

ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ ΠΡΩΤΟΔΙΚΕΙΟΥ (τρίτο τμήμα)  
της 14ης Ιουλίου 2006\*

Στην υπόθεση T-417/05,

**Endesa, SA**, με έδρα τη Μαδρίτη (Ισπανία), εκπροσωπούμενη από τους J. Flynn, QC, S. Baxter, solicitor, M. Odriozola Alén, M. Muñoz de Juan, M. Merola, J. García de Enterría Lorenzo-Velázquez και J. Varcárcel Martínez, δικηγόρους,

προσφεύγουσα,

κατά

**Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων**, εκπροσωπούμενης από τους F. Castillo de la Torre, É. Gippini Fournier, A. Whelan και M. Schneider,

καθής,

υποστηριζόμενης από το

**Βασίλειο της Ισπανίας**, εκπροσωπούμενο από την N. Díaz Abad, abogado del Estado,

\* Γλώσσα διαδικασίας: η ισπανική.

και από την

**Gas Natural SDG, SA**, με έδρα τη Βαρκελώνη (Ισπανία), εκπροσωπούμενη από τους F. González Díaz, J. Jiménez de la Iglesia και A. Leis García, δικηγόρους,

παρεμβαίνοντες,

με αντικείμενο αίτημα περί ακυρώσεως της αποφάσεως της Επιτροπής της 15ης Νοεμβρίου 2005 με την οποία διαπιστώνεται η έλλειψη κοινοτικής διαστάσεως μιας συγκεντρώσεως (Υπόθεση COMP/M.3986 — Gas Natural/Endesa),

ΤΟ ΠΡΩΤΟΔΙΚΕΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ (τρίτο τμήμα),

συγκείμενο από τους M. Jaeger, πρόεδρο, V. Tiili και O. Czúcz, δικαστές,

γραμματέας: J. Palacio González, κύριος υπάλληλος διοικήσεως,

έχοντας υπόψη την έγγραφη διαδικασία και κατόπιν της επ' ακροατηρίου συζητήσεως της 9ης Μαρτίου 2006,

εκδίδει την ακόλουθη

## Απόφαση

### Νομικό πλαίσιο

*Κανονισμοί αφορώντες τον έλεγχο των συγκεντρώσεων*

- 1 Το άρθρο 1 του κανονισμού (ΕΚ) 139/2004 του Συμβουλίου, της 20ής Ιανουαρίου 2004, για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων (ΕΕ L 24, σ. 1) (στο εξής: κανονισμός) ορίζει:

«1. Ο παρών κανονισμός ισχύει για όλες τις συγκεντρώσεις με κοινοτική διάσταση, όπως αυτή ορίζεται στο παρόν άρθρο, υπό την επιφύλαξη του άρθρου 4, παράγραφος 5, και του άρθρου 22.

2. Μια συγκέντρωση έχει κοινοτική διάσταση όταν:

- α) ο συνολικός κύκλος εργασιών που πραγματοποιούν παγκοσμίως όλες οι συμμετέχουσες επιχειρήσεις υπερβαίνει τα 5 δισεκατομμύρια ευρώ και

- β) δύο τουλάχιστον από τις συμμετέχουσες επιχειρήσεις πραγματοποιούν, κάθε μία χωριστά, εντός της Κοινότητας, συνολικό κύκλο εργασιών άνω των 250 εκατομμυρίων ευρώ,

εκτός εάν κάθε μία από τις συμμετέχουσες επιχειρήσεις πραγματοποιεί άνω των δύο τρίτων του συνολικού κοινοτικού κύκλου εργασιών της σε ένα και το αυτό κράτος μέλος.

[...]»

- 2 Το άρθρο 5 του κανονισμού, που τιτλοφορείται «Υπολογισμός του κύκλου εργασιών», προβλέπει τα εξής:

«1. Ο συνολικός κύκλος εργασιών κατά την έννοια του παρόντος κανονισμού περιλαμβάνει τα ποσά που απορρέουν από την πώληση προϊόντων και την παροχή υπηρεσιών από συμμετέχουσες επιχειρήσεις κατά τη διάρκεια του τελευταίου οικονομικού έτους και που αντιστοιχούν στις συνήθεις δραστηριότητές τους, αφού αφαιρεθούν οι εκπτώσεις επί των πωλήσεων καθώς και ο φόρος προστιθέμενης αξίας και άλλοι φόροι που συνδέονται άμεσα με τον κύκλο εργασιών. Ο συνολικός κύκλος εργασιών μιας συμμετέχουσας επιχείρησης δεν περιλαμβάνει την πώληση προϊόντων ή την παροχή υπηρεσιών μεταξύ οποιωνδήποτε από τις επιχειρήσεις που αναφέρονται στην παράγραφο 4.

Ο κύκλος εργασιών, στην Κοινότητα ή σε κράτος μέλος, περιλαμβάνει την πώληση προϊόντων και την παροχή υπηρεσιών σε επιχειρήσεις ή καταναλωτές, είτε στην Κοινότητα είτε στο εν λόγω κράτος μέλος.

[...]»

3 Σύμφωνα με το άρθρο 19 του κανονισμού:

«1. Η Επιτροπή διαβιβάζει στις αρμόδιες αρχές των κρατών μελών, εντός προθεσμίας τριών εργασίμων ημερών, αντίγραφο των κοινοποιήσεων καθώς και, το συντομότερο δυνατόν, τα σπουδαιότερα έγγραφα τα οποία της διαβιβάζονται ή εκδίδει η ίδια βάσει του παρόντος κανονισμού [...]

2. Η Επιτροπή διεξάγει τις διαδικασίες που προβλέπονται στον παρόντα κανονισμό διατηρώντας στενή και μόνιμη επαφή με τις αρμόδιες αρχές των κρατών μελών, οι οποίες μπορούν να υποβάλλουν παρατηρήσεις επί των εν λόγω διαδικασιών [...]

4 Το άρθρο 21 του κανονισμού έχει ως εξής:

«2. Η Επιτροπή είναι αποκλειστικά αρμόδια για τη λήψη των αποφάσεων που προβλέπει ο παρών κανονισμός, με την επιφύλαξη του ελέγχου τους εκ μέρους του Δικαστηρίου.

3. Τα κράτη μέλη δεν εφαρμόζουν την εθνική τους νομοθεσία περί ανταγωνισμού στις συγκεντρώσεις επιχειρήσεων με κοινοτική διάσταση».

5 Το άρθρο 22 του κανονισμού ορίζει:

«1. Ένα ή περισσότερα κράτη μέλη μπορούν να ζητούν από την Επιτροπή να εξετάσει μια συγκέντρωση, όπως ορίζεται στο άρθρο 3, που δεν έχει κοινοτική διάσταση κατά την έννοια του άρθρου 1, αλλά επηρεάζει το εμπόριο μεταξύ των

κρατών μελών και απειλεί να επηρεάσει σημαντικά τον ανταγωνισμό στο έδαφος του κράτους μέλους ή των κρατών μελών που υποβάλλουν την σχετική αίτηση.

Η εν λόγω αίτηση μπορεί να υποβάλλεται το αργότερο εντός 15 εργάσιμων ημερών από την ημερομηνία κατά την οποία κοινοποιήθηκε η συγκέντρωση ή, εάν δεν απαιτείται η κοινοποίηση, έγινε κατ' άλλο τρόπο γνωστή στο οικείο κράτος μέλος.

2. Η Επιτροπή ενημερώνει αμελλητί τις αρμόδιες αρχές των κρατών μελών και τις συμμετέχουσες επιχειρήσεις για κάθε αίτηση που έλαβε σύμφωνα με την παράγραφο 1.

Την αρχική αίτηση μπορεί να συνυποβάλλει οποιοδήποτε άλλο κράτος μέλος εντός διαστήματος 15 εργάσιμων ημερών από την ενημέρωσή του από την Επιτροπή για την υποβολή της αρχικής αίτησης.

Όλες οι εθνικές προθεσμίες σχετικά με τη συγκέντρωση αναστέλλονται έως ότου αποφασισθεί, σύμφωνα με τη διαδικασία που καθορίζεται στο παρόν άρθρο, πού θα εξετασθεί η συγκέντρωση. Αμέσως μόλις ένα κράτος μέλος ειδοποιήσει την Επιτροπή και τις συμμετέχουσες επιχειρήσεις ότι δεν επιθυμεί να συνυποβάλλει την αίτηση, η αναστολή των εθνικών προθεσμιών του τερματίζεται.

3. Η Επιτροπή μπορεί, το αργότερο δέκα εργάσιμες ημέρες μετά τη λήξη της προθεσμίας που αναφέρεται στην παράγραφο 2, να αποφασίζει να εξετάσει τη συγκέντρωση εκεί όπου θεωρεί ότι επηρεάζει το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών και απειλεί να επηρεάσει σημαντικά τον ανταγωνισμό στο έδαφος του κράτους μέλους ή των κρατών μελών που υποβάλλουν την αίτηση. Εάν η Επιτροπή δεν λάβει απόφαση εντός της προθεσμίας αυτής, θεωρείται ότι αποφάσισε να εξετάσει τη συγκέντρωση σύμφωνα με την αίτηση.

Η Επιτροπή ενημερώνει όλα τα κράτη μέλη και τις συμμετέχουσες επιχειρήσεις για την απόφασή της αυτή. Μπορεί δε να ζητάει την υποβολή κοινοποίησης σύμφωνα με το άρθρο 4.

Το κράτος μέλος ή τα κράτη μέλη που υπέβαλαν την εν λόγω αίτηση δεν εφαρμόζουν πλέον την εθνική τους νομοθεσία περί ανταγωνισμού στη συγκεκριμένη περίπτωση.

[...]»

- 6 Σύμφωνα με το άρθρο 17, παράγραφος 3, του κανονισμού (ΕΚ) 802/2004 της Επιτροπής, της 7ης Απριλίου 2004, για την εφαρμογή του κανονισμού (ΕΕ L 133, σ. 1):

«Το δικαίωμα πρόσβασης στον φάκελο δεν καλύπτει τις εμπιστευτικές πληροφορίες και τα έγγραφα εσωτερικής χρήσης της Επιτροπής ή των αρμόδιων αρχών των κρατών μελών. Επίσης το δικαίωμα πρόσβασης στον φάκελο δεν καλύπτει την αλληλογραφία μεταξύ της Επιτροπής και των αρμόδιων αρχών των κρατών μελών ή μεταξύ των τελευταίων.»

- 7 Το άρθρο 1 του κανονισμού (ΕΚ) 1606/2002 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 19ης Ιουλίου 2002, για την εφαρμογή διεθνών λογιστικών προτύπων (ΕΕ L 243, σ. 1), ορίζει:

«Ο παρών κανονισμός στοχεύει στην υιοθέτηση και τη χρήση διεθνών λογιστικών προτύπων στην Κοινότητα προκειμένου να εναρμονισθούν οι χρηματοοικονομικές πληροφορίες που παρουσιάζονται από τις εταιρίες που αναφέρονται στο άρθρο 4, ούτως ώστε να εξασφαλισθεί ένα υψηλό επίπεδο διαφάνειας και συγκρισιμότητας

των οικονομικών καταστάσεων και, ως εκ τούτου, η αποτελεσματική λειτουργία των κεφαλαιαγορών της Κοινότητας και της εσωτερικής αγοράς.»

*Ρύθμιση αφορώσα τη λογιστική οργάνωση των εταιριών*

- 8 Το άρθρο 4 του κανονισμού 1606/2002 (που τιτλοφορείται «Ενοποιημένοι λογαριασμοί εισηγμένων στο χρηματιστήριο εταιριών») ορίζει:

«Για κάθε οικονομικό έτος που αρχίζει από την 1η Ιανουαρίου 2005 και εφεξής, οι εταιρίες που διέπονται από το δίκαιο ενός κράτους μέλους καταρτίζουν τους ενοποιημένους λογαριασμούς τους σύμφωνα με τα διεθνή λογιστικά πρότυπα που υιοθετούνται βάσει της διαδικασίας που προβλέπεται στο άρθρο 6, παράγραφος 2, εάν, κατά την ημερομηνία κλεισίματος του ισολογισμού τους, οι τίτλοι τους είναι δεκτοί προς διαπραγμάτευση σε οργανωμένη αγορά οιοδήποτε κράτους μέλους κατά την έννοια του άρθρου 1, σημείο 13, της οδηγίας 93/22/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 10ης Μαΐου 1993, σχετικά με τις επενδυτικές υπηρεσίες στον τομέα των κινητών αξιών.»

- 9 Ο κανονισμός (ΕΚ) 1725/2003 της Επιτροπής, της 29ης Σεπτεμβρίου 2003, για την υιοθέτηση ορισμένων διεθνών λογιστικών προτύπων σύμφωνα με τον κανονισμό (ΕΚ) 1606/2002 (ΕΕ L 261, σ. 1), ορίζει:

*«Άρθρο 1*

Τα διεθνή λογιστικά πρότυπα που αναφέρονται στο παράρτημα υιοθετούνται.

[...]



- 10 Το διεθνές λογιστικό πρότυπο ΔΛΠ 18, το οποίο τιτλοφορείται «Έσοδα» και έχει επισυναφθεί ως παράρτημα στον κανονισμό 1725/2003, ορίζει:

#### «Ορισμοί

7. Οι ακόλουθοι όροι χρησιμοποιούνται σε αυτό το πρότυπο, με τις έννοιες που καθορίζονται:

Έσοδο είναι η μικτή (ακαθάριστη) εισροή οικονομικών οφελών, στη διάρκεια της περιόδου, που προκύπτει από τις συνήθεις δραστηριότητες μιας επιχείρησης, όταν αυτές οι εισροές έχουν ως αποτέλεσμα μια αύξηση των ιδίων κεφαλαίων, εκτός από εκείνη που σχετίζεται με εισφορά των συμμετεχόντων στα ίδια κεφάλαια.

Εύλογη αξία είναι το ποσό με το οποίο ένα περιουσιακό στοιχείο θα μπορούσε να ανταλλαγεί ή μια υποχρέωση να διακανονιστεί, μεταξύ δύο μερών που ενεργούν με επίγνωση και με τη θέλησή τους, σε μια συναλλαγή σε καθαρά εμπορική βάση.

8. Το έσοδο περιλαμβάνει μόνο τις μικτές εισροές των οικονομικών οφελών που εισπράχθηκαν και είναι εισπρακτέες από την επιχείρηση για δικό της λογαριασμό. Ποσά εισπραχθέντα για λογαριασμό τρίτων, όπως φόροι επί των πωλήσεων, φόροι αγαθών και υπηρεσιών και φόρος προστιθέμενης αξίας, δεν αποτελούν οικονομικά οφέλη που εισρέουν στην επιχείρηση και δεν προκαλούν αύξηση των ιδίων κεφαλαίων. Συνεπώς, εξαιρούνται των εσόδων. Ομοίως, σε μια πρακτόρευση, οι μικτές εισροές των οικονομικών οφελών περιλαμβάνουν ποσά εισπραττόμενα για λογαριασμό του πρακτορευομένου και δεν προκαλούν αύξηση των ιδίων κεφαλαίων της επιχείρησης. Τα ποσά που εισπράττονται για λογαριασμό του πρακτορευομένου δεν αποτελούν έσοδο, ενώ έσοδο αποτελεί το ποσό της προμήθειας.»

- 11 Ο κανονισμός (ΕΚ) 707/2004 της Επιτροπής, της 6ης Απριλίου 2004, που τροποποιεί τον κανονισμό (ΕΚ) 1725/2003 (ΕΕ L 111, σ. 3), ορίζει:

*«Άρθρο 1*

Στο παράρτημα του κανονισμού [...] 1725/2003, η ΜΕΔ-8: Πρώτη εφαρμογή των διεθνών λογιστικών προτύπων ως βασικό λογιστικό πλαίσιο αντικαθίσταται από το κείμενο που περιλαμβάνεται στο παράρτημα του παρόντος κανονισμού.

*Άρθρο 2*

Ο παρών κανονισμός αρχίζει να ισχύει την εικοστή ημέρα από τη δημοσίευσή του στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης*.

[...]»

- 12 Το παράρτημα του κανονισμού 707/2004, το οποίο τιτλοφορείται «ΔΠΧΠ 1 — Πρώτη εφαρμογή των διεθνών προτύπων χρηματοοικονομικής πληροφόρησης», ορίζει:

«36. Με σκοπό τη συμμόρφωση με το ΔΛΠ 1 Παρουσίαση των Οικονομικών Καταστάσεων, οι πρώτες οικονομικές καταστάσεις καταρτισμένες σύμφωνα με τα ΔΠΧΠ μιας οικονομικής μονάδας θα περιέχουν συγκριτική πληροφόρηση σύμφωνα με τα ΔΠΧΠ, για ένα τουλάχιστον έτος.

[...]

47. Μια οικονομική μονάδα θα εφαρμόσει το παρόν ΔΠΧΠ εάν οι πρώτες οικονομικές καταστάσεις της καταρτισμένες σύμφωνα με τα ΔΠΧΠ αφορούν περίοδο που ξεκίνησε από την 1η Ιανουαρίου 2004. Η ενωρίτερη εφαρμογή ενθαρρύνεται [...]

*Ανακοίνωση σχετικά με τον υπολογισμό του κύκλου εργασιών*

- 13 Κατά το σημείο 26 της ανακοίνωσης της Επιτροπής σχετικά με την έννοια του κύκλου εργασιών σύμφωνα με τον κανονισμό (ΕΟΚ) 4064/89 του Συμβουλίου για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων (ΕΕ 1998, C 66, σ. 25) (στο εξής: ανακοίνωση):

«Η Επιτροπή επιθυμεί να στηριχτεί στα πλέον ακριβή και αξιόπιστα στοιχεία που είναι διαθέσιμα. Κατά κανόνα, συνεπώς, η Επιτροπή αναφέρεται στους ελεγμένους ή άλλους οριστικούς λογαριασμούς. Εντούτοις, σε περίπτωση που παρατηρούνται σημαντικές διαφορές μεταξύ των λογιστικών προτύπων της Κοινότητας και των προτύπων μιας μη τρίτης χώρας, η Επιτροπή μπορεί να κρίνει απαραίτητο να επαναδιαμορφώσει τους εν λόγω λογαριασμούς αναφορικά με τον κύκλο εργασιών σύμφωνα με τα κοινοτικά πρότυπα. Πάντως, η Επιτροπή δεν προτίθεται να βασισθεί σε λογαριασμούς της διαχείρισης ή σε άλλου είδους προσωρινούς λογαριασμούς εκτός και εάν πρόκειται για έκτακτες περιστάσεις (βλέπε επόμενο σημείο). Σε περίπτωση κατά την οποία η συγκέντρωση πραγματοποιείται εντός των πρώτων μηνών του έτους και δεν είναι ακόμη διαθέσιμοι ελεγμένοι λογαριασμοί για το πλέον πρόσφατο οικονομικό έτος, τα λαμβανόμενα υπόψη στοιχεία είναι εκείνα που αναφέρονται στο προηγούμενο έτος. Εάν υπάρχουν σημαντικές αποκλίσεις μεταξύ των δύο λογιστικών καταστάσεων και, ιδιαίτερα, όταν είναι διαθέσιμα τα οριστικά στοιχεία των πλέον πρόσφατων ετών, η Επιτροπή μπορεί να αποφασίσει να λάβει υπόψη τα εν λόγω στοιχεία.»

