



Zbierka súdnych rozhodnutí

ROZSUDOK VŠEOBECNÉHO SÚDU (šiesta komora)

z 28. februára 2012*

„Štátna pomoc — Pomoc poskytnutá rakúskymi orgánmi skupine Grazer Wechelseitige (GRAWE) v rámci privatizácie spoločnosti Bank Burgenland — Rozhodnutie, ktorým sa pomoc vyhlasuje za nezlučiteľnú so spoločným trhom a nariaďuje sa jej vymáhanie — Kritérium súkromného investora v trhovom hospodárstve — Uplatnenie v situácii, keď štát koná ako predávajúci — Určenie trhovej ceny“

V spojených veciach T-268/08 a T-281/08,

Spolková krajina Burgenland (Rakúsko), v zastúpení: U. Soltész a C. Herbst, advokáti,

žalobkyňa vo veci T-268/08,

Rakúska republika, v zastúpení: G. Hesse, C. Pesendorfer, E. Riedl, M. Fruhmann a J. Bauer, splnomocnení zástupcovia,

žalobkyňa vo veci T-281/08,

proti

Európskej komisii, v zastúpení: pôvodne V. Kreuzsitz, N. Khan a K. Gross, neskôr V. Kreuzsitz, N. Khan a T. Maxian Rusche, splnomocnení zástupcovia,

žalovanej,

ktorých predmetom je návrh na zrušenie rozhodnutia Komisie 2008/719/ES z 30. apríla 2008 o štátnej pomoci C 56/06 (ex NN 77/06) Rakúska na privatizáciu spoločnosti Bank Burgenland (Ú. v. EÚ L 239, s. 32),

VŠEOBECNÝ SÚD (šiesta komora),

v zložení: predseda M. Jaeger, sudcovia N. Wahl (spravodajca) a S. Soldevila Frago,so,

tajomník: T. Weiler, referentka,

so zreteľom na písomnú časť konania a po pojednávaní z 18. mája 2011,

vyhlásil tento

* Jazyk konania: nemčina.

Rozsudok

Okolnosti predchádzajúce sporu

Hypo Bank Burgenland AG a Ausfallhaftung

- 1 Až do svojej privatizácie bola Hypo Bank Burgenland AG (ďalej len „BB“) regionálnou bankou majúcou formu akciovej spoločnosti podľa rakúskeho práva so sídlom v Eisenstadte (Rakúsko). Jej činnosti, ktoré pôvodne spočívali najmä v poskytovaní hypotekárnych úverov a vo vydávaní hypotekárnych a komunálnych záložných listov, sa postupne rozširovali na všetky druhy bankových a finančných služieb. V roku 2005 mala BB celkovú bilanciu vo výške 3,3 miliardy eur a všetky jej akcie vlastnila spolková krajina Burgenland.
- 2 Podľa § 4 Landes-Hypothekbank Burgenland-Gesetz (rakúsky zákon o krajinských hypotekárnych bankách spolkové krajiny Burgenland, LGBl č. 58/1991) v znení zákona LGBl č. 63/1998 spolková krajina Burgenland ručí ako ručiteľ podľa § 1356 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (rakúsky občiansky zákonník) v prípade platobnej neschopnosti BB za všetky jej záväzky. Podľa týchto ustanovení majú veritelia bánk priame nároky voči ručiteľovi, ktorý je však povinný plniť svoj záväzok iba vtedy, keď hodnota majetku banky nestačí na to, aby boli uspokojené pohľadávky veriteľov.
- 3 Tento režim záruky splnenia určený verejným úverovým inštitúciám (nazývaný Ausfallhaftung), a konkrétne ten, ktorý zriadila spolková krajina Burgenland v prospech BB a jej predchodcov, existuje prakticky v nezmenenej podobe už od roku 1928. Netýkal sa ani konkrétneho obdobia, ani konkrétnych súm. Podľa právneho režimu záruk (Gewährträgerhaftung), ktorý nadobudol účinnosť 29. júna 1991, spolková krajina Burgenland dostávala províziu za poskytnutie tejto zákonnej záruky. Podľa dohody uzatvorenej medzi Komisiou Európskych spoločenstiev a Rakúskou republikou, na základe ktorej bolo prijaté rozhodnutie Komisie K(2003) 1329 v konečnom znení z 30. apríla 2003 o pomoci E 8/02 [neoficiálny preklad] (Ú. v. EÚ C 175, s. 8), mala byť Ausfallhaftung zrušená do 1. apríla 2007. Pokiaľ ide o všetky záväzky existujúce k 2. aprílu 2003, Ausfallhaftung v zásade ostávala platná až do ich splnenia. Počas obdobia od 2. apríla 2003 do 1. apríla 2007 mohla Ausfallhaftung, pokiaľ ide o nové záväzky, byť ponechaná pod podmienkou, že k ich splneniu dôjde pred 30. septembrom 2017.

Pomoci na reštrukturalizáciu BB schválené Komisiou v roku 2004

- 4 V dôsledku podvodu spojeného s úverom poskytnutým HOWE Bau AG, ktorý bol konštatovaný pri overovaní ročnej uzávierky za rok 1999, sa BB ocitla vo vážnych finančných ťažkostiach. Spolková krajina Burgenland preto uzatvorila 20. júna 2000 záručnú dohodu na sumu 171 miliónov eur, zvýšenú o úrok vo výške 5 % na účely pokrytia nevymáhateľných pohľadávok vo vlastníctve BB, ktoré by inak spôsobili platobnú neschopnosť BB. Okrem toho na účely dodatočnej potreby tvorby opravných položiek zistenej v rámci rozsiahlej kontroly bola uzatvorená 23. októbra 2000 rámcová dohoda s hlavným veriteľom BB, t. j. Bank Austria Creditanstalt AG. Obsahom tejto dohody bolo to, že Bank Austria Creditanstalt sa vzdáva splatenia pohľadávok voči BB, ďalej dohoda o rozdelení zisku v budúcnosti uzatvorená medzi týmito dvoma stranami a napokon záruka spolkové krajiny Burgenland v sume 189 miliónov eur.
- 5 Listom z 18. júna 2002 a doplnujúcimi oznámeniami z 3. júla a 9. septembra 2002 Rakúska republika oznámila Komisii záruky poskytnuté spolkovou krajinou Burgenland a predložila jej plán reštrukturalizácie BB.
- 6 Listom z 26. júna 2003 Komisia oznámila rakúskym orgánom v súvislosti s opísanými opatreniami štátnej pomoci svoje rozhodnutie o začatí konania podľa článku 88 ods. 2 ES.

- 7 Listom z 19. decembra 2003 rakúske orgány oznámili zámer zmeniť v rámci privatizačného procesu BB oznámené opatrenia pomoci.
- 8 Listom z 21. januára 2004 Komisia oznámila Rakúskej republike svoje rozhodnutie rozšíriť formálne konanie podľa článku 88 ods. 2 ES na plánované zmeny pomoci na reštrukturalizáciu BB.
- 9 Dňa 7. mája 2004 Komisia prijala rozhodnutie 2005/691/ES o štátnej pomoci č. C 44/03 (ex NN 158/01), ktorú chce Rakúsko udeliť v prospech Bank Burgenland AG (Ú. v. EÚ L 263, 2005, s. 8) (ďalej len „rozhodnutie z roku 2004“). Komisia v podstate dospela k záveru, že obe záručné dohody spolkovkej krajiny Burgenland v prospech BB predstavovali štátnu pomoc, najmä preto, že opatrenia boli prijaté za podmienok, ktoré by boli pre súkromného investora neprijateľné, a umelo posunuli BB voči konkurentom do výhodnej pozície. Okrem toho uvedené opatrenia a ich účinky na súčasných a potenciálnych konkurentov z iných členských štátov skresľujú hospodársku súťaž a ovplyvňujú obchod medzi členskými štátmi alebo tým hrozia. Komisia však dospela k záveru, že sporné opatrenia reštrukturalizácie boli zlučiteľné so spoločným trhom v súlade s článkom 87 ods. 3 písm. c) ES v spojení s usmerneniami spoločenstva o štátnej pomoci na záchranu a reštrukturalizáciu firiem v ťažkostiach (Ú. v. ES C 288, s. 2; Mim. vyd. 08/001, s. 322). Komisia v rámci skúmania dlhodobej životaschopnosti podniku, ktorému bola poskytnutá pomoc, zdôraznila, že jej posúdenie bolo založené na informáciách dodaných rakúskymi orgánmi, najmä pokiaľ ide o kalendár realizácie plánovanej privatizácie BB.

Sporné opatrenie prijaté v rámci privatizácie BB

- 10 Po dvoch neúspešných pokusoch v roku 2003 a v roku 2005 začala spolková krajina Burgenland tretí pokus o privatizáciu BB, ktorej realizácia bola zverená investičnej banke HSBC Trinkaus & Burkhardt KGaA z Düsseldorfu (Nemecko) v spolupráci s HSBC plc z Londýna (Spojené kráľovstvo) (ďalej spoločne len „HSBC“). Tento postup začal v októbri 2005 uverejnením oznámenia o vyhlásení verejnej súťaže v tlači.
- 11 Spomedzi 14 uchádzačov, ktorí formálne prejavili svoj záujem predložiť ponuku, iba traja predložili úplné indikatívne ponuky v stanovenej lehote, a to na sumy 65, 100 a 140 miliónov eur, a zúčastnili sa na druhej fáze verejnej súťaže, na konci ktorej sa mala predložiť záväzná ponuka najneskôr do 6. februára 2006. Záväzné ponuky predložili dvaja uchádzači, a to rakúska poisťovňa Grazer Wechselfeitige Versicherung AG spolu s GW Beteiligungserwerbs- und -verwaltungs-GmbH (ďalej len „GRAWE“) a rakúsko-ukrajinské konzorcium zložené z rakúskych podnikov SLAV AG a SLAV Finanzbeteiligung GmbH a ukrajinských akciových spoločností Ukrpodshipnik a Ilyich (ďalej len „konzorcium“). Tieto ponuky sa potom individuálne skúmali a zmluvné rokovania skončili 4. marca 2006.
- 12 Dňa 5. marca 2006 sa spolková krajina Burgenland rozhodla predať BB spoločnosti GRAWE, hoci ponúkaná kúpna cena spoločnosti GRAWE (100,3 milióna eur) bola značne pod ponúkanou cenou konzorcia (155 miliónov eur). Toto rozhodnutie sa opieralo o písomné odporúčanie od HSBC zo 4. marca 2006, ktoré bolo doplnené o ústne vysvetlenia pre členov krajinskej vlády spolkovkej krajiny Burgenland v deň rozhodnutia. Odporúčanie HSBC v podstate uvádzalo, že hoci vzhľadom na ponúkanú kúpnu cenu by malo vyhrať konzorcium, odporúča sa, aby bola BB predaná GRAWE vzhľadom na iné kritériá výberu, ktorými boli istota uhradenia kúpnej ceny, pokračovanie vo vedení spoločnosti BB tak, aby sa nemusela uplatniť Ausfallhaftung, zvýšenie kapitálu a bezpečnosť transakcie.
- 13 Predaj BB, ktorý bol formálne schválený orgánmi spolkovkej krajiny Burgenland 7. marca 2006, bol dokončený 12. mája 2006. Ešte pred týmto dokončením BB vydala v rámci Ausfallhaftung dlhopisy v sume 700 miliónov eur, z čoho 350 miliónov upísala dcérska spoločnosť GRAWE. Napokon sa z dôvodu privatizácie skončilo prechodné obdobie uplatňovania Ausfallhaftung uvedené v bode 3 vyššie predčasne, a to dňom tohto dokončenia predaja.

Správne konanie

- 14 Dňa 4. apríla 2006 bola Komisii doručená sťažnosť konzorcia, v ktorej sa uvádza, že Rakúska republika pri privatizácii BB porušila pravidlá štátnej pomoci. Sťažovateľ predovšetkým uvádzal, že verejná súťaž, ktorá bola údajne nespravodlivá a netransparentná a voči nemu diskriminačná, nevedla k tomu, aby sa BB predala uchádzačovi s najvyššou ponukou (teda konzorciu), ale GRAWE.
- 15 Listami z 15. mája a 1. júna 2006 rakúske orgány odpovedali na žiadosť Komisie o informácie z 12. apríla 2006. Potom bolo 27. júna 2006 zorganizované stretnutie medzi zástupcami Rakúskej republiky a Komisie a 17. júla 2006 Komisia zaslala druhú žiadosť o informácie, na ktorú rakúske orgány odpovedali 18. septembra 2006. Konzorcium oznámilo doplňujúce informácie Komisii 21. apríla a 2. júna 2006.
- 16 Listom z 21. decembra 2006 v súvislosti s predajom BB spoločnosti GRAWE Komisia informovala rakúske orgány o svojom rozhodnutí začať konanie vo veci formálneho zisťovania podľa článku 88 ods. 2 ES. Toto rozhodnutie bolo uverejnené v *Úradnom vestníku Európskej únie* 8. februára 2007 (Ú. v. EÚ C 28, s. 8).
- 17 Dňa 1. marca 2007 Rakúska republika oznámila Komisii svoje pripomienky k tomuto rozhodnutiu o začatí konania. Okrem toho Komisia dostala určitý počet pripomienok a informácií od tretích dotknutých osôb, medzi ktorými sa nachádzali aj GRAWE a konzorcium, ku ktorým sa potom vyjadrili rakúske orgány. Navyše sa konalo viacero stretnutí medzi zástupcami Rakúskej republiky a Komisie. Nakoniec rakúske orgány viackrát zaslali Komisii doplňujúce pripomienky a dokumenty.
- 18 Dňa 30. apríla 2008 Komisia prijala rozhodnutie 2008/719/ES o štátnej pomoci C 56/06 (ex NN 77/06) Rakúska na privatizáciu spoločnosti [BB] (Ú. v. EÚ L 239, s. 32) (ďalej len „napadnuté rozhodnutie“).

