



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (andra avdelningen)

den 24 oktober 2013 *

”Överklagande — Konkurrens — Statligt stöd — Stöd som förklarats olagligt och oförenligt med den gemensamma marknaden — Stöd som beviljats koncernen Grazer Wechselseitige (GRAWE) inom ramen för privatiseringen av Bank Burgenland AG — Fastställande av marknadspriset — Anbudsförfarande — Otillåtna villkor som inte har påverkat det högsta anbudet — Kriteriet om en privat säljare — Åtskillnad mellan statens skyldigheter i egenskap av myndighetsutövare och i egenskap av aktieägare — Missuppfattning av bevisning — Motiveringsskyldighet”

I de förenade målen C-214/12 P, C-215/12 P och C-223/12 P,

angående tre överklaganden enligt artikel 56 i stadgan för Europeiska unionens domstol, som ingavs den 7 maj, den 8 maj respektive den 7 maj 2012,

Land Burgenland, företrädd av U. Soltész, P. Melcher och A. Egger, Rechtsanwälte,

klagande,

med stöd av

Förbundsrepubliken Tyskland, företrädd av K. Petersen, T. Henze och J. Möller, samtliga i egenskap av ombud,

intervenient i andra instans

i vilket de andra parterna är:

Europeiska kommissionen, företrädd av L. Flynn, V. Kreuschitz och T. Maxian Rusche, samtliga i egenskap av ombud,

svarande i första instans,

Republiken Österrike,

sökande i första instans (C-214/12 P),

Grazer Wechselseitige Versicherung AG, Graz (Österrike), företrädd av H. Wollmann, Rechtsanwalt,

klagande,

* Rättegångsspråk: tyska.

i vilket den andra parten är:

Europeiska kommissionen, företrädd av L. Flynn, V. Kreuschitz och T. Maxian Rusche, samtliga i egenskap av ombud,

svarande i första instans (C-215/12 P),

och

Republiken Österrike, företrädd av C. Pesendorfer och J. Bauer, båda i egenskap av ombud,

klagande,

med stöd av

Förbundsrepubliken Tyskland, företrädd av K. Petersen, T. Henze och J. Möller, samtliga i egenskap av ombud,

intervenient i andra instans

i vilket de andra parterna är:

Europeiska kommissionen, företrädd av L. Flynn, V. Kreuschitz och T. Maxian Rusche, samtliga i egenskap av ombud,

svarande i första instans (C-223/12 P),

Land Burgenland, företrädd av U. Soltész, P. Melcher och A. Egger, Rechtsanwälte,

sökande i första instans (C-223/12 P),

meddelar

DOMSTOLEN (andra avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden R. Silva de Lapuerta samt domarna J. L. da Cruz Vilaça, G. Arestis, J.-C. Bonichot och A. Arabadjiev (referent),

generaladvokat: M. Wathelet,

justitiesekreterare: handläggaren M. Aleksejev,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 19 juni 2013,

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Land Burgenland (C-214/12 P) och Republiken Österrike (C-223/12 P) har yrkat att domstolen ska upphäva den dom som meddelades av Europeiska unionens tribunal den 28 februari 2012 i de förenade målen T-268/08 och T-281/08, Land Burgenland och Österrike mot kommissionen (nedan kallad domen i målet Burgenland). Genom denna dom ogillade tribunalen Land Burgenlands och Republiken Österrikes talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 2008/719/EG av den 30 april 2008 om det statliga stöd C 56/06 (ex NN 77/06) som Österrike planerar att genomföra till förmån för privatiseringen av Bank Burgenland (EUT L 239, s. 32) (nedan kallat det omtvistade beslutet).
- 2 Grazer Wechselseitige Versicherung AG (nedan kallat GRAWE) (C-215/12 P) har yrkat att domstolen ska upphäva den dom som meddelades av Europeiska unionens tribunal den 28 februari 2012 i mål T-282/08, Grazer Wechselseitige Versicherung mot kommissionen (nedan kallad domen i målet GRAWE). Genom denna dom ogillade tribunalen GRAWE:s talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet.

Bakgrund till tvisten

- 3 Fram till privatiseringen var Hypo Bank Burgenland AG (nedan kallad BB) en regional bank i form av ett aktiebolag bildat enligt österrikisk lag, med säte i Eisenstadt (Österrike). År 2005 hade BB en sammanlagd balansomsättning på 3,3 miljarder euro. BB ägdes till 100 procent av Land Burgenland.
- 4 Enligt 4 § i Land Burgenlands hypoteksbanklag (Landes-Hypothekenbank Burgenland-Gesetz, LGBL 58/1991), i dess lydelse enligt LGBL 63/1998, stod Land Burgenland som garant enligt 1356 § i den österrikiska civillagen (Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch) för alla BB:s förpliktelser om banken skulle ställa in sina betalningar. I enlighet med bestämmelserna i denna lag har bankens borgenärer rätt att vända sig direkt till garanten, vilken emellertid är tvungen att agera först när bankens tillgångar inte räcker för att täcka fordringarna.
- 5 Denna ordning med en fullgörandegaranti för offentliga kreditinstitut, en så kallad Ausfallhaftung, och särskilt den garanti som Land Burgenland ställt ut till förmån för BB och dess föregångare, har praktiskt taget haft samma form sedan år 1928. Garantin omfattade varken en specifik period eller ett specifikt belopp.
- 6 Enligt en överenskommelse mellan Europeiska gemenskapernas kommission och Republiken Österrike, vilken låg till grund för beslut K(2003) 1329 slutlig av den 30 april 2003 angående stöd E 8/02 (EUT C 175, s. 8), skulle Ausfallhaftung vara avskaffad till den 1 april 2007. För alla förpliktelser som existerade den 2 april 2003 fortsatte Ausfallhaftung i princip att gälla till och med förfallodagen. Från den 2 april 2003 till den 1 april 2007 kunde Ausfallhaftung kvarstå för nya förpliktelser under förutsättning att de förföll till betalning före den 30 september 2017.
- 7 Efter två fruktlösa försök åren 2003 och 2005 inledde Land Burgenland ett tredje anbudsförfarande för att privatisera BB. Investeringsbanken HSBC Trinkaus & Burkhardt KGaA, Düsseldorf (Tyskland), anförtröddes tillsammans med HSBC plc, London (Förenade kungariket) (nedan gemensamt kallade HSBC), uppdraget att genomföra privatiseringen. Detta förfarande påbörjades i oktober 2005 genom offentliggörandet av en anbudsinfordran i pressen.
- 8 Två anbudsgivare inkom med bindande anbud. Dessa anbudsgivare var GRAWE – ett österrikiskt företag som erbjuder ett urval försäkringstjänster samt finansiella tjänster och leasing och som år 2006, tillsammans med GW Beteiligungserwerbs- und -verwaltungs-GmbH, var direkt ägare av betydande aktieposter i två finansiella företag i bank- och investeringssektorn – och ett österrikiskt-ukrainskt konsortium bestående av de österrikiska företagen SLAV AG och SLAV

Finanzbeteiligung GmbH samt de ukrainska aktiebolagen Ukrpodshipnik och Ilyich (nedan kallade konsortiet). Dessa båda anbud blev föremål för individuell prövning och avtalsförhandlingar, ett förfarande som avslutades den 4 mars 2006.