- 14 Σύμφωνα με το σημείο 27 της ανακοίνωσης:

«Παρά τα όσα αναφέρονται στο σημείο 26, πρέπει πάντοτε να γίνονται προσαρμογές, ώστε να λαμβάνονται υπόψη τυχόν εξαγορές ή εκποιήσεις στοιχείων

μετά την ημερομηνία της διενέργειας του ελέγχου των λογαριασμών. Αυτό είναι απαραίτητο προκειμένου να εξακριβωθούν οι αληθινοί πόροι οι οποίοι έχουν συγκεντρωθεί. Έτσι, εάν μια εταιρία εκποιήσει μέρος των δραστηριοτήτων της οποιαδήποτε στιγμή πριν την υπογραφή της τελικής συμφωνίας ή μία ημέρα πριν την εξαγγελία της δημόσιας προσφοράς ή την απόκτηση μεριδίου το οποίο εξασφαλίζει τον έλεγχο και προκαλεί τη συγκέντρωση, ή σε περίπτωση που η πώληση ή το κλείσιμο αποτελεί προϋπόθεση για την εκτέλεση της πράξης, ο κύκλος εργασιών που συνδέεται με το αντίστοιχο τμήμα των δραστηριοτήτων πρέπει να αφαιρεθεί από τον κύκλο εργασιών του κοινοποιούντος μέρους που προκύπτει από τους τελευταίους ελεγμένους λογαριασμούς. Ο κύκλος εργασιών, αντίστροφα, ο οποίος δημιουργείται από στοιχεία του ενεργητικού των οποίων ο έλεγχος αποκτήθηκε μετά την προετοιμασία των πλέον πρόσφατων ελεγμένων λογαριασμών, πρέπει να προστεθεί στον κύκλο εργασιών της εταιρίας για την κοινοποίηση.»

### Ιστορικό της διαφοράς

- 15 Η προσφεύγουσα, Endesa, SA, είναι εμπορική εταιρία εισηγμένη, μεταξύ άλλων, στο χρηματιστήριο της Μαδρίτης. Η εν λόγω εταιρία είναι επικεφαλής του ομίλου Endesa, του μεγαλύτερου ομίλου ηλεκτρικής ενέργειας της Ισπανίας, με παρουσία στην Ιταλία, τη Γαλλία, την Πορτογαλία, την Πολωνία και τη Λατινική Αμερική.
- 16 Η Gas Natural SDG, SA (στο εξής: Gas Natural), είναι εμπορική εταιρία εισηγμένη στο χρηματιστήριο της Μαδρίτης. Η εν λόγω εταιρία είναι επικεφαλής του ομίλου Gas Natural, ομίλου επιχειρήσεων που παρέχει υπηρεσίες στον τομέα της ενέργειας και δραστηριοποιείται κατ' ουσίαν στον τομέα του εφοδιασμού, της διανομής και της εμπορίας φυσικού αερίου στην Ισπανία, στην Ιταλία και στη Λατινική Αμερική. Η ως άνω εταιρία ασκεί, επίσης, δραστηριότητες στον τομέα της ηλεκτρικής ενέργειας, κυρίως στην παραγωγή και τη διάθεση ηλεκτρικής ενέργειας στην αγορά, τομέα στον οποίο εισήλθε πρόσφατα.
- 17 Στις 5 Σεπτεμβρίου 2005 η Gas Natural ανακοίνωσε την πρόθεσή της να προβεί σε δημόσια προσφορά εξαγοράς (στο εξής: ΔΠΕ) που αφορά το σύνολο του μετοχικού κεφαλαίου της Endesa και οδηγεί σε πράξη συγκεντρώσεως σύμφωνα με το άρθρο 3 του κανονισμού. Τα διοικητικά όργανα της Endesa δήλωσαν ότι αντιτίθενται στη ΔΠΕ.

- 18 Στις 12 Σεπτεμβρίου 2005 η Gas Natural κοινοποίησε την πράξη συγκεντρώσεως στις ισπανικές αρχές ανταγωνισμού.
- 19 Λίγο μετά την ανακοίνωση της ΔΠΕ της Gas Natural, η Endesa απευθύνθηκε στην Επιτροπή τονίζοντας ότι, κατά την άποψή της, η πράξη συγκεντρώσεως είχε κοινοτική διάσταση κατά την έννοια του άρθρου 1 του κανονισμού. Επομένως, κατά την Endesa, αφενός, η πράξη συγκεντρώσεως έπρεπε να κοινοποιηθεί στην Επιτροπή κατ' εφαρμογήν του άρθρου 4 του κανονισμού και, αφετέρου, η ισπανική αρχή ανταγωνισμού ήταν αναρμόδια να αποφανθεί επί της εν λόγω πράξεως συγκεντρώσεως.
- 20 Στις 19 Σεπτεμβρίου 2005 η Endesa ζήτησε από την Επιτροπή να αποφανθεί επί της αρμοδιότητάς της να εξετάσει την πράξη συγκεντρώσεως λόγω της κοινοτικής διαστάσεώς της.
- 21 Με τις ως άνω ανακοινώσεις, η Endesa ανέφερε ιδίως, πρώτον, ότι τα αριθμητικά στοιχεία που έπρεπε να ληφθούν υπόψη για τον κύκλο εργασιών του 2004 ήσαν εκείνα που υπολογίστηκαν βάσει των νέων διεθνών προτύπων χρηματοοικονομικής πληροφόρησης («ΔΠΧΠ») και όχι εκείνα που προκύπτουν από τον έλεγχο των λογαριασμών και, δεύτερον, ότι έπρεπε να πραγματοποιηθεί ορισμένος αριθμός άλλων προσαρμογών στα εν λόγω αριθμητικά στοιχεία προκειμένου να τηρηθούν οι διατάξεις της ανακοινώσεως της Επιτροπής σχετικά με τον υπολογισμό του κύκλου εργασιών. Βάσει των εν λόγω αριθμητικών στοιχείων, η Endesa εκτιμά ότι δεν πραγματοποίησε, το 2004 στην Ισπανία, περισσότερο από τα δύο τρίτα του ολικού κύκλου εργασιών της στην Κοινότητα.
- 22 Στις 20 Σεπτεμβρίου 2005 η πορτογαλική αρχή ανταγωνισμού ζήτησε από την Επιτροπή να δεχθεί την παραπομπή της πράξεως συγκεντρώσεως βάσει του άρθρου 22 του κανονισμού. Στις 22 Σεπτεμβρίου 2005 η Επιτροπή ενημέρωσε τα άλλα κράτη μέλη σχετικά με την ως άνω αίτηση παραπομπής, παρέχοντάς τους τη δυνατότητα να συνυποβάλουν την εν λόγω αίτηση. Στις 28 Σεπτεμβρίου 2005 η ισπανική αρχή ανταγωνισμού γνωστοποίησε στην Επιτροπή ότι δεν επιθυμούσε να συνυποβάλει την αίτηση που υπέβαλε η πορτογαλική αρχή ανταγωνισμού. Στις 7

Οκτωβρίου 2005 η ιταλική αρχή ενημέρωσε την Επιτροπή ότι επιθυμούσε να συνυποβάλει την αίτηση που υπέβαλε η πορτογαλική αρχή ανταγωνισμού. Η Επιτροπή απέρριψε τις ως άνω αιτήσεις παραπομπής στις 27 Οκτωβρίου 2005, με το σκεπτικό ότι οι εθνικές αρχές δεν απεδείκνυαν σε ποιον βαθμό η πράξη συγκεντρώσεως επηρέαζε το ενδοκοινοτικό εμπόριο και την ελεύθερη λειτουργία του ανταγωνισμού, και κατέληξε στο συμπέρασμα ότι δεν ήταν η πλέον ενδεδειγμένη αρχή για να αποφανθεί επί της υποθέσεως.

- 23 Στις 26 Σεπτεμβρίου 2005 η Επιτροπή απηύθυνε έγγραφο προς την Gas Natural με το οποίο ζήτησε από την εν λόγω εταιρία να διευκρινίσει επί ποιας βάσεως είχε κοινοποιήσει την πράξη συγκεντρώσεως στην ισπανική αρχή ανταγωνισμού και να της γνωστοποιήσει τις παρατηρήσεις της ως προς τα επιχειρήματα της Endesa. Η Gas Natural απάντησε στο ως άνω έγγραφο στις 3 Οκτωβρίου 2005. Με την απάντησή της ανέφερε ότι, για να προσδιορίσει την αρμόδια αρχή ανταγωνισμού, είχε χρησιμοποιήσει τα αριθμητικά στοιχεία που δημοσιεύθηκαν στους ελεγμένους λογαριασμούς της Endesa για το 2004. Κατά την Gas Natural, οι λογαριασμοί αυτοί καταδεικνύουν ότι το 2004 η Endesa (όπως και η Gas Natural) πραγματοποίησε στην Ισπανία περισσότερο από τα δύο τρίτα του ολικού κύκλου εργασιών της εντός της Κοινότητας.
- 24 Στις 26 Σεπτεμβρίου 2005, επίσης, η Επιτροπή απηύθυνε έγγραφο προς την Endesa προκειμένου να της ζητήσει περισσότερες διευκρινίσεις ως προς τις ανακοινώσεις της. Επιπλέον, στις 4 Οκτωβρίου 2005, η Επιτροπή διαβίβασε στην Endesa αντίγραφο των παρατηρήσεων της Gas Natural επί των πρώτων ανακοινώσεών της, ζητώντας από την Endesa να τις σχολιάσει. Η Endesa απάντησε στα ως άνω αιτήματα, αντιστοίχως, στις 5 και στις 7 Οκτωβρίου 2005.
- 25 Στις 6 Οκτωβρίου 2005 η ισπανική αρχή ανταγωνισμού γνωστοποίησε στην Επιτροπή τη διαφωνία της ως προς τα προβληθέντα από την Endesa επιχειρήματα και ανέφερε ότι θεωρούσε ότι ήταν αρμόδια να εκτιμήσει την εν λόγω πράξη συγκεντρώσεως.
- 26 Στις 25 Οκτωβρίου 2005 η Επιτροπή διαβίβασε στη Gas Natural αντίγραφο των ανακοινώσεων της Endesa της 5ης και της 7ης Οκτωβρίου 2005, παρέχοντάς της τη δυνατότητα να απαντήσει στις εν λόγω ανακοινώσεις. Στις 26 Οκτωβρίου 2005 η Επιτροπή κάλεσε τη Gas Natural, την Endesa και την ισπανική αρχή ανταγωνισμού

να της κοινοποιήσουν τη γνώμη τους επί της ερμηνείας του άρθρου 5 του κανονισμού περί συγκεντρώσεων επιχειρήσεων υπό το πρίσμα του σημείου 40 της ανακοινώσεως της Επιτροπής που μνημονεύθηκε ανωτέρω. Συγχρόνως, η Επιτροπή διαβίβασε στην ισπανική αρχή ανταγωνισμού αντίγραφο των ανακοινώσεων της Endesa της 5ης και της 7ης Οκτωβρίου 2005, παρέχοντάς της τη δυνατότητα να διατυπώσει τη γνώμη της επί του συνόλου των επίμαχων ζητημάτων.

- 27 Στις 27 Οκτωβρίου 2005 η ισπανική αρχή ανταγωνισμού ενημέρωσε την Επιτροπή ότι δεν επιθυμούσε να διατυπώσει καμία συμπληρωματική παρατήρηση ως προς τις προσαρμογές και της κοινοποίησε τη γνώμη της επί της ερμηνείας του άρθρου 5 του κανονισμού περί συγκεντρώσεων επιχειρήσεων υπό το πρίσμα του σημείου 40 της σχετικής ανακοινώσεως της Επιτροπής. Στις 2 Νοεμβρίου 2005 η Gas Natural και η Endesa γνωστοποίησαν την άποψή τους επί του ζητήματος αυτού. Επιπλέον, η Gas Natural διατύπωσε νέες παρατηρήσεις επί των προσαρμογών που προτάθηκαν από την Endesa, βάσει των ανακοινώσεων της Endesa της 5ης και της 7ης Οκτωβρίου 2005. Με τις παρατηρήσεις της, η Gas Natural πρότεινε νέες προσαρμογές που, κατά τη γνώμη της, είχαν λησμονηθεί από την Endesa. Στις 4 Νοεμβρίου 2005 αντίγραφο των ως άνω προτάσεων σχετικά με τις προσαρμογές απεστάλη στην Endesa, η οποία γνωστοποίησε τις παρατηρήσεις της επί του θέματος αυτού στις 9 Νοεμβρίου 2005.
- 28 Στις 15 Νοεμβρίου 2005 η Επιτροπή εξέδωσε την απόφαση με την οποία διαπιστώνεται η έλλειψη κοινοτικής διαστάσεως μιας συγκεντρώσεως (Υπόθεση COMP/M.3986 — Gas Natural/Endesa) και η οποία αποτελεί αντικείμενο της υπό κρίση προσφυγής (στο εξής: απόφαση).
- 29 Όσον αφορά την εθνική διαδικασία ελέγχου των συγκεντρώσεων, ο Ισπανός Υπουργός Οικονομίας αποφάσισε, στις 7 Νοεμβρίου 2005, να προχωρήσει στο «δεύτερο στάδιο» της εν λόγω διαδικασίας, παραπέμποντας τον φάκελο της Servicio de Defensa de la Competencia (υπηρεσίας προστασίας του ανταγωνισμού, στο εξής: SDC) στο Tribunal de Defensa de la Competencia (δικαστήριο αρμόδιο για την προστασία του ανταγωνισμού, στο εξής: TDC).

- 30 Στις 20 Δεκεμβρίου 2005 η Comisión Nacional de la Energía (εθνική επιτροπή ενέργειας, στο εξής: CNE) εξέδωσε τη γνωμοδότησή της επί της πράξεως συγκεντρώσεως, με την οποία πρότεινε να επιτραπεί η πράξη συγκεντρώσεως υπό ορισμένες προϋποθέσεις.
- 31 Στις 5 Ιανουαρίου 2006 το TDC εξέδωσε τη γνωμοδότησή του, με την οποία πρότεινε να απαγορευθεί η πράξη συγκεντρώσεως.
- 32 Στις 3 Φεβρουαρίου 2006 το Ισπανικό Υπουργικό Συμβούλιο επέτρεψε την πράξη συγκεντρώσεως υπό ορισμένες προϋποθέσεις.
- 33 Στις 21 Μαρτίου 2006 το αρμόδιο επί υποθέσεων εμπορικού δικαίου δικαστήριο υπ' αριθ. 3 της Μαδρίτης ανέστειλε την πράξη συγκεντρώσεως.

## **Διαδικασία**

- 34 Με δικόγραφο που κατέθεσε στη Γραμματεία του Πρωτοδικείου στις 29 Νοεμβρίου 2005, η Endesa άσκησε την υπό κρίση προσφυγή. Με χωριστό δικόγραφο που κατέθεσε αυθημερόν, η προσφεύγουσα υπέβαλε αίτηση που αποσκοπούσε στο να εκδικασθεί η προσφυγή της με την ταχεία διαδικασία, σύμφωνα με το άρθρο 76α του Κανονισμού Διαδικασίας του Πρωτοδικείου.
- 35 Με χωριστό δικόγραφο, που κατέθεσε στη Γραμματεία του Πρωτοδικείου στις 29 Νοεμβρίου 2005, η προσφεύγουσα υπέβαλε αίτηση που αποσκοπούσε, αφενός, στο να διαταχθεί η αναστολή εκτελέσεως της αποφάσεως και, αφετέρου, στο να υποχρεωθεί η Επιτροπή να διατάξει τις ισπανικές αρχές ανταγωνισμού να αναστείλουν όλες τις εθνικές διαδικασίες.



- 36 Με έγγραφα που κατέθεσαν στη Γραμματεία του Πρωτοδικείου, αντιστοίχως, στις 2 και στις 9 Δεκεμβρίου 2005, η Gas Natural και το Βασίλειο της Ισπανίας ζήτησαν να παρέμβουν υπέρ της καθής, δυνάμει του άρθρου 115, παράγραφοι 1 και 2, του Κανονισμού Διαδικασίας.
- 37 Αμφότερες οι αιτήσεις παρεμβάσεως επιδόθηκαν στους διαδίκους, σύμφωνα με το άρθρο 116, παράγραφος 1, του Κανονισμού Διαδικασίας.
- 38 Με έγγραφο που κατέθεσε στη Γραμματεία του Πρωτοδικείου στις 15 Δεκεμβρίου 2005, η προσφεύγουσα ζήτησε να εξαιρεθούν από την ανακοίνωση στους τυχόν παρεμβαίνοντες ορισμένα στοιχεία των εγγράφων της διαδικασίας, σύμφωνα με το άρθρο 116, παράγραφος 2, δεύτερη περίοδος, του Κανονισμού Διαδικασίας.
- 39 Στις 15 Δεκεμβρίου 2005 το τρίτο τμήμα του Πρωτοδικείου, στο οποίο ανατέθηκε η εκδίκαση της υποθέσεως, αποφάσισε να εκδικάσει την υπόθεση με την ταχεία διαδικασία.
- 40 Με διατάξεις της 16ης Δεκεμβρίου 2005, ο πρόεδρος του τρίτου τμήματος του Πρωτοδικείου δέχθηκε τις αιτήσεις παρεμβάσεως της Gas Natural και του Βασιλείου της Ισπανίας και επιφυλάχθηκε ως προς την απόφαση επί του βασίμου της αιτήσεως εμπιστευτικής μεταχειρίσεως.
- 41 Με έγγραφα που κατέθεσαν στη Γραμματεία του Πρωτοδικείου, αντιστοίχως, στις 3 και στις 4 Ιανουαρίου 2006, η Gas Natural και το Βασίλειο της Ισπανίας διατύπωσαν αντιρρήσεις ως προς την εμπιστευτική μεταχείριση ορισμένων στοιχείων των εγγράφων της διαδικασίας που τους κοινοποιήθηκαν.