Napadnuté rozhodnutie

- 19 V napadnutom rozhodnutí Komisia najmä pripomenula, že na posúdenie opatrenia prijatého v rámci privatizácie vo vzťahu k pravidlám o štátnej pomoci sa opierala o viaceré zásady, ktoré stanovila v 23. správe o *politike hospodárskej súťaže* z roku 1993 (bod 402 a nasl.), ako aj vo svojej skoršej praxi. Podmienky pripomenuté v tejto správe na účely posúdenia, že nejde o štátnu pomoc v zmysle článku 87 ods. 1 ES, neboli v predmetnom prípade dodržané.
- 20 Pokiaľ ide o to, či predaj BB spoločnosti GRAWE predstavuje štátnu pomoc, Komisia najprv uvádza, že zdroje spolkovej krajiny Burgenland (ktorá je jednou z deviatich spolkových krajín Rakúska) sa musia považovať za prostriedky „poskytované členským štátom alebo akoukoľvek formou zo štátnych prostriedkov“. Komisia okrem toho konštatovala, že spoločnosť GRAWE pôsobí na medzinárodnej úrovni, takže prípadná výhoda poskytnutá na ťarchu štátnych finančných prostriedkov by hospodársku súťaž v bankovom sektore obmedzovala a prejavila by sa na obchode vnútri Spoločenstva. Pokiaľ ide o otázku, či GRAWE mala selektívnu výhodu, Komisia zdôrazňuje, že je potrebné určiť, či sa spolková krajina Burgenland správala ako ktorýkoľvek iný predávajúci v trhovom hospodárstve („private vendor test“).
- 21 Pokiaľ ide o posledný uvedený aspekt, Komisia pripomína, že spolkovej krajine Burgenland bola predložená ponuka konzorcia, ktorej nominálna hodnota presahovala ponuku spoločnosti GRAWE o 54,7 milióna eur, a uvádza, že predávajúci správajúci sa podľa zásad trhového hospodárstva by sa mohol rozhodnúť pre nižšiu ponuku v dvoch prípadoch.
- 22 Prvý prípad predstavuje situáciu, keď je jasné, že predaj uchádzačovi s najvyššou ponukou nemožno vykonať, čo si vyžaduje v predmetnom prípade preskúmať v prvom rade bezpečnosť transakcie prostredníctvom ekonomickej sily konzorcia a v druhom rade pravdepodobnosť, že uvedené

konzorcium napokon nezíska požadované povolenie zo strany Finanzmarktaufsicht (rakúska agentúra dohľadu nad finančnými trhmi, ďalej len „FMA“). Podľa Komisie nielen že nebol nijaký dôvod pochybovať o tom, že kúpnu cenu 155 miliónov eur ponúkanú konzorciom bolo možné financovať, ale ani nič nenaznačuje, ani nedokazuje, že FMA by zakázala predaj BB konzorciu.

- 23 Druhým prípadom je to, keď je odôvodnené zohľadnenie iných faktorov ako ceny, ale len za predpokladu, že sa zohľadnia iba tie faktory, ktoré by investor v trhovom hospodárstve bral na zretel, čo podľa Komisie vylučuje riziká, ktoré vyplývajú z povinnosti zaplataenia záruky, akou je Ausfallhaftung, ktorá sa musí považovať za prípadne existujúcu štátnu pomoc, pričom to bol jediný faktor, na ktorý sa odvolali rakúske orgány. Komisia v tejto súvislosti spresňuje, že najmä z judikatúry vyplýva, že keď sa posudzuje spôsob, ako by sa zachoval investor v trhovom hospodárstve, úloha štátu ako predávajúceho spoločnosti a povinnosti, ktoré má ako nositeľ štátnej moci, nesmú byť pomiešané. Žiadny investor v trhovom hospodárstve by neprevzal záruku, ktorá by nezodpovedala zásadám investora v trhovom hospodárstve, a rozhodnutie o zrušení Ausfallhaftung potvrdzuje, že záruka nebola poskytnutá za trhových podmienok.
- 24 Vzhľadom na všetky tieto úvahy sa Komisia domnievala, že príslušný rakúsky orgán sa nesprával ako predávajúci v trhovom hospodárstve. Ekonomická výhoda, ktorá sa poskytla spoločnosti GRAWE, zodpovedá minimálne rozdielu medzi ponukou konzorcia a skutočnou kúpnu cenou.
- 25 Komisia dodáva na účely skúmania argumentov predložených Rakúskou republikou, pokiaľ ide o význam Ausfallhaftung, že aj keby spolková krajina Burgenland mohla brať do úvahy túto záruku ako hodnotiace kritérium ponúk, nebola ponuka spoločnosti GRAWE najlepšou ponukou.
- 26 Nakoniec Komisia dospela k záveru, že štátna pomoc spočívajúca v predaji BB spoločnosti GRAWE nemôže byť považovaná za zlučiteľnú so spoločným trhom.
- 27 Výrok napadnutého rozhodnutia znie:

„Článok 1

Štátna pomoc, ktorú Rakúsko poskytlo pri porušení článku 88 ods. 3 [ES], a tým protiprávne, v prospech spoločnosti GRAWE je nezlučiteľná so spoločným trhom. Pomoc zodpovedá rozdielu medzi oboma konečnými cenovými ponukami odovzdanými v rámci verejnej súťaže, ktoré je potrebné primerane upraviť podľa vysvetlených parametrov v odôvodneniach 167 až 174 tohto rozhodnutia.

Článok 2

1. Rakúsko požaduje od príjemcu vrátenie pomoci uvedenej v článku 1.
2. Požadovaná vrátená suma zahŕňa úroky, ktoré sa vypočítajú od času, od ktorého mal príjemca poskytnutú pomoc k dispozícii, až do skutočného splatenia.
3. Úroky sa vypočítajú v zmysle nariadenia (ES) č. 794/2004 podľa vzorca výpočtu zloženého úroku.

Článok 3

1. Vrátenie pomoci uvedené v článku 1 sa požaduje okamžite a účinne.
2. Rakúsko zabezpečí, že toto rozhodnutie sa zrealizuje do štyroch mesiacov po jeho uverejnení.

Článok 4

1. Rakúsko oznámi Komisii do dvoch mesiacov po uverejnení tohto rozhodnutia tieto informácie:

- a) celkovú sumu (pohľadávka a úroky), ktorú je potrebné požadovať od príjemcu a ktorú treba upraviť v súlade s parametrami uvedenými v tomto rozhodnutí Komisie, ako aj presné vysvetlenie metódy výpočtu tejto sumy a ohodnotenie majetku nezávislým expertom;
- b) podrobný opis opatrení, ktoré sa vykonali, resp. sú plánované na splnenie tohto rozhodnutia;
- c) podklady, z ktorých vyplýva, že príjemcovi bola doručená výzva na vrátenie pomoci.

2. Rakúsko vyrozumie Komisiu o pokroku pri vykonaní svojich opatrení tohto rozhodnutia, až kým sa nezrealizuje vrátenie výšky pomoci uvedenej v článku 1. Na požiadanie Komisie predloží Rakúsko bezodkladne informácie o opatreniach, ktoré sa vykonali, resp. sú plánované na splnenie tohto rozhodnutia. Ďalej Rakúsko oznámi podrobné údaje o výške pomoci a úrokoch, ktoré príjemca už vrátil.

Článok 5

Toto rozhodnutie je určené Rakúskej republike.“

Konanie a návrhy účastníkov konania

- 28 Podaniami doručenými do kancelárie Súdu prvého stupňa 11. a 15. júla 2008, ktoré boli zaregistrované ako veci T-268/08 a T-281/08, spolková krajina Burgenland a Rakúska republika podali tieto žaloby.
- 29 Uznesením z 20. apríla 2009 predseda ôsmej komory Súdu prvého stupňa po vypočutí účastníkov konania rozhodol v súlade s článkom 50 Rokovacieho poriadku Súdu prvého stupňa o spojení vecí T-268/08 a T-281/08 na účely písomnej časti konania, ústnej časti konania a vyhlásenia rozsudku.
- 30 Keďže zloženie komôr Všeobecného súdu sa zmenilo, sudca spravodajca bol pridelený do šiestej komory, ktorej bola v dôsledku toho predmetná vec pridelená.
- 31 Po správe sudcu spravodajcu Všeobecný súd (šiesta komora) rozhodol o otvorení ústnej časti konania.
- 32 Prednesy účastníkov konania a ich odpovede na otázky, ktoré im Všeobecný súd položil, boli vypočuté na pojednávaní 18. mája 2011.
- 33 Z dôvodu prekážky člena šiestej komory pojednávať predseda Všeobecného súdu na základe článku 32 ods. 3 rokovacieho poriadku doplnil komoru.
- 34 Uznesením z 18. novembra 2011 Všeobecný súd (šiesta komora) v novom zložení opätovne otvoril ústnu časť konania a účastníkom konania oznámil, že budú vypočutí na novom pojednávaní.
- 35 Listami z 23., 24. a 25. novembra 2011 Komisia a žalobkyne Všeobecnému súdu oznámili, že sa vzdávajú práva byť opätovne vypočutí.
- 36 Predseda Všeobecného súdu preto rozhodol o skončení ústnej časti konania.
- 37 Vo veci T-268/08 spolková krajina Burgenland navrhuje, aby Všeobecný súd:
 - zrušil napadnuté rozhodnutie,
 - zaviazal Komisiu na náhradu trov konania.

38 Vo veci T-281/08 Rakúska republika navrhuje, aby Všeobecný súd:

- zrušil napadnuté rozhodnutie,
- zaviazal Komisiu na náhradu trov konania.

39 Vo veciach T-268/08 a T-281/08 Komisia navrhuje, aby Všeobecný súd:

- zamietol žaloby ako nedôvodné,
- zaviazal žalobkyne na náhradu trov konania.

Právny stav

40 Na podporu svojich žalôb žalobkyne uvádzajú formálne deväť žalobných dôvodov.

41 Žalobné dôvody sú založené:

- na nesprávnom uplatnení článku 87 ods. 1 ES pri stanovení trhovej ceny BB, keďže Komisia požadovala neprávom, aby sa konala verejná súťaž s cieľom spornej privatizácie,
- na porušení skoršej rozhodovacej praxe, pokiaľ ide o uplatnenie článku 87 ods. 1 ES,
- na nesprávnom uplatnení článku 87 ods. 1 ES, keďže Komisia odmietla zohľadniť neistý výsledok a prípadné dlhé trvanie schvaľovacieho konania na FMA v prípade predaja BB konzorcium,
- na nesprávnom uplatnení článku 87 ods. 1 ES, pokiaľ ide o to, že spolková krajina Burgenland bola oprávnená zohľadniť riziká spojené s Ausfallhaftung na účely porovnania ponúk predložených zo strany GRAWE a konzorcium,
- na nesprávnom uplatnení zásady súkromného predávajúceho v trhovej ekonomike v rámci subsidiárneho skúmania finančných rizík spojených s Ausfallhaftung,
- na nesprávnom uplatnení článku 87 ods. 1 ES z dôvodu porušenia pravidiel upravujúcich dôkazné bremeno v rámci predmetnej verejnej súťaže,
- na nesprávnom uplatnení článku 87 ods. 1 ES, keďže ponuka konzorcium nemohla slúžiť na určenie trhovej ceny BB,
- na nesprávnom posúdení vydania ďalších dlhopisov v rámci Ausfallhaftung,
- na nesprávnom uplatnení článku 87 ods. 1 ES pri určovaní prvku pomoci z viacerých hľadísk.

42 Všeobecný súd považuje za vhodné skúmať najprv prvý, druhý, šiesty a siedmy žalobný dôvod uvádzaný žalobkyňami, čo sú dôvody, ktoré sa všetky viažu na všeobecný rámec skúmania spornej transakcie.

43 Pred samotným skúmaním argumentácie účastníkov konania je potrebné urobiť určité úvodné poznámky k pojmu štátna pomoc v zmysle článku 87 ods. 1 ES, ako aj k povahe a rozsahu súdneho preskúmania, ktoré má súd Európskej únie vykonať v predmetnom prípade.

Úvodné pripomienky k pojmu štátna pomoc v zmysle článku 87 ods. 1 ES, ako aj k povahe a rozsahu súdneho preskúmania

- 44 Článok 87 ods. 1 ES stanovuje, že „ak nie je touto zmluvou ustanovené inak, pomoc poskytovaná členským štátom alebo akoukoľvek formou zo štátnych prostriedkov, ktorá narúša hospodársku súťaž alebo hrozí narušením hospodárskej súťaže tým, že zvyhodňuje určitých podnikateľov alebo výrobu určitých druhov tovaru, je nezlučiteľná so spoločným trhom, pokiaľ ovplyvňuje obchod medzi členskými štátmi“.
- 45 Z ustálenej judikatúry vyplýva, že kvalifikácia štátnej pomoci v zmysle článku 87 ods. 1 ES si vyžaduje, aby sa splnili všetky podmienky uvedené v tomto ustanovení. Po prvé musí ísť o zásah štátu alebo o zásah zo štátnych prostriedkov. Po druhé tento zásah musí byť spôsobilý ovplyvniť obchod medzi členskými štátmi. Po tretie musí poskytnúť výhodu jeho príjemcovi tým, že zvyhodňuje určité podniky alebo výrobu určitých druhov tovaru. Po štvrté musí narúšať hospodársku súťaž alebo hroziť narušením hospodárskej súťaže (rozsudok Súdneho dvora z 24. júla 2003, Altmark Trans a Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, Zb. s. I-7747, body 74 a 75, a rozsudok Súdu prvého stupňa z 22. februára 2006, Le Levant 001 a i./Komisia, T-34/02, Zb. s. II-267, bod 110).
- 46 V prejednávanej veci je nutné konštatovať, že žalobcovia spochybňujú výlučne podmienku týkajúcu sa existencie hospodárskej výhody. Zdá sa totiž, že dôvody uvádzané na podporu týchto žalôb chcú v podstate preukázať, že Komisia neprávom dospela k záveru, že existuje výhoda v prospech GRAWE, teda výhoda, ktorá zodpovedá rozdielu medzi ponukou predloženou zo strany GRAWE a ponukou konzorcia.
- 47 V tejto súvislosti je potrebné pripomenúť, že v súlade s ustálenou judikatúrou dodanie tovarov alebo poskytnutie služieb za preferenčných podmienok môže predstavovať štátnu pomoc v zmysle článku 87 ods. 1 ES (pozri v tomto zmysle rozsudky Súdneho dvora z 2. februára 1988, Van der Kooy a i./Komisia, 67/85, 68/85 a 70/85, Zb. s. 219, body 28 a 29; z 20. novembra 2003, GEMO, C-126/01, Zb. s. I-13769, bod 29; rozsudky Súdu prvého stupňa zo 16. septembra 2004, Valmont/Komisia, T-274/01, Zb. s. II-3145, bod 44, a Všeobecného súdu z 1. júla 2010, Taliansko/Komisia, T-53/08, Zb. s. II-3187, bod 79).
- 48 Keď sa táto zásada uplatní na predaj veci verejným orgánom súkromnej osobe, dôsledkom tejto zásady je, že treba najmä určiť, či predajná cena tejto veci zodpovedá trhovej cene, teda či zodpovedá cene, ktorú by mohol nadobúdateľ dosiahnuť za obvyklých trhových podmienok (pozri v tomto zmysle rozsudok Valmont/Komisia, už citovaný v bode 47 vyššie, bod 45 a tam citovanú judikatúru). Z tohto hľadiska je potrebné, aby Komisia použila kritérium súkromného investora, ktorý podniká v trhovej ekonomike, aby sa zistilo, či je cena, ktorú zaplatil údajný príjemca pomoci, taká, akú by mohol stanoviť súkromný investor konajúci za normálnych podmienok hospodárskej súťaže (pozri v tomto zmysle rozsudky Súdneho dvora z 2. septembra 2010, Komisia/Scott, C-290/07 P, Zb. s. I-7763, bod 68, a zo 16. decembra 2010, Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe, C-239/09, Zb. s. I-13083, bod 34 a tam citovanú judikatúru). Konkrétne uplatnenie uvedeného kritéria v zásade implikuje komplexné ekonomické posúdenie (rozsudok Komisia/Scott, už citovaný, bod 68).
- 49 Pokiaľ ide o rozsah a povahu súdneho preskúmania, je po prvé potrebné pripomenúť, že pojem štátna pomoc, ktorý je definovaný v Zmluve, má právnu povahu a musí sa vykladať na základe objektívnych skutočností. Z tohto dôvodu musí súd Únie v zásade a s ohľadom tak na konkrétne okolnosti sporu, o ktorom rozhoduje, ako aj na technickú povahu alebo zložitosť hodnotení uskutočnených Komisiou vykonávať celkové preskúmanie, pokiaľ ide o otázku, či opatrenie patrí do pôsobnosti článku 87 ods. 1 ES (rozsudky Súdneho dvora zo 16. mája 2000, Francúzsko/Ladbroke Racing a Komisia, C-83/98 P, Zb. s. I-3271, bod 25, a z 22. decembra 2008, British Aggregates/Komisia, C-487/06 P, Zb. s. I-10515, bod 111). Súd Únie musí nielen preveriť vecnú presnosť predložených dôkazov, ich spoľahlivosť a súladnosť, ale aj preskúmať, či tieto dôkazy predstavujú celok relevantných údajov, ktoré

musia byť zohľadnené pri posúdení komplexnej situácie, a či sú spôsobilé opodstatniť závery, ktoré sa z nich vyvodili (pozri rozsudok Komisia/Scott, už citovaný v bode 48 vyššie, bod 65 a tam citovanú judikatúru).

