriftlige og mundtlige forhandling samt dommen.
- 20 Til støtte for deres søgsmål gjorde delstaten Burgenland og Republikken Østrig ni anbringender gældende. Blandt disse var navnligt angivet følgende:
- første anbringende vedrørende en urigtig anvendelse af artikel 87, stk. 1, EF ved fastsættelsen af BB's markedspris, for så vidt som Kommissionen med urette har stillet krav om gennemførelse af en udbudsprocedure med henblik på privatiseringen af denne bank
 - tredje anbringende vedrørende en urigtig anvendelse af artikel 87, stk. 1, EF, for så vidt som Kommissionen har nægtet at tage hensyn til det usikre udfald og den eventuelt lange varighed af godkendelsesproceduren ved FMA i tilfælde af salg af BB til konsortiet

- fjerde anbringende vedrørende en urigtig anvendelse af artikel 87, stk. 1, EF, for så vidt som delstaten Burgenland var berettiget til at tage hensyn til de med Ausfallhaftung forbundne risici med henblik på at foretage en sammenligning af de bud, der blev afgivet af henholdsvis GRAWE og konsortiet
 - syvende anbringende vedrørende en urigtig anvendelse af artikel 87, stk. 1, EF, for så vidt som konsortiets bud ikke kunne tjene til at fastlægge BB's markedspris
 - ottende anbringende vedrørende en urigtig bedømmelse af udstedelsen af obligationslån inden for rammerne af Ausfallhaftung i forbindelse med privatiseringen af BB.
- 21 Til støtte for sit søgsmål gjorde GRAWE en række anbringender gældende, hvoraf nogle vedrørte en urigtig anvendelse af artikel 87, stk. 1, EF, først ved fastsættelsen af BB's markedspris, derefter på grund af nægtelsen af at tage hensyn til Ausfallhaftung og endelig derved, at Kommissionen havde set bort fra muligheden af en negativ forskel med hensyn til købsprisen.
- 22 Ved Burgenland-dommen og GRAWE-dommen frifandt Retten Kommissionen i alle de sager, der var blevet indbragt for den. Navnlagde Retten i det væsentlige følgende til grund:
- at Kommissionen i det foreliggende tilfælde kunne tage udgangspunkt alene i det af konsortiet fremsatte bud med henblik på at fastsætte BB's markedspris, og at det ikke var nødvendigt at gøre brug af sagkyndige vurderinger
 - at Kommissionen ikke begik nogen fejl ved at fastslå, at hverken det usikre udfald eller den formentlig længere varighed af proceduren ved FMA – i det tilfælde, hvor det var blevet besluttet at sælge BB til konsortiet – kunne begrunde, at konsortiet skulle udelukkes som køber.
 - at det ikke kunne bebrejdes Kommissionen, at den ikke havde taget hensyn til Ausfallhaftung i forbindelse med vurderingen af buddene, eftersom der er tale om en statsstøtte, som ikke er blevet indgået under normale markedsvilkår, og som derfor ikke kan tages i betragtning ved bedømmelsen af myndighedernes adfærd i lyset af kriteriet om den private sælger
 - at bedømmelsen af udstedelsen af obligationslån inden for rammerne af Ausfallhaftung ikke var fejlagtig, eftersom det var påvist, at konsortiet ikke havde taget de yderligere obligationslån til en værdi af 380 mio. EUR i betragtning i sit bud, og eftersom det heller ikke var påvist, at GRAWE ikke havde fået en supplerende fordel på grund af disse yderligere obligationer, eller at enhver anden fordel på anden måde var blevet fjernet.

Retsforhandlingerne for Domstolen

- 23 Ved dokument indleveret til Domstolens Justitskontor den 25. juli 2012 anmodede Forbundsrepublikken Tyskland om tilladelse til at intervenere i sagerne C-214/12 P og C-223/12 P til støtte for henholdsvis delstaten Burgenlands og Republikken Østrigs påstande.
- 24 Ved kendelser af 20. september 2012 gav Domstolens præsident Forbundsrepublikken Tyskland tilladelse til at intervenere i de nævnte sager.
- 25 Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 26. september 2012 blev sagerne C-214/12 P, C-215/12 P og C-223/12 P forenet med henblik på den mundtlige forhandling og dommen.

Parternes påstande

- 26 Delstaten Burgenland og Republikken Østrig har nedlagt følgende påstande for Domstolen:
- Principalt ophæves Burgenland-dommen, Domstolen træffer endelig afgørelse i tvisten ved at annullere den omtvistede beslutning, og Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne i forbindelse med både den foreliggende sag og sagen for Retten.
 - Subsidiært ophæves Burgenland-dommen, sagen hjemvises til Retten, og afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.
- 27 GRAWE har nedlagt følgende påstande for Domstolen:
- Principalt ophæves GRAWE-dommen, Domstolen træffer endelig afgørelse i tvisten ved at annullere den omtvistede beslutning, og Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne i forbindelse med både den foreliggende sag og sagen for Retten.
 - Subsidiært ophæves GRAWE-dommen, sagen hjemvises til Retten, og afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.
- 28 Kommissionen har nedlagt følgende påstande for Domstolen:
- Principalt frifindelse, og delstaten Burgenland, GRAWE og Republikken Østrig tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
 - Subsidiært fastslås det, at tvisten i sag C-215/12 P er moden til påkendelse, Kommissionen frifindes i sag T-282/08, og GRAWE tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

Om appellerne

- 29 Delstaten Burgenland, GRAWE og Republikken Østrig har til støtte for deres appeller anført henholdsvis fire, tre og to anbringender.
- 30 For så vidt som de påberåbte anbringender i de tre appeller er identiske eller ensartede, skal de behandles samlet. Det er således hensigtsmæssigt først at behandle delstaten Burgenlands andet appelanbringende og det første anbringende i GRAWE's og Republikken Østrigs appeller om relevansen af de med Ausfallhaftung forbundne risici i forhold til vurderingen af de bud, der blev afgivet på BB.

Anbringenderne om relevansen af de med Ausfallhaftung forbundne risici i forhold til vurderingen af de bud, der blev afgivet på BB

Parternes argumenter

- 31 Delstaten Burgenland har ved sit andet appelanbringende, og Republikken Østrig og GRAWE har ved det første anbringende i deres appeller gjort gældende, at Retten har tilsidesat artikel 87, stk. 1, EF ved at fastslå, at Kommissionen ikke begik nogen retlig fejl ved at undlade at tage hensyn til de med Ausfallhaftung forbundne risici ved vurderingen af de bud, der blev afgivet på BB.
- 32 For det første har Retten, ifølge delstaten Burgenland og Republikken Østrig, i præmis 154-158 i Burgenland-dommen med urette støttet sig på dom af 14. september 1994, Spanien mod Kommissionen (forenede sager C-278/92 - C-280/92, Sml. I, s. 4103), og af 28. januar 2003, Tyskland

mod Kommissionen (sag C-334/99, Sml. I, s. 1139), som fastlægger en sondring mellem de forpligtelser, der påhviler staten, der handler som offentlig myndighed, og de forpligtelser, der påhviler staten i dennes egenskab af ejer af og aktionær i et selskab. Eftersom Ausfallhaftung indfører en betalt privatretlig garanti, påhviler de dermed forbundne risici imidlertid delstaten Burgenland i dennes egenskab af ejer af og aktionær i BB. Desuden havde BB dengang ikke været en virksomhed i vanskeligheder, i modsætning til de omstændigheder, der lå til grund for dommen i sagen Tyskland mod Kommissionen.