- 42 Με έγγραφο που κατέθεσε στη Γραμματεία του Πρωτοδικείου στις 11 Ιανουαρίου 2006, η προσφεύγουσα απέσυρε την αίτηση εμπιστευτικής μεταχειρίσεως έναντι της Gas Natural όσον αφορά την έκθεση που κατήρτισε η Deloitte, SL, η οποία έχει επισυναφθεί σε παράρτημα του δικογράφου της προσφυγής.
- 43 Στις 12 και στις 13 Ιανουαρίου 2006 η Gas Natural και το Βασίλειο της Ισπανίας κατέθεσαν, αντιστοίχως, το υπόμνημά τους παρεμβάσεως.
- 44 Στις 19 Ιανουαρίου 2006 η Επιτροπή κατέθεσε το υπόμνημά της αντικρούσεως.
- 45 Με διάταξη της 24ης Ιανουαρίου 2006, ο πρόεδρος του τρίτου τμήματος του Πρωτοδικείου δέχθηκε εν μέρει την αίτηση εμπιστευτικής μεταχειρίσεως που υπέβαλε η προσφεύγουσα, διέταξε τη διαβίβαση στους παρεμβαίνοντες ενός μη εμπιστευτικού κειμένου όλων των εγγράφων της διαδικασίας και τους κάλεσε να υποβάλουν τις σχετικές συμπληρωματικές παρατηρήσεις τους κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση. Επιπλέον, επιφυλάχθηκε ως προς τα δικαστικά έξοδα.
- 46 Με διάταξη της 1ης Φεβρουαρίου 2006, Endesa κατά Επιτροπής (T-417/05 R, που δεν έχει δημοσιευθεί στη Συλλογή — Συλλογή 2006, σ. II-18\*), ο Πρόεδρος του Πρωτοδικείου απέρριψε την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων, θεωρώντας ότι η προσφεύγουσα δεν απέδειξε ότι διέτρεχε τον κίνδυνο να υποστεί σοβαρή και ανεπανόρθωτη ζημία ελλείψει προσωρινών μέτρων, και επιφυλάχθηκε ως προς τα δικαστικά έξοδα.
- 47 Κατόπιν εκθέσεως του εισηγητή δικαστή, το Πρωτοδικείο (τρίτο τμήμα) αποφάσισε να προχωρήσει στην προφορική διαδικασία και, στο πλαίσιο των μέτρων οργανώσεως της διαδικασίας, κάλεσε τους διάδικους να απαντήσουν σε μια σειρά γραπτών ερωτήσεων. Οι διάδικοι ανταποκρίθηκαν εμπροθέσμως στα αιτήματα αυτά.

48 Οι διάδικοι αγόρευσαν και απάντησαν στις προφορικές ερωτήσεις κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση της 9ης Μαρτίου 2006.

### **Αιτήματα των διαδίκων**

49 Η Endesa ζητεί από το Πρωτοδικείο:

- να κηρύξει την προσφυγή της παραδεκτή·
- να ακυρώσει την απόφαση·
- να καταδικάσει την Επιτροπή στα δικαστικά έξοδα.

50 Η Επιτροπή ζητεί από το Πρωτοδικείο:

- να απορρίψει την προσφυγή·
- να καταδικάσει την προσφεύγουσα στα δικαστικά έξοδα, περιλαμβανομένων των εξόδων της διαδικασίας ασφαλιστικών μέτρων.

51 Το Βασίλειο της Ισπανίας ζητεί από το Πρωτοδικείο:

- να απορρίψει την προσφυγή·
- να καταδικάσει την προσφεύγουσα στα δικαστικά έξοδα.

52 Η Gas Natural ζητεί από το Πρωτοδικείο:

- να απορρίψει την προσφυγή·
- να καταδικάσει την προσφεύγουσα στα δικαστικά έξοδα.

### **Σκεπτικό**

53 Προς στήριξη της προσφυγής της, η προσφεύγουσα προβάλλει πέντε λόγους ακυρώσεως που αντλούνται, πρώτον, από διαδικαστικές πλημμέλειες, δεύτερον, από αντιστροφή του βάρους αποδείξεως και από έλλειψη αιτιολογίας, τρίτον, από το ότι δεν χρησιμοποιήθηκαν οι λογαριασμοί που καταρτίστηκαν σύμφωνα με τα λογιστικά πρότυπα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ, τέταρτον, από την απόρριψη των προτεινομένων προσαρμογών και, πέμπτον, από την παράβαση των κριτηρίων που διαλαμβάνονται στην ανακοίνωση, από έλλειψη αναλύσεως και αιτιολογίας και από κατάχρηση εξουσίας.

*Επί του πρώτου λόγου ακυρώσεως, που αντλείται από την ύπαρξη διαδικαστικών πλημμελειών*

Επί του πρώτου σκέλους, που αντλείται από την έκδοση των αποφάσεων επί των αιτήσεων παραπομπής πριν από την απόφαση

— Επιχειρήματα των διαδίκων

- 54 Η Endesa υποστηρίζει ότι από τον κανονισμό προκύπτει σαφώς ότι κάθε απόφαση που στηρίζεται επί του άρθρου 22 του εν λόγω κανονισμού πρέπει να σχετίζεται με μια πράξη συγκεντρώσεως που τηρεί τα όρια ενός ή περισσότερων εθνικών κανόνων και η οποία δεν έχει κοινοτική διάσταση. Έτσι, ο μηχανισμός του άρθρου 22 παρέχει τη δυνατότητα στην Επιτροπή να είναι αρμόδια όσον αφορά πράξεις συγκεντρώσεως που θα έπρεπε, a priori, να μην εμπίπτουν στην αρμοδιότητά της.
- 55 Από τα ανωτέρω απορρέει ότι, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 22 του κανονισμού, η έλλειψη κοινοτικής διαστάσεως αποτελεί ουσιώδη προκαταρκτική προϋπόθεση για την έκδοση αποφάσεως παραπομπής. Συνεπώς, κατά την Endesa, εφόσον η εν λόγω εταιρία είχε ζητήσει επισήμως από την Επιτροπή να λάβει θέση επί της κοινοτικής διαστάσεως της συγκεντρώσεως, η τελευταία μπορούσε να επιλέξει μεταξύ του να απορρίψει την αίτηση χωρίς να κινήσει διαδικασία, θεωρώντας την αίτηση ως προδήλως αβάσιμη, ή του να κινήσει διαδικασία και να αποφανθεί επισήμως επί του ζητήματος ποια ήταν η αρμόδια αρχή προτού αποφανθεί επί των αιτήσεων παραπομπής. Η Endesa προσθέτει ότι το γεγονός ότι η προθεσμία για να αποφανθεί η Επιτροπή επί των αιτήσεων παραπομπής προβλέπεται στον κανονισμό (δέκα εργάσιμες ημέρες από τη λήξη της προθεσμίας που προβλέπεται για να συνυποβάλουν οι εθνικές αρχές μία ή περισσότερες αιτήσεις) δεν μπορεί να δικαιολογήσει την αντιστροφή της λογικής τάξεως στην οποία υπόκειται η εξέταση της Επιτροπής. Δεδομένου ότι ο κανονισμός δεν μνημονεύει τα παρεμπίπτοντα ζητήματα που αφορούν τον καθορισμό της αρχής, αλλά τα παρεμπίπτοντα ζητήματα που αφορούν την καθ' ύλην αρμοδιότητα (μέσω των κανόνων παραπομπών του άρθρου 22), η προθεσμία που προβλέπεται για τα δεύτερα θα έπρεπε να εφαρμοσθεί, κατ' αναλογία, στα πρώτα. Αν η Επιτροπή δεν διέθετε όλα τα αναγκαία στοιχεία προκειμένου να λάβει απόφαση και όφειλε να ζητήσει συμπληρωματικές πληροφορίες, η αίτησή της για την παροχή πληροφοριών θα έπρεπε να αναστέλλει αυτομάτως την προθεσμία που διέθετε για να αποφανθεί,

καθώς και, κατ' ανάγκην, τις προθεσμίες σχετικά με την έκδοση όλων των πράξεων που απορρέουν εξ αυτής, στις οποίες περιλαμβάνεται η απόφαση που στηρίχθηκε στο άρθρο 22.

- 56 Η Endesa ισχυρίζεται ότι, εν προκειμένω, παρήλθαν 38 ημέρες μεταξύ της πρώτης αιτήσεως παραπομπής και της αποφάσεως της Επιτροπής να απορρίψει τις αιτήσεις της Ιταλικής Δημοκρατίας και της Πορτογαλικής Δημοκρατίας. Κατά την Endesa, η Επιτροπή, εκδίδοντας τις αποφάσεις επί της παραπομπής προτού καθορίσει την εθνική ή κοινοτική διάσταση της πράξεως συγκεντρώσεως, προδίκασε το αποτέλεσμα της αποφάσεως, αν και διατύπωσε μια αμιγώς τυπική επιφύλαξη επί του ζητήματος αυτού. Τούτο προκύπτει σαφώς από την αιτιολογία της αποφάσεως επί των αιτήσεων παραπομπής, η οποία καταδεικνύει, μεταξύ άλλων, ότι η Επιτροπή δεν ήταν η πλέον ενδεδειγμένη αρχή για να αποφανθεί επί της επίμαχης πράξεως συγκεντρώσεως. Ανεξαρτήτως των ερεισμάτων του ισχυρισμού αυτού, είναι προφανές ότι εκφέρει πρόωρη κρίση τουλάχιστον επί μίας από τις εκτιμήσεις που εναπόκειται στην Επιτροπή να πραγματοποιεί στο πλαίσιο της εξετάσεως μιας πράξεως συγκεντρώσεως που έχει κοινοτική διάσταση, ήτοι εκείνης επί των ενδεχομένων αιτήσεων παραπομπής που στηρίζονται στο άρθρο 9 του κανονισμού.
- 57 Η Επιτροπή, υποστηριζόμενη από τους παρεμβαίνοντες, ισχυρίζεται ότι ο λόγος ακυρώσεως είναι απλώς αλυσιτελής, ότι δεν υπάρχει αναλογία μεταξύ της καταστάσεως ενός κράτους μέλους που υποβάλλει αίτηση βάσει του άρθρου 22 και εκείνης στο πλαίσιο της οποίας μια επιχείρηση ζητεί από την Επιτροπή να λάβει θέση επί της δικής της αρμοδιότητας και ότι οι αποφάσεις που ελήφθησαν επί των αιτήσεων που υποβλήθηκαν βάσει του άρθρου 22 δεν προδίκασαν τα αφορώντα την κοινοτική αρμοδιότητα ζητήματα, εφόσον η Επιτροπή απεφάνθη ρητώς επί των εν λόγω αιτήσεων υπό την επιφύλαξη της πτυχής αυτής.

— Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

- 58 Η Endesa υποστηρίζει ότι η απόφαση έπρεπε να εκδοθεί πριν από την απόφαση επί των αιτήσεων παραπομπής δυνάμει του άρθρου 22 του κανονισμού, δεδομένου ότι η έλλειψη κοινοτικής διαστάσεως αποτελεί ουσιώδη προκαταρκτική προϋπόθεση για την έκδοση αποφάσεως περί παραπομπής.

- 59 Το άρθρο 22, παράγραφος 1, του κανονισμού ορίζει ότι «[έ]να ή περισσότερα κράτη μέλη μπορούν να ζητούν από την Επιτροπή να εξετάσει μια συγκέντρωση [...] που δεν έχει κοινοτική διάσταση κατά την έννοια του άρθρου 1, αλλά επηρεάζει το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών και απειλεί να επηρεάσει σημαντικά τον ανταγωνισμό στο έδαφος του κράτους μέλους ή των κρατών μελών που υποβάλλουν την σχετική αίτηση [...]»
- 60 Πρέπει να υπομνησθεί ότι, στις 19 Σεπτεμβρίου 2005, η Endesa ζήτησε από την Επιτροπή να αποφανθεί επί της αρμοδιότητάς της να εξετάσει την πράξη συγκεντρώσεως. Με αίτηση της 20ής Σεπτεμβρίου 2005, η πορτογαλική αρχή ανταγωνισμού ζήτησε από την Επιτροπή να δεχθεί την εξέταση της συγκεντρώσεως βάσει του άρθρου 22 του κανονισμού. Κατόπιν της διαβίβασης, εκ μέρους της Επιτροπής, στα άλλα κράτη μέλη της ως άνω αιτήσεως παραπομπής, η ιταλική αρχή ανταγωνισμού ενημέρωσε, στις 7 Οκτωβρίου 2005, την Επιτροπή ότι επιθυμούσε να συνυποβάλει την αίτηση της πορτογαλικής αρχής ανταγωνισμού. Η Επιτροπή απέρριψε τις ως άνω αιτήσεις παραπομπής στις 27 Οκτωβρίου 2005, εκτιμώντας ότι δεν αποδείχθηκε ότι η πράξη συγκεντρώσεως απειλούσε να επηρεάσει τον ανταγωνισμό στην Πορτογαλία και στην Ιταλία και ότι η Επιτροπή ήταν η πλέον ενδεδειγμένη αρχή για να εκτιμήσει τέτοια αποτελέσματα.
- 61 Συναφώς, πρέπει να επισημανθεί, αφενός, ότι η πλημμέλεια την οποία επικαλέσθηκε η προσφεύγουσα δεν αφορά την απόφαση, αλλά μόνον τις αποφάσεις της 27ης Οκτωβρίου 2005 επί των αιτήσεων παραπομπής, οι οποίες δεν αποτελούν αντικείμενο της υπό κρίση προσφυγής. Κατά συνέπεια, η αιτίαση είναι, εν πάση περιπτώσει, αλυσιτελής.
- 62 Κατά τα λοιπά, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι, όπως ισχυρίζεται η Επιτροπή, δεν διαφαίνεται σαφώς η έννομη συνέπεια των επιχειρημάτων που προέβαλε η προσφεύγουσα. Συγκεκριμένα, αν τα επιχειρήματα αυτά γίνονταν δεκτά, κάθε απόφαση, συμπεριλαμβανομένης της αποφάσεως με την οποία κρίνεται ότι η πράξη συγκεντρώσεως έχει κοινοτική διάσταση, η οποία απόφαση εκδίδεται μετά τις αποφάσεις της 27ης Οκτωβρίου 2005 επί των αιτήσεων παραπομπής, θα επηρεαζόταν από την προβαλλομένη παρατυπία και θα μπορούσε, ως εκ τούτου, με τη σειρά της να ακυρωθεί για τους ίδιους λόγους με εκείνους τους οποίους επικαλέσθηκε η προσφεύγουσα. Έτσι, κάθε απόφαση που λαμβάνεται από την Επιτροπή επί της αιτήσεως της Endesa μεταγενεστέρως της ως άνω ημερομηνίας, έστω και αν είναι ευνοϊκή για την εν λόγω αίτηση, πρέπει να ακυρωθεί.

- 63 Αφετέρου, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η προσφεύγουσα δεν απέδειξε με ποιον τρόπο οι αποφάσεις της 27ης Οκτωβρίου 2005 επί των αιτήσεων παραπομπής προδίκασαν το αφορών την κοινοτική αρμοδιότητα ζήτημα, δεδομένου ότι, αντιθέτως, οι αποφάσεις επί των αιτήσεων παραπομπής αναφέρουν ρητώς ότι εκδόθηκαν υπό την επιφύλαξη της εκτιμήσεως της κοινοτικής διαστάσεως της μελετώμενης πράξεως συγκεντρώσεως.
- 64 Εξάλλου, δεν μπορεί να προσαφθεί στην Επιτροπή ότι απεφάνθη επί των αιτήσεων παραπομπής προτού αποφανθεί επί της κοινοτικής διαστάσεως. Συγκεκριμένα, το άρθρο 22, παράγραφος 3, του κανονισμού επιβάλλει στην Επιτροπή να αποφαινεται εντός προθεσμίας δέκα ημερών επί αιτήσεως παραπομπής και προβλέπει ότι, στην περίπτωση που η Επιτροπή δεν λάβει σχετική απόφαση, προκύπτει σιωπηρή απόφαση περί αποδοχής της παραπομπής. Κατά συνέπεια, η Επιτροπή οφείλει να αποφαινεται ταχέως επί της αποφάσεως περί παραπομπής. Υπό τις συνθήκες αυτές, αν οφείλε να αποφανθεί προηγουμένως επί της κοινοτικής διαστάσεως, θα έπρεπε να το πράξει εντός προθεσμίας μικρότερης των δέκα ημερών, οπότε δεν θα ήταν σε θέση να εξετάσει με κάθε απαιτούμενη επιμέλεια το αφορών την κοινοτική διάσταση της μελετώμενης πράξεως συγκεντρώσεως ζήτημα.
- 65 Πέραν του ότι δεν θίγει τα συμφέροντα της Endesa, το γεγονός ότι η Επιτροπή συνέχισε την εξέταση της κοινοτικής διαστάσεως και εξέδωσε την απόφαση μόνο μετά την έκδοση των αποφάσεων της 27ης Οκτωβρίου 2005 επί των αιτήσεων παραπομπής παρέσχε αντιθέτως τη δυνατότητα, εν προκειμένω, να στηριχθεί, ως εκ τούτου, η απόφαση επί της κοινοτικής διαστάσεως σε προσεκτική εξέταση όλων των σχετικών στοιχείων.
- 66 Εξάλλου, πρέπει να απορριφθεί το επιχείρημα της προσφεύγουσας ότι η προθεσμία που προβλέπεται για να αποφανθεί η Επιτροπή επί των αιτήσεων που υποβάλλονται βάσει του άρθρου 22 του κανονισμού αναστέλλεται, κατ' αναλογία, μέχρις ότου επιλυθεί το παρεμπίπτον ζήτημα που αφορά τον καθορισμό της κοινοτικής διαστάσεως της πράξεως συγκεντρώσεως. Συγκεκριμένα, από τον κανονισμό ουδόλως προκύπτει ότι η προθεσμία για να αποφανθεί η Επιτροπή επί αιτήσεως υποβληθείσας βάσει του άρθρου 22 αναστέλλεται υπό τις περιστάσεις αυτές. Πάντως, όσον αφορά προθεσμίες που παράγουν έννομα αποτελέσματα, κάθε λόγος αναστολής πρέπει να προβλέπεται ρητώς. Συναφώς, πρέπει να υπομνησθεί η σπουδαιότητα του να διασφαλισθεί ο έλεγχος των πράξεων συγκεντρώσεως εντός



προθεσμιών που συμβιβάζονται τόσο προς τις επιταγές της χρηστής διοικήσεως όσο και προς εκείνες της επιχειρηματικής οικονομικής ζωής (απόφαση του Δικαστηρίου της 25ης Σεπτεμβρίου 2003, C-170/02 P, Schlüsselverlag J. S. Moser κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή 2003, σ. I-9889, σκέψη 34).

67 Συνεπώς, το πρώτο σκέλος του πρώτου λόγου ακυρώσεως πρέπει να απορριφθεί.