- 50 Súdu Únie však neprináleží, aby v rámci tohto preskúmania nahradil posúdenie Komisie svojím vlastným posúdením. Preskúmanie vykonávané súdmi Únie v súvislosti s komplexnými ekonomickými posúdeniami Komisie má zúžený charakter a musí sa nevyhnutne obmedziť na overenie dodržiavania procesných pravidiel a povinnosti odôvodnenia, na overenie vecnej správnosti skutkových zistení, ako aj neexistencie zjavne nesprávneho posúdenia a zneužitia právomoci (pozri rozsudok Súdneho dvora Komisia/Scott, už citovaný v bode 48 vyššie, bod 66 a tam citovanú judikatúru, a rozsudok Súdu prvého stupňa zo 17. decembra 2008, Ryanair/Komisia, T-196/04, Zb. s. II-3643, bod 41).
- 51 Po druhé je potrebné spresniť, že zákonnosť rozhodnutia Komisie v oblasti štátnej pomoci je potrebné posúdiť podľa informácií, o ktorých mohla Komisia v čase prijatia rozhodnutia vedieť (rozsudky Súdneho dvora z 10. júla 1986, Belgicko/Komisia, 234/84, Zb. s. 2263, bod 16, a zo 14. septembra 2004, Španielsko/Komisia, C-276/02, Zb. s. I-8091, bod 31; rozsudok Súdu prvého stupňa Valmont/Komisia, už citovaný v bode 47 vyššie, bod 38). Z toho najmä vyplýva, že keďže pojem štátnej pomoci zodpovedá objektívnej situácii, ktorá sa posudzuje v okamihu prijímania rozhodnutia Komisie, treba pri vykonávaní súdneho preskúmania vziať do úvahy práve tieto posúdenia vykonané k tomuto dátumu (rozsudok Súdneho dvora z 1. júla 2008, Chronopost a La Poste/UFEX a i., C-341/06 P a C-342/06 P, Zb. s. I-4777, bod 144).

O prvom, druhom, šiestom a siedmom žalobnom dôvode

Argumentácia účastníkov konania

- 52 Žalobkyne v prvom žalobnom dôvode tvrdia v podstate, že Komisia neprávom dospela k záveru, odvolávajúc sa na 23. správu o politike hospodárskej súťaže, že privatizácia verejného podniku sa musí vykonať formou otvorenej a transparentnej verejnej súťaže neviazanej na ďalšie podmienky a že trhovú cenu určenú len podľa znaleckého posudku nie je platná. Neexistencia riadneho výberového konania na účely privatizácie neznamená, že ide o štátnu pomoc, ale len to, že je potrebné individuálne preveriť, či predmetný predaj neobsahuje prípadné prvky pomoci, pričom toto preverenie je možné vykonať len na základe znaleckého posudku. Inak povedané, 23. správa o politike hospodárskej súťaže sa obmedzuje na zľahčenie dôkazného bremena, že nejde o štátnu pomoc, pokiaľ ide o privatizácie vykonané v rámci verejnej súťaže. Aj keby sa uznal výklad uvedenej správy presadzovaný Komisiou, nič to nemení na tom, že táto správa, ktorá obsahuje len opis činností generálneho riaditeľstva pre hospodársku súťaž a politické ciele považované za prioritné počas daného obdobia, nemá žiadnu právnu záväznosť.
- 53 V predmetnom prípade bol zrealizovaný predaj BB spoločnosti GRAWE za trhovú cenu. To jasne vyplýva z nezávislých znaleckých posudkov, indikatívneho posúdenia BB vykonaného zo strany HSBC na začiatku tretieho pokusu o privatizáciu a z ponúk uchádzačov v rámci druhého pokusu o privatizáciu (pozri odôvodnenie č. 68 napadnutého rozhodnutia). V predmetných posúdeniach vrátane toho, ktoré vykonalo konzorcium, sa uvádzalo, že hodnota BB bola medzi 44,4 a 75 miliónov eur. Ako vyplýva z rozhodovacej praxe Komisie, ako aj z jej oznámenia 97/C 209/03 o prvkoch štátnej pomoci pri predaji pozemkov a budov verejnoprávnymi orgánmi (Ú. v. ES C 209, s. 3; Mim. vyd. 08/001, s. 143), na ktoré sa odkazuje analogicky, takéto nezávislé posúdenia by sa mali považovať za platné pri určovaní hodnoty veci, ktorá je predmetom predaja.
- 54 Komisia, ktorá má povinnosť zaobstarať si v rámci konania vo veci formálneho zisťovania všetky potrebné stanoviská, aby mala kompletné informácie o všetkých údajoch v danej veci, tým, že nevychádzala z nezávislých posúdení, ktoré jej boli navrhované (pozri odôvodnenie č. 68 napadnutého

rozhodnutia), ani si nevyžiadala nový nezávislý znalecký posudok, nevykonala náležité a nestranné preskúmanie dokumentov, ktoré jej boli k dispozícii na účely určenia práve toho, či bola poskytnutá štátna pomoc, a ak áno, v akej výške.

- 55 Nakoniec žalobkyne uvádzajú, že povinnosť použiť postup verejného obstarávania, ako navrhovala Komisia, by bolo v rozpore s kritériom súkromného predávajúceho v trhovej ekonomike. Zdôrazňujú, že v rámci predaja realizovaného súkromnými osobami sa nepoužíva formalistická verejná súťaž alebo prinajmenšom sa používa zriedkavo, pričom najčastejšie sa používa forma rokovaní s vybratými uchádzačmi. Okrem toho Komisia v rozhodovacej praxi priznala štátnym orgánom značnú mieru voľnej úvahy, pokiaľ ide o organizovanie verejnej súťaže. V dôsledku toho neexistuje empirický dôkaz, že by ponuky predložené v rámci postupu verejného obstarávania predstavovali „lepšiu orientačnú hodnotu“ (pozri odôvodnenie č. 112 napadnutého rozhodnutia) ako znalecký posudok. Okrem toho, keďže súkromné podniky nepoužívajú vo všeobecnosti verejnú súťaž, povinnosť vykonať postup verejného obstarávania vyžadovaná Komisiou by viedla k vzniku nerovného zaobchádzania v neprospech verejných podnikov, a to v rozpore s článkami 295 ES a 86 ES.
- 56 V druhom žalobnom dôvode žalobkyne tvrdia, že napadnuté rozhodnutie je v rozpore so skoršou rozhodovacou praxou Komisie, a preto porušuje zásadu rovnosti zaobchádzania. Až doteraz v prípadoch, keď sa nekonala žiadna verejná súťaž v rámci privatizačnej transakcie, alebo keď sa nekonala zákonným spôsobom, Komisii vždy stačili znalecké posudky na určenie trhovej ceny. Zdôrazňujú okrem toho, že podľa nich Komisia konštatovala prítomnosť prvku pomoci v rámci privatizačnej transakcie len raz, a to vo veci, v ktorej bolo vydané rozhodnutie Komisie 2008/717/ES z 27. februára 2008 o štátnej pomoci C 46/07 (ex NN 59/07), ktorú Rumunsko poskytlo v prospech spoločnosti Automobile Craiova (bývalá Daewoo Rumánia) (Ú. v. EÚ L 239, s. 12), vec, v ktorej Komisia na rozdiel od toho, ako to je v prejednávanom prípade, konštatovala trhovú hodnotu na základe hodnotenia privatizovaného podniku.
- 57 V šiestom žalobnom dôvode žalobkyne v podstate tvrdia, že Komisia tým, že vyžadovala od rakúskych orgánov, aby preukázali, že konzorcium nespĺňalo kritériá, aby sa mu mohla predať BB, najmä z hľadiska bezpečnosti transakcie a cieľa vyhnúť sa uplatneniu Ausfallhaftung (pozri najmä odôvodnenia č. 129, 132, 133, 145 a 156 napadnutého rozhodnutia), zaprela dôkazné bremeno a informačné povinnosti prináležiace uchádzačom v rámci verejnej súťaže. Dôkaz totiž, že uchádzač spĺňa kritériá hodnotenia, musí predložiť sám uchádzač v priebehu verejnej súťaže a nie *a posteriori* Komisia. V predmetnom prípade konzorcium nepredložilo v stanovených lehotách dôkazy o svojej solventnosti a refinancovaní BB, a to napriek tomu, že bolo riadne v tejto súvislosti na túto povinnosť upozornené. Dôkazy predložené *a posteriori* by mali byť vyhlásené na neprípustné, inak hrozí vznik diskriminácie voči iným uchádzačom. Žalobkyne takisto uvádzajú, že v prípade neexistencie takýchto dôkazov spolková krajina Burgenland mohla mať legitímne pochybnosti, pokiaľ ide o solventnosť konzorcia.
- 58 Napokon v rámci siedmeho žalobného dôvodu žalobkyne v podstate uvádzajú, že keďže sa konštatovalo, že vo verejnej súťaži sa vyskytli protiprávnosti, keďže bola založená na protiprávných kritériách výberu ako zohľadnenie Ausfallhaftung (pozri odôvodnenia č. 134 a nasl. a 141 a nasl. napadnutého rozhodnutia), ponuka konzorcia nemôže slúžiť na určenie trhovej ceny BB (pozri odôvodnenia č. 109 až 114 napadnutého rozhodnutia). Ďalej z rozhodovacej praxe Komisie vyplýva, že odmietla zohľadniť výsledky protiprávneho postupu verejného obstarávania pri určovaní toho, či ide o štátnu pomoc. V predmetnom prípade je nepopierateľné, že vyššie riziko pre spolkovú krajinu Burgenland z hľadiska mobilizácie Ausfallhaftung viedlo konzorcium k nadmernému zvýšeniu jeho ponuky vo forme kompenzácie porovnateľnej s „prémiou za riziko“. To, že ponuka predložená konzorciom je prehnaná, ba priam extrémna, sa potvrdilo konkrétne tým, aká suma bola uvedená v iných predložených ponukách (pozri odôvodnenie č. 66 napadnutého rozhodnutia), ako aj v nezávislých posúdeniach (pozri odôvodnenie č. 68 napadnutého rozhodnutia), čo mala Komisia zohľadniť.
- 59 Komisia spochybňuje všetky výhrady, ktoré uviedli žalobkyne.

Posúdenie Všeobecným súdom

- 60 Skúmanie prvého žalobného dôvodu si vyžaduje v podstate vyjadriť sa k dvom otázkam: prvou je určiť, či Komisia naozaj vyžadovala tým, že vychádzala z 23. *správy o politike hospodárskej súťaže*, aby sa trhovú cenu BB mohla určiť len na základe verejnej súťaže. Druhá otázka sa týka toho, či Komisia mohla bez toho, aby sa dopustila zjavne nesprávneho posúdenia, vylúčiť v predmetnom prípade použitie znaleckých posudkov predložených v priebehu konania, v ktorom sa preskúmavalo sporné opatrenie a na ktoré sa odvolávali žalobkyne s cieľom posúdenia uvedenej trhovej ceny.
- 61 Zo znenia napadnutého rozhodnutia ako celku vyplýva, že žalobkyne neprávom tvrdia, že Komisia „vychádza zo zásady, že privatizácia sa musí vykonať formou otvorenej a transparentnej verejnej súťaže neviazanej na ďalšie podmienky“. Komisia totiž len vo svojom posúdení uviedla, že „vychádza pri právnom posúdení pomoci v rámci privatizácie z viacerých základných zásad, ktoré boli opísané v 23. *správe o politike hospodárskej súťaži...*, ako aj z jej ďalšej praxe“.
- 62 Bod 403 23. *správy o politike hospodárskej súťaže* znie:

„Pre väčšiu transparentnosť je užitočné pripomenúť všeobecné zásady, ktoré Komisia uplatňuje na privatizácie a ktoré boli definované v priebehu rokov na základe skúmania individuálnych prípadov.

Je potrebné pripomenúť, že podľa článku 222 [ES] právo Spoločenstva nebráni v ničom režimu vlastníctva podnikov. Pomoc uľahčujúca privatizáciu teda nevyhnutne ako taká nemá výnimku z všeobecnej zásady nezlučiteľnosti štátnej pomoci so spoločným trhom, uvedenej v článku 92 ods. 1.

Ak sa privatizácia vykonáva predajom akcií na burze cenných papierov, platí všeobecne domnienka, že tento predaj sa uskutoční za trhových podmienok a že transakcia neobsahuje žiadny prvok pomoci. Môže sa stať, že pred vydaním akcií sa odpustia alebo znížia dlhy bez toho, aby vznikla domnienka pomoci, ak je výťažok z emisie vyšší ako suma, o ktorú bol dlh znížený.

Ak sa privatizácia vykonáva nie emisiou akcií na burze, ale predajom medzi dvoma navzájom nezávislými subjektmi (teda predajom celej alebo častí spoločnosti iným spoločnostiam), je nutné konštatovať nasledujúce podmienky na to, aby mohla platiť bez ďalšieho skúmania domnienka, že transakcia neobsahuje žiadny prvok pomoci:

- je potrebné vykonať otvorenú a transparentnú verejnú súťaž neviazanú na ďalšie podmienky bez toho, aby účasť na tejto verejnej súťaži bola podriadená vykonaniu iných aktov ako získanie iných aktív, ako sú tie, ktoré sú predmetom verejnej súťaže, alebo pokračovanie v určitých aktivitách,
- spoločnosť musí byť predaná subjektu, ktorý ponúkol najvyššiu cenu,
- uchádzači o kúpu musia mať k dispozícii čas a potrebné informácie, aby mohli vykonať vhodné ohodnotenie aktív a mali tak základ pre formulovanie ponuky.

