



## Jurisprudentie

ARREST VAN HET GERECHT (Zesde kamer)

28 februari 2012\*

„Staatssteun — Door Oostenrijkse autoriteiten in kader van privatisering van Bank Burgenland aan verzekeringsgroep Grazer Wechselseitige (GRAWE) verleende steun — Beschikking waarbij steun onverenigbaar met gemeenschappelijke markt wordt verklaard en terugvordering ervan wordt gelast — Criterium van particuliere investeerder in markteconomie — Toepassing bij optreden van staat als verkoper — Bepaling van marktprijs”

In de gevoegde zaken T-268/08 en T-281/08,

**Land Burgenland (Oostenrijk)**, vertegenwoordigd door U. Soltész en C. Herbst, advocaten,

verzoeker in zaak T-268/08,

**Republiek Oostenrijk**, vertegenwoordigd door G. Hesse, C. Pesendorfer, E. Riedl, M. Fruhmann en J. Bauer als gemachtigden,

verzoekster in zaak T-281/08,

tegen

**Europese Commissie**, aanvankelijk vertegenwoordigd door V. Kreuzschitz, N. Khan en K. Gross, vervolgens door V. Kreuzschitz, N. Khan en T. Maxian Rusche als gemachtigden,

verweerster,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van beschikking 2008/719/EG van de Commissie van 30 april 2008 betreffende staatssteun C 56/06 (ex NN 77/06) van Oostenrijk voor de privatisering van Bank Burgenland (PB L 239, blz. 32),

wijst HET GERECHT (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: M. Jaeger, president, N. Wahl (rapporteur) en S. Soldevila Fragoso, rechters,

griffier: T. Weiler, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 18 mei 2011,

het navolgende

\* Procestaal: Duits.

## Arrest

### Voorgeschiedenis van het geding

#### *Hypo Bank Burgenland AG en de Ausfallhaftung*

- 1 Tot aan haar privatisering was Hypo Bank Burgenland AG (hierna: „BB”) een regionale bank in de vorm van een vennootschap op aandelen naar Oostenrijks recht, gevestigd te Eisenstadt (Oostenrijk). Haar hoofdactiviteit die oorspronkelijk bestond uit het verstrekken van hypothecaire leningen en de uitgifte van hypothecaire en gemeentelijke obligaties, strekte zich geleidelijk uit tot alle soorten bancaire en financiële diensten. BB had in 2005 een totale balanswaarde van 3,3 miljard EUR en was voor 100 % in handen van de deelstaat Burgenland.
- 2 Volgens § 4 van het Landes-Hypothekenbank Burgenland-Gesetz (Oostenrijkse wet betreffende hypotheekbanken van de deelstaat Burgenland, LGBl. nr. 58/1991), in de versie van LGBl. nr. 63/1998, is de deelstaat Burgenland overeenkomstig § 1356 van het Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Oostenrijks burgerlijk wetboek) bij insolventie van BB aansprakelijk voor alle verplichtingen van deze laatste. Deze bepalingen geven de schuldeisers van de bank rechtstreekse rechten tegen de garantieverlener die echter uitsluitend verplicht is tot betaling wanneer de activa van de bank onvoldoende zijn om tegemoet te komen aan de vorderingen.
- 3 Deze garantieregeling ten gunste van de openbare kredietinstellingen („Ausfallhaftung”), in het bijzonder die van de deelstaat voor BB en haar rechtsvoorgangers, bestaat in nagenoeg ongewijzigde vorm sinds 1928. Zij was noch temporeel, noch tot een bepaald bedrag beperkt. Overeenkomstig de wettelijke garantieregeling (Gewährträgerhaftung), die op 29 juni 1991 in werking trad, kreeg de deelstaat Burgenland een provisie voor het verstrekken van deze wettelijke garantie. Krachtens een overeenkomst tussen de Commissie van de Europese Gemeenschappen en de Republiek Oostenrijk op basis waarvan beschikking C(2003) 1329 def. van de Commissie van 30 april 2003 betreffende steunmaatregel E 8/02 is vastgesteld (PB C 175, blz. 8), moest de Ausfallhaftung op 1 april 2007 zijn opgeheven. Voor alle op 2 april 2003 bestaande verplichtingen bleef de Ausfallhaftung in beginsel gelden tot de vervaldag ervan. In de periode van 2 april 2003 tot 1 april 2007 kon de Ausfallhaftung, wat de nieuwe verplichtingen betreft, worden gehandhaafd op voorwaarde dat zij vóór 30 september 2017 vervielen.

#### *Door de Commissie in 2004 toegestane steun voor de herstructurering van BB*

- 4 Na een fraude in verband met de aan HOWE Bau AG verleende kredieten, die bij de controle van de jaarrekeningen van BB over het boekjaar 1999 werd vastgesteld, kende BB ernstige financiële moeilijkheden. De deelstaat Burgenland sloot dus op 20 juni 2000 een garantieovereenkomst voor een bedrag van 171 miljoen EUR, vermeerderd met 5 % rente, ter dekking van de oninbare vorderingen op BB, die tot een schuldoverlast van deze vennootschap zouden hebben geleid. Ter dekking van bij een diepgaande controle aan het licht gekomen bijkomende dubieuze vorderingen werd voorts op 23 oktober 2000 een kaderovereenkomst gesloten met Bank Austria Creditanstalt AG, de belangrijkste schuldeiser van BB. Deze overeenkomst voorzag in afstand door Bank Austria Creditanstalt ten gunste van BB van terugbetaling van leningen, een tussen deze twee partijen gesloten regeling over de toekomstige winsten en een garantie van de deelstaat Burgenland ten belope van 189 miljoen EUR.
- 5 De Republiek Oostenrijk meldde bij brief van 18 juni 2002, met aanvullingen op 3 juli 2002 en 9 september 2002, bij de Commissie de door de deelstaat Burgenland toegekende garanties aan en diende een herstructureringsplan voor BB in.
- 6 De Commissie stelde Oostenrijk bij brief van 26 juni 2003 in kennis van haar besluit tot inleiding van de formele procedure van artikel 88, lid 2, EG ten aanzien van voormelde steunmaatregelen.

- 7 De Oostenrijkse autoriteiten deelden bij brief van 19 december 2003 hun intentie mee om de aangemelde steunmaatregelen in het kader van de privatisering van BB te wijzigen.
- 8 De Commissie stelde de Republiek Oostenrijk bij brief van 21 januari 2004 in kennis van haar besluit om de formele procedure van artikel 88, lid 2, EG uit te breiden tot de geplande wijzigingen van de herstructureringssteun aan BB.
- 9 De Commissie gaf op 7 mei 2004 beschikking 2005/691/EG betreffende staatssteun nr. C 44/2003 (ex NN 158/2001) die Oostenrijk voornemens is toe te kennen aan BB (PB 2005, L 263, blz. 8; hierna: „beschikking van 2004”). Volgens de Commissie waren de twee garantieovereenkomsten van de deelstaat Burgenland ten gunste van BB in wezen staatssteun, in het bijzonder omdat de voorwaarden voor deze maatregelen voor een particuliere investeerder niet aanvaardbaar zouden zijn geweest en BB dus een kunstmatig voordeel op haar concurrenten kreeg. Deze maatregelen en hun gevolgen voor de huidige en potentiële concurrenten uit andere lidstaten vervalsen de mededinging of dreigen ze te vervalsen en beïnvloeden het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig. De Commissie kwam evenwel tot de conclusie dat de litigieuze herstructureringsmaatregelen verenigbaar waren met de gemeenschappelijke markt overeenkomstig artikel 87, lid 3, sub c, EG juncto de communautaire richtsnoeren voor reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden (PB 1999, C 288, blz. 2). De Commissie wees er in het kader van haar onderzoek naar de levensvatbaarheid op lange termijn van de onderneming die steun ontvangt, op dat zij haar beoordeling baseerde op inlichtingen van de Oostenrijkse autoriteiten met name over het tijdschema voor de voltooiing van de geplande privatisering van BB.

*In het kader van de privatisering van BB genomen litigieuze maatregel*

- 10 Na twee vruchteloze pogingen in 2003 en 2005 startte de deelstaat Burgenland een derde aanbestedingsprocedure tot privatisering van BB. Daarmee werd de investeringsbank HSBC Trinkaus & Burkhardt KGaA, Düsseldorf (Duitsland), samen met HSBC plc, Londen (Verenigd Koninkrijk) (hierna samen: „HSBC”) belast. Deze procedure begon in oktober 2005 met de bekendmaking van een aanbesteding in de pers.
- 11 Slechts drie van de 14 bidders, die formeel blijk hadden gegeven van belangstelling voor de aanbesteding, deden tijdig een indicatief bod van 65 miljoen EUR, 100 miljoen EUR respectievelijk 140 miljoen EUR en namen deel aan de tweede aanbestedingsfase, waarin tot 6 februari 2006 een bindend bod diende te worden gedaan. Twee bidders, namelijk de Oostenrijkse verzekeringsmaatschappij Grazer Wechselfeitige Versicherung AG samen met de GW Beteiligungserwerbs- und -verwaltungs-GmbH (hierna: „GRAWE”) en een Oostenrijks-Oekraïens consortium met de Oostenrijkse ondernemingen SLAV AG en SLAV Finanzbeteiligung GmbH en de Oekraïense aandelenvennootschappen Ukrpodshipnik en Ilyich (hierna: „consortium”), deden bindende biedingen. Vervolgens werden deze biedingen individueel onderzocht en de contractuele onderhandelingen daarover werden op 4 maart 2006 afgesloten.
- 12 De deelstaat Burgenland besliste op 5 maart 2006 tot gunning van BB aan GRAWE, ondanks haar duidelijk lagere prijsaanbieding (100,3 miljoen EUR) dan het consortium (155 miljoen EUR). Dit besluit berustte met name op een schriftelijke aanbeveling van HSBC van 4 maart 2006 (hierna: „HSBC-aanbeveling”), die op de dag van het besluit werd aangevuld met mondelinge toelichtingen voor leden van de regering van de deelstaat Burgenland. Volgens de HSBC-aanbeveling pleitte de koop prijs weliswaar voor gunning aan het consortium, maar geboden de andere selectiecriteria, namelijk de zekere betaling van de prijs, de voortzetting van BB zonder beroep op de Ausfallhaftung, de kapitaalverhogingen en de transactie zekerheid, gunning aan GRAWE.

- 13 Ten slotte werd de verkoop van BB die de autoriteiten van Burgenland op 7 maart 2006 formeel goedkeurden, op 12 mei 2006 afgesloten. Vóór de afsluiting gaf BB in het kader van de Ausfallhaftung obligaties ten belope van 700 miljoen EUR uit, waarvan 350 miljoen door een dochtermaatschappij van GRAWE is onderschreven. Door de privatisering liep de in punt 3 hierboven bedoelde overgangperiode voor toepassing van de Ausfallhaftung ten slotte voortijdig af op de dag van deze afsluiting.

#### *Administratieve procedure*

- 14 Een klacht van het consortium bij de Commissie van 4 april 2006 stelde schending door Oostenrijk van de regels inzake staatssteun bij de privatisering van BB. Met name, aldus klager, leidde de aanbestedingsprocedure, die te zijnen aanzien partijdig, niet transparant en discriminerend was geweest, niet tot overdracht van BB aan de hoogste bieder (namelijk het consortium), maar aan GRAWE.
- 15 De Oostenrijkse autoriteiten beantwoordden een inlichtingenverzoek van de Commissie van 12 april 2006 bij brieven van 15 mei en 1 juni 2006. Vervolgens ontmoetten vertegenwoordigers van Oostenrijk en de Commissie elkaar op 27 juni 2006 en stuurde de Commissie op 17 juli 2006 een tweede inlichtingenverzoek dat de Oostenrijkse autoriteiten op 18 september 2006 beantwoordden. Het consortium verstreekte de Commissie nadere inlichtingen op 21 april en 2 juni 2006.
- 16 De Commissie stelde de Oostenrijkse autoriteiten bij brief van 21 december 2006 in kennis van haar besluit tot inleiding van de procedure van artikel 88, lid 2, EG ten aanzien van de verkoop van BB aan GRAWE. Dit besluit van de Commissie is gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 8 februari 2007 (PB C 28, blz. 8).
- 17 De Republiek Oostenrijk deelde de Commissie op 1 maart 2007 haar opmerkingen over dit besluit tot inleiding van deze procedure mee. Voorts ontving de Commissie een aantal opmerkingen en inlichtingen van belanghebbende derden, waaronder GRAWE en het consortium, waarover de Oostenrijkse autoriteiten opmerkingen maakten. Bovendien vonden verschillende bijeenkomsten tussen de vertegenwoordigers van Oostenrijk en de Commissie plaats. Ten slotte zonden de Oostenrijkse autoriteiten de Commissie meermaals nadere opmerkingen en documenten.
- 18 De Commissie stelde op 30 april 2008 beschikking 2008/719/EG betreffende staatssteun C 56/06 (ex NN 77/06) van Oostenrijk voor de privatisering van BB (PB L 239, blz. 32; hierna: „bestreden beschikking”) vast.