- 9 Den 5 mars 2006 tilldelade Land Burgenland GRAWE kontraktet, trots att det pris som bolaget erbjöd sig att betala (100,3 miljoner euro) var betydligt lägre än det som erbjöds av konsortiet (155 miljoner euro). Detta beslut grundade sig bland annat på en skriftlig rekommendation från HSBC av den 4 mars 2006, vilken kompletterades av muntliga klargöranden för ledamöterna i Burgenlands delstatsregering den dag då beslutet fattades. I HSBC:s rekommendation angavs i huvudsak att även om den erbjudna köpeskillingen talade för konsortiet, blev ändå rekommendationen att överlåta BB till GRAWE, med hänsyn till övriga urvalskriterier, det vill säga säkerheten för betalning av köpeskillingen, fortsatt verksamhet för BB utan att Ausfallhaftung behöver tas i anspråk, kapitalökningarna och transaktionssäkerheten.
- 10 Överlåtelsen av BB, som formellt godkändes av Burgenlands delstatsmyndigheter den 7 mars 2006, avslutades den 12 maj 2006. Före detta avslut emitterade BB, med stöd av Ausfallhaftung, obligationer till ett värde om 700 miljoner euro. Det var emellertid, enligt vad som angavs i villkoren för privatiseringen, endast obligationer till ett värde av 320 miljoner euro som skulle emitteras. Enligt vad som framgår av skäl 35 i det omtvistade beslutet nämndes emissionen av de resterande obligationerna, uppgående till ett värde av 380 miljoner euro, inte i utkasten till kontrakt med GRAWE och med konsortiet.
- 11 Den 4 april 2006 mottog kommissionen ett klagomål från konsortiet, i vilket det hävdades att Republiken Österrike hade överträtt bestämmelserna om statligt stöd vid privatiseringen av BB. I klagomålet påpekades särskilt att anbudsförfarandet, som påstods ha varit orättvist, icke-överblickbart och diskriminerande gentemot konsortiet, ledde till att BB inte överläts till högstbjudande, nämligen konsortiet, utan till GRAWE.
- 12 Genom en skrivelse av den 21 december 2006 underrättade kommissionen de österrikiska myndigheterna om sitt beslut att inleda det formella granskningsförfarande som anges i artikel 88.2 EG beträffande överlåtelsen av BB till GRAWE. Beslutet offentliggjordes i Europeiska unionens officiella tidning den 8 februari 2007 (EUT C 28, s. 8). Kommissionen antog den 30 april 2008 det omtvistade beslutet.
- 13 När det gäller frågan huruvida GRAWE hade beviljats en selektiv fördel, prövade kommissionen huruvida Land Burgenland hade uppträtt som vilken annan säljare som helst som verkar i en marknadsekonomi (nedan kallat kriteriet om en privat säljare). I detta hänseende angav kommissionen, i skälen 120–122 i det omtvistade beslutet, att det finns två situationer då en privat säljare kan välja att anta det lägsta anbudet i stället för det högsta.
- 14 Den första situationen avser det fall då det är uppenbart att försäljningen till den högstbjudande anbudsgivaren inte kan genomföras. I förevarande fall innebär detta att det måste göras en prövning av transaktionssäkerheten mot bakgrund av konsortiets betalningsförmåga och av sannolikheten att nämnda konsortium inte erhåller det godkännande som krävs från Finanzmarktaufsicht (den österrikiska myndigheten för övervakning av finansmarknaderna) (nedan kallad FMA). Enligt kommissionen fanns det inga skäl att tvivla på att konsortiet kunde betala den erbjudna köpeskillingen på 155 miljoner euro, och inte heller fanns det några uppgifter om eller bevis för att FMA skulle ha förbjudit en försäljning till konsortiet.
- 15 Den andra situationen avser det fall då det är motiverat att beakta andra faktorer än priset, varvid endast sådana andra faktorer får beaktas som en privat säljare skulle ha beaktat. Enligt kommissionen utesluter detta krav sådana risker som skulle kunna uppstå på grund av en eventuell skyldighet att betala en garanti som kan kvalificeras som statligt stöd, såsom Ausfallhaftung.

- 16 Kommissionen påpekade härvid att det framgår av rättspraxis att statens roll som säljare av ett företag, å ena sidan, och de skyldigheter som åligger staten i egenskap av offentligt organ, å andra sidan, inte får blandas samman. Ingen privat säljare skulle ha ställt en garanti som inte är förenlig med de marknadsmässiga villkoren, och beslutet att avskaffa Ausfallhaftung bekräftar att denna garanti inte hade ställts på sådana villkor.
- 17 Mot bakgrund härav fann kommissionen, i skäl 175 i det omtvistade beslutet, att Republiken Österrike på ett rättsstridigt sätt hade beviljat GRAWE statligt stöd inom ramen för privatiseringen av BB. Detta stöd utgör, enligt kommissionen, en överträdelse av artikel 88.3 EG och är inte förenligt med den gemensamma marknaden. I artiklarna 1, 2 och 4 i beslutet föreskrivs följande:

”Artikel 1

Det statliga stöd som Österrike i strid med artikel 88.3 [EG] olagligen har beviljat GRAWE är oförenligt med den gemensamma marknaden. Stödet motsvarar skillnaden mellan de båda inom ramen för anbudsförfarandet lämnade slutliga prisbudena och ska justeras enligt de parametrar som presenteras i [skälen] 167–174 i detta beslut.

Artikel 2

1. Österrike ska återkräva det stöd som avses i artikel 1 från stödmottagaren.

...

Artikel 4

1. Inom två månader från den dag då detta beslut har delgivits ska Österrike lämna följande uppgifter till kommissionen:

- a) Det totala belopp (kapital och ränta) som ska återkrävas från stödmottagaren och som har justerats i enlighet med de parametrar som kommissionen har presenterat i detta beslut, samt en exakt beskrivning av den metod som har använts för att beräkna detta belopp och en av en oberoende expert utförd värdering av egendomen.

...”

Förfarandet vid tribunalen och domarna i målen Burgenland och GRAWE

- 18 Land Burgenland, Republiken Österrike och GRAWE väckte talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet genom ansökningar som inkom till förstainstansrättens kansli den 11 juli, den 15 juli respektive den 17 juli 2008 (målen T-268/08, T-281/08 respektive T-282/08).
- 19 Genom beslut av den 20 april 2009 förenade ordföranden på förstainstansrättens åttonde avdelning, efter att ha hört parterna, målen T-268/08 och T-281/08 vad gäller det skriftliga och det muntliga förfarandet samt domen.
- 20 Land Burgenland och Republiken Österrike åberopade, till stöd för sin talan, nio grunder, varav bland andra följande:
- Den första grunden: Felaktig tillämpning av artikel 87.1 EG vid fastställandet av marknadspriset för BB, genom att kommissionen felaktigt krävde att ett anbudsförfarande skulle genomföras för privatiseringen av banken.

- Den tredje grunden: Felaktig tillämpning av artikel 87.1 EG, genom att kommissionen inte beaktade att utgången av ett tillståndsförfarande vid FMA hade varit osäkert och att förfarandet eventuellt hade kunnat bli långdraget för det fall BB hade överlåtits till konsortiet.
 - Den fjärde grunden: Felaktig tillämpning av artikel 87.1 EG, genom att Land Burgenland hade rätt att beakta de risker som är förknippade med Ausfallhaftung vid jämförelsen av de anbud som lämnats av GRAWE respektive konsortiet.
 - Den sjunde grunden: Felaktig tillämpning av artikel 87.1 EG, genom att konsortiets anbud inte kunde läggas till grund för att fastställa marknadspriset för BB.
 - Den åttonde grunden: Oriktig bedömning av den emission av obligationer som gjordes med stöd av Ausfallhaftung vid privatiseringen av BB.
- 21 GRAWE åberopade, till stöd för sin talan, flera grunder, varav vissa avsåg felaktig tillämpning av artikel 87.1 EG. Enligt GRAWE hade kommissionen gjort sig skyldig till sådan felaktig tillämpning när den fastställde marknadspriset för BB samt när den underlät att beakta Ausfallhaftung och möjligheten att det kunde bli fråga om en negativ prisskillnad.
- 22 I domarna i målen Burgenland och GRAWE ogillade tribunalen klagandenas talan i dess helhet. Tribunalen fann bland annat
- att det i förevarande fall var befogat av kommissionen att endast grunda sig på konsortiets anbud vid fastställandet av marknadspriset för BB och att det inte var nödvändigt att inhämta expertutlåtanden,
 - att kommissionen inte gjorde något fel när den konstaterade att varken den osäkra utgången eller den sannolikt längre tidsåtgången för förfarandet vid FMA – vid ett beslut att sälja BB till konsortiet – motiverade att konsortiet uteslöts som köpare,
 - att kommissionen inte kunde kritiseras för att inte ha beaktat Ausfallhaftung i samband med utvärderingen av anbuden, eftersom det var fråga om statligt stöd som inte hade beviljats på normala marknadsvillkor och således inte kunde beaktas vid bedömningen av myndigheternas beteende utifrån kriteriet om en privat säljare, och
 - att bedömningen av emissionen av obligationer med stöd av Ausfallhaftung inte var felaktig, eftersom det ansågs styrkt att konsortiet i sitt anbud inte hade beaktat emissionen av ytterligare obligationer till ett värde av 380 miljoner euro och att det inte heller hade visats att GRAWE inte hade erhållit någon ytterligare fördel på grund av dessa ytterligare obligationer eller att alla eventuella fördelar skulle ha neutraliserats på annat sätt.