- 33 Delstaten Burgenland og Republikken Østrig har i forbindelse med deres replik – som er begrænset til indvirkningen af dom af 5. juni 2012, Kommissionen mod EDF (sag C-124/10 P), på de sager, der har givet anledning til de foreliggende appeller – præciseret, at det følger af denne dom, at en medlemsstat ikke handler som offentlig myndighed, udelukkende fordi den tildeler ressourcer under udøvelsen af sin enekompetence som offentlig myndighed. Følgelig kan den omstændighed, at delstaten Burgenland har påtaget sig sine forpligtelser over for BB gennem en lov, ikke veje tungere end det forhold, at delstaten Burgenland er underlagt disse forpligtelser i sin egenskab af aktionær i BB. Eftersom Kommissionen ikke har foretaget en samlet bedømmelse af alle de relevante forhold, der kræves ifølge dommen i sagen Kommissionen mod EDF, har Retten desuden ikke kunnet lægge til grund, at delstaten Burgenland var underlagt Ausfallhaftung, mens den blev anset for at udøve sin enekompetence som offentlig myndighed.
- 34 For det andet har Retten med urette undladt at tage hensyn til Rettens dom af 15. september 1998, BP Chemicals mod Kommissionen (sag T-11/95, Sml. II, s. 3235), og af 2. marts 2012, Nederlandene og ING Groep mod Kommissionen (forenede sager T-29/10 og T-33/10), af hvilke det følger, at der skal tages hensyn til tidligere tildelt støtte ved bedømmelsen af en foranstaltning ud fra kriteriet om den private investor med henblik på at fastslå, at, og i givet fald i hvilken grad, der er tale om støtte. Det ligger imidlertid fast, at Ausfallhaftung var en eksisterende og lovlig støtte, som derfor skulle tages i betragtning.
- 35 For det tredje kræver hensynet til EU-rettens ensartede anvendelse og sammenhæng, at Ausfallhaftung tages i betragtning. Det er således inkonsekvent på den ene side at anerkende lovligheden af Ausfallhaftung og pålægge delstaten Burgenland at begrænse denne til et nødvendigt minimum, og på den anden side at forbyde delstaten Burgenland at tage hensyn til de med Ausfallhaftung forbundne risici ved salget af BB. En sådan fortolkning af artikel 87, stk. 1, EF vil i praksis umuliggøre privatiseringen af offentlige virksomheder.
- 36 For det fjerde er præmis 158 i Burgenland-dommen uforståelig i forhold til at bevise, at Ausfallhaftung ikke er blevet indgået under normale markedsvilkår, da den henviser til »de ovenfor beskrevne kendetegn«. En sådan konstatering fremgår nemlig ikke af nogen af de kendetegn ved Ausfallhaftung, der er beskrevet i nævnte dom.
- 37 GRAWE har for det første gjort gældende, at Retten har foretaget en ukorrekt anvendelse af dommen i sagen Spanien mod Kommissionen. Delstaten Burgenland har iværksat Ausfallhaftung med henblik på BB's forpligtelser i forbindelse med en økonomisk aktivitet. Dette ansvar er uløseligt forbundet med den beslutning, der blev truffet i 1928 om at udøve erhvervsvirksomhed på området for finansielle tjenesteydelser. Ausfallhaftungs funktion har imidlertid været at stille egenkapital til rådighed for BB, hvilket er økonomisk sammenligneligt med åbningen af en bank i form af et interessentskab. Ausfallhaftung er således en forpligtelse, som delstaten Burgenland har påtaget sig i sin egenskab af ejer af BB, hvorfor denne ordning skal tages i betragtning ved anvendelsen af kriteriet om den private sælger.
- 38 GRAWE har i forbindelse med sin replik – som ligeledes er begrænset til indvirkningen af dommen i sagen Kommissionen mod EDF på de foreliggende sager – anført, at det følger af denne dom, at den måde, hvorpå en fordel tildeles, i det foreliggende tilfælde ved en lov, ikke er af nogen betydning for spørgsmålet om, hvorvidt denne fordel er ydet af staten, der handler i sin egenskab af offentlig

myndighed eller i sin egenskab af aktionær. Eftersom Retten har støttet sig på den lovbestemte karakter af Ausfallhaftung, har den imidlertid anvendt et fejlagtigt kriterium. Desuden har Retten aldrig stillet sig selv det spørgsmål, om delstaten Burgenland har påtaget sig Ausfallhaftung i sin egenskab af aktionær. GRAWE har i den henseende anført, at der ikke er noget, der forhindrer en medlemsstat i både at forfølge sociale målsætninger og, som i den foreliggende sag, rentabilitetsmål. Delstaten Burgenland opnår således et udbytte, der modsvarer et honorar for Ausfallhaftung, som træder i stedet for egenkapital. Selv når en fordel antager karakter af støtte, er dette ifølge GRAWE ikke til hinder for, at yderen tildeler den i sin egenskab af aktionær.

- 39 Hvad angår de forskelle, som delstaten Burgenland og Republikken Østrig har påpeget mellem omstændighederne i de foreliggende sager og i den sag, der lå til grund for dommen i sagen Tyskland mod Kommissionen, har GRAWE for det andet tilføjet, at Forbundsrepublikken Tyskland ligeledes havde taget hensyn til omkostningerne til genopretning af det område, hvorpå anlægget var beliggende, og at foranstaltningerne i denne sag var blevet iværksat under overtrædelse af artikel 88, stk. 3, EF.
- 40 GRAWE har for det tredje gjort gældende, at GRAWE-dommen er i strid med retssikkerhedsprincippet og kravet om sammenhæng. Eftersom beslutning K(2003) 1329 endelig har fastslået, at Ausfallhaftung er i overensstemmelse med EU-retten, bør alle erhvervsdrivende ligeledes kunne sætte deres lid til denne ordning hvad angår de økonomiske konsekvenser, der er uløseligt forbundet hermed. Den omtvistede beslutning og GRAWE-dommen har imidlertid rejst tvivl om nævnte beslutning.
- 41 GRAWE har for det fjerde og af de samme grunde som dem, som delstaten Burgenland og Republikken Østrig har gjort gældende, anført, at dommen i sagen Nederlandene og ING Groep mod Kommissionen pålagde Retten at anerkende nødvendigheden af at tage hensyn til Ausfallhaftung ved vurderingen af kriteriet om den private sælger.
- 42 GRAWE har for det femte fremhævet, at Ausfallhaftungs negative virkning på konkurrencen ikke antager samme omfang, alt efter om denne garanti finder konkret anvendelse, eller om det alene drejer sig om en eventuel forpligtelse, som påhviler delstaten Burgenland i forhold til BB. Betalinger, som alene er potentielle, har nemlig en mindre indvirkning på konkurrencen end konkrete betalinger. De forholdsregler, som delstaten Burgenland traf med henblik på at undgå brugen af Ausfallhaftung, har således tjent til at begrænse konkurrencefordrejningen på markedet. Følgelig skader Rettens standpunkt den effektive virkning af artikel 87, stk. 1, EF.
- 43 GRAWE har tilføjet, at mange medlemsstater under finanskrisen har indskudt kapital i kreditinstitutter, og at private midler hurtigst muligt bør træde i stedet for denne offentlige kapital for at beskytte konkurrencen og sikre en tilbagevenden til de normale markedsvilkår. Den omtvistede beslutning og GRAWE-dommen opstiller imidlertid væsentlige hindringer for denne proces.
- 44 GRAWE har afsluttet sin argumentation på dette punkt med at betone det forhold, at GRAWE's bud var det bedste, når Ausfallhaftung tages i betragtning.
- 45 Kommissionen har bestridt den af delstaten Burgenland, Republikken Østrig og GRAWE fremførte argumentation.