Επί του δευτέρου σκέλους, που αντλείται από την έλλειψη διαφάνειας και από την προσβολή των δικαιωμάτων άμυνας

— Επιχειρήματα των διαδίκων

68 Η Endesa παρατηρεί ότι ο κανονισμός δεν προβλέπει ειδική διαδικασία για την απόδειξη της κοινοτικής διαστάσεως μιας πράξεως συγκεντρώσεως. Κατά συνέπεια, προς απάντηση στην επίσημη αίτηση της Endesa να λάβει θέση η Επιτροπή επί του καθορισμού της αρμόδιας να αποφανθεί επί της συγκεντρώσεως αρχής, η Επιτροπή όφειλε να αναφέρει σαφώς ποια ήταν η διαδικασία που επρόκειτο να ακολουθήσει, πράγμα που θα καθιστούσε δυνατή τη διασφάλιση ενός ελάχιστου ορίου ασφαλείας δικαίου. Η Endesa ζήτησε ρητώς από την Επιτροπή, από την αρχή της διαδικασίας, να ενημερώσει τους διαδίκους σχετικά με τους κανόνες της εν λόγω διαδικασίας, αλλά το αίτημα αυτό δεν ελήφθη υπόψη.

69 Η διαδικασία που ακολούθησε η Επιτροπή πάσχει, επίσης, λόγω ελλείψεως διαφάνειας, καθόσον η Επιτροπή δεν διευκρίνισε στην Endesa ποια ήσαν ακριβώς τα έγγραφα που περιήλθαν σε γνώση της Gas Natural, ενώ, συγχρόνως, δεν υπήρξε πλήρης ανακοίνωση των επιχειρημάτων που προέβαλε η τελευταία στην Επιτροπή. Προπάντων, καίτοι η SDC παρενέβη ως μετέχουσα στη διαδικασία, η Endesa δεν έλαβε ανακοίνωση, ούτε καν ενημερώθηκε, για τις παρατηρήσεις που υπέβαλε η SDC, παρά τα ρητά και επανειλημμένα αιτήματα που υπέβαλε με τα από 23 Σεπτεμβρίου, 10 και 12 Οκτωβρίου 2005 έγγραφά της.

- 70 Η σύγκυση και η έλλειψη διαφάνειας των εφαρμοσθέντων διαδικαστικών κανόνων συνιστούν πρόδηλη προσβολή των δικαιωμάτων άμυνας. Το ίδιο ισχύει όσον αφορά τη διαβίβαση στη SDC των εγγράφων της Endesa χωρίς να ζητηθεί η έγκριση της τελευταίας, εξαιρουμένης της διαβιβάσεως του αρχικού υπομνήματος που παραδόθηκε απευθείας από την προσφεύγουσα στη SDC κατόπιν αιτήματος της Επιτροπής.
- 71 Η Επιτροπή, υποστηριζόμενη από τους παρεμβαίνοντες, ισχυρίζεται ότι η συμμετοχή της Endesa στη διαδικασία αρκούσε, βεβαίως, για τη διαφύλαξη των συμφερόντων της εν λόγω εταιρίας.

— Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

- 72 Όσον αφορά, πρώτον, την αιτίαση που αντλείται από το ότι η Επιτροπή δεν ενημέρωσε την προσφεύγουσα σχετικά με την εφαρμοστέα διαδικασία, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι ο κανονισμός δεν προβλέπει ειδική διαδικασία για την απόδειξη της κοινοτικής διαστάσεως μιας συγκεντρώσεως. Επιβάλλεται, επίσης, η διαπίστωση ότι η προσφεύγουσα δεν απέδειξε με ποιον τρόπο η ως άνω έλλειψη ενημερώσεως μπορεί να επηρεάσει τη νομιμότητα της αποφάσεως.
- 73 Εν πάση περιπτώσει, το γεγονός ότι η Επιτροπή δεν ανέφερε στην προσφεύγουσα τη διαδικασία που επροτίθετο να ακολουθήσει προκειμένου να εξετάσει αν η συγκέντρωση είχε κοινοτική διάσταση μπορούσε να επηρεάσει τη νομιμότητα της αποφάσεως που εκδίδεται μετά την περάτωση της εν λόγω διαδικασίας μόνον αν προέκυπτε εξ αυτής προσβολή των δικαιωμάτων άμυνας. Πάντως, όπως προκύπτει από τις σκέψεις που ακολουθούν, τούτο δεν ισχύει εν προκειμένω.
- 74 Όσον αφορά, δεύτερον, την αιτίαση της προσφεύγουσας που αντλείται από το ότι η Επιτροπή δεν διευκρίνισε στην προσφεύγουσα ποια ήσαν ακριβώς τα έγγραφα που περιήλθαν σε γνώση της Gas Natural, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η

προσφεύγουσα δεν διευκρινίζει με ποιον τρόπο το γεγονός αυτό μπορούσε να θίξει τα δικαιώματά της ή να επηρεάσει το περιεχόμενο της απόφασης. Επιπλέον, ούτε τα δικαιώματα άμυνας της προσφεύγουσας ούτε το δικαίωμά της για πρόσβαση στον φάκελο επιβάλλουν να ενημερώνεται η προσφεύγουσα, επίσης, για την πρόσβαση άλλων προσώπων σε ορισμένα στοιχεία του φακέλου. Υπό τις περιστάσεις αυτές, η αιτίαση πρέπει να απορριφθεί.

75 Όσον αφορά, τρίτον, την αιτίαση που αντλείται από το ότι η Επιτροπή δεν ανακοίνωσε πλήρως στην Endesa τα επιχειρήματα που προέβλεπε η Gas Natural, επιβάλλεται η διαπίστωση, κατ' αρχάς, ότι η Επιτροπή αναγνωρίζει ότι ορισμένα εμπιστευτικά πληροφοριακά στοιχεία παρελείφθησαν. Εν συνεχεία, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι, όπως επισημαίνει η Επιτροπή, η προσφεύγουσα δεν προσκόμισε αποδείξεις περί του ότι ζήτησε να της παρασχεθεί πρόσβαση στα πληροφοριακά στοιχεία που θεωρούνται ως εμπιστευτικά. Τέλος, και προπάντων, η προσφεύγουσα ουδόλως αποδεικνύει ότι τα ως άνω πληροφοριακά στοιχεία ήσαν χρήσιμα για τη συμμετοχή της στη διαδικασία, είτε διότι πρόκειται για πληροφοριακά στοιχεία που μνημονεύονται στην απόφαση είτε διότι πρόκειται για πληροφοριακά στοιχεία δυνάμει να αποδείξουν την κοινοτική διάσταση της πράξεως συγκεντρώσεως. Εξάλλου, εφόσον η διάσταση απόψεων μεταξύ της Endesa και της Επιτροπής αφορούσε ιδίως τον καθορισμό του κύκλου εργασιών της Endesa και όχι εκείνου της Gas Natural, τα εμπιστευτικά πληροφοριακά στοιχεία της Gas Natural δίδουν την εντύπωση ότι δεν ασκούν επιρροή συναφώς. Επομένως, η αιτίαση πρέπει να απορριφθεί.

76 Όσον αφορά, τέταρτον, την αιτίαση που αντλείται από το ότι η Επιτροπή δεν ανακοίνωσε πλήρως στην Endesa τα επιχειρήματα που προέβλεπε η SDC, από τη νομολογία (βλ., κατ' αναλογία, απόφαση του Πρωτοδικείου της 1ης Απριλίου 1993, T-65/89, BPB Industries και British Gypsum κατά Επιτροπής, Συλλογή 1993, σ. II-389, σκέψη 33) προκύπτει ότι τα έγγραφα της αλληλογραφίας με τα κράτη μέλη αποτελούν, κατ' αρχήν, εσωτερικά έγγραφα που δεν πρέπει να κοινοποιούνται στα πρόσωπα τα οποία μετέχουν στη διαδικασία. Επιπλέον, σύμφωνα με το άρθρο 17, παράγραφος 3, του κανονισμού 802/2004, το δικαίωμα πρόσβασης στον φάκελο δεν καλύπτει την αλληλογραφία μεταξύ της Επιτροπής και των αρμόδιων αρχών των κρατών μελών. Εν πάση περιπτώσει, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η προσφεύγουσα δεν αναφέρει ποια πληροφοριακά στοιχεία, τα οποία διαβιβάστηκαν από τη SDC, χρησιμοποιήθηκαν από την Επιτροπή ή μπορούσαν να θίξουν τα δικαιώματά της ή να επηρεάσουν την απόφαση. Επομένως, η αιτίαση είναι αβάσιμη.

- 77 Τέλος, όσον αφορά, πέμπτον, την αιτίαση της προσφεύγουσας που αντλείται από το ότι η Επιτροπή κοινοποίησε έγγραφα της Endesa στη SDC χωρίς να ζητήσει την έγκριση της εν λόγω εταιρίας, αρκεί αν υπομνησθεί ότι το άρθρο 19, παράγραφος 2, του κανονισμού προβλέπει ότι η Επιτροπή διεξάγει τις διαδικασίες που προβλέπονται στον κανονισμό διατηρώντας στενή και μόνιμη επαφή με τις αρμόδιες αρχές των κρατών μελών, και ότι η παράγραφος 2 του ίδιου άρθρου προβλέπει ότι η Επιτροπή διαβιβάζει στις αρμόδιες αρχές των κρατών μελών, εντός προθεσμίας τριών εργασίμων ημερών, αντίγραφο των κοινοποιήσεων, καθώς και, το συντομότερο δυνατόν, τα σπουδαιότερα έγγραφα τα οποία της διαβιβάζονται ή εκδίδει η ίδια βάσει του κανονισμού. Εν πάση περιπτώσει, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι η προσφεύγουσα δεν απέδειξε με ποιον τρόπο η κοινοποίηση των εγγράφων στη SDC μπορούσε να έχει επίπτωση επί της νομιμότητας της αποφάσεως. Υπό τις συνθήκες αυτές, η αιτίαση δεν μπορεί να γίνει δεκτή.
- 78 Υπό το πρίσμα των ανωτέρω σκέψεων, το δεύτερο σκέλος του πρώτου λόγου ακυρώσεως πρέπει να απορριφθεί.

Επί του τρίτου σκέλους, που αντλείται από το ότι δεν ανεστάλη η εθνική διαδικασία

— Επιχειρήματα των διαδίκων

- 79 Η Endesa υποστηρίζει ότι, κατά τη διάρκεια της διεξαγωγής της διαδικασίας σχετικά με τον καθορισμό της αρμόδιας αρχής, η Επιτροπή όφειλε να ζητήσει να ανασταλεί η εθνική διαδικασία που διεξήγετο παραλλήλως ενώπιον των ισπανικών αρχών ανταγωνισμού και ενώπιον των ρυθμιστικών αρχών της χώρας αυτής. Η Endesa θεωρεί ότι το γεγονός ότι η Επιτροπή δεν ζήτησε την εν λόγω αναστολή συνιστά σοβαρή διαδικαστική πλημμέλεια.

- 80 Η Endesa ισχυρίζεται ότι η αναστολή ήταν επιβεβλημένη δυνάμει του άρθρου 21, παράγραφος 3, του κανονισμού, που προβλέπει την υποχρέωση των κρατών μελών να μην εφαρμόζουν την εθνική τους νομοθεσία περί ανταγωνισμού στις συγκεντρώσεις επιχειρήσεων με κοινοτική διάσταση, και λόγω του γενικού καθήκοντος συνεργασίας που προβλέπεται στο άρθρο 10 ΕΚ. Εξάλλου, πρέπει να ληφθεί υπόψη το γεγονός ότι, αν, προκειμένου να αποφευχθεί η ύπαρξη παραλλήλων διαδικασιών, το άρθρο 22 του κανονισμού επιβάλλει την αναστολή των εθνικών προθεσμιών μέχρις ότου η Επιτροπή αποφανθεί επί της αρμοδιότητάς της, η ίδια λογική θα έπρεπε να εφαρμοσθεί, μετά τη διαπίστωση της υπάρξεως κενού στον κανονισμό, όσον αφορά την απόφαση ως προς το αν η πράξη συγκεντρώσεως έχει κοινοτική διάσταση ή όχι. Κατά συνέπεια, η Επιτροπή όφειλε να ζητήσει να ανασταλούν οι εθνικές διαδικασίες.
- 81 Η Endesa παρατηρεί ότι η αναστολή της εξετάσεως των αιτήσεων παραπομπής μέχρις ότου εκδοθεί η απόφαση σχετικά με την αρμόδια αρχή έπρεπε να επέλθει αυτομάτως, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 22 του κανονισμού. Το γεγονός ότι η απόφαση εκδόθηκε χωρίς να τηρηθεί μία από τις γενικές αρχές του συστήματος ελέγχου των συγκεντρώσεων, ήτοι η αρχή του ενιαίου ελέγχου που καθιστά δυνατή την αποφυγή της παράλληλης διεξαγωγής κοινοτικών και εθνικών διαδικασιών, καθιστά την εν λόγω απόφαση άκυρη. Επιπλέον, το γεγονός ότι η Endesa ήταν υποχρεωμένη να προβαίνει σε διαβήματα ταυτοχρόνως ενώπιον των κοινοτικών αρχών και ενώπιον των εθνικών αρχών συνιστά προσβολή των δικαιωμάτων άμυνας. Κατά πάγια νομολογία, η προσβολή των δικαιωμάτων αυτών συνιστά λόγο ακυρώσεως (απόφαση του Δικαστηρίου της 27ης Σεπτεμβρίου 1988, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 και 125/85 έως 129/85, Ahlström Osakeyhtiö κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή 1988, σ. 5193, και απόφαση του Πρωτοδικείου της 22ας Οκτωβρίου 2002, T-310/01, Schneider Electric κατά Επιτροπής, Συλλογή 2002, σ. II-4071).
- 82 Η Επιτροπή, υποστηριζόμενη από τους παρεμβαίνοντες, ισχυρίζεται ότι, ανεξαρτήτως του ζητήματος αν έχει πράγματι τις εξουσίες που της αναγνωρίζει η προσφεύγουσα, η τελευταία ουδέποτε κάλεσε σαφώς την Επιτροπή να ασκήσει τις εν λόγω εξουσίες. Εξάλλου, δεν είναι δυνατό να υπάρχει υποχρέωση αναστολής απλώς κατ' αναλογία. Επιπλέον, το δικαίωμα συμμετοχής σε μια διοικητική διαδικασία δεν συνεπάγεται δικαίωμα συμμετοχής σε μία και μόνο διοικητική διαδικασία.

## — Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

- 83 Όσον αφορά την αιτίαση που αντλείται από το ότι η Επιτροπή δεν ζήτησε από τις ισπανικές αρμόδιες αρχές να αναστείλουν την εθνική διαδικασία, αρκεί η διαπίστωση ότι η αιτίαση αυτή είναι παντελώς αλυσιτελής στο πλαίσιο της υπό κρίση προσφυγής. Εξάλλου, η προσφεύγουσα δεν απέδειξε με ποιον τρόπο το γεγονός ότι δεν ανεστάλη η εθνική διαδικασία, έστω και αν υποθεθεί ότι τούτο προκύπτει από πλημμελή συμπεριφορά της Επιτροπής, μπορούσε να επηρεάσει τη νομιμότητα της αποφάσεως.
- 84 Συγκεκριμένα, πρώτον, στον βαθμό που η προσφεύγουσα στηρίζει την αιτίασή της όσον αφορά τη μη αναστολή των εθνικών διαδικασιών επί του άρθρου 21, παράγραφος 3, του κανονισμού και επί του γενικού καθήκοντος συνεργασίας που προβλέπεται στο άρθρο 10 ΕΚ, αρκεί να υπογραμμισθεί, όπως πράττει και η καθής, ότι πρόκειται, ενδεχομένως, για παρανομία που διαπράχθηκε από το Βασίλειο της Ισπανίας και όχι από την Επιτροπή. Κατά συνέπεια, η παρανομία αυτή δεν οφείλεται σε απόφαση της Επιτροπής και, εν πάση περιπτώσει, δεν επηρεάζει τη νομιμότητα της αποφάσεως.
- 85 Δεύτερον, στον βαθμό που η αιτίαση στηρίζεται επί του άρθρου 22, παράγραφος 2, τρίτο εδάφιο, του κανονισμού, που επιβάλλει την αναστολή των εθνικών προθεσμιών μέχρις ότου η Επιτροπή αποφανθεί επί της αρμοδιότητάς της, πρέπει να υπομνησθεί ότι δεν υπάρχει αναλογία μεταξύ της καταστάσεως ενός κράτους μέλους που υποβάλλει αίτηση παραπομπής βάσει του άρθρου 22 και εκείνης στο πλαίσιο της οποίας μια επιχείρηση ζητεί από την Επιτροπή να λάβει θέση επί της αρμοδιότητάς της, και ότι δεν μπορεί να υπάρξει υποχρέωση αναστολής απλώς κατ' αναλογίαν.
- 86 Τρίτον, όσον αφορά το επιχείρημα της προσφεύγουσας ότι η απόφαση εκδόθηκε χωρίς να τηρηθεί η αρχή του ενιαίου ελέγχου και το επιχείρημα ότι το γεγονός ότι η Endesa ήταν υποχρεωμένη να προβαίνει σε διαβήματα ταυτοχρόνως ενώπιον των κοινοτικών αρχών και ενώπιον των εθνικών αρχών συνιστά προσβολή των δικαιωμάτων άμυνας, αρκεί να επισημανθεί ότι η προσφεύγουσα, η οποία ζήτησε

την παρέμβαση της Επιτροπής, δεν απέδειξε σε ποιο βαθμό ούτε για ποιο λόγο αντιμετώπισε δυσχέρειες κατά την εκ μέρους της υπεράσπιση της θέσεώς της ενώπιον πολλών αρχών ταυτοχρόνως ούτε με ποιο τρόπο το γεγονός αυτό μπορούσε να ασκήσει επιρροή στην απόφαση. Εξάλλου, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι, ελλείψει κοινοτικής διαστάσεως, οι επιχειρήσεις οφείλουν συχνά να κοινοποιούν τις πράξεις συγκεντρώσεως σε πολλές εθνικές αρχές.

- 87 Κατά συνέπεια, το τρίτο σκέλος του πρώτου λόγου ακυρώσεως πρέπει να απορριφθεί.
- 88 Από τις ανωτέρω σκέψεις προκύπτει ότι ο πρώτος λόγος ακυρώσεως που προέβαλε η προσφεύγουσα είναι αβάσιμος.

*Επί του δευτέρου λόγου ακυρώσεως, που αντλείται από την αντιστροφή του βάρους αποδείξεως και από την έλλειψη αιτιολογίας*

#### Επιχειρήματα των διαδίκων

- 89 Η Endesa υποστηρίζει ότι η αιτιολογία της αποφάσεως είναι πλημμελής, εφόσον η Επιτροπή δεν τήρησε τα άρθρα 1, 5 και 21 του κανονισμού. Έστω και αν καμία διάταξη του κανονισμού δεν το αναφέρει ρητώς, η Επιτροπή οφείλει να καθορίζει την αρμόδια αρχή λόγω της αποκλειστικής αρμοδιότητας που έχει και η οποία συνίσταται στο να αποφαινεται η Επιτροπή επί των πράξεων συγκεντρώσεως που έχουν κοινοτική διάσταση (απόφαση Schlüsselverlag J. S. Moser κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 66 ανωτέρω). Η εν λόγω αποκλειστική αρμοδιότητα της Επιτροπής απαιτεί να καθορίζει η τελευταία αν το άρθρο 1 του κανονισμού είναι εφαρμοστέο. Προς τούτο, η Επιτροπή οφείλει να διευκρινίζει και να προσδιορίζει τον κύκλο εργασιών που πραγματοποίησαν οι οικείες επιχειρήσεις κατά το τελευταίο λογιστικό έτος, σύμφωνα με τους κανόνες που περιλαμβάνονται στο άρθρο 5 του κανονισμού.