Förfarandet vid domstolen

- 23 Förbundsrepubliken Tyskland ansökte, genom en skrivelse som inkom till domstolens kansli den 25 juli 2012, om att få intervensera i målen C-214/12 P och C-223/12 P till stöd för Land Burgenlands respektive Republiken Österrikes yrkanden.
- 24 Genom beslut av domstolens ordförande av den 20 september 2012 tilläts Förbundsrepubliken Tyskland att intervensera i målen.
- 25 Domstolens ordförande beslutade den 26 september 2012 att förena målen C-214/12 P, C-215/12 P och C-223/12 P vad gäller det muntliga förfarandet och domen.

Parternas yrkanden

- 26 Land Burgenland och Republiken Österrike har yrkat att domstolen ska
- i första hand, upphäva domen i målet Burgenland och slutligt avgöra tvisten genom att ogiltigförklara det omtvistade beslutet och förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna både vid domstolen och tribunalen, och
 - i andra hand, upphäva domen i målet Burgenland och återförvisa målet till tribunalen samt besluta att frågan om rättegångskostnader ska anstå.
- 27 GRAWE har yrkat att domstolen ska
- i första hand, upphäva domen i målet GRAWE och slutligt avgöra tvisten genom att ogiltigförklara det omtvistade beslutet och förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna både vid domstolen och tribunalen, och
 - i andra hand, upphäva domen i målet GRAWE och återförvisa målet till tribunalen samt besluta att frågan om rättegångskostnader ska anstå.
- 28 Kommissionen har yrkat att domstolen ska
- i första hand, ogilla överklagandena och förplikta Land Burgenland, GRAWE och Republiken Österrike att ersätta rättegångskostnaderna, och
 - i andra hand, förklara att mål C-215/12 P är färdigt för avgörande, ogilla talan i mål T-282/08 och förplikta GRAWE att ersätta rättegångskostnaderna.

Prövning av överklagandena

- 29 Land Burgenland, GRAWE och Republiken Österrike har anfört fyra, tre respektive två grunder för sina överklaganden.
- 30 Eftersom de grunder som åberopats till stöd för de tre överklagandena är identiska eller liknar varandra ska de prövas gemensamt. Således ska domstolen först pröva den andra grunden i Land Burgenlands överklagande och den första grunden i GRAWE:s och Republiken Österrikes överklaganden. Dessa grunder avser relevansen av de risker som är förknippade med Ausfallhaftung vid utvärderingen av de anbud som lämnats avseende BB.

Grunderna avseende relevansen av de risker som är förknippade med Ausfallhaftung vid utvärderingen av de anbud som lämnats avseende BB

Parternas argument

- 31 Land Burgenland har, liksom Republiken Österrike och GRAWE, genom den andra grunden respektive den första grunden hävdade att tribunalen åsidosatte artikel 87.1 EG när den slog fast att kommissionen inte hade gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att inte, vid utvärderingen av anbuden med avseende på förvärv av BB, beakta de risker som är förknippade med Ausfallhaftung.
- 32 För det första begick tribunalen, enligt Land Burgenland och Republiken Österrike, ett fel när den – i punkterna 154–158 i domen i målet Burgenland – grundade sin bedömning på domen av den 14 september 1994 i de förenade målen C-278/92-C-280/92, Spanien mot kommissionen (REG 1994,

s. I-4103), och av den 28 januari 2003 i mål C-334/99, Tyskland mot kommissionen (REG 2003, s. I-1139). I dessa domar görs det skillnad mellan de förpliktelser som åligger staten i egenskap av myndighetsutövare och i egenskap av innehavare av och aktieägare i ett bolag. Eftersom det genom Ausfallhaftung ställs en privaträttslig garanti mot vederlag är det emellertid Land Burgenland som, såsom innehavare av och aktieägare i BB, bär riskerna med garantin. Dessutom var BB vid den aktuella tiden inte ett företag i svårigheter, i motsats till vad som var fallet i domen i det ovannämnda målet Tyskland mot kommissionen.

- 33 Land Burgenland och Republiken Österrike har – i sina repliker, vilka endast avser frågan vilken betydelse domen av den 5 juni 2012 i mål C-124/10 P, kommissionen mot EDF, har för de nu aktuella målen om överklagande – anfört följande. Det framgår av domen i målet kommissionen mot EDF att en medlemsstat inte kan anses agera i egenskap av myndighetsutövare enbart av det skälet att den beviljar medel inom ramen för myndighetsutövningen. Den omständigheten att Land Burgenlands förpliktelser gentemot BB grundar sig på lag påverkar således inte det faktum att de åligger Land Burgenland i dess egenskap av aktieägare i BB. Eftersom kommissionen inte hade gjort någon helhetsbedömning av alla relevanta omständigheter, vilket krävs enligt nämnda dom, hade tribunalen inte heller i övrigt fog för slutsatsen att Ausfallhaftung ålåg Land Burgenland i dess egenskap av myndighetsutövare.
- 34 För det andra har Land Burgenland och Republiken Österrike gjort gällande att tribunalen felaktigt underlät att beakta förstainstansrättens dom av den 15 september 1998 i mål T-11/95, BP Chemicals mot kommissionen (REG 1998, s. II-3235), och tribunalens dom av den 2 mars 2012 i de förenade målen T-29/10 och T-33/10, Nederländerna och ING Groep mot kommissionen samt i denna del anfört följande. Av dessa domar framgår det att tidigare beviljat stöd ska beaktas vid bedömningen av en åtgärd utifrån kriteriet om en privat investerare för att det ska kunna avgöras huruvida det föreligger stöd och, i förekommande fall, stödets omfattning. Det är utrett att Ausfallhaftung var ett befintligt lagligt stöd, vilket således skulle beaktas.
- 35 Land Burgenland och Republiken Österrike har, för det tredje, anfört följande. Det krävs för att unionsrätten ska vara enhetlig och koherent att Ausfallhaftung beaktas. Det skulle nämligen vara inkonsekvent att först slå fast att Ausfallhaftung är en laglig garanti och ålägga Land Burgenland att begränsa den till ett minimum, och därefter förbjuda Land Burgenland att beakta de risker som är förknippade med garantin vid överlåtelsen av BB. En sådan tolkning av artikel 87.1 EG skulle göra det omöjligt i praktiken att privatisera offentliga företag.
- 36 För det fjärde har Land Burgenland och Republiken Österrike hävdatt att punkt 158 i domen i målet Burgenland är obegriplig, eftersom tribunalen där hänvisar till ”den beskrivna karaktären” när den slår fast att Ausfallhaftung inte har beviljats på normala marknadsvillkor. Den i domen beskrivna karaktären av Ausfallhaftung kan nämligen inte på något sätt läggas till grund för ett sådant konstaterande.
- 37 GRAWE har för det första lagt tribunalen till last att den tillämpade domen i de ovannämnda förenade målen Spanien mot kommissionen på ett felaktigt sätt. GRAWE har i denna del anfört följande. När Land Burgenland ställde garanti för BB:s förpliktelser genom Ausfallhaftung skedde detta inom ramen för delstatens ekonomiska verksamhet. Detta ansvar hör ihop med beslutet att utöva affärsverksamhet inom området finansiella tjänster, vilket fattades år 1928. Syftet med Ausfallhaftung var att skapa eget kapital i BB, vilket i ekonomiskt hänseende är jämförbart med att öppna en bank i form av ett bolag med personligt ansvar. Ausfallhaftung är således en förpliktelse som åligger Land Burgenland i dess egenskap av ägare av BB, vilket innebär att den borde ha beaktats vid tillämpningen av kriteriet om en privat säljare.
- 38 GRAWE har – i sin replik, vilken även denna är begränsad till frågan vilken betydelse domen i det ovannämnda målet kommissionen mot EDF har för de nu aktuella målen om överklagande – anfört följande. Det framgår av domen i målet kommissionen mot EDF att det sätt på vilket en förmån

beviljas, i detta fall genom en lag, inte har någon betydelse för frågan huruvida staten har beviljat förmånen i sin egenskap av myndighetsutövare eller aktieägare. Eftersom tribunalen grundade sin bedömning på att Ausfallhaftung var en lagstadgad garanti tillämpade den ett felaktigt kriterium. Tribunalen ställde sig inte heller frågan huruvida Land Burgenland ställt den aktuella garantin i egenskap av aktieägare. Det finns inget som hindrar att en medlemsstat försöker uppnå sociala mål samtidigt som den, såsom i detta fall, eftersträvar lönsamhet. Land Burgenland erhöll nämligen utdelningar såsom vederlag för Ausfallhaftung, vilka skulle ersätta dess egna kapital. Även om en förmån har karaktär av stöd finns det inget som hindrar att stödgivaren beviljar det i sin egenskap av aktieägare.