Domstolens bemærkninger

- 46 Delstaten Burgenland, Republikken Østrig og GRAWE har med deres første argument i det væsentlige gjort gældende, at Retten, henset til kendetegnene ved Ausfallhaftung, har set bort fra både delstaten Burgenlands rolle som ejer af og aktionær i BB og, som følge heraf, kriteriet om den private investor, således som dette kriterium følger af dommen i sagen Spanien mod Kommissionen og dommen i sagen Tyskland mod Kommissionen.

- 47 I den anledning skal det for det første bemærkes, at Retten i præmis 155 og 156 i Burgenland-dommen samt i præmis 128 og 129 i GRAWE-dommen korrekt har henvist til nævnte begreb, således som dette fremgår af Domstolens retspraksis vedrørende det omhandlede kriterium.
- 48 Dernæst har Retten i præmis 157 i Burgenland-dommen og i præmis 130 i GRAWE-dommen i overensstemmelse med nævnte retspraksis lagt til grund, at det i forbindelse med anvendelsen af kriteriet om den private investor skal afgøres, om de omhandlede foranstaltninger hører under dem, som en sådan investor, der forventer at opnå fortjeneste på kortere eller længere sigt, ville kunne have tildelt.
- 49 Endelig konstaterede Retten i præmis 158 i Burgenland-dommen og i præmis 131 i GRAWE-dommen, inden for rammerne af den bedømmelse af de faktiske omstændigheder, som alene Retten har kompetence til at foretage, at Ausfallhaftung, henset til kendetegnene ved denne ordning, ikke var blevet indgået under normale markedsvilkår.
- 50 Retten har under disse omstændigheder med rette fastslået i præmis 158 og 159 i Burgenland-dommen og i præmis 131 i GRAWE-dommen, at Ausfallhaftung i lyset af kriteriet om den private sælger ikke kunne tages i betragtning ved bedømmelsen af de østrigske myndigheders adfærd, og at det derfor ikke kunne bebrejdes Kommissionen, at den havde afvist at tillægge Ausfallhaftung betydning i forbindelse med bedømmelsen af de bud, der blev indgivet af henholdsvis konsortiet og GRAWE.
- 51 Hvad angår betydningen af dommen i sagen Kommissionen mod EDF skal det desuden bemærkes, at denne primært vedrørte anvendeligheden – som Kommissionen havde udelukket i den beslutning, der var tale om i den sag, der gav anledning til denne dom – af kriteriet om den private investor på omstændighederne i denne sag og ikke den konkrete anvendelse af dette kriterium (jf. dommen i sagen Kommissionen mod EDF, præmis 75). I de foreliggende sager er det imidlertid ubestridt, at Kommissionen har anvendt kriteriet om den private sælger, og det er netop Rettens bekræftelse af den måde, hvorpå Kommissionen har anvendt dette kriterium, som bestrides af delstaten Burgenland, Republikken Østrig og GRAWE.
- 52 Hvad angår anvendelsen af dette kriterium, bekræftede dommen i sagen Kommissionen mod EDF imidlertid den retspraksis, der navnligt følger af dommen i sagen Spanien mod Kommissionen og dommen i sagen Tyskland mod Kommissionen, ifølge hvilken der med henblik på vurderingen af, om den samme foranstaltning ville være blevet truffet under normale markedsvilkår af en privat sælger, som befinder sig i en situation, som ligger så tæt som muligt på den situation, som staten befinder sig i, kun skal tages hensyn til de fordele og forpligtelser, som er forbundet med sidstnævntes situation i dens egenskab af aktionær, og ikke dem, som er forbundet med dens egenskab af offentlig myndighed (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod EDF, præmis 79).
- 53 Domstolen præciserede desuden i dommen i sagen Kommissionen mod EDF, at den form, hvorunder fordelen stilles til rådighed, og karakteren af de midler, hvormed den statslige indgriben sker, er uden betydning i forbindelse med denne vurdering, når den omhandlede medlemsstat har indrømmet nævnte fordel i sin egenskab af aktionær i den omhandlede virksomhed (jf. dommen i sagen Kommissionen mod EDF, præmis 91 og 92).
- 54 Med hensyn til den undersøgelse, som Retten i den anledning har foretaget, fremgår det af Burgenland-dommen og GRAWE-dommen, at Retten ikke har baseret sin forkastelse af delstaten Burgenlands, Republikken Østrigs og GRAWE's påstande på Ausfallhaftungs lovbestemte oprindelse, i modsætning til, hvad disse sidstnævnte har anført. Retten har nemlig undersøgt, hvorvidt Ausfallhaftung skulle tages i betragtning ved anvendelsen af kriteriet om den private sælger, og har fastslået, at en privat sælger ikke ville have underskrevet en sådan garanti.

