

## DECYZJA KOMISJI

z dnia 30 kwietnia 2008 r.

w sprawie pomocy państwa C 56/06 (ex NN 77/06) udzielonej przez Austrię na prywatyzację Banku Burgenland

(notyfikowana jako dokument nr C(2008) 1625)

(Jedynie tekst w języku niemieckim jest autentyczny)

(Tekst mający znaczenie dla EOG)

(2008/719/WE)

KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH,

uwzględniając Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, w szczególności jej art. 88 ust. 2 akapit pierwszy,

uwzględniając Porozumienie o Europejskim Obszarze Gospodarczym, w szczególności jego art. 62 ust. 1 lit. a),

po wezwaniu zainteresowanych stron do przedstawienia uwag zgodnie z przywołanymi artykułami<sup>(1)</sup> oraz po uwzględnieniu ich uwag,

a także mając na uwadze, co następuje:

(3) Konsorcjum przekazało Komisji dalsze informacje pocztą elektroniczną oraz pismem odpowiednio z dnia 21 kwietnia 2006 r. i 2 czerwca 2006 r.

(4) Pismem z dnia 21 grudnia 2006 r. Komisja poinformowała Austrię o swojej decyzji, aby w odniesieniu do danego działania wszcząć postępowanie na mocy art. 88 ust. 2 Traktatu WE.

(5) Decyzja Komisji dotycząca wszczęcia formalnego postępowania wyjaśniającego (dalej także „decyzja o wszczęciu postępowania”) została opublikowana w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*<sup>(3)</sup>. Komisja wezwała zainteresowane strony do przedstawienia uwag w sprawie danego działania.

## I. PROCEDURA

(1) Dnia 4 kwietnia 2006 r. do Komisji wpłynęła skarga ukraińsko-austriackiego konsorcjum inwestorów (dalej zwanego „konsorcjum”), w której stwierdzono, że Austria przy prywatyzacji banku HYPO Bank Burgenland AG (dalej zwanego „BB”) naruszyła zasady pomocy państwa<sup>(2)</sup>. W szczególności skarga dotyczyła tego, że postępowanie przetargowe – przeprowadzone w sposób nieuczciwy i nieprzejrzysty – było dyskryminujące w stosunku do skarżącego i nie doprowadziło do sprzedaży BB oferującemu najwięcej (czyli skarżącemu), lecz austriackiemu towarzystwu ubezpieczeniowemu Grazer Wechselseitige Versicherung AG, działającemu wspólnie z GW Beteiligungserwerbs- und -verwaltungs-G.m.b.H. (dalej zwanemu „GRAWE”).

(2) Austria została po raz pierwszy wezwana do udzielenia informacji dnia 12 kwietnia 2006 r. Dnia 25 kwietnia 2006 r. Austria złożyła wniosek o przedłużenie terminu, na co pismem z dnia 28 kwietnia 2006 r. częściowo udzielono zgody. Austria odpowiedziała pismami z dnia 15 maja 2006 r. i 1 czerwca 2006 r. Dnia 27 czerwca 2006 r. odbyło się spotkanie z austriackimi władzami. Drugie wezwanie do udzielenia informacji zostało wystosowane dnia 17 lipca 2006 r.; pełna odpowiedź wpłynęła dnia 18 września 2006 r.

(6) Komisja otrzymała uwagi zainteresowanych stron. Zainteresowana strona z Węgier dostarczyła informacje zarówno w terminie wyznaczonym w decyzji, jak i po jego upływie (bez podania powodów). W terminie dostarczono stanowiska z dnia 22, 26 i 27 lutego 2007 r. oraz z dnia 9 marca 2007 r. Pozostałe informacje wspomniana zainteresowana strona przekazała po upływie terminu, tj. dnia 19 i 28 marca 2007 r.

(7) Także GRAWE, zwycięzca przetargu i potencjalny beneficjent działania, dostarczył uwagi, które przekazano Komisji dnia 9 marca 2007 r. wraz z wnioskiem o przedłużenie terminu. Wniosek został rozpatrzony pozytywnie. Dnia 19 kwietnia 2007 r. GRAWE przekazał dalsze informacje; pełne teksty uwag wraz z załącznikami wpłynęły do Komisji dnia 26 kwietnia 2007 r. Po spotkaniu z Komisją dnia 8 stycznia 2008 r. GRAWE przekazał dnia 5 lutego 2008 r. dalsze wyjaśnienia.

(8) Austria przekazała własne stanowisko dnia 1 marca 2007 r., po wszczęciu formalnego postępowania wyjaśniającego i po przedłużeniu terminu.

<sup>(1)</sup> Dz.U. C 28 z 8.2.2007, s. 8.

<sup>(2)</sup> Dokładny opis – zob. poniżej.

<sup>(3)</sup> Zob. przypis 1.

- (9) Wszystkie stanowiska, które wpłynęły w pierwotnie wyznaczonym terminie (ze strony węgierskiej) i w terminie przedłużonym (GRAWE), zostały przekazane Austrii, aby ta przedstawiła swoje uwagi. Austria przedstawiła uwagi w piśmie z dnia 5 czerwca 2007 r. W toku dalszego postępowania dnia 8 lutego 2008 r. Komisja przekazała Austrii w celu przedstawienia uwag wszystkie kolejne wypowiedzi merytoryczne, które wpłynęły od GRAWE bądź od strony węgierskiej po upływie terminu.
- (10) Odbył się szereg spotkań pomiędzy przedstawicielami Austrii, GRAWE i władzami ukraińskimi. Ostatnie spotkanie z Austrią zorganizowano dnia 1 kwietnia 2008 r. Dnia 14 grudnia 2007 r., 23 stycznia, 25 lutego, 5 marca i 9 kwietnia 2008 r. Austria przekazała dalsze uwagi pocztą elektroniczną.
- (11) Dnia 22 marca 2007 r. skarżący, który nie zajął jeszcze stanowiska w sprawie wszczęcia formalnego postępowania wyjaśniającego, poinformował Komisję o najnowszych wydarzeniach w jednym z postępowań sądowych toczących się z jego udziałem w Austrii (decyzja Wyższego Sądu Krajowego (niem. Oberlandesgericht) w Wiedniu z dnia 5 lutego 2007 r., i wniesieniu w związku z tą decyzją środka prawnego w austriackim Sądzie Najwyższym). Skarżący wniósł kilka skarg do sądów austriackich, ale jak do tej pory wszystkie przegrał.
- na Ukrainie przedsiębiorstw, jednak fakt ten nie ma znaczenia dla zbadania sprawy pomocy.
- (13) Dążąc do zakupu BB, konsorcjum realizowało dwa duże cele strategiczne. Po pierwsze, działając już na Ukrainie w sektorze finansowym, konsorcjum chciało rozszerzyć swoją działalność w tym segmencie. Po drugie, konsorcjum, które sprzedaje dużą część swoich produktów na całym świecie, poprzez nabycie BB chciało uzyskać dostęp do międzynarodowych rynków finansowych, aby kontynuować swoją ogólnoswiatową ekspansję. Plan biznesowy przygotowany przez konsorcjum dla BB odzwierciedlał te cele strategiczne i w konsekwencji zmieniłby dotychczasowy regionalny charakter BB.
- (14) Wiarygodność ekonomiczna konsorcjum ani w przekazanych do dyspozycji Komisji informacjach, ani w uwagach zainteresowanych stron przekazywanych w związku z wszczęciem postępowania nigdy nie była kwestionowana. W toku postępowania nie wpłynęły informacje, które wskazywałyby na fakt, że konsorcjum nie jest solidnym, poważnym przedsiębiorstwem. Dopiero w bardzo późnym stadium postępowania władze austriackie zwróciły uwagę Komisji na zdarzenie w Niemczech, kiedy to Federalny Urząd Nadzoru Usług Finansowych (dalej zwany „BaFin”) nie wyraził zgody na planowany przez bliżej nieokreśloną ukraińską grupę zakup udziałów w kapitale niemieckiego banku z powodu niejasnego pochodzenia pieniędzy, zaś opinia ta została potwierdzona przez niemiecki Sąd Administracyjny<sup>(4)</sup>.

## II. SZCZEGÓŁOWY OPIS ŚRODKÓW POMOCY

### 1. Konsorcjum (skarżący)

- (12) Skarżącym jest austriacko-ukraińskie konsorcjum, do którego w momencie sprzedaży BB należały obie ukraińskie spółki akcyjne „Ukrpodshipnik” i „Ilyich” oraz obie spółki austriackie SLAV AG i SLAV Finanzbeteiligung GmbH, przy czym ta ostatnia została założona specjalnie w celu nabycia BB. Ukrpodshipnik i Ilyich to duże ukraińskie grupy przedsiębiorstw, zatrudniające prawie 100 000 pracowników i wykazujące roczny obrót w łącznej wysokości ok. 4 mld USD. Działają one m.in. w takich branżach przemysłu, jak produkcja stali, budowa statków, budowa rurociągów, przetwórstwo metali i elektronika. Ponadto Ukrpodshipnik działa na rynkach finansowych za pośrednictwem firmy „Commercial Bank ACTIVE BANK Ltd” (dalej zwanej „Active Bankiem”), która od 2002 r. posiada nieograniczoną koncesję bankową na Ukrainie. SLAV AG była spółką zależną przedsiębiorstwa Ukrpodshipnik założoną w 1992 roku w Wiedniu jako spółka handlowa. Akcje przedsiębiorstwa notowane są na giełdzie wiedeńskiej. Restrukturyzacja w ramach konsorcjum, która miała miejsce po sprzedaży BB, doprowadziła do tego, że obecnie SLAV AG jest właścicielem mających siedziby

### 2. GRAWE (beneficjent)

- (15) Do GRAWE, nabywcy, należą Grazer Wechselseitige Versicherung AG oraz GW Beteiligungserwerbs- und verwaltungs-G.m.b.H. Przedsiębiorstwo GRAWE to duża, renomowana austriacka grupa świadcząca usługi finansowe. GRAWE działa w Austrii w takich sektorach, jak ubezpieczenia, usługi finansowe i nieruchomości, a posiadając spółki zależne w Słowenii, Chorwacji, Belgradzie, Sarajewie, Banja Luce, na Węgrzech, w Bułgarii, Rumunii, na Ukrainie, w Republice Mołdowy i w Podgoricy, reprezentowana jest także w wielu państwach Europy Środkowej. Dyrekcje znajdują się zwykle w stolicach tych krajów. Grazer Wechselseitige Versicherung AG oferuje pełną gamę usług ubezpieczeniowych, jak również usługi finansowe i leasing. Główna siedziba grupy znajduje się w Grazu; ponadto spółka posiada dyrekcje we wszystkich stolicach austriackich krajów związkowych. W 2006 roku przychody ze składek ubezpieczeniowych wyniosły ok. 660 mln EUR, a liczba obsługiwanych umów ubezpieczeniowych sięgnęła 3,3 mln.

<sup>(4)</sup> Zob. przekazana przez Austrię informacja prasowa nr 7/2008 Sądu Administracyjnego we Frankfurcie nad Menem z dnia 22 lutego 2008 r. ([www.vg-frankfurt.justiz.hessen.de](http://www.vg-frankfurt.justiz.hessen.de)).

- (16) W 2006 roku Grazer Wechselseitige Versicherung AG posiadała bezpośrednie udziały w dwóch przedsiębiorstwach finansowych sektora bankowo-inwestycyjnego. Był to udział 43,43 % w HYPO Group Alpe Adria, koncernie finansowym obszaru alpejsko-adriatyckiego z placówkami w Austrii, Bośni i Hercegowinie, Bułgarii, Chorwacji, Niemczech, na Węgrzech, we Włoszech, w Liechtensteinie, Byłej Jugosłowiańskiej Republice Macedonii, Czarnogórze, Serbii, Słowenii i na Ukrainie. Hypo Group Alpe Adria posiada 6 500 pracowników i obsługuje ok. 1,1 mln klientów. W 2006 roku dysponowała całkowitym majątkiem w wysokości 30 mld EUR. W roku 1989 GRAWE nabyła Capital Bank, niezależny bank, który w ostatnich latach wyspecjalizował się w takich segmentach, jak bankowość prywatna i bankowość inwestycyjna, i obsługuje ok. 70 funduszy inwestycyjnych.
- (17) Biznesplan sporządzony przez GRAWE na potrzeby nabycia BB nie przewidywał ani zmiany modelu działalności gospodarczej BB, ani wcielenia BB do istniejącej działalności bankowej grupy.
- (18) W 2007 roku GRAWE sprzedała 15 % swoich udziałów w HYPO Group Alpe Adria i osiągnęła znaczne zyski księgowe. Poprzez podatkowe przeniesienie straty BB w kwocie [...] (\*) mln EUR (5) GRAWE już osiągnęła oszczędności podatkowe (6), które mogła potrącić z ceny zakupu zapłaconej za BB, a wynoszącej [...] mln EUR (7).
- (19) Do momentu sprzedaży Hypo Bank Burgenland AG był na mocy prawa austriackiego spółką akcyjną z siedzibą w austriackim Eisenstadt. Przed sprzedażą BB austriackiej grupie ubezpieczeniowej GRAWE, co stanowi przedmiotowy środek pomocy, i od dnia walnego zgromadzenia w marcu 2005 roku kapitał własny BB w 100 % znajduje się w posiadaniu kraju związkowego Burgenland (8). Z sumą bilansową wynoszącą 3,3 mld EUR w roku 2005 zasięg działania grupy BB był ograniczony do regionu.
- (20) Przed sprzedażą BB działał na bazie nieograniczonej koncesji bankowej w kraju związkowym Burgenland (dalej zwanym „krajem związkowym Burgenland”) oraz na zachodnich Węgrzech, gdzie posiadał zależną w 100 % spółkę Sopron Bank RT. BB, utworzony jako krajowy bank hipoteczny, miał za zadanie wspierać obrót pieniężny i kredytowy w kraju związkowym Burgenland. Początkowo główna działalność BB skupiała się na udzielaniu kredytów hipotecznych oraz wydawaniu hipotecznych listów zastawnych oraz obligacji komunalnych. W momencie sprzedaży BB był bankiem uniwersalnym, oferującym wszystkie rodzaje usług bankowych i finansowych.
- (21) Aż do momentu prywatyzacji BB dysponował tzw. gwarancją na wypadek niewypłacalności (9). Zgodnie z ugodą pomiędzy Komisją a Austrią, na której podstawie została wydana decyzja C(2003) 1329 wersja ostateczna (10), gwarancja na wypadek niewypłacalności miała zostać zakończona do dnia 1 kwietnia 2007 r. W odniesieniu do zobowiązań, które istniały na dzień 2 kwietnia 2003 r., zasadniczo gwarancja na wypadek niewypłacalności obowiązywała nadal – aż do ich wygaśnięcia. W okresie od dnia 2 kwietnia 2003 r. do dnia 1 kwietnia 2007 r. gwarancja na wypadek niewypłacalności mogła być utrzymana w odniesieniu do nowych zobowiązań, o ile wymagalność tych zobowiązań przypadała do dnia 30 września 2007 r. Ze względu na prywatyzację BB ten okres przejściowy zakończył się jednak wcześniej – w dniu finalizacji (*closing*) sprzedaży na rzecz GRAWE, tzn. w dniu 12 maja 2006 r. (11). Od tego dnia nowe zobowiązania nie są już objęte gwarancją na wypadek niewypłacalności. Dnia 31 grudnia 2005 r. zobowiązania objęte gwarancją na wypadek niewypłacalności wynosiły ok. 3,1 mld EUR (nie uwzględniając opisanej w motywie 44. emisji dodatkowych obligacji).
- (22) Ze względu na wcześniejsze straty BB wykazał na dzień 31 grudnia 2004 r. przeniesienie straty podatkowej w kwocie ok. 376,9 mln EUR. Zgodnie z austriackim prawem podatkowym od dnia 1 stycznia 2005 r. przedsiębiorstwa mogą rozliczać wzajemnie zyski i straty (w ramach jednego koncernu). Zakres, w jakim jest to możliwe, zależy od struktury przedsiębiorstwa.

### 3. Hypo Bank Burgenland AG (BB)

- (19) Do momentu sprzedaży Hypo Bank Burgenland AG był na mocy prawa austriackiego spółką akcyjną z siedzibą w austriackim Eisenstadt. Przed sprzedażą BB austriackiej grupie ubezpieczeniowej GRAWE, co stanowi przedmiotowy środek pomocy, i od dnia walnego zgromadzenia w marcu 2005 roku kapitał własny BB w 100 % znajduje się w posiadaniu kraju związkowego Burgenland (8). Z sumą bilansową wynoszącą 3,3 mld EUR w roku 2005 zasięg działania grupy BB był ograniczony do regionu.

(\*) *Tajemnica handlowa.*

(5) Przeniesienie straty na dzień 31 grudnia 2004 r.

(6) W Austrii podatek od osób prawnych wynosi 25 %.

(7) Cztery spółki działające w sektorze nieruchomości o wartości nominalnej [...] mln EUR zostały przed finalizacją sprzedaży (*closing*) przeniesione bezpośrednio na własność kraju związkowego za cenę [...] mln EUR.

(8) Na walnym zgromadzeniu w marcu 2005 r. podjęto uchwałę o skupie rozproszonych akcji i wypłacie odpowiednich rekompensat akcjonariuszom będącym właścicielami rozproszonych akcji, którzy posiadali łącznie 6,79 % kapitału własnego.