- 39 GRAWE har för det andra – när det gäller skillnaderna mellan de omständigheter som föreligger i de nu aktuella målen och de omständigheter som var för handen i det ovannämnda målet Tyskland mot kommissionen, vilka Land Burgenland och Republiken Österrike har redogjort för – tillagt att Förbundsrepubliken Tyskland också hade beaktat kostnaderna för sanering av produktionsorten och att åtgärderna i det målet hade vidtagits i strid med artikel 88.3 EG.
- 40 För det tredje har GRAWE gjort gällande att tribunalen, i domen i målet GRAWE, har åsidosatt rättssäkerhetsprincipen och kravet på koherens. Eftersom det i beslut K(2003) 1329 slutlig konstaterades att Ausfallhaftung var förenlig med unionsrätten måste alla ekonomiska aktörer kunna lita på garantin, även när det gäller de ekonomiska konsekvenser som är oskiljaktigt förbundna med den. Detta beslut undergrävs emellertid av det omtvistade beslutet och domen i målet GRAWE.
- 41 GRAWE har för det fjärde, på samma grunder som de som åberopats av Land Burgenland och Republiken Österrike, anfört att domen i de ovannämnda förenade målen Nederländerna och ING Groep mot kommissionen innebar att tribunalen var tvungen att godta att Ausfallhaftung skulle beaktas vid bedömningen utifrån kriteriet om en privat säljare.
- 42 För det femte har GRAWE anfört följande. Omfattningen av Ausfallhaftungs negativa inverkan på konkurrensen är inte densamma för det fall garantin rent faktiskt tas i anspråk och för det fall det endast rör sig om en eventuell förpliktelse för Land Burgenland gentemot BB. Betalningar som endast är potentiella har nämligen en mindre inverkan på konkurrensen än faktiska betalningar. De åtgärder som Land Burgenland vidtagit för att undvika att Ausfallhaftung infrias har således fått till följd att konkurrenssnedvridningen på marknaden begränsats. Tribunalens ståndpunkt undergräver följaktligen den ändamålsenliga verkan av artikel 87.1 EG.
- 43 GRAWE har tillagt att många medlemsstater, under finanskrisen, har inskjutit kapital till kreditinstitut och att dessa offentliga medel snarast möjligt måste ersättas av privata medel för att skydda konkurrensen och för att de normala marknadsvillkoren ska återställas. Det omtvistade beslutet och domen i målet GRAWE utgör emellertid ett allvarligt hinder för denna process.
- 44 GRAWE har avslutningsvis i denna del framhållit att GRAWE:s anbud, med beaktande av Ausfallhaftung, var det bästa.
- 45 Kommissionen har bestritt Land Burgenlands, Republiken Österrikes och GRAWE:s argumentation.

Domstolens bedömning

- 46 Med det första argumentet har Land Burgenland, Republiken Österrike och GRAWE i huvudsak gjort gällande att tribunalen underlät, när det gäller beskaffenheten av Ausfallhaftung, att beakta både Land Burgenlands roll som innehavare av och aktieägare i BB och, till följd härav, kriteriet om en privat investerare, såsom detta kriterium framgår av domarna i de ovannämnda förenade målen Spanien mot kommissionen och det ovannämnda målet Tyskland mot kommissionen.

- 47 Domstolen finner inledningsvis att tribunalen, i punkterna 155 och 156 i domen i målet Burgenland och i punkterna 128 och 129 i domen i målet GRAWE, på ett korrekt sätt redogjorde för nämnda begrepp, såsom det framgår av domstolens praxis avseende detta kriterium.
- 48 Tribunalen slog vidare, i punkt 157 i domen i målet Burgenland och i punkt 130 i domen i målet GRAWE, i enlighet med nämnda rättspraxis fast att det som är avgörande vid tillämpningen av kriteriet om en privat investerare är att fastställa huruvida de ifrågavarande åtgärderna är sådana åtgärder som en privat investerare, som mer eller mindre långsiktigt har för avsikt att generera vinst, skulle kunna bevilja.
- 49 Slutligen slog tribunalen fast, i punkt 158 i domen i målet Burgenland och i punkt 131 i domen i målet GRAWE, inom ramen för sin självständiga bedömning av de faktiska omständigheterna att Ausfallhaftung, med hänsyn till karaktären av denna garanti, inte har ställts på normala marknadsvillkor.
- 50 Mot bakgrund härav gjorde tribunalen en riktig bedömning när den, i punkterna 158 och 159 i domen i målet Burgenland och i punkt 131 i domen i målet GRAWE, fann att Ausfallhaftung inte kunde beaktas vid bedömningen av de österrikiska myndigheternas beteende utifrån kriteriet om en privat säljare och att kommissionen följaktligen inte kunde kritiseras för att den inte hade tillmätt Ausfallhaftung någon relevans vid utvärderingen av de anbud som lämnats av konsortiet respektive GRAWE.
- 51 När det gäller betydelsen av domen i det ovannämnda målet kommissionen mot EDF, finner domstolen att den domen huvudsakligen avser frågan om huruvida kriteriet om en privat investerare var tillämpligt i det målet, fastän kommissionen i det beslut som var i fråga hade funnit att så inte var fallet, och alltså inte avser någon konkret tillämpning av kriteriet (se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot EDF, punkt 75). I de nu aktuella målen är det emellertid utrett att kommissionen har tillämpat kriteriet om en privat säljare. Land Burgenland, Republiken Österrike och GRAWE har i själva verket gjort gällande att tribunalen inte borde ha godtagit det sätt på vilket kommissionen tillämpade kriteriet.
- 52 När det gäller tillämpningen av kriteriet om en privat säljare har den rättspraxis som följer av domen i de ovannämnda förenade målen Spanien mot kommissionen och det ovannämnda målet Tyskland mot kommissionen bekräftats i domen i målet kommissionen mot EDF. Enligt denna rättspraxis ska man – vid bedömningen av huruvida en privat säljare som befinner sig i en situation som ligger så nära som möjligt den situation som staten befinner sig i under normala marknadsvillkor skulle ha vidtagit samma åtgärd – endast beakta de förmåner och skyldigheter som staten har i egenskap av aktieägare, och inte de förmåner och skyldigheter som staten har i egenskap av offentlig myndighet (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot EDF, punkt 79).
- 53 I domen i det ovannämnda målet kommissionen mot EDF har domstolen dessutom angett att det vid bedömningen saknar betydelse i vilken form denna förmån har beviljats och vilken typ av statligt ingripande det varit fråga om, när den berörda medlemsstaten har beviljat förmånen i sin egenskap av aktieägare i det aktuella företaget (se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot EDF, punkterna 91 och 92).
- 54 När det gäller tribunalens prövning i detta hänseende framgår det av domarna i målen Burgenland och GRAWE att tribunalen inte underkände Land Burgenlands, Republiken Österrikes och GRAWE:s argumentation på den grunden att Ausfallhaftung är en garanti som införts genom lag, vilket klagandena har gjort gällande. Tribunalen prövade nämligen huruvida Ausfallhaftung skulle beaktas vid tillämpningen av kriteriet om en privat säljare, varvid den konstaterade att en privat säljare inte skulle ha ställt en sådan garanti.