#### *Bestreden beschikking*

- 19 De Commissie herinnert er in de bestreden beschikking met name aan dat zij bij de toetsing van een maatregel in het kader van een privatisering aan de regels voor staatssteun moet uitgaan van meerdere beginselen die zij in het *XXIIIe verslag inzake het mededingingsbeleid* van 1993 (punten 402 e.v.) vastlegde, alsook van haar eerdere praktijk. In casu is niet voldaan aan de in dit verslag in herinnering gebrachte voorwaarden voor uitsluiting dat sprake is van staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG.
- 20 Op het punt of de verkoop van BB aan GRAWE staatssteun vormt, merkt de Commissie allereerst op dat de middelen van de deelstaat Burgenland (een van de negen deelstaten van Oostenrijk) in beginsel als „staats- of uit staatsmiddelen toegekende” middelen moeten worden beschouwd. Bovendien, aldus de Commissie, is GRAWE internationaal actief, zodat een eventueel ten laste van staatsmiddelen toegekend voordeel de mededinging in de banksector zou benadelen en de intracommunautaire handel beïnvloeden. Of GRAWE een selectief voordeel kreeg, hangt volgens de Commissie af van de vraag of de deelstaat Burgenland zich gedroeg als elke verkoper in een markteconomie (private vendor test).

- 21 Op dit laatste punt herinnert de Commissie eraan dat de deelstaat Burgenland een bod van het consortium had ontvangen voor een nominale waarde die 54,7 miljoen EUR hoger was dan dat van GRAWE, maar zij wijst erop dat een marktdeelnemer in een markteconomie niettemin het laagste bod kan kiezen in twee gevallen.
- 22 Het eerste betreft de situatie waarin de verkoop aan de hoogste bieder duidelijk niet uitvoerbaar is, waartoe in casu in de eerste plaats de transactie zekerheid gelet op de economische soliditeit van het consortium en in de tweede plaats de waarschijnlijkheid dat het consortium de vereiste vergunning uiteindelijk niet krijgt van de Finanzmarktaufsicht (Oostenrijkse autoriteit van toezicht op de financiële markten; hierna: „FMA”), moeten worden onderzocht. De Commissie zag niet alleen geen reden om te betwijfelen dat de door het consortium geboden aankoopprijs van 155 miljoen EUR kon worden gefinancierd, maar ook geen aanwijzing of bewijs dat de FMA de overdracht van BB aan het consortium zou hebben verboden.
- 23 Het tweede betreft de situatie waarin het gerechtvaardigd is ook andere factoren dan de prijs in aanmerking te nemen, waarbij alleen factoren in aanmerking mogen worden genomen die een investeerder in een markteconomie in aanmerking had genomen, hetgeen volgens de Commissie de risico's uitsluit die voortvloeien uit een eventueel geldende verplichting tot betaling van een als staatssteun te kwalificeren garantie als de Ausfallhaftung, waarop alleen de Oostenrijkse autoriteiten zich hebben beroepen. De Commissie preciseert op dit punt dat in het bijzonder volgens de rechtspraak bij onderzoek van de vraag hoe een investeerder zich in een markteconomie had gedragen, de rol van de staat als verkoper van een onderneming enerzijds en de verplichtingen die hij als overheid heeft anderzijds, niet door elkaar mogen worden gehaald. Geen enkele investeerder in een markteconomie had een garantie aanvaard die niet in overeenstemming is met het beginsel van de investeerder in een markteconomie, en de beschikking betreffende de afschaffing van de Ausfallhaftung bevestigt dat de Ausfallhaftung niet tegen marktvoorwaarden werd toegekend.
- 24 Gelet op al deze overwegingen was de bevoegde Oostenrijkse instantie volgens de Commissie niet opgetreden als een verkoper in een markteconomie. Het aan GRAWE toegekende economische voordeel komt op zijn minst overeen met het verschil tussen het bod van het consortium en de daadwerkelijke koopprijs.
- 25 De Commissie voegt er in het kader van het onderzoek van het betoog van Oostenrijk over de betekenis van de Ausfallhaftung aan toe dat het bod van GRAWE zelfs niet het beste bod was geweest, wanneer de deelstaat Burgenland deze garantie in aanmerking had genomen als criterium tot beoordeling van de biedingen.
- 26 Ten slotte kon de staatssteun die bestond in de verkoop van BB aan GRAWE, volgens de Commissie niet verenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden verklaard.
- 27 Het dispositief van de bestreden beschikking luidt:

*„Artikel 1*

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

*Artikel 2*

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

2. Het terug te vorderen bedrag omvat rente, welke wordt berekend vanaf het moment waarop de ontvanger over de steun kon beschikken tot aan de daadwerkelijke terugbetaling.

3. De rente wordt overeenkomstig verordening (EG) nr. 794/2004 berekend volgens de samengestelde interestformule.

### *Artikel 3*

1. De in artikel 1 vermelde steun wordt met onmiddellijke ingang en feitelijk teruggevorderd.

2. Oostenrijk garandeert dat deze beschikking binnen vier maanden na bekendmaking wordt omgezet.

### *Artikel 4*

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

- a) totaalbedrag (hoofdvordering en rente), welke van de ontvanger dient te worden teruggevorderd en dient te worden aangepast in overeenstemming met de door de Commissie in deze beschikking beschreven parameters, alsmede een nauwkeurige toelichting van de methode voor de berekening van dit bedrag en de beoordeling van het eigendom door een onafhankelijke expert;
- b) uitvoerige beschrijving van de maatregelen die zijn getroffen resp. gepland om deze beschikking uit te voeren;
- c) documenten waaruit blijkt dat aan de ontvanger een verzoek tot terugbetaling van de steun is uitgevaardigd.

2. Oostenrijk houdt de Commissie op de hoogte van de voortgang van de maatregelen voor het uitvoeren van deze beschikking totdat de terugbetaling van de in artikel 1 vermelde steun heeft plaatsgevonden. Op verzoek van de Commissie verstrekt Oostenrijk terstond informatie over de maatregelen die zijn getroffen resp. gepland om deze beschikking uit te voeren. Voorts verstrekt Oostenrijk uitvoerige informatie betreffende de steunbedragen en de rente welke de ontvanger reeds heeft terugbetaald.

### *Artikel 5*

Deze beschikking is gericht tot de Republiek Oostenrijk.”

### **Procesverloop en conclusies van partijen**

- 28 Bij op 11 en 15 juli 2008 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschriften, die respectievelijk als zaak T-268/08 en T-281/08 zijn ingeschreven, hebben de deelstaat Burgenland en de Republiek Oostenrijk de onderhavige beroepen ingesteld.
- 29 Bij beschikking van 20 april 2009 heeft de president van de Achtste kamer van het Gerecht, na de partijen te hebben gehoord, beslist de zaken T-268/08 en T-281/08 overeenkomstig artikel 50 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht te voegen voor de mondelinge behandeling en het arrest.
- 30 Bij de wijziging van de samenstelling van de kamers van het Gerecht is de rechter-rapporteur toegevoegd aan de Zesde kamer. Bijgevolg is de onderhavige zaak aan die kamer toegewezen.

- 31 Het Gerecht (Zesde kamer) heeft besloten om de mondelinge behandeling te openen.
- 32 Partijen hebben ter terechtzitting van 18 mei 2011 pleidooi gehouden en geantwoord op de vragen van het Gerecht.
- 33 Aangezien een lid van de Zesde kamer was verhinderd, heeft de president van het Gerecht zich krachtens artikel 32, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering ter aanvulling van de kamer aangewezen.
- 34 Bij beschikking van 18 november 2011 heeft het Gerecht (Zesde kamer) in nieuwe samenstelling de mondelinge behandeling heropend en partijen meegedeeld dat zij op een nieuwe terechtzitting zouden worden gehoord.
- 35 Bij brieven van 23, 24 respectievelijk 25 november 2011 hebben de Commissie en verzoekers het Gerecht meegedeeld dat zij ervan afzagen, opnieuw te worden gehoord.
- 36 Derhalve heeft de president van de Zesde kamer besloten de mondelinge behandeling af te sluiten.
- 37 De deelstaat Burgenland concludeert in zaak T-268/08 in wezen dat het het Gerecht behage:
- de bestreden beschikking nietig te verklaren;
  - de Commissie te verwijzen in de kosten.
- 38 De Republiek Oostenrijk concludeert in zaak T-281/08 dat het het Gerecht behage:
- de bestreden beschikking nietig te verklaren;
  - de Commissie te verwijzen in de kosten.
- 39 De Commissie concludeert in de zaken T-268/08 en T-281/08 dat het het Gerecht behage:
- de beroepen ongegrond te verklaren;
  - verzoekers te verwijzen in de kosten.

### **In rechte**

- 40 Verzoekers baseren hun beroepen formeel op negen middelen.
- 41 Deze middelen betreffen respectievelijk:
- onjuiste toepassing van artikel 87, lid 1, EG bij de vaststelling van de marktprijs van BB doordat de Commissie ten onrechte eiste dat een biedprocedure werd gehouden voor de litigieuze privatisering;
  - niet-inachtneming van de eerdere beschikkingspraktijk bij de toepassing van artikel 87, lid 1, EG;
  - onjuiste toepassing van artikel 87, lid 1, EG doordat de Commissie weigerde het onzekere resultaat en een eventueel langdurige vergunningsprocedure voor de FMA bij verkoop van BB aan het consortium in aanmerking te nemen;

- onjuiste toepassing van artikel 87, lid 1, EG doordat de deelstaat Burgenland bij de vergelijking van de biedingen van GRAWE respectievelijk het consortium de risico's van de Ausfallhaftung in aanmerking mocht nemen;
  - onjuiste toepassing van het beginsel van de onder marktvoorwaarden handelende particuliere koper in het kader van het subsidiaire onderzoek van de financiële risico's van de Ausfallhaftung;
  - onjuiste toepassing van artikel 87, lid 1, EG wegens schending van de regels inzake de bewijslast in het kader van de betrokken biedprocedure;
  - onjuiste toepassing van artikel 87, lid 1, EG daar het bod van het consortium niet als basis voor de vaststelling van de marktprijs van BB kon dienen;
  - onjuiste beoordeling van de uitgifte van extra obligaties in het kader van de Ausfallhaftung;
  - onjuiste toepassing op verschillende punten van artikel 87, lid 1, EG bij de vaststelling van het steunelement.
- 42 Het Gerecht acht het nuttig in de eerste plaats het eerste, het tweede, het zesde en het zevende middel van verzoekers te onderzoeken; deze middelen houden alle verband met het algemene kader van het onderzoek van de litigieuze verrichting.
- 43 Vóór het eigenlijke onderzoek van het betoog van partijen is een aantal opmerkingen vooraf over het begrip staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG alsook over de aard en omvang van het rechterlijke toezicht door de rechter van de Europese Unie daarop van belang.
- Opmerkingen vooraf over het begrip staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG alsook over de aard en omvang van het rechterlijke toezicht*
- 44 Artikel 87, lid 1, EG bepaalt: „Behoudens de afwijkingen waarin dit Verdrag voorziet, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.”
- 45 Volgens vaste rechtspraak vereist de kwalificatie van een maatregel als steun in de zin van artikel 87, lid 1, EG dat aan alle in deze bepaling bedoelde voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet het gaan om een maatregel van de staat of een maatregel die met staatsmiddelen is bekostigd. Ten tweede moet deze maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. Ten derde moet hij een voordeel verstrekken door bepaalde ondernemingen of producties te begunstigen. Ten vierde moet hij de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen (arrest Hof van 24 juli 2003, Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, Jurispr. blz. I-7747, punten 74 en 75, en arrest Gerecht van 22 februari 2006, Le Levant 001 e.a./Commissie, T-34/02, Jurispr. blz. II-267, punt 110).
- 46 In casu stellen verzoekers alleen de voorwaarde van een bestaand economisch voordeel aan de orde. De middelen tot ondersteuning van de onderhavige beroepen lijken namelijk in wezen te strekken tot bewijs dat de Commissie ten onrechte concludeerde dat sprake was van een voordeel ten gunste van GRAWE, dat overeenkomt met het verschil tussen het bod van GRAWE en dat van het consortium.
- 47 Dienaangaande kan de goederenlevering of dienstenverrichting tegen preferentiële voorwaarden volgens vaste rechtspraak een staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG vormen (zie in die zin arresten Hof van 2 februari 1988, Van der Kooy e.a./Commissie, 67/85, 68/85 en 70/85, Jurispr.



blz. 219, punten 28 en 29, en 20 november 2003, GEMO, C-126/01, Jurispr. blz. I-13769, punt 29, alsook arresten Gerecht van 16 september 2004, Valmont/Commissie, T-274/01, Jurispr. blz. II-3145, punt 44, en 1 juli 2010, Italië/Commissie, T-53/08, Jurispr. blz. II-3187, punt 79).