- 55 Delstaten Burgenland, Republikken Østrig og GRAWE har imidlertid ikke fremført noget argument, der kan rejse tvivl om nævnte fastslåelse, men har selv gjort gældende, at Ausfallhaftung udgør en statsstøtte, således som Kommissionen i øvrigt havde fastslået det i beslutning K(2003) 1329 endelig.
- 56 Under disse omstændigheder og da en medlemsstat ved tildelingen af en støtte pr. definition forfølger andre målsætninger end rentabiliteten af de midler, der bevilges den virksomhed, som tilhører medlemsstaten, skal det fastslås, at disse midler i princippet tildeles af staten, der udøver sin enekompetence som offentlig myndighed.
- 57 For så vidt som delstaten Burgenland, Republikken Østrig og GRAWE har gjort gældende, at delstaten Burgenland ved Ausfallhaftung ikke desto mindre forfulgte rentabilitetsmål, eller i det mindste ligeledes tilstræbte sådanne målsætninger, skal der erindres om, at hvis en medlemsstat påberåber sig et kriterium som det om den private sælger, påhviler det i tvivlstilfælde denne medlemsstat utvetydigt og på grundlag af objektive elementer, som kan efterprøves, at føre bevis for, at beslutningen om at gennemføre foranstaltningen blev truffet i dens egenskab af aktionær (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod EDF, præmis 82).
- 58 Det skal af disse elementer klart fremgå, at den pågældende medlemsstat forud for eller samtidigt med indrømmelsen af den økonomiske fordel har besluttet ved den foranstaltning, som faktisk er blevet gennemført, at investere i den kontrollerede offentlige virksomhed (dommen i sagen Kommissionen mod EDF, præmis 83).
- 59 Der kan i denne forbindelse kræves beviser, hvorefter fremgår, at denne beslutning er baseret på økonomiske vurderinger, som kan sammenlignes med dem, som en rationel privat investor, som befinder sig i en situation, som ligger så tæt som muligt på den situation, som nævnte medlemsstat befinder sig i, under de foreliggende omstændigheder ville have udført, inden han foretog en sådan investering, med henblik på at fastslå den fremtidige rentabilitet af en sådan investering (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod EDF, præmis 84).
- 60 Kun hvis den pågældende medlemsstat for Kommissionen fremlægger beviser af den art, som kræves, tilkommer det sidstnævnte at foretage en samlet vurdering, som ud over de af denne medlemsstat fremlagte beviser skal tage hensyn til alle andre relevante beviser i sagen, som gør det muligt for den at afgøre, om beslutningen om at gennemføre den omhandlede foranstaltning er blevet truffet af nævnte medlemsstat i dens egenskab af aktionær eller dens egenskab af offentlig myndighed (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod EDF, præmis 86).
- 61 Delstaten Burgenland, Republikken Østrig og GRAWE har dog hverken i løbet af den administrative procedure eller for Retten fremført beviser, hvorefter det fremgår, at indførelsen eller opretholdelsen af Ausfallhaftung var baseret på økonomiske vurderinger foretaget af delstaten Burgenland med henblik på at fastslå rentabiliteten af denne ordning. Det følger heraf, at Kommissionen ikke var forpligtet til at foretage en sådan samlet vurdering vedrørende Ausfallhaftung, og at Burgenland-dommen og GRAWE-dommen derfor ikke var behæftet med fejl i denne henseende.
- 62 Hvad angår argumentet om, at Retten ikke har taget hensyn til dommen i sagen BP Chemicals mod Kommissionen og dommen i sagen Nederlandene og ING Groep mod Kommissionen, hvortil domme Delstaten Burgenland, Republikken Østrig og GRAWE har henvist, skal det fremhæves, at disse domme – henset til, at de faktiske og retlige omstændigheder i de sager, der gav anledning til de nævnte domme, adskiller sig væsentligt fra dem, der gør sig gældende i de sager, der ligger til grund for de foreliggende tvister – ikke har relevans i den foreliggende sag.
- 63 Endelig er det tilstrækkeligt at bemærke, at præmis 158 i Burgenland-dommen skal læses i sammenhæng med især præmis 2, 3 og 149 i samme dom, hvilket gør det muligt at forstå rækkevidden af nævnte præmis 158.

- 64 Det følger heraf, at Retten, idet den forkastede delstaten Burgenlands, Republikken Østrigs og GRAWE's påstande, hverken begik den retlige fejl, som sidstnævnte har gjort gældende, eller foretog den påståede tilsidesættelse af hensynet til EU-rettens ensartede anvendelse og sammenhæng, af retssikkerhedsprincippet eller af den Retten påhvilende begrundelsespligt.
- 65 Følgelig skal delstaten Burgenlands andet appelanbringende og de første anbringender i GRAWE's og Republikken Østrigs appeller forkastes som ugrundede.

Appelanbringenderne om betydningen af det forventelige udfald og den forventelige varighed af proceduren ved FMA i forhold til vurderingen af de bud, der blev afgivet af konsortiet og GRAWE

Parternes argumenter

- 66 Delstaten Burgenland har med sit fjerde appelanbringende og Republikken Østrig har med sit andet appelanbringende gjort gældende, at Retten har tilsidesat artikel 87, stk. 1, EF ved i præmis 106-140 i Burgenland-dommen at fastslå, at Kommissionen ikke begik nogen fejl ved at konkludere, at hverken det usikre udfald eller den formentlig længere varighed af proceduren ved FMA i tilfælde af salg af BB til konsortiet kunne begrunde salget af BB til GRAWE.
- 67 For det første var det med urette, at Retten i præmis 119 og 120 i Burgenland-dommen lagde til grund, at de forhold, som delstaten Burgenland og Republikken Østrig havde fremført for at godtgøre, at konsortiets erhvervelse af BB formentlig ikke havde kunnet godkendes, ikke er relevante i forbindelse med vurderingen af sandsynligheden for, at godkendelsesproceduren ville være faldet positivt ud, fordi det ikke var angivet, om eller i hvilket omfang FMA ville have taget hensyn til disse forhold. Såvel Kommissionen som Retten kendte i detaljer de af FMA anvendte godkendelseskriterier, og delstaten Burgenland og Republikken Østrig havde i detaljer præciseret de punkter, der gav anledning til væsentlig tvivl med hensyn til, om et sådant salg kunne godkendes af FMA. Retten har derfor foretaget en åbenbart urigtig vurdering af deres argumentation og ikke givet nogen begrundelse, der kan efterprøves.
- 68 For så vidt som Retten i præmis 121 i Burgenland-dommen har angivet, at visse af de oplysninger, der er omtalt i præmis 119 i nævnte dom, alene udgør »bekymringer, der vedrører den kommercielle fremtid for BB«, og som ikke er afgørende for en privat sælger, har Retten begået en fejl, eftersom disse oplysninger blev taget i betragtning af FMA, og dermed af en privat sælger, under godkendelsesproceduren. Henset til den prognosemargin, som Retten i præmis 136 i Burgenland-dommen udtrykkeligt har indrømmet delstaten Burgenland, kunne sidstnævnte imidlertid vurdere, at FMA formentlig ville have nedlagt forbud mod et salg til konsortiet. I den henseende er sandsynligheden på 50% alene et forsimplet udtryk for den omstændighed, at det fremgik af de uformelle kontakter med FMA, at et salg til GRAWE ville blive godkendt, mens udfaldet af godkendelsesproceduren i tilfælde af et salg til konsortiet ville være »helt åbent«.
- 69 Delstaten Burgenland og Republikken Østrig har for det andet principalt gjort gældende, at de betragtninger, som Retten har anført i præmis 132 i Burgenland-dommen vedrørende den presserende karakter af salget af BB, på baggrund af det ovenstående ikke længere er relevante. De har subsidiært gjort gældende, at Rettens betragtninger hviler på en fejlfortolkning af artikel 87, stk. 1, EF, eftersom en privat sælger – efter to forgæves, tidskrævende og dyre forsøg på privatisering af BB, og henset til såvel udløbet af GRAWE's bud i løbet af en godkendelsesprocedure ved FMA som FMA's mulige nedlæggelse af et forbud mod et salg af BB til konsortiet – ikke ville have løbet risikoen for et mislykket udfald af dette tredje privatiseringsforsøg og derfor ikke ville have solgt BB til konsortiet. Desuden har delstaten Burgenland og Republikken Østrig i modsætning til, hvad Retten har konstateret i nævnte præmis 132, fremlagt en række beviser, der godtgør, at privatiseringen af BB ville

være blevet bragt i fare på grund af forlængelsen af proceduren ved FMA. Følgelig har Retten foretaget en utilstrækkelig vurdering af de faktiske omstændigheder, ligesom den har undladt at give en korrekt begrundelse af Burgenland-dommen.