- 55 Land Burgenland, Republiken Österrike och GRAWE har inte anfört något argument som skulle kunna leda till en annan bedömning, men har själva gjort gällande att Ausfallhaftung utgör statligt stöd, vilket kommissionen för övrigt har konstaterat i sitt beslut K(2003) 1329 slutlig.
- 56 Mot bakgrund härav – och eftersom en medlemsstat genom att bevilja stöd per definition eftersträvar andra mål än att de medel som beviljats det av medlemsstaten ägda företaget ska generera lönsamhet – finner domstolen att dessa medel i princip har beviljats av staten i dess egenskap av myndighetsutövare.
- 57 När det gäller klagandenas påstående att det mål som Land Burgenland eftersträvade med Ausfallhaftung icke desto mindre var att den skulle generera lönsamhet, eller att lönsamhet åtminstone var ett delmål med garantin, erinrar domstolen om följande. När en medlemsstat åberopar ett sådant kriterium som kriteriet om en privat säljare, är det denna medlemsstat som, vid tvivel, entydigt ska visa, med stöd av objektiva och kontrollerbara omständigheter, att åtgärden vidtagits av staten i dess egenskap av aktieägare (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot EDF, punkt 82).
- 58 Dessa omständigheter ska klart och tydligt ge vid handen att den berörda medlemsstaten – innan eller samtidigt som den ekonomiska fördelen beviljades – har fattat beslut om att investera i det kontrollerade offentliga företaget genom den faktiskt vidtagna åtgärden (domen i det ovannämnda målet kommissionen mot EDF, punkt 83).
- 59 I detta avseende kan det bland annat erfordras att omständigheter läggs fram som visar att beslutet fattats med stöd av ekonomiska kalkyler som kan jämföras med sådana kalkyler som en rationell privat investerare – som befinner sig i en situation som ligger så nära den situation som medlemsstaten befinner sig i som möjligt – skulle ha låtit upprätta före ett investeringsbeslut för att utröna om en sådan investering kommer att löna sig (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot EDF, punkt 84).
- 60 Det är endast om den berörda medlemsstaten inför kommissionen gör gällande omständigheter av erforderligt slag som det ankommer på kommissionen att göra en helhetsbedömning. Utöver de omständigheter som åberopats av medlemsstaten ska kommissionen vid denna helhetsbedömning beakta alla andra relevanta omständigheter som gör det möjligt för kommissionen att avgöra om den aktuella åtgärden har vidtagits av medlemsstaten i dess egenskap av aktieägare eller i dess egenskap av offentlig myndighet (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot EDF, punkt 86).
- 61 Klagandena har emellertid inte, vare sig under det administrativa förfarandet eller vid tribunalen, åberopat några omständigheter som visar att inrättandet eller vidmakthållandet av Ausfallhaftung grundades på ekonomiska kalkyler som Land Burgenland låtit upprätta för att utröna om garantin skulle löna sig. Härav följer att kommissionen inte var skyldig att göra någon sådan helhetsbedömning vad gäller Ausfallhaftung och att domarna i målen Burgenland och GRAWE inte är felaktiga i detta avseende.
- 62 När det gäller argumentet att tribunalen inte beaktade domarna i det ovannämnda målet BP Chemicals mot kommissionen och domen i de förenade målen Nederländerna och ING Groep mot kommissionen, vilka klagandena har hänvisat till, finner domstolen att dessa domar inte är relevanta i förevarande fall. De faktiska och rättsliga omständigheterna i de målen skiljer sig nämligen på ett påtagligt sätt från de omständigheter som föreligger i förevarande mål.
- 63 Slutligen ska det nämnas att punkt 158 i domen i målet Burgenland, för att det ska vara möjligt att förstå dess räckvidd, ska läsas mot bakgrund av, bland annat, punkterna 2, 3 och 149 i samma dom.

- 64 Härav följer att tribunalen, när den underkände klagandenas resonemang, inte gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning på sätt klagandena har hävdad och tribunalen åsidosatte inte därvid kravet på enhetlighet och koherens i unionsrätten. Tribunalen åsidosatte inte heller rättssäkerhetsprincipen eller motiveringsskyldigheten.
- 65 Överklagandena kan således inte bifallas såvitt avser Land Burgenlands andra grund och Republiken Österrikes och GRAWE:s första grund.

Grunderna avseende den inverkan som den förutsägbara utgången och handläggningstiden vid FMA har haft på utvärderingen av anbudet från konsortiet och GRAWE

Parternas argument

- 66 Land Burgenland har, liksom Republiken Österrike, genom den fjärde respektive den andra grunden, hävdad att tribunalen åsidosatte artikel 87.1 EG när den – i punkterna 106–140 i domen i målet Burgenland – fann att kommissionen inte hade gjort fel när den konstaterade, med avseende på tillståndsförfarandet vid FMA, att varken den osäkra utgången eller den sannolikt längre handläggningstiden vid en överlåtelse av BB till konsortiet kunde rättfärdiga ett beslut att överlåta BB till GRAWE.
- 67 Land Burgenland och Republiken Österrike har, för det första, hävdad att tribunalen gjorde en felaktig bedömning när den, i punkterna 119 och 120 i domen i målet Burgenland, fann att de omständigheter som de hade åberopat till styrkande av att det sannolikt inte skulle ha lämnats tillstånd till konsortiets förvärv av BB inte var relevanta för bedömningen av chanserna att vinna framgång med tillståndsförfarandet vid FMA. Land Burgenland och Republiken Österrike hade nämligen, enligt tribunalen, inte angett huruvida eller i vilken utsträckning FMA skulle ha beaktat dessa omständigheter i sin bedömning. Såväl kommissionen som tribunalen hade en detaljerad kännedom om de kriterier som FMA tillämpar i sin tillståndsgivning, och Land Burgenland och Republiken Österrike hade i detalj angett de punkter som kunde ge anledning att i hög grad ifrågasätta huruvida en sådan överlåtelse kunde beviljas tillstånd vid FMA. Tribunalen gjorde således enligt Land Burgenland och Republiken Österrike, en uppenbart felaktig bedömning av deras argumentation utan att ge någon motivering härtill som kan bli föremål för prövning.
- 68 Land Burgenland och Republiken Österrike har vidare hävdad att tribunalen gjorde fel när den, i punkt 121 i domen i målet Burgenland, slog fast att vissa av de omständigheter som nämnts i punkt 119 i nämnda dom endast utgjorde ”farhågor beträffande den affärsmässiga framtiden för BB”, vilka inte är avgörande för en privat säljare. Dessa omständigheter skulle nämligen ha beaktats av FMA i ett tillståndsförfarande och således även av en privat säljare. Med hänsyn till det prognosutrymme som tribunalen i punkt 136 i sin dom uttryckligen tillerkänt Land Burgenland, kunde Land Burgenland emellertid utgå ifrån att FMA sannolikt skulle förbjuda en överlåtelse till konsortiet. Sannolikheten på 50 procent var i detta avseende endast ett förenklat uttryck för det faktum att det framgick av informella kontakter med FMA att en överlåtelse till GRAWE skulle tillåtas, medan utgången av tillståndsförfarandet vid en överlåtelse till konsortiet skulle vara ”fullständigt öppen”.
- 69 För det andra har Land Burgenland och Republiken Österrike gjort gällande att tribunalens överväganden avseende frågan huruvida överlåtelsen av BB var brådskande (se punkt 132 i domen i målet Burgenland) inte längre är relevanta mot bakgrund av vad som anförts ovan. Vidare har de hävdad att tribunalens överväganden under alla förhållanden grundar sig på en felaktig tolkning av artikel 87.1 EG, eftersom en privat säljare – efter två fruktlösa och, i tidsmässigt och ekonomiskt hänseende, kostsamma försök att privatisera BB och med hänsyn till att GRAWE:s anbud skulle utlöpa under tillståndsförfarandet vid FMA och att FMA eventuellt skulle förbjuda en överlåtelse av BB till konsortiet – inte skulle ha tagit risken för att även detta tredje försök till privatisering skulle

misslyckas och således inte skulle ha överlåtitt BB till konsortiet. I motsats till vad tribunalen har angett i nämnda punkt 132 hade Land Burgenland och Republiken Österrike dessutom lagt fram flera bevis till styrkande av att privatiseringen av BB skulle ha äventyrats om förfarandet vid FMA hade dragit ut på tiden. Tribunalen har således, enligt Land Burgenland och Republiken Österrike, gjort en ofullständig bedömning av de faktiska omständigheterna och underlåtit att motivera domen i målet Burgenland på ett korrekt sätt.

- 70 Land Burgenland och Republiken Österrike har, för det tredje, hävdatt att tribunalen gjorde fel när den begränsade sin prövning till att identifiera de fall då kommissionen gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning. Enligt domstolens praxis och artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna är tribunalen skyldig att utföra en noggrann domstolsprövning.
- 71 Kommissionen har bestritt Land Burgenlands och Republiken Österrikes argumentation. Kommissionen har särskilt påpekat att nämnda parter inte i sina grunder har klandrat tribunalen för att ha missuppfattat de faktiska omständigheterna. Kommissionen anser att deras påståenden således är verkningslösa.