- 48 Toegepast op de verkoop van een goed aan een particulier door een overheidsinstantie, heeft dit beginsel tot gevolg dat met name moet worden vastgesteld of de koopprijs van dit goed overeenkomt met de marktprijs, in zoverre hij overeenkomt met de prijs die de verkrijger onder normale marktvoorwaarden had kunnen verkrijgen (zie in die zin arrest Valmont/Commissie, punt 47 hierboven, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Dientengevolge dient de Commissie het criterium van de particuliere marktdeelnemer in een markteconomie te hanteren om na te gaan of de door de steunontvanger betaalde prijs overeenkomt met de prijs die een particuliere marktdeelnemer onder normale mededingingsomstandigheden had kunnen vaststellen (zie in die zin arresten Hof van 2 september 2010, Commissie/Scott, C-290/07 P, Jurispr. blz. I-7763, punt 68, en 16 december 2010, Seydaland Verenigde Agrarbedriebe, C-239/09, Jurispr. blz. I-13083, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak). De concrete toepassing van dit criterium vereist in beginsel een complexe economische beoordeling (arrest Commissie/Scott, reeds aangehaald, punt 68).
- 49 Wat de aard en omvang van het rechterlijke toezicht betreft, dient er in de eerste plaats op te worden gewezen dat het begrip staatssteun, zoals omschreven in het Verdrag, een juridisch begrip is dat moet worden uitgelegd op basis van objectieve elementen. Daarom moet de Unierechter in beginsel en gelet op zowel de concrete gegevens van het hem voorgelegde geschil als het technische of ingewikkelde karakter van de door de Commissie gemaakte beoordelingen, volledig toetsen of een maatregel al dan niet binnen de werkingsfeer van artikel 87, lid 1, EG valt (arresten Hof van 16 mei 2000, Frankrijk/Ladbroke Racing en Commissie, C-83/98 P, Jurispr. blz. I-3271, punt 25, en 22 december 2008, British Aggregates/Commissie, C-487/06 P, Jurispr. blz. I-10515, punt 111). De Unierechter dient met name niet enkel de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen, de betrouwbaarheid en samenhang daarvan te controleren, maar moet ook nagaan of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe toestand en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen (arrest Commissie/Scott, punt 48 hierboven, punt 65 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 50 De Unierechter kan bij dit toezicht zijn beoordeling van de feiten, met name op economisch vlak, evenwel niet in de plaats stellen van die van de Commissie. Het toezicht door de rechterlijke instanties van de Unie van de ingewikkelde economische beoordelingen door de Commissie blijft namelijk noodzakelijkerwijze beperkt tot de vraag, of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn vastgesteld en of geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling dan wel van misbruik van bevoegdheid (zie arrest Commissie/Scott, punt 48 hierboven, punt 66 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en arrest Gerecht van 17 december 2008, Ryanair/Commissie, T-196/04, Jurispr. blz. II-3643, punt 41).
- 51 In de tweede plaats moet de rechtmatigheid van een beschikking van de Commissie inzake staatssteun worden beoordeeld aan de hand van de gegevens waarover de Commissie kon beschikken op het ogenblik waarop zij haar beschikking gaf (arresten Hof van 10 juli 1986, België/Commissie, 234/84, Jurispr. blz. 2263, punt 16, en 14 september 2004, Spanje/Commissie, C-276/02, Jurispr. blz. I-8091, punt 31, en arrest Valmont/Commissie, punt 47 hierboven, punt 38). Daaruit volgt in het bijzonder dat aangezien het begrip staatssteun beantwoordt aan een objectieve situatie die wordt beoordeeld op de datum waarop de Commissie haar beschikking vaststelt, het rechterlijk toezicht bovendien betrekking dient te hebben op de op deze datum verrichte beoordeling (arrest Hof van 1 juli 2008, Chronopost en La Poste/UFEX e.a., C-341/06 P en C-342/06 P, Jurispr. blz. I-4777, punt 144).

*Het eerste, het tweede, het zesde en het zevende middel*

Argumenten van partijen

- 52 Volgens het eerste middel van verzoekers kwam de Commissie onder verwijzing naar het *XXIIIe verslag inzake het mededingingsbeleid* ten onrechte tot de conclusie dat een overheidsbedrijf via een open, transparante en onvoorwaardelijke biedprocedure moest worden geprivatiseerd en dat een expertise niet volstond tot bepaling van een geldige marktprijs. Een privatisering zonder regelmatige aanbestedingsprocedure betekent niet dat sprake is van staatssteun, maar alleen dat het noodzakelijk is individueel te onderzoeken of de betrokken verkoop eventuele steunelementen bevat, hetgeen alleen op basis van een expertise kan worden nagegaan. Het *XXIIIe verslag inzake het mededingingsbeleid* verlicht met andere woorden alleen de last te bewijzen dat sprake is van staatssteun wanneer in het kader van een aanbestedingsprocedure wordt geprivatiseerd. Dit verslag, dat alleen de activiteiten van het directoraat-generaal Mededinging en de over een bepaalde periode als prioritair gestelde beleidsdoelstellingen beschrijft, heeft, ook gesteld dat de uitlegging door de Commissie ervan moet worden gevolgd, niettemin geen enkel dwingend rechtsgevolg.
- 53 In casu werd BB tegen marktprijs aan GRAWE verkocht. Dat blijkt duidelijk uit de onafhankelijke expertises, de indicatieve beoordeling van BB door HSBC aan het begin van de derde privatiseringsronde en de biedingen van de bidders bij de tweede privatiseringsronde (zie punt 68 van de bestreden beschikking). De betrokken evaluaties, met inbegrip van die van het consortium, taxeerden de waarde van BB tussen 44,4 en 75 miljoen EUR. Zoals blijkt uit de beschikkingspraktijk van de Commissie en haar mededeling 97/C 209/03 betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties (PB 1997, C 209, blz. 3), die naar analogie wordt aangevoerd, moeten dergelijke onafhankelijke evaluaties als geldig worden beschouwd voor de bepaling van de waarde van het goed dat wordt verkocht.
- 54 De Commissie, die in het kader van de formele onderzoeksprocedure alle noodzakelijke adviezen moet inwinnen om over alle gegevens van de zaak volledig te zijn ingelicht, heeft door zich niet te baseren op de haar reeds voorgelegde onafhankelijke beoordelingen (zie punt 68 van de bestreden beschikking) of niet om een nadere onafhankelijke expertise te verzoeken, niet zorgvuldig en onpartijdig de documenten onderzocht die haar ter beschikking zijn gesteld, juist om te bepalen of er sprake is van steun en, in voorkomend geval, wat het bedrag van de steun is.
- 55 Ten slotte strijdt de verplichting een aanbestedingsprocedure te houden, waarvan de Commissie uitgaat, volgens verzoekers met het criterium van de onder marktvoorwaarden handelende particuliere verkoper. Zij wijzen erop dat particulieren buiten of althans nagenoeg steeds buiten formalistische biedprocedures verkopen en veeleer veelal onderhandelen met de gekozen bidders. Voorts verleende de Commissie in het kader van haar beschikkingspraktijk de nationale autoriteiten een aanzienlijke marge om biedprocedures te houden. Bijgevolg ontbrak empirisch bewijs dat de in het kader van een aanbestedingsprocedure gedane biedingen een „betere benaderingswaarde” vormen (zie punt 112 van de bestreden beschikking) dan een taxering door een expert. Bovendien leidt de door de Commissie vereiste aanbestedingsprocedure, doordat de particuliere ondernemingen in het algemeen geen aanbestedingsprocedures houden, uiteindelijk tot een ongelijke behandeling ten nadele van de overheidsbedrijven in strijd met de artikelen 295 EG en 86 EG.
- 56 Volgens het tweede middel van verzoekers strijdt de bestreden beschikking met de eerdere beschikkingspraktijk van de Commissie, en dus met het beginsel van gelijke behandeling. Tot dusver nam de Commissie ingeval geen aanbestedingsprocedure bij een privatisering werd gehouden of zij onregelmatig was, steeds genoeg met expertises om de marktprijs te bepalen. Zij wijzen er bovendien op dat de Commissie naar hun weten in het kader van een privatisering slechts een enkele keer een steunelement vaststelde, namelijk in de zaak die leidde tot beschikking 2008/717/EG van de Commissie van 27 februari 2008 betreffende steunmaatregel C 46/07 (ex NN 59/07) die Roemenië aan

Automobile Craiova (voorheen Daewoo Romania) heeft verstrekt (PB L 239, blz. 12), waarin de Commissie, anders dan in casu, de marktwaarde op basis van een evaluatie van de geprivatiseerde onderneming vaststelde.

- 57 Volgens het zesde middel van verzoekers ging de eis van de Commissie dat de Oostenrijkse autoriteiten bewezen dat het consortium niet voldeed aan de criteria voor gunning van BB wat met name de transactie zekerheid of het vermijden van een beroep op de Ausfallhaftung betrof (zie met name de punten 129, 132, 133, 145 en 156 van de bestreden beschikking), voorbij aan de bewijslast en aan de op de bidders in een aanbestedingsprocedure rustende informatieplicht. Het bewijs dat eenieder voldoet aan de gunningscriteria, moet namelijk door de bidder zelf in de loop van de aanbestedingsprocedure en niet achteraf door de Commissie worden geleverd. In casu bewees het consortium niet tijdig zijn solvabiliteit en de herfinanciering van BB hoewel het naar behoren werd gewezen op zijn verplichting daartoe. Op straffe van discriminatie van de andere bidders moeten bewijzen achteraf niet-ontvankelijk worden verklaard. Verzoekers wijzen er ook op dat de deelstaat Burgenland bij gebreke van dergelijke bewijzen de solvabiliteit van het consortium rechtmatig kon betwijfelen.
- 58 Ten slotte, aldus het zevende middel van verzoekers, kon het aankoopbod van het consortium na de vastgestelde onregelmatigheden van de biedprocedure niet dienen voor de vaststelling van de marktprijs van BB (zie de punten 109-114 van de bestreden beschikking), daar zij berustte op onrechtmatige selectiecriteria als het in aanmerking nemen van de Ausfallhaftung (zie de punten 134 e.v. en 141 e.v. van de bestreden beschikking). De Commissie weigert in haar beschikkingspraktijk overigens rekening te houden met de resultaten van een onregelmatige aanbestedingsprocedure tot vaststelling van het steunelement. In casu bracht het grotere risico voor de deelstaat Burgenland dat een beroep op de Ausfallhaftung werd gedaan, het consortium onbetwistbaar ertoe zijn bod overdreven te verhogen als een met een „risicopremie” vergelijkbare compensatie. Het overdreven, ja zelfs fantastische, aankoopbod van het consortium wordt concreet bevestigd door het bedrag van de andere gedane biedingen (zie punt 66 van de bestreden beschikking) alsook door onafhankelijke evaluaties (zie punt 68 van de bestreden beschikking), waarmee de Commissie rekening had moeten houden.
- 59 De Commissie betwist alle door verzoekers aangevoerde grieven.

#### Beoordeling door het Gerecht

- 60 Het onderzoek van het eerste middel vereist in wezen een antwoord op twee vragen: de eerste vraag is of de Commissie op basis van het *XXIIIe verslag inzake het mededingingsbeleid* daadwerkelijk heeft geëist dat de marktprijs van BB slechts door een aanbestedingsprocedure kon worden bepaald. De tweede vraag is of de Commissie zonder kennelijk onjuiste beoordeling in casu geen beroep kon doen op in de procedure van onderzoek van de litigieuze maatregelen voorgelegde expertises waarvan verzoekers uitgaan voor de evaluatie van deze marktprijs.
- 61 Lezing van de bestreden beschikking in haar geheel leert dat verzoekers ten onrechte stellen dat de Commissie „uitgaat van het beginsel dat in het kader van een open, transparante en onvoorwaardelijke biedprocedure moet worden geprivatiseerd”. De Commissie vermeldde namelijk alleen dat zij „bij de beoordeling van een maatregel met het oog op staatssteun in het kader van een privatisering [uitgaat] van verschillende principes, welke zij in het *XXIIIe verslag inzake het mededingingsbeleid* [...] alsmede in haar verdere praktijk schriftelijk [had] vastgelegd”.
- 62 Punt 403 van het *XXIIIe verslag inzake het mededingingsbeleid* luidt:

„Ter wille van de doorzichtigheid is het de moeite waard de algemene beginselen te herhalen die de Commissie toepast op privatiseringen en die in de loop van de jaren zijn ontwikkeld op grond van nauwkeurig onderzoek van afzonderlijke gevallen.

Er moet op worden gewezen dat overeenkomstig artikel 222 [EG] het gemeenschapsrecht de regeling van het eigendomsrecht van particuliere of openbare bedrijven onverlet laat. Steun ter bevordering van privatiseringen vormt dus niet als zodanig een uitzondering op het grondbeginsel van onverenigbaarheid van staatsteun met de gemeenschappelijke markt als bepaald in artikel 92, lid 1.

Wanneer de privatisering plaatsvindt via de verkoop van aandelen op de effectenbeurs wordt in het algemeen aangenomen dat dit onder marktvoorwaarden gebeurt en dat er geen sprake is van steun. Vóór de eerste emissie mag de schuld afgeschreven of verminderd worden, zonder dat wordt verondersteld dat er sprake is van steun, zolang de opbrengst van deze emissie groter is dan de schuldenvermindering.

Indien de onderneming niet via een eerste beursemissie, maar via een bedrijfsverkoop wordt geprivatiseerd, dat wil zeggen via verkoop van het bedrijf als geheel of in delen aan andere ondernemingen, moeten de volgende voorwaarden in acht genomen worden, wil men er zonder nader onderzoek van uit kunnen gaan dat er geen sprake is van steun:

- er moet een aanbesteding plaatsvinden die openstaat voor iedereen, die doorzichtig is en onvoorwaardelijk met betrekking tot het verrichten van andere handelingen, zoals de verwerving van andere activa dan waarop inschrijving mogelijk is of de voortgezette exploitatie van bepaalde bedrijven;
- de onderneming moet aan de hoogste inschrijver worden verkocht, en
- inschrijvers moeten voldoende tijd en informatie tot hun beschikking krijgen om naar behoren de waarde van de activa te bepalen als basis voor hun inschrijving.

Privatiseringen via eerste emissie of openbare inschrijving onder de bovengenoemde voorwaarden hoeven niet van tevoren bij de Commissie aangemeld te worden met het oog op het onderzoeken van steunelementen, maar de lidstaten mogen dat wel doen, indien zij de extra wettelijke bescherming wensen die een formele goedkeuring geeft. In andere gevallen moeten bedrijfsverkopen worden onderzocht op mogelijke steunelementen en dienen zij derhalve aangemeld te worden. Dit geldt met name in de volgende gevallen:

- verkoop na onderhandeling met één enkele gegadigde of een aantal geselecteerde inschrijvers;
- verkoop voorafgegaan door de afschrijving van schulden door de staat, door andere openbare bedrijven of door een openbare instantie;
- verkoop voorafgegaan door de omzetting van schulden in aanwas van eigen vermogen of in kapitaalgroei, en
- verkoop onder voorwaarden die niet gebruikelijk zijn bij vergelijkbare transacties tussen particulieren.