- 90 Η Endesa υποστηρίζει ότι η Επιτροπή δεν μπορεί να αντιστρέψει το βάρος αποδείξεως όσον αφορά τον καθορισμό της αρμόδιας αρχής. Εφόσον η Επιτροπή έχει την αποκλειστική αρμοδιότητα να καθορίζει ποια αρχή είναι αρμόδια να αποφανθεί επί μιας συγκεντρώσεως, σ' αυτήν εναπόκειται αποκλειστικώς να εξακριβώσει και, προπάντων, να αποδείξει τον κύκλο εργασιών των οικείων επιχειρήσεων.
- 91 Αντιθέτως, η Επιτροπή θεμελιώνει την απόφαση επί του γεγονότος ότι η Endesa δεν προσκόμισε επαρκείς αποδείξεις από τις οποίες να προκύπτει η ανάγκη χρησιμοποίησης των καταρτισθέντων λογαριασμών σύμφωνα με τα πρότυπα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ και να διεξαχθεί μια σειρά προσαρμογών κατ' εφαρμογήν της ανακοινώσεως. Ο λόγος αυτός είναι απαράδεκτος λόγω της φύσεως των εφαρμοστέων κανόνων που διέπουν τον καθορισμό της αρμόδιας αρχής, οι οποίοι είναι κανόνες δημοσίας τάξεως. Πρόκειται για μια αιτιολογία που αντιστρατεύεται κάθε λογική και τις στοιχειώδεις αρχές της κοινοτικής έννομης τάξεως, πολλώ μάλλον εφόσον η Επιτροπή μπορούσε να υπολογίζει στην πλήρη συνεργασία της Endesa και μπορούσε να της ζητήσει οποιοδήποτε συμπληρωματικό πληροφοριακό στοιχείο που θεωρούσε ότι ήταν λυσιτελές. Στην πραγματικότητα, η Επιτροπή αφείρωσε περίπου το σύνολο των δύο μηνών που διήρκεσε η διαδικασία στην εξέταση των πτυχών που, εν τέλει, δεν αντιμετωπίσθηκαν με την απόφαση.
- 92 Κατά την Endesa, η απόφαση, θεωρώντας ότι εναπόκειται στους ιδιώτες να πείσουν την Επιτροπή ότι είναι αποκλειστικώς αρμόδια, πάσχει λόγω σοβαρής ελλείψεως αιτιολογίας, καθόσον η Επιτροπή οφείλει, κατόπιν καταγγελίας ή αυτεπαγγέλτως, να καθορίζει με βεβαιότητα τους τομείς που εμπίπτουν στην αρμοδιότητά της, στο πλαίσιο των ευθυνών που της επιβάλλει η Συνθήκη υπό την ιδιότητα του θεματοφύλακα της τελευταίας.
- 93 Συναφώς, η Endesa αναφέρεται στην απόφαση του Πρωτοδικείου της 21ης Σεπτεμβρίου 2005, T-87/05, EDP κατά Επιτροπής (Συλλογή 2005, σ. II-3745), με την οποία το Πρωτοδικείο υπενθύμισε, στο πλαίσιο της εφαρμογής μιας άλλης ανακοινώσεως σχετικά με τις συγκεντρώσεις επιχειρήσεων, η οποία αφορούσε τις δεσμεύσεις, ότι η Επιτροπή δεν μπορούσε να αντιστρέψει το βάρος αποδείξεως επιβάλλοντας στους διαδίκους μια υποχρέωση που στηρίζεται μόνον επί της ανακοινώσεως και δεν έχει κανένα νομικό έρεισμα στον κανονισμό. Εναπόκειται στο ενδιαφερόμενο μέρος να προσκομίσει στην Επιτροπή όλα τα αναγκαία στοιχεία



για την αξιολόγηση της πράξεως συγκεντρώσεως και στην Επιτροπή να προβεί στην εν λόγω αξιολόγηση χωρίς να αντιστρέψει το βάρος αποδείξεως.

- 94 Προκειμένου να διεξαγάγει ορθώς την ως άνω αξιολόγηση, η Επιτροπή διαθέτει σημαντικά διαδικαστικά μέσα, όπως είναι η αίτηση παροχής πληροφοριών. Έτσι, η Επιτροπή μπορούσε να προσφύγει σε ανεξάρτητους εμπειρογνώμονες για τον έλεγχο των λογαριασμών της Endesa, αν το είχε κρίνει αναγκαίο, και διέθετε δύο μήνες προκειμένου να διεξαγάγει ορθώς μια λεπτομερή και εξαντλητική ανάλυση ως προς τον καλύτερο τρόπο καθορισμού του κύκλου εργασιών της Endesa το 2004.
- 95 Επιπλέον, κανένα στοιχείο του φακέλου που προσκομίσθηκε ενώπιον της Επιτροπής δεν παρέχει τη δυνατότητα να υποστηριχθεί ότι τα πληροφοριακά στοιχεία που προσκόμισε η Endesa ήσαν ανεπαρκή. Μετά την περάτωση της διαδικασίας, κατά τη διάρκεια της οποίας η Endesa συνεργάστηκε όσο το δυνατόν στενότερα με την Επιτροπή, δεν μπορεί να υποστηριχθεί ότι τα προσκομισθέντα πληροφοριακά στοιχεία ήσαν ανεπαρκή.
- 96 Η Επιτροπή, υποστηριζόμενη από τους παρεμβαίνοντες, ισχυρίζεται ότι η διεξαχθείσα κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ενώπιόν της συζήτηση ήταν κατ' ουσίαν νομικής φύσεως και ότι, με την απόφαση, απάντησε στα επιχειρήματα της προσφεύγουσας όχι επειδή εκτιμούσε ότι η προσφεύγουσα είχε το βάρος αποδείξεως, αλλά επειδή το καθήκον αιτιολογήσεως των αποφάσεών της περιλαμβάνει την υποχρέωση απαντήσεως στα επιχειρήματα που προέβαλαν τα μέρη, εφόσον τα εν λόγω επιχειρήματα απορρίπτονται.

#### Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

- 97 Η Endesa υποστηρίζει ότι η Επιτροπή αντέστρεψε το βάρος αποδείξεως όσον αφορά τον καθορισμό της αρμόδιας να εξετάσει την πράξη συγκεντρώσεως αρχής

ως εκ του ότι θεμελίωσε την απόφασή της επί του γεγονότος ότι η Endesa δεν προσκόμισε επαρκείς αποδείξεις από τις οποίες να προκύπτει η ανάγκη χρησιμοποίησης των λογαριασμών που καταρτίστηκαν σύμφωνα με τα πρότυπα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ και η ανάγκη διεξαγωγής μιας σειράς προσαρμογών.

- 98 Πρέπει να υπομνησθεί ότι μια συγκέντρωση επιχειρήσεων θεωρείται ότι έχει κοινοτική διάσταση όταν ο ολικός κύκλος εργασιών των οικείων επιχειρήσεων υπερβαίνει τα προβλεπόμενα από τον κανονισμό όρια. Σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 17 του κανονισμού, η Επιτροπή διαθέτει αποκλειστική αρμοδιότητα για την εφαρμογή του κανονισμού, υπό την επιφύλαξη του ελέγχου του Δικαστηρίου. Σύμφωνα με το άρθρο του 1, παράγραφος 1, ο κανονισμός ισχύει για όλες τις συγκεντρώσεις με κοινοτική διάσταση. Συνεπώς, όταν η πράξη συγκεντρώσεως έχει κοινοτική διάσταση, η Επιτροπή έχει αποκλειστική αρμοδιότητα να την εξετάσει. Ωστόσο, από τα ανωτέρω δεν απορρέει αυτομάτως ότι η Επιτροπή έχει αποκλειστική αρμοδιότητα να καθορίζει αν μια συγκέντρωση έχει κοινοτική διάσταση.
- 99 Συναφώς, πρέπει να επισημανθεί ότι, σύμφωνα με τον κανονισμό, εναπόκειται, πρώτον, στις οικείες επιχειρήσεις να προβούν σε μια πρώτη εκτίμηση της διαστάσεως της συγκεντρώσεως και να καθορίσουν, κατά συνέπεια, σε ποιες αρχές πρέπει να κοινοποιηθεί το σχέδιο συγκεντρώσεως. Εν συνεχεία, όταν, όπως εν προκειμένω, μια πράξη συγκεντρώσεως δεν κοινοποιηθεί στην Επιτροπή, αλλά στις αρχές ενός ή περισσοτέρων κρατών μελών, σ' αυτές εναπόκειται, λαμβανομένων υπόψη, ιδίως, της υποχρεώσεως αγαστής συνεργασίας που απορρέει από το άρθρο 10 ΕΚ, και του άρθρου 21 του κανονισμού που προβλέπει την αποκλειστική αρμοδιότητα της Επιτροπής να εξετάζει το συμβατό των συγκεντρώσεων με κοινοτική διάσταση και τη σχετική απαγόρευση, που επιβάλλεται στα κράτη μέλη, της εφαρμογής της εθνικής τους νομοθεσίας περί ανταγωνισμού στις εν λόγω συγκεντρώσεις, να εξακριβώνουν ότι η συγκέντρωση που τους κοινοποιήθηκε δεν έχει κοινοτική διάσταση. Βεβαίως, στην περίπτωση αυτή, η Επιτροπή έχει πάντοτε τη δυνατότητα να αποφασίσει ότι η συγκέντρωση, σε αντίθεση με τη γνώμη των αρχών των κρατών μελών, έχει όντως κοινοτική διάσταση και εμπίπτει στην αποκλειστική αρμοδιότητά της.
- 100 Εξάλλου, ο κανονισμός περί ελέγχου των συγκεντρώσεων δεν περιλαμβάνει ειδική διάταξη που να προβλέπει ρητώς υποχρέωση της Επιτροπής να βεβαιώνεται,

αυτεπαγγέλτως, ότι κάθε πράξη συγκεντρώσεως που δεν της κοινοποιήθηκε δεν έχει όντως κοινοτική διάσταση. Ωστόσο, από τη νομολογία προκύπτει ότι, αν μια επιχείρηση υποβάλει καταγγελία στην οποία εκτιμά ότι μια συγκέντρωση που δεν κοινοποιήθηκε στην Επιτροπή έχει κοινοτική διάσταση, η Επιτροπή υποχρεούται να αποφανθεί επί της αρχής της αρμοδιότητάς της ως ελεγκτικής αρχής (απόφαση Schlüsselverlag J. S. Moser κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 66 ανωτέρω, σκέψεις 27 και 28). Στο πλαίσιο αυτό, εναπόκειται, κατ' αρχήν, στον καταγγέλλοντα να αποδείξει το βάσιμο της καταγγελίας του, λαμβανομένου υπόψη ότι εναπόκειται στην Επιτροπή να προβεί, προς το συμφέρον της χρηστής διοικήσεως, σε επιμελή και αμερόληπτη εξέταση των καταγγελιών που της έχουν υποβληθεί και να απαντήσει κατά τρόπο αιτιολογημένο στα επιχειρήματα που προέβαλε ο καταγγέλλων προκειμένου να αποδειχθεί ότι η συγκέντρωση εμπίπτει στην αποκλειστική αρμοδιότητα της Επιτροπής.

- 101 Από τις ανωτέρω σκέψεις προκύπτει ότι, σε αντίθεση με ό,τι υποστηρίζει η προσφεύγουσα, η Επιτροπή δεν υποχρεούται, κατ' αρχήν, να προσκομίζει αποδείξεις περί του ότι δεν είναι αρμόδια να αποφανθεί επί συγκεντρώσεως που δεν της έχει κοινοποιηθεί και να αποδεικνύει ότι η εν λόγω πράξη συγκεντρώσεως δεν έχει κοινοτική διάσταση, τούτο δε ακόμη και όταν της έχει υποβληθεί καταγγελία.
- 102 Εν πάση περιπτώσει, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι, σε αντίθεση με ό,τι υποστηρίζει η προσφεύγουσα, η Επιτροπή δεν αρκέστηκε να διαπιστώσει ότι η Endesa δεν προσκόμισε αποδείξεις περί του ότι η συγκέντρωση είχε κοινοτική διάσταση, αλλά όντως εξέτασε λεπτομερώς τα αφορώντα τη διάσταση της συγκεντρώσεως στοιχεία και κατέληξε στο συμπέρασμα ότι η πράξη συγκεντρώσεως δεν είχε κοινοτική διάσταση, αντικρούοντας τα επιχειρήματα της προσφεύγουσας.
- 103 Συγκεκριμένα, από την ανάγνωση της αποφάσεως προκύπτει ότι η Επιτροπή όντως εξήγησε τους λόγους για τους οποίους δεν θεώρησε σκόπιμο ούτε να χρησιμοποιήσει τους λογαριασμούς ΔΛΠ/ΔΠΧΠ ούτε να πραγματοποιήσει τις προτεινόμενες προσαρμογές.

- 104 Πρώτον, όσον αφορά την προβαλλομένη ανάγκη χρησιμοποίησης των λογαριασμών που καταρτίστηκαν σύμφωνα με τα πρότυπα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ, η Επιτροπή ανέφερε, κατ' αρχάς, στο σημείο 20 της αποφάσεως, ότι από το άρθρο 1 του κανονισμού και από την ανακοίνωση προκύπτει ότι η γενική αρχή έγκειται στο ότι ο κύκλος εργασιών πρέπει να υπολογίζεται βάσει των ελεγμένων λογαριασμών και ότι η Επιτροπή μπορεί να αποστεί από την ως άνω αρχή μόνον υπό εξαιρετικές περιστάσεις. Εν συνεχεία, η Επιτροπή κατέληξε στο συμπέρασμα ότι, εφόσον αποδείχθηκε ότι, βάσει του κύκλου εργασιών που εμφανίζεται στους ελεγμένους λογαριασμούς της Endesa του 2004, η εταιρία πραγματοποίησε στην Ισπανία περισσότερο από τα δύο τρίτα του κύκλου εργασιών της εντός της Κοινότητας, επαρκεί, κατά συνέπεια, στην Endesa να προσκομίσει επαρκή στοιχεία που να καταδεικνύουν την ύπαρξη εξαιρετικών περιστάσεων δικαιολογουσών την αναφορά σε άλλους κύκλους εργασιών, πλην εκείνου που εμφανίζεται στους ελεγμένους λογαριασμούς της (σημείο 21 της αποφάσεως).
- 105 Βεβαίως, η Επιτροπή υποστήριξε, εν συνεχεία, ότι η Endesa δεν προσκόμισε τέτοια επαρκή στοιχεία (σημείο 23 της αποφάσεως). Ωστόσο, η Επιτροπή εξήγησε τους λόγους για τους οποίους δεν υφίστανται τέτοιες εξαιρετικές περιστάσεις εν προκειμένω και εξέθεσε τους λόγους για τους οποίους έπρεπε να προτιμηθούν οι λογαριασμοί που καταρτίστηκαν σύμφωνα με τις γενικές λογιστικές αρχές (στο εξής: ΓΛΑ), αντικρούοντας τα επιχειρήματα που προέβαλε η προσφεύγουσα.
- 106 Έτσι, πρώτον, η Επιτροπή ανέφερε, με την απόφαση, αφενός, ότι η Endesa ήταν υποχρεωμένη εκ του νόμου να καταρτίσει τους επίσημους ενοποιημένους λογαριασμούς της για το 2004 βάσει των ΓΛΑ και, αφετέρου, ότι η απαίτηση αυτή ήταν σύμφωνη προς τους κοινοτικούς λογιστικούς κανόνες που ήσαν τότε εφαρμοστέοι. Εξάλλου, η Επιτροπή αναφέρει ότι η Endesa δεν ήταν υποχρεωμένη να καταρτίσει ελεγμένους ενοποιημένους λογαριασμούς σύμφωνα με τα πρότυπα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ πριν από το έτος που άρχιζε την 1η Ιανουαρίου 2005. Προσθέτει ότι η Endesa ήταν υποχρεωμένη να καταρτίσει λογαριασμούς ΔΛΠ/ΔΠΧΠ για το 2004 μόνο για λόγους συγκρίσεως των νέων λογαριασμών ΔΛΠ/ΔΠΧΠ του οικονομικού έτους 2005 με εκείνους που καταρτίστηκαν για το προηγούμενο έτος, πράγμα που εξηγεί, επίσης, ότι η Endesa δεν ήταν υποχρεωμένη να υποβάλει σε έλεγχο τους λογαριασμούς της ΔΛΠ/ΔΠΧΠ για το 2004. Επιπλέον, η Επιτροπή επισημαίνει ότι οι ως άνω λογαριασμοί δεν είναι οριστικοί και μπορούν να τροποποιηθούν κατά το μέτρο που τα πρότυπα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ σύμφωνα με τα οποία πρέπει να καταρτισθούν οι αφορώντες το 2005 λογαριασμοί δεν έχουν ακόμη οριστικοποιηθεί πλήρως.