(9) Gwarancja na wypadek niewypłacalności (niem. *Ausfallhaftung*) to regulacja gwarancyjna dotycząca publicznych instytucji kredytowych, którą w kwietniu 2003 roku objęto ok. 27 kas oszczędnościowych i siedem krajowych banków hipotecznych. Tę państwową gwarancję można rozumieć jako „zobowiązanie – rękojmię”. W przypadku niewypłacalności lub likwidacji danych instytucji kredytowych poręczyciel (państwo, kraj związkowy czy gmina) zobowiązany jest do ingerencji. Wierzyciele banków mogą wysuwać roszczenia bezpośrednio wobec poręczyciela, który jednakże zobowiązany jest do zapłaty tylko wtedy, gdy majątek banku nie wystarczy do zaspokojenia należności wierzycieli. Gwarancja na wypadek niewypłacalności nie była ograniczona ani czasowo, ani co do określonej kwoty. BB nie ponosi za tę gwarancję żadnych opłat.

(10) Dz.U. C 175 z 24.7.2003, s. 8. Austria zaakceptowała wymienione w decyzji działania celowe w piśmie z dnia 15 maja 2003 r., które zostało zarejestrowane dnia 21 maja 2003 r.

(11) Zgodnie z art. 4 ust. 7 ustawy o krajowym banku hipotecznym kraju związkowego Burgenland okres przejściowy dla wszystkich podlegających gwarancji na wypadek niewypłacalności zobowiązań w odniesieniu do zobowiązań nowych kończy się, gdy Bank Burgenland (lub większość jego akcji) zostanie sprzedana przed zakończeniem uzgodnionego z Komisją okresu przejściowego.

#### 4. Restrukturyzacja BB

(23) Decyzją z dnia 7 maja 2004 r. <sup>(12)</sup> (dalej zwaną „decyzją restrukturyzacyjną”) Komisja zgodziła się na pomoc restrukturyzacyjną dla BB w łącznej kwocie 360 mln EUR, obejmującą dwa działania: po pierwsze, przyjęta przez kraj związkowy Burgenland dnia 20 czerwca 2000 r. umowa gwarancyjna na rzecz BB (171 mln EUR powiększone o odsetki w wysokości 5 % <sup>(13)</sup>), a po drugie porozumienie ramowe z dnia 23 października 2000 r., polegające na rezygnacji przez Bank Austria z jego należności wobec BB w łącznej kwocie 189 mln EUR oraz na zawarciu między tym partnerami porozumienia o płatności w przypadku polepszenia się sytuacji dłużnika <sup>(14)</sup> oraz umowy gwarancyjnej ze strony kraju związkowego Burgenland na rzecz BB na kwotę 189 mln EUR <sup>(15)</sup>.

(24) Decyzja restrukturyzacyjna przewidywała opisane poniżej późniejsze zmiany umowy gwarancyjnej z dnia 20 czerwca 2000 r., a także porozumienia ramowego. Umowa gwarancyjna z dnia 20 czerwca 2000 r. została zmieniona w tym zakresie, że roczny zysk BB nie ma już być przeznaczany na redukcję kwoty objętej gwarancją przez kraj związkowy Burgenland. Ponadto BB może wykorzystać gwarancję kraju związkowego Burgenland najwcześniej wraz z zatwierdzeniem sprawozdania rocznego za rok obrotowy 2025. Kraj związkowy Burgenland może jednak od momentu zatwierdzenia sprawozdania rocznego za rok obrotowy 2010 swobodnie zdecydować o wypłacie gwarancyjnej na rzecz BB w całości lub tylko w części. Porozumienie ramowe z dnia 23 października 2000 r. zostało zmienione pod tym względem, że zysk roczny BB nie może być już przeznaczony na obsługę zobowiązania do płatności wobec Bank Austria AG w razie poprawy sytuacji finansowej.

<sup>(12)</sup> Decyzja Komisji 2005/691/WE w sprawie pomocy państwa C 44/03 (ex NN 158/01), którą Austria planuje przyznać na rzecz Banku Burgenland AG (Dz.U. L 263 z 8.10.2005, s. 8).

<sup>(13)</sup> Umowa gwarancyjna odnosi się do obliża kredytowego kompleksu HOWE. Dodatkowo roczne wyniki BB są przeznaczane na pokrycie kwoty gwarancji. Dlatego suma gwarancji zmniejsza się o roczny zysk BB, o ile nie zostanie on przeznaczony na wypłatę uprzywilejowanych dywidend. Z gwarancji kraju związkowego Burgenland BB może skorzystać najwcześniej po zatwierdzeniu sprawozdania rocznego za rok obrotowy 2010.

<sup>(14)</sup> Rezygnacja z należności następuje w zamian za przyjęcie przez BB oprocentowanego zobowiązania do płatności w przypadku polepszenia się jego sytuacji jako dłużnika i przewiduje spłatę pełnej kwoty, od której przejściowo odstąpił Bank Austria, wraz z odsetkami, w siedmiu ratach, poczynając od dnia 30 czerwca 2004 r. Od tego momentu BB był zatem zobowiązany do spłaty kwoty, od której przejściowo odstąpił Bank Austria, wraz z narosłymi do tego momentu odsetkami. Późniejsza spłata zobowiązania do płatności w przypadku polepszenia się sytuacji BB jako dłużnika będzie następować z jego zysku rocznego.

<sup>(15)</sup> Na wypadek, gdyby BB nie był w stanie wypełnić swojego zobowiązania do płatności w przypadku polepszenia się jego sytuacji jako dłużnika, kraj związkowy Burgenland przyjął nieodwołalną gwarancję na wypadek niewypłacalności wobec Bank Austria AG, która obowiązuje w każdym roku w latach 2004–2010 i zgodnie z którą kraj związkowy Burgenland musi pokryć ewentualną brakującą kwotę wobec Bank Austria AG. Zarówno BB, jak i kraj związkowy Burgenland mają zgodnie z zawartym porozumieniem swobodę decydowania o spłacie zobowiązania do płatności w przypadku polepszenia się sytuacji banku jako dłużnika wobec Bank Austria AG także przed ustalonymi terminami.

Kraj związkowy Burgenland wypełni powyższe zobowiązanie wobec Bank Austria AG i zapłaci nieuregulowaną jeszcze kwotę z tytułu umowy gwarancyjnej bezpośrednio przed prywatyzacją BB w formie jednorazowej płatności.

(25) Zmiany odnoszące się do przeznaczenia zysku rocznego na redukcję kwot gwarancyjnych nie weszłyby w życie, gdyby BB nie został sprywatyzowany. Gdyby kraj związkowy Burgenland pozostał właścicielem BB, obie gwarancje pozostałyby bez zmian; kwoty gwarancyjne nadal byłyby pomniejszane o roczny zysk BB, podobnie jak w mocy pozostałoby zobowiązanie BB do płatności w razie poprawy sytuacji finansowej.

(26) Prywatyzacja BB była istotną częścią zatwierzonego przez Komisję planu restrukturyzacyjnego. W opinii kraju związkowego Burgenland prywatyzacja BB stanowi najlepszy środek do zapewnienia bankowi długoterminowej zdolności do funkcjonowania.

(27) Po wydaniu decyzji przez Komisję kraj związkowy Burgenland od 2003 r. dwa razy próbował sprzedać i sprywatyzować BB, jednak bezowocnie. Trzecia próba, w przypadku której mamy do czynienia z opisany poniżej środkiem pomocy, rozpoczęła się od ogłoszenia informacji w mediach w dniu 18 października 2005 r.

#### 5. Prywatyzacja BB

##### 5.1. Proces prywatyzacji

(28) Komisja przyjmuje do wiadomości, że strony zaangażowane w sprzedaż BB w różny sposób opisują proces sprzedaży, przy czym zdaniem Komisji przedstawione poniżej elementy sprzedaży BB – tak jak zostały one opisane w decyzji o wszczęciu postępowania i uzupełnione uwagami Austrii oraz uwagami GRAWE – należy traktować jako niebudzące wątpliwości.

(29) W roku 2005 kraj związkowy Burgenland rozpisal trzecią procedurę przetargową w celu sprywatyzowania BB. Międzynarodowy bank inwestycyjny HSBC Trinkaus & Burkhardt KGaA z Düsseldorfu, któremu wspólnie z HSBC plc z Londynu (dalej zwanym łącznie „HSBC”) powierzono prywatyzację BB, ogłosił w całej Austrii planowane zbycie BB w Dzienniku Urzędowym Wiener Zeitung w dniu 18 października 2005 r., a w skali międzynarodowej – dnia 19 października 2005 r. w anglojęzycznym wydaniu Financial Times Europe, wzywając oferentów zainteresowanych nabyciem udziałów w BB do zgłaszania zainteresowania.

- (30) Co prawda na ogłoszenie zareagowało 24 oferentów z Unii Europejskiej i spoza niej, ale formalnie zainteresowanie złożeniem oferty zgłosiło tylko 14. Otrzymali oni w odpowiedzi pismo przewodnie (*process letter*) do następnego etapu przetargu. W piśmie tym potencjalni oferenci zostali wezwani do złożenia deklaracyjnej, niewiążącej oferty nabycia banku do dnia 6 grudnia 2005 r.
- (31) Tylko trzech z 14 potencjalnych oferentów dostarczyło w terminie deklaracyjną ofertę na kwoty 65 mln EUR, 100 mln EUR i 140 mln EUR<sup>(16)</sup>, i to oni wzięli udział w drugim etapie przetargu, w którym do dnia 6 lutego 2006 r. trzeba było dostarczyć oferty wiążące. W ramach tego drugiego etapu w szczególności dzięki uruchomieniu platformy internetowej w dniach od dnia 7 stycznia do dnia 30 stycznia 2006 r. umożliwiono badanie *due diligence* z uzupełniającymi prezentacjami i spotkaniami. Ponadto oferenci na etapie przeprowadzania badania *due diligence* mogli zadawać pytania.
- (32) Dnia 6 lutego 2006 r. dwóch oferentów – GRAWE oraz konsorcjum, złożyło wiążące oferty.
- (33) Z tymi dwoma oferentami negocjowano dalej indywidualnie w zakresie wiążących ofert. Negocjacje zakończyły się dnia 4 marca 2006 r.
- (34) Dnia 5 marca 2006 r. kraj związkowy Burgenland dokonał wyboru GRAWE, chociaż cena zakupu oferowana przez GRAWE (100,3 mln EUR) była znacznie niższa niż cena oferowana przez konsorcjum (155 mln EUR). Decyzja ta była oparta na pisemnej rekomendacji HSBC z dnia 4 marca 2006 r. (dalej zwanej „rekomendacją”), uzupełnionej o wyjaśnienia ustne dla członków rządu kraju związkowego Burgenland udzielone w dniu podjęcia decyzji. Rząd kraju związkowego Burgenland wyraził formalną zgodę na sprzedaż dnia 7 marca 2006 r. Finalizacja (*closing*) sprzedaży miała miejsce dnia 12 maja 2006 r.
- (35) W przeddzień finalizacji BB wyemitował obligacje o wartości 700 mln EUR. Zgodnie z pierwotnymi planami z 2005 r. przed prywatyzacją miały zostać wyemitowane obligacje jedynie na kwotę 320 mln EUR. Pozostałe obligacje były zabezpieczone gwarancją

na wypadek niewypłacalności. Z tych obligacji o łącznej wartości 700 mln EUR, Capital Bank, spółka zależna GRAWE, subskrybował obligacje o wartości 350 mln EUR.

#### 5.2. Kryteria wyboru określone w piśmie przewodnim

- (36) Poniższe, wyszczególnione w piśmie przewodnim kryteria oceny ofert zostały ustalone przez rząd kraju związkowego Burgenland uchwałą z dnia 6 września 2005 r.:
- a) wysokość ceny zakupu i pewność zapłaty ceny zakupu;
  - b) utrzymanie samodzielności BB;
  - c) dalsze prowadzenie BB z wykluczeniem korzystania z gwarancji kraju związkowego Burgenland na wypadek niewypłacalności;
  - d) przeprowadzenie ewentualnie koniecznych zwiększeń kapitału;
  - e) bezpieczeństwo transakcji;
  - f) wymogi czasowe związane z przeprowadzeniem transakcji.

- (37) W piśmie przewodnim wskazano również, że udziałowiec BB na podstawie rekomendacji zdecyduje według własnego uznania, którzy oferenci będą brali udział w drugim etapie procesu sprzedaży.

#### 5.3. Klauzula gwarancyjna w umowie z GRAWE

- (38) Umowa z GRAWE zawiera klauzulę, w której kraj związkowy Burgenland oświadcza, że ani w związku z uzgodnieniami gwarancyjnymi, które są przedmiotem decyzji restrukturyzacyjnej, ani w związku z umową kupna nie zostały naruszone przepisy o pomocy państwa. Ta klauzula gwarancyjna uzupełniona jest o klauzulę, zgodnie z którą nabywca (GRAWE) może żądać od kraju związkowego Burgenland zwrotu każdej kwoty, której zapłatę miałyby wyznaczyć Komisja w przypadku decyzji negatywnej. Gdyby na gruncie przepisów o pomocy państwa takie dopasowanie ceny zakupu nie było możliwe, zgodnie z klauzulą nabywca mógłby odstąpić od umowy.

<sup>(16)</sup> Czwarta deklaracyjna oferta na kwotę 115,5 mln EUR, która wpłynęła po upływie terminu i była niekompletna, nie mogła zostać uwzględniona.

#### 5.4. Rekomendacja HSBC

- (39) W rekomendacji porównano ofertę GRAWE z ofertą konsorcjum na podstawie wskazanych wyżej kryteriów wyboru i stwierdzono, że wychodząc od ceny zakupu należałoby podjąć decyzję na korzyść konsorcjum. Według innych kryteriów (pewność zapłaty ceny zakupu, dalsze prowadzenie BB z wykluczeniem korzystania z gwarancji na wypadek niewypłacalności, zwiększenia kapitału i bezpieczeństwo transakcji) HSBC zalecał jednak sprzedaż BB na rzecz GRAWE (zob. motywy od 27 do 29 decyzji o wszczęciu postępowania).

### III. DECYZJA O WSZCZĘCIU FORMALNEGO POSTĘPOWANIA WYJAŚNIAJĄCEGO NA MOCY ART. 88 UST. 2 TRAKTATU WE

- (40) Decyzja Komisji dotycząca wszczęcia formalnego postępowania wyjaśniającego na mocy art. 88 ust. 2 Traktatu WE opierała się w szczególności na wymienionych poniżej przesłankach.
- (41) Na podstawie zasad zapisanych w XXIII. sprawozdaniu dotyczącym polityki konkurencji<sup>(17)</sup> Komisja nie mogła stwierdzić, że sprzedaż nie zawiera elementów pomocy, ponieważ kraj związkowy Burgenland nie uznał za zwycięzcę przetargu na zakup BB konsorcjum, które zaoferowało znacznie wyższą cenę zakupu. Ponadto istnieją pewne odstępstwa między opisem procedury przetargowej przez skarżącego i opisem tej procedury przedstawionym przez Austrię.

#### Wątpliwości dotyczące procedury przetargowej

- (42) Komisja miała wątpliwości, czy postępowanie przetargowe istotnie można uznać za przejrzyste, niepowiązane z żadnymi warunkami i nikogo nie dyskryminujące. W szczególności Komisja miała wątpliwości co do faktu, czy podczas przetargu zapewniono jednakowe traktowanie oferentów oraz czy działający na zasadach wolnorynkowych sprzedawca nałożyłby niektóre powiązane ze sprzedażą warunki wymienione przez HSBC w piśmie przewodnim.
- (43) Ponadto Komisja miała wątpliwości co do przejrzystości ostatecznego wyboru, ponieważ nie było żadnych wskazań świadczących o wazieniu poszczególnych kryteriów. Ponadto kolejne kryterium „refinansowanie BB po sprzedaży przez kraj związkowy Burgenland”, na co podczas negocjacji kładziono ogromny nacisk, w ogóle

nie było wymienione wśród kryteriów (zob. motywy od 65 do 69 decyzji o wszczęciu postępowania).

#### Inne uwagi

- (44) Ponadto Komisja z następujących powodów nie mogła wykluczyć, że GRAWE przyznano korzyść gospodarczą:

a) różnica pomiędzy obiema ofertami cenowymi wskazywała na to, że BB nie został sprzedany GRAWE po cenie rynkowej;

b) emisja kolejnych zabezpieczonych gwarancją na wypadek niewypłacalności obligacji na kwotę 380 mln EUR nie była przewidziana w przedstawionym potencjalnym nabywcom biznesplanie BB i najwyraźniej nie zaoferowano jej konsorcjum;

c) nie jest pewne, czy nie wpłynęłyby wyższe oferty lub czy w procesie sprzedaży nie uczestniczyliby inni konkurenci, gdyby nie postawiono wspomnianych wyżej warunków.

- (45) Ponadto Komisja wskazała na fakt, że podatkowe przeniesienie straty mogło mieć wpływ na ekonomiczną wartość ofert. Komisja wyraziła wątpliwości także co do klauzuli gwarancyjnej zawartej w umowie z GRAWE.