- 70 Delstaten Burgenland og Republikken Østrig finder for det tredje, at Retten med urette har begrænset sin undersøgelse til identificeringen af åbenbart urigtige skøn. I henhold til Domstolens praksis og artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder har Retten været forpligtet til at foretage en udførlig domstolsprøvelse.
- 71 Kommissionen har bestridt delstaten Burgenlands og Republikken Østrigs argumentation. Den har navnligt påpeget, at de ikke ved deres anbringender har gjort gældende, at Retten har foretaget en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, og den finder derfor, at deres påstande er uden relevans.

Domstolens bemærkninger

- 72 Det bemærkes for det første, at spørgsmålet om, i hvilket omfang de beviser, der er fremlagt under den administrative procedure, i forhold til den gældende nationale lovgivning godtgør en sandsynlighed for, at FMA ville have nedlagt forbud mod et salg af BB til konsortiet, henhører under Rettens enekompetence til at foretage bedømmelse af de faktiske omstændigheder. Det samme gælder virkningerne af varigheden af proceduren ved FMA i forhold til udsigten til privatisering af BB.
- 73 Da det ikke i den anledning er gjort gældende, at der er sket nogen urigtig gengivelse af de relevante beviser, skal de nævnte påstande fra delstaten Burgenland og Republikken Østrig afvises (jf. i denne retning dom af 18.5.2006, sag C-397/03 P, Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen, Sml. I, s. 4429, præmis 85, og af 29.3.2011, sag C-352/09 P, ThyssenKrupp Nirosta mod Kommissionen, Sml. I, s. 2359, præmis 180).
- 74 For så vidt som delstaten Burgenland og Republikken Østrig for det andet har gjort gældende, at det, henset til de for Retten påberåbte beviser, var med urette, at denne i præmis 120 og 121 i Burgenland-dommen så bort fra relevansen af de indicier, der blev henvist til i præmis 119, fremgår det ganske vist af de for Retten fremlagte beviser, at FMA – i modsætning til, hvad Retten har fastslået i præmis 120 og 121 i Burgenland-dommen – tog hensyn til konsortiets handlingsplan. Det fremgår dog ikke af omtalte beviser, at FMA tog hensyn til andre af de i præmis 119 nævnte indicier end det, der angik denne handlingsplan.
- 75 Desuden skal det bemærkes, at kriterierne for afvejning af de forskellige indicier, som FMA har taget hensyn til, ikke fremgår af de nævnte beviser, således at ingen oplysning gør det muligt at fastslå, i hvilket omfang den omtalte handlingsplan var afgørende i forbindelse med den vurdering, som FMA skulle foretage.
- 76 Under disse omstændigheder må det konstateres, at det ikke er godtgjort, at der er foretaget den påståede urigtige gengivelse af beviserne i præmis 120 og 121 i Burgenland-dommen, eftersom denne urigtige gengivelse ikke fremgår åbenlyst af sagens akter (jf. i denne retning dom af 27.10.2011, sag C-47/10 P, Østrig mod Scheucher-Fleisch m.fl., Sml. I, s. 10707, præmis 59 og den deri nævnte retspraksis).
- 77 For det tredje kræver Kommissionens undersøgelse af spørgsmålet om, hvorvidt bestemte foranstaltninger kan kvalificeres som statsstøtte på grund af, at de offentlige myndigheder ikke har handlet på samme måde som en privat sælger, at der foretages en kompleks økonomisk vurdering (jf. i denne retning dom af 22.11.2007, sag C-525/04 P, Spanien mod Lenzing, Sml. I, s. 9947, præmis 59, og af 24.1.2013, sag C-73/11 P, Frucona Košice mod Kommissionen, præmis 74).

- 78 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det inden for rammerne af den kontrol, som Unionens retsinstanser foretager af Kommissionens komplekse økonomiske vurderinger på området for statsstøtte, ikke tilkommer Unionens retsinstanser at sætte deres eget økonomiske skøn i stedet for Kommissionens (jf. i denne retning dom af 2.9.2010, sag C-290/07 P, Kommissionen mod Scott, Sml. I, s. 7763, præmis 64 og 66, og dommen i sagen Frucona Košice mod Kommissionen, præmis 75).
- 79 Unionens retsinstanser skal dog ikke blot efterprøve bl.a. den materielle nøjagtighed af de beviser, der henvises til, samt oplysningernes troværdighed og sammenhæng, men ligeledes kontrollere, om disse oplysninger udgør alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation, og om disse oplysninger taler til støtte for de heraf dragne konklusioner (dom af 15.2.2005, sag C-12/03 P, Kommissionen mod Tetra Laval, Sml. I, s. 987, præmis 39, dommen i sagen Kommissionen mod Scott, præmis 65, og dommen i sagen Frucona Košice mod Kommissionen, præmis 76).
- 80 Da Kommissionen i den foreliggende sag, i overensstemmelse med det i denne doms præmis 77 anførte, har gennemført en kompleks økonomisk vurdering, var den undersøgelse, som det påhvilede Retten at foretage, begrænset til det i den foregående præmis anførte. Det må konstateres, at den undersøgelse, som Retten har foretaget i præmis 109 ff. i Burgenland-dommen, i modsætning til det af delstaten Burgenland og Rebulikken Østrig hævdede er i overensstemmelse med kravene til den domstolsprøvelse, som Retten skulle foretage.
- 81 Hvad for det fjerde angår delstaten Burgenlands og Republikken Østrigs argument om, at Retten har tilsidesat begrundelsespligten, følger det af det ovenstående og af den blotte læsning af præmis 132 i Burgenland-dommen, at det ræsonnement, som Retten har fulgt i denne doms præmis 120, 121 og 132, både giver appellanterne mulighed for at få kendskab til begrundelsen for, at Retten har afvist deres argumentation, og Domstolen mulighed for at råde over de oplysninger, der er nødvendige for, at den kan udøve sin prøvelsesret i forbindelse med en appel, således at dette ræsonnement er i overensstemmelse med de krav, der følger af Domstolens faste praksis på dette område (jf. i denne retning bl.a. dom af 21.12.2011, sag C-320/09 P, A2A mod Kommissionen, præmis 97).
- 82 Det følger heraf, at delstaten Burgenlands fjerde appelanbringende og Republikken Østrigs andet appelanbringende må forkastes, idet de delvis afvises og delvis er ugrundede.