In alle gevallen mag er geen discriminatie plaatsvinden op grond van de nationaliteit van gegadigden voor de desbetreffende aandelen of activa.

Verkoop onder voorwaarden die niet als normale handelsvoorwaarden beschouwd kunnen worden, moet worden voorafgegaan door een taxatie door onafhankelijke adviseurs. Privatiseringen in gevoelige sectoren (synthetische vezels, textiel, de automobieliindustrie enz.) moeten alle vooraf bij de Commissie worden aangemeld.”

- 63 Zoals verzoekers zelf toegeven, strekken de richtsnoeren in dit verslag alleen tot precisering van de gevallen waarin wordt vermoed dat de door de lidstaten overwogen privatiseringsmaatregelen geen steunelement bevatten en dus geen aanmelding ervan is vereist, tenzij de nationale autoriteiten zich willen verzekeren van de rechtszekerheid van de transactie.
- 64 Derhalve blijkt uit deze richtsnoeren niet dat de Commissie in alle gevallen eist dat een open, transparante en onvoorwaardelijke aanbestedingsprocedure wordt gehouden. Daarin wordt alleen erop gewezen dat de aanbestedingsprocedure, wanneer zij wordt gehouden, moet voldoen aan een aantal voorwaarden om aan te nemen dat de betrokken privatisering voldoet aan de Unierechtelijke bepalingen inzake staatssteun.
- 65 Ook geeft dit verslag geen enkel voor de onderhavige zaak relevant element inzake de eventuele ontvankelijkheid van de expertises tot vaststelling van de marktprijs van de entiteit waarvan de privatisering is gepland. Dienaangaande wordt over expertises alleen verduidelijkt dat „[v]erkoop onder voorwaarden die niet als normale handelsvoorwaarden beschouwd kunnen worden, moet worden voorafgegaan door een taxatie door onafhankelijke adviseurs”. Daarover gaat het hier nu juist niet aangezien de Commissie in het kader van de aanbestedingsprocedure tot privatisering van BB uitdrukkelijk uitsloot dat het ging om een verkoop onder bijzondere handelsvoorwaarden (zie in die zin punten 111 en 112 van de bestreden beschikking).
- 66 Blijkens al deze overwegingen is de stelling van verzoekers dat de Commissie op basis van het *XXIIIe verslag inzake het mededingingsbeleid* in strijd met het beginsel van gelijke behandeling van particuliere marktdeelnemers en publiekrechtelijke rechtspersonen ervan is uitgegaan dat bij verkoop van een onderneming tot privatisering alleen door een aanbestedingsprocedure de marktprijs ervan kon worden vastgesteld, niet onderbouwd.
- 67 Om al deze redenen dient geen uitspraak te worden gedaan over de juridische betekenis van het *XXIIIe verslag inzake het mededingingsbeleid* dat, zoals reeds vermeld, tot doel had de lidstaten met het oog op transparantie en verduidelijking te herinneren aan de door de Commissie gevolgde algemene richtsnoeren voor het onderzoek van maatregelen tot privatisering van ondernemingen.
- 68 In het kader van het eerste middel blijft dus te bepalen of de Commissie zonder kennelijk onjuiste beoordeling weigerde rekening te houden met de verschillende door verzoekers in casu aangevoerde expertises tot bepaling van de marktprijs van BB.
- 69 Dienaangaande komt de marktprijs van een onderneming, die in het algemeen afhangt van vraag en aanbod, overeen met de hoogste prijs die een particuliere investeerder onder normale mededingingsomstandigheden bereid is ervoor te betalen (zie in die zin arrest Hof van 29 april 2004, Duitsland/Commissie, C-277/00, Jurispr. blz. I-3925, punt 80, en de in punt 48 hierboven aangehaalde rechtspraak).
- 70 Wanneer een overheidsinstantie overweegt een aan haar toebehorend bedrijf te verkopen en daartoe een open, transparante en onvoorwaardelijke aanbestedingsprocedure houdt, kan dus worden vermoed dat de marktprijs overeenkomt met het hoogste bod, waarbij in de eerste plaats moet worden vastgesteld dat het bod bindend en geloofwaardig is en in de tweede plaats dat het ongerechtvaardigd is rekening te houden met andere economische factoren dan de prijs als de tussen de biedingen bestaande risico's buiten balans. De conclusie van de Commissie dat het steunelement kan worden beoordeeld op basis van de marktprijs, die zelf afhangt van de in het kader van een aanbesteding concreet gedane biedingen, geeft dus geen blijk van een kennelijk onjuiste beoordeling.
- 71 In dergelijke omstandigheden kan de Commissie niet worden verweten geen rekening te hebben gehouden met de in punt 68 van de bestreden beschikking vermelde onafhankelijke expertises, die het door verzoekers verdedigde idee bevestigen dat de door GRAWE voor de aankoop van BB geboden prijs overeenkomt met de marktprijs.

- 72 Op dergelijke expertises voor de bepaling van de marktprijs van BB een beroep doen heeft namelijk slechts zin ingeval geen enkele aanbestedingsprocedure voor de verkoop ervan zou zijn gehouden of eventueel ook ingeval tot de conclusie werd gekomen dat de gehouden aanbestedingsprocedure niet open, transparant en onvoorwaardelijk was. Dienaangaande vormen de in het kader van de aanbestedingsprocedure tot privatisering van een bepaald bedrijf geldig en daadwerkelijk gedane biedingen in beginsel onbetwistbaar een betere benaderingswaarde van de marktprijs ervan dan onafhankelijke expertises. Deze expertises, ongeacht de ervoor gekozen methode en parameters, berusten namelijk op een prospectief onderzoek en leiden dus tot een evaluatie van de marktprijs van het betrokken bedrijf voor een geringere waarde dan de waarde die voortvloeit uit in het kader van een regelmatige aanbesteding concreet en geldig gedane biedingen.
- 73 Om dezelfde redenen kan de Commissie niet worden verweten een ex-postonderzoek door een onafhankelijke expert niet noodzakelijk te hebben geacht of aldus haar plicht te hebben verzuimd om de door haar te beoordelen maatregelen zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken. Zoals duidelijk blijkt uit de punten 112 en 113 van de bestreden beschikking, ging de Commissie uit van de constatering dat bij bindende aankoopbiedingen voor BB, de onafhankelijke expertises, ongeacht door wie, wanneer of volgens welke analysemethode zij zijn opgesteld, als zodanig irrelevant waren om vast te stellen of de door GRAWE voor de overname van BB betaalde prijs overeenkwam met de marktprijs. Voorts hebben verzoekers niet aangetoond dat de Commissie verzuimde rekening te houden met alle haar in de administratieve procedure in het bijzonder door de Oostenrijkse autoriteiten verstrekte inlichtingen en beoordelingen.
- 74 Bijgevolg dient het eerste middel te worden afgewezen.
- 75 Het tweede middel van verzoekers, dat nauw verwant is met het eerste, strekt tot bewijs dat de bestreden beschikking afwijkt van de tot dusver door de Commissie gevolgde beschikkingspraktijk doordat de Commissie voor het eerst verlangde dat een lidstaat die een hem toebehorend bedrijf wenst te privatiseren, een open, transparante en onvoorwaardelijke aanbestedingsprocedure hield.
- 76 Op dit punt herinnert het Gerecht eraan dat het begrip staatssteun een juridisch begrip is en wordt uitgelegd op basis van objectieve elementen (zie arrest Valmont/Commissie, punt 47 hierboven, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak). De kwalificatie van een maatregel als staatssteun kan dus niet afhangen van een subjectieve beoordeling van de Commissie en moet worden bepaald ongeacht elke eerdere beschikkingspraktijk van de Commissie, gesteld dat die al bestaat (zie in die zin en naar analogie arrest Hof van 30 september 2003, Freistaat Sachsen e.a./Commissie, C-57/00 P en C-61/00 P, Jurispr. blz. I-9975, punten 52 en 53, en arrest Gerecht van 15 juni 2005, Regione autonoma della Sardegna/Commissie, T-171/02, Jurispr. blz. II-2123, punt 177).
- 77 Derhalve kunnen verzoekers geen schending van het beginsel van gelijke behandeling stellen door een beroep te doen op de eerdere beschikkingspraktijk. De Commissie, die gehouden is de aan elke zaak eigen omstandigheden individueel te onderzoeken, is niet gebonden door eerdere beschikkingen.
- 78 Verzoekers, die in het algemeen stellen dat de Commissie tot dusver de privatiseringen steeds „redde”, toonden hoe dan ook niet aan in hoeverre de omstandigheden die hebben geleid tot de door hen aangehaalde beschikkingen en de eraan onderliggende juridische overwegingen, vergelijkbaar zijn met die in de onderhavige zaak. In het bijzonder is niet aangetoond dat een van deze beschikkingen een situatie betrof waarin, zoals in casu, de conclusie luidde dat de marktprijs van het te verkopen goed of de te verkopen entiteit geldig was vastgesteld via een open, transparante en onvoorwaardelijke aanbestedingsprocedure.
- 79 Uit al deze overwegingen volgt dat het tweede middel in geen geval kan slagen.

- 80 Uit het zesde middel volgens hetwelk de Commissie voorbijging aan de op de bieders in een aanbestedingsprocedure tot privatisering van een onderneming rustende bewijslast en informatieplicht, blijkt meteen dat verzoekers in hun betoog de op de bieders in elke aanbestedingsprocedure rustende informatieplicht verwarren met het vereiste voor de Commissie om steunmaatregelen zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken.
- 81 Wat de op de bieders in een aanbestedingsprocedure rustende informatieplicht betreft, stellen verzoekers in wezen dat het consortium had moeten bewijzen dat het solvabel was, en dat de FMA zich voor verkoop van BB aan het consortium had uitgesproken.
- 82 Zoals de Commissie terecht opmerkte, kon het consortium evenwel juist geen enkele aanwijzing geven over het al dan niet gunstige resultaat van de vergunningsprocedure voor de FMA ingeval de deelstaat Burgenland had besloten het bod van dit consortium te aanvaarden. Aangezien het consortium een merkelijk hoger aankoopbod dan GRAWE deed en een bevoordeling van laatstgenoemde dus niet kon worden uitgesloten, was het trouwens juist zaak voor de bevoegde autoriteiten om ernstige aanwijzingen te geven dat het onderzoek door de FMA had geleid tot het verbod van de verkoop van BB aan het consortium, hetgeen zij hebben verzuimd.
- 83 Inzake het bewijs van de financiële draagkracht en solvabiliteit van het consortium blijkt geen van de partijen bij de formele onderzoeksprocedure te hebben betwijfeld of het consortium in staat was de nodige financiële middelen tot betaling van de aankoopprijs bijeen te brengen. Voorts wordt het bewijs van de financiële draagkracht van eenieder tot betaling van de geboden aankoopprijs blijkens het dossier in beginsel in een vroeg stadium van de aanbestedingsprocedure beoordeeld, namelijk in het „Due diligence”-stadium, waarbij volgens verzoekers de balansen alsook de persoonlijke en materiële middelen worden onderzocht van de bieders wier bod vast en ontvankelijk wordt geacht. Het bod van het consortium werd evenwel eerst in het eindstadium van de onderhandelingen in het kader van deze procedure afgewezen, gelet op wat in punt 53 van de bestreden beschikking is vermeld: „Bovendien is Oostenrijk er voorts van uitgegaan dat het consortium, zoals aangekondigd bij de onderhandelingen, een kapitaalkrachtige zakenpartner zou meebrengen.”
- 84 De andere door verzoekers aangehaalde aspecten, namelijk het vermogen van het consortium om bij overname van BB eventuele liquiditeitsproblemen te beheersen (zie punten 78 en 79 van de bestreden beschikking over de „Herfinanciering van BB na de verkoop”), zijn niet alleen slechts relevant ingeval de Ausfallhaftung in aanmerking moet komen, waarop hierna wordt ingegaan (zie punten 149 e.v. hierna), maar hoe dan ook evenmin gegrond. Uit de bestreden beschikking blijkt namelijk dat het consortium nooit het beginsel zelf van het risico van een afvloeiing van deposito's en de opzegging van Interbank-kredietlijnen heeft uitgesloten (ook al schatte het de omvang ervan aanzienlijk lager in dan de Commissie) en dat het als garantie intentieverklaringen van verschillende banken heeft voorgelegd (zie punt 78 van de bestreden beschikking). Derhalve kan niet worden gesteld dat het consortium geen blijk had gegeven van zijn solvabiliteit.
- 85 Bovendien bevestigden verzoekers op een vraag van het Gerecht ter terechtzitting of en in hoeverre zij de financiële draagkracht van het consortium betwijfelden om de aankoopprijs van BB van 155 miljoen EUR te betalen, dat zij geenszins betwijfelden dat het consortium deze prijs kon betalen.
- 86 Gelet op al deze overwegingen dient het zesde middel te worden afgewezen.
- 87 Aangaande ten slotte het zevende middel volgens hetwelk het bod van het consortium niet kon dienen voor de bepaling van de marktprijs, dient erop te worden gewezen dat, zoals blijkt uit het onderzoek van het eerste middel (zie met name punt 70 hierboven), wanneer een overheidsinstantie een haar toebehorend bedrijf overweegt te verkopen en daartoe een open, transparante en onvoorwaardelijke aanbestedingsprocedure houdt, kan worden vermoed dat de marktprijs overeenkomt met het hoogste

bod, waarbij in de eerste plaats moet worden nagegaan of het bod bindend en geloofwaardig is en in de tweede plaats of het niet gerechtvaardigd is rekening te houden met andere economische factoren dan de prijs zoals de tussen de biedingen bestaande risico's buiten balans.