- (46) Jeżeli chodzi o przewidziane w umowie odszkodowanie za utratę zysków w odniesieniu do umowy gwarancyjnej z dnia 20 czerwca 2000 r., Komisja miała wątpliwości, czy Austria w pełnym zakresie zastosowała się do decyzji restrukturyzacyjnej.

### IV. UWAGI ZAINTERESOWANYCH STRON

- (47) Komisja otrzymała uwagi beneficjenta GRAWE oraz od zainteresowanej strony z Węgier<sup>(18)</sup>. Uwagi GRAWE potwierdzają i uzupełniają argumenty Austrii i poniżej są rozpatrywane łącznie.

<sup>(17)</sup> Komisja Europejska, XXIII sprawozdanie dotyczące polityki konkurencji za 1993 r., pkt 402 i nast.

<sup>(18)</sup> Przekazane przez skarżącego informacje merytoryczne nie musiały być w związku z powyższym analizowane.

- (48) Zainteresowana strona z Węgier przekazała szereg dokumentów dotyczących rzekomego wcześniejszego oszustwa dotyczącego głównie działalności gospodarczej BB na Węgrzech, gdzie działa jego spółka zależna Sopron Bank RT. Oszustwo mogło, jak twierdzi strona węgierska, zostać utrzymane w tajemnicy tylko wówczas, gdyby BB został sprzedany oferentowi austriackiemu. Przedłożono liczne dokumenty, dotyczące w szczególności kilku mających siedziby na Węgrzech i powiązanych z BB spółek zależnych (np. wyciągi z rejestru handlowego, statuty przedsiębiorstw, protokoły z rocznych walnych zgromadzeń i inne dane przedsiębiorstw z okresów znacznie wcześniejszych niż data sprzedaży BB). Ponieważ w opinii Komisji nie dało się zauważyć bezpośredniego związku pomiędzy tymi dokumentami a procesem prywatyzacji, który Komisja musiała zbadać pod kątem przepisów o pomocy państwa, informacje te nie zostały uwzględnione.

## V. UWAGI AUSTRII I GRAWE

- (49) Austria przedstawiła wysuwane jeszcze przed decyzją o wszczęciu postępowania argumenty, uzupełniając je o dodatkowe informacje. Argumenty Austrii zasadniczo popierane są przez GRAWE.

### 1. Dopuszczalność

- (50) Ze względów proceduralnych Austria obstaje przy stanowisku, że Komisja nie ma prawa bliżej wyjaśniać skargi, ponieważ konsorcjum, które do tej pory nie działało na europejskim rynku bankowym i w związku z tym nie jest jeszcze konkurującym przedsiębiorstwem, nie jest „zainteresowaną stroną” w rozumieniu art. 1 lit. h) rozporządzenia Rady (WE) nr 659/1999 z dnia 22 marca 1999 r. ustanawiającego szczegółowe zasady stosowania art. 93 [obecnie art. 88] Traktatu WE <sup>(19)</sup>. Jakakolwiek zarzucana dyskryminacja jest zdaniem Austrii kwestią swobody przedsiębiorczości oraz swobodnego przepływu kapitału; dostęp do europejskiego rynku bankowego nie może zostać uzyskany w drodze postępowania wyjaśniającego w sprawie udzielenia pomocy państwa. Ponadto zdaniem Austrii Komisja powinna mieć na względzie, że konsorcjum po podjęciu przez Komisję decyzji o wszczęciu postępowania już nie działało i podało do publicznej wiadomości, że nie jest już zainteresowane nabyciem banku.
- (51) Zdaniem Austrii Komisja, badając niniejszą sprawę, wykroczyłaby poza zakres przysługującej jej swobody. Austria podkreśliła, że sądy austriackie dokładnie zbadały omawianą sprawę pod kątem przepisów prawnych dotyczących pomocy państwa, przesłuchały wszystkich świadków i zbadały obszernie zagadnienie od strony merytorycznej, po czym doszły do wniosku, że przeprowadzona procedura przetargowa była otwarta, uczciwa i przejrzysta. Komisja zdaniem Austrii powinna przychylić się do tej opinii, zamiast wszczynać formalne postępowanie wyjaśniające.

## 2. Ogólne aspekty procedury przetargowej i jej wynik

### Warunki ramowe procedury przetargowej

- (52) Austria podkreśla, że przeprowadzona została otwarta, uczciwa i przejrzysta procedura przetargowa. Zostało to również potwierdzone przez zajmujące się tą sprawą sądy austriackie. Ostateczna decyzja nie została podjęta przed dniem 4 marca 2006 r. Wszyscy oferenci otrzymali te same możliwości zdobycia informacji potrzebnych do przeprowadzenia badania *due diligence*, chociaż wykorzystali je w różny sposób.
- (53) Nawet jeżeli od początku istniały znaczące wątpliwości co do konsorcjum, właściwe było podtrzymanie jego udziału w postępowaniu przetargowym jak najdłużej, zamiast wykluczyć je z postępowania na podstawie ofert deklaracyjnych. Taki sposób działania odpowiada postępowaniu działającemu na zasadach rynkowych sprzedawcy, który w ten sposób chce zwiększyć konkurencję pomiędzy oferentami, aby uzyskać maksymalnie wysoką cenę zakupu. Poza tym Austria wychodziła z założenia, że konsorcjum, tak jak to sygnalizowało podczas negocjacji, zdobędzie silnego finansowo partnera biznesowego. Taki partner mógłby w znaczący sposób zmienić sytuację.
- (54) GRAWE oświadczył, że podczas procedury przetargowej nie był traktowany w sposób uprzywilejowany ani przez kraj związkowy Burgenland, ani przez austriacki Nadzór nad Rynkiem Finansowym (FMA).

### Rekomendacja

- (55) Austria wysunęła argument, że rekomendacja ze strony HSBC była jedynie podsumowaniem procesu prywatyzacyjnego i że jako taka nie może być traktowana jako jedyna podstawa podjęcia decyzji. Rekomendacja ta stanowiła jedynie krótki przegląd procedury i złożonych ofert. Wyniki objaśniono dokładnie decydentom w formie ustnej. Te informacje Austria uzupełniła o dokument, który HSBC sporządził dla kraju związkowego Burgenland, aby przygotować jego uwagi w odpowiedzi na pierwszy wniosek o udzielenie informacji, otrzymany od Komisji dnia 12 kwietnia 2006 r., i w którym to dokumencie wyniki te były wyjaśnione bardziej szczegółowo. Rekomendacja, jak twierdzi dalej Austria, nie może być traktowana jako opinia biegłego na temat wartości rynkowej banku, która zgodnie z prawem europejskim nie jest wymagana. Decyzja z dnia 5 marca 2006 r. opierała się w dużo większym stopniu na dotychczasowych doświadczeniach związanych z próbami prywatyzacji, a także na rekomendacji, ustnych ocenach i poufnych wyjaśnieniach przedstawicieli HSBC.

<sup>(19)</sup> Dz.U. L 83 z 27.3.1999, s. 1.

**Porównywalność ofert cenowych GRAWE i konsorcjum**

- (56) W stanowisku Austrii, a także w uwagach GRAWE wielokrotnie poruszany jest temat porównywalności ofert obu oferentów.
- (57) Co do odszkodowania za utratę zysków w odniesieniu do umowy gwarancyjnej z dnia 20 czerwca 2000 r. Austria stwierdziła, że Komisja nieprawidłowo interpretuje odnośne uzgodnienia, przewidziane w ofertach obu ostatnich oferentów. Przewidziane tam odszkodowanie dotyczy zdaniem Austrii faktu, że kraj związkowy Burgenland zrealizowałby płatności z tytułu umowy gwarancyjnej o kilka lat wcześniej, niż to było przewidziane<sup>(20)</sup>. Jednak nie była to – jak najwyraźniej zakłada Komisja – część ceny zakupu. Ponadto regulacja ta nie stawia pod znakiem zapytania wcześniejszej decyzji restrukturyzacyjnej dotyczącej BB, a jedynie ma pomóc w ograniczeniu pomocy, która swego czasu została zaakceptowana przez Komisję.
- (58) Co do przewidzianych w umowach kupna z GRAWE i konsorcjum klauzul i terminów gwarancyjnych Austria podnosi, że były one wynikiem prowadzonych indywidualnie z oferentami negocjacji dotyczących umowy. Różne regulacje co do limitów odpowiedzialności, kwot wolnych i terminów gwarancji (dwa lata w przypadku konsorcjum i trzy lata w przypadku GRAWE) nie są dowodem na nierówne traktowanie oferentów.
- (59) Jedynie w projekcie umowy kupna z konsorcjum przewidziano w zamian za gwarancję na wypadek niewypłacalności roczną prowizję w wysokości 100 000 EUR, która miałyby być płacona na rzecz kraju związkowego Burgenland do 2017 r. W umowie z GRAWE takiej prowizji nie było, gdyż – jak wyjaśnia Austria – w ofercie cenowej GRAWE ten element był już zawarty.
- (60) Co do emisji nowych obligacji Austria argumentuje, że decyzja rady nadzorczej, aby w ramach rozszerzenia opartej na biznesplanie BB decyzji z września 2005 r. dotyczącej emisji obligacji o wartości 320 mln EUR wyemitować jeszcze obligacje o wartości 380 mln EUR, była podjęta niezależnie od planowanej prywatyzacji i przyszłego właściciela. Kraj związkowy Burgenland wychodził z założenia, że emisja tych dodatkowych obligacji nie będzie istotna dla zakupu, i dlatego zrezygnował z wymieniania tego faktu w piśmie przewodnim. Obaj oferenci podczas badania *due diligence* zostali jednak poinformowani o emisji tych obligacji i emisja ta miała zostać przeprowadzona niezależnie od nabywcy. Fakt ten uwzględnił jednak w swoim projekcie umowy tylko GRAWE. Austria podkreśla, że dodatkowe obligacje na

kwotę 380 mln EUR zostały wyemitowane po to, aby maksymalnie wykorzystać sprzyjające możliwości refinansowania w ramach gwarancji na wypadek niewypłacalności. Na fakt ten wielokrotnie zwracano uwagę w negocjacjach z konsorcjum. Gdyby BB został sprzedany na rzecz konsorcjum, wówczas konsorcjum w dużo większym zakresie niż GRAWE zyskałoby na lepszych możliwościach refinansowania. Austria wywodzi, że koszty refinansowania BB w przypadku sprzedaży na rzecz konsorcjum byłyby wyższe, ponieważ konsorcjum w przeciwieństwie do GRAWE nie posiada ratingu, a ponadto ma swą główną siedzibę na Ukrainie, a zatem BB teoretycznie mógłby otrzymać najwyżej warunki refinansowania dla ratingu „hipotecznego” na poziomie „BB” lub „B”.

- (61) Jeżeli chodzi o odrębne porozumienie z GRAWE odnośnie do przeniesienia na kraj związkowy Burgenland przed finalizacją sprzedaży czterech spółek BB działających w sektorze nieruchomości po ich wartości księgowej wynoszącej 25 mln EUR, Austria wskazuje na fakt, że wobec potwierdzenia przez spółkę audytorską obsługującą BB na dzień 31 grudnia 2005 r., iż wartość rynkowa majątku odpowiada wartości księgowej, przeniesienie miało jedynie efekt płynnościowy. Ten efekt płynnościowy nie musiał być zatem uwzględniany przy porównaniu obu ofert.
- (62) Zaliczka w wysokości 15 mln EUR, którą należało wpłacić w dniu podpisania umowy na rachunek powierniczy w mającym siedzibę na Ukrainie Active Banku, stanowiła propozycję konsorcjum. GRAWE w dniu finalizacji sprzedaży musiał przelać kwotę odpowiadającą cenie zakupu w pełnej wysokości.

**Klauzula gwarancyjna w zakresie pomocy państwa w umowie z GRAWE**

- (63) Austria reprezentuje pogląd, że klauzula – zawarta również w projekcie umowy kupna z konsorcjum<sup>(21)</sup> – jest czymś standardowym w umowach kupna przy tego typu transakcjach jako element warunków zakupu i ceny i nie narusza przepisów o pomocy państwa. Leży to w interesie nabywcy BB, który nie chce zaoferować wyższej ceny, ale w razie zarządzenia zwrotu w ramach decyzji w sprawie pomocy państwa mógłby być zobligowany do zapłaty wyższej ceny. Ponadto zdaniem Austrii Komisja powinna uwzględnić fakt, że klauzula daje nabywcy prawo odstąpienia od umowy, gdyby okazało się, że jest ona nieważna z punktu widzenia prawa o pomocy państwa.

<sup>(20)</sup> Po zmianie umowy gwarancyjnej z dnia 20 czerwca 2000 r. kraj związkowy Burgenland – co będzie objaśnione dalej – otrzymał swobodę decyzji w zakresie wypłaty na rzecz BB otwartej gwarancji w pełnym zakresie lub tylko w części po zatwierdzeniu sprawozdania rocznego za rok obrotowy 2010.

<sup>(21)</sup> Klauzula gwarancyjna w projekcie umowy z konsorcjum nie zawierała jednakże zapewnienia, że sama umowa kupna nie zawierała elementu pomocy państwa.



(64) GRAWE reprezentuje pogląd, że wątpliwości Komisji nie są istotne, dopóki nie ma nakazu zwrotu środków. GRAWE podkreśla, że w ramach procedury przetargowej oferent ma bardzo ograniczone możliwości zapobieżenia ewentualnemu złamaniu przepisów dotyczących pomocy państwa w przypadku gdy sprzedającym jest podmiot publiczny. Taka klauzula, jak utrzymuje GRAWE, jeszcze bardziej obligowałaby państwo do przestrzegania przepisów o pomocy, co jest przecież w interesie Komisji.

### 3. Adekwatność rynkowa ceny zakupu zapłaconej przez GRAWE

(65) O tym, że przeprowadzona procedura przetargowa była otwarta i przejrzysta i umożliwiła sprzedaż po cenie rynkowej, świadczy zdaniem Austrii fakt, że trzech oferentów złożyło deklaracyjną ofertę cenową, przy czym oferta GRAWE była drugą co do atrakcyjności. Miałyby to świadczyć o tym, że oferta GRAWE nie była poniżej wartości rynkowej BB.

(66) Austria powołuje się w tym kontekście na rezultat drugiej próby prywatyzacji BB. Wszystkie cztery oferty mieściły się wówczas w przedziale cenowym od 85 mln EUR do 93 mln EUR, a zatem zapłacona przez GRAWE cena 100,3 mln EUR może zostać uznana za zgodną z warunkami rynkowymi.

(67) Zgodnie z przepisami dotyczącymi pomocy państwa Austria w ogóle nie miała obowiązku zbywania banku w ramach otwartego postępowania przetargowego; zamiast tego mogła zamówić wycenę. Dopóki cena zakupu odpowiadałaby wycenie sporządzonej przed sprzedażą, dopóty nie można byłoby mówić o pomocy państwa. W tym kontekście Komisja nie uwzględniła faktu, że Austria we wczesnej fazie postępowania wyjaśniającego zleciła już kilka wycen, które potwierdziły opinię Austrii, że cena zakupu zapłacona przez GRAWE jest zgodna z warunkami rynkowymi.

(68) Austria oraz GRAWE na poparcie swoich argumentów przywołują następujące ekspertyzy i dokumenty:

a) deklaracyjna ocena BB przez HSBC: w opinii tej przedstawiono wniosek, że wartość BB w przypadku prywatyzacji i sprzedaży na rzecz nabywcy z dobrym

ratingiem wypłacalności zależnie od wyceny podatkowego przeniesienia straty wynosi pomiędzy 50 mln EUR a 70 mln EUR. Wyposażenie w kapitał własny wyniosłoby w tym przypadku 33,4 mln EUR <sup>(22)</sup>;

b) wycena wartości *stand alone* BB przez gmc-unitreu Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungs GmbH w związku z zakupem wszystkich akcji przez kraj związkowy Burgenland w ramach przygotowania do prywatyzacji BB: zgodnie z tą ekspertyzą, opartą na podobnych danych liczbowych jak wycena HSBC, wartość BB na dzień 30 czerwca 2004 r. wynosiła pomiędzy 44,4 mln EUR a 53,9 mln EUR <sup>(23)</sup>;

c) wycena dokonana przez konsorcjum, zakładającą wartość majątku *stand alone* BB wynoszącą od 50 mln EUR do 75 mln EUR.

(69) Ponadto Austria argumentuje, że oferenci dostosowali ceny do warunków procedury przetargowej, w związku z czym obie oferty cenowe wykroczyły poza wartość rynkową.

(70) Austria zaproponowała zlecenie sporządzenia kolejnej wyceny przez niezależnego eksperta, aby wykazać, że zapłacona cena zakupu była zgodna z warunkami rynkowymi.