Privatizácie vykonané emisiou akcií alebo verejnou súťažou za podmienok opísaných vyššie nemusia byť vopred oznámené Komisii na účely preskúmania ich implikácií v oblasti štátnej pomoci, ale členské štáty ich môžu oznámiť, ak chcú zabezpečiť dodatočnú právnu istotu formálneho schválenia. V iných prípadoch predaj medzi dvoma navzájom nezávislými subjektmi musí byť preskúmaný s cieľom určiť jeho prípadné implikácie na oblasť štátnej pomoci, čo znamená, že musia byť oznámené. Platí to najmä v nasledujúcich prípadoch:

- predaj po rokovaní s jediným uchádzačom alebo viacerými vybranými uchádzačmi,
- predaj, ktorému predchádzalo odpustenie dlhov štátom, inými verejnými podnikmi alebo ktoroukoľvek inou verejnou organizáciou,

- predaj, ktorému predchádzala premena dlhov na základné imanie alebo na zvýšenie základného imania,
- predaj uskutočnený za podmienok, ktoré nie sú zvyčajné pri porovnateľných transakciách medzi súkromnými osobami.

V žiadnom prípade nie je prípustná diskriminácia založená na štátnej príslušnosti uchádzačov o kúpu predmetných akcií alebo aktív.

Akémukoľvek predaju uzatvorenému za podmienok, ktoré nemožno považovať za obvyklé obchodné podmienky, musí predchádzať posúdenie vykonané nezávislými konzultantmi. Privatizácie v citlivých odvetviach (syntetické vlákna, textil, automobilový priemysel atď.) musia vždy byť predmetom predchádzajúceho oznámenia Komisii.“

- 63 Ako samotné žalobkyne pripustili, cieľom usmernení uvedených v tejto správe je len spresniť prípady, v ktorých platí domnienka, že privatizačné opatrenia plánované členskými štátmi neobsahujú prvok pomoci, a ktoré preto netreba oznamovať, ibaže by sa vnútroštátne orgány chceli ubezpečiť o právnej istote transakcie.
- 64 Rovnako z týchto usmernení nevyplýva, že by Komisia vyžadovala vo všetkých prípadoch, aby sa konala otvorená a transparentná verejná súťaž neviazaná na ďalšie podmienky. Uvádzajú len, že v prípade, že sa realizuje takéto konanie, musí spĺňať určitý počet podmienok na to, aby mohlo platiť, že predmetná privatizácia spĺňa ustanovenia práva Únie v oblasti štátnej pomoci.
- 65 Uvedená správa takisto neuvádza žiadny prvok, ktorý by bol relevantný pre túto vec, pokiaľ ide o prípadnú prípustnosť znaleckých posudkov predložených s cieľom stanovenia trhovej ceny subjektu, ktorého privatizácia sa plánuje. V tejto súvislosti jedinou uvedenou informáciou, pokiaľ ide o znalecké posudky, je, že „akémukoľvek predaju uzatvorenému za podmienok, ktoré nemožno považovať za obvyklé obchodné podmienky, musí predchádzať posúdenie vykonané nezávislými konzultantmi“. V predmetnom prípade však práve nejde o takúto situáciu, pretože Komisia výslovne vylúčila v rámci verejnej súťaže konanej s cieľom privatizácie BB, že by išlo o predaj za osobitných obchodných podmienok (pozri v tomto zmysle odôvodnenia č. 111 a 112 napadnutého rozhodnutia).
- 66 Zo všetkých týchto úvah vyplýva, že sa vôbec nepotvrdil argument žalobkýň, podľa ktorého Komisia dospela k záveru v rozpore so zásadou rovnosti medzi súkromnými prevádzkovateľmi a verejnými subjektmi, odvolávajúc sa na 23. správu o politike hospodárskej súťaže, že iba verejná súťaž umožní určiť trhovú cenu v prípade predaja podniku s cieľom jeho privatizácie.
- 67 Zo všetkých týchto dôvodov nie je potrebné vyjadriť sa k právnemu dosahu 23. správy o politike hospodárskej súťaže, ktorá, ako už bolo uvedené, mala za cieľ len pripomenúť členským štátom na účely transparentnosti a objasnenia všeobecné usmernenia používané Komisiou pri skúmaní opatrení prijatých v rámci privatizácií podnikov.
- 68 Pri prvom žalobnom dôvode teda zostáva určiť, či sa Komisia nedopustila zjavne nesprávneho posúdenia, keď odmietla zohľadniť rôzne znalecké posudky, na ktoré sa odvolávali žalobkyne v predmetnom prípade na účely určenia trhovej ceny BB.
- 69 V tejto súvislosti je potrebné pripomenúť, že trhovú cenu podniku, ktorá je vo všeobecnosti závislá od ponuky a dopytu, zodpovedá najvyššej cene, ktorú je súkromný investor konajúci za normálnych podmienok hospodárskej súťaže ochotný za tento podnik zaplatiť (pozri v tomto zmysle rozsudok Súdneho dvora z 29. apríla 2004, Nemecko/Komisia, C-277/00, Zb. s. I-3925, bod 80, ako aj judikatúru citovanú v bode 48 vyššie).

- 70 Keď chce verejný orgán predať podnik, ktorý mu patrí, a použije na to otvorenú a transparentnú verejnú súťaž neviazanú na ďalšie podmienky, možno sa domnievať, že trhová cena zodpovedá najvyššej ponuke, a to za predpokladu, že sa preukáže, po prvé, že táto ponuka má charakter záväzku a je dôveryhodná, a po druhé, že zohľadnenie iných ekonomických faktorov ako cena nie je dôvodné, ako napríklad mimobilančné riziká existujúce medzi ponukami. Preto sa Komisia nedopustila zjavne nesprávneho posúdenia, keď dospela k záveru, že prvok pomoci možno posúdiť na základe trhovej ceny, ktorá je sama osebe závislá od konkrétne predložených ponúk v rámci uvedenej verejnej súťaže.
- 71 Za týchto okolností nemožno vytýkať Komisii, že nezohľadnila nezávislé znalecké posudky uvedené v odôvodnení č. 68 napadnutého rozhodnutia, ktoré potvrdzovali teóriu zastávanú žalobkyňami, podľa ktorej cena ponúkaná GRAWE za kúpu BB je v súlade s trhovou cenou.
- 72 Použitie takýchto znaleckých posudkov s cieľom určenia trhovej ceny BB má zmysel len v prípade, že sa nekonala žiadna verejná súťaž s cieľom predaja BB, alebo ešte v prípade, že sa dospelo k záveru, že verejná súťaž, ktorá sa konala, nebola otvorená, transparentná a neviazaná na ďalšie podmienky. V tejto súvislosti je nepopierateľné, že ponuky platne a účinne predložené v rámci verejnej súťaže realizovanej s cieľom privatizácie daného podniku predstavujú v zásade lepšiu orientačnú hodnotu trhovej ceny uvedeného subjektu ako nezávislé znalecké posudky. Takéto znalecké posudky totiž nezávisle od zvolenej metódy a parametrov na ich vypracovanie spočívajú na perspektívnom skúmaní, a vedú teda k stanoveniu trhovej ceny predmetného podniku, ktorá je nižšia ako tá, ktorá vyplýva z konkrétne a platne predložených ponúk v riadne usporiadanej verejnej súťaži.
- 73 Z tých istých dôvodov nemožno vytýkať Komisii, že nepovažovala za potrebné nechať vypracovať štúdiu *ex post* zo strany nezávislého znalca, a takisto ani to, že by si nespĺnila povinnosť náležitého a nestranného preskúmania opatrení, o ktorých má rozhodnúť. Ako jasne vyplýva z odôvodnení č. 112 a 113 napadnutého rozhodnutia, Komisia vychádzala z konštatovania, že vzhľadom na záväzné ponuky na kúpu BB sú nezávislé znalecké posudky bez ohľadu na to, kto je ich autorom, aký je ich dátum alebo zvolená analytická metóda, ako také irelevantné na účely určenia, či cena zaplatená zo strany GRAWE za prevzatie BB zodpovedala trhovej cene. Okrem toho žalobkyne nepreukázali, že Komisia nezohľadnila všetky informácie a posúdenia, ktoré jej boli predložené najmä zo strany rakúskych orgánov v priebehu správneho konania.
- 74 V dôsledku toho musí byť prvý žalobný dôvod zamietnutý.
- 75 V druhom žalobnom dôvode, ktorý je úzko spojený s prvým, žalobkyne chcú preukázať, že napadnuté rozhodnutie sa odchyľilo od rozhodovacej praxe dovtedy sledovanej Komisiou, keďže to bolo prvýkrát, čo Komisia vyžadovala od členského štátu, ktorý chce privatizovať podnik, ktorý mu patrí, aby zorganizoval otvorený a transparentný postup verejného obstarávania neviazaný na ďalšie podmienky.
- 76 V tejto súvislosti Všeobecný súd pripomína, že pojem štátna pomoc má právnu povahu a má sa vykladať na základe objektívnych kritérií (pozri rozsudok Valmont/Komisia, už citovaný v bode 47 vyššie, bod 37 a tam citovanú judikatúru). Kvalifikovanie opatrenia ako štátnej pomoci nemôže závisieť od subjektívneho posúdenia Komisie a musí byť určené nezávisle od celej predchádzajúcej, hoci aj ustálenej, praxe tejto inštitúcie (pozri v tomto zmysle a analogicky rozsudok Súdneho dvora z 30. septembra 2003, Freistaat Sachsen a i./Komisia, C-57/00 P a C-61/00 P, Zb. s. I-9975, body 52 a 53, a rozsudok Súdu prvého stupňa z 15. júna 2005, Regione autonoma della Sardegna/Komisia, T-171/02, Zb. s. II-2123, bod 177).
- 77 Za týchto okolností sa nemôžu žalobkyne odvolávať na skoršiu rozhodovaciu prax a tvrdiť, že došlo k porušeniu zásady rovnosti zaobchádzania. Komisia je povinná vykonať individualizovanú analýzu okolností vlastných pre každú vec a nie je viazaná skoršími rozhodnutiami.

- 78 V každom prípade žalobkyne, ktoré uviedli všeobecné tvrdenia a trvali na tom, že až doteraz Komisia vždy „schválila“ privatizácie, neuviedli, v akom rozsahu okolnosti, ktoré viedli k rozhodnutiam, ktoré citujú, a právne úvahy, ktoré sú ich základom, sú porovnateľné s tými, o ktoré ide v tejto veci. Konkrétne sa nepreukázalo, že jedno z týchto rozhodnutí sa týkalo situácie, keď podobne ako v tejto veci, bol vyvodený záver, že trhová cena veci alebo subjektu, ktorý sa má predat', bola platne stanovená prostredníctvom otvorenej a transparentnej verejnej súťaže neviazanej na ďalšie podmienky.
- 79 Zo všetkých týchto úvah vyplýva, že druhému žalobnému dôvodu v každom prípade nemožno vyhovieť.
- 80 Pokiaľ ide o šiesty žalobný dôvod založený na tom, že Komisia porušila dôkazné bremeno a informačné povinnosti prináležiace uchádzačom v rámci verejnej súťaže usporiadanej s cieľom privatizácie podniku, hneď na úvod sa zdá, že žalobkyne si vo svojej argumentácii zamenili informačné povinnosti, ktoré majú uchádzači v rámci každej verejnej súťaže, a požiadavku náležitého a nestranného preskúmania, ktoré má vykonať Komisia vzhľadom na predpokladané opatrenia pomoci.
- 81 Pokiaľ ide o informačné povinnosti, ktoré majú uchádzači v rámci postupu verejného obstarávania, žalobkyne v podstate tvrdia, že konzorcium malo predložiť dôkaz, že bolo solventné, a že FMA sa mala vyjadriť v prospech predaja BB konzorciu.
- 82 Ako však správne uviedla Komisia, konzorcium nebolo práve schopné predložiť najmenšiu indíciu o kladnom alebo zápornom výsledku schvaľovacieho konania pred FMA v prípade, keby sa spolková krajina Burgenland rozhodla vybrať si ponuku uvedeného konzorcia. Napokon, keďže suma ponuky na kúpu predložená konzorciom bola zjavne vyššia ako suma ponúkaná GRAWE, a preto nebolo možné vylúčiť existenciu výhody v prospech GRAWE, mali práve príslušné orgány poskytnúť vážne indície o tom, že skúmanie zo strany FMA by viedlo k zákazu predaja BB konzorciu, čo však tieto orgány neurobili.
- 83 Pokiaľ ide o dôkaz finančnej spôsobilosti a solventnosti konzorcia, zdá sa, že žiadny z účastníkov konania vo veci formálneho zisťovania nepochybnil jeho schopnosť združiť prostriedky potrebné na zaplatenie ponúkanej kúpnej ceny. Okrem toho zo spisu vyplýva, že v zásade dôkaz o finančnej spôsobilosti uchádzača uhradiť ponúkanú kúpnu cenu sa posudzuje v skorom štádiu postupu verejného obstarávania, teda v štádiu „Due diligence“, ktoré podľa vyjadrenia žalobkyň implikuje skúmanie účtovných závierok, ako aj osobných a hmotných zdrojov uchádzačov, ktorých ponuka bola považovaná za pevnú a prípustnú. Je však potrebné konštatovať, že ponuka konzorcia bola odmietnutá až v konečnom štádiu rokovaní vedených v rámci tohto postupu, pretože, ako sa uvádza v odôvodnení č. 53 napadnutého rozhodnutia, „Rakúsko vychádzalo... z toho, že konzorcium, ako oznámilo na rokovaníach, privedie finančne silného obchodného partnera“.
- 84 Ostatné aspekty uvádzané žalobkyňami, pokiaľ ide o schopnosti konzorcia zvládnuť prípadné problémy týkajúce sa likvidity v prípade prevzatia BB (pozri odôvodnenia č. 78 a 79 napadnutého rozhodnutia týkajúce sa „refinancovania spoločnosti BB po jej predaji“), okrem toho, že sú relevantné len v prípade, že by sa musela zohľadniť Ausfallhaftung, čo je možnosť skúmaná ďalej (pozri bod 149 a nasl. nižšie), nie sú aj tak v každom prípade dôvodné. Z napadnutého rozhodnutia totiž vyplýva, že konzorcium nikdy nevyhlásilo samotné riziko úbytku vkladov a riziko vypovedania medzibankových úverových liniek (hoci rozsah týchto rizík odhadlo na nižšej úrovni než Rakúsko) a že poskytlo ako záruku vyhlásenia o zámere pochádzajúce z rôznych bánk (pozri odôvodnenie č. 78 napadnutého rozhodnutia). Za takýchto okolností nie je možné tvrdiť, že konzorcium neposkytlo žiadny dôkaz o svojej solventnosti.
- 85 Okrem toho je potrebné uviesť, že v odpovedi na otázku položenú Všeobecným súdom na pojednávaní, či a v akom rozsahu žalobkyne spochybňujú ekonomickú schopnosť konzorcia uhradiť kúpnu cenu za BB vo výške 155 miliónov eur, žalobkyne potvrdili, že vôbec nepochybňovali skutočnosť, že konzorcium bolo schopné zaplatiť uvedenú cenu.
- 86 Vzhľadom na všetky tieto úvahy je potrebné zamietnuť šiesty žalobný dôvod.