Domstolens bedömning

- 72 Domstolen konstaterar för det första att tribunalen ensam är behörig att pröva i vilken omfattning som den bevisning som lagts fram under det administrativa förfarandet, med hänsyn till tillämplig nationell lagstiftning, visar att det är sannolikt att FMA skulle ha förbjudit en överlåtelse av BB till konsortiet. Detsamma gäller frågan hur handläggningstiden vid FMA hade kunnat påverka utsikterna för en privatisering av BB.
- 73 Eftersom det inte har gjorts gällande att tribunalen missuppfattade relevant bevisning, kan Land Burgenlands och Republiken Österrikes påståenden således inte prövas (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 maj 2006 i mål C-397/03 P, Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen, REG 2006, s. I-4429, punkt 85, och av den 29 mars 2011 i mål C-352/09 P, ThyssenKrupp Nirosta mot kommissionen, REU 2011, s. I-2359, punkt 180).
- 74 Land Burgenland och Republiken Österrike har vidare påstått att tribunalen, med hänsyn till den vid tribunalen åberopade bevisningen, gjorde en felaktig bedömning när den, i punkterna 120 och 121 i domen i målet Burgenland, inte tillerkände de indicier som angetts i punkt 119 i nämnda dom någon relevans. I denna del finner domstolen att det visserligen framgår av den bevisning som åberopats vid tribunalen att FMA, i motsats till vad tribunalen konstaterade i punkterna 120 och 121 i domen i målet Burgenland, skulle ha beaktat konsortiets affärsplan. Det framgår emellertid inte av denna bevisning att de övriga indicier som angetts i punkt 119 i nämnda dom och som inte avser affärsplanen skulle ha beaktats av FMA.
- 75 Det ska även framhållas att kriterierna för viktning av de olika indicier som FMA beaktar inte framgår av nämnda bevisning. Det finns således ingen bevisning som visar i vilken utsträckning som affärsplanen skulle ha varit av avgörande betydelse för FMA:s bedömning.
- 76 Mot bakgrund härav finner domstolen att det inte är styrkt att tribunalen, i punkterna 120 och 121 i domen i målet Burgenland, skulle ha missuppfattat bevisningen. Av handlingarna i målet framstår det nämligen inte som uppenbart att tribunalen missuppfattade bevisningen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 oktober 2011 i mål C-47/10 P, Österrike mot Scheucher-Fleisch m.fl., REU 2011, s. I-10707, punkt 59 och där angiven rättspraxis).

- 77 Domstolen finner vidare att kommissionens prövning av frågan huruvida bestämda åtgärder kan betraktas som statligt stöd, på grund av att myndigheterna inte agerat på samma sätt som en privat säljare, förutsätter en komplicerad ekonomisk bedömning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 22 november 2007 i mål C-525/04 P, Spanien mot Lenzing, REG 2007, s. I-9947, punkt 59, och av den 24 januari 2013 i mål C-73/11 P, Frucona Košice mot kommissionen, punkt 74).
- 78 I detta avseende erinrar domstolen om att det – i samband med den prövning som unionsdomstolen företar av kommissionens komplicerade ekonomiska bedömningar inom området för statligt stöd – inte ankommer på unionsdomstolen att ersätta kommissionens ekonomiska bedömning med sin egen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 september 2010 i mål C-290/07 P, kommissionen mot Scott, REU 2010, s. I-7763, punkterna 64 och 66, och domen i det ovannämnda målet Frucona Košice mot kommissionen, punkt 75).
- 79 Unionsdomstolen ska emellertid inte bara pröva huruvida den bevisning som åberopats är materiellt riktig, tillförlitlig och samstämmig, utan även huruvida denna bevisning utgör samtliga relevanta uppgifter som ska beaktas för att bedöma en komplicerad situation och huruvida den kan ligga till grund för de slutsatser som dragits (dom av den 15 februari 2005 i mål C-12/03 P, kommissionen mot Tetra Laval, REG 2005, s. I-987, punkt 39, samt domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Scott, punkt 65, och Frucona Košice mot kommissionen, punkt 76).
- 80 Kommissionen har i detta fall (se punkt 77 i denna dom) gjort en komplicerad ekonomisk bedömning och därför var den prövning som det ankom på tribunalen att utföra begränsad på det sätt som angetts i föregående punkt. Domstolen finner, i motsats till vad Land Burgenland och Republiken Österrike har påstått, att tribunalens prövning i punkt 109 och följande punkter i domen i målet Burgenland uppfyller kraven på den domstolsprövning som tribunalen hade att utföra.
- 81 När det slutligen gäller Land Burgenlands och Republiken Österrikes påstående att tribunalen åsidosatte sin motiveringsskyldighet, framgår det av det som ovan anförts och av själva ordalydelsen av punkt 132 i domen i målet Burgenland att tribunalens resonemang i punkterna 120, 121 och 132 i nämnda dom ger klagandena kännedom om skälen för att tribunalen underkände deras argumentation och domstolen ett tillräckligt underlag för att utföra sin prövning av överklagandena. Tribunalens resonemang uppfyller således de krav som ställs i domstolens fasta praxis på detta område (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 december 2011 i mål C-320/09 P, A2A mot kommissionen, REU 2011, s. I-210, punkt 97).
- 82 Härav följer att överklagandena, såvitt avser Land Burgenlands fjärde grund och Republiken Österrikes andra grund, delvis ska avvisas och delvis ogillas.

Grunderna avseende huruvida konsortiets anbud var avgörande vid uppskattningen av marknadsvärdet för BB

Parternas argument

- 83 Land Burgenland har genom den tredje grunden påstått att tribunalen åsidosatte artikel 87.1 EG när den, i punkterna 69–73 och 87–91 i domen i målet Burgenland, fann att kommissionen inte hade gjort fel när den fastställde marknadsvärdet för BB på grundval av konsortiets anbud, utan att därvid beakta de oberoende expertutlåtanden som den hade tillgång till och utan att inhämta något ytterligare expertutlåtande.
- 84 Land Burgenland har i denna del anfört följande. För det första gjorde tribunalen en felaktig bedömning när den fann att kommissionen inte hade gjort någon uppenbart oriktig bedömning när den fastställde marknadspriset för BB endast på grundval av konsortiets anbud. Det framgår nämligen av rättspraxis att det finns andra metoder att komma fram till det verkliga marknadspriset för det

objekt som ska säljas. De anbud som lämnats utgör i vart fall inte den bästa ungefärliga uppskattningen av marknadspriset och tribunalen borde därför ha kontrollerat huruvida så var fallet med konsortiets anbud. Tribunalen gjorde emellertid inte någon sådan kontroll i domen i målet Burgenland, i vilken det endast hänvisas till det omtvistade beslutet.