### 4. Znaczenie gwarancji na wypadek niewypłacalności dla sprzedaży BB

(71) Austria podczas całego postępowania wyjaśniającego wielokrotnie podkreślała znaczenie gwarancji na wypadek niewypłacalności i związanego z tym interesu finansowego kraju związkowego Burgenland przy sprzedaży BB, który to pogląd reprezentuje także GRAWE. Kryterium „dalszego prowadzenia Banku Burgenland z wykluczeniem korzystania z gwarancji na wypadek niewypłacalności udzielonej przez kraj związkowy” było jednym z warunków publicznie ogłoszonych przez Austrię w ramach procedury przetargowej, a tym samym było znane wszystkim zainteresowanym stronom. W tym kontekście Austria i GRAWE wysuwają następujące argumenty:

<sup>(22)</sup> HSBC uwzględnił wyłącznie przeniesienie straty, które BB mógłby rzeczywiście wykorzystać na bazie własnej działalności gospodarczej. W tym kontekście HSBC wyszedł z założenia, że dobry rating nabywcy mniej lub bardziej automatycznie przełoży się na BB (tzw. przeniesienie/transfer wypłacalności). W sumie HSBC wycenił BB z uwzględnieniem trzech scenariuszy, tzn. wg kolejnego scenariusza, w którym nie doszłoby do prywatyzacji i BB pozostałby w rękach kraju związkowego Burgenland oraz scenariusza, gdyby BB został sprzedany osobie trzeciej bez wypłacalności/ratingu (takiej jak konsorcjum).

<sup>(23)</sup> Uwzględniono przy tym podatkowe przeniesienie straty w wysokości 5,6 mln EUR.

(72) Gwarancja na wypadek niewypłacalności ma swoje uzasadnienie w przepisach prawnych. Ponieważ BB jest spółką akcyjną prawa prywatnego, a gwarancja na wypadek niewypłacalności jest instrumentem prawa prywatnego (art. 1356 austriackiego kodeksu cywilnego), przesłanki oraz zakres odpowiedzialności kraju związkowego Burgenland kształtują się zgodnie z przepisami prawa prywatnego; państwo jako właściciel Banku Burgenland w tym miejscu nie działało jako organ władzy publicznej. Komisja, nie akceptując tego argumentu, zignorowałaby podział władzy panujący w Austrii. Źródłem odpowiedzialności na wypadek niewypłacalności jest organ ustawodawczy, podczas gdy decyzję o sprzedaży BB podjął organ wykonawczy, tj. kraj związkowy Burgenland. Stosunek pomiędzy krajem związkowym Burgenland a BB można porównać do relacji ze spółką dominującą, która na rzecz swojej spółki zależnej składa oświadczenie patronackie. W przypadku sprzedaży spółki zależnej tego rodzaju gwarancja, jak każde inne ryzyko pozabilansowe, musiałaby zostać uwzględniona. Na poparcie tego argumentu Austria wskazuje na wyrok Sądu Najwyższego Austrii z dnia 4 kwietnia 2006 r. <sup>(24)</sup>.

(73) Ponadto Komisja i Austria porozumiały się co do likwidacji gwarancji na wypadek niewypłacalności jako istniejącej formy pomocy po upływie okresu przejściowego. Do momentu likwidacji gwarancja na wypadek niewypłacalności jest zatem „zalegalizowana”, tak więc kraj związkowy Burgenland mógł ją uwzględnić przy sprzedaży BB. Kraj związkowy Burgenland przyznał gwarancję niezależnie od procesu prywatyzacji, zaś Austria nie miała możliwości prawnej, aby przed sprzedażą BB tę odpowiedzialność zakończyć. Jeżeli w tej sytuacji nie można było uwzględnić związanego z gwarancją na wypadek niewypłacalności ryzyka, to w gruncie rzeczy Komisja uniemożliwiłaby krajowi związkowemu Burgenland prywatyzację BB. To z kolei byłoby sprzeczne z warunkiem prywatyzacji BB, zawartym we wcześniejszej decyzji Komisji i w sposób niedopuszczalny naruszałoby prawo państw członkowskich do prywatyzowania ich wartości majątkowych.

(74) Praktyka decyzyjna Komisji i sądów wspólnotowych utwierdza Austrię w słuszności jej stanowiska. I tak na przykład Komisja przyznała, że przy prywatyzacji można uwzględniać zobowiązania i ryzyka pozabilansowe <sup>(25)</sup>. W sprawie Gröditzter Stahlwerke także Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich uznał *implicit*, że

państwowa gwarancja, istotna dla likwidacji przedsiębiorstwa, mogła zostać uwzględniona <sup>(26)</sup>. Uznanie gwarancji na wypadek niewypłacalności za istniejącą pomoc państwa jest zatem istotne.

(75) Ryzyko wykorzystania gwarancji na wypadek niewypłacalności zależy zdaniem Austrii od przyszłego profilu ryzyka banku, a w konsekwencji od profilu ryzyka nowego właściciela. Zagrożenia, jakie przyniosłoby nabycie BB przez konsorcjum były dla kraju związkowego Burgenland niemożliwe do zaakceptowania. Także fakt, że BB nadal podlegałaby FMA nic nie zmienia w tej ocenie, gdyż FMA działa jedynie *ex post*.

#### **Przedstawiony przez Austrię scenariusz likwidacji**

(76) Austria przekazała obliczenie zabezpieczonej gwarancją na wypadek niewypłacalności kwoty oraz scenariusz likwidacji ze wskazówką, iż w obliczeniu przyjęto to samo założenie, które zostało przedstawione Komisji w postępowaniu, które doprowadziło następnie do decyzji restrukturyzacyjnej.

(77) GRAWE dowodzi, że w tym kontekście sięganie do scenariusza likwidacji jest błędem, ponieważ kraj związkowy Burgenland nie miał decydować o likwidacji BB, lecz wybrać dla banku nabywcę. Scenariusz likwidacji był przeznaczony na inną okoliczność (decyzja o pomocy restrukturyzacyjnej). Ponadto kraj związkowy Burgenland w razie wykorzystania gwarancji na wypadek niewypłacalności nie byłby w stanie żądać likwidacji wszystkich wartości majątkowych, ponieważ wszyscy wierzyciele mogliby zwracać się ze swoimi roszczeniami bezpośrednio do kraju związkowego.

#### **Refinansowanie BB po jego sprzedaży**

(78) W opinii Austrii aspekt ten wiąże się z kryterium „dalszego prowadzenia Banku Burgenland z wykluczeniem korzystania z gwarancji na wypadek niewypłacalności udzielonej przez kraj związkowy”. Austria obstaje przy stanowisku, że po ujawnieniu faktu sprzedaży BB na rzecz konsorcjum można było oczekiwać wzrostu wysokości refinansowania i znaczącej utraty płynności, stąd w końcu trzeba byłoby skorzystać z gwarancji na wypadek niewypłacalności. Płynność BB po sprzedaży była ważnym elementem w procesie podejmowania decyzji. Także konsorcjum nie wykluczało ryzyka odpływu depozytów i wypowiedzenia międzybankowych linii kredytowych, z tym, że zakres tego ryzyka oceniało jako znacznie mniejszy niż Austria. Podczas gdy konsorcjum zakładało odpływy w wysokości najwyższej 500 mln EUR, Austria przekazała obliczenia, zgodnie z którymi w najlepszym wypadku należało liczyć się z odpływami kapitału netto w wysokości 750 mln EUR, a w najgorszym wypadku – w wysokości 1,25 mld EUR. Konsorcjum powinno było dostarczyć dowód, że jest w stanie zapewnić refinansowanie, jednak takiego dowodu nie przedstawiło, a jedynie niewiążące oświadczenia woli ze strony różnych banków.

<sup>(24)</sup> Wyrok Sądu Najwyższego Austrii (OGH) z 4.4.2006 r., 1 Ob251/05a (wyrok ten został przytoczony również przez GRAWE), w którym wywodzi się, że gwarancja kraju związkowego Burgenland na wypadek niewypłacalności jest nierozdzielnie powiązana z pozycją kraju związkowego Burgenland jako wspólnika.

<sup>(25)</sup> Decyzja Komisji w sprawie pomocy przyznanej przez Francję przedsiębiorstwu „Stardust Marine” (Dz.U. L 206 z 15.8.2000, s. 6), motyw 82; decyzja Komisji 2000/628/WE z dnia 11 kwietnia 2000 r. w sprawie pomocy przyznanej przez Włochy „Centrale del Latte di Roma” (Dz.U. L 265 z 19.10.2000, s. 15), motyw 91.

<sup>(26)</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z dnia 28 stycznia 2003 r. w sprawie C-334/99, *Gröditzter Stahlwerke*, Rec. 2003, s. I-1139, pkt 136 i nast.

(79) Ponadto Austria podkreśla, że w tym względzie byłoby o wiele mniej wątpliwości, gdyby konsorcjum, tak jak zapowiadało podczas negocjacji, zdobyło silnego finansowo partnera biznesowego.

#### 5. Kwestie dotyczące zatwierdzenia sprzedaży przez FMA

(80) Zgodnie z wywodami Austrii FMA może na podstawie art. 20 austriackiej ustawy o bankowości (BWG) poddać bank tzw. testowi Fit & Proper dopiero wówczas, gdy negocjujące strony zawrą już wiążącą umowę kupna. Oceniając hipotetycznie więcej niż jednego potencjalnego nabywcę, FMA wykroczyłoby poza swoje uprawnienia. Z tego samego powodu nie było możliwe przedstawienie Komisji późniejszej oceny, jak się tego wymaga w decyzji o wszczęciu postępowania. Po tym, jak zarówno konsorcjum, jak i GRAWE złożyły pisemny wniosek o zgodę jeszcze przed nabyciem, FMA odmówił zbadania dostarczonych dokumentów<sup>(27)</sup>. FMA ma obowiązek kontroli każdego zakupu w sposób bezstronny.

(81) Austria oświadczyła, że mimo to próbowała zdobyć ocenę obu pozostałych w przetargu oferentów. FMA dał rzekomo do zrozumienia, że dla oceny i tak dobrze znanego FMA GRAWE wystarczy kilka tygodni. Natomiast w przypadku kontroli konsorcjum, w którą trzeba byłoby zaangażować także organy spoza Unii Europejskiej, taka kontrola trwałaby przypuszczalnie dłużej niż trzy miesiące. Jednak FMA ma ustawowy obowiązek wydania ewentualnej decyzji odmownej w ciągu trzech miesięcy, gdyż w przeciwnym wypadku sprzedaż uważa się za zaakceptowaną. Z tego powodu FMA musiałby zakazać ewentualnej sprzedaży na rzecz konsorcjum w ciągu trzech miesięcy od daty złożenia wniosku w trybie tymczasowym. Niezależnie od tego FMA mógłby nadal badać zamiar konsorcjum dotyczący nabycia BB i w razie potrzeby odwołać swoją pierwotną decyzję odmowną. Całe postępowanie mogłoby trwać do jednego roku. Zgodnie z informacjami pozyskanymi od FMA rezultat postępowania był trudny do przewidzenia.

(82) Austria podkreśla, że wobec powyższego kraj związkowy Burgenland sam musiałby ocenić, czy można oczekiwać zgody FMA na sprzedaż BB ze strony FMA. Austria wychodziła z założenia, że FMA nigdy nie wyrazi zgody na sprzedaż na rzecz konsorcjum. Najważniejsze motywy, które były podstawą tej prognozy kraju związkowego Burgenland, objaśniono poniżej.

<sup>(27)</sup> Dnia 6 grudnia 2005 r. konsorcjum, a dnia 10 stycznia 2006 r. GRAWE zwrócili się z pismami do FMA, po czym obaj oferenci zostali poinformowani o fakcie, że FMA na dany moment nie może zająć się tymi pismami.

(83) Spółka SLAV International Bank AG już w 1994 r. złożyła wniosek o koncesję bankową w Austrii; wniosek został odrzucony dnia 17 listopada 1997 r. Odrzucenie wniosku zostało wówczas między innymi uzasadnione faktem, że ówczesny właściciel, fundusz ukraiński, nie stosował Międzynarodowych Standardów Rachunkowości (IAS). Poza tym cała Grupa z wyjątkiem niewielkiej jednostki, działającego tylko na Ukrainie Active Bank Ltd, nie była aktywna w sektorze bankowym. Żadne z przedsiębiorstw konsorcjum nie posiadało ratingu uznanej na skalę międzynarodową agencji ratingowej. Natomiast wraz z GRAWE Bank Burgenland zyskiwał doświadczony w zakresie bankowości i rynku kapitałowego partnera, który posiadał rating „A” i był dobrze znany FMA.

(84) Ponadto Austria wskazuje na doświadczenia z poprzednich dwóch zakończonych niepowodzeniem prób prywatyzacji. Na przykład w drugim etapie sprzedaży, który w sierpniu 2005 r. zakończył się, nie przynosząc rozstrzygnięcia, brał udział bank z siedzibą na Litwie i rosyjskim ostatnim właścicielem, w przypadku którego Austria miała mocne powody przypuszczać, że FMA nie wyda zgody na zakup.

(85) Austria wskazuje również na fakt, że decyzja wymagała znacznie więcej czasu, ponieważ nie istniał protokół ustaleń mogący służyć za podstawę współpracy i wymiany informacji pomiędzy FMA a ukraińskim bankiem narodowym.

(86) Ponadto GRAWE ze względu na dobre imię miał interes w tym, aby interweniować w przypadku trudności BB. W przypadku konsorcjum tak nie było. W uzupełnieniu Austria podkreśla, że BB z właścicielem mającym siedzibę na Ukrainie nigdy nie otrzymałoby ratingu „A” porównywalnego z GRAWE, lecz – zgodnie z zasadą, że przedsiębiorstwo nie może otrzymać lepszego ratingu niż państwo jego siedziby – raczej rating „BB” lub „B”.

#### 6. Dalsze aspekty, które miały wpływ na prognozę kraju związkowego Burgenland

(87) Ponadto Austria przedłożyła analizę HSBC, w której potwierdzone są wszystkie uwagi kraju związkowego co do prawdopodobieństwa zgody FMA na zakup i możliwe wykorzystanie gwarancji na wypadek niewypłacalności w przypadku podjęcia decyzji sprzedaży na rzecz GRAWE. Znacznie mniejsze ryzyko w przypadku sprzedaży na rzecz GRAWE niwelowałyby z nadwyżką różnicę w cenie oferowanej przez obu oferentów.

(88) Także co do biznesplanu konsorcjum istniały wątpliwości. Został on przedstawiony w późnej fazie postępowania (dnia 27 lutego 2006 r.) i przewidywał wcielenie mającego siedzibę na Ukrainie Active Bank Ltd. Konsorcjum powiązało nawet nabycie Banku Burgenland z wniesieniem do niego Active Banku. Biznesplan zawierał zdaniem kraju związkowego Burgenland cały szereg elementów, które stanowiły dla BB zagrożenie dalszej egzystencji.

(89) Tu w szczególności należy wskazać na fakt, że jedynie niewielka część zadeklarowanego przez konsorcjum kapitału przewidziana była na wzmocnienie regionalnej działalności gospodarczej BB (17 mln EUR wobec łącznie 85 mln EUR); pozostała część miała wpłynąć do działającego na Ukrainie Active Banku. Zgodnie z biznesplanem główne filary działalności miały być zlokalizowane na Ukrainie, a nie w kraju związkowym Burgenland, co zawierało w sobie również ryzyko walutowe.

(90) Ponadto krajowi związkowemu Burgenland nigdy nie udało się ustalić, jak konsorcjum wyobraża sobie konkretnie wcielenie Active Banku, którego wartość została zawyżona. Dlatego kraj związkowy Burgenland założył ostrożnie scenariusz pesymistyczny dla BB, w którym niepowodzenie Active Banku przynosi BB znaczące zagrożenie, prowadząc w efekcie do niewypłacalności BB.

(91) Przy takim biznesplanie kraj związkowy Burgenland nie sprzedałby BB, nawet gdyby konsorcjum było jedynym oferentem <sup>(28)</sup>.

(92) Nadto Austria miała wątpliwości związane z tym, że FMA potrzebował na zbadanie sprzedaży BB na rzecz konsorcjum znacznie więcej czasu. W decyzji restrukturyzacyjnej wymagano bowiem szybkiej prywatyzacji BB. Poza tym oferta cenowa GRAWE była ważna tylko do dnia 31 marca 2006 r. Kraj związkowy Burgenland narażałby się więc na ryzyko, że w przypadku odmownej decyzji FMA nie znajdzie się w końcu żaden kupiec dla BB.

(93) W dniu 5 marca 2008 r. Austria wskazała na wyrok sądu niemieckiego, który potwierdził decyzję BaFin, zakazującą sprzedaży udziałów niemieckiego banku na rzecz ukraiń-

skiej grupy przedsiębiorstw. Austria nie twierdziła, że w przypadku tej ukraińskiej grupy chodzi o konsorcjum, jednak w decyzji BaFin wydanej po 13 miesiącach utwierdziła się w swojej wcześniejszej prognozie.

(94) W opinii Austrii kwestia szybkiej sprzedaży była ściśle powiązana z wymaganym bezpieczeństwem transakcji. Niepowodzenie trzeciej próby prywatyzacji zagroziłoby bankowi i mogłoby następnie prowadzić do niewypłacalności BB, a zatem do konieczności wykorzystania gwarancji na wypadek niewypłacalności.

### 7. Inne metody oceny ryzyka, przedstawione przez Austrię i GRAWE

(95) Austria przekazała dalsze wyjaśnienia dotyczące rekomendacji HSBC, która w swym założeniu dotyczyła łącznie zabezpieczonych zobowiązań. Względny wzrost prawdopodobieństwa, że w przypadku sprzedaży BB na rzecz konsorcjum dojdzie do wykorzystania gwarancji na wypadek niewypłacalności, zniwelowałby już różnicę w cenie obu ofert, co przybliżało decyzję na korzyść GRAWE.