- 107 Δεύτερον, η Επιτροπή εξήγησε, με την απόφαση, ότι ο σκοπός που αποβλέπει στην καταμέτρηση της οικονομικής ισχύος των επιχειρήσεων δεν της επιβάλλει, ούτε της παρέχει τη δυνατότητα, σε μια μεμονωμένη περίπτωση εφαρμογής των άρθρων 1 και 5 του κανονισμού, να προβεί σε μια γενική εκτίμηση της ουσίας των διαφόρων λογιστικών προσεγγίσεων που προβλέπονται από το κοινοτικό δίκαιο ή από το δίκαιο των κρατών μελών, και ιδίως όταν υφίστανται μόνον ελεγμένοι λογαριασμοί σε συνάρτηση με ένα μόνο λογιστικό πρότυπο και το εν λόγω πρότυπο απαιτείτο τόσο από το εθνικό δίκαιο όσο και από το κοινοτικό δίκαιο κατά την οικεία περίοδο. Η Επιτροπή ανέφερε ότι τούτο έρχεται σε αντίθεση με τους, εξίσου έγκυρους, σκοπούς που συνίστανται, αφενός, στην εφαρμογή απλών και αντικειμενικών κριτηρίων προκειμένου να καθορισθεί η αρμοδιότητα της Επιτροπής στον τομέα των συγκεντρώσεων επιχειρήσεων και, αφετέρου, στην τήρηση της γενικής αρχής της ασφαλείας δικαίου. Η Επιτροπή υποστήριξε ότι ο ρόλος της περιορίζεται στην εξέταση ορισμένων προσαρμογών που απαιτούνται από το άρθρο 5 του κανονισμού (σημείο 25 της αποφάσεως).
- 108 Ως εκ περισσού, η απόφαση διευκρινίζει ότι το γεγονός ότι ο κοινοτικός νομοθέτης εκτίμησε ότι τα πρότυπα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ που υιοθετήθηκαν με τον κανονισμό 1606/2002 πρέπει να καθιστούν δυνατή την παροχή πιστής παρουσιάσεως της οικονομικής καταστάσεως μιας επιχειρήσεως δεν συνεπάγεται, *ipso facto*, ότι τα εν λόγω λογιστικά πρότυπα υπερέρχουν από τεχνικής απόψεως, λαμβανομένου υπόψη ότι η ως άνω απαίτηση της πιστής παρουσιάσεως υπάρχει επίσης στην κοινοτική νομοθεσία που διέπει τα προϊσχύσαντα εθνικά λογιστικά πρότυπα (σημείο 26 της αποφάσεως).
- 109 Τέλος, η Επιτροπή εξέθεσε, με την απόφαση, ότι δεν είναι της γνώμης, εν προκειμένω, ότι η χρησιμοποίηση των λογαριασμών ΔΛΠ/ΔΠΧΠ θα ήταν προτιμότερη για να εξασφαλισθεί η ομοιόμορφη εφαρμογή των κανόνων περί ελέγχου των πράξεων συγκεντρώσεων. Η Επιτροπή αναφέρει ότι η χρησιμοποίηση μη ελεγμένων λογαριασμών ΔΛΠ/ΔΠΧΠ στην προκειμένη περίπτωση δημιουργεί άνιση μεταχείριση με το σύνολο των υποθέσεων στο πλαίσιο των οποίων η Επιτροπή στηρίχθηκε σε ελεγμένους λογαριασμούς του οικονομικού έτους 2004 που καταρτίσθηκαν κατ' εφαρμογήν εθνικών προτύπων.
- 110 Κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η Επιτροπή δεν επέρριψε στην προσφεύγουσα το βάρος αποδείξεως του αν η πράξη συγκεντρώσεως έχει κοινοτική ή εθνική διάσταση, αλλά ότι η Επιτροπή, αφενός, εξέτασε τη

διάσταση της εν λόγω πράξεως συγκεντρώσεως και εξέθεσε τους λόγους για τους οποίους ήταν επιβεβλημένο, εν προκειμένω, να στηριχθεί στους λογαριασμούς που καταρτίστηκαν σύμφωνα με τις ΓΛΑ (βλ., κατ' αναλογία, απόφαση EDP κατά Επιτροπής, σκέψη 93 ανωτέρω, σκέψη 73) και ότι, αφετέρου, διαπίστωσε ότι η προσφεύγουσα δεν προέβαλε επιχειρήματα δυνάμενα να θέσουν εν αμφιβόλω την ανάλυση αυτή.

- 111 Το ίδιο ισχύει όσον αφορά, δεύτερον, την προβαλλομένη ανάγκη να πραγματοποιηθεί μια σειρά προσαρμογών. Βεβαίως, τόσο ως προς την προσαρμογή «pass through» όσο και εκείνη που αφορά τις ανταλλαγές φυσικού αερίου, η Επιτροπή εκ νέου υποστήριξε, με την απόφαση (σημεία 32 και 38), ότι η Endesa δεν προσκόμισε επαρκή στοιχεία για να την πείσει ότι τέτοιες προσαρμογές των ελεγχμένων λογαριασμών της δικαιολογούνται δυνάμει του άρθρου 5 του κανονισμού και της ανακοινώσεως. Ωστόσο, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η Επιτροπή, ενώ αντέκρουσε τα επιχειρήματα της προσφεύγουσας, εξέθεσε τους λόγους για τους οποίους δεν θεώρησε σκόπιμο να πραγματοποιήσει τις προτεινόμενες προσαρμογές, χωρίς να προβεί σε αντιστροφή του βάρους αποδείξεως.
- 112 Έτσι, πρώτον, όσον αφορά την προσαρμογή «pass through», η Επιτροπή επισήμανε, με την απόφαση (σημεία 30 έως 36), ότι η ανακοίνωση δεν αναφέρεται στην έννοια του μεταकुλισθέντος εισοδήματος που (εν μέρει) προέρχεται από την πώληση προϊόντων και την παροχή υπηρεσιών. Η Επιτροπή πρόσθεσε ότι οι ισπανικές επιχειρήσεις διανομής ηλεκτρικής ενέργειας δεν μπορούν να εξομοιωθούν με επιχειρήσεις που περιορίζονται να διαδραματίσουν ρόλο ενδιάμεσου και των οποίων ο κύκλος εργασιών αποτελείται μόνον από το ποσό των εισπραττομένων προμηθειών. Εξάλλου, η Επιτροπή παρατήρησε ότι τον κίνδυνο μη καταβολής από τους τελικούς καταναλωτές του συμφωνηθέντος τιμήματος της παροχής ηλεκτρικής ενέργειας φέρουν οι εταιρίες διανομής και όχι οι διαχειριστές των δικτύων μεταφοράς, οι παραγωγοί ηλεκτρικής ενέργειας ή η κοινοπραξία.
- 113 Δεύτερον, όσον αφορά την προσαρμογή σχετικά με τις ανταλλαγές φυσικού αερίου, η Επιτροπή θεώρησε, με την απόφαση (σημεία 37 έως 40), ότι οι εν λόγω ανταλλαγές έπρεπε να θεωρηθούν ως πράξεις με τις οποίες η Endesa πωλεί και αγοράζει αντίστοιχη ποσότητα φυσικού αερίου, πράγμα που αποδεικνύεται από το

γεγονός ότι οι πράξεις αυτές αποτελούν αντικείμενο χωριστής τιμολογήσεως. Επιπλέον, η Επιτροπή ανέφερε ότι το γεγονός ότι η τιμή πώλησεως και αγοράς είναι ίδια δεν ασκεί επιρροή συναφώς και σημαίνει μόνον ότι η Endesa δεν έχει κανένα περιθώριο κέρδους ως προς τις πράξεις αυτές, εξεταζόμενες στο σύνολό τους.

- 114 Από τα ανωτέρω απορρέει ότι η Επιτροπή δεν επέρριψε στην προσφεύγουσα ούτε το βάρος αποδείξεως όσον αφορά τις ως άνω προσαρμογές. Αντιθέτως, η Επιτροπή εξέτασε τις προτεινόμενες προσαρμογές και εξέθεσε τους λόγους για τους οποίους θεώρησε ότι δεν πρέπει να τις πραγματοποιήσει.
- 115 Εξάλλου, πρέπει να επισημανθεί ότι η Επιτροπή δεν είναι υποχρεωμένη να βεβαιώνεται αυτεπαγγέλτως σε κάθε περίπτωση ότι οι ελεγμένοι λογαριασμοί που της προσκομίσθηκαν ανταποκρίνονται πιστά στην πραγματικότητα και να προβαίνει στην εξέταση όλων των προβλεπομένων προσαρμογών. Η Επιτροπή οφείλει να εξετάζει τις εν λόγω προσαρμογές, όπως έπραξε εν προκειμένω, μόνον όταν επισύρεται η προσοχή της σε ειδικά προβλήματα.
- 116 Τέλος, η προσφεύγουσα υποστηρίζει, τρίτον, ότι κανένα στοιχείο του φακέλου που προσκομίσθηκε ενώπιον της Επιτροπής δεν παρέχει τη δυνατότητα να υποστηριχθεί ότι τα πληροφοριακά στοιχεία που παρέσχε ήσαν ανεπαρκή. Επιπλέον, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, μετά την περάτωση διαδικασίας που διήρκεσε περίπου δύο μήνες, κατά τη διάρκεια της οποίας συνεργάστηκε όσο το δυνατόν στενότερα με την Επιτροπή και κατά τη διάρκεια της οποίας η τελευταία μπορούσε να της ζητήσει οποιοδήποτε συμπληρωματικό πληροφοριακό στοιχείο που θεωρούσε ότι ήταν λυσιτελές, δεν μπορεί να υποστηριχθεί ότι τα προσκομισθέντα πληροφοριακά στοιχεία ήσαν ανεπαρκή.
- 117 Συναφώς, αρκεί η παρατήρηση ότι η Επιτροπή ουδόλως περιορίστηκε, με την απόφαση, να υποστηρίξει ότι τα προσκομισθέντα από την Endesa πληροφοριακά στοιχεία ήσαν ανεπαρκή. Επιπλέον, όπως παρατηρεί η Επιτροπή, η διεξαχθείσα κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ενώπιόν της συζήτηση ήταν κατ' ουσίαν νομικής φύσεως και αφορούσε την ερμηνεία των εφαρμοστέων διατάξεων. Από το σκεπτικό της αποφάσεως με το οποίο απορρίφθηκαν η συνεκτίμηση των λογαριασμών που καταρτίστηκαν σύμφωνα με τα πρότυπα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ και οι προτεινόμενες

προσαρμογές προκύπτει ότι η Επιτροπή δεν προσήψε στην προσφεύγουσα ότι δεν της παρέσχε τα αναγκαία πραγματικά πληροφοριακά στοιχεία, αλλά διαπίστωσε ότι τα επιχειρήματα της προσφεύγουσας δεν ήσαν πειστικά.

- 118 Εν πάση περιπτώσει, στον βαθμό που η Endesa υποστήριξε ότι έπρεπε να μη χρησιμοποιηθούν οι ελεγμένοι λογαριασμοί της και να πραγματοποιηθούν προσαρμογές που δεν αντιστοιχούσαν σε συνήθη πρακτική και δεν προβλέπονταν από κανένα εφαρμοστέο νομοθετικό κείμενο, η εν λόγω εταιρία βρισκόταν σε θέση καταγγέλλοντος κατά την έννοια της απόφασης Schlüsselerlag J. S. Moser κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 66 ανωτέρω. Υπό τις συνθήκες αυτές, σ' αυτήν εναπέκειτο να διευκρινίσει τα επιχειρήματά της και να αποδείξει το βάσιμο των εν λόγω επιχειρημάτων, λαμβανομένης υπόψη, ιδίως, της επιταγής της ταχύτητας που χαρακτηρίζει τις διαδικασίες ελέγχου των συγκεντρώσεων επιχειρήσεων. Η προσφεύγουσα δεν μπορεί να επικρίνει την ύπαρξη προβαλλομένης αντιστροφής του βάρους αποδείξεως, πολλώ μάλλον εφόσον επροτίθετο να αμφισβητήσει τη δική της λογιστική οργάνωση και έπρεπε, κατά συνέπεια, να έχει ακριβή γνώση όλων των σχετικών στοιχείων.
- 119 Από τις ανωτέρω σκέψεις προκύπτει ότι ο δεύτερος λόγος ακυρώσεως είναι αβάσιμος.

*Επί του τρίτου λόγου ακυρώσεως, που αντλείται από το ότι δεν χρησιμοποιήθηκαν οι λογαριασμοί που καταρτίστηκαν σύμφωνα με τα λογιστικά πρότυπα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ*

- 120 Η προσφεύγουσα χωρίζει σε τρία σκέλη τον λόγο ακυρώσεως που προέβαλε, τα οποία αντλούνται, αντιστοίχως, από το ότι δεν χρησιμοποιήθηκαν τα πρότυπα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ ως μόνα ισχύοντα λογιστικά πρότυπα, από την υπεροχή των λογιστικών προτύπων ΔΛΠ/ΔΠΧΠ και, τέλος, από τις νομικές πλάνες και τις πρόδηλες πλάνες εκτιμήσεως που επηρεάζουν την απόρριψη των λογαριασμών που καταρτίστηκαν σύμφωνα με τα λογιστικά πρότυπα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ.



Επί του πρώτου σκέλους, που αντλείται από το ότι δεν χρησιμοποιήθηκαν τα πρότυπα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ ως μόνα ισχύοντα λογιστικά πρότυπα

— Επιχειρήματα των διαδίκων

- 121 Η Endesa ισχυρίζεται ότι η Επιτροπή δεν απεφάνθη επί του γεγονότος ότι, την ημέρα που ανακοινώθηκε η ΔΠΕ, στις 5 Σεπτεμβρίου 2005, τα μόνα ισχύοντα λογιστικά πρότυπα ήσαν τα πρότυπα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ. Κατόπιν της υποκαταστάσεως όλων των εθνικών λογιστικών συντεταγμένων από τα πρότυπα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ, οι μόνοι ενοποιημένοι λογαριασμοί που μπορούσαν να ληφθούν υπόψη για τον καθορισμό της κοινοτικής διαστάσεως της συγκεντρώσεως ήσαν εκείνοι που καταρτίσθηκαν σύμφωνα με τα ισχύοντα λογιστικά πρότυπα.
- 122 Η Endesa παρατηρεί ότι η κοινοτική διάσταση μιας πράξεως συγκεντρώσεως πρέπει να καθορίζεται κατά την ημερομηνία δημιουργίας της υποχρέωσης κοινοποίησης. Στην προκειμένη περίπτωση, η υποχρέωση κοινοποίησης δημιουργήθηκε κατά την ημερομηνία ανακοινώσεως της ΔΠΕ. Σύμφωνα με το άρθρο 5 του κανονισμού, ο κύκλος εργασιών περιλαμβάνει τα ποσά που απορρέουν από την πώληση προϊόντων και την παροχή υπηρεσιών που αντιστοιχούν στις συνήθεις δραστηριότητες του τελευταίου οικονομικού έτους. Η ως άνω αναφορά στις δραστηριότητες του τελευταίου οικονομικού έτους αποτελεί μόνον μια τυπική συνθήκη στην οποία προσέφυγε ο νομοθέτης ενώπιον της αδυναμίας να ληφθεί υπόψη ο κύκλος εργασιών του τρέχοντος οικονομικού έτους κατά την κοινοποίηση της πράξεως συγκεντρώσεως. Το γεγονός ότι είναι υποχρεωτικό να γίνει αναφορά, για πρακτικούς λόγους, στο προηγούμενο οικονομικό έτος, δεν σημαίνει ότι πρέπει ή μπορούν να εφαρμοσθούν καταργηθέντες κανόνες δικαίου ή προϊσχύσαντα λογιστικά πρότυπα.
- 123 Για τον καθορισμό του κύκλου εργασιών με σκοπό να αποδειχθεί η κοινοτική διάσταση της πράξεως συγκεντρώσεως, είναι απαραίτητο, κατά συνέπεια, να θεωρηθεί ότι τα μόνα έγκυρα λογιστικά πρότυπα ήσαν εκείνα που ίσχυαν κατά την ημερομηνία κατά την οποία ανακοινώθηκε η ΔΠΕ της Gas Natural. Δεδομένου ότι

οι συμπεφωνημένοι λογαριασμοί υφίσταντο κατά την ημερομηνία αυτή και ότι, επιπλέον, οι λογαριασμοί αυτοί ήσαν δημόσιοι και οριστικοί, η Επιτροπή όφειλε να χρησιμοποιήσει αποκλειστικώς τους εν λόγω λογαριασμούς όταν προέβη στην εκτίμηση της κοινοτικής διαστάσεως της συγκεντρώσεως.

124 Η απόφαση δεν έλαβε υπόψη το γεγονός ότι ο καθορισμός του κύκλου εργασιών σε ευρωπαϊκό επίπεδο ακολουθεί πολύ διαφορετικές αρχές από εκείνες που υφίστανται σε άλλα νομικά συστήματα, όπως σε εκείνο των Ηνωμένων Πολιτειών. Στο τελευταίο, η αρμοδιότητα στον τομέα των συγκεντρώσεων καθορίζεται, επίσης, βάσει των αποτελεσμάτων του προηγούμενου οικονομικού έτους, αλλά χωρίς να λαμβάνεται υπόψη ό,τι συνέβη μετά την περάτωση του εν λόγω οικονομικού έτους. Αντιθέτως, ο κοινοτικός νομοθέτης προτίμησε να χρησιμοποιήσει το κριτήριο της πραγματικής οικονομικής ισχύος των οικείων επιχειρήσεων κατά το χρονικό σημείο της κοινοποιήσεως.

125 Η Επιτροπή, υποστηριζόμενη από τους παρεμβαίνοντες, ισχυρίζεται ότι η επίκληση του γεγονότος ότι η νέα λογιστική κανονιστική ρύθμιση ίσχυε τον Σεπτέμβριο του 2005 αποσκοπεί μόνο στο να αποκρύψει ότι οι λογαριασμοί του 2004 έπρεπε υποχρεωτικώς να καταρτισθούν σύμφωνα με τις ΓΛΑ.

— Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

126 Η Endesa υποστηρίζει ότι η Επιτροπή δεν έλαβε υπόψη το γεγονός ότι, την ημέρα που ανακοινώθηκε η ΔΠΕ, τα μόνα ισχύοντα λογιστικά πρότυπα ήσαν τα πρότυπα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ, πράγμα που συνεπάγεται ότι η απόφαση είναι άκυρη.

127 Πρέπει να υπομνησθεί ότι, σύμφωνα με το άρθρο 5 του κανονισμού, «[ο] συνολικός κύκλος εργασιών [...] περιλαμβάνει τα ποσά που απορρέουν από την πώληση προϊόντων και την παροχή υπηρεσιών από συμμετέχουσες επιχειρήσεις κατά τη διάρκεια του τελευταίου οικονομικού έτους και που αντιστοιχούν στις συνήθεις δραστηριότητές τους».