- 85 För det andra missuppfattade tribunalen det omtvistade beslutet, där det konstaterades att skälet till att anbudsförfarandet inte hade genomförts på ett korrekt sätt var att det fanns ett rättsstridigt villkor som införts till undvikande av ett infriande av Ausfallhaftung. Vidare motsade tribunalen sig själv när den fann att anbudsförfarandet, samtidigt som det var rättsstridigt på grund av nämnda villkor, var villkorslöst. Det faktum att förfarandet var rättsstridigt talade emot antagandet av konsortiets anbud.
- 86 För det tredje gjorde tribunalen en felaktig bedömning av Land Burgenlands argumentation och underlät att pröva de faktiska omständigheterna i och med att den, i punkt 90 i domen i målet Burgenland, slog fast att det faktum att anbudsinfordran var rättsstridig inte hade påverkat anbudens storlek. Tribunalen hänvisade nämligen endast till det omtvistade beslutet, utan att göra någon egen kontroll och, framför allt, utan att ha kontrollerat huruvida kommissionen hade beaktat alla relevanta omständigheter. Även kommissionen nöjde sig emellertid med att konstatera att nämnda villkor inte hade påverkat anbudet i nedåtgående riktning, men den prövade inte huruvida det hade påverkat dem i uppåtgående riktning. Såsom Land Burgenland angett i första instans översteg konsortiets anbud marknadsvärdet för BB med upp till 200 procent och det var således oseriöst.
- 87 Även om punkt 89 i domen i målet Burgenland skulle betyda att konsortiets anbud skulle beaktas trots att det var överdrivet högt och inte återspeglade marknadspriset för BB är tribunalens överväganden, för det fjärde, motsägelsefulla. Det är nämligen inkonsekvent att beakta påverkan i nedåtgående riktning men inte i uppåtgående riktning, när denna påverkan grundar sig på samma omständigheter.
- 88 För det femte strider övervägandena i nämnda punkt 89 mot principen om likabehandling av offentligt och privat ägande, vilken kommer till uttryck i artikel 345 FEUF. De brister som kommissionen konstaterade grundade sig på villkoret avseende nödvändigheten av att undvika ett infriande av Ausfallhaftung. Även om Land Burgenland inte, enligt kommissionen och tribunalen, kunde beakta riskerna med Ausfallhaftung, måste Land Burgenland nödvändigtvis ha varit berättigad att bortse från den höjning av konsortiets anbud som berodde på dessa risker och som innebar att anbudet blev överdrivet högt. Genom att tribunalen uteslöt att så var fallet, förfördelade tribunalen Land Burgenland i förhållande till privata säljare.
- 89 Även GRAWE har, genom den andra grunden i sitt överklagande, hävdade att utfallet av ett anbudsförfarande är en giltig indikator för marknadspriset endast i sådana fall då anbudsinfordran är öppen, överblickbar och villkorslös. Enligt kommissionen och tribunalen var detta centrala krav emellertid, mot bakgrund av villkoret avseende nödvändigheten av att undvika ett infriande av Ausfallhaftung, inte uppfyllt vid privatiseringen av BB. Såsom GRAWE angav vid tribunalen påverkade detta villkor konsortiets anbud i uppåtgående riktning. Tribunalen prövade emellertid inte denna argumentation, utan nöjde sig med att hänvisa till kommissionens ståndpunkt. Tribunalen gjorde dock inte någon bedömning av riktigheten av den analys som gjorts av kommissionen, vilken inte heller hade undersökt om det varit fråga om en påverkan av konsortiets anbud i uppåtgående riktning.
- 90 GRAWE har även framhållit att en påverkan på marknadspriset för BB i uppåtgående riktning, i motsats till vad kommissionen hävdade vid tribunalen, är relevant. Marknadspriset, vid tillämpning av kriteriet om en privat investerare, motsvarar nämligen det högsta pris som en privat investerare är beredd att under normala konkurrensförhållanden betala. Tribunalen borde således ha slagit fast att kommissionen, inom ramen för sin skyldighet att noggrant och opartiskt pröva ärendet, skulle ha använt andra metoder för att fastställa marknadspriset.
- 91 Kommissionen har bestritt Land Burgenlands och GRAWE:s argumentation.

Domstolens bedömning

- 92 Det framgår av domstolens fasta praxis att marknadspriset är det högsta pris som en privat investerare är beredd att under normala konkurrensförhållanden betala för företaget, i den situation som företaget befinner sig i (se dom av den 20 september 2001 i mål C-390/98, Banks, REG 2001, s. I-6117, punkt 77, och av den 29 april 2004 i mål C-277/00, Tyskland mot kommissionen, REG 2004, s. I-3925, punkt 80).
- 93 För att få fram marknadspriset kan de nationella myndigheterna, bland annat, beakta företagsöverlåtelsens form – exempelvis om det skett en offentlig upphandling, vilket förutsätts säkerställa att överlåtelsen sker på marknadsmässiga villkor – eller ett expertutlåtande som eventuellt utarbetats i samband med överlåtelsen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 november 2008 i mål C-214/07, kommissionen mot Frankrike, REG 2008, s. I-8357, punkterna 59 och 60).
- 94 Härav följer att tribunalen gjorde en riktig bedömning när den, i punkterna 70 och 87 i domen i målet Burgenland och i punkt 77 i domen i målet GRAWE, fann att det kan presumeras att marknadspriset motsvarar det högsta anbudet när en myndighet överläter ett av sina företag genom ett öppet, överblickbart och villkorslöst anbudsförfarande, förutsatt att det fastställs, för det första, att anbudet är bindande och trovärdigt samt, för det andra, att det inte är motiverat att beakta andra ekonomiska faktorer än priset.
- 95 Under sådana omständigheter kan det nämligen inte krävas att kommissionen vidtar andra åtgärder för att få fram marknadspriset, såsom att inhämta oberoende expertutlåtanden.
- 96 Tribunalen gjorde vidare en riktig bedömning när den, i punkt 90 i domen i målet Burgenland och i punkt 81 i domen i målet GRAWE, slog fast att det högsta anbud som lämnats i ett anbudsförfarande som är rättsstridigt av det skälet att det förekommit otillåtna villkor ändå kan anses motsvara marknadspriset när de brister som förelåg beträffande villkoren för anbudsinfordran inte har påverkat storleken på anbudet genom att framkalla en nedsättning härav.
- 97 I förevarande fall har kommissionen, inom ramen för sin komplicerade ekonomiska bedömning av huruvida Land Burgenland hade uppfört sig som en privat säljare, prövat huruvida de konstaterade bristerna i anbudsförfarandet påverkade utgången av förfarandet. Kommissionen fann härvid, bland annat mot bakgrund av konsortiets uppgifter om att det ansåg att de omtvistade otillåtna villkoren inte var tillämpliga i framtiden, att dessa brister inte hade framkallat någon nedsättning av storleken av det högsta anbudet.
- 98 Eftersom Land Burgenland och GRAWE inte vid tribunalen anförde några argument till styrkande av att kommissionens bedömning var felaktig, kan tribunalen inte klandras för att ha fastställt kommissionens slutsats utan att göra någon egen kontroll.
- 99 Land Burgenland och GRAWE har gjort gällande att kommissionen underlät att pröva huruvida det högsta anbudet hade påverkats i uppåtgående riktning och att tribunalen inte kritiserade denna underlåtelse. I denna del räcker det att slå fast att tribunalen gjorde en riktig bedömning när den, i punkt 89 i domen i målet Burgenland, fann att en privat säljare i en marknadsekonomi i princip väljer det högsta köpanbudet, när detta anbud är bindande och trovärdigt, oavsett vilka skäl som har lett de potentiella köparna till att inge ett anbud till ett visst belopp och att påståendet att konsortiets anbud var överdrivet högt således inte kunde godtas.
- 100 Mot bakgrund av ovanstående finner domstolen att överklagandena inte kan vinna bifall såvitt avser Land Burgenlands tredje grund och GRAWE:s andra grund.

Grunderna avseende värderingen av emissionen av preferensobligationer till ett värde av 320 miljoner euro

Parternas argument

- 101 Land Burgenland har, genom den första grunden, gjort gällande att tribunalen åsidosatte dess rätt att yttra sig när den underlät att ta ställning till dess argument för att kommissionen, i skäl 171 i det omtvistade beslutet, borde ha beaktat inte bara de fördelar emissionen av ”ytterligare” obligationer till ett värde av 380 miljoner euro medförde, utan även de fördelar som följde av emissionen av obligationer till ett värde av 320 miljoner euro. Land Burgenland har även framhållit att den fäste tribunalens uppmärksamhet på denna argumentation i sitt yttrande över förhandlingsrapporten, då argumentationen inte framgick av denna rapport.
- 102 Om de fördelar för konsortiet och för GRAWE som är knutna till emissionen av obligationer till ett värde av 320 miljoner euro hade beaktats, skulle det inte föreligga något inslag av stöd i överlåtelsen av BB till GRAWE. Om nämnda argument hade beaktats skulle det omtvistade beslutet därmed ha ogiltigförklarats. Mot bakgrund av skillnaderna mellan konsortiet och GRAWE i fråga om kreditrating och således riskklassificering skulle denna emission av obligationer ha medfört en refinansieringsfördel för konsortiet på minst 43,5 miljoner euro, medan motsvarande fördel för GRAWE endast skulle ha uppgått till mellan 3,52 och 8,32 miljoner euro.
- 103 Land Burgenland har närmare bestämt anfört att punkterna 171 och 172 i domen i målet Burgenland inte kan anses innehålla någon bedömning av den aktuella argumentationen, eftersom tribunalen har missförstått den, och att tribunalens motivering i punkt 171 dessutom är bristfällig.
- 104 Land Burgenland har tillagt att tribunalens bedömning, i punkterna 168–172 i domen i målet Burgenland, av resterande delar av dess argumentation inom ramen för den åttonde grunden grundar sig på en i rättsligt hänseende bristfällig motivering och bedömning, en underlåtenhet att beakta den bevisning som åberopats, en motsägelse i förhållande till vad som angetts i skäl 148 i det omtvistade beslutet och en underlåtelse av att pröva huruvida det omtvistade beslutet hade fattats med beaktande av all relevant bevisning.
- 105 GRAWE har, genom sin tredje grund, påstått att bolaget i första instans gjorde gällande att konsortiet, mot bakgrund av skillnaden mellan konsortiet och GRAWE i fråga om kreditrating och således riskklassificering, hade fått en refinansieringsfördel på 42,5 miljoner euro till följd av nämnda emission av obligationer till ett värde av 320 miljoner euro, medan motsvarande fördel för GRAWE till följd av emissionen av samtliga obligationer till ett värde av 700 miljoner euro endast uppgick till 1,6 miljoner euro och att detta innebar att det pris som de två konkurrenterna erbjöd borde ha justerats med 40,8 miljoner euro till GRAWE:s fördel. Denna argumentation bedömdes emellertid inte av tribunalen i domen i målet GRAWE.
- 106 Enligt GRAWE innebar det faktum att konsortiet och GRAWE kände till emissionen av obligationer till ett värde av 320 miljoner euro och således kunde beakta den i sina respektive anbud inte att det var befogat av tribunalen att inte bedöma nämnda argumentation. Eftersom kommissionen och tribunalen fann att de fördelar som följde av Ausfallhaftung inte kunde bedömas inom ramen för kriteriet om en privat investerare, borde de ha bedömts separat för att bibehålla konsekvensen i resonemanget.
- 107 Kommissionen anser i första hand att Land Burgenlands och GRAWE:s argumentation inte kan prövas, eftersom de i sina ansökningar till tribunalen inte, till stöd för yrkandet om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet, åberopat någon grund avseende värderingen av emissionen av preferensobligationer till ett värde av 320 miljoner euro. Således åberopades i yttrandet över förhandlingsrapporten en ny grund. Denna nya grund kan inte tas upp till prövning.