(96) GRAWE przekazał dalszą, popieraną przez Austrię ekspertyzę, przywołującą model wyceny dla gwarancji jako opcji sprzedaży, aby wyjaśnić i usprawiedliwić sprzedaż BB na rzecz GRAWE. W ekspertyzie tej przedstawiono wniosek, że nawet przy niewielkim wzroście zmienności kursu akcji całego majątku o 1,83 % w przypadku sprzedaży BB na rzecz konsorcjum, wynikające z tego ryzyko dla kraju związkowego Burgenland z tytułu gwarancji na wypadek niewypłacalności znacznie wzrasta, zatem decyzja o sprzedaży BB na rzecz GRAWE jest uzasadniona.

(97) Dnia 22 lutego 2008 r., w bardzo późnym stadium postępowania, Austria przekazała analizę, w jaki sposób rynki kapitałowe przeliczają gwarancje, takie jak gwarancja na wypadek niewypłacalności, na wartość firmy. Sporządzone przez Morgan Stanley bardziej szczegółowe omówienie założeń będących podstawą tej analizy zostało przekazane dnia 9 kwietnia 2008 r. Punktem wyjścia jest tu założenie, że kraj związkowy Burgenland mógł się zabezpieczyć na rynku kapitałowym przed ryzykiem z tytułu gwarancji na wypadek niewypłacalności poprzez swapy (*credit-default-swap*). Austria dowodzi, że również wyniki tej analizy świadczą o tym, że decyzja sprzedaży podjęta przez kraj związkowy Burgenland była uzasadniona. Austria oszacowała koszty tego rodzaju zabezpieczenia na 51,3 mln EUR – 64,1 mln EUR (w przypadku sprzedaży BB na rzecz GRAWE) oraz na 521,6 mln EUR (w przypadku sprzedaży BB na rzecz konsorcjum). Co prawda szacunki Morgan Stanley nie są tak wysokie (354 mln EUR na dzień 12 maja 2006 r.), ale i tak potwierdzają wnioski, do których doszła Austria.

<sup>(28)</sup> Ten punkt zarówno Austria, jak i GRAWE podkreślały szczególnie, powołując się jednocześnie na porównywalne wnioski Sądu Krajowego w Eisenstadt.

## 8. Zgodność pomocy ze wspólnym rynkiem

- (98) Austria nie zajęła stanowiska w sprawie zgodności pomocy ze wspólnym rynkiem.
- (99) GRAWE argumentuje, że działanie, o ile miałyby ono zostać uznane za pomoc państwa, należy na podstawie art. 87 ust. 3 lit. c) Traktatu WE uznać za zgodne ze wspólnym rynkiem. Prywatyzacja BB jest bowiem ściśle powiązana z wcześniejszą decyzją restrukturyzacyjną, zgodnie z którą BB jako bank regionalny powinien dalej działać w kraju związkowym Burgenland. Natomiast z biznesplanu konsorcjum wynika, że jako właściciel nie miało ono zamiaru podążać w tym kierunku. To stanowiłoby dodatkowe zagrożenie dla prawidłowej realizacji decyzji restrukturyzacyjnej.

## VI. OCENA PRAWNA POMOCY

### 1. Dopuszczalność

- (100) Przede wszystkim Komisja przypomina o tym, że zgodnie z artykułem 10 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 659/1999 musi ona sprawdzać informacje – niezależnie od tego, jakiego są pochodzenia – o domniemanej pomocy przyznanej bezprawnie. Austria zakłada tym samym pewien zakres uznaniowości, jakim Komisja w rzeczywistości nie dysponuje, gdyż jest prawnie zobowiązana do wyjaśnienia skargi, jaką złożyło konsorcjum. Konsorcjum jako jedyny współubiegający się z GRAWE w fazie końcowej procedury przetargowej BB jest bez wątplenia „zainteresowaną stroną” w rozumieniu artykułu 1 lit. h) rzeczonego rozporządzenia. Późniejsze wydania – jak publikacje prasowe, z których wynika, że konsorcjum zarzuciło swoje pierwotne plany zakupienia banku – nie mają wpływu na obowiązek Komisji kontynuowania jej postępowania wyjaśniającego. W tym kontekście Komisja stwierdza, że konsorcjum nie wycofało swej skargi<sup>(29)</sup>.
- (101) Komisja wskazuje na fakt, iż przytoczone przez Austrię rozstrzygnięcia sądów austriackich nie mają ani przesadzającego, ani ograniczającego wpływu na właściwość Komisji w zakresie zbadania sprawy na podstawie art. 87 i 88 Traktatu WE. Komisja stwierdza odnośnie do powyższego, że żadne z przekazanych jej rozstrzyg-

<sup>(29)</sup> Przedłożone przez Austrię argumenty swobody przedsiębiorczości nie muszą być uwzględnione w ramach procedury przyznawania pomocy. Zob. motyw 314 orzeczenia sądu pierwszej instancji z dnia 12 lutego 2008 r. w sprawie prawnej T-289/03, BUPA, dotychczas nieopublikowane; dostępne na stronie internetowej [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)

nięć sądów nie opiera się na przepisach prawnych dotyczących pomocy państwa<sup>(30)</sup>.

## 2. Pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE

- (102) Zgodnie z art. 87 ust. 1 Traktatu WE wszelka pomoc przyznawana przez państwo członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiegokolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna ze wspólnym rynkiem w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi. Prywatyzacja BB musi spełniać wszystkie kryteria przytoczone w ww. artykule, aby można było ją uznać za pomoc państwa.

### 2.1. Pomoc państwa w ramach prywatyzacji – ramy prawne

- (103) Jak wskazano w decyzji o wszczęciu postępowania, oceniając poszczególne działania prywatyzacyjne z punktu widzenia prawa o pomocy państwa, Komisja opiera się na kilku założeniach określonych w XXIII. sprawozdaniu dotyczącym polityki konkurencji (zwanym dalej „sprawozdaniem dotyczącym konkurencji”) oraz wywodzących się z dalszej praktyki<sup>(31)</sup>.
- (104) Do okoliczności zapisanych w tym sprawozdaniu, w przypadku których Komisja może bez dalszego badania zakładać, że nie zachodzi przypadek pomocy państwa, zalicza się fakt, że przedsiębiorstwo jest zbywane na rzecz podmiotu oferującego najwyższą cenę. BB nie został jednak z całą pewnością sprzedany oferentowi proponującemu najwyższą cenę. Już sam ten fakt usprawiedliwia decyzję o wszczęciu formalnego postępowania wyjaśniającego<sup>(32)</sup>.
- (105) Kolejnym ważnym elementem, który należy uwzględnić w ramach prywatyzacji, są warunki, którymi obwarowana jest taka sprzedaż. Komisja podkreśliła w swojej decyzji o wszczęciu postępowania wyjaśniającego znaczenie, jakie przypisano temu aspektowi w sprawozdaniu dotyczącym konkurencji, wymagając, żeby prywatyzacja spełniała następujący warunek, aby można było zakładać, że nie obejmuje ona pomocy państwa: „musi być przeprowadzony oparty na zasadach konkursowych przetarg, otwarty dla wszystkich, przejrzysty i niezwiązany z żadnymi innymi warunkami, jak nabycie innych wartości majątkowych nieobjętych ofertą, czy kontynuowanie określonej działalności.”

<sup>(30)</sup> Zob. przykładowo decyzja Sądu Krajowego w Eisenstadt, 27 Cg 90/06 p-40 z dnia 20.5.2006, w szczególności s. 28 i decyzja Wyższego Sądu Krajowego w Wiedniu, 2 R 150/06b, z dnia 5 lutego 2007 r., w szczególności s. 15, w których zostało wyjaśnione, iż nie jest konieczne wypowiedzanie się na temat zaistnienia przypadku pomocy państwa.

<sup>(31)</sup> Zob. Komisja Europejska, XXIII sprawozdanie dotyczące polityki konkurencji za 1993 r., pkt 402 i nast., oraz motyw 61 i nast. decyzji o wszczęciu postępowania.

<sup>(32)</sup> Zob. także sprawozdanie dotyczące polityki konkurencji, pkt 402 i nast.

- (106) Komisja wskazała także na późniejszą decyzję dotyczącą Stardust Marine, w której jeszcze mocniej zaakcentowała znaczenie „niedyskryminującego charakteru procedury”<sup>(33)</sup>. Zgodnie z komunikatem Komisji dotyczącym elementów pomocy państwa przy sprzedaży budowli lub działek przez państwo<sup>(34)</sup> (zwanym dalej „komunikatem o sprzedaży działek”) Komisja reprezentowała stanowisko, że zasadniczo mogą być stawiane warunki, dopóki każdy potencjalny kupiec niezależnie od tego, w jakiej branży prowadzi działalność, musiałby spełnić lub mógłby spełnić te warunki<sup>(35)</sup>. W związku z tym Komisja stwierdziła, że kryteria doboru dotyczące zbycia banku mogą zawierać pewne warunki i że należy je odpowiednio ocenić (szczegóły zob. motywy od 141 do 143).
- (107) W ramach formalnego postępowania wyjaśniającego Austria wyszła widocznie z założenia, że po pierwsze komunikat o sprzedaży działek może mieć zastosowanie bezpośrednio do prywatyzacji przedsiębiorstwa, a po drugie, że ewentualne niedociągnięcia przy przetargu mogłyby być skompensowane poprzez sięgnięcie do wcześniejszych niezależnych opinii sporządzonych w ramach prywatyzacji BB. Austria zaproponowała nawet zlecenie wykonania nowej analizy w celu określenia wartości rynkowej BB.
- (108) Kwestia tego, jakie znaczenie mają warunki powiązane z czynnością prawną, poruszana jest w motywach od 141 do 143. Jeżeli chodzi o pierwszy punkt, należy generalnie zauważyć, że należy rozróżnić pomiędzy zasadami mającymi zastosowanie w przypadku prywatyzacji, a zasadami w przypadku sprzedaży budowli i działek. Nie czyniąc obowiązku z procedury przetargowej jako jedynej możliwej procedury dla prywatyzacji, sprawozdanie dotyczące konkurencji odnosi się wyraźnie do prywatyzacji i przytacza kilka warunków, jakie muszą być spełnione w przypadku procedury prywatyzacyjnej, aby zagwarantować, że nie zawiera ona żadnego elementu pomocy państwa. W sprawozdaniu dotyczącym konkurencji nie ma wywodów, czy sporządzona przed sprzedażą niezależna opinia na temat prywatyzowanego obiektu jest wystarczająca, aby w przypadku sprzedaży po ustalonej cenie można było automatycznie wyjść z założenia, że nie obejmuje ona pomocy państwa. Jest to istotne w szczególności wówczas, gdy w konkretnym przypadku przeprowadzono procedurę licytacji.
- (109) Możliwość ustalenia ceny rynkowej przy braku procedury licytacji na podstawie opinii przewidziana jest tylko w komunikacie o sprzedaży działek. Jednak nawet
- w przypadku sprzedaży działki z brzmienia i struktury komunikatu o sprzedaży działek wynika, że państwo członkowskie nie może w oparciu o opinię usprawiedliwiać sprzedaży na rzecz innej osoby niż oferującemu najwyższą cenę. Zarówno w przypadku sprzedaży działki, jak i w przypadku prywatyzacji należy wyjść z założenia, że w ramach procedury licytacyjnej ustalona zostanie cena rynkowa.
- (110) Komisja jest jednakże zdania, iż dyskutowany przypadek przedstawia się inaczej, nawet gdyby – w uznaniu przedłożonego argumentu – można było skłonić się do stanowiska Austrii, że zastosowanie znajduje komunikat o sprzedaży działek. Faktem jest, iż w komunikacie o sprzedaży działek zaakceptowano zarówno otwarty przetarg, jak i opinię *ex ante* jako dowód na brak pomocy państwa. Ostatnie z wymienionych działań jest jednak *a priori* dopuszczalne jedynie wtedy, gdy wycena zostanie dokonana przed sprzedażą. Ponieważ kraj związkowy Burgenland zdecydował się na otwarty przetarg, w trakcie którego podmioty gospodarcze złożyły ważne oferty, niekonsekwencją byłoby zaakceptowanie opinii *ex ante* i nieuwzględnienie wyższych ofert, jak to proponuje Austria w ramach drugiego punktu zawartego w motywie 107.
- (111) Na propozycję Austrii należałoby przystać tylko wtedy, gdyby wynik przetargu nie mógł zostać uwzględniony w związku z tym, że nie byłby to otwarty przetarg, przeprowadzony w oparciu o przejrzystą procedurę i nieobwarowany żadnymi warunkami.
- (112) W związku z tym Komisja jest zdania, iż w ramach przetargu zostały złożone dwie ważne oferty, nawet jeśli nie można całkowicie wykluczyć, że oferty byłyby nawet wyższe, gdyby zakup nie był obwarowany warunkami (skutki tych warunków opisane są szczegółowo w motywach od 141 do 143). Jeżeli istnieją zarówno niezależne opinie, jak i wyższa wiążąca oferta kupna BB, wówczas taka wiążąca oferta bez wątplenia lepiej odzwierciedla wartość rynkową zbywanego obiektu, ponieważ nie chodzi o wycenę hipotetyczną, lecz o rzeczywistą ofertę.
- (113) W związku z tymi ustaleniami przedłożone przez Austrię opinie *ex ante* dotyczące wartości BB nie mają już żadnego znaczenia dla oceny tego przypadku<sup>(36)</sup>. Także opinia *ex post*, jaką proponowała Austria, nie ma żadnego znaczenia w obliczu przetargu i ważnych ofert złożonych w ramach niniejszego przetargu.

<sup>(33)</sup> Decyzja Komisji 2000/513/WE z dnia 8 września 1999 r. w sprawie pomocy przyznanej przez Francję przedsiębiorstwu Stardust Marine (Dz.U. L 206 z 15.8.2000, s. 6), motyw 7. Późniejsze uchylene tej decyzji przez Trybunał nie odnosi się do tego motywu.

<sup>(34)</sup> Dz.U. C 209 z 10.7.1997, s. 3.

<sup>(35)</sup> Zob. rozdział II ust. 1 lit. c) komunikatu o sprzedaży działek.

<sup>(36)</sup> Dotyczy to szczególnie oceny przez HSBC w rekomendacji skierowanej do kraju związkowego Burgenland, oceny wartości *stand-alone* banku BB przez gmc-unitreu w ramach restrukturyzacji BB przed różnymi staraniami zmierzającymi do prywatyzacji oraz ocena wartości *stand-alone* przez samo konsorcjum (która jest nieistotna, gdyż konsorcjum może też uwzględnić wartość innych czynników, które mają znaczenie tylko dla niego samego).

- (114) Mając na uwadze istniejące warunki, Komisja stwierdza, co następuje: nawet jeśli przedsiębiorstwo zostałoby sprzedane oferentowi oferującemu najwięcej po cenie wyraźnie wyższej od wartości szacowanej, zawsze może jeszcze mieć miejsce pomoc państwa, o ile działający na rynku podmiot finansujący (kapitałodawca) uścił niższą cenę niż cena, która byłaby zapłacona bez istnienia tych warunków <sup>(37)</sup>.
- (115) Tym samym Komisja musi zbadać prywatyzację BB na podstawie artykułu 87 ust. 1 Traktatu WE, nie powołując się na komunikat o sprzedaży działek czy sprawozdanie dotyczące konkurencji, gdyż ustalone w tym sprawozdaniu warunki, jakie mają być spełnione, aby móc uczynić założenie, że nie mamy do czynienia z pomocą, nie są w tym przypadku spełnione.
- 2.2. Istnienie pomocy państwa*
- (116) Kraj związkowy Burgenland jest jednym z dziewięciu krajów związkowych Austrii. Środki kraju związkowego Burgenland generalnie mogą być uważane za środki „przyznane przez państwo członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych” w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE.
- (117) Ponadto Komisja stwierdza, że GRAWE prowadzi działalność transgraniczną i międzynarodową, tak więc ewentualna korzyść przyznana przy użyciu zasobów państwowych wpłynęłaby negatywnie na konkurencję w sektorze bankowym i miałyby wpływ na handel wewnątrzspółnotowy <sup>(38)</sup>.
- (118) Sprzedaż BB na rzecz GRAWE zawiera w sobie tylko wtedy pomoc państwa, jeśli kraj związkowy Burgenland nie postępował jak działający na rynku podmiot gospodarczy, przez co kupujący uzyskał korzyść selektywną. Byłoby tak, gdyby kraj związkowy Burgenland nie postępował jak działający na rynku sprzedający i zaakceptowałby cenę zakupu niższą od wartości rynkowej BB. Przy badaniu tej kwestii Komisja sprawdza, czy dany sprzedający postępował jak każdy inny działający na rynku sprzedający („test prywatnego inwestora”).
- (119) Aby przy zastosowaniu tej zasady można było stwierdzić, czy i w jakim zakresie GRAWE uzyskał korzyść, trzeba by przy tym zbadać rzeczywistą procedurę przetargową i oferty złożone w ramach tej procedury. Generalnie istnieją w tym przypadku dwa elementy, z których mogłaby się zrodzić korzyść. Chodzi przy tym po pierwsze o fakt, iż przedsiębiorstwo zostało sprzedane oferentowi, który złożył drugą co do wysokości ofertę, a po drugie o wpływ warunków na wartość przedsiębiorstwa w odniesieniu do wszystkich oferentów.
- (120) Krajowi związkowemu Burgenland przedłożono ofertę konsorcjum, której wartość nominalna przekraczała wysokość oferty złożonej przez GRAWE o 54,7 mln EUR. Podmiot gospodarczy działający w oparciu o zasady gospodarki rynkowej mógłby się pomimo to wyjątkowo zdecydować na niższą ofertę, jeżeli
- a) po pierwsze, oczywiste jest, że sprzedaż na rzecz podmiotu, który zaoferował najwyższą cenę, nie jest możliwa do realizacji;
- b) po drugie, usprawiedliwione jest uwzględnienie także innych czynników niż cena. Fakt, iż to nie oferent oferujący najwyższą cenę został wybrany w procedurze przetargowej, sam w sobie nie jest niezbitym dowodem korzystania z pomocy. Pojęcie licytanta oferującego najwyższą cenę może być szerzej interpretowane, jeśli uwzględnia się różnice w ryzykach pozabilansowych między ofertami <sup>(39)</sup>.
- (121) W pierwszym aspekcie chodzi głównie o to, czy kraj związkowy Burgenland mógłby być pewien, że faktycznie otrzyma zapłatę ceny zakupu (ogólnie określa się to mianem bezpieczeństwa transakcji – pierwszy element), oraz czy można było wyjść z założenia, że konsorcjum uzyskałoby niezbędne zezwolenie FMA (lub każdego innego uczestniczącego w procedurze organu) (drugi element).
- (122) W drugim aspekcie chodzi o to, czy istnieją inne czynniki, takie jak odpowiedzialność cywilna czy ryzyka pozabilansowe, które kraj związkowy Burgenland może uwzględnić jako sprzedawca państwowy i które kompensowałyby różnicę cenową w porównaniu z najwyższą ofertą.