- 87 Pokiaľ ide napokon o siedmy žalobný dôvod založený na tom, že ponuka konzorcia nemôže byť použitá na určenie trhovej ceny, je potrebné pripomenúť, že ako vyplýva zo skúmania prvého žalobného dôvodu (pozri najmä bod 70 vyššie), keď verejný orgán plánuje predať podnik, ktorý mu patrí, použije na to otvorenú a transparentnú verejnú súťaž neviazanú na ďalšie podmienky, možno sa domnievať, že trhovú cenu zodpovedá najvyššej ponuke, a to za predpokladu, že sa preukáže, po prvé, že táto ponuka má charakter záväzku a je dôveryhodná, a po druhé, že zohľadnenie iných ekonomických faktorov ako cena nie je dôvodné, ako napríklad mimobilančné riziká existujúce medzi ponukami.
- 88 Preto sa Komisia nedopustila zjavne nesprávneho posúdenia, keď dospela k záveru, že prvok pomoci možno stanoviť na základe trhovej ceny, ktorá závisí od ponúk konkrétne predložených v rámci verejnej súťaže.
- 89 Okrem toho z hľadiska súkromného predávajúceho v trhovej ekonomike subjektívne dôvody alebo strategické úvahy, ktoré vedú daného uchádzača, aby predložil ponuku na určitú sumu, nie sú rozhodujúce. Súkromný predávajúci v trhovej ekonomike sa v zásade rozhodne pre ponuku na kúpu, ktorá je najvyššia, a to nezávisle od dôvodov, ktoré viedli potenciálnych kupujúcich dať ponuku na určitú sumu. V dôsledku toho tvrdenie žalobkýň, podľa ktorého suma ponuky predloženej konzorciom je prehnaná, musí byť odmietnuté.
- 90 Pokiaľ ide o argumentáciu žalobkýň, podľa ktorej Komisia nemohla vychádzať z výsledkov postupu verejného obstarávania, ktoré sama považovala za protiprávne, postačuje pripomenúť, že hoci v štádiu začatia konania vo veci formálneho zisťovania vyjadrila pochybnosti týkajúce sa zákonnosti verejnej súťaže, najmä z hľadiska rešpektovania rovnosti zaobchádzania medzi uchádzačmi (pozri v tejto súvislosti odôvodnenie č. 42 napadnutého rozhodnutia), Komisia dospela k záveru, že nedostatky v podmienkach verejnej súťaže nemali vplyv na sumu uvedenú v konkrétnych predložených ponukách, a že preto nominálne najvyššia ponuka predstavovala dobrú orientačnú hodnotu vo vzťahu k trhovej cene (pozri odôvodnenie č. 143 napadnutého rozhodnutia).
- 91 Okrem toho v nadväznosti na vyššie uvedené úvahy v rámci druhého žalobného dôvodu je potrebné dospieť k záveru, že odkaz na údajnú ustálenú rozhodovaciu prax Komisie nepotvrďuje stanovisko žalobkýň. Pokiaľ ide najmä o veci, v ktorých bolo vydané rozhodnutie Komisie 2000/513/ES z 8. septembra 1999 o štátnej pomoci Francúzska podniku Stardust Marine [*neoficiálny preklad*] (Ú. v. ES L 206, 2000, s. 6) a rozhodnutie Komisie 2000/628/ES z 11. apríla 2000 o štátnej pomoci poskytnutej Talianskom v prospech Centrale del Latte di Roma [*neoficiálny preklad*] (Ú. v. ES L 265, s. 15), na ktoré odkazujú žalobkyne, postačuje konštatovať, že sa týkali situácií, keď sa práve nekonala otvorená a transparentná verejná súťaž neviazaná na ďalšie podmienky.
- 92 V dôsledku toho je potrebné zamietnuť aj siedmy žalobný dôvod.

O treťom žalobnom dôvode založenom na nesprávnom uplatnení článku 87 ods. 1 ES, keďže Komisia odmietla zohľadniť neistý výsledok a prípadné dlhé trvanie schvaľovacieho konania na FMA v prípade predaja BB konzorciu

Argumentácia účastníkov konania

- 93 Žalobkyne vytýkajú Komisii, že v rámci uplatnenia kritéria súkromného predávajúceho v trhovej ekonomike vykonala neúplné preskúmanie bezpečnosti transakcie. V podstate vytýkajú Komisii, že dostatočne nezohľadnila pri posúdení a porovnaní ponúk na kúpu BB neistý výsledok a prípadnú dĺžku schvaľovacieho konania na FMA v prípade predaja BB konzorciu. Súkromný predávajúci by si práve preto vybral ponuku GRAWE, ktorej platnosť končila 31. marca 2006, hoci znela na nižšiu sumu ako bola suma ponúkaná konzorciom, a ktorá vzhľadom na znalecké posudky citované v odôvodnení č. 68 napadnutého rozhodnutia a skúsenosť založenú na predchádzajúcich pokusoch o privatizáciu BB bola obzvlášť zaujímavá.

- 94 Podľa žalobkyní tvrdenie Komisie, podľa ktorého dĺžka preskúmacieho konania orgánu dohľadu nemôže odôvodniť vylúčenie uchádzača z verejnej súťaže, keďže to by umožňovalo diskrimináciu voči zahraničným uchádzačom (pozri odôvodnenie č. 130 napadnutého rozhodnutia), je v rozpore s tým, že je potrebné rozlišovať medzi rolou štátu ako súkromného predávajúceho a rolou, ktorú vykonáva zvrchovane ako orgán regulácie finančných trhov. V tejto súvislosti vzhľadom na nezávislosť FMA a pravidlá, ktorým FMA podlieha, rakúske orgány nemôžu získať žiadnu informáciu o výsledku schvaľovacieho konania. Okrem toho výhrada Komisie sa týka otázky, ktorá nepatrí do práva štátnej pomoci (ale skôr do slobody usadenia sa a voľného pohybu kapitálu), a porušuje rozdelenie právomocí medzi štátom a jednotlivými spolkovými krajinami.
- 95 Žalobkyne dodávajú, že v predmetnom prípade spôsob, akým konala spolková krajina Burgenland, ktorý spočíval najprv v tom, že si vybrali nadobúdateľa, a potom žiadali o požadované povolenia, je nielen v súlade s kritériom súkromného predávajúceho, ale takisto uznané v rozhodovacej praxi Komisie.
- 96 Žalobkyne tvrdia, že ako to vyplýva najmä z listu konzultanta HSBC z 3. marca 2008, odovzdaného Komisii 5. marca 2008, existovalo v predmetnom prípade mnoho indícií svedčiacich proti tomu, že by bolo možné povoliť predaj BB konzorciu.
- 97 Najprv zdôrazňujú, že členovia konzorcia nemali žiadny rating medzinárodne uznávanej ratingovej agentúry, hoci, ako Komisia uviedla vo viacerých oznámeniach a rozhodnutiach, išlo o nevyhnutnú podmienku na výkon činností na európskych bankových a kapitálových trhoch.
- 98 Žalobkyne ďalej uvádzajú, že keďže konzorcium nepredložilo analýzu solventnosti, použili prax ratingových agentúr, podľa ktorej podnik v zásade nemôže dostať lepší rating, ako je rating štátu, v ktorom má sídlo, v predmetnom prípade na Ukrajine, ktorej najvyšší rating je na úrovni „BB“ („sub investment grade“).
- 99 Žalobkyne okrem toho odkazujú na nedostatky v podnikateľskom pláne (business plan) predloženom konzorciom (pozri list rakúskych orgánov z 1. marca 2007), na nedostatok skúseností konzorcia na európskom bankovom trhu a želanie uvedeného konzorcia viesť novú obchodnú politiku BB, ktorá by mohla časom a ako vyplýva z pripomienok HSBC, viesť k podstatnej strate jej vlastných prostriedkov a v dôsledku toho by muselo dôjsť k zásahu spolkovéj krajiny Burgenland prostredníctvom Ausfallhaftung. Žalobkyne tvrdia, že tieto aspekty FMA nevyhnutne zohľadnila, keďže FMA je na základe kritérií uvedených v § 5 ods. 1 bode 3 Bankwesengesetz (BWG, spolkový zákon o bankovom systéme) povinná posúdiť, či konzorcium ponúka záruku riadenia BB, ktoré bude ekonomicky stabilné a opatrné po tom, ako dôjde k prevzatíu BB, čo však Komisia opomenula preskúmať, čím porušila povinnosť odôvodnenia uvedenú v článku 253 ES.
- 100 Pesimistické odhady týkajúce sa povolenia zo strany FMA v prípade predaja BB konzorciu takisto potvrdzujú informácie týkajúce sa štrukturálnych a funkčných slabín ukrajinského bankového sektora, ktoré vyplývajú najmä z pravidelných správ medzinárodného menového fondu. Tieto správy rakúske orgány výslovne uvádzali v priebehu formálneho konania a boli v každom prípade verejne dostupné. Žalobkyne v replike uvádzajú, že nedávny vývoj ukrajinského bankového sektora potvrdzuje obavy, ktoré vyjadrili v čase predmetných skutkových okolností.
- 101 Podľa žalobkyní bolo takisto potrebné zohľadniť skutočnosť, že FMA by si ťažšie splnila svoju povinnosť kontroly v prípade, že by BB získalo konzorcium, a to z dôvodu nedostatku inštitucionalizovanej spolupráce medzi FMA a ukrajinskými orgánmi, najmä prostredníctvom memoranda o porozumení, ktoré by bolo uzatvorené s ukrajinskou centrálnou bankou.
- 102 Okrem toho žalobkyne uvádzajú, že spolková krajina Burgenland nevychádzala len z vlastného posúdenia, ale takisto nadviazala neformálny kontakt s FMA, aby sa ubezpečila o spoľahlivosti svojich predpokladov, pokiaľ ide o povolenie, ktoré mala FMA dať konzorciu. Podľa informácií poskytnutých

zo strany FMA bol výsledok povoľovacieho konania týkajúceho sa kúpy BB zo strany konzorcia úplne otvorený, ale zistilo sa, že toto konanie by viedlo v prvom rade k zákazu toho, aby BB získalo konzorcium. Neistota a dlhšie trvanie tejto akvizície neboli prijateľné pre spolkovú krajinu Burgenland ako súkromného predávajúceho. Z toho vyplýva, že ako uviedla Rakúska republika v liste z 1. júna 2006, spolková krajina Burgenland vychádzala zo zásady, že „FMA by nechcela povoliť a zrejme by ani nemohla povoliť nadobudnutie banky konzorcium“. Konštatovania uvedené v uznesení o nariadení predbežných opatrení Landesgericht Eisenstadt (regionálny súd v Eisenstade, Rakúsko) z 26. mája 2006 túto skutkovú okolnosť potvrdzujú. Žalobkyne spresnili, že z diskusií s FMA vyplynulo, že príslušné orgány môžu počítat s rozhodnutím o povolení v lehote niekoľko týždňov v prípade predaja BB spoločnosti GRAWE. FMA sa zasa nechala počuť, že v prípade predaja BB konzorciu by tento postup trval pravdepodobne šesť mesiacov alebo prinajhoršom jeden rok. Nebola teda žiadna pochybnosť, že povoľovacie konanie na FMA by bolo v prípade predaja konzorciu podstatne dlhšie a jeho výsledok oveľa neistejší.

- 103 Napokon žalobkyne zdôrazňujú, že Komisia uplatnila nesprávnym spôsobom kritérium súkromného predávajúceho, keď požadovala, pokiaľ ide o predaj BB spoločnosti GRAWE, dôkaz o tom, že predaj konzorciu nebolo zjavne možné uskutočniť, alebo o tom, že FMA by istotne bola zakázala predaj konzorciu. Ako to jasne vysvetlil konzultant HSBC v pripomienkach z mája 2006, rozumný súkromný predávajúci by chcel maximalizovať predpokladanú hodnotu kúpnej ceny, definovanú ako ponuku, ktorej pravdepodobnosť získania je najvyššia. Keďže predpokladaná hodnota kúpnej ceny ponúkaná GRAWE bola zjavne vyššia ako tá, ktorú ponúkalo konzorcium, rozhodnutie spolkovej krajiny Burgenland v prospech GRAWE bolo odôvodnené, keďže nižšia nominálna kúpna cena ponúkaná zo strany GRAWE bola vo veľkej miere kompenzovaná zvýšenou bezpečnosťou transakcie. Inak povedané, Komisia do svojej analýzy nezaradila pravdepodobnosť, ktorá bola 50 %, že predaj konzorciu FMA nepovolí.
- 104 V replike žalobkyne zdôrazňujú, že Komisia si protirečí, pokiaľ ide o mieru presnosti spolkovej krajiny Burgenland, čo sa týka výsledku konania na FMA: Komisia uznala, že výsledok tohto konania nemohol byť presne odhadnutý vopred, ale vyžadovala v iných častiach svojich dokumentov, že odmietnutie povolenia, aby BB získal subjekt, ktorý ponúkne najviac, musí byť zjavné.
- 105 Komisia spochybňuje výhrady uvádzané žalobkyňami.

Posúdenie Všeobecným súdom

- 106 Tento žalobný dôvod sa týka problematiky uvedenej v odôvodnení č. 121 *in fine* napadnutého rozhodnutia, a to povolenia, ktoré musí vydať príslušný orgán dohľadu nad finančnými trhmi v rámci procesu privatizácie, teda FMA. Žalobkyne totiž tvrdia, že neistý výsledok a dĺžka trvania povoľovacieho konania v prípade, že by BB bola predaná konzorciu, odôvodnili to, aby v konečnom dôsledku bola BB predaná GRAWE, a to napriek tomu, že ponuka predložená GRAWE uvádzala nižšiu sumu.
- 107 V tejto súvislosti sa účastníci konania zhodli na skutočnosti uvedenej v odôvodnení č. 120 napadnutého rozhodnutia, že predávajúci podnikajúci podľa zásad trhovej ekonomiky si môže zvoliť najnižšiu ponuku, ak je jasné, že predaj subjektu, ktorý ponúka najviac, sa nedá zrealizovať. Je potrebné presnejšie zdôrazniť, že na rozdiel od toho, čo uvádzali žalobkyne, Komisia jasne uznala v odôvodnení č. 125 napadnutého rozhodnutia to, že predávajúci v trhovej ekonomike by sa nerozhodol pre kupujúceho, ktorý by s najväčšou pravdepodobnosťou nezískal požadované povolenia od príslušných orgánov.
- 108 Prináleží teda Všeobecnému súdu určiť, či sa Komisia dopustila zjavne nesprávneho posúdenia, keď dospela k záveru, že okolnosti uvádzané žalobkyňami – s cieľom preukázať po prvé, že povolenie FMA na predaj BB konzorciu bolo neisté, a po druhé, že povoľovacie konanie na FMA v prípade predaja BB konzorciu by bolo dlhšie – neodôvodňujú vzhľadom na kritérium súkromného podnikateľa v trhovej ekonomike prijatie rozhodnutia predaj BB spoločnosti GRAWE.