- 128 Όπως δέχεται η προσφεύγουσα, ο κανονισμός αναφέρεται κατ' ανάγκην, για πρακτικούς λόγους, στον κύκλο εργασιών του προηγούμενου οικονομικού έτους. Αυτό οφείλεται στο ότι συνήθως υφίστανται ελεγμένοι λογαριασμοί μόνον για το τελευταίο πλήρες οικονομικό έτος, λαμβανομένου υπόψη ότι οι λογαριασμοί των πλέον πρόσφατων περιόδων στερούνται των εγγυήσεων που παρέχουν οι ελεγμένοι λογαριασμοί.
- 129 Εν προκειμένω, δεν αμφισβητείται ότι οι λογαριασμοί του τελευταίου οικονομικού έτους, κατά την έννοια του άρθρου 5 του κανονισμού, είναι εκείνοι που αφορούν το οικονομικό έτος 2004. Πρέπει, επίσης, να υπομνησθεί ότι μια επιχείρηση που υποχρεούται να καταρτίζει ετήσιους λογαριασμούς υποκείμενους σε έλεγχο διαθέτει μόνον ένα είδος επίσημων λογαριασμών, ήτοι εκείνων που καταρτίστηκαν και ελέγχθηκαν σύμφωνα με την εφαρμοστέα νομοθεσία. Πάντως, δεν μπορεί να αμφισβητηθεί ότι οι ετήσιοι λογαριασμοί της προσφεύγουσας για το οικονομικό έτος 2004, που υπήγοντο στην υποχρέωση ελέγχου, έπρεπε επιτακτικώς να καταρτισθούν σύμφωνα με τις ισπανικές ΓΛΑ. Αν η προσφεύγουσα είχε υποβάλει, για το οικονομικό έτος 2004, λογαριασμούς καταρτισθέντες σύμφωνα με τα πρότυπα ΔΠΧΠ, δεν θα είχε τηρήσει, εξάλλου, τις εκ του νόμου υποχρεώσεις της στην Ισπανία. Σύμφωνα με το άρθρο 4 του κανονισμού 1606/2002, τα πρότυπα ΔΠΧΠ είναι εφαρμοστέα και υποχρεωτικά μόνον από το οικονομικό έτος 2005. Ο «συμβιβασμός» των λογαριασμών του οικονομικού έτους 2004 με τις αρχές των ΔΠΧΠ προβλέπεται από τον κανονισμό 707/2004 μόνον προκειμένου να διευκολύνει τη μετάβαση από τα προϊσχύσαντα στα νέα πρότυπα παρέχοντας στους μετόχους και τους επενδυτές ένα σημείο αναφοράς με το οποίο μπορούν να συγκρίνουν τους λογαριασμούς του οικονομικού έτους 2005, οι οποίοι είναι οι πρώτοι λογαριασμοί που καταρτίστηκαν σύμφωνα με τα νέα πρότυπα. Επιπλέον, οι «συμπεφωνημένοι» λογαριασμοί του οικονομικού έτους 2004, οι οποίοι καταρτίστηκαν με μοναδικό σκοπό τη σύγκριση, δεν παρέχουν τις ίδιες εγγυήσεις με τους επίσημους λογαριασμούς που καταρτίστηκαν σύμφωνα με τις ΓΛΑ και υποβλήθηκαν σε έλεγχο. Συνεπώς, το επιχείρημα της προσφεύγουσας που αντλείται από το ότι η νέα λογιστική κανονιστική ρύθμιση των ΔΠΧΠ ίσχυε κατά την ημερομηνία ανακοινώσεως της ΔΠΕ στις 5 Σεπτεμβρίου 2005 είναι άλυσιτελές.
- 130 Επιπλέον, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι η επιχειρηματολογία της προσφεύγουσας θα οδηγούσε, κάθε φορά που επέρχονται μεταβολές της λογιστικής κανονιστικής ρυθμίσεως, στο να παρακάμπτονται οι επίσημοι ελεγμένοι λογαριασμοί και στο να απαιτείται η εκ νέου κατάρτιση των λογαριασμών αυτών σύμφωνα με τις αρχές που κατέστησαν εφαρμοστέες κατά το χρονικό σημείο κατά το οποίο δημιουργήθηκε η υποχρέωση κοινοποιήσεως, πράγμα που δεν είναι ούτε εύλογο ούτε συνετό κατά το μέτρο που οι ως άνω νέοι μη ελεγμένοι λογαριασμοί δεν παρέχουν τις ίδιες εγγυήσεις με τους επίσημους λογαριασμούς που υπάγονται σε έλεγχο.

- 131 Η προσφεύγουσα εσφαλμένως υποστηρίζει, επίσης, ότι η Επιτροπή εφάρμοσε καταργηθέντες κανόνες δικαίου. Στην πραγματικότητα, η Επιτροπή δεν εφαρμόζει κανένα λογιστικό πρότυπο, αλλά αναφέρεται, όπως της επιβάλλει ο κανονισμός, στους αφορώντες το τελευταίο οικονομικό έτος λογαριασμούς των επιχειρήσεων, που συνιστούν ένα γεγονός του παρελθόντος και πρέπει να εκτιμώνται σύμφωνα με τα πρότυπα που ήσαν εφαρμοστέα επ' αυτών. Εν προκειμένω, δεδομένου ότι οι λογαριασμοί της προσφεύγουσας για το οικονομικό έτος 2004 έπρεπε, όπως διαπιστώθηκε ανωτέρω, να καταρτισθούν σύμφωνα με τις ΓΛΑ, η προσφεύγουσα δεν μπορεί να ισχυρισθεί ότι η Επιτροπή αγνόησε το χρονικό πεδίο εφαρμογής των εν λόγω προτύπων. Δεδομένου ότι ο κανονισμός 1606/2002 κατέστησε υποχρεωτική την εφαρμογή των προτύπων ΔΠΧΠ μόνον από το χρονικό σημείο καταρτίσεως των λογαριασμών του οικονομικού έτους 2005, ακριβώς ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, αντιθέτως, θα οδηγούσε στο να τους προσδοθεί αναδρομική ισχύς μέσω της εφαρμογής τους επί των λογαριασμών του οικονομικού έτους 2004. Ούτε ο κανονισμός 1606/2002 ούτε ο κανονισμός 707/2004 παρέχουν, εξάλλου, τη δυνατότητα να υποτεθεί ότι ο κοινοτικός νομοθέτης είχε την πρόθεση να παρακάμψει τους επίσημους λογαριασμούς που καταρτίστηκαν σύμφωνα με τα ισχύοντα εθνικά λογιστικά πρότυπα και να τους αντικαταστήσει, κατά γενικό τρόπο ή για τους σκοπούς του κανονισμού περί ελέγχου των συγκεντρώσεων, με τους λογαριασμούς του οικονομικού έτους 2004 που συμβιβάστηκαν με τα ΔΠΧΠ και καταρτίστηκαν μόνο για λόγους συγκρίσεως.
- 132 Τέλος, όσον αφορά το επιχείρημα ότι η απόφαση δεν έλαβε υπόψη το γεγονός ότι ο καθορισμός του κύκλου εργασιών σε ευρωπαϊκό επίπεδο ακολουθεί διαφορετικές αρχές από εκείνες που υφίστανται σε άλλα νομικά συστήματα, επιβάλλεται, ευθύς εξ αρχής, η παρατήρηση ότι το αμερικανικό σύστημα απλώς επιβεβαιώνει την ανάγκη να υπάρχει η δυνατότητα να προσδιοριστεί, κατά τρόπο ταχύ και προβλέψιμο, αν μια συγκέντρωση πρέπει να κοινοποιηθεί και, ενδεχομένως, σε ποια αρχή. Εν συνεχεία, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι, καίτοι, σε αντίθεση με το σύστημα των Ηνωμένων Πολιτειών, το κοινοτικό σύστημα παρέχει τη δυνατότητα να λαμβάνονται υπόψη περιστατικά που επισυνέβησαν κατά τη λειτουργία της επιχειρήσεως μετά την περάτωση του τελευταίου λογιστικού έτους, όπως εκποιήσεις στοιχείων ή εξαγορές επιχειρήσεων κατά τη διάρκεια του τρέχοντος οικονομικού έτους, η υπόθεση αυτή αποσκοπεί, κατ' αρχήν, όπως προκύπτει από την ανακοίνωση, στο να λαμβάνονται υπόψη οι μεταβολές που επήλθαν στην οικονομική κατάσταση της επιχειρήσεως και όχι στο να διεξαχθεί πλήρης αναθεώρηση της λογιστικής επεξεργασίας μιας οικονομικής πραγματικότητας που παρέμεινε σταθερή. Αν η εφαρμογή του κοινοτικού κανονισμού περί συγκεντρώσεων εξηρτάτο, σε κάθε περίπτωση, από μια πλήρη επανεξέταση, εκ μέρους της Επιτροπής, της λογιστικής οργανώσεως των οικείων επιχειρήσεων, τούτο θα αντέβαινε στις επιταγές της ασφαλείας δικαίου και της ταχύτητας τις οποίες επιδιώκει ο κοινοτικός νομοθέτης.
- 133 Συνεπώς, το πρώτο σκέλος του τρίτου λόγου ακυρώσεως πρέπει να απορριφθεί.

Επί του δευτέρου σκέλους, που αντλείται από την υπεροχή των λογιστικών προτύπων ΔΛΠ/ΔΠΧΠ

— Επιχειρήματα των διαδίκων

- 134 Η Endesa υποστηρίζει ότι η Επιτροπή όφειλε, τουλάχιστον, να προσδιορίσει ποια λογιστικά πρότυπα, τα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ ή οι ΓΛΑ, παρείχαν τη δυνατότητα να καθορισθεί όσο το δυνατόν ακριβέστερα ο πραγματικός κύκλος εργασιών που αντιστοιχεί στο λογιστικό έτος 2004. Η Endesa προσθέτει ότι, για τον σκοπό αυτό, η Επιτροπή όφειλε απλώς να αναλύσει τα χαρακτηριστικά των διαφόρων λογιστικών προτύπων και των δύο λογιστικών καταστάσεων που ήσαν στη διάθεσή της, λαμβανομένου υπόψη ότι αμφότερες οι εν λόγω λογιστικές καταστάσεις ήσαν έγκυρες, νόμιμες και οριστικές.
- 135 Κατά την Endesa, αν είχε πραγματοποιηθεί η ανάλυση αυτή, θα οδηγούσε κατ' ανάγκην στο να προτιμηθούν οι λογαριασμοί ΔΛΠ/ΔΠΧΠ, κατά το μέτρο που οι ως άνω λογαριασμοί δίδουν προτεραιότητα στην ουσία παρά στον τύπο, σε αντίθεση με τα πρότυπα τα οποία γίνονται δεκτά από τις ΓΛΑ και τα οποία πράττουν ακριβώς το αντίθετο: ορισμένες συναλλαγές, αν και στερούνται πραγματικού οικονομικού περιεχομένου, καταχωρίζονται στους λογαριασμούς βάσει αμιγώς τυπικών στοιχείων.
- 136 Η Endesa επισημαίνει ότι η αιτιολογία της αποφάσεως (σημείο 20) έχει ως σημείο εκκινήσεως την ένδειξη ότι η γενική αρχή έγκειται στο ότι ο κύκλος εργασιών πρέπει να υπολογίζεται βάσει των ελεγμένων λογαριασμών της επιχειρήσεως, λαμβανομένου υπόψη ότι η Επιτροπή μπορεί να παρακάμψει την αρχή αυτή μόνο σε εξαιρετικές περιστάσεις. Η ως άνω συλλογιστική είναι προδήλως εσφαλμένη. Όχι μόνο δίδει την εντύπωση ότι υποθέτει ότι η υποχρέωση της Επιτροπής να καθορίζει ορθώς την κοινοτική διάσταση περιορίζεται σε μια απλή εξακρίβωση των ελεγμένων λογαριασμών των οικείων επιχειρήσεων, αλλά στηρίζεται επιπροσθέτως σε μια εσκεμμένως ατελή ερμηνεία των πρακτικών της Επιτροπής και της ανακοινώσεως ως εκ του ότι προσδίδει την ίδια σπουδαιότητα στους ελεγμένους λογαριασμούς με εκείνη που προσδίδει σε άλλους οριστικούς λογαριασμούς. Με την απόφαση, η Επιτροπή υπενθυμίζει το σημείο 26 της ανακοινώσεως, αλλά λησμονεί, με την

αιτιολογία της, ότι το εν λόγω άρθρο αναφέρεται στους ελεγμένους λογαριασμούς, αλλά και σε «άλλους οριστικούς λογαριασμούς», λαμβανομένου υπόψη ότι μόνο σε εξαιρετικές περιστάσεις μπορούν να χρησιμοποιηθούν μη οριστικοί λογαριασμοί.

137 Η Endesa υποστηρίζει ότι η απόφαση συνιστά απαράδεκτη παραίτηση της Επιτροπής από τις υποχρεώσεις που της επιβάλλει το κοινοτικό δίκαιο, το οποίο την υποχρεώνει να ασκεί τις αποκλειστικές αρμοδιότητές της χωρίς να οχυρώνεται πίσω από τεκμήρια περί της υποτιθέμενης συμφωνίας των ελεγμένων λογαριασμών. Το τεκμήριο αυτό, το οποίο είναι δημιούργημα *ad hoc* της Επιτροπής, δεν υποστηρίζεται από καμία διάταξη του κανονισμού, ο οποίος αποφεύγει όχι μόνο να αναφερθεί στο αν οι λογαριασμοί ελέγχθηκαν ή όχι, αλλά περιέχει επιπροσθέτως μια ακριβή και άνευ όρων υποχρέωση, την οποία υπέχει η Επιτροπή, να καθορίζει σε κάθε περίπτωση τον πραγματικό κύκλο εργασιών των οικείων επιχειρήσεων. Η αναφορά στους ελεγμένους λογαριασμούς εμφανίζεται μόνο στην ανακοίνωση της Επιτροπής, η οποία δεν μπορεί, σε καμία περίπτωση, να τροποποιήσει το περιεχόμενο ή την έκταση του κανονισμού. Η ελάχιστη σύγκρουση μεταξύ των δύο κανόνων υπόκειται στην αρχή της ιεραρχίας των κανόνων δικαίου (αποφάσεις του Δικαστηρίου της 28ης Ιανουαρίου 1992, C-266/90, *Soba*, Συλλογή 1992, σ. I-287, της 16ης Ιουνίου 1994, C-322/93 P, *Peugeot* κατά Επιτροπής, Συλλογή 1994, σ. I-2727, και του Πρωτοδικείου της 12ης Δεκεμβρίου 1996, T-380/94, *AIUFFASS* και *AKT* κατά Επιτροπής, Συλλογή 1996, σ. II-2169). Όμως, εν προκειμένω, η ανακοίνωση θέτει στο ίδιο επίπεδο τους ελεγμένους λογαριασμούς και άλλους οριστικούς λογαριασμούς, ήτοι εκείνους που αφορούν ένα πλήρες και περατωθέν φορολογικό έτος.

138 Επιπλέον, η Endesa παρατηρεί ότι η θέση της Επιτροπής επί του ζητήματος αυτού έρχεται σε αντίφαση με την πρακτική της. Έτσι, σε μια προηγούμενη υπόθεση (M.705 *Deutsche Telekom/SAP*), η Επιτροπή δέχθηκε τη χρησιμοποίηση των πλέον πρόσφατων μη ελεγμένων λογαριασμών, καθόσον παρουσίαζαν σημαντικές διαφορές με τους ελεγμένους λογαριασμούς και ήσαν οι μόνοι που απεδείκνυαν την κοινοτική διάσταση της πράξεως συγκεντρώσεως. Η Επιτροπή δέχθηκε, επίσης, τη χρησιμοποίηση μη ελεγμένων λογαριασμών στην υπόθεση M.2340 *EDP/Cajastur/Caser/Hidroelectrica del Cantabrico*.

139 Η Endesa ισχυρίζεται ότι η Επιτροπή υπέπεσε σε συμπληρωματική πλάνη ως εκ του ότι θεώρησε ότι οι ενοποιημένοι λογαριασμοί της Endesa που καταρτίστηκαν σύμφωνα με τα πρότυπα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ και οι οποίοι ανακοινώθηκαν στην αγορά πέντε μήνες πριν από την αναγγελία της ΔΠΕ δεν συνιστούσαν οριστικούς λογαριασμούς. Η Επιτροπή δεν έλαβε υπόψη το γεγονός ότι οι λογαριασμοί ΔΛΠ/ΔΠΧΠ αποτελούσαν προσέγγιση των ελεγμένων λογαριασμών του 2004 με

τα νέα λογιστικά πρότυπα, ούτε το γεγονός ότι όλες οι εισηγμένες στο χρηματιστήριο επιχειρήσεις υπέβαλαν στην Comisión Nacional del Mercado de Valores (εθνική επιτροπή αγοράς αξιών, στο εξής: CNMV) τους ενοποιημένους λογαριασμούς τους του 2004 που αποτέλεσαν αντικείμενο προσεγγίσεως με τα λογιστικά πρότυπα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ (στο εξής: συμπεφωνημένοι λογαριασμοί) καθώς και όλα τα περιοδικά πληροφοριακά στοιχεία για το οικονομικό έτος 2004, ούτε το γεγονός ότι η αγορά εκλαμβάνει τους τελευταίους αυτούς λογαριασμούς ως στοιχείο αναφοράς.

140 Έτσι, η Επιτροπή όχι μόνον παρέβη τους κανόνες περί αρμοδιότητας, ως εκ του ότι εισήγαγε ένα ανύπαρκτο τεκμήριο στον κανονισμό, υπέρ των ελεγμένων λογαριασμών, αλλά υπέπεσε, επίσης, σε πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως ως εκ του ότι θεώρησε ότι οι λογαριασμοί ΔΛΠ/ΔΠΧΠ δεν ήταν οριστικοί. Επιπλέον, η αιτιολογία επί του ζητήματος αυτού είναι αντιφατική, εφόσον η Επιτροπή υποστηρίζει, αφενός, ότι οι λογαριασμοί ΔΛΠ/ΔΠΧΠ δεν λαμβάνονται υπόψη, καθόσον δεν έχουν ελεγχθεί (λησμονώντας την αναφορά σε «άλλους οριστικούς λογαριασμούς» η οποία περιέχεται στο σημείο 26 της ανακοινώσεως) και ισχυρίζεται, αφετέρου, ότι ο λόγος απορρίψεως των ως άνω λογαριασμών είναι ότι αυτοί δεν είναι οριστικοί. Κατά συνέπεια, η απόφαση πρέπει να ακυρωθεί λόγω των ως άνω πλημμελειών και κατά το μέτρο που δεν καθορίζει ποιοι είναι οι εγγύτεροι στις απαιτήσεις του άρθρου 5 του κανονισμού ενοποιημένοι λογαριασμοί του 2004.

141 Η Επιτροπή, υποστηριζόμενη από τους παρεμβαίνοντες, ισχυρίζεται ότι η προσφεύγουσα εκκινεί από την εσφαλμένη υπόθεση ότι οι ΓΛΑ και οι λογαριασμοί ΔΛΠ/ΔΠΧΠ για το έτος 2004 έχουν ταυτόσημο καθεστώς και προσθέτει ότι οι λογαριασμοί ΔΛΠ/ΔΠΧΠ για το έτος 2004 που υποβλήθηκαν από την προσφεύγουσα δεν μπορούν να θεωρηθούν ως οριστικοί.

— Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

142 Όσον αφορά, πρώτον, τον προβαλλόμενο πλέον ενδεδειγμένο χαρακτήρα των συμπεφωνημένων λογαριασμών της προσφεύγουσας, πρέπει να υπομνησθεί, κατ' αρχάς, ότι η Επιτροπή παρέθεσε, στα σημεία 19 έως 27 της αποφάσεως, τους λόγους για τους οποίους ο κύκλος εργασιών της προσφεύγουσας έπρεπε να καθορισθεί βάσει των επισήμων λογαριασμών που καταρτίστηκαν σύμφωνα με τις ΓΛΑ παρά

βάσει των συμπεφωνημένων λογαριασμών. Όπως διαπιστώθηκε ανωτέρω, η Επιτροπή ορθώς επισήμανε, επ' αυτού, ότι η Endesa ήταν υποχρεωμένη εκ του νόμου να καταρτίσει τους επίσημους ενοποιημένους λογαριασμούς της για το οικονομικό έτος 2004 σύμφωνα με τις ΓΛΑ, ότι η ως άνω απαίτηση ήταν σύμφωνη με τους τότε ισχύοντες κοινοτικούς λογιστικούς κανόνες και ότι οι συμπεφωνημένοι λογαριασμοί έπρεπε να καταρτισθούν μόνο για λόγους συγκρίσεως.