- 88 De conclusie van de Commissie dat het steunelement kan worden beoordeeld op basis van de marktprijs, die zelf afhangt van de in de aanbesteding concreet gedane biedingen, geeft dus geen blijk van een onjuiste beoordeling.
- 89 Voorts zijn de subjectieve of strategische redenen waarom een bepaalde bieder een bod van een bepaald bedrag doet, niet beslissend voor een onder marktvoorwaarden handelende particuliere verkoper. Die verkoper zal in beginsel kiezen voor het hoogste bod, ongeacht de redenen waarom de potentiële kopers biedingen voor een bepaald bedrag doen. Bijgevolg moet de stelling van verzoekers dat het bedrag van het bod van het consortium overdreven is, worden afgewezen.
- 90 Met betrekking tot het betoog van verzoekers dat de Commissie zich niet kon baseren op de resultaten van een aanbestedingsprocedure die zij zelf onrechtmatig achtte, volstaat het erop te wijzen dat de Commissie, terwijl zij in het stadium van de inleiding van de formele onderzoeksprocedure de regelmatigheid van de aanbesteding betwijfelde, in het bijzonder wat de inachtneming van de gelijke behandeling van de bidders betreft (zie punt 42 van de bestreden beschikking), tot de conclusie kwam dat de tekortkomingen in de aanbestedingsvoorwaarden het bedrag van de concreet gedane biedingen niet hadden beïnvloed en het hoogste nominale bod dus een goede benaderingswaarde van de marktprijs vormde (zie punt 143 van de bestreden beschikking).
- 91 In het verlengde van de in het kader van het tweede middel uiteengezette overwegingen luidt de conclusie voorts dat de verwijzing naar de beweerdelijk vaste beschikkingspraktijk van de Commissie evenmin het door verzoekers verdedigde standpunt staaft. Wat met name de zaken betreft die leidden tot beschikking 2000/513/EG van de Commissie van 8 september 1999 betreffende de door Frankrijk toegekende staatssteun ten gunste van de onderneming Stardust Marine (PB 2000, L 206, blz. 6) en beschikking 2000/628/EG van de Commissie van 11 april 2000 betreffende de door Italië ten uitvoer gelegde steunregeling ten gunste van Centrale del Latte di Roma (PB L 265, blz. 15), waarnaar verzoekers verwijzen, volstaat het op te merken dat zij situaties betroffen waarin juist geen open, transparante en onvoorwaardelijke aanbestedingsprocedure was gehouden.
- 92 Bijgevolg moet ook het zevende middel worden afgewezen.

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

#### Argumenten van partijen

- 93 Verzoekers verwijten de Commissie de transactiezekerheid onvoldoende te hebben onderzocht in het kader van de toepassing van het criterium van de onder marktvoorwaarden handelende particuliere verkoper. Zij verwijten de Commissie in wezen bij de beoordeling en de vergelijking van de biedingen voor overname van BB onvoldoende rekening te hebben gehouden met het onzekere resultaat en met een mogelijk langdurige vergunningsprocedure voor de FMA bij verkoop van BB aan het consortium. Een particuliere verkoper had juist om die redenen het bod van GRAWE gekozen, dat afliep op 31 maart 2006, weliswaar lager was dan dat van het consortium, maar gelet op de in punt 68 van de bestreden beschikking aangehaalde expertises en de ervaring uit eerdere pogingen tot privatisering van BB, bijzonder interessant was.



- 94 Volgens verzoekers gaat de stelling van de Commissie dat de lengte van de procedure van onderzoek door de toezichthoudende autoriteit niet de uitsluiting van eenieder van een aanbestedingsprocedure kan rechtvaardigen, aangezien buitenlandse bidders dan zouden kunnen worden gediscrimineerd (zie punt 130 van de bestreden beschikking), eraan voorbij dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de rol van de staat als particuliere verkoper en zijn soevereine rol als autoriteit die de financiële markten reguleert. In dit opzicht konden de Oostenrijkse autoriteiten, gelet op de onafhankelijkheid van de FMA en de regels waaraan deze laatste is onderworpen, geen enkele informatie over het resultaat van de vergunningsprocedure krijgen. Het verwijt van de Commissie betreft bovendien geen vraag die binnen het recht inzake staatssteun (maar veeleer binnen de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal) valt, en gaat voorbij aan de bevoegdheidsverdeling tussen de federale staat en de deelstaten.
- 95 Ook, aldus verzoekers, komt de handelwijze van de deelstaat Burgenland om in eerste instantie de koper te kiezen en vervolgens de vereiste vergunningen aan te vragen, in casu niet alleen overeen met het criterium van de particuliere verkoper, maar is zij ook erkend in de beschikkingspraktijk van de Commissie.
- 96 Volgens verzoekers pleitten in casu tal van aanwijzingen, zoals met name blijkt uit een op 5 maart 2008 aan de Commissie meegedeelde brief van de adviseur van HSBC van 3 maart 2008, er tegen dat een vergunning had kunnen worden toegekend voor de verkoop van BB aan het consortium.
- 97 Zij wijzen er allereerst op dat de leden van het consortium niet zijn genoteerd door een internationaal erkend ratingbureau, terwijl dit, zoals de Commissie in verschillende van haar mededelingen en beschikkingen vermeldt, een onontbeerlijke voorwaarde is om op de Europese bancaire en kapitaalmarkten actief te kunnen zijn.
- 98 Vervolgens, aldus verzoekers, verwezen zij bij gebreke van een door het consortium voorgelegde solvabiliteitsanalyse naar de praktijk van de ratingbureaus, dat een bedrijf in beginsel niet hoger wordt geciteerd dan het land van vestiging, in casu Oekraïne, met maximumrating „BB” („sub investment grade”).
- 99 Voorts wijzen verzoekers op de gebreken van het door het consortium voorgelegde businessplan (zie brief van de Oostenrijkse autoriteiten van 1 maart 2007), het gebrek aan ervaring van het consortium op de Europese bancaire markt en het door dit consortium gewenste nieuwe handelsbeleid voor BB dat op termijn blijkens commentaar van HSBC kon leiden tot een wezenlijk verlies van eigen middelen, met steun door de deelstaat Burgenland krachtens de Ausfallhaftung tot gevolg. Volgens verzoekers zou met deze aspecten noodzakelijkerwijze rekening zijn gehouden door de FMA die krachtens de criteria van § 5, lid 1, punt 3, van het Bankwesengesetz (Oostenrijkse bankwet; hierna: „BWG”) had moeten beoordelen of het consortium een garantie van solide en omzichtig economisch beheer van BB na de overname ervan bood, hetgeen de Commissie in strijd met de motiveringsplicht van artikel 253 EG verzuimde.
- 100 De pessimistische beoordeling over de vergunning van de FMA bij verkoop van BB aan het consortium wordt ook gestaafd door de informatie over de structurele en functionele zwakheden van het Oekraïense bancaire systeem zoals zij met name blijken uit de periodieke rapporten van het Internationaal Monetair Fonds (IMF). Deze rapporten zijn expliciet vermeld door de Oostenrijkse autoriteiten in de formele procedure en zijn hoe dan ook publiek toegankelijk. In repliek vermelden verzoekers dat de recente ontwikkeling van de Oekraïense bancaire sector deze door hen ten tijde van de feiten geuite bezorgdheid bevestigt.
- 101 Volgens verzoekers dient er ook rekening mee te worden gehouden dat de FMA bij verwerving van BB door het consortium haar controleplicht moeilijker had kunnen nakomen wegens gebrek aan geïnstitutionaliseerde samenwerking tussen de FMA en de Oekraïense autoriteiten, met name via een met de Oekraïense nationale bank gesloten „Memorandum of Understanding”.

- 102 Bovendien, aldus verzoekers, baseerde de deelstaat Burgenland zich niet enkel op zijn eigen beoordeling, maar nam hij informeel contact op met de FMA om zich te vergewissen van de betrouwbaarheid van zijn prognose over de vergunning die deze instantie aan het consortium zou geven. Volgens de inlichtingen van de FMA was het resultaat van de vergunningsprocedure bij verwerving van BB door het consortium volledig open, maar had zij in eerste instantie zeker geleid tot een verbod in geval van verwerving van BB door het consortium. De onzekerheid en de langere duur van deze verwerving waren onaanvaardbaar voor de deelstaat Burgenland als particuliere verkoper. Bijgevolg ging de deelstaat Burgenland, zoals de Republiek Oostenrijk in haar brief van 1 juni 2006 vermeldde, uit van het beginsel dat „de FMA waarschijnlijk geen vergunning voor de verwerving van de bank door het consortium zou of kon geven”. De constatering in de beschikking in kort geding van het Landesgericht Eisenstadt (lokale rechtbank Eisenstadt, Oostenrijk) van 26 mei 2006 bevestigen deze feiten. Volgens verzoekers kon blijkens de besprekingen van de bevoegde autoriteiten met de FMA bij verkoop van BB aan GRAWE een vergunningsbesluit binnen enkele weken worden verwacht. De FMA gaf daarentegen te verstaan dat deze procedure bij verkoop van BB aan het consortium waarschijnlijk zes maanden of in het slechtste geval een jaar zou duren. De vergunningsprocedure voor de FMA zou bij verkoop aan het consortium ongetwijfeld merkkelijk langer hebben geduurd en het resultaat ervan zou veel onzekerder zijn geweest.
- 103 Ten slotte wijzen verzoekers erop dat de Commissie het criterium van de particuliere verkoper onjuist toepaste door, wat de verkoop van BB aan GRAWE betreft, het bewijs te eisen dat de verkoop aan het consortium kennelijk niet uitvoerbaar was of dat de FMA een verkoop aan het consortium zeker zou hebben verboden. Zoals de adviseur van HSBC in zijn opmerkingen van mei 2006 duidelijk uitlegde, had een redelijke particuliere verkoper gestreefd naar maximalisatie van de verwachte waarde van de aankoopprijs, gedefinieerd als het bod met de waarschijnlijk hoogste slaagkans. Aangezien de prijsaanbieding van GRAWE een merkkelijk hogere verwachte waarde dan die van het consortium had, was de gunning van de deelstaat Burgenland aan GRAWE gerechtvaardigd daar de grotere transactie zekerheid de door GRAWE geboden lagere nominale aankoopprijs ruimschoots compenseerde. De Commissie hield in haar analyse anders gezegd geen rekening met de vermoedelijke waarschijnlijkheidsgraad van 50 % dat de FMA geen vergunning voor de verkoop aan het consortium zou geven.
- 104 In replek benadrukken verzoekers dat de Commissie zichzelf tegenspreekt over de nauwkeurigheidsgraad waarmee de deelstaat Burgenland het resultaat van de procedure voor de FMA had kunnen voorzien: de Commissie erkende weliswaar dat het resultaat van deze procedure niet voorzienbaar was, maar eiste in andere passages van haar stukken dat de weigering van de vergunning voor de verwerving van BB aan de meestbiedende manifest was.
- 105 De Commissie betwist de grieven van verzoekers.

#### Beoordeling door het Gerecht

- 106 Het onderhavige middel betreft de in punt 121 in fine van de bestreden beschikking besproken problematiek van de vergunning door de toezichthoudende autoriteit voor de financiële markt, namelijk de FMA, in het kader van het privatiseringsproces. Volgens verzoekers rechtvaardigden het onzekere resultaat en de lengte van de vergunningsprocedure bij verkoop van BB aan het consortium namelijk dat BB uiteindelijk werd verkocht aan GRAWE, hoewel het bod van GRAWE lager was.
- 107 Dienaangaande zijn partijen het erover eens dat, zoals blijkt uit punt 120 van de bestreden beschikking, een volgens markteconomische principes handelende marktdeelnemer voor het lagere bod kan kiezen wanneer de verkoop aan de hoogste bieder duidelijk niet uitvoerbaar is. Meer bepaald is van belang dat de Commissie anders dan verzoekers te verstaan geven, in punt 125 van de bestreden beschikking duidelijk erkende dat een tegen marktvoorwaarden handelende verkoper niet zou kiezen voor een koper die naar alle waarschijnlijkheid de vereiste vergunning van de bevoegde autoriteit niet zou krijgen.