- 109 Pokiaľ ide v prvom rade o samotnú dĺžku trvania povoľovacieho konania, z prvkov v spise vyplýva, že podľa § 20 ods. 3 BWG, ktorý bol uplatniteľný v čase skutkových okolností, nadobudnutie kvalifikovaného podielu v rakúskej úverovej inštitúcii podlieha ohláseniu a povoleniu.
- 110 Skúmanie nadobudnutia kvalifikovaného podielu sa vykonáva formou testu schopnosti a bezúhonnosti („Fit & Proper“), ktorý je definovaný v § 5 ods. 1 BWG. Ako vyplýva najmä z odôvodnení č. 125 a 126 napadnutého rozhodnutia, ktoré účastníci konania nenapádajú, FMA môže podľa § 20 BWG podrobiť kupujúceho banky až vtedy tzv. testu Fit & Proper, keď rokujúce strany uzavreli záväznú kúpnu zmluvu. Z toho vyplýva, že súbežné posúdenie viacerých potenciálnych kupujúcich nemôže v praxi FMA vykonať. Tento orgán okrem toho potvrdil Komisii, že začína skúmanie predaja kvalifikovaného podielu, len ak existuje konkrétny a otvorene prejavovaný záujem o nadobudnutie a predaj u oboch strán transakcie. V predmetnom prípade sa teda spolková krajina Burgenland musela s konečnou platnosťou rozhodnúť pre jednu z ponúk na kúpu BB predtým, ako mohlo začať na FMA povoľovacie konanie týkajúce sa prevzatia. Okrem toho podľa informácií poskytnutých samotnými rakúskymi orgánmi FMA podlieha ako nezávislý správny orgán povinnostiam dôvernosti a nestrannosti. Nemôže teda formulovať *a priori* predpovede týkajúce sa výsledku začatého povoľovacieho konania.
- 111 Okrem toho sa účastníci konania zhodli na tom, že FMA môže zakázať nadobudnutie v lehote troch mesiacov po ohlásení, potom sa nadobudnutie považuje za povolené. Ak FMA dospeje k záveru, že potrebuje na skúmanie viac času ako tri mesiace, ktoré má zvyčajne, musí najprv zakázať nadobudnutie pred uplynutím lehoty troch mesiacov. Tento posledný uvedený zákaz však nemá dosah na konečné rozhodnutie FMA o nadobudnutí kvalifikovaného podielu.
- 112 Pokiaľ ide v druhom rade o tvrdenia špecificky uvádzané žalobkyňami, v podstate ide po prvé o všeobecné úvahy týkajúce sa vyhradeného, ba priam nepriateľského postoja, ktorý orgány dohľadu mali alebo by mali vo všeobecnosti mať voči prevádzkovateľom pochádzajúcim z Ukrajiny, po druhé o indicie týkajúce sa situácie členov konzorcia a po tretie o indicie poskytnuté samotnou FMA.
- 113 Pokiaľ ide po prvé o všeobecné úvahy týkajúce sa veľmi vyhradeného postoja, ktorý naozaj orgány dohľadu mali, ako o tom svedčí príklad rozhodnutia Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Spolkový úrad pre dohľad nad finančnými službami v Nemecku), ktorý v rámci skúmania, ktoré trvalo trinásť mesiacov, zamietol to, aby NordFinanz Bank AG prevzala ukrajinská skupina, alebo ešte odmietnutie vydať v roku 1994 bankovú licenciu predchodcovi jedného z členov konzorcia (SLAV), alebo by vo všeobecnosti mali mať (najmä vzhľadom na harmonizáciu procesných pravidiel a kritérií hodnotenia uplatniteľných na opatrné posúdenie akvizícií a zvýšení podielov v subjektoch vo finančnom odvetví na európskej úrovni) voči fyzickým a právnickým osobám usadeným na Ukrajine, tieto úvahy nie sú na účely tejto veci ani relevantné, ani presvedčivé z hľadiska podstaty sporu vo veci samej.
- 114 V prvom rade tieto prvky nemôžu ani prinajmenšom byť prínosom na účely konkrétneho výsledku, ktorý by mohlo mať povoľovacie konanie na FMA v prípade, že by sa spolková krajina Burgenland rozhodla predať BB konzorciu. V predmetnom prípade nešlo o určenie toho, či subjekty ukrajinského bankového odvetvia podliehajú povinnostiam a kontrolám dostatočnej kvality, teda rovnocenným s povinnosťami a kontrolami vykonávanými v členských štátoch Únie. Ako jasne uviedla Komisia, bez toho, aby jej v tejto súvislosti protirečili žalobkyne, skúmanie vykonávané zo strany FMA, pokiaľ ide o nadobudnutie podielov v bankových inštitúciách, má za cieľ určiť, či potenciálni nadobúdatelia majú vzhľadom na kvalifikačné kritériá a kritériá skúseností uvedené v článku 20 BWG dôkazy o svojej spoľahlivosti na účely stabilného a transparentného riadenia dotknutej úverovej inštitúcie.
- 115 Okrem toho je potrebné konštatovať, že určitý počet úvah uvádzaných v predmetnom prípade, najmä v replike, sa týka vývoja novej praxe po finančnej kríze, ktorá nastala na celosvetovej úrovni. Ako však vyplýva z judikatúry citovanej v bode 51 vyššie, zákonnosť rozhodnutia Komisie v oblasti štátnej pomoci sa musí posúdiť v závislosti od informácií, ktoré Komisia mohla mať v čase, keď toto rozhodnutie prijímala.

- 116 V dôsledku toho nie je potrebné zohľadniť vývoj, ktorý nastal po prijatí tohto rozhodnutia, o ktorom samozrejme Komisia nemohla vedieť. Takisto je potrebné zamietnuť ako neprípustné argumenty založené po prvé na opatrnosti, ktorú v dôsledku finančnej krízy musia dodržiavať orgány dohľadu a orgány finančnej regulácie, a po druhé na prípadných zmenách uplatniteľnej právnej úpravy, ktoré z toho vyplývali.
- 117 Ďalej argumentácia žalobkyň nič nehovorí o tom, že želanie prejavované konzorciom získať BB sa mohlo vyložiť ako vôľa založiť úverovú inštitúciu v Rakúsku. Hoci v tejto súvislosti žalobkyne spomenuli integráciu jedného z členov konzorcia, a to Active Bank, nepreukázalo sa, že by k tejto integrácii malo dôjsť až po prípadnom predaji BB konzorciu. Tento prvok aj tak nie je z tých, ktoré by sa mali zohľadniť v štádiu skúmania na FMA.
- 118 Okrem toho tieto všeobecné úvahy opomínajú skutočnosť, že FMA musí, ako žalobkyne zdôraznili v žalobách, skúmať každú žiadosť o akvizíciu podielov vo finančnej inštitúcii bez predsudkov. Skutočnosť, že niektorí členovia konzorcia boli pôvodne usadení na Ukrajine, nemôže sama osebe vysvetliť to, že by FMA mala mať negatívny postoj, pokiaľ ide o výsledok povoľovacieho konania.
- 119 Pokiaľ ide po druhé o indicie uvádzané žalobkyňami vo vzťahu ku konzorciu, teda neexistenciu ratingu medzinárodne uznávanou agentúrou, údajné nedostatky v jeho podnikateľskom pláne, jeho nedostatok skúseností alebo ešte obchodnú politiku, ktorú chcel viesť v rámci BB, nie sú tiež relevantné v rámci posúdenia šance na úspech v povoľovacom konaní na FMA.
- 120 V prvom rade žalobkyne neuviedli, či alebo v akom rozsahu by FMA tieto prvky zohľadnila v rámci svojho posúdenia.
- 121 Ďalej, a ako zdôraznila Komisia, žalobkyne svojou argumentáciou založenou na údajných nedostatkoch v podnikateľskom pláne konzorcia, jeho nedostatku skúseností alebo ešte obchodnej politike, ktorú uvedené konzorcium plánovalo viesť v rámci BB, v skutočnosti vyjadrili svoje obavy o budúcnosť BB, teda subjektu, ktorý sa má predať a ktoré by v zásade nemal mať predávajúci v trhovej ekonomike.
- 122 Po tretie žalobkyne v podstate tvrdia, že z neformálnych kontaktov s FMA vyplynulo, že v prípade predaja GRAWE možno počítať s rozhodnutím o povolení už o niekoľko týždňov po predaji BB, kým v prípade predaja konzorcia by bolo treba očakávať, že povoľovacie konanie potrvá šesť mesiacov, ba dokonca rok. Tieto informácie poskytnuté na stretnutí z 31. januára 2006 boli potvrdené 2. marca 2006. Spolková krajina Burgenland, keďže bola informovaná, že výsledok povoľovacieho konania je úplne otvorený, „vychádzala zo zásady, že FMA by nepovolila a pravdepodobne ani nemohla povoliť, aby banku získalo konzorcium“, čo je dôvod, pre ktorý predala BB spoločnosti GRAWE.
- 123 Ako však uviedla Komisia v odôvodnení č. 127 napadnutého rozhodnutia, tým, že FMA neformálne naznačila, že výsledok povoľovacieho konania bol otvorený, neprejudikovala, či tento výsledok bude kladný, alebo záporný. Nie je teda pravda, že by Komisia zle pochopila význam informácií poskytnutých rakúskymi orgánmi.
- 124 Pokiaľ ide v treťom rade o zohľadnenie pravdepodobnej dĺžky trvania povoľovacieho konania na FMA, je potrebné hneď na úvod pripomenúť, že Komisia sa domnievala, že pravdepodobné dlhšie trvanie konania na FMA nebolo takej povahy, že by predstavovalo prekážku predaja BB konzorciu.
- 125 V tejto súvislosti Komisia odôvodnila svoje stanovisko takto (pozri odôvodnenie č. 130 napadnutého rozhodnutia):

„Ani dĺžka konania FMA – menej než tri mesiace v prípade spoločnosti GRAWE, ale až rok v prípade konzorcia – nestačí na to, aby bolo konzorcium ako kupujúca strana vylúčená. Rakúsko uviedlo, že spoločnosť BB trpela pretrvávajúcou neistotou, čo mohlo banku v konečnom dôsledku uviesť do ťažkostí. Komisia nemôže tento argument v zásade ani v konkrétnom prípade akceptovať. V zásade by

to totiž bola diskriminácia všetkých uchádzačov mimo Európskej únie a pravdepodobne aj uchádzača z iného členského štátu, keďže by sa mohol uvádzať ten istý argument pre každého úradu FMA v tom čase neznámeho uchádzača, t. j. pre každú spoločnosť mimo Rakúska. Pokiaľ ide o konkrétny prípad, Komisia konštatuje, že spoločnosť BB sa v čase predaja nenachádzala v ťažkostiach. Keďže o predaj bola snaha už od roku 2003, nie je dostatočne jasné, prečo bolo potrebné také náhlenie. Argument prednesený v tejto súvislosti, že ponuka spoločnosti GRAWE bola časovo ohraničená, nemožno takisto akceptovať, inak by sa otvorili početné možnosti ovplyvniť postup verejnej súťaže diskriminujúcim spôsobom.“

- 126 Je potrebné konštatovať, že Komisia sa pripojila k posúdeniu rakúskych orgánov, podľa ktorého v prípade, že by BB získalo konzorcium, bolo by treba čakať na povoloacie konanie, ktoré mohlo trvať až jeden rok (hoci dĺžka trvania šesť mesiacov bola pravdepodobnejšia), kým v prípade prevzatia BB spoločnosťou GRAWE by táto dĺžka trvania zodpovedala trom mesiacom (pozri odôvodnenie č. 130 napadnutého rozhodnutia).
- 127 Na druhej strane však Komisia odmietla záver, že táto okolnosť bola takej povahy, aby vylúčila konzorcium, a to z dvoch dôvodov: po prvé teoreticky existovalo riziko vzniku diskriminácie voči všetkým nerakúskym uchádzačom a po druhé (konkrétne v tomto prípade) konštatovala, že BB nebola v ťažkostiach v čase predaja, a neexistovala preto žiadna osobitná naliehavosť predaj BB spoločnosti GRAWE.
- 128 Ako zdôraznili žalobkyne, prvý dôvod vylúčenia zohľadnenia dĺžky povoloacieho konania na FMA, teda riziko vzniku diskriminácie voči uchádzačom usadeným v iných krajinách, opomína základné rozlišovanie, ktoré je potrebné, v rámci určenia existencie výhody v zmysle článku 87 ods. 1 ES medzi záväzkami, ktoré štát musí brať na seba ako podnik vykonávajúci hospodársku činnosť, a záväzkami, ktoré mu prislúchajú ako orgánu verejnej moci (pozri v tomto zmysle rozsudok Ryanair/Komisia, už citovaný v bode 50 vyššie, bod 84).
- 129 V predmetnom prípade, hoci štát koná ako súkromný prevádzkovateľ v trhovej ekonomike v rámci rozhodnutia predaj BB, zároveň využíva svoje výsady verejnej moci, keď koná ako orgán poverený opatrným posúdením akvizícií a zvýšení podielov v subjektoch vo finančnom odvetví. Nemožno takisto vytýkať spolkovej krajine Burgenland to, že FMA oznámila, že pokiaľ ide o GRAWE, ktorú už tento orgán poznal, rozhodnutie o povolení by mohlo byť vydané o niekoľko týždňov, kým pokiaľ ide o konzorcium, ktoré FMA nepoznala – čo si vyžadovalo hlbšie skúmanie –, povoloacie konanie na účely privatizácie BB by pravdepodobne trvalo niekoľko mesiacov.
- 130 Preto Komisia nesprávne uviedla existenciu rizika narušenia rovnosti zaobchádzania medzi uchádzačmi na podporu odmietnutia domnienky, že pravdepodobne dlhšie trvanie povoloacieho konania na FMA v prípade predaja BB konzorciu je takej povahy, že by mohlo byť prekážkou takehoto predaja. Je totiž protichodnosť medzi tým, že sa na jednej strane skúma postoj spolkovej krajiny Burgenland vzhľadom na kritérium súkromného prevádzkovateľa v trhovej ekonomike a na druhej strane sa jej vytýka riziko porušenia zásady nediskriminácie z dôvodu rozdielnosti dĺžky trvania povoloacieho konania, pokiaľ ide o predaj BB spoločnosti GRAWE a predaj konzorciu.
- 131 Táto chyba by však mohla spôsobiť neplatnosť napadnutého rozhodnutia iba vtedy, keby Komisia neuviedla žiadny iný platný dôvod na podporu svojho stanoviska. Podľa ustálenej judikatúry totiž chybný dôvod môže odôvodniť neplatnosť aktu, len ak existujú aj iné dôvody, ktoré postačujú na to, aby bola neplatnosť opodstatnená (pozri rozsudok Súdneho dvora zo 7. apríla 2011, Grécko/Komisia, C-321/09 P, neuvverejnený v Zbierke, bod 61 a tam citovaný judikatúru).
- 132 Pokiaľ ide o druhý dôvod uvádzaný Komisiou v tomto kontexte, čo sa týka tohto prípadu, podľa ktorého neexistovala osobitná naliehavosť, ktorá by odôvodňovala predaj BB spoločnosti GRAWE a nie konzorciu, nemožno ho zamietnuť. Iste, zo skutkových okolností vyplýva, že kroky prijaté zo strany spolkovej krajiny Burgenland s cieľom predaja BB začali už v roku 2003, a že ako uvádzajú

žalobkyne, práve preto, že proces privatizácie BB bol osobitne dlhý a nákladný, spolková krajina Burgenland nechcela stratiť dodatočnú príležitosť na predaj BB. Takisto nemožno vylúčiť, že vzhľadom na pochybnosti, ktoré spolková krajina Burgenland mala, pokiaľ ide o výsledok povoľovacieho konania na FMA, uprednostnila predaj BB spoločnosti GRAWE, ktorej ponuka platila len určitý čas. Bolo však ešte treba, aby spolková krajina Burgenland predložila konkrétne dôkazy o tom, že dĺžka konania na FMA v prípade predaja BB konzorcium by silno narušila úspech privatizácie, čo sa však nepreukázalo.