108 Kommissionen har i andra hand gjort gällande att nämnda argumentation saknar grund.

109 Även om tribunalen hade bedömt Land Burgenlands och GRAWE:s argumentation skulle detta inte ha lett till några ändringar i domslutet i domarna i målen Burgenland och GRAWE. Eftersom konsortiet och GRAWE kände till emissionen av obligationer till ett värde av 320 miljoner euro, beaktade de nämligen emissionen i sina respektive anbud.

Domstolens bedömning

110 För det första framgår det av handlingarna i målet Burgenland att Land Burgenlands argumentation avseende emissionen av obligationer till ett värde av 320 miljoner euro visserligen inte framgår av ansökan såsom en särskild delgrund i den åttonde grunden, men att den ändå anförts inom ramen för denna grund. Efter Land Burgenlands preciseringar med anledning av förhandlingsrapporten kunde det inte ha rått några tvivel om förekomsten och räckvidden av denna argumentation, vilken angetts redan i ansökan. I motsats till vad kommissionen påstått kan nämnda preciseringar således inte anses utgöra någon ny grund som inte kan prövas.

111 Dessutom framgår det av handlingarna i målet GRAWE att argumentationen framgick på ett tillräckligt klart sätt även i GRAWE:s ansökan.

112 Härav följer att tribunalen borde ha prövat denna argumentation såväl i domen i målet Burgenland som i domen i målet GRAWE. I motsats till vad kommissionen har påstått framgår det emellertid inte av domarna i dessa mål att tribunalen gjorde någon sådan bedömning.

113 I detta fall ska domstolen således pröva denna argumentation, såsom den i huvudsak återgetts i Land Burgenlands första grund för överklagandet och i GRAWE:s tredje grund för överklagandet.

114 I detta hänseende räcker det att erinra om att det, i punkt 99 ovan, har konstaterats att tribunalen gjorde en riktig bedömning när den fann att en privat säljare i en marknadsekonomi i princip väljer det högsta köpanbudet, när detta anbud är bindande och trovärdigt, oavsett vilka skäl som har lett de potentiella köparna till att inte anbudet. Ur en sådan privat säljares synvinkel är nämligen de skäl som leder en viss anbudsgivare till att lämna ett anbud till ett visst belopp inte av avgörande betydelse.

115 I förevarande fall är det utrett att såväl konsortiet som GRAWE kände till emissionen av obligationer till ett värde av 320 miljoner euro och att dessa således hade beaktat den i sina respektive anbud. Det finns emellertid, enligt vad som angetts i föregående punkt, ingen anledning att undersöka varför den potentiella köparen lämnat det högsta anbudet. Därför underkänner domstolen argumenten avseende denna emission av obligationer.

116 Såsom kommissionen har anført kan alla delar av villkoren för privatisering av ett offentligt företag medföra särskilda fördelar och nackdelar för var och en av de olika anbudsgivarna. Den analys som Land Burgenland och GRAWE har hänvisat till skulle därför inte kunna ha begränsats till att omfatta endast verkningarna av emissionen av obligationer till ett värde av 320 miljoner euro. Den måste även omfatta exempelvis de skattefördelar som vissa anbudsgivare skulle kunna få genom att överföra förlusterna i BB. Kommissionen är emellertid inte skyldig att göra någon sådan detaljerad och särskild analys för varje enskild anbudsgivare.

117 Det följer nämligen av domstolens fasta praxis att när ett företag köps upp till det högsta pris som en privat investerare är beredd att under normala konkurrensförhållanden betala för bolaget, i den situation bolaget befinner sig i, har bolaget i alla hänseenden värderats till marknadsvärdet och köparen kan inte anses ha erhållit någon fördel jämfört med andra aktörer på marknaden (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Banks, punkt 77, och domen av den 29 april 2004 i det ovannämnda målet Tyskland mot kommissionen, punkt 80).

- 118 När det, för det andra, gäller Land Burgenlands påståenden avseende tribunalens bedömning av dess argumentation avseende emissionen av obligationer till ett värde av 380 miljoner euro, finner domstolen följande. Det framgår av punkt 165 i domen i målet Burgenland att tribunalen beaktade alla de argument som Land Burgenland anfört i denna del och att den särskilt hänvisade till den bevisning som Land Burgenland har åberopat i sitt överklagande.
- 119 Dessutom framgår det av punkt 170 i domen i målet Burgenland att tribunalen underkände denna argumentation, eftersom den ansåg att det, trots denna bevisning, var befogat av kommissionen att grunda sin slutsats på den bevisning som angetts i det omtvistade beslutet.
- 120 Domstolen konstaterar således att nämnda motivering har gett Land Burgenland kännedom om skälen för att tribunalen underkände dess argumentation och domstolen ett tillräckligt underlag för att utföra sin prövning. Vidare innehåller motiveringen inte någon i rättsligt hänseende bristfällig bedömning. Tribunalen har inte heller i sin motivering missuppfattat den bevisning som Land Burgenland åberopat eller underlåtit att kontrollera om kommissionen hade beaktat all relevant bevisning när den fattade det omtvistade beslutet. Slutligen framgår det inte av ordalydelsen av, i synnerhet, den första meningen i punkt 170 i domen i målet Burgenland att denna punkt, såsom påståtts, strider mot vad som angetts i skäl 148 i det omtvistade beslutet.
- 121 Mot bakgrund av ovanstående finner domstolen att överklagandena inte kan vinna bifall såvitt avser Land Burgenlands första grund och GRAWE:s tredje grund.
- 122 Eftersom överklagandena inte kan vinna bifall på någon av de grunder som Land Burgenland, Republiken Österrike och GRAWE har anfört, ska de ogillas i alla delar.

Rättegångskostnader

- 123 Enligt artikel 184.2 i domstolens rättegångsregler ska domstolen besluta om rättegångskostnaderna när överklagandet ogillas.
- 124 Enligt artikel 138.1 i rättegångsreglerna, som enligt artikel 184.1 ska tillämpas i mål om överklagande, ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att klagandena ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom klagandena har tappat målen, ska kommissionens yrkande bifallas.
- 125 Enligt artikel 140.1 i rättegångsreglerna, som enligt artikel 184.1 ska tillämpas i mål om överklagande, ska medlemsstater som har intervenerat i målet bära sina rättegångskostnader. Förbundsrepubliken Tyskland ska således bära sina rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (andra avdelningen) följande:

- 1) Överklagandena ogillas.**
- 2) Land Burgenland, Grazer Wechselseitige Versicherung AG och Republiken Österrike ska ersätta rättegångskostnaderna.**
- 3) Förbundsrepubliken Tyskland ska bära sina rättegångskostnader.**

Underskrifter