- 108 Het staat dus aan het Gerecht te bepalen of de Commissie blijk geeft van een kennelijk onjuiste beoordeling door te concluderen dat de door verzoekers aangevoerde elementen — tot bewijs in de eerste plaats dat de vergunning van de FMA voor de verkoop van BB aan het consortium onzeker was en in de tweede plaats dat de vergunningsprocedure voor de FMA bij verkoop van BB aan het consortium veel langer zou duren — niet rechtvaardigden, gelet op het criterium van de particuliere marktdeelnemer, dat werd besloten BB aan GRAWE te verkopen.
- 109 Wat in de eerste plaats de eigenlijke teneur van de vergunningsprocedure betreft, gold voor de verwerving van een aanmerkelijke participatie in een Oostenrijkse kredietinstelling blijkens het dossier een aangifte- en vergunningsplicht krachtens § 20, lid 3, BWG, die ten tijde van de feiten van toepassing was.
- 110 Voor het onderzoek van de verwerving van een aanmerkelijke participatie geldt een bekwaamheids- en eerbaarheidstest („Fit & Proper”), die wordt gedefinieerd in § 5, lid 1, BWG. Blijkens de punten 125 en 126 van de bestreden beschikking, die door partijen niet worden betwist, kan de FMA overeenkomstig § 20 BWG de koper van een bank pas aan de kwalificatie- en ervaringscriteria onderwerpen wanneer de onderhandelingspartijen een bindende koopovereenkomst hebben gesloten. De FMA kan dus niet meerdere potentiële kopers gelijktijdig beoordelen. De FMA bevestigde bovendien aan de Commissie dat zij de verwerving van een aanmerkelijke participatie eerst begint te onderzoeken wanneer bij de twee transactiepartijen sprake is van een concreet en openlijk voornemen tot verwerving en verkoop. In casu moest de deelstaat Burgenland dus definitief kiezen voor een van de biedingen tot aankoop van BB voordat de procedure tot vergunning van de overname kon beginnen voor de FMA. Bovendien heeft de FMA als onafhankelijke administratieve instantie volgens de inlichtingen van de Oostenrijkse autoriteiten zelf een plicht tot vertrouwelijkheid en onpartijdigheid. Zij kan dus niet a priori prognoses maken over het resultaat van ingeleide vergunningsprocedures.
- 111 Voorts zijn partijen het erover eens dat de FMA de verwerving binnen een termijn van drie maanden na de aangifte kan verbieden; geen verbod betekent vergunning voor de verwerving. De FMA, als het meer dan deze drie maanden onderzoek noodzakelijk acht, moet vóór afloop van de drie maanden de verwerving in eerste instantie verbieden. Dit laatste verbod laat de definitieve beslissing van de FMA over de verwerving van de aanmerkelijke participatie evenwel onverlet.
- 112 In de tweede plaats bestaat het betoog van verzoekers in wezen in het bijzonder ten eerste uit algemene overwegingen over de gereserveerde, ja zelfs afwijzende houding die de toezichthoudende autoriteiten hebben of in het algemeen zouden moeten hebben jegens marktdeelnemers uit Oekraïne, ten tweede uit aanwijzingen over de situatie van de consortiumleden en ten derde uit door de FMA zelf gegeven aanwijzingen.
- 113 Ten eerste zijn de algemene overwegingen over de zeer gereserveerde houding die de toezichthoudende autoriteiten (gelet in het bijzonder op de op Europees niveau geharmoniseerde procedureregels en beoordelingscriteria voor de prudentiële beoordeling van te verwerven of te vergroten participaties in entiteiten in de financiële sector) jegens natuurlijke of rechtspersonen uit Oekraïne — zoals blijkt uit het voorbeeld van de beslissing van de Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Duitse federale autoriteit voor toezicht op de financiële dienstverrichtingen), die na 13 maanden onderzoek de overname van NordFinanz Bank AG door een Oekraïense groep verbood of de weigering in 1994 om een voorganger van een van de consortiumleden (SLAV) een bankconcessie te verlenen — daadwerkelijk hebben of in het algemeen zouden moeten hebben, in casu irrelevant en ten gronde niet overtuigend.
- 114 Om te beginnen kunnen deze omstandigheden geen enkele aanwijzing geven over het concrete resultaat van de vergunningsprocedure voor de FMA ingeval de deelstaat Burgenland had beslist BB aan het consortium te verkopen. In casu ging het er niet om te bepalen of de instellingen van de Oekraïense banksector zijn onderworpen aan verplichtingen en controles van voldoende kwaliteit, dat wil zeggen van dezelfde kwaliteit als de verplichtingen en controles in de lidstaten van de Unie. Zoals

de Commissie duidelijk vermeldde zonder op dit punt door verzoekers te zijn weersproken, strekt het onderzoek door de FMA van de verwerving van participaties in banken ertoe te bepalen of de potentiële kopers, gelet op de kwalificatie- en ervaringscriteria in de zin van § 20 BWG, garanties van betrouwbaarheid bieden met het oog op een solide en transparant beheer van de betrokken kredietinstelling.

- 115 Voorts betreft een deel van het in casu met name in repleik overwogene duidelijk de ontwikkeling van nieuwe praktijken na de financiële crisis op wereldniveau. Blijkens de in punt 51 hierboven aangehaalde rechtspraak moet een beschikking van de Commissie inzake staatsteun op rechtmatigheid worden getoetst op basis van de inlichtingen waarover de Commissie ten tijde van de vaststelling ervan kon beschikken.
- 116 Er dient dus geen rekening te worden gehouden met ontwikkelingen na de vaststelling ervan, die per definitie niet ter kennis van de Commissie zijn gebracht. Ook het betoog inzake enerzijds de omzichtigheid die de controleorganen en de regulerende autoriteiten van de financiële sector na de financiële crisis voortaan moeten betrachten, en anderzijds de daaruit voortvloeiende eventuele wijzigingen in het toepasselijke recht moet niet-ontvankelijk worden verklaard.
- 117 Vervolgens verzwijgt het betoog van verzoekers dat de door het consortium geuite wens om BB te verwerven kon worden geanalyseerd als een wil om een kredietinstelling in Oostenrijk op te richten. Weliswaar brachten verzoekers de integratie van een van de consortiumleden, namelijk Active Bank, ter sprake, maar er is niet aangetoond dat deze integratie eerst na de eventuele verkoop van BB aan het consortium werd overwogen. Met deze omstandigheid kon dus geen rekening worden gehouden in het stadium van de onderzoeksprocedure voor de FMA.
- 118 Bovendien laten deze algemene overwegingen buiten beschouwing dat de FMA, zoals verzoekers in hun respectievelijk verzoekschrift stellen, elk verzoek tot verwerving van participaties in een financiële instelling onbevooroordeeld moet onderzoeken. Dat bepaalde consortiumleden oorspronkelijk in Oekraïne waren gevestigd, kan op zich alleen een negatieve beslissing van de FMA in de vergunningsprocedure niet verklaren.
- 119 Ten tweede zijn de door verzoekers aangevoerde aanwijzingen over het consortium, namelijk het ontbreken van een notering door een erkend internationaal bureau, de gestelde tekortkomingen in zijn bedrijfsplan, zijn gebrek aan ervaring of zijn binnen BB overwogen handelsbeleid, evenmin relevant voor de beoordeling van de slaagkansen van de vergunningsprocedure voor de FMA.
- 120 Allereerst hebben verzoekers niet aangegeven of en in hoeverre de FMA in haar beoordeling met deze omstandigheden rekening zou hebben gehouden.
- 121 Vervolgens, zoals de Commissie heeft benadrukt, geeft het betoog van verzoekers betreffende de gestelde tekortkomingen in het bedrijfsplan van het consortium, zijn gebrek aan ervaring of zijn binnen BB overwogen handelsbeleid, in feite uiting aan de bezorgdheid over de commerciële toekomst van BB, namelijk de te verkopen entiteit, waardoor een onder marktvoorwaarden handelende verkoper zich niet laat leiden.
- 122 Ten derde stellen verzoekers in wezen dat uit informele contacten met de FMA volgt dat bij verkoop aan GRAWE een vergunningsbesluit binnen enkele weken na de verkoop van BB kon worden verwacht, terwijl bij verkoop aan het consortium een vergunningsprocedure naar verwachting zes maanden, ja zelfs een jaar, zou duren. Deze op een bijeenkomst van 31 januari 2006 verstrekte inlichtingen zijn bevestigd op 2 maart 2006. De deelstaat Burgenland, die dus ervan op de hoogte was dat het resultaat van de vergunningsprocedure volledig open was, „[ging] ervan [uit] dat de FMA waarschijnlijk geen vergunning voor de verwerving van de bank door het consortium zou of kon geven”, en om die reden besloot de deelstaat tot overdracht van BB aan GRAWE.

- 123 Zoals de Commissie er in punt 127 van de bestreden beschikking op wees, zei de FMA door er informeel op te wijzen dat het resultaat van de vergunningsprocedure „volledig open” was, nog niets over het al dan niet negatieve resultaat ervan. De Commissie heeft de betekenis van de door de Oostenrijkse autoriteiten verstrekte inlichtingen niet verkeerd begrepen.
- 124 In de derde plaats dient aangaande de omstandigheid dat de mogelijke duur van de vergunningsprocedure voor de FMA in aanmerking is genomen, vooraf eraan te worden herinnerd dat de mogelijk langere duur van de procedure voor de FMA voor de Commissie geen beletsel voor een verkoop van BB aan het consortium kon zijn.
- 125 Dienaangaande motiveert de Commissie haar standpunt als volgt (zie punt 130 van de bestreden beschikking):
- „Ook de lengte van de FMA-procedure — minder dan drie maanden in het geval van GRAWE, maar mogelijk wel een jaar in het geval van het consortium — is op zich niet voldoende om het consortium als koper uit te sluiten. Oostenrijk heeft aangevoerd dat BB onder de aanhoudende onzekerheid had geleden, hetgeen de bank uiteindelijk in moeilijkheden had kunnen brengen. De Commissie kan dit argument noch principieel, noch in het concrete geval accepteren. In principe zou dit namelijk een discriminatie van alle bidders buiten de Europese Unie en mogelijk ook van bidders uit een andere lidstaat betekenen, aangezien hetzelfde argument voor elke, aan de FMA op dat moment onbekende bidder zou kunnen worden aangevoerd, d.w.z. voor elke niet-Oostenrijkse onderneming. Wat betreft het concrete geval stelt de Commissie vast dat BB zich ten tijde van de verkoop niet in moeilijkheden bevond. Aangezien de verkoop al sinds het jaar 2003 werd nagestreefd, is het ook niet voldoende duidelijk waarom er haast was geboden. Het in dit verband aangevoerde argument dat het bod van GRAWE tijdelijk was, kan evenmin worden geaccepteerd, aangezien er dan talloze mogelijkheden zouden ontstaan om op discriminerende wijze invloed uit te oefenen op aanbestedingsprocedures.”
- 126 De Commissie volgde dus de beoordeling van de Oostenrijkse autoriteiten dat bij aankoop van BB door het consortium een vergunningsprocedure tot een jaar moest worden verwacht (ook al leken zes maanden haar waarschijnlijker) terwijl deze procedure bij overname van BB door GRAWE drie maanden zou hebben geduurd (zie punt 130 van de bestreden beschikking).
- 127 Zij weigerde daarentegen om twee redenen aan te nemen dat deze omstandigheid het consortium kon uitsluiten: de eerste — theoretische — reden betreft het gevaar van discriminatie van alle niet-Oostenrijkse bidders en de tweede reden, die verband hield met het individuele geval, betreft de vaststelling dat BB ten tijde van de overdracht niet in moeilijkheden verkeerde en de verkoop van BB aan GRAWE dus niet spoedeisend was.
- 128 Zoals verzoekers erop wezen, wordt bij de eerste reden om de lengte van de vergunningsprocedure voor de FMA niet in aanmerking te nemen, namelijk het gevaar om in andere landen gevestigde bidders te discrimineren, voorbijgegaan aan het fundamentele onderscheid ter beoordeling of sprake is van een voordeel in de zin van artikel 87, lid 1, EG, tussen de verplichtingen die de staat heeft als onderneming die een economische activiteit uitoefent, en de verplichtingen die op hem kunnen rusten als overheid (zie in die zin arrest Ryanair/Commissie, punt 50 hierboven, punt 84).
- 129 In casu handelt de staat in het kader van de beslissing tot verkoop van BB weliswaar als een particuliere marktdeelnemer in een markteconomie, maar hij handelt als overheid wanneer hij optreedt als met de prudentiële beoordeling van verwervingen en vergrotingen van deelnemingen in de financiële sector belaste instantie. De deelstaat Burgenland kan dus niet worden verweten dat volgens de FMA een besluit tot vergunning van GRAWE, die bij deze instantie reeds bekend was, binnen enkele weken kon worden genomen, terwijl voor het consortium, dat bij de FMA onbekend was — zodat diepgaander onderzoek noodzakelijk was —, de vergunningsprocedure voor de privatisering van BB waarschijnlijk verschillende maanden zou duren.