- 133 Zo všetkých vyššie uvedených úvah vyplýva, že Komisia bez toho, aby sa dopustila zjavne nesprávneho posúdenia, dospela k záveru, že ani neistý výsledok, ani pravdepodobne dlhšie trvanie konania na FMA – v prípade, že by sa rozhodlo o predaji BB konzorcium – neboli dostatočným dôvodom na to, aby konzorcium bolo vylúčené ako nadobúdateľ.
- 134 Pokiaľ ide v štvrtom rade o argumentáciu žalobkýň, podľa ktorej sa Komisia zachovala neprímerane prísne, pokiaľ ide o uplatnenie testu súkromného investora v trhovej ekonomike, keď vyžadovala v predmetnom prípade, aby bolo „zrejmé, že predaj uchádzačovi s najvyššou ponukou nemožno vykonať“ (pozri odôvodnenie č. 120 rozhodnutia), ani tú nemožno uznať.
- 135 Zo znenia celej časti týkajúcej sa odôvodnení napadnutého rozhodnutia, pokiaľ ide o bezpečnosť transakcie, totiž jasne vyplýva, že použitá formulácia predstavuje slovné prekrútenie, keďže Komisia preskúmala pozorne argumenty, ktoré rakúske orgány predložili na preukázanie neistoty a pravdepodobnej dĺžky povoľovacieho konania na FMA. Komisia teda jasne pripustila, že „nemožno pochybovať o tom, že by sa predávajúci v trhovom hospodárstve nerozhodol pre kupujúceho, ktorý by s veľkou pravdepodobnosťou nebol dostal potrebné schválenie zo strany FMA (alebo iného orgánu, ktorý sa na procese zúčastňuje)“ (odôvodnenie č. 125 napadnutého rozhodnutia).
- 136 Komisia preto v predmetnom prípade neodoprela spolkovej krajine Burgenland „priestor na predvídanie“. Jednoducho dospela k záveru, že nič neindikuje ani nedokazuje, že FMA by zakázala predaj konzorcium (pozri odôvodnenie č. 133 napadnutého rozhodnutia).
- 137 Žalobkyne navyše nepreukázali, ako dospeli k záveru, že existuje pravdepodobnosť 50 %, že predaj BB konzorcium sa nezrealizuje (a *a contrario* 50 %, že áno).
- 138 Nakoniec, pokiaľ ide o dodržanie povinnosti odôvodnenia týkajúceho sa zohľadnenia povoľovacieho konania na FMA, je potrebné pripomenúť, že podľa ustálenej judikatúry odôvodnenie požadované článkom 253 ES musí byť prispôbené charakteru sporného aktu a musia z neho jasne a jednoznačne vyplývať úvahy inštitúcie, ktorá prijala rozhodnutie, umožňujúce dotknutým subjektom spoznať dôvody prijatého opatrenia a príslušnému súdnemu orgánu vykonávať svoje preskúmanie. Požiadavka odôvodnenia musí byť hodnotená vzhľadom na okolnosti daného prípadu, najmä na obsah aktu, na povahu uvádzaných dôvodov, ako aj na záujem, ktorý môžu mať na získaní takýchto vysvetlení osoby, ktorým je akt určený, alebo ďalšie osoby priamo a individuálne dotknuté takýmto aktom. Nevyžaduje sa, aby odôvodnenie vymedzovalo všetky relevantné skutkové a právne okolnosti, pretože odpoveď na otázku, či odôvodnenie aktu zodpovedá požiadavkám článku 253 ES, musí byť posudzovaná nielen vzhľadom na text aktu, ale tiež na jeho kontext, ako aj na súhrn právnych pravidiel upravujúcich dotknutú oblasť (pozri rozsudok Chronopost a La Poste/UFEX a i., už citovaný v bode 51 vyššie, bod 88 a tam citovanú judikatúru).
- 139 V predmetnom prípade je potrebné konštatovať, že žalobkyne vzhľadom na podrobné konštatovania uvedené v odôvodneniach č. 125 až 133 napadnutého rozhodnutia boli schopné pochopiť odôvodnenie, ktoré viedlo Komisiu k tomu, aby dospela k záveru, že predávajúci podnikajúci v trhovej ekonomike by nevylúčil, aby kúpilo konzorcium BB v závislosti od výsledkov povoľovacieho konania na FMA. Okrem toho, ako vyplýva zo skúmania tohto dôvodu, Všeobecný súd vzhľadom na tie isté konštatovania bol schopný vykonať preskúmanie tohto odôvodnenia.
- 140 Vzhľadom na všetky vyššie uvedené úvahy je potrebné zamietnuť takisto tretí žalobný dôvod.

O štvrtom žalobnom dôvode založenom na nesprávnom uplatnení článku 87 ods. 1 ES, pokiaľ ide o to, že spolková krajina Burgenland bola oprávnená zohľadniť finančné riziká spojené s Ausfallhaftung

Argumentácia účastníkov konania

- 141 Žalobkyne uvádzajú, že na rozdiel od toho, čo tvrdí Komisia, súkromný predávajúci by nevyhnutne zohľadnil riziká vyplývajúce z Ausfallhaftung. Rozlišovanie, ktoré Komisia vykonala medzi súkromnými a verejnými predávajúcimi, je obzvlášť umelé a formalistické, pretože neponúka realistický obraz o správaní hospodárskych subjektov na trhu.
- 142 V prvom rade tvrdia, že hoci sa naozaj odkazuje vo veciach Gröditzter Stahlwerke (rozsudok Súdneho dvora z 28. januára 2003, Nemecko/Komisia, C-334/99, Zb. s. I-1139, bod 136 a nasl.), Stardust Marine (rozsudok Súdneho dvora zo 16. mája 2002, Francúzsko/Komisia, C-482/99, Zb. s. I-4397) a BP Chemicals (rozsudok Súdu prvého stupňa z 15. septembra 1998, BP Chemicals/Komisia, T-11/95, Zb. s. II-3235) na otázku, či štát má také povinnosti ako akcionár alebo ako orgán verejnej moci, skutkové okolnosti, o ktoré ide vo veci samej, sú zjavne odlišné od tých, o ktoré išlo v uvedených veciach.
- 143 V predmetnom prípade spolková krajina Burgenland nekonala voči BB ako orgán verejnej moci a neposkytla jej Ausfallhaftung v rámci svojich výsad verejnej moci. Žalobkyne zdôrazňujú najmä, že táto záruka sa zakladá na ustanovení rakúskeho súkromného práva, teda § 1356 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch týkajúcom sa Ausfallbürgschaft (kaucie v prípade nezaplatenia). Ausfallhaftung zodpovedá „ručiteľskému vyhláseniu podľa občianskeho práva“, ktorým spolková krajina Burgenland zlepšuje hospodársku situáciu banky a ktoré reflektuje na záujmy spolkovkej krajiny ako vlastníka, pričom sa odlišuje od štátnych záruk, ktoré boli priznané nemeckými spolkovými krajinami (Anstaltslast a Gewährträgerhaftung). Táto analýza zodpovedá ďalej judikatúre Oberste Gerichtshof (Najvyšší súd, Rakúsko), ktorý v rozsudku zo 4. apríla 2006 vyhlásil, že „Ausfallhaftung spĺňa funkciu náhrady vlastných zdrojov“, a „predstavuje preto finančný nástroj vlastných zdrojov“. Skutočnosť, že spolková krajina Burgenland prijala záväzok Ausfallhaftung v rámci zákona, vyplývala z potreby dať dostatočnú publicitu predmetnému záväzku.
- 144 V druhom rade žalobkyne tvrdia, že Komisia uznala, že Ausfallhaftung priznaná v prospech rakúskych bánk bola existujúcou štátnou pomocou, a preto zákonnou pomocou až do skončenia prechodného obdobia. Jej účinky sa mali zohľadniť v rámci posúdenia opatrenia spornej privatizácie. Prístup Komisie v tejto súvislosti je rozporuplný a zrádza možnosti spolkovkej krajiny privatizovať banku, keď nie je schopná minimalizovať v prvom rade riziko povinnosti zasiahnuť prostredníctvom Ausfallhaftung.
- 145 V treťom rade žalobkyne uvádzajú, že Komisia koherentne nevyjadrila nezohľadnenie Ausfallhaftung v napadnutom rozhodnutí. Komisia nemôže súčasne odmietnuť posúdiť dôsledky Ausfallhaftung v štádiu skúmania rozhodnutia o predaji BB spoločnosti GRAWE a zohľadniť pri výpočte pomoci sumu, ktorá sa má zaplatiť za túto záruku (pozri odôvodnenie č. 170 napadnutého rozhodnutia).
- 146 V štvrtom rade žalobkyne uvádzajú, že prístup Komisie predstavuje prekážku privatizácie a je v rozpore s rozhodnutím z roku 2004, ktoré podriadilo poskytovanie pomoci reštrukturalizácii a privatizácii BB.
- 147 V piatom a poslednom rade žalobkyne zdôrazňujú, že spolková krajina Burgenland výrazne znížila účinky Ausfallhaftung na skreslenie hospodárskej súťaže tým, že prijala rozhodnutie o predaji BB spoločnosti GRAWE, teda podniku, ktorý má stabilný rating a má minimálny rizikový profil. Okrem toho spolková krajina Burgenland chcela, aby jej konanie patrilo do rámca účinných opatrení, na ktorých sa dohodla, pokiaľ ide o pomoc na reštrukturalizáciu uvedenú v rozhodnutí z roku 2004.
- 148 Komisia spochybňuje všetky tieto výhrady.

Posúdenie Všeobecným súdom

- 149 Komisia opísala v napadnutom rozhodnutí (pozri konkrétne poznámku pod čiarou 9 v odôvodnení č. 21) *Ausfallhaftung* ako režim zákonnej záruky, ktorý obsahuje povinnosť štátnych orgánov, konkrétne regionálnych, zasiahnuť v prípade platobnej neschopnosti alebo likvidácie predmetnej úverovej inštitúcie. V súlade s touto zárukou veritelia úverových inštitúcií majú priamy nárok voči verejnému orgánu, ručiteľovi, v prípade, že úverová inštitúcia je v situácii likvidácie alebo platobnej neschopnosti a hodnota majetku banky nestačí na to, aby boli uspokojené pohľadávky veriteľov. Tento opis *Ausfallhaftung* žalobkyne formálne nespochybnili.
- 150 Z návrhu Komisie týkajúceho sa účinných opatrení, pokiaľ ide o *Ausfallhaftung*, vyplýva, že Rakúska republika sa zaviazala zrušiť túto záruku počas prechodného obdobia. Konkrétne a ako vyplýva z bodu 3 vyššie, záväzky existujúce k 2. aprílu 2003 sú kryté *Ausfallhaftung* až do dátumu ich splatnosti. V priebehu prechodného obdobia, ktoré trvalo až do 1. apríla 2007, iba žeby uvedené finančné ústavy boli skôr sprivatizované, *Ausfallhaftung* bola zachovaná vo vzťahu k novým záväzkom, ktorých dátum splatnosti je pred 30. septembrom 2017.
- 151 Z toho vyplýva, že aj po privatizácii BB spolková krajina Burgenland musí naďalej byť jej ručiteľom, pokiaľ ide o záväzky vzniknuté pred 2. aprílom 2003 (bez ohľadu na dátum splatnosti takýchto záväzkov) a takisto pokiaľ ide o záväzky vzniknuté v priebehu prechodného obdobia (ktoré sa končí dátumom privatizácie), ktoré sú splatné pred 30. septembrom 2017.
- 152 Z tohto hľadiska žalobkyne tvrdia, že Komisia mala pri posudzovaní ponúk na kúpu nevyhnutne zohľadniť *Ausfallhaftung*, ktorá v čase predaja pokrývala približne 3,1 miliardy eur pasív BB. Keďže spolková krajina Burgenland zostávala stále ručiteľom za straty, ktoré vzniknú BB dokonca aj po privatizácii, bola oprávnená ubezpečiť sa, že uvedený kupujúci bude mať dostatočnú vážnosť a solventnosť, čo je niečo, čo je viac ako len jednoduchá schopnosť zaplatiť kúpnu cenu, na účely zabránenia vzniku rizika likvidácie alebo reštrukturalizácie BB. Nakoniec rakúske orgány tvrdili, že predaj banky spoločnosti GRAWE za zjavne nižšiu cenu ako bola cena ponúkaná konzorciom bolo v plnej miere dôvodné vzhľadom na menšie riziko hradiť záväzky vyplývajúce zo záruky *Ausfallhaftung*.
- 153 Podľa názoru Komisie však *Ausfallhaftung*, ktorá bola predtým klasifikovaná ako existujúca štátna pomoc, nemôže byť zohľadnená, keď ide tak ako v tomto prípade o skúmanie danej transakcie podľa zásady súkromného prevádzkovateľa v trhovej ekonomike. Uvádzaný dôvod spočíva v skutočnosti, že táto záruka, z hľadiska samotnej svojej definície, ktorá bola klasifikovaná ako štátna pomoc, nie je zárukou, ktorú by poskytol súkromný predávajúci. Komisia teda odmietla v napadnutom rozhodnutí zohľadniť *Ausfallhaftung* takto:
- „(135) Podľa názoru Komisie by spolková krajina Burgenland nemala brať do úvahy záruku ‚*Ausfallhaftung*‘. Ak by sa táto záruka zohľadnila, bola by úloha spolkovej krajiny Burgenland ako poskytovateľa štátnej pomoci a ako predávajúceho banku zmiešaná, ako to už bolo uvedené v rozhodnutí o začatí konania.
- ...
- (137) ... Pripomienky Rakúska nie sú zdôvodnené žiadnym precedensom, v ktorom investor v trhovom hospodárstve bral ohľad na záruku považovanú za štátnu pomoc: *ex hypothesi* by žiadny investor v trhovom hospodárstve neprevzal záruku, ktorá by nezodpovedala zásadám investora v trhovom hospodárstve, a rozhodnutie o zrušení ‚*Ausfallhaftung*‘ potvrdzuje, že záruka nebola poskytnutá za trhových podmienok. Súdnym dvorom rozhodol, že záruky, ktoré boli zaradené ako protiprávne štátne pomoci, nesmú byť pri výpočte očakávaných likvidačných nákladov zohľadnené. Toto, naopak, neznamená, že existujúca štátna pomoc sa smie zohľadniť.