Appelanbringenderne om, hvorvidt konsortiets bud har haft en afgørende karakter i forhold til vurderingen af BB's markedspris

Parternes argumenter

- 83 Delstaten Burgenland har med sit tredje appelanbringende gjort gældende, at Retten har tilsidesat artikel 87, stk. 1, EF ved i præmis 69-73 og 87-91 i Burgenland-dommen at fastslå, at Kommissionen ikke begik nogen fejl ved at fastsætte BB's markedsværdi med udgangspunkt i konsortiets bud uden at tage hensyn til de uafhængige sagkyndige vurderinger, som den havde i sin besiddelse, og ved ikke at lade foretage nogen anden sagkyndig vurdering.
- 84 For det første har Retten med urette lagt til grund, at Kommissionen ikke foretog noget åbenbart urigtigt skøn ved at fastsætte BB's markedspris alene på grundlag af konsortiets bud. Ifølge delstaten Burgenland følger det nemlig af retspraksis, at der findes andre metoder, som afspejler salgsgenstandens reelle markedspris. Eftersom de fremsatte bud under alle omstændigheder ikke udgør den bedste omtrentlige vurdering af denne pris, burde Retten have efterprøvet, om dette var tilfældet med konsortiets bud. Retten har imidlertid ikke foretaget en sådan efterprøvelse i Burgenland-dommen, som begrænser sig til at henvise til den omtvistede afgørelse.

- 85 For det andet har delstaten Burgenland anført, at Retten har foretaget en urigtig gengivelse af den omtvistede afgørelse, som konstaterer, at udbudsproceduren var ulovlig grundet den retsstridige betingelse, der tog sigte på at undgå brugen af Ausfallhaftung, og at Retten har modsagt sig selv ved at lægge til grund, at udbudsproceduren både var ulovlig, grundet den nævnte retsstridige betingelse, og ubetinget. Denne ulovlige karakter af udbudsproceduren ville imidlertid have ramt konsortiets bud.
- 86 For det tredje har Retten foretaget en fejlagtig vurdering af delstaten Burgenlands argumentation og undladt at undersøge de faktiske omstændigheder ved i præmis 90 i Burgenland-dommen at fastslå, at den ulovlighed, som udbuddet var behæftet med, ikke havde haft indflydelse på størrelsen af buddene. Retten har nemlig begrænset sig til at henvise til den omtvistede afgørelse uden at have foretaget sin egen efterprøvelse, og navnlig uden at have efterprøvet, om Kommissionen havde taget hensyn til samtlige relevante oplysninger. Kommissionen begrænsede sig dog selv til at konstatere, at de nævnte betingelser ikke havde forårsaget nogen fordrejning af buddene i nedadgående retning, men undlod at undersøge, om de havde medført en sådan fordrejning i opadgående retning. Delstaten Burgenland fremhævede under sagens behandling i første instans, at konsortiets bud lå helt op til 200% over BB's værdi og dermed havde en fantasifuld karakter.
- 87 Selv om præmis 89 i Burgenland-dommen måtte betyde, at konsortiets bud skulle tages i betragtning trods dets overdrevne karakter, som ikke afspejlede BB's markedspris, har Retten for det fjerde støttet sig på selvmodsigende betragtninger. Det ville således være inkonsekvent at tage hensyn til fordrejninger i nedadgående, men ikke opadgående retning, når de følger af de samme omstændigheder.
- 88 For det femte tilsidesætter de betragtninger, der er anført i præmis 89 i Burgenland-dommen, princippet om ligebehandling af offentlig og privat ejendom, som er knæsat ved artikel 345 TEUF. De mangler, som Kommissionen konstaterede, var baseret på betingelsen om nødvendigheden af at undgå brugen af Ausfallhaftung. Såfremt delstaten Burgenland ifølge Kommissionen og Retten ikke kunne tage hensyn til de med Ausfallhaftung forbundne risici, måtte den nødvendigvis kunne se bort fra forhøjelsen af konsortiets bud, som kunne tilskrives disse risici, og som gjorde dette bud overdrevent. Ved at udelukke dette forhold, stillede Retten delstaten Burgenland ugunstigt i forhold til de private sælgere.
- 89 GRAWE har med sit andet appelanbringende ligeledes gjort gældende, at resultaterne af en udbudsprocedure kun udgør en gyldig indikator for markedsprisen, når udbuddet er åbent, gennemsigtigt og ubetinget. Ifølge Kommissionen og Retten blev dette centrale krav imidlertid ikke overholdt ved privatiseringen af BB på grund af betingelsen om nødvendigheden af at undgå brugen af Ausfallhaftung. Desuden affødte denne betingelse en fordrejning af konsortiets bud i opadgående retning, således som GRAWE har redegjort for over for Retten. Retten undersøgte imidlertid ikke denne forhøjelse, men begrænsede sig til at nævne Kommissionens holdning uden at have efterprøvet nøjagtigheden af den analyse, der var udarbejdet af Kommissionen, som ligeledes havde undladt at efterprøve, om der var sket en fordrejning af konsortiets bud i opadgående retning.
- 90 GRAWE har fremhævet, at en fordrejning af BB's markedspris i opadgående retning, i modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende for Retten, er relevant, fordi markedsprisen ved anvendelsen af kriteriet om den private investor svarer til den højeste pris, som en privat investor, der handler under normale konkurrencevilkår, er villig til at betale. Følgelig burde Retten have fastslået, at Kommissionen inden for rammerne af sin forpligtelse til at undersøge sagen omhyggeligt og upartisk burde have benyttet andre metoder til fastsættelse af markedsprisen.
- 91 Kommissionen har bestridt delstaten Burgenlands og GRAWE's argumentation.