**Pierwszy element pierwszego aspektu: bezpieczeństwo transakcji**

- (123) Jeżeli chodzi o bezpieczeństwo transakcji jako pierwszy element pierwszego aspektu, Komisja podkreśla dla jasności, że bezpieczeństwo transakcji w tym kontekście nie odnosi się do niczego innego, jak tylko do zdolności kupującego do uiszczenia ceny zakupu <sup>(40)</sup>. Komisja zgadza się ze stanowiskiem Austrii, że jest to decydujący element procesu sprzedaży. Od żadnego działającego na rynku sprzedawcy nie można oczekiwać, aby zdecydował się na wybór kupującego, co do którego istnieje realna możliwość, że nie zapłaci on ceny zakupu.

<sup>(37)</sup> Decyzja Komisji 2000/628/WE z dnia 11 kwietnia 2000 r. w sprawie pomocy przyznanej przez Włochy „Centrale del Latte di Roma” (Dz.U. L 265 z 19.10.2000, s. 15), motyw 82.

<sup>(38)</sup> Zob. także decyzja Komisji z dnia 27 czerwca 2007 r., dotycząca pomocy państwa C50/2006 BAWAG, Dz.U. L 83 z 26.3.2008, s. 7, motyw 125.

<sup>(39)</sup> Decyzja Komisji z dnia 8 września 1999 r. w sprawie pomocy przyznanej przez Francję przedsiębiorstwu Stardust Marine (Dz.U. L 206 z 15.8.2000), motyw 78.

<sup>(40)</sup> Austria mówi też o „bezpieczeństwie transakcyjnym”, wyjaśniając, że należy unikać żmudnych badań przez urząd FMA, ponieważ związana z tym utrzymująca się niepewność zagrażałaby istnieniu BB.

(124) Austria w żadnym momencie procedury nie podnosiła zarzutu, że konsorcjum nie jest w stanie uiścić cenę zakupu. W obliczu siły gospodarczej przedsiębiorstw połączonych w konsorcjum (zob. motyw 12.) Komisja nie ma żadnego powodu wątpić, że cena zakupu w wysokości 155 milionów EUR mogła zostać sfinansowana. Konsorcjum zaproponowało zapłacenie zaliczki w wysokości 15 milionów EUR na konto powiernicze w Active Banku mającym swą siedzibę na Ukrainie, aby udowodnić, że jest w stanie zapłacić kwotę 155 milionów EUR.

#### **Drugi element pierwszego aspektu: zezwolenie FMA**

(125) Nie ulega także wątpliwości, że sprzedawca działający na warunkach rynkowych nie zdecydowałby się wybrać kupującego, który według wszelkiego prawdopodobieństwa nie otrzymałby niezbędnego zezwolenia FMA (lub każdego innego uczestniczącego w procedurze organu). Austria przytoczyła argument, że FMA nigdy nie wydałaby zezwolenia na sprzedaż BB na rzecz konsorcjum, nawet gdyby została przedłożona jedynie oferta konsorcjum. Zgodnie ze stanowiskiem Austrii oferta GRAWE nie była wprawdzie najlepsza, ale za to „najlepsza”.

(126) Z punktu widzenia prawa procesowego Komisja nie kwestionuje, że FMA w obliczu faktu, że istnieje dwóch możliwych oferentów, miał w myśl prawa austriackiego zakaz przeprowadzenia tak zwanego testu Fit & Proper zgodnie z art. 20 BWG. W istocie we wszystkich porównywalnych procedurach zezwolenie urzędu nadzoru wydawane jest dopiero po ustaleniu konkretnego podmiotu kupującego. Dlatego też logiczne było, że przed podjęciem decyzji o sprzedaży FMA oddali „wniosek” o wydanie zezwolenia, zarówno ten złożony przez konsorcjum, jak i ten złożony przez GRAWE. Komisja uznaje, że zgodnie z prawem austriackim FMA nie może złożyć oświadczenia *ex post*.

(127) Komisja stwierdza jednak również, że FMA w trakcie przekazywania informacji merytorycznych o swych procedurach czy o wcześniejszym wniosku SLAV AG w żadnym momencie otwarcie nie przyłączył się do stanowiska Austrii w tej sprawie i potwierdził Komisji, że wynik jego badania byłby trudny do przewidzenia.

(128) W tym kontekście Komisja wskazuje także na to, że FMA, niezależnie od konkretnego przypadku, unikał wypowiedzania się ogólnie na temat elementów, którym przy ich badaniu nadałby istotne znaczenie (np. rating danego kupującego). Nie istnieją więc żadne wskazówki pozwalające sądzić, że te czy inne przytoczone przez Austrię argumenty miałyby negatywny wpływ na badanie FMA lub doprowadziłyby nieuchronnie do negatywnego wyniku.

(129) Ponieważ nie istnieją żadne odpowiednie oświadczenia FMA ani żadne inne dowody, Komisja nie może

podzielać argumentu przytaczanego przez Austrię, że FMA z pewnością byłby przeciwny sprzedaży na rzecz konsorcjum.

(130) Także czas trwania procedury FMA – mniej niż trzy miesiące w przypadku GRAWE, ale do jednego roku w przypadku konsorcjum – nie jest wystarczający do tego, aby wykluczyć konsorcjum jako nabywcę. Austria stwierdziła, iż BB zmagalaby się z trwającą niepewnością, co mogłoby w końcu pogrążyć bank w tarapatach. Komisja nie może zaakceptować tego argumentu ani generalnie, ani też w tym konkretnym przypadku. Ogólnie rzecz biorąc, byłoby to równoznaczne z dyskryminacją wszystkich oferentów spoza Unii Europejskiej, a także być może oferentów z innego państwa członkowskiego, gdyż można by przytoczyć ten sam argument w odniesieniu do każdego nieznanego urzędowi FMA oferenta, tzn. każdego nieaustriackiego przedsiębiorstwa. Jeżeli chodzi o ten konkretny przypadek, Komisja stwierdza, że BB nie znajdował się w chwili sprzedaży w trudnej sytuacji. Ponieważ do sprzedaży dążono już od roku 2003, nie jest też dostatecznie oczywiste, dlaczego wskazany był pośpiech. Przytoczony w tym kontekście argument, jakoby oferta GRAWE była ograniczona czasowo, także nie może zostać zaakceptowany, ponieważ w przeciwnym razie otwierałoby to wiele możliwości wywierania wpływu na procedurę przetargową w dyskryminujący sposób.

(131) Odnośnie do argumentów kraju związkowego Burgenland dotyczących ewentualnego wyniku procedury FMA Komisja również nie może przyjąć odniesienia, jakie uczyniła Austria do wniosku złożonego w 1994 r. przez poprzednika spółki SLAV AG o udzielenie koncesji bankowej został odrzucony. Komisja wskazuje na to, że tych dwóch sytuacji nie sposób ze sobą porównywać, nawet jeśli przeprowadzany w ramach sprzedaży BB test Fit & Proper należy do – o wiele bardziej obszernych – warunków udzielania nieograniczonej koncesji bankowej, o którą wnioskowano we wcześniejszym przypadku<sup>(41)</sup>. Struktura właścicieli była jednakże zupełnie inna w przypadku wcześniejszego wnioskodawcy, a ponadto sytuacja polityczna na Ukrainie uległa od tego czasu znacznym zmianom. Jedyny przytoczony przez Austrię powód decyzji zabraniającej – niestosowanie Międzynarodowych Standardów Rachunkowości (IAS) przez fundusz, który był właścicielem przedsiębiorstwa – wydaje się być poza tym czysto formalnej natury. Nic nie wskazuje przecież na to, że przestrzeganie Międzynarodowych Standardów Rachunkowości (IAS) dla konsorcjum złożonego z innych przedsiębiorstw w chwili sprzedaży BB miałyby jeszcze jakiegokolwiek znaczenie. Ponieważ urząd FMA jest ustawowo zobowiązany do zbadania nowego wniosku bez żadnych uprzedzeń, Komisja nie zakłada, że to wcześniejsze postępowanie dotyczące innej strony odgrywałoby jakąkolwiek rolę, gdyby kraj związkowy Burgenland sprzedał BB na rzecz konsorcjum.

<sup>(41)</sup> Obie sytuacje są opisane w art. 20 BWG bądź jego częściach.



- (132) Komisja zmuszona jest także oddalić nieudokumentowane argumenty przedłożone przez Austrię, a zmierzające do wykluczenia konsorcjum jako poważnego kupca. Decyzja Komisji musi opierać się na faktach. Dotyczy to w pierwszej linii odniesienia się Austrii do drugiej procedury prywatyzacyjnej, w której urząd FMA zgodnie ze stanowiskiem Austrii dał do zrozumienia, że na sprzedaż na rzecz banku mającego swą siedzibę na Litwie z rosyjskim właścicielem nie wydano by zgody. Dla tego twierdzenia nie przedłożono żadnych dowodów, a ponadto chodziło o całkiem inną stronę. Po drugiej Austria wskazała w bardzo zaawansowanym stadium postępowania na orzeczenie niemieckiego sądu, w którym potwierdzona została decyzja BaFin, na mocy której sprzedaż udziałów niemieckiego banku na rzecz bliżej nieokreślonej ukraińskiej grupy przedsiębiorstw była zakazana<sup>(42)</sup>. Informacja ta nie była dostępna w odnośnym terminie i przy ewentualnej decyzji FMA nie mogłaby odegrać żadnej roli. W niemieckim stopniu Komisja stwierdza, iż FMA, jak już przedstawiono, musi zbadać każdy wniosek bez uprzedzeń.
- (133) Na podstawie powyższych stwierdzeń Komisja dochodzi do wniosku, że nie ma dowodów ani wskazówek na to, iż FMA zakazałby sprzedaży na rzecz konsorcjum. Dlatego też sprzedawca działający na warunkach rynkowych nie wykluczyłby konsorcjum jako kupującego na tej podstawie.
- Drugi aspekt: wpływ gwarancji na wypadek niewypłacalności na decyzję o sprzedaży**
- (134) Jak w każdym innym przypadku Komisja potwierdza, że mogą być uwzględnione te czynniki, jakie uwzględniłby kapitałodawca działający na warunkach rynkowych<sup>(43)</sup>. Wyklucza to ryzyka wynikające z ewentualnego zobowiązania do zapłaty pomocy państwa, gdyż kapitałodawca działający na warunkach rynkowych nie poniósłby takiego ryzyka<sup>(44)</sup>. Decydującym w tym względzie elementem przy prywatyzacji BB jest gwarancja na wypadek niewypłacalności, którą Austria przytacza jako usprawiedliwienie dla sprzedaży na rzecz GRAWE.
- (135) Zgodnie ze zdaniem Komisji kraj związkowy Burgenland nie mógłby uwzględnić gwarancji na wypadek niewypłacalności. Jeżeli gwarancja na wypadek niewypłacalności zostałaby uwzględniona, rola kraju związkowego Burgenland jako dawcy pomocy państwa i sprzedawcy banku zostałaby pomieszana, co przedstawiono już w decyzji o wszczęciu postępowania.
- (136) W pierwszym rzędzie Komisja musi odrzucić wszystkie argumenty, za pomocą których Austria kwestionuje zakwalifikowanie gwarancji na wypadek niewypłacalności jako (istniejącej) pomocy państwa. W obliczu decyzji C(2003) 1329 Komisji o zniesieniu gwarancji na wypadek niewypłacalności<sup>(45)</sup>, która została wydana po osiągnięciu zgody między Austrią a Komisją i nie była podważana przez Austrię przed trybunałami wspólnotowymi, nie można przystać na ten argument. Gdyby Austria – jak to się wydaje w tym postępowaniu – rzeczywiście nie zgadzała się ze stwierdzeniem, że gwarancję na wypadek niewypłacalności należy uważać za pomoc państwa, mogłaby podważać ją przed trybunałem.
- (137) Na argument Austrii, iż istniejąca pomoc jest zgodna z prawem, należy odpowiedzieć, że istniejąca pomoc jest dalej pomocą podmiotu władzy publicznej. We wszystkich dotychczasowych decyzjach sądów wychodzi się z założenia, że przy badaniu kwestii, jak postąpiłby prywatny kapitałodawca działający na warunkach rynkowych, nie wolno mieszać ze sobą roli państwa jako sprzedawcy przedsiębiorstwa z jednej strony i zobowiązań wiążących go jako podmiot władzy publicznej z drugiej strony<sup>(46)</sup>. Stanowisko Austrii nie jest poparte żadnym precedensem, w którym prywatny kapitałodawca działający na warunkach rynkowych uwzględniłby gwarancję zakwalifikowaną jako pomoc państwa: *ex hypothesi* kapitałodawca niedziałający na warunkach rynkowych udzieliłby gwarancji, która odpowiadałaby zasadzie kapitałodawcy działającego na warunkach rynkowych, a decyzja o zniesieniu gwarancji na wypadek niewypłacalności potwierdza, że gwarancja ta nie została przyznana na warunkach rynkowych. Trybunał uznał, iż gwarancje zakwalifikowane jako pomoc niezgodna z prawem, przy obliczaniu oczekiwanych kosztów likwidacji nie mogą zostać uwzględnione<sup>(47)</sup>. Nie oznacza to jednak, iż istniejąca pomoc może zostać uwzględniona. Według zdania Komisji nie jest istotne, czy chodziło o pomoc zgodną czy niezgodną z prawem. W zakresie, w jakim dany środek należy zakwalifikować jako pomoc państwa, żaden prywatny sprzedawca działający na warunkach rynkowych nie przyznałby takiej pomocy, a tym samym sprzedawca ten nie uwzględniłby takiego środka<sup>(48)</sup>.

<sup>(45)</sup> Dz.U. C 175 z 24.7.2003, s. 8, szczegóły powyżej.

<sup>(46)</sup> Na przykład wyrok Trybunału w sprawie C-334/99, *Gröditzter Stahlwerke*.

<sup>(47)</sup> Zob. na przykład sprawa C-334/99, *Gröditzter Stahlwerke*, motywy 138.

<sup>(48)</sup> Można tu wskazać na wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 15 września 1998 r. w sprawie T-11/95, *BP Chemicals*, Rec. 1998, s. II-3235, motywy 170 i 171, 179 i 180 oraz 198. Jeżeli państwo udziela pomocy i wkrótce potem podejmuje jeszcze raz działania na korzyść przedsiębiorstwa, przy czym twierdzi, że drugie działanie jest zgodne z zasadą działającego w sposób rynkowy kapitałodawcy, to Komisja, zgodnie z tym wyrokiem musi jednak skontrolować drugie działanie pod kątem dotrzymania danej zasady, a przy tym uwzględnić konsekwencje wynikające z pierwszego działania pomocowego. Jeżeli pomoc państwa mogła mieć wpływ na dalsze działania państwa, to można logicznie zakładać, że fakt udzielenia pomocy państwa może mieć wpływ na postępowanie kraju związkowego Burgenland przy sprzedaży BB.

<sup>(42)</sup> Komisja wskazuje na fakt, iż w komunikacie prasowym przedłożonym przez Austrię nie jest podawana do wiadomości tożsamość ukraińskiej grupy przedsiębiorstw. Może chodzić o inną grupę przedsiębiorstw niż konsorcjum.

<sup>(43)</sup> Wyrok Trybunału z dnia 14 września 1994 r. w powiązanych sprawach C-278/92, C-279/92 i C-280/92, *Hiszpania/Komisja (Hytasa)*, Rec. 1994, I-4103, motyw 22.