- 130 De Commissie baseerde haar weigering om de mogelijk langere duur van de vergunningsprocedure voor de FMA bij verkoop van BB aan het consortium te beschouwen als een beletsel voor een dergelijke verkoop, dus ten onrechte op een bestaand gevaar van ongelijke behandeling van de bidders. Het is namelijk in tegenspraak om enerzijds het gedrag van de deelstaat Burgenland te toetsen aan het criterium van de particuliere marktdeelnemer in een markteconomie, en hem anderzijds het gevaar van schending van het non-discriminatiebeginsel wegens de verschillende duur van de vergunningsprocedure bij overdracht van BB aan GRAWE of aan het consortium tegen te werpen.
- 131 Deze vergissing leidt evenwel alleen tot ongeldigheid van de bestreden beschikking ingeval de Commissie haar standpunt op geen enkele andere geldige reden heeft gebaseerd. Volgens vaste rechtspraak kan een onjuiste reden de nietigverklaring van de handeling namelijk niet rechtvaardigen wanneer andere redenen een afdoende basis vormen (zie arrest Hof van 7 april 2011, Griekenland/Commissie, C-321/09 P, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 61 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 132 Tegen de tweede reden, die de Commissie in deze context aanvoert en het concrete geval betreft, dat geen bijzondere spoedeisendheid de verkoop van BB aan GRAWE veeleer dan aan het consortium rechtvaardigde, is niets in te brengen. Blijkens het feitenrelaas begon de deelstaat Burgenland in 2003 stappen te ondernemen voor de verkoop van BB en, zoals verzoekers stellen, is het juist omdat het privatiseringsproces van BB bijzonder lang en duur was geweest dat de deelstaat niet een extra kans om BB te verkopen wilde missen. Derhalve kan niet worden uitgesloten dat de deelstaat Burgenland gelet op de twijfel over het resultaat van de vergunningsprocedure voor de FMA verkoos BB te verkopen aan GRAWE waarvan het bod van beperkte duur was. De deelstaat Burgenland had evenwel ook nog concreet moeten aantonen dat de lengte van de procedure voor de FMA bij overdracht van BB aan het consortium de privatiseringskansen sterk had doen keren, hetgeen juist niet is aangetoond.
- 133 Uit al deze overwegingen volgt dat de Commissie zonder kennelijk onjuiste beoordeling tot de conclusie kwam dat noch het onzekere resultaat noch de waarschijnlijk langere duur van de procedure voor de FMA — ingeval tot overdracht van BB aan het consortium werd besloten — de uitsluiting van het consortium als koper rechtvaardigde.
- 134 In de vierde plaats kan het betoog van verzoekers dat de Commissie te streng is geweest bij de toepassing van de test van de particuliere investeerder in een markteconomie door in casu te eisen dat „duidelijk is dat de verkoop aan de hoogste bidder niet uitvoerbaar is” (zie punt 120 van de beschikking), evenmin slagen.
- 135 Lezing in haar geheel van de motivering van de bestreden beschikking inzake de transactiezekerheid wijst namelijk duidelijk op een verkeerde woordkeus door de Commissie, die het betoog van de Oostenrijkse autoriteiten tot bewijs van het onzekere resultaat en de mogelijk lange duur van de vergunningsprocedure voor de FMA aandachtig onderzocht. Zo gaf de Commissie duidelijk toe dat „het vanzelfsprekend [was] dat een tegen marktvoorwaarden handelende verkoper niet voor een koper zou kiezen die naar alle waarschijnlijkheid de vereiste goedkeuring van de FMA (of een andere bij de procedure betrokken autoriteit) niet zou verkrijgen” (punt 125 van de bestreden beschikking).
- 136 De Commissie ontzegde de deelstaat Burgenland in casu dus niet een „prognosemarge”. Zij kwam gewoon tot de conclusie dat er bewijzen noch aanwijzingen waren dat de FMA de verkoop aan het consortium zou verbieden (zie punt 133 van de bestreden beschikking).
- 137 Bovendien toonden verzoekers niet aan hoe zij kwamen tot een waarschijnlijkheid van 50 % dat de verkoop van BB aan het consortium niet zou worden uitgevoerd (en omgekeerd 50 % wel).
- 138 Aangaande ten slotte de nakoming van de motiveringsplicht inzake het in aanmerking nemen van de vergunningsprocedure voor de FMA, moet volgens vaste rechtspraak de door artikel 253 EG vereiste motivering beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en de redenering van de instelling

die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking doen komen, opdat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen. De aan de motivering te stellen eisen moeten worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij met name rekening moet worden gehouden met de inhoud van de handeling, de aard van de redengeving en het belang dat de adressaten of andere personen die door de handeling rechtstreeks en individueel worden geraakt, bij een verklaring kunnen hebben. Het is niet noodzakelijk dat alle relevante gegevens feitelijk of rechtens in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij de beoordeling van de vraag of de motivering van een handeling aan de vereisten van artikel 253 EG voldoet, niet alleen acht moet worden geslagen op de bewoordingen ervan, maar ook op de context en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen (zie arrest Chronopost en La Poste/UFEX e.a., punt 51 hierboven, punt 88 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 139 In casu konden verzoekers, gelet op de in de punten 125 tot en met 133 van de bestreden beschikking vermelde omstandigheden, duidelijk de redenering vatten die de Commissie tot de conclusie bracht dat een onder marktvoorwaarden handelende verkoper niet op basis van de gevolgen van de vergunningsprocedure voor de FMA zou hebben uitgesloten dat het consortium de koper van BB werd. Voorts was het Gerecht, zoals blijkt uit het onderzoek van het onderhavige middel, gelet op deze vermeldingen in staat toezicht uit te oefenen op deze redenering.
- 140 Gelet op alle voorgaande overwegingen moet het derde middel worden afgewezen.

*Vierde middel: onjuiste toepassing van artikel 87, lid 1, EG doordat de deelstaat Burgenland rekening mocht houden met de financiële risico's van de Ausfallhaftung*

#### Argumenten van partijen

- 141 Volgens verzoekers had een particuliere verkoper, anders dan de Commissie stelt, noodzakelijkerwijze rekening gehouden met de risico's van de Ausfallhaftung. Het door de Commissie gemaakte onderscheid tussen publiekrechtelijke en particuliere verkopers is bijzonder kunstmatig en formalistisch doordat het geen realistisch beeld van het gedrag van de marktdeelnemers geeft.
- 142 Verzoekers stellen in de eerste plaats dat in de zaken Gröditzter Stahlwerke (arrest Hof van 28 januari 2003, Duitsland/Commissie, C-334/99, Jurispr. blz. I-1139, punten 136 e.v.), Stardust Marine (arrest Hof van 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie, C-482/99, Jurispr. blz. I-4397) en BP Chemicals (arrest Gerecht van 15 september 1998, BP Chemicals/Commissie, T-11/95, Jurispr. blz. II-3235) weliswaar daadwerkelijk is ingegaan op de vraag of de staat als aandeelhouder of als overheid verbintenissen was aangegaan, maar dat daarin het duidelijk ging om andere feiten dan in de onderhavige zaak.
- 143 De deelstaat Burgenland trad in casu jegens BB niet op als overheid en verleende de Ausfallhaftung niet in het kader van zijn overheidsprerogatieven. Verzoekers wijzen er in het bijzonder op dat deze garantie berust op een Oostenrijkse privaatrechtelijke bepaling, namelijk § 1356 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch inzake de Ausfallbürgschaft (garantie bij niet-betaling). De Ausfallhaftung komt overeen met de „civielrechtelijke patronaatsverklaring”, die verschilt van de door de Duitse deelstaten verleende overheids garanties (Anstaltslast en Gewährträgerhaftung). Met de Ausfallhaftung verbetert de deelstaat Burgenland de economische positie van de bank en daarin weerspiegelen zich uiteindelijk alleen de belangen van de deelstaat als eigenaar. Deze beoordeling komt trouwens overeen met de rechtspraak van het Oberste Gerichtshof (Oostenrijks hooggerechtshof), dat in een arrest van 4 april 2006 verklaarde dat de „de Ausfallhaftung fungeert als vervanging van eigen middelen” en „dus een instrument van financiering van eigen middelen vormt”. Dat de deelstaat Burgenland zich bij wet tot de Ausfallhaftung heeft verbonden, volgt uit de noodzaak voldoende publiciteit aan de betrokken verplichting te geven.

- 144 In de tweede plaats, aldus verzoekers, erkende de Commissie de ten gunste van de Oostenrijkse banken verleende Ausfallhaftung als een bestaande en dus tot afloop van de overgangperiode rechtmatige staatssteun. Met de gevolgen ervan had rekening moeten worden gehouden in het kader van de beoordeling van de litigieuze privatiseringsmaatregel. De benadering van de Commissie op dit punt is tegenstrijdig en maakt de privatisering van een bank voor een deelstaat feitelijk onmogelijk wanneer hij niet tegelijk het risico kan reduceren de Ausfallhaftung te moeten toepassen.
- 145 In de derde plaats, aldus verzoekers, gaat de Commissie in de bestreden beschikking niet coherent in op het feit dat de Ausfallhaftung niet in aanmerking is genomen. De Commissie kan niet weigeren rekening te houden met de gevolgen van de Ausfallhaftung bij het onderzoek van de beslissing om BB te verkopen aan GRAWE en tegelijk de voor deze garantie te betalen provisie meetellen bij de berekening van het steunelement (zie punt 170 van de bestreden beschikking).
- 146 In de vierde plaats, aldus verzoekers, vormt de benadering van de Commissie een beletsel voor privatisering en is zij in strijd met de beschikking van 2004, die de privatisering van BB als voorwaarde voor de toekenning van herstructureringssteun stelde.
- 147 In de vijfde en laatste plaats, aldus verzoekers, verminderde de deelstaat Burgenland sterk de mededingingsverstorende gevolgen van de Ausfallhaftung door te beslissen tot verkoop van BB aan GRAWE, zijnde een onderneming met een solide notering en een minimaal risicoprofiel. Voorts wenste de deelstaat Burgenland zijn optreden toe te voegen aan de nuttige maatregelen die in het kader van de in de beschikking van 2004 bedoelde herstructureringssteun waren overeengekomen.
- 148 De Commissie betwist al deze grieven.

#### Beoordeling door het Gerecht

- 149 De Commissie beschreef in de bestreden beschikking (zie in het bijzonder voetnoot 9 bij punt 21) de Ausfallhaftung als een wettelijke garantieregeling, die de overheid, met name de regionale autoriteiten, ertoe verplicht om in geval van insolventie of liquidatie van de betrokken kredietinstelling steun te verlenen. Volgens deze garantie kunnen de crediteuren van de kredietinstellingen de openbare garantieverlener rechtstreeks aanspreken tot betaling van de vorderingen in geval van liquidatie of insolventie van de kredietinstelling en van onvoldoende activa van deze instelling om tegemoet te komen aan hun vorderingen. Verzoekers hebben deze beschrijving van de Ausfallhaftung niet formeel betwist.
- 150 Uit het voorstel van de Commissie inzake nuttige maatregelen betreffende de Ausfallhaftung volgt dat de Republiek Oostenrijk zich ertoe had verbonden deze garantie na een overgangperiode af te schaffen. Concreet blijft de Ausfallhaftung, zoals blijkt uit punt 3 hierboven, gelden voor de op 2 april 2003 bestaande verplichtingen tot de vervaldag ervan. Tijdens de overgangperiode die op 1 april 2007 afliep, kon de Ausfallhaftung voor nieuwe verplichtingen die vóór 30 september 2017 vervallen, worden gehandhaafd tenzij de betrokken kredietinstellingen eerder worden geprivatiseerd.
- 151 Bijgevolg moest de deelstaat Burgenland zich ondanks de privatisering van BB garant blijven stellen enerzijds voor de verbintenissen die (ongeacht de vervaldag ervan) vóór 2 april 2003 zijn aangegaan, en anderzijds voor de verbintenissen die tijdens de (tegelijk met de privatisering eindigende) overgangperiode zijn aangegaan en vóór 30 september 2017 zijn vervallen.
- 152 Gelet daarop moest de Commissie volgens verzoekers bij haar beoordeling van de aankoopbiedingen noodzakelijkerwijs rekening houden met de Ausfallhaftung die bij verkoop nagenoeg 3,1 miljard EUR passief van BB dekte. De deelstaat Burgenland, die zich mogelijk garant moest stellen voor het verlies dat BB ook na privatisering kon lijden, was gerechtigd zich te vergewissen van een voldoende garantie van betrouwbaarheid en solvabiliteit van de koper, naast het gewone vermogen om de aankoopprijs te



betalen, om elk gevaar van liquidatie of herstructurering van BB te voorkomen. Uiteindelijk, aldus de Oostenrijkse autoriteiten, rechtvaardigde een geringer risico om de garantieverplichting krachtens de Ausfallhaftung te moeten nakomen, volstrekt om de bank tegen een geringere dan de door het consortium geboden prijs aan GRAWE te verkopen.

153 Volgens de Commissie kon met de Ausfallhaftung, die eerder als bestaande steun was gekwalificeerd, evenwel geen rekening worden gehouden bij de toetsing zoals in casu van een gegeven transactie aan het beginsel van de marktdeelnemer onder marktvoorwaarden. Als reden geldt dat deze garantie, die als steun is gekwalificeerd, per definitie niet behoort tot de door een particuliere verkoper verleende steun. De Commissie heeft in de bestreden beschikking dus het feit dat geen rekening is gehouden met de Ausfallhaftung gemotiveerd als volgt:

„(135) Volgens de Commissie had de deelstaat Burgenland de ‚Ausfallhaftung‘ niet in aanmerking mogen nemen. Zou de ‚Ausfallhaftung‘ in aanmerking worden genomen, dan zou, zoals reeds uiteengezet in het besluit tot inleiding van de procedure, de rol van de deelstaat Burgenland als verstrekker van staatssteun en als verkoper van de bank worden verstrengd.

[...]

(137) [...] Het standpunt van Oostenrijk wordt niet onderbouwd door enig precedent waarin een tegen marktvoorwaarden handelende investeerder een als staatssteun geclassificeerde garantie in aanmerking zou hebben genomen: ex hypothesi zou geen enkele tegen marktvoorwaarden handelende investeerder een garantie hebben aanvaard die niet in overeenstemming zou zijn met het principe van de tegen marktvoorwaarden handelende investeerder, en de beschikking betreffende de afschaffing van de ‚Ausfallhaftung‘ bevestigt dat de ‚Ausfallhaftung‘ niet tegen marktvoorwaarden werd toegekend. Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat garanties die zijn geclassificeerd als onwettige steun, bij de berekening van de te verwachten liquidatiekosten niet in aanmerking mogen worden genomen. Omgekeerd betekent dit niet dat bestaande steun in aanmerking mag worden genomen. Volgens de Commissie is het niet relevant of het om onwettige of om bestaande steun gaat. Zolang de maatregel kan worden geclassificeerd als staatssteun, zou geen enkele tegen marktvoorwaarden handelende verkoper deze hebben toegestaan en derhalve een dergelijke maatregel niet in aanmerking hebben genomen.”