Domstolens bemærkninger

- 92 Det fremgår af Domstolens faste praksis, at markedsprisen er den højeste pris, som en privat investor, der handler på normale konkurrencevilkår, er parat til at betale for et selskab i den situation, som det befinder sig i (jf. dom af 20.9.2001, sag C-390/98, Banks, Sml. I, s. 6117, præmis 77, og af 29.4.2004, sag C-277/00, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s. 3925, præmis 80).
- 93 Med henblik på undersøgelsen af markedsprisen kan de nationale myndigheder bl.a. tage hensyn til den form, under hvilken salget af et selskab har fundet sted, f.eks. offentligt udbud, som tilsigter at sikre et salg på markedsvilkår, eller en sagkyndig erklæring, som eventuelt er blevet udarbejdet ved salget (jf. i denne retning dom af 13.11.2008, sag C-214/07, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8357, præmis 59 og 60).
- 94 Det følger heraf, at det var med føje, at Retten i præmis 70 og 87 i Burgenland-dommen og i præmis 77 i GRAWE-dommen lagde til grund, at der er formodning for, at markedsprisen svarer til det højeste bud, når en offentlig myndighed foretager et salg af et selskab, som tilhører den, gennem en åben, gennemsigtig og ubetinget udbudsprocedure, idet det dog skal godtgøres, at dette bud for det første er bindende og troværdigt, og at en hensyntagen til andre økonomiske faktorer end prisen for det andet er ubegrundet.
- 95 Under sådanne omstændigheder kan det således ikke pålægges Kommissionen at benytte andre midler med henblik på undersøgelsen af markedsprisen, såsom uafhængige sagkyndige vurderinger.
- 96 Det var ligeledes med føje, at Retten i præmis 90 i Burgenland-dommen og i præmis 81 i GRAWE-dommen fastslog, at det højeste bud, der er fremsat i forbindelse med en udbudsprocedure, som er ulovlig på grund af retsstridige betingelser, alligevel kan svare til markedsprisen, når manglerne i udbudsvilkårene ikke har haft nogen indvirkning på beløbet af dette bud ved at fremkalde en nedsættelse af dette.
- 97 I den foreliggende sag undersøgte Kommissionen på den ene side – i forbindelse med sin komplekse økonomiske vurdering af spørgsmålet om, hvorvidt delstaten Burgenland havde handlet som en privat sælger – om de konstaterede mangler ved udbudsproceduren havde haft indflydelse på resultatet af denne procedure, og den påpegede – bl.a. på grundlag af konsortiets indlæg, ifølge hvilke den anså de omtvistede retsstridige betingelser for ikke anvendelige i fremtiden – at disse mangler ikke havde medført en nedsættelse af størrelsen af det højeste bud.
- 98 Eftersom delstaten Burgenland og GRAWE på anden side ikke fremførte noget argument for Retten til støtte for, at Kommissionens nævnte vurdering var fejlagtig, kan det ikke bebrejdes Retten, at den tilsluttede sig den konstatering, som Kommissionen havde foretaget, uden at have foretaget sine egne undersøgelser.
- 99 For så vidt som delstaten Burgenland og GRAWE har gjort gældende, at Kommissionen undlod at undersøge en fordrejning i opadgående retning af størrelsen af det højeste bud, og at Retten afholdt sig fra at påtale denne undladelse, er det tilstrækkeligt at bemærke, at det var med føje, at Retten i præmis 89 i Burgenland-dommen fastslog, at den private sælger under normale markedsvilkår i princippet vil vælge det højeste bud, når det er bindende og troværdigt, uden hensyn til de grunde, som har ført den potentielle køber til at afgive dette bud, og at påstanden om, at størrelsen af det af konsortiet afgivne bud var overdrevent, som følge heraf ikke kunne tages til følge.
- 100 Det følger af det ovenstående, at delstaten Burgenlands tredje appelanbringende og GRAWE's andet appelanbringende må forkastes som ugrundede.

Appelanbringenderne om vurderingen af de privilegerede udstedelser på 320 mio. EUR

Parternes argumenter

- 101 Delstaten Burgenland har med sit første appelanbringende gjort gældende, at Retten tilsidesatte dens ret til at blive hørt ved at undlade at vurdere dens argumentation, ifølge hvilken Kommissionen i 171. betragtning til den omtvistede afgørelse burde have taget hensyn til ikke blot de fordele, der fulgte af udstedelsen af de »yderligere« obligationslån til en værdi af 380 mio. EUR, men ligeledes de fordele, der var knyttet til udstedelsen af obligationslån til en værdi af 320 mio. EUR. Delstaten Burgenland har desuden anført, at den i sine bemærkninger til retsmøderapporten henlede Rettens opmærksomhed på denne argumentation, da den ikke var anført deri.
- 102 Eftersom en hensyntagen til de fordele, der var knyttet til udstedelsen af obligationslån til en værdi af 320 mio. EUR, for henholdsvis konsortiet og GRAWE ville fjerne ethvert element af støtte ved salget af BB til GRAWE, burde vurderingen af dette argument imidlertid have ført til en annullation af den omtvistede afgørelse. Afhængigt af forskellen på deres kreditværdighed og derfor på deres risikogrupper ville konsortiet som følge af den nævnte obligationsudstedelse således have fået en refinansieringsfordel på mindst 43,5 mio. EUR, mens den tilsvarende fordel for GRAWE kun ville have andraget mellem 3,52 og 8,32 mio. EUR.
- 103 Delstaten Burgenland har præciseret, at præmis 171 og 172 i Burgenland-dommen ikke kan anses for at rumme en vurdering af den omtalte argumentation, i betragtning af, at de ser bort fra denne, og at nævnte præmis 171 endvidere er behæftet med en begrundelsesmangel.
- 104 Delstaten Burgenland har tilføjet, at den vurdering, som Retten foretog i præmis 168-172 i Burgenland-dommen af dens øvrige argumentation angående det ottende appelanbringende, er baseret på en utilstrækkelig begrundelse og en utilstrækkelig retlig vurdering, en tilsidesættelse af de beviser, som den er fremkommet med, en selvmodsigelse i forhold til de konstateringer, der er anført i punkt 148 i den omtvistede afgørelse, og en undladelse af at efterprøve, om den omtvistede afgørelse var baseret på en hensyntagen til samtlige de relevante beviser.
- 105 GRAWE har med sit tredje appelanbringende anført, at selskabet under sagens behandling i første instans gjorde gældende, at konsortiet – afhængigt af forskellen på den kreditværdighed og derfor på de risikogrupper, som GRAWE selv og konsortiet var omfattet af – som følge af den nævnte obligationsudstedelse til en værdi af 320 mio. EUR fik en refinansieringsfordel på 42,5 mio. EUR, mens den fordel, som GRAWE fik ud af udstedelsen af samtlige obligationer til en værdi af 700 mio. EUR, kun androg 1,6 mio. EUR, således at den af de to konkurrenter budte købspris burde være blevet justeret med 40,8 mio. EUR til GRAWE's fordel. Retten undlod imidlertid i GRAWE-dommen at vurdere denne argumentation.
- 106 Ifølge GRAWE kan denne undladelse ikke begrundes med det forhold, at obligationsudstedelsen til en værdi af 320 mio. EUR var kendt af konsortiet og GRAWE, således at de kunne tage højde herfor i deres respektive bud. Eftersom Kommissionen og Retten havde lagt til grund, at de med Ausfallhaftung forbundne fordele ikke kunne vurderes inden for rammerne af kriteriet om den private investor, burde de således være blevet vurderet hver for sig for at sikre sammenhængen i argumentet.
- 107 Kommissionen er af den opfattelse, at delstaten Burgenlands og GRAWE's argumentation må afvises, da hverken den af delstaten Burgenland eller GRAWE for Retten indgivne stævning indeholdt et annullationsanbringende vedrørende vurderingen af de privilegerede udstedelser på 320 mio. EUR. Bemærkningerne til retsmøderapporten tilsigter således at indgive et nyt anbringende, som må afvises.
- 108 Kommissionen har subsidiært gjort gældende, at den nævnte argumentation er ugrundet.

- 109 En vurdering fra Rettens side af delstaten Burgenlands og GRAWE's argumentation kunne under alle omstændigheder ikke have ført til en ændring af domskonklusionen i Burgenland-dommen og GRAWE-dommen. Eftersom obligationsudstedelsen til en værdi af 320 mio. EUR var kendt af konsortiet og GRAWE, havde disse sidstnævnte nemlig taget højde herfor i deres respektive bud.