<sup>(44)</sup> Zob. sprawa C-334/99, *Gröditzter Stahlwerke*, motyw 134 i nast.

- (138) Sytuacja byłaby być może inna, gdyby kraj związkowy Burgenland przejął odpowiedzialność na warunkach komercyjnych jak kapitałodawca działający na rynku, a nie odpowiedzialność stanowiącą pomoc państwa. Sytuacja taka nie ma jednak miejsca w omawianym przypadku.
- (139) Austria nie przytoczyła żadnych innych czynników, jak ryzyka pozabilansowe czy inne rodzaje odpowiedzialności cywilnej, niż gwarancja na wypadek niewypłacalności, które mogłyby być uwzględnione przy ocenie ofert.
- (140) Ponieważ „kontynuowanie działalności BB przy uniknięciu korzystania z udzielanej przez kraj związkowy gwarancji na wypadek niewypłacalności” było jednym z powodów, o ile nie decydującym powodem decyzji kraju związkowego Burgenland o sprzedaży BB na rzecz GRAWE pomimo niższej oferty, Komisja reprezentuje w oparciu o te stwierdzenia pogląd, iż Austria nie postępowała jak sprzedawca działający na warunkach rynkowych. Korzyść ekonomiczna, jaką zyskał GRAWE, odpowiada co najmniej różnicy między ofertą konsorcjum a rzeczywistą ceną zakupu<sup>(49)</sup>.

### 2.3. Warunki, z którymi związana była sprzedaż BB

- (141) Chociaż w tym przypadku już sam fakt, że wybrana została niższa cenowo oferta, udowadnia, że mamy do czynienia z pomocą państwa, Komisja musiała też zbadać, w jakiej mierze ewentualnie warunki przetargu mogły mieć wpływ na cenę zakupu. Jak już zaznaczono, Komisja w decyzji o wszczęciu postępowania wyraziła wątpliwości co do tego, czy procedura przetargowa była otwarta, przejrzysta i niedyskryminująca. Ponadto Komisja żywi wątpliwości co do wpływu warunków na ewentualnych oferentów (którzy być może zrezygnowali z udziału w przetargu), jak również wpływu warunków na oferty cenowe (które mogły być niższe niż miałyby to miejsce w przypadku przetargu nieobwarowanego warunkami).
- (142) Na podstawie informacji, jakie wpłynęły podczas formalnego postępowania wyjaśniającego, Komisja jest zdania, iż konsorcjum z czysto proceduralnego punktu widzenia nie zostało pokrzywdzone przez ekspertów HSBC (badanie *due diligence*, możliwość spotkań, FMA), którym powierzono przeprowadzenie przetargu. W opinii Komisji stanowisko to potwierdza obszerne ustalenie stanu faktycznego przeprowadzone przez Sąd Krajowy w Eisenstadt, uwzględnione w decyzji tego sądu z dnia 20 maja 2006 r.<sup>(50)</sup>
- (143) Komisja zbadała wpływ warunków na oferty. Warunki, z którymi była związana prywatyzacja, wskazują na to,

że kraj związkowy Burgenland nie dążył do osiągnięcia najwyższej ceny za bank. Pomimo to Komisja nie ma żadnego powodu, aby zakładać, że faktycznie ograniczyło to liczbę oferentów lub miało wpływ na cenę. Nie zostały przedłożone żadne stanowiska uczestników, z których można by się było dowiedzieć, że pierwotnie byli oni zainteresowani zakupem BB, lecz później wskutek warunków ustalonych w piśmie przewodnim zrezygnowaliby z udziału w przetargu. Przetarg został też w wystarczającym stopniu podany do publicznej wiadomości. Nawet gdyby niektóre inne warunki przetargu („wymóg czasowy”, „gotowość do podjęcia ewentualnie potrzebnych podwyższeń kapitału” oraz „utrzymanie samodzielności przez BB”) wydawały się problematyczne, nie można stwierdzić, że miały one wpływ na wartość ofert. Komisja nie znalazła tym samym żadnych dowodów bądź wskazówek, które usprawiedliwiłyby wniosek, że procedura, która umożliwiłaby sprzedaż BB, uwzględniając jego pełny potencjał, doprowadziłaby do uzyskania wyższej cenowo oferty. Konsorcjum również nie zasugerowało, że złożyło niższą ofertę z powodu warunków wyszczególnionych w piśmie przewodnim. Uznało ono, że cena zakupu i bezpieczeństwo transakcji są stosownym kryterium dla każdego sprzedającego, przy czym wskazało jednak na to, że warunki, takie jak „kontynuowanie działalności BB przy unikaniu korzystania z udzielanej przez kraj związkowy gwarancji na wypadek niewypłacalności” lub „dokonywanie ewentualnie potrzebnych podwyższeń kapitału” nie byłyby możliwe do zaforsowania w przyszłości. Ponieważ nie można rozpoznać, czy warunki te miały wpływ na cenę zakupu, w tym szczególnym przypadku, w którym w ramach procedury przetargowej złożono dwie ważne oferty<sup>(51)</sup>, reprezentowany jest pogląd, że wyższa oferta przedstawia dobrą wartość przybliżeniową ceny rynkowej<sup>(52)</sup>.

### 2.4. Inne uwagi w związku z gwarancją na wypadek niewypłacalności

- (144) Chociaż Komisja nie może podzielić stanowiska Austrii w odniesieniu do znaczenia gwarancji na wypadek niewypłacalności w przedmiotowej sprawie, zbadała ona argumenty, jakie Austria przedłożyła w odniesieniu do odpowiedniego – błędnego – założenia. Komisja stwierdziła jednak, że oferta GRAWE nawet wówczas, gdyby skłonić się ku stanowisku Austrii i uwzględnić gwarancję na wypadek niewypłacalności, nie stałaby się najlepszą ofertą.

<sup>(49)</sup> Pytanie, w jakim wymiarze oferty cenowe muszą zostać dostosowane, aby były porównywalne, rozpatrzone jest dokładnie w rozdziale VI.5.

<sup>(50)</sup> Sąd Krajowy w Eisenstadt, 20.5.2006, 27 Cg 90/06 p – 40.

<sup>(51)</sup> Austria przytoczyła także argument, iż Komisja w sprawie Craiova nie uwzględniła przetargu, a zamiast tego wzięła pod uwagę wartość majątku netto, ponieważ przetarg był powiązany ze spełnieniem określonych warunków. Austria twierdzi, że Komisja także w omawianym wypadku powinna była zaakceptować wycenę wynikającą z ekspertyzy. Oba przypadki są jednak zdaniem Komisji w tym względzie nieporównywalne, ponieważ warunki w sprawie Craiova były tak sformułowane, że przetarg (w którym złożono tylko jedną ofertę) nie mógł być przyjęty za podstawę ustalenia wartości rynkowej, podczas gdy w tym przypadku w przetargu złożono dwie oferty, które stanowiły dobry sposób ustalenia przybliżonej wartości rynkowej.

<sup>(52)</sup> Zob. także decyzja Komisji z 8.9.1999 w sprawie pomocy przyznanej przez Francję przedsiębiorstwu Stardust Marine (Dz.U. L 206 z 15.8.2000, motyw 82), gdzie przyjęto podobne założenie. Ten punkt nie był kwestionowany w ramach późniejszego uchylecia tej decyzji przez Trybunał.

**Spadek płynności po sprzedaży BB na rzecz konsorcjum i uwzględnienie gwarancji na wypadek niewypłacalności**

- (145) W przypadku likwidacji BB nastąpiłoby spieniężenie wartości majątkowych BB i przeznaczenie przychodów na zaspokojenie należności wierzycieli. Gdyby przychody z likwidacji wartości majątkowych miały nie wystarczyć do zaspokojenia roszczeń wierzycieli, sięgnięto by do środków własnych BB w wysokości 90 milionów EUR. Pozostała brakująca kwota zostałaby podzielona równomiernie na zaległe nieopłacone należności, tak więc dla wierzycieli powstałby w rezultacie pewien procent niespłaconych należności. Gwarancja na wypadek niewypłacalności jako bezpośrednie żądanie wierzycieli BB wobec kraju związkowego Burgenland skutkowałaby zatem zobowiązaniem poręczającym kraju związkowego Burgenland, który musiałby wypłacić odszkodowanie na rzecz wierzycieli w pełnym zakresie na wypadek niewypłacalności należności zabezpieczonych gwarancją. Udział należności zabezpieczonych gwarancją na wypadek niewypłacalności zmniejszył się ze 100 % w chwili finalizacji (maj 2006 r.) do prawie 0 % w 2017 r.
- (146) Do takiej likwidacji BB mogłoby dojść z powodu trudności banku związanych z refinansowaniem na rynkach kapitałowych lub w przypadku przestrzegania wymogów prawa nadzoru, jak np. minimalny stosunek procentowy udziału kapitału własnego w stosunku do obcego.
- (147) Austria zaznaczyła, że problem płynności wystąpiłby przede wszystkim po podaniu w prasie wiadomości o sprzedaży banku na rzecz konsorcjum. W najlepszym razie doszłoby do odpływu środków finansowych w wysokości 500 milionów EUR, a w najgorszym razie w wysokości do 1,25 miliarda EUR. Konsorcjum nie wykazało, że byłoby w stanie udostępnić nowy kapitał w tej wysokości. Dlatego sprzedaż BB na rzecz konsorcjum nie mogła być brana pod uwagę.
- (148) Komisja przyznaje, że podanie do wiadomości informacji o sprzedaży BB przez kraj związkowy Burgenland na rzecz konsorcjum mogłoby prowadzić do odpływu wkładów i wypowiedzenia międzybankowych linii kredytowych, jednak kalkulacje przedłożone przez Austrię wydają się z wielu powodów błędne. Mając na uwadze porównywalne przypadki, założenie, że wycofano by 50–60 % wkładów, jest nierealistyczne<sup>(53)</sup>. W takiej sytuacji kryzysowej BB ograniczyłby odpływy środków finansowych na nową działalność do niezbędnego minimum<sup>(54)</sup>. Ponadto w przedłożonych przez Austrię obliczeniach nie są upłynnione lub są upłynnione jedynie częściowo wartości majątkowe dopuszczone do obrotu giełdowego<sup>(55)</sup>, a odpływy figurujące w niektórych pozycjach są niezrozumiałe<sup>(56)</sup>. Komisja jest zdania, że ocze-

kiwany spadek płynności nawet w sytuacji kryzysowej zostałby skompensowany wydajnym i przewencyjnym zarządzaniem płynnością BB, a pojawiający się odpływ netto mógłby być utrzymany pod kontrolą. W tym kontekście Komisja podkreśla, że BB i jego właściciel mogliby działać przewencyjnie w celu ograniczenia spadku płynności, i stwierdza, że kraj związkowy Burgenland zobowiązał się już do wyłożenia przed sprzedażą banku nowego kapitału w wysokości 380 milionów EUR poprzez emisję dodatkowych obligacji zabezpieczonych gwarancją na wypadek niewypłacalności. Komisja nie może przychylić się do argumentu Austrii, że emisja dalszych obligacji, w wyniku której BB dysponowałby dodatkowymi 380 milionami EUR, nie miałaby decydującego znaczenia dla żadnego z oferentów zainteresowanych sprzedażą banku, jeśli Austria jednocześnie podnosi argument, iż spodziewane trudności z płynnością byłyby powodem, aby nie sprzedawać banku konsorcjum. Można by także wspomnieć, że kraj związkowy Burgenland mógłby rozwiązać problem płynności poprzez emisję dodatkowych obligacji w wysokości brakujących środków, o ile jego zdaniem problem ów miałby mieć istotne znaczenie, tak jak uczynił to kraj związkowy Burgenland w przypadku GRAWE poprzez udostępnienie dodatkowych 380 milionów EUR.

- (149) Dlatego też Komisja wychodzi z założenia, że to nie trudności związane z płynnością po obwieszczeniu sprzedaży, lecz powody związane z prawem nadzoru byłyby przyczyną niewypłacalności lub likwidacji BB. Austria wywodzi, że ryzyko niewypłacalności w przypadku sprzedaży BB na rzecz konsorcjum byłoby o wiele wyższe niż w przypadku GRAWE jako nowego właściciela. GRAWE kontynuuje bowiem regionalną działalność BB nastawioną na klientów prywatnych i firmy oraz utrzymuje istniejący model biznesowy. Z planu działalności przedłożonego przez konsorcjum wynika natomiast, że konsorcjum kształtuje model biznesowy BB w sposób obarczony większym ryzykiem oraz że włącza w zakres działalności finansowanie międzynarodowych transakcji handlowych. W wyniku możliwego włączenia Active Banku w strukturę banku BB ten drugi mógłby być narażony na wahania kursowe euro wobec ukraińskiej hrywny, przed czym można by się było zabezpieczyć, jedynie ponosząc bardzo wysokie koszty. Austria przytoczyła także argument, iż inne czynniki, takie jak brakujące doświadczenie w sektorze bankowym i niski rating konsorcjum wyraźnie zwiększały ryzyko niewypłacalności BB.

- (150) Komisja przyznaje, że prognozy dotyczące przewidywanego długofalowego rozwoju BB w obydwu scenariuszach sprzedaży są czysto hipotetyczne. Kraj związkowy Burgenland musi zaakceptować fakt, że po sprzedaży BB nowemu właścicielowi – niezależnie od tego, czy chodzi o GRAWE czy konsorcjum – będzie miał jedynie bardzo ograniczony wpływ na przyszłą strategię banku. W związku z tym ważne jest, aby przyszły model biznesowy BB nie mógł być wiążąco ustalony w umowie kupna. To zadaniem nowego właściciela jest określenie przyszłej strategii banku włącznie z niezbędnymi podwyższeniami kapitału i późniejszym wcielaniem innych przedsięwzięć.

<sup>(53)</sup> Nawet w przypadku BAWAG, kiedy to bank z powodu oszukańczych działań zarządu musiał stawić czoła szturmowi na depozyty, odpływy ograniczyły się do 20–30 %.

<sup>(54)</sup> W prognozie płynności przewidziano 300 mln EUR na nabycie nowych obligacji/papierów wartościowych i otwarcie nowych międzybankowych linii kredytowych.

<sup>(55)</sup> W sytuacji, w której istnieje zapotrzebowanie na środki płynne, BB sprzedałby udziały i inne możliwe do zbycia bez straty papiery wartościowe, aby w ten sposób zapewnić sobie płynność.

<sup>(56)</sup> Wychodzi się z założenia, że wypowiedzenie swapów na podstawie porozumienia *mutual-put* miałyby negatywne skutki dla płynności, której zakres odpowiadałby wartości nominalnej swapów.