154 Deze standpuntbepaling door de Commissie moet worden goedgekeurd.

155 Volgens de rechtspraak moet bij de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder onderscheid worden gemaakt tussen de verplichtingen die de staat als aandeelhouder van een vennootschap heeft, en de verplichtingen die op hem als overheid kunnen rusten (arrest Hof van 14 september 1994, Spanje/Commissie C-278/92-C-280/92, Jurispr. blz. I-4103, punt 22).

156 Zo sloot het Hof in de zaak die leidde tot het arrest van 28 januari 2003, Duitsland/Commissie, punt 142 hierboven (punten 133-141), uit dat verschillende leningen en waarborgen die een particuliere investeerder nooit onder dezelfde voorwaarden had verleend en die als onrechtmatige staatssteun moesten worden gekwalificeerd, in aanmerking konden komen voor het onderzoek of de liquidatie van Gröditzter Stahlwerke duurder was dan de privatisering ervan tegen een negatieve verkoopprijs.

157 Verzoekers stellen ten onrechte dat die zaak irrelevant is aangezien zij een onrechtmatige staatssteun en niet een bestaande steun betrof. Bepalend voor de toepassing van het criterium van de particuliere marktdeelnemer is namelijk of de betrokken maatregelen behoren tot de steunmaatregelen die een onder marktvoorwaarden handelende marktdeelnemer, die op meer of min lange termijn winst wil boeken, had kunnen verlenen. Ongeacht de eventueel aan de litigieuze verbintenissen gegeven kwalificatie rijst dus fundamenteel de vraag of deze verbintenissen behoren tot die welke een onder marktvoorwaarden handelende marktdeelnemer zou aangaan.

- 158 Zelfs gesteld dat de Oostenrijkse autoriteiten in strijd met het dwingende karakter van de beschikking C(2003) 1329 def. in de onderhavige procedure de in die beschikking gegeven kwalificatie als staatssteun van de Ausfallhaftung konden betwisten, dan luidt de conclusie dat de Ausfallhaftung, gelet op de hierboven beschreven kenmerken van de regeling, niet is aangegaan tegen normale marktvoorwaarden en dus niet in aanmerking kan worden genomen bij de toetsing van het gedrag van deze autoriteiten aan het criterium van de onder marktvoorwaarden handelende particuliere investeerder.
- 159 Gelet op al deze overwegingen kan de Commissie niet worden verweten de Ausfallhaftung niet in aanmerking te hebben genomen bij de beoordeling van de biedingen van het consortium en van GRAWE voor de overname van BB.
- 160 Bijgevolg moet het vierde middel worden afgewezen.

*Vijfde middel: onjuiste toepassing van het beginsel van de onder marktvoorwaarden handelende marktdeelnemer bij het subsidiaire onderzoek van de risico's van de Ausfallhaftung*

- 161 Volgens dit middel van verzoekers was het subsidiaire onderzoek van de door de deelstaat Burgenland gelopen financiële risico's, indien was besloten tot verkoop van BB aan het consortium, onjuist. Zij wijzen er met name op dat de beoordeling van de omvang van het verlies aan liquiditeiten na de toepassing van de Ausfallhaftung berust op onjuiste uitgangspunten en onvoldoende gemotiveerd is. Voorts verzuimde de Commissie ten onrechte om in het scenario van de liquidatie van BB rekening te houden met een onafhankelijke expertise waarop de deelstaat Burgenland slechts kon vertrouwen.
- 162 Het is van belang eraan te herinneren dat de Commissie de argumenten van verzoekers over het in aanmerking nemen van de Ausfallhaftung ten overvloede heeft onderzocht (zie punten 144-157 van de bestreden beschikking). Na dit onderzoek kwam zij tot de conclusie dat het bod van GRAWE, ook al werd het standpunt van de Republiek Oostenrijk gevolgd en de Ausfallhaftung in aanmerking genomen, niet het beste bod was.
- 163 Aangezien het hoofdargument van de Commissie, namelijk dat de Ausfallhaftung bij de beoordeling van de aankoopbiedingen op BB niet in aanmerking kon komen (zie vierde middel), evenwel dient te worden bevestigd, behoeft niet te worden onderzocht of het onderhavige middel gegrond is, daar dit middel slechts tegen het subsidiaire betoog opkomt en de uiteindelijke beoordeling van de Commissie per definitie onverlet laat. Volgens vaste rechtspraak kan namelijk een onjuiste reden de nietigverklaring van de handeling die deze reden geeft, niet rechtvaardigen wanneer zij ten overvloede is gegeven en andere redenen een afdoende basis vormen (zie arrest Griekenland/Commissie, punt 131 hierboven, punt 61 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 164 Het onderhavige middel kan dus niet slagen.

*Achtste middel: onjuiste beoordeling van de uitgifte van obligaties in het kader van de Ausfallhaftung*

Argumenten van partijen

- 165 Volgens verzoekers kwam de Commissie ten onrechte tot de conclusie dat GRAWE door de uitgifte van de extra obligatielening ten belope van 380 miljoen EUR op de dag vóór de afsluiting van de verkoop, een voordeel kreeg. De Commissie negeerde namelijk dat de nieuwe obligatie-uitgifte blijkens verschillende getuigenissen en het door de Oostenrijkse autoriteiten meegedeelde tijdschema van de obligatie-uitgifte aan de twee bidders is meegedeeld en hun evenzeer ten goede kwam. Bovendien vergeleek de Commissie niet het respectieve voordeel dat de twee bidders hadden kunnen trekken uit de uitgifte van nieuwe obligaties gelet op het risicoprofiel en hun verschillende notering. Zij stellen

met name dat het voordeel van de Ausfallhaftung, gelet op de zeer goede notering van GRAWE, wat hen betreft slechts zeer beperkt zou zijn geweest. Het consortium had er massaal van geprofiteerd, hetgeen ruimschoots de aankoopprijs had gecompenseerd. De Commissie hield bij de vergelijking van de twee prijsaanbiedingen daarmee volstrekt geen rekening, hetgeen een kennelijke vergissing bij de vaststelling van de feiten is.

166 Bovendien, aldus verzoekers, was het voordeel voor GRAWE, ook wanneer de uitgifte van de extra obligatielening ten belope van 380 miljoen EUR alleen haar was toegezegd, gelet op haar uitstekend risicoprofiel slechts gering.

167 De Commissie betwist al deze grieven.

#### Beoordeling door het Gerecht

168 De Commissie trok in punt 171 van de bestreden beschikking de volgende conclusie:

„De uitgifte van extra obligaties ten bedrage van 380 miljoen EUR in het kader van de staatsgarantie is noch in de process letter, noch in het concept van de overeenkomst met GRAWE aangevoerd. Volgens de Commissie heeft deze overeenkomst een zeer belangrijke rol gespeeld bij het verkoopproces en had in het concept van de overeenkomst met het consortium moeten worden vermeld. Bovendien heeft het consortium bevestigd dat het in zijn bod geen rekening heeft gehouden met de uitgifte van extra obligaties. Volgens de Commissie vereist derhalve het voordeel dat aan GRAWE is verschaft door de gunstiger herfinancieringssituatie als gevolg van de beschikbaarstelling van nog eens 380 miljoen EUR, een aanpassing in de vorm van een verhoging van het verschil tussen het bod van het consortium en de daadwerkelijke koopprijs. Basis voor de berekening is de rente die BB betaalt voor de extra obligaties ten bedrage van 380 miljoen EUR, in vergelijking met de herfinancieringskosten van BB na het afsluiten van de overeenkomst.”

169 Het onderhavige middel van verzoekers keert zich tegen deze conclusie. Huns inziens wordt bij de aanpassing naar boven van de totaalwaarde van het door de uitgifte van extra obligaties ten belope van 380 miljoen EUR door GRAWE verkregen voordeel verzwegen dat ook het consortium zou hebben geprofiteerd van deze obligatie-uitgifte.

170 De Commissie weigerde blijkens de punten 148 en 171 van de bestreden beschikking weliswaar niet deze uitgifte van extra obligaties in aanmerking te nemen in het door de Oostenrijkse autoriteiten bij overdracht aan het consortium voorgestelde en subsidiair onderzochte liquidatiescenario, maar wees er in het kader van de beoordeling van het bedrag van het aan GRAWE verleende voordeel alleen op dat het bod van het consortium concreet geen rekening hield met de uitgifte van extra obligaties. In deze context hield de Commissie er rekening mee enerzijds dat de „process letter” en de conceptovereenkomst met het consortium niet spraken van de uitgifte van extra obligaties ten belope van 380 miljoen EUR en anderzijds dat het consortium bevestigde dat het inderdaad geen rekening met deze uitgifte had gehouden.

171 Het betoog van verzoekers dat GRAWE, ook al zou de uitgifte van extra obligaties alleen aan haar zijn toegezegd, gelet op haar betere financiële rating en gunstiger risicoprofiel dan het consortium geen enkel extra voordeel heeft genoten, berust op geen enkele overtuigende uitleg en moet om die reden alleen al worden afgewezen.

172 Ook al strekt het onderhavige middel van verzoekers er in feite toe te wijzen op het door de deelstaat Burgenland in het kader van de Ausfallhaftung gelopen financieel risico, moet eraan worden herinnerd dat, zoals blijkt uit het onderzoek van het vierde middel (zie punt 158 hierboven), deze garantie geen factor is waarmee bij de beoordeling van de litigieuze maatregel gelet op het criterium van de ondermarktvoorwaarden handelende investeerder rekening moet worden gehouden. Bovendien, zoals de

Commissie erop wees, was het bij de beoordeling van het steunbedrag niet van belang te bepalen wat het hypothetische voordeel voor BB zou zijn geweest ingeval zij werd gekocht door het consortium, maar veeleer te weten wat het voordeel was dat concreet en objectief aan GRAWE zou worden toegekend.

173 Het achtste middel moet derhalve worden afgewezen.

*Negende middel: onjuiste toepassing op verschillende punten van artikel 87, lid 1, EG bij de bepaling van het steunelement*

#### Argumenten van partijen

174 Verzoekers verwijten de Commissie te hebben geconcludeerd dat sprake was van steun zonder met zekerheid vast te stellen dat GRAWE was bevoordeeld. Dat is een onjuiste toepassing van artikel 87, lid 1, EG, aangezien onvoldoende onderscheid is gemaakt tussen het bestaan van steun en het belang van het steunelement. Zij verwijten de Commissie ook in punt 156 van de bestreden beschikking bij de vergelijking van het bod van het consortium met dat van GRAWE geen rekening te hebben gehouden met het risico van niet-betaling van de prijs door het consortium, hetgeen een kennelijke vergissing bij de vaststelling van de feiten vormt. Ten slotte verwijten zij de Commissie in punt 174, tweede zin, van de bestreden beschikking te hebben geëist dat rekening werd gehouden met het voordeel dat kan worden getrokken uit de fiscale verliesoverdracht terwijl de fiscale voordelen van de transactie voor het consortium niet zijn onderzocht.

175 De Commissie betwist de gegrondheid van de argumenten van verzoekers.

#### Beoordeling door het Gerecht

176 Verzoekers verwijten de Commissie dat zij een voordeel heeft vastgesteld zonder zich er zelfs van te vergewissen of de aanpassingen in de zin van de punten 167 tot en met 174 van de bestreden beschikking, die ertoe strekten rekening te houden met de verschillen tussen de gedane biedingen en het extra voordeel dat GRAWE uit de uitgifte van extra obligaties ten belope van 380 miljoen EUR kreeg, zouden leiden tot de conclusie dat sprake was van een negatieve steun.

177 Indien het subsidiaire betoog inzake het liquidatiescenario buiten beschouwing wordt gelaten en er rekening mee wordt gehouden dat de Commissie zonder kennelijk onjuiste beoordeling aannam dat alleen het extra voordeel dat GRAWE uit de uitgifte van extra obligaties ten belope van 380 miljoen EUR kreeg, in aanmerking moest komen (zie punten 168-171 hierboven), konden verzoekers niet aantonen dat deze aanpassingen het financiële voordeel zouden neutraliseren dat GRAWE door de privatisering van BB kreeg.

178 Het uitgangsbetrag van de terug te vorderen steun volgt namelijk in beginsel uit het verschil van 54,7 miljoen EUR tussen de prijsaanbieding van het consortium en de door GRAWE daadwerkelijk betaalde koopprijs; dit bedrag moet worden aangepast op basis van de verschillen in de parameters waarmee GRAWE respectievelijk het consortium bij hun prijsaanbiedingen tot aankoop van BB concreet rekening hielden. De bestreden beschikking voorziet evenwel slechts in twee soorten aanpassingen naar beneden, namelijk die voor een bedrag van 2,1 miljoen EUR dat voortvloeit uit het verschillende bedrag van de boeterente (zie punt 168 van de bestreden beschikking) en die voor een te bepalen bedrag dat overeenkomt met de overdracht aan de deelstaat Burgenland van vier onroerendgoedmaatschappijen (zie punten 18 en 172 van de bestreden beschikking).

179 Het negende middel is dus ongegrond en moet worden afgewezen.

180 Uit al het voorgaande volgt dat de onderhavige beroepen moeten worden verworpen.

## Kosten

- <sup>181</sup> Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien de Republiek Oostenrijk en de deelstaat Burgenland in het ongelijk zijn gesteld, dienen zij overeenkomstig de vordering van de Commissie te worden verwezen in de kosten.

HET GERECHT (Zesde kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **De beroepen worden verworpen.**
- 2) **De Republiek Oostenrijk en de deelstaat Burgenland worden verwezen in de kosten.**

Jaeger

Wahl

Soldevila Fragoso

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 28 februari 2012.

ondertekeningen