Domstolens bemærkninger

- 110 Det fremgår for det første af akterne i den sag, der lå til grund for Burgenland-dommen, at selv om delstaten Burgenlands argumentation vedrørende obligationsudstedelsen til en værdi af 320 mio. EUR ikke fremgår af stævningen som en særskilt del af ottende anbringende i den af delstaten Burgenland anlagte sag, indgår den ikke desto mindre i dette anbringende. Efter de præciseringer, som delstaten Burgenland er fremkommet med om retsmøderapporten, kunne det ikke give anledning til tvivl, at og i hvilket omfang denne argumentation, som allerede var anført i stævningen, forelå. Følgelig kan de nævnte præciseringer, i modsætning til, hvad Kommissionen har anført, ikke anses for at udgøre et nyt anbringende, som må afvises.
- 111 Det fremgår desuden af akterne i den sag, der lå til grund for GRAWE-dommen, at den nævnte argumentation fremgik tiltrækkeligt klart af GRAWE's søgsmål.
- 112 Det følger heraf, at Retten burde have undersøgt denne argumentation såvel i Burgenland-dommen som i GRAWE-dommen. I modsætning til, hvad Kommissionen har anført, fremgår det dog ikke af Burgenland-dommen og GRAWE-dommen, at Retten har foretaget en sådan vurdering.
- 113 Følgelig skal der i den foreliggende sag foretages en undersøgelse af den nævnte argumentation, som i det væsentlige er fremført af delstaten Burgenland og GRAWE henholdsvis i deres første og tredje appelanbringende.
- 114 I denne henseende er det tilstrækkeligt at erindre om, at det er blevet fastslået i denne doms præmis 99, at det var med føje, at Retten fastslog, at den private sælger under normale markedsvilkår i princippet vil vælge det højeste bud, når det er bindende og troværdigt, uden hensyn til de grunde, som har ført den potentielle køber til at afgive dette bud. Fra perspektivet for en sådan privat sælger er de årsager, der fører en bestemt tilbudsgiver til at afgive et bud af en vis størrelse, således ikke afgørende.
- 115 I den foreliggende sag er det ubestridt, at obligationsudstedelsen til en værdi af 320 mio. EUR var kendt af såvel konsortiet som af GRAWE, og at disse sidstnævnte følgelig tog højde herfor i deres respektive bud. I betragtning af, at der, henset til det i den foregående præmis anførte, ikke skal foretages en undersøgelse af de årsager, der har ført den potentielle køber til at afgive det højeste bud, følger det imidlertid heraf, at argumentationen om en sådan obligationsudstedelse under alle omstændigheder ikke kan tages til følge.
- 116 Navnlig ville den analyse, som delstaten Burgenland og GRAWE har henvist til, i den foreliggende sag ikke kunne begrænses til de blotte virkninger af obligationsudstedelsen til en værdi af 320 mio. EUR, men måtte ligeledes omhandle f.eks. de skattemæssige fordele, som visse af tilbudsgiverne kunne opnå ved en skattemæssig overførsel af BB's tab, eftersom ethvert element ved vilkårene for privatisering af en offentlig virksomhed, som Kommissionen med rette har påpeget, kan indebære særskilte fordele og ulemper for hver af de forskellige tilbudsgivere. Kommissionen er imidlertid ikke forpligtet til at foretage en sådan detaljeret og differentieret analyse for hver enkelt tilbudsgiver.
- 117 Det følger således af Domstolens faste praksis, at når en virksomhed bliver solgt til den højeste pris, som en privat investor, der handlede på normale konkurrencevilkår, var parat til at betale for selskabet i den situation, som det befandt sig i, er selskabet i enhver henseende blevet vurderet til

markedsprisen, og køberen kan ikke anses for at have haft nogen fordel i forhold til de øvrige aktører på markedet (jf. i denne retning Banks-dommen, præmis 77, og dommen af 29.4.2004 i sagen Tyskland mod Kommissionen, præmis 80).

- 118 Hvad for det andet angår delstaten Burgenlands påstande om Rettens vurdering af dens argumentation vedrørende obligationsudstedelsen til en værdi af 380 mio. EUR fremgår det dels af præmis 165 i Burgeland-dommen, at Retten tog hensyn til hele delstaten Burgenlands argumentation i denne henseende, og at den navnlig henviste til de beviser, som sidstnævnte har støttet sig på i forbindelse med sin appel.
- 119 Dels fremgår det af præmis 170 i Burgeland-dommen, at Retten forkastede denne argumentation, idet den fandt, at Kommissionen trods disse forhold kunne basere sin konklusion på de oplysninger, der var anført i den omtvistede afgørelse, uden at begå nogen fejl.
- 120 Det må herefter for det første fastslås, at den omhandlede begrundelse giver delstaten Burgenland mulighed for at få kendskab til begrundelsen for, at Retten forkastede denne argumentation, og Domstolen mulighed for at råde over de oplysninger, der er nødvendige for, at den kan udøve sin prøvelsesret. Dernæst rummer denne begrundelse hverken en utilstrækkelig retlig vurdering, en tilsidesættelse af de beviser, som delstaten Burgenland er fremkommet med, eller en undladelse af at efterprøve, om Kommissionen havde baseret den omtvistede afgørelse på en hensyntagen til samtlige de relevante beviser. Endelig giver læsningen af navnlig den første sætning i den nævnte præmis 170 ikke mulighed for at konstatere, at der foreligger en påstået selvmodsigelse mellem denne og de konstateringer, der er anført i punkt 148 i den omtvistede afgørelse.
- 121 Det følger af samtlige ovenstående betragtninger, at delstaten Burgenlands første appelanbringende og GRAWE's tredje appelanbringende må forkastes som ugrundede.
- 122 Da ingen af de anbringender, som delstaten Burgenland, Republikken Østrig og GRAWE har gjort gældende til støtte for deres appeller, kan tages til følge, skal appellerne forkastes i deres helhed.

Sagens omkostninger

- 123 I henhold til procesreglementets artikel 184, stk. 2, træffer Domstolen afgørelse om sagens omkostninger, såfremt appellen forkastes.
- 124 I henhold til procesreglementets artikel 138, stk. 1, der i medfør af samme reglements artikel 184, stk. 1, finder tilsvarende anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at delstaten Burgenland, Republikken Østrig og GRAWE tilpligtes at betale sagens omkostninger, og da de har tabt sagen, bør det pålægges dem at betale sagens omkostninger.
- 125 Procesreglementets artikel 140, stk. 1, der ligeledes finder anvendelse i appelsager i henhold til nævnte artikel 184, stk. 1, bestemmer, at medlemsstater, der er indtrådt i en sag, bærer deres egne omkostninger. I overensstemmelse hermed bærer Forbundsrepublikken Tyskland sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Anden Afdeling):

- 1) Appellerne forkastes.**
- 2) Delstaten Burgenland, Grazer Wechselseitige Versicherung AG og Republikken Østrig betaler sagens omkostninger.**

3) Forbundsrepublikken Tyskland bærer sine egne omkostninger.

Underskrifter