Podľa názoru Komisie nie je relevantné, či šlo o protiprávnu, alebo o existujúcu štátnu pomoc. Pokiaľ sa opatrenie musí posudzovať ako štátna pomoc, žiadny predávajúci v trhovom hospodárstve by ho nepriznal a takéto opatrenie nezohľadnil.“

154 Toto stanovisko Komisie sa musí uznať.

155 Z judikatúry nesporne vyplýva, že na účely uplatnenia kritéria súkromného investora treba rozlišovať medzi povinnosťami, ktoré musí štát zabezpečiť ako akcionár vlastníka spoločnosti, a povinnosťami, ktoré mu môžu prináležať ako orgánu verejnej moci (rozsudok Súdneho dvora zo 14. septembra 1994, Španielsko/Komisia, C-278/92 až C-280/92, Zb. s. I-4103, bod 22).

156 Súdny dvor takto vo veci, v ktorej bol vydaný rozsudok z 28. januára 2003, Nemecko/Komisia, už citovaný v bode 142 vyššie (body 133 až 141), vylúčil, že rôzne úvery a záruky, ktoré by súkromný investor nikdy neposkytol za rovnakých podmienok a ktoré je potrebné klasifikovať ako protiprávnu štátnu pomoc, by sa mali zohľadňovať v rámci skúmania otázky, či likvidácia Gröditzer Stahlwerke bola výhodnejšia, ako jej privatizácia za negatívnu cenu.

157 Žalobkyne nesprávne tvrdia, že táto vec nie je relevantná, keďže sa týka protiprávnej štátnej pomoci a nie existujúcej pomoci. V rámci uplatnenia kritéria súkromného prevádzkovateľa je totiž určujúce to, či by predmetné opatrenia mohol vykonať súkromný prevádzkovateľ v trhovej ekonomike, ktorý chce dosiahnuť viac-menej z dlhodobého hľadiska zisk. Takisto, nezávisle od novej klasifikácie sporných záväzkov, základnou otázkou je to, či by uvedené záväzky prijal súkromný prevádzkovateľ v trhovej ekonomike.

158 Preto aj keby platilo napriek záväznej povahe rozhodnutia K(2003) 1329 v konečnom znení, že by rakúske orgány mohli spochybňovať v rámci tohto konania klasifikáciu Ausfallhaftung za štátnu pomoc, ku ktorej dospelo toto rozhodnutie, je potrebné konštatovať, že vzhľadom na charakteristiku opísanú vyššie, pokiaľ ide o režim zavedený Ausfallhaftung, táto záruka nebola poskytnutá za obvyklých trhových podmienok, a preto nemôže byť zohľadnená pri posudzovaní správania uvedených orgánov podľa kritéria súkromného investora v trhovej ekonomike.

159 Vzhľadom na všetky tieto úvahy nemožno vytýkať Komisii, že odmietla zohľadniť Ausfallhaftung v rámci posudzovania ponúk predložených zo strany konzorcia a GRAWE s cieľom kúpy BB.

160 Z toho vyplýva, že štvrtý žalobný dôvod je potrebné zamietnuť.

O piatom žalobnom dôvode založenom na nesprávnom uplatnení zásady súkromného predávajúceho v trhovej ekonomike v rámci subsidiárneho skúmania rizík spojených s Ausfallhaftung

161 V tomto žalobnom dôvode žalobkyne v podstate tvrdia, že subsidiárne skúmanie finančných rizík vznikajúcich spolčkovej krajine Burgenland v prípade, že by sa rozhodla predať BB konzorciu, je nesprávne. Zdôrazňujú najmä, že posúdenie rozsahu strát likvidity v nadväznosti na uplatnenie Ausfallhaftung spočíva na nesprávnych predpokladoch a je nedostatočne odôvodnené. Okrem toho Komisia nesprávne opomenula zohľadniť v scenári likvidácie BB nezávislý znalecký posudok, ktorému spolková krajina Burgenland musela veriť.

162 Je potrebné pripomenúť, že Komisia navyše skúmala tvrdenia žalobkýň v spojení so zohľadnením Ausfallhaftung (pozri odôvodnenia č. 144 až 157 napadnutého rozhodnutia). V rámci tohto skúmania dospela k záveru, že ponuka GRAWE, hoci sa aj uzná stanovisko Rakúskej republiky a zohľadní Ausfallhaftung, aj tak nepredstavuje najlepšiu ponuku.

163 Keďže je dôvodné potvrdiť hlavnú argumentáciu uvádzanú Komisiou, ktorá vedie k záveru, že Ausfallhaftung nemôže byť zohľadnená pri posudzovaní ponúk na kúpu BB (pozri štvrtý žalobný dôvod), nie je potrebné skúmať dôvodnosť tohto žalobného dôvodu, ktorý smeruje len proti

argumentácii uvedenej subsidiárne a ktorý už z hľadiska svojej definície nemôže spochybníť riešenie prijaté napokon Komisiou. Podľa ustálenej judikatúry totiž nesprávny dôvod nemôže odôvodniť zrušenie aktu, v ktorom je uvedený, ak je len dôvodom uvádzaným navyše a existujú iné dôvody, ktoré dostatočne odôvodňujú akt (pozri rozsudok Grécko/Komisia, už citovaný v bode 131 vyššie, bod 61 a tam citovanú judikatúru).

164 V dôsledku toho je potrebné tento žalobný dôvod vyhlásiť za neúčinný.

O ôsmom žalobnom dôvode založenom na nesprávnom posúdení vydania dlhopisov v rámci Ausfallhaftung

Argumentácia účastníkov konania

165 Žalobkyne tvrdia, že Komisia nesprávne dospela k záveru, že tým, že pred uzatvorením predaja boli vydané dodatočné dlhopisy vo výške 380 miliónov eur v prospech GRAWE, tejto spoločnosti bola poskytnutá výhoda. Komisia najmä nezohľadnila, že ako vyplývalo z rôznych svedectiev a kalendára emisií dlhopisov oznámeného rakúskymi orgánmi, nové emisie dlhopisov boli oznámené obom uchádzačom a mali z toho rovnakú výhodu. Navyše Komisia opomenula porovnať výhodu, ktorú mohli mať obaja uchádzači z emisií nových dlhopisov, vzhľadom na rizikový profil a ich rozdielny rating. Tvrdia najmä, že keďže GRAWE mala veľmi dobrý rating, výhoda spojená s Ausfallhaftung bola, pokiaľ ide o GRAWE, len veľmi obmedzená. Konzorcium by z nej však malo rozsiahly prospech, čo by vo veľkej miere kompenzovalo kúpnu cenu. Komisia to vôbec nezohľadnila pri porovnávaní dvoch ponúk kúpnej ceny, čo predstavuje zjavne nesprávne zistenie skutkových okolností.

166 Okrem toho žalobkyne uvádzajú, že aj keby bola emisia dodatočných dlhopisov vo výške 380 miliónov eur slúbená len GRAWE, výhoda, ktorá z toho vyplýva pre GRAWE, je malá vzhľadom na jej vynikajúci rizikový profil.

167 Komisia spochybňuje všetky tieto výhrady.

Posúdenie Všeobecným súdom

168 Je dôležité pripomenúť, že Komisia dospela v odôvodnení č. 171 napadnutého rozhodnutia k takémuto záveru:

„Vydanie dodatočných dlhopisov vo výške 380 mil. EUR v rámci štátnej záruky nebolo uvedené ani v process letter, ani v návrhu zmluvy so spoločnosťou GRAWE. Podľa názoru Komisie zohrávala táto dohoda podstatnú úlohu pri procese predaja a mala by byť uvedená v návrhu zmluvy s konzorciom. Konzorcium navyše potvrdilo, že vo svojej ponuke nebralo ohľad na vydanie dodatočných dlhopisov. Podľa Komisie vyžaduje preto výhoda, ktorá vytvorila pre spoločnosť GRAWE výhodnejšiu situáciu refinancovania následkom poskytnutia ďalších 380 mil. EUR, úpravu vo forme zvýšenia sumy rozdielu medzi ponukou konzorcia a skutočnou kúpnu cenou. Základom výpočtu sú úroky, ktoré spoločnosť BB uhradí za dodatočné dlhopisy vo výške 380 mil. EUR v porovnaní s nákladmi na refinancovanie spoločnosti BB po uzavretí predaja.“

169 Práve tieto závery sú predmetom tohto dôvodu uvádzaného žalobkyňami. V podstate tvrdia, že pri oprave celkovej hodnoty výhody poskytnutej GRAWE smerom nahor z dôvodu emisie dodatočných dlhopisov v sume 380 miliónov eur bolo zamlčané, že z tejto emisie dlhopisov mohlo mať prospech aj konzorcium.

- 170 Hoci ako vyplýva z odôvodnení č. 148 a 171 napadnutého rozhodnutia, Komisia neodmietla zahrnúť túto emisiu dodatočných dlhopisov do scenára likvidácie, skúmaného subsidiárne, ktorý navrhli rakúske orgány v prípade predaja konzorciu, obmedzila sa v rámci posúdenia sumy výhody priznanej GRAWE na uvedenie toho, že konkrétne ponuka predložená konzorciom nezohľadňovala emisiu dodatočných dlhopisov. V tomto kontexte Komisia zohľadnila jednak to, že emisia dodatočných dlhopisov v hodnote 380 miliónov eur nebola uvedená ani v tzv. process letter, ani v návrhu zmluvy s konzorciom, a jednak, že konzorcium potvrdilo, že nezohľadnilo v skutočnosti túto emisiu.
- 171 Argumentácia žalobkyní, podľa ktorej aj keby emisia dodatočných dlhopisov bola ponúknutá len GRAWE, GRAWE by aj tak nemala žiadnu dodatočnú výhodu vzhľadom na jej vyšší finančný rating a výhodnejší rizikový profil oproti výhodám, ktoré malo konzorcium, nie je podložená žiadnym presvedčivým vysvetlením, a preto musí byť zamietnutá.
- 172 Aj keby žalobkyne chceli v skutočnosti dokázať v tomto žalobnom dôvode finančné riziko pre spolkovú krajinu Burgenland z titulu Ausfallhaftung, je potrebné pripomenúť, že ako vyplýva zo skúmania štvrtého žalobného dôvodu (pozri bod 158 vyššie), táto záruka nie je prvkom, ktorý by sa mal zohľadňovať pri posudzovaní sporného opatrenia vzhľadom na kritérium súkromného investora v trhovej ekonomike. Okrem toho, a ako zdôraznila Komisia, neprináležalo v rámci posúdenia sumy pomoci určiť, aká by bola hypotetická výhoda, z ktorej by mala úžitok BB v prípade, že by bola kúpená konzorciom, ale skôr určiť to, aká bola výhoda, ktorá bola konkrétne a objektívne poskytnutá GRAWE.
- 173 Preto je potrebné ôsmy žalobný dôvod zamietnuť.

O deviatom žalobnom dôvode založenom na nesprávnom uplatnení článku 87 ods. 1 ES z viacerých hľadísk pri určovaní prvku pomoci

Argumentácia účastníkov konania

- 174 Žalobkyne vytykajú Komisii, že dospela k záveru o existencii pomoci bez toho, aby sa s istotou preukázalo, že GRAWE bola zvýhodnená. To predstavuje nesprávne uplatnenie článku 87 ods. 1 ES, keďže Komisia nevykonala dostatočné rozlíšenie medzi existenciou pomoci a dôležitosťou prvku pomoci. Vytykajú takisto Komisii, že nezobrala do úvahy v odôvodnení č. 156 napadnutého rozhodnutia riziko nezaplatenia ceny konzorciom na účely porovnania jeho ponuky s ponukou GRAWE, čo predstavuje zjavne nesprávne určenie skutkových okolností. Nakoniec vytykajú Komisii, že v odôvodnení č. 174 druhej vete napadnutého rozhodnutia vyžadovala zohľadnenie výhody, ktorá mohla vyplývať z prevodu daňovej straty, hoci daňové výhody transakcie pre konzorcium neboli skúmané.
- 175 Komisia napáda dôvodnosť tvrdení žalobkyní.

Posúdenie Všeobecným súdom

- 176 Svojou argumentáciou žalobkyne vytykajú Komisii, že dospela k záveru o existencii výhody bez toho, aby sa ubezpečila o tom, že úpravy uvedené v odôvodneniach č. 167 až 174 napadnutého rozhodnutia, ktoré majú za cieľ zohľadniť rozdiely medzi dvoma predloženými ponukami a dodatočnou výhodou pre GRAWE vyplývajúcou z emisie dodatočných dlhopisov vo výške 380 miliónov eur, vedú k záveru, že existuje negatívna pomoc.
- 177 Aj keď sa vylúči subsidiárne odôvodnenie uvedené vo vzťahu k scenáru likvidácie a aj keď sa zohľadní skutočnosť, že práve bez dopustenia sa zjavne nesprávneho posúdenia Komisia dospela k záveru, že by sa mala zohľadniť len dodatočná výhoda, ktorá vyplývala z emisie dodatočných dlhopisov vo

výške 380 miliónov eur (pozri body 168 až 171 vyššie), žalobkyne neboli schopné preukázať, že uvedené úpravy viedli k neutralizácii finančnej výhody, ktorú GRAWE získala prostredníctvom privatizácie BB.

- 178 Východisková suma pomoci, ktorá sa má vrátiť, totiž vyplýva v zásade z rozdielu 54,7 milióna eur medzi cenovou ponukou konzorcia a kúpnu cenu naozaj zaplattenou GRAWE, pričom táto suma sa musí upraviť v závislosti od rozdielov medzi parametrami, ktoré GRAWE a konzorcium konkrétne zohľadnili pri predkladaní svojich ponúk na kúpu BB. Napadnuté rozhodnutie však stanovuje len dva druhy úprav smerom nadol, teda úpravu o sumu 2,1 milióna eur vyplývajúcu z rozdielu v sume sankcie za predčasnú splatnosť (pozri odôvodnenie č. 168 napadnutého rozhodnutia) a úpravu o sumu, ktorá sa má definovať a ktorá zodpovedá prevodu štyroch realitných spoločností na spolkovú krajinu Burgenland (pozri odôvodnenia č. 18 a 172 napadnutého rozhodnutia).
- 179 Nakoniec je potrebné konštatovať, že deviaty žalobný dôvod nie je dôvodný a musí byť zamietnutý.
- 180 Zo všetkého vyššie uvedeného vyplýva, že tieto žaloby musia byť zamietnuté.

O trovách

- 181 Podľa článku 87 ods. 2 rokovacieho poriadku účastník konania, ktorý vo veci nemal úspech, je povinný nahradiť trovy konania, ak to bolo v tomto zmysle navrhnuté. Keďže Rakúska republika a spolková krajina Burgenland nemali vo veci úspech, je opodstatnené zaviazat' ich na náhradu trov konania v súlade s návrhom Komisie.

Z týchto dôvodov

VŠEOBECNÝ SÚD (šiesta komora)

rozhodol a vyhlásil:

- 1. Žaloby sa zamietajú.**
- 2. Rakúska republika a spolková krajina Burgenland sú povinné nahradiť trovy konania.**

Jaeger

Wahl

Soldevila Fragoso

Rozsudok bol vyhlásený na verejnom pojednávaní v Luxemburgu 28. februára 2012.

Podpisy