- (151) Nowi właściciele podlegają jednakże w zakresie kierowania działalnością obowiązującym przepisom prawa bankowego. Z jednej strony BB jako bank austriacki z austriacką koncesją bankową będzie dalej podlegał austriackiemu nadzorowi bankowemu i dlatego też musi spełniać te same wymagania prawa nadzoru (np. przestrzeganie minimalnego stosunku procentowego udziału kapitału własnego w stosunku do obcego), co inne banki europejskie. Z drugiej strony BB jako integralna część składowa międzynarodowego świata finansowego musi dysponować co najmniej jedną oceną wiarygodności kredytowej na poziomie inwestycyjnym (*investment-grade-rating*), aby móc korzystać z refinansowania w innych bankach. Tym samym BB podlega też wymaganiom agencji ratingowych w zakresie środków własnych. W przypadku podejmowania wyższego ryzyka właściciele muszą jednocześnie dostarczyć w adekwatnej mierze nowy kapitał.
- (152) Komisja nie może podzielać argumentu podnoszonego przez Austrię, że nowy właściciel BB koniecznie musi dysponować bogatym doświadczeniem bankowym. Kierowanie BB nie jest zadaniem właścicieli, lecz organu zarządzającego BB. Ponadto Komisja nie rozumie argumentu Austrii, że rating BB po sprzedaży byłby identyczny z ratingiem GRAWE, względem państwa ukraińskiego. Po pierwsze, GRAWE nie zadeklarował chęci udzielenia poręczenia dla BB, tak że rating BB w pierwszym rzędzie będzie się opierał na jego własnych wynikach. Po wtóre, BB pozostaje bankiem austriackim z siedzibą w Austrii, tak że rating „B” państwa ukraińskiego – który mógłby odgrywać pewną rolę dla banku z siedzibą na Ukrainie – wydaje się nieistotny. W tym kontekście ważne jest także stwierdzenie, iż BB w dalszym ciągu będzie zabezpieczony gwarancją na wypadek niewypłacalności.
- (153) Jednakże nie można całkowicie wykluczyć, że BB – bez względu na to, kto zostanie jego nowym właścicielem – stanie w najbliższej przyszłości przed poważnymi trudnościami, skutkiem czego nieunikniona byłaby niewypłacalność/likwidacja. Rozważając taki scenariusz, ważne jest, aby mieć świadomość tego, iż BB jest bardzo małym bankiem (jego suma bilansowa stanowi mniej niż 1 % sumy bilansowej banków europejskich) i że jego likwidacja miałaby jedynie nieznaczny bądź niemal zerowy wpływ na austriacki, względnie europejski system bankowy. Sprzedaż wartości majątkowych BB w wysokości 3,5 miliarda EUR (kredyty, obligacje, udziały, instrumenty pochodne, nieruchomości) na międzynarodowych rynkach finansowych nie wpłynęłaby negatywnie na funkcjonowanie mechanizmów rynkowych, przez co rynki, a w szczególności ceny rynkowe, pozostałyby stabilne.
- (154) Austria przekazała scenariusz likwidacji. W scenariuszu tym zakłada się, że likwidacja wartości majątkowych nastąpi w 2006 r. oraz że możliwa do osiągnięcia cena tychże wartości zależy od ich ważonego ryzyka. Dokonane redukcje wartości sięgają od 2 % dla aktywów z zerowym ciężarem ryzyka do 20 % dla aktywów z ciężarem ryzyka 100 %. Scenariusz likwidacji obejmuje korekty w wysokości 90 milionów EUR na likwidację pozycji pozabilansowych. Po odliczeniu środków własnych w scenariuszu tym zakłada się, że należałoby skorzystać z gwarancji na wypadek niewypłacalności i tym samym w przypadku likwidacji obciążyć kraj związkowy Burgenland kwotą około 270 milionów EUR.
- (155) Komisja przystaje na ogólną metodę zastosowaną w przedłożonym przez Austrię scenariuszu likwidacji dla pierwszego szacunku ewentualnych strat w przypadku niewypłacalności BB. Komisja jest jednakże zdania, że korekty w przypadku aktywów są zbyt wysokie (np. korekty w wysokości 10–20 % w przypadku zabezpieczonych hipoteką kredytów, które mogą być zamienione na zbywalne papiery wartościowe i sprzedane w pakiecie), i nie jest w stanie zrozumieć korekt przy transakcjach pozabilansowych. Poza tym Austria założyła, że likwidacja nastąpi ze stuprocentowym prawdopodobieństwem w 2006 r. i dlatego przyjęła wartości nominalne aktywów. Ten scenariusz nie wydaje się realistyczny.
- (156) Gdyby uwzględnić te uwagi dotyczące scenariusza likwidacji, Komisja musiałaby dojść do wniosku, że kraj związkowy Burgenland za każdy procent prawdopodobieństwa, że w przyszłości mógłby być zrobiony użytek z gwarancji na wypadek niewypłacalności, mógłby przyjąć najwyżej 1 milion EUR. Oznacza to w odniesieniu do wyrównania różnicy cenowej wobec oferty konsorcjum, że prawdopodobieństwo niewypłacalności BB z konsorcjum jako nowym właścicielem musiałoby zostać oszacowane o ponad 50 % wyżej niż w przypadku GRAWE jako nowym właścicielem. Komisja nie uznaje takiego szacunku za uzasadniony i dlatego dochodzi do wniosku, że nawet gdyby kraj związkowy Burgenland mógł posłużyć się gwarancją na wypadek niewypłacalności jako kryterium oceny, oferta GRAWE nie była najlepszą ofertą.

#### **Inne metody przedstawione przez Austrię i GRAWE**

- (157) Austria i GRAWE przytaczają także inne metody<sup>(57)</sup> oceny zagrożeń związanych z każdym z oferentów. W opinii Komisji stosowana w scenariuszu likwidacji metoda najlepiej odzwierciedla szczególną sytuację w przypadku niewypłacalności, dzięki czemu metoda ta jest nie tylko najbardziej odpowiednia, lecz także najbardziej zrozumiała i przejrzysta do oszacowania ryzyka wynikającego z gwarancji na wypadek niewypłacalności. Pozostałe metody przytoczone przez Austrię nie są istotne, a ponadto są niezrozumiałe, oparte na błędnych założeniach lub niemożliwe do zastosowania.

<sup>(57)</sup> Ekspertyza HSBC, naukowy model finansowy, model rynku kapitałowego.

### 2.5. Klauzula gwarancji dotycząca pomocy państwa w umowie z GRAWE

- (158) Umowa kupna pomiędzy krajem związkowym Burgenland a GRAWE zawiera poza tym klauzulę gwarancyjną, zgodnie z którą kraj związkowy Burgenland jest między innymi zobowiązany do tego, aby zwrócić GRAWE kwotę, jaką Komisja ustaliła w decyzji żądania zwrotu (łącznie ze wszystkimi związanymi z tym kosztami procesowymi dla kupującego). Nawet gdyby kupujący miał prawo odstąpienia od umowy, jeżeli korekta ceny zakupu miałaby się okazać niezgodna z prawem, ten element umowy kupna musi być wyraźnie wymieniony w decyzji. Po pierwsze, taka klauzula gwarancyjna wynegocjowana po przetargu zmienia warunki sprzedaży dla danego nabywcy i mogłaby skłonić GRAWE do przedłożenia wyższej oferty; po drugie – i to jest o wiele ważniejsze – taka klauzula gwarancyjna jest równoznaczna z ominięciem ewentualnej decyzji Komisji o odzyskaniu środków. Jest to jednoznacznie sprzeczne z zobowiązaniem państw członkowskich do realizowania decyzji Komisji i współpracy z Komisją. Dlatego też klauzula ta nie powinna mieć zastosowania, ponieważ w przeciwnym razie GRAWE zostałaby przyznana nowa pomoc państwa.

### 2.6. Ostateczny wniosek dotyczący istnienia pomocy państwa

- (159) Podsumowując, sprzedaż BB na rzecz GRAWE stanowi pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE.

### 3. Zgodność pomocy ze wspólnym rynkiem

- (160) W decyzji o wszczęciu postępowania Komisja wskazała, że na podstawie dostępnych informacji można stwierdzić, że nie jest spełniony żaden warunek, który pozwalałby uznać pomoc zgodnie z art. 87 ust. 2 bądź 3 Traktatu WE za zgodną ze wspólnym rynkiem.
- (161) Austria skoncentrowała się na tym, aby wykazać, iż w przypadku przedmiotowego działania nie chodzi o pomoc państwa. Tylko beneficjent przedłożył argumenty dotyczące ewentualnej zgodności pomocy ze wspólnym rynkiem. W opinii GRAWE z wcześniejszej decyzji restrukturyzacyjnej wynika, iż nawet sprywatyzowany BB (prywatyzacja była warunkiem tego, aby uznać pomoc za zgodną ze wspólnym rynkiem) musiałby zachować regionalny charakter swojej działalności. Tylko plan biznesowy GRAWE spełniał ten warunek.
- (162) Komisja zaznacza, że argument ten nie znajduje żadnego potwierdzenia w decyzji restrukturyzacyjnej. Obok oferowanych przez Austrię i zaakceptowanych przez Komisję działań operacyjnych, funkcjonalnych i finansowych prywatyzacja jest kolejnym instrumentem dla zapewnienia długoterminowej rentowności banku. We wcześ-

niejszej decyzji zbadano skutki ewentualnej likwidacji BB, przy czym Komisja przyznaje, iż „prawdopodobny wydaje się niedobór podstawowych usług finansowych w niektórych regionach rolniczych kraju związkowego Burgenland”<sup>(58)</sup>. Stwierdzenie to nie oznacza jednak, iż podobny niewymieniony nigdzie indziej warunek obowiązuje także w odniesieniu do procesu prywatyzacji.

- (163) Na podstawie powyższych rozważań Komisja potwierdza swoje pierwotne stwierdzenie. Pomoc nie może być uznana za zgodną ze wspólnym rynkiem.

### 4. Pełna skuteczność decyzji Komisji 2005/691/WE o restrukturyzacji Banku Burgenland

- (164) W decyzji o wszczęciu formalnego postępowania wyjaśniającego Komisja wyraziła wątpliwości co do tego, czy odszkodowanie za utratę zysków w odniesieniu do umowy gwarancyjnej z dnia 20 czerwca 2000 r., która została zatwierdzona decyzją Komisji z dnia 7 maja 2004 r., jest dopuszczalne, gdyż mogłoby to być sprzeczne z decyzją restrukturyzacyjną dotyczącą BB. Po zbadaniu tej kwestii Komisja stwierdziła jednak, że to uzgodnienie jest zgodne z przedmiotową decyzją.

### 5. Odzyskanie środków

- (165) Ponieważ działanie to zostało przeprowadzone bez wcześniejszego powiadomienia Komisji i nie jest zgodne z przepisami dotyczącymi pomocy państwa, należy zobowiązać Austrię do odzyskania pomocy od beneficjenta.
- (166) Kwotę podlegającą odzyskaniu należy ustalić w taki sposób, aby wyeliminować elementy pomocy. Na podstawie stwierżeń zawartych w rozdziałach VI. 2.2 i 2.3 pomoc odpowiada w tym przypadku różnicy pomiędzy ofertą cenową konsorcjum a rzeczywistą ceną zakupu.
- (167) Dana kwota różnicy nie odpowiada jednak w prostej linii nominalnej kwocie różnicy między obydwoma ofertami w wysokości 54,7 mln EUR. Na użytek nieograniczonej porównywalności obu ofert trzeba przeprowadzić pewne korekty, gdyż uzgodnienia umowne z GRAWE, z jednej strony, i konsorcjum, z drugiej strony, różnią się od siebie. Obie oferty zawierają wiele warunków dodatkowych, które muszą być skwantyfikowane i każdorazowo porównane z analogicznymi warunkami w ofercie drugiego oferenta. Zdaniem Komisji ww. kwota różnicy między obiema ofertami cenowymi musi być w przypadku nakazu odzyskania pomocy dostosowana przez Austrię w następujący sposób:

<sup>(58)</sup> Zob. motyw 80 decyzji restrukturyzacyjnej.

- (168) Jeżeli chodzi o odszkodowania za utratę zysków w odniesieniu do umowy gwarancyjnej z dnia 20 czerwca 2000 r., płatność przewidziana przez kraj związkowy Burgenland na rzecz konsorcjum w wysokości 15 milionów EUR jest o 2,1 mln EUR wyższa niż płatność na rzecz GRAWE w wysokości 12,9 mln EUR. Tak więc należy dostosować kwotę różnicy między ofertą cenową konsorcjum a rzeczywistą ceną sprzedaży i pomniejszyć o 2,1 mln EUR.
- (169) Skutki poszczególnych uzgodnień dotyczących granic odpowiedzialności, kwot wolnych od podatku i okresów gwarancji są dość trudno kwantyfikowalne. Austria zaznaczyła, że ogólne postępowanie, które zostało wynegocjowane z GRAWE i konsorcjum, było wyważone i żadnemu z oferentów nie przysporzyło godnych wzmianki korzyści. Komisja zgadza się z Austrią, że uzgodnienia dotyczące gwarancji jedynie w niewielkiej mierze mają wpływ na różnicę cenową, uważa jednak za konieczne skwantyfikowanie tego wpływu. Na podstawie niniejszych informacji Komisja nie jest w stanie ocenić, czy uzgodnienia dotyczące gwarancji przysporzyły korzyści któremuś z oferentów, tak więc Austria musi sporządzić porównywalne zestawienie wszystkich uzgodnień gwarancyjnych. Ponadto Austria musi skwantyfikować finansowy wpływ tych uzgodnień na oferty cenowe obu oferentów.
- (170) Roczna prowizja w wysokości 100 000 EUR, którą konsorcjum musiałyby płacić za utrzymanie gwarancji na wypadek niewypłacalności do 2017 r., jest dodatkowym przychodem dla kraju związkowego Burgenland, tak więc niezbędne jest dostosowanie zwiększające kwotę różnicy między ofertą cenową konsorcjum a rzeczywistą ceną zakupu o aktualną wartość prowizji należnych do 2017 r.
- (171) Emisja dodatkowych obligacji w wysokości 380 milionów EUR w ramach gwarancji państwowej nie została przytoczona ani w piśmie przewodnim, ani w projekcie umowy z GRAWE. Zdaniem Komisji uzgodnienie to odgrywało znaczącą rolę w procesie sprzedaży i musiałyby zostać wyszczególnione w projekcie umowy z konsorcjum. Ponadto konsorcjum potwierdziło, iż nie uwzględniło w swej ofercie emisji dodatkowych obligacji. W opinii Komisji korzyść, jaka została przysporzona GRAWE poprzez korzystniejszą sytuację związaną z refinansowaniem wskutek udostępnienia dodatkowych 380 milionów EUR, wymaga korekty w formie podwyższenia kwoty różnicy między ofertą konsorcjum a rzeczywistą ceną zakupu. Podstawą kalkulacji są odsetki, które płaci BB za dodatkowe obligacje w wysokości 380 mln EUR, w porównaniu z kosztami refinansowania BB po finalizacji sprzedaży.
- (172) Komisji nie przedłożono niezbędnych informacji pozwalających ostatecznie ocenić, czy wskutek uzgodnienia przeniesienia czterech spółek BB działających w sektorze nieruchomości przed finalizacją sprzedaży po ich wartości księgowej w kwocie 25 milionów EUR na rzecz kraju związkowego Burgenland, powstała korzyść wymagająca dostosowania kwoty różnicy między ceną oferty konsorcjum a rzeczywistą kwotą sprzedaży. Mogłoby to mieć miejsce wtedy, gdyby wartość rynkowa własności była niższa bądź wyższa od jej wartości księgowej. Austria musi przedłożyć ekspertyzę niezależnego eksperta wyznaczonego przez niezawisłe gremium, dotyczącą wartości rynkowej czterech spółek BB działających w sektorze nieruchomości. W ekspertyzie tej powinny być uwzględnione przychody z najmu, jakie można osiągnąć na rynku.
- (173) Jeżeli chodzi o odsetki przypadające między dniem podpisania umowy a finalizacją z tytułu zaliczki w wysokości 15 milionów EUR, które konsorcjum przełałoby na rachunek powierniczy w mającym swą siedzibę na Ukrainie Active Banku, Komisja jest zdania, iż nie jest w tym przypadku konieczna żadna korekta, dopóki środki te znajdują się na rachunku konsorcjum.
- (174) Jeśli chodzi o przytoczoną w decyzji o wszczęciu postępowania kwestię przeniesienia straty podatkowej, Komisja zbadała, czy aspekt ten należy uwzględnić przy ustalaniu kwoty pomocy, i doszła do wniosku, że nie zachodzi taka potrzeba. Jednakże Komisja jest zdania, iż korzyść, jaka zostałaby przysporzona osobom trzecim z tytułu przeniesienia straty podatkowej, musiałyby zostać uwzględniona przy wycenie BB (podejście typu *best-owner*).

## VII. WNIOSEK

- (175) Komisja stwierdza, że Austria w ramach prywatyzacji BB przyznała GRAWE pomoc z naruszeniem art. 88 ust. 3 Traktatu WE. Pomoc ta nie jest zgodna ze wspólnym rynkiem. Pełną kwotę przyznanej pomocy Austria obliczy na podstawie różnicy między obydwoma złożonymi w ramach przetargu ważnymi ofertami cenowymi, którą należy odpowiednio dostosować, jak wskazano powyżej,

PRZYJMUJE NINIEJSZĄ DECYZJĘ:

*Artykuł 1*

Pomoc państwa, jaką Austria przyznała GRAWE z naruszeniem artykułu 88 ust. 3 Traktatu WE, jest niezgodna ze wspólnym rynkiem. Pomoc odpowiada różnicy między dwiema złożonymi w ramach przetargu ważnymi ofertami cenowymi, którą należy odpowiednio dostosować zgodnie z parametrami przedstawionymi w motywach od 167 do 174 niniejszej decyzji.

*Artykuł 2*

1. Austria odzyskuje od beneficjenta określone w art. 1 środki pomocy.
2. Kwota odzyskania obejmuje odsetki, które nalicza się od czasu, w którym środki pomocy postawiono do dyspozycji beneficjenta, do momentu ich faktycznego odzyskania.
3. Odsetki nalicza się narastająco zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 794/2004.

*Artykuł 3*

1. Odzyskanie pomocy, o której mowa w art. 1, odbywa się w sposób natychmiastowy i skuteczny.
2. Austria zapewnia wykonanie niniejszej decyzji w ciągu czterech miesięcy od daty powiadomienia o niej.

*Artykuł 4*

1. W ciągu dwóch miesięcy od daty powiadomienia o niniejszej decyzji Austria przekazuje Komisji następujące informacje:

- a) całkowitą kwotę (kwotę nominalną i odsetki) do odzyskania od beneficjenta i do dostosowania zgodnie z parametrami przedstawionymi przez Komisję w niniejszej decyzji, jak również dokładne objaśnienia metody obliczania tej kwoty oraz wycenę własności przez niezależnego eksperta;
- b) szczegółowy opis środków dotychczas podjętych i zaplanowanych w celu wykonania niniejszej decyzji;
- c) dokumenty potwierdzające, że beneficjent otrzymał nakaz zwrotu pomocy.

2. Austria informuje Komisję o postępie w stosowaniu środków krajowych służących wykonaniu niniejszej decyzji aż do chwili całkowitego odzyskania pomocy, o której mowa w art. 1. Na wniosek Komisji bezzwłocznie przekazuje jej informacje na temat środków dotychczas podjętych oraz zaplanowanych w celu wykonania niniejszej decyzji. Dostarcza także szczegółowe informacje dotyczące kwot pomocy i odsetek dotychczas spłaconych przez beneficjenta.

*Artykuł 5*

Niniejsza decyzja skierowana jest do Republiki Austrii.

Sporządzono w Brukseli, dnia 30 kwietnia 2008 r.

W imieniu Komisji  
Neelie KROES  
Członek Komisji