- 143 Εν συνεχεία, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι, όπως εκτίθεται στα σημεία 25 και 26 της αποφάσεως, το επιχείρημα της προσφεύγουσας ότι οι λογιστικές αρχές ΔΠΧΠ αντικατοπτρίζουν κατά ακριβέστερο τρόπο την οικονομική ισχύ των επιχειρήσεων δεν μπορεί να γίνει δεκτό.
- 144 Αφενός, ο σκοπός που συνίσταται στην καταμέτρηση της οικονομικής ισχύος των επιχειρήσεων δεν υποχρεώνει την Επιτροπή να προβεί, σε μια μεμονωμένη περίπτωση εφαρμογής των άρθρων 1 και 5 του κανονισμού, σε γενική εκτίμηση της ουσίας των διαφόρων λογιστικών προσεγγίσεων που προβλέπονται από το κοινοτικό δίκαιο, και ιδίως όταν υφίστανται ελεγμένοι λογαριασμοί σε συνάρτηση με ένα μόνον από τα πρότυπα αυτά και όταν το εν λόγω πρότυπο ήταν ακριβώς εκείνο το οποίο απαιτείτο τόσο από το εθνικό δίκαιο όσο και από το τότε ισχύον κοινοτικό δίκαιο.
- 145 Αφετέρου, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι τα πρότυπα ΔΠΧΠ αντικατοπτρίζουν καλύτερα την οικονομική πραγματικότητα για τον λόγο ότι προσδίδουν μεγαλύτερη σημασία στην ουσία παρά στον τύπο σε αντίθεση με τα πρότυπα ΓΛΑ ουδόλως αποδείχθηκε. Όπως εκτίθεται στο σημείο 26 της αποφάσεως, το γεγονός ότι ο κοινοτικός νομοθέτης εκτίμησε ότι τα διεθνή λογιστικά πρότυπα που υιοθετήθηκαν με τον κανονισμό 1606/2002 έπρεπε να παρέχουν τη δυνατότητα σχηματισμού πιστής εικόνας της οικονομικής καταστάσεως των επιχειρήσεων δεν συνεπάγεται *ipso facto* ότι τα εν λόγω πρότυπα υπερέχουν από τεχνικής απόψεως για τους σκοπούς της εφαρμογής του άρθρου 5 του κανονισμού περί συγκεντρώσεων σε σχέση με τα εφαρμοστέα δυνάμει της νομοθεσίας των κρατών μελών έως την 1η Ιανουαρίου 2005 λογιστικά πρότυπα. Ο κανονισμός 1606/2002, που εκδόθηκε βάσει του άρθρου 95, παράγραφος 1, ΕΚ, συνιστά μέτρο εναρμονίσεως και δεν περιέχει καμία αξιολογική κρίση των διαφόρων εθνικών προτύπων. Επιπλέον, όπως υπογράμμισε η Gas Natural, πολλά ισπανικά λογιστικά πρότυπα



που εφαρμόζουν τις ΓΛΑ προβλέπουν ότι η ουσία πρέπει πάντοτε να υπερισχύει του τύπου και το γενικό λογιστικό σχέδιο υπογραμμίζει την αντίληψη περί «πιστής εικόνας», που συνιστά απόρροια ενός «μηχανισμού ικανού να εκφράσει την οικονομική πραγματικότητα των πραγματοποιηθεισών συναλλαγών».

146 Όσον αφορά, δεύτερον, το επιχείρημα της προσφεύγουσας ότι οι συμπεφωνημένοι λογαριασμοί της πρέπει να θεωρηθούν ως «άλλοι οριστικοί λογαριασμοί» κατά την έννοια του σημείου 26 της ανακοίνωσης, πρέπει να υπομνησθεί ότι, όπως προκύπτει από την ανακοίνωση, ο κύκλος εργασιών των οικείων επιχειρήσεων πρέπει να υπολογίζεται βάσει αξιόπιστων, αντικειμενικών και ευκόλως προσδιοριζόμενων αριθμητικών στοιχείων. Ναι μεν το σημείο 26 της ανακοίνωσης διευκρινίζει ότι «κατά κανόνα, συνεπώς, η Επιτροπή αναφέρεται στους ελεγμένους ή άλλους οριστικούς λογαριασμούς [...]» και ότι η Επιτροπή «δεν προτίθεται να βασιστεί σε λογαριασμούς της διαχείρισης ή σε άλλου είδους προσωρινούς λογαριασμούς εκτός και αν πρόκειται για έκτακτες περιστάσεις», πλην όμως τούτο δεν σημαίνει ότι η ανακοίνωση ταυτίζει τους ελεγμένους λογαριασμούς με τους «άλλους οριστικούς λογαριασμούς». Το σημείο 26 της ανακοίνωσης δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι παρέχει πολλές επιλογές μεταξύ των οποίων μπορεί να επιλέξει ελεύθερα ο ενδιαφερόμενος, αλλά υπό την έννοια ότι αποσκοπεί στο να καλύψει ειδικές περιπτώσεις στις οποίες δεν υπάρχουν ελεγμένοι λογαριασμοί για το τελευταίο οικονομικό έτος. Εξάλλου, το σημείο 27 της ανακοίνωσης αναφέρεται μόνο στους ελεγμένους λογαριασμούς του πλέον πρόσφατου οικονομικού έτους και όχι σε «άλλους οριστικούς λογαριασμούς». Πάντως, εν προκειμένω, δεν αμφισβητείται ότι υπάρχουν ελεγμένοι λογαριασμοί για το οικονομικό έτος 2004 και, ως εκ τούτου, δεν συντρέχει λόγος να ληφθούν υπόψη άλλοι οριστικοί λογαριασμοί.

147 Εν πάση περιπτώσει, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η προσφεύγουσα δεν απέδειξε ότι οι συμπεφωνημένοι λογαριασμοί που υπέβαλε στην Επιτροπή είναι λογαριασμοί εκκαθαρισμένοι ή οριστικοί.

148 Συναφώς, αρκεί να υπομνησθεί το περιεχόμενο των παρατηρήσεων της Endesa που συνόδευαν τους συμπεφωνημένους λογαριασμούς της όταν αυτοί ανακοινώθηκαν στη CNMV στις 5 Απριλίου 2005. Στο τμήμα «Γενικές θεωρήσεις», η Endesa ισχυρίζεται ότι «[ο]ι ισολογισμοί και οι ενοποιημένοι λογαριασμοί των αποτελεσμάτων του οικονομικού έτους 2004, που καταρτίστηκαν σύμφωνα με τα κριτήρια αξιολογήσεως και ταξινομήσεως των ΔΛΠ/ΔΠΧΠ, αποτελούν έγγραφα pro forma που χρησιμεύουν μόνο για λόγους συγκρίσεως με εκείνα του 2005, πρώτου

οικονομικού έτους για το οποίο οι λογαριασμοί θα καταρτισθούν σύμφωνα με τα ΔΠΧΠ» (σ. 3, σημείο 1). Εξάλλου, η Endesa αναφέρει ότι υπάρχουν πολλές εξαιρέσεις κατά την πρώτη εφαρμογή των προτύπων ΔΛΠ/ΔΠΧΠ (σ. 13). Τέλος, με το νομικό υπόμνημα II (σ. 34), η Endesa εξηγεί ότι το Συμβούλιο των Διεθνών Λογιστικών Προτύπων (IASB) θα μπορούσε να δημοσιεύσει νέα πρότυπα εφαρμοστέα από την 1η Ιανουαρίου 2005, ότι δεν υπάρχει ακόμη αρμόδια αρχή που να μεριμνά για την ορθή εφαρμογή των προτύπων και με την οποία θα μπορούσαν να διαβουλευθούν οι ενδιαφερόμενοι επί του ζητήματος αυτού, ότι οι μεταβολές που ενδέχεται να προκύψουν από τα προαναφερθέντα καθώς και από την εξέλιξη της πρακτικής του τομέα μπορούν να επηρεάσουν, επίσης, τον τρόπο με τον οποίο η Επιτροπή ερμηνεύει τα πρότυπα και ότι, κατά συνέπεια, θα μπορούσαν να υπάρξουν τροποποιήσεις των πληροφοριακών στοιχείων που παρασχέθηκαν πριν από τη δημοσίευσή τους (το 2006) για λόγους συγκρίσεως στους ετήσιους λογαριασμούς του οικονομικού έτους 2005.

- 149 Υπό τις συνθήκες αυτές, πρέπει να θεωρηθεί ότι οι συμπεφωνημένοι λογαριασμοί που προσκόμισε η Endesa δεν μπορούν να θεωρηθούν ως «οριστικοί» λογαριασμοί κατά την έννοια της ανακοινώσεως.
- 150 Όσον αφορά τις δύο υποθέσεις τις οποίες επικαλέσθηκε η προσφεύγουσα και με τις οποίες η Επιτροπή δέχθηκε τη χρησιμοποίηση των πλέον πρόσφατων μη ελεγμένων λογαριασμών, αρκεί να αναφερθεί ότι, στις δύο αυτές υποθέσεις, η πράξη συγκεντρώσεως είχε κοινοποιηθεί στις αρχές του έτους (η πρώτη τον Φεβρουάριο του 1996 και η δεύτερη τον Φεβρουάριο του 2001) και ότι οι εν λόγω επιχειρήσεις δεν διέθεταν ακόμη ελεγμένους λογαριασμούς για το τελευταίο οικονομικό έτος. Κατά συνέπεια, έπρεπε να αποφασισθεί να χρησιμοποιηθούν είτε οι ελεγμένοι λογαριασμοί ενός προηγούμενου οικονομικού έτους (1994 και 1999, αντιστοίχως) είτε οι λογαριασμοί του τελευταίου οικονομικού έτους, που είχε ήδη περατωθεί, έστω και αν οι λογαριασμοί αυτοί δεν είχαν ακόμη ελεγχθεί. Εξάλλου, σε αμφότερες τις περιπτώσεις, οι παλαιότεροι λογαριασμοί δεν αντανάκλυσαν τις αφορώσες την οικονομική δραστηριότητα των επιχειρήσεων σημαντικές μεταβολές που επήλθαν κατά τη διάρκεια του τελευταίου οικονομικού έτους και η χρησιμοποίησή τους θα παραβίαζε το άρθρο 5 του κανονισμού. Επομένως, τα πραγματικά περιστατικά που ήσαν επίμαχα στις δύο αυτές υποθέσεις διακρίνονται κατά καθοριστικό τρόπο από τις περιστάσεις της υπό κρίση υποθέσεως.

- 151 Από τα προαναφερθέντα προκύπτει ότι οι λογαριασμοί τους οποίους υπέβαλε η Endesa και οι οποίοι καταρτίστηκαν σύμφωνα με τα πρότυπα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ δεν μπορούν να θεωρηθούν ως οριστικοί, οπότε τα επιχειρήματα ότι η Επιτροπή όφειλε να προτιμήσει τους εν λόγω λογαριασμούς δεν μπορούν, εν πάση περιπτώσει, να γίνουν δεκτά.
- 152 Από τις ανωτέρω σκέψεις προκύπτει ότι το δεύτερο σκέλος του τρίτου λόγου ακυρώσεως πρέπει να απορριφθεί.

Επί του τρίτου σκέλους, που αντλείται από νομικές πλάνες και από πρόδηλες πλάνες εκτιμήσεως που επηρεάζουν την απόρριψη των συμπεφωνημένων λογαριασμών

— Επιχειρήματα των διαδίκων

- 153 Η Endesa επικαλείται, πρώτον, τον προδήλως εσφαλμένο χαρακτήρα του σκεπτικού που έλαβε υπόψη η Επιτροπή για να απορρίψει τα επιχειρήματά της που αφορούσαν τη σκοπιμότητα της χρησιμοποίησης των συμπεφωνημένων λογαριασμών, δεύτερον, την ύπαρξη εξαιρετικών περιστάσεων, εν προκειμένω, που δικαιολογούν, εν πάση περιπτώσει, τη χρησιμοποίηση των συμπεφωνημένων λογαριασμών και, τρίτον, τον προδήλως εσφαλμένο χαρακτήρα του σκεπτικού της αποφάσεως που αφορά το προβαλλόμενο ασυμβίβαστο της χρησιμοποίησης των συμπεφωνημένων λογαριασμών με τον σκοπό της απλουστεύσεως, τη γενική αρχή της ασφαλείας δικαίου και την απαίτηση ομοιόμορφης εφαρμογής του κανονισμού.
- 154 Η Endesa υποστηρίζει, κατ' αρχάς, ότι η συλλογιστική που ακολουθήθηκε στο σημείο 24 της αποφάσεως είναι ατελής, καθόσον δεν λαμβάνει υπόψη το γεγονός ότι, σύμφωνα με τα ΔΠΧΠ-1 που υιοθετήθηκαν με τον κανονισμό 707/2004, η ημερομηνία μεταβάσεως στα πρότυπα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ είναι η 1η Ιανουαρίου 2004. Ακριβέστερα, ο κοινοτικός νομοθέτης έχει προβλέψει την υποχρέωση των εισηγμένων στο χρηματιστήριο επιχειρήσεων να καταρτίσουν ενοποιημένους και συμπεφωνημένους λογαριασμούς τουλάχιστον για το έτος 2004. Στην Ισπανία, η CNMV όρισε την 31η Αυγούστου 2005 ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής

των συμπεφωνημένων λογαριασμών για το οικονομικό έτος 2004. Η Endesa συμμορφώθηκε προς την υποχρέωση αυτή στις 5 Απριλίου 2005. Κατά συνέπεια, σε αντίθεση με τη μερική ανάγνωση στην οποία προέβη η Επιτροπή, η συνεπής και πλήρης ερμηνεία της προθέσεως του κοινοτικού νομοθέτη παρέχει τη δυνατότητα να συναχθεί ότι το λογιστικό έτος 2004 ήταν μια μεταβατική περίοδος κατά την οποία συνυπήρχαν δύο λογιστικά πρότυπα λόγω απαιτήσεως απορρέουσας εκ του νόμου.

155 Εν συνεχεία, η Endesa επισημαίνει ότι η Επιτροπή ισχυρίζεται, επίσης στο σημείο 24 της αποφάσεως, ότι οι λογαριασμοί ΔΛΠ/ΔΠΧΠ του οικονομικού έτους 2004 μπορούσαν να αποτελέσουν αντικείμενο τροποποιήσεων και είχαν αμιγώς συγκριτική αξία, λαμβανομένου υπόψη ότι η έλλειψη προβλεπόμενης εκ του νόμου υποχρέωσης να ελεγχθούν οι εν λόγω λογαριασμοί αποδεικνύει τον ισχυρισμό αυτό. Πάντως, η Επιτροπή δίδει την εντύπωση ότι αγνοεί ότι όλοι οι λογαριασμοί μιας επιχειρήσεως έχουν συγκριτικό σκοπό και ότι οι λογαριασμοί ΔΛΠ/ΔΠΧΠ του οικονομικού έτους 2004 καταρτίστηκαν σύμφωνα με υποχρέωση προβλεπόμενη από το κοινοτικό δίκαιο. Η ανυπαρξία υποχρέωσης να ελεγχθούν οι εν λόγω λογαριασμοί συνδέεται με τις ιδιαιτερότητες μιας μεταβατικής περιόδου. Συγκεκριμένα, θα ήταν παράλογο ο κοινοτικός ή ο εθνικός νομοθέτης να προσθέτει στα έξοδα της λογιστικής μεταβάσεως εκείνα της διεξαγωγής διττού ελέγχου για το ίδιο οικονομικό έτος, λαμβανομένου υπόψη ότι οι λογαριασμοί ΔΛΠ/ΔΠΧΠ του 2004 συνιστούν προσέγγιση με τους ελεγμένους λογαριασμούς του ίδιου λογιστικού έτους, που έχουν ταυτόσημη λογιστική και νομική ισχύ.

156 Κατά την Endesa, ο ισχυρισμός ότι τα πρότυπα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ θα μπορούσαν να υποστούν μεταβολές έως το τέλος του οικονομικού έτους 2005, πράγμα που θα εμπόδιζε, σύμφωνα με την απόφαση, το να θεωρηθούν ως οριστικά, συνιστά παράβαση των λογιστικών προτύπων που θέσπισε ο κοινοτικός νομοθέτης καθώς και των κανονισμών εφαρμογής που εξέδωσε η Επιτροπή κατά τους τελευταίους μήνες. Αφενός, το νέο λογιστικό σύστημα είναι εφαρμοστέο από την 1η Ιανουαρίου 2005 και το γεγονός ότι ορισμένοι λογιστικοί κανόνες του νέου συστήματος θεσπίστηκαν από την Επιτροπή μετά την εξαγγελία της ΔΠΕ δεν έχει επίπτωση επί του οριστικού χαρακτήρα των λογαριασμών, δεδομένου ότι οι συμπεφωνημένοι λογαριασμοί της Endesa καταρτίστηκαν βάσει βεβαίων και οριστικών στοιχείων, κατόπιν εφαρμογής των λογιστικών κανόνων που εχρησιμοποιούντο μέχρι τότε κατά την εφαρμογή των προτύπων ΔΛΠ/ΔΠΧΠ. Κατά την Endesa, το να θεωρηθεί ότι οι εν λόγω λογαριασμοί δεν είναι οριστικοί επειδή προστέθηκαν μεταγενε-

στέρωσ άλλοι κανόνες στο νέο νομικό πλαίσιο είναι εξίσου παράλογο με το να υποστηριχθεί ότι δεν υπάρχουν ποτέ οριστικοί λογαριασμοί, καθόσον η προσαρμογή και η ανάπτυξη ενός λογιστικού συστήματος είναι μια διαρκής διαδικασία.

- 157 Αφετέρου, οι κανόνες που θεσπίστηκαν πρόσφατα, με αναδρομική ισχύ, ουδόλως επηρεάζουν τους λογαριασμούς της Endesa, καθόσον αφορούν τον χρηματοπιστωτικό τομέα και τον τομέα των ασφαλίσεων, και όχι τον τομέα της ηλεκτρικής ενέργειας. Εξάλλου, οι τροποποιήσεις που αφορούν το ΔΛΠ 39 δεν έχουν καμία επίπτωση επί του καθορισμού του κύκλου εργασιών, κατά το μέτρο που αναφέρονται μόνο στη λογιστική επεξεργασία χρηματοοικονομικών μέσων. Επιπλέον, από την ημερομηνία κατά την οποία η Gas Natural ανήγγειλε τη ΔΠΕ της Endesa, καμία τροποποίηση των προτύπων ΔΛΠ/ΔΠΧΠ δυναμένη να επηρεάσει τη λογιστική απόδοση των εσόδων για τα οικονομικά έτη 2004 ή 2005 δεν θεσπίσθηκε και καμία δεν μπορεί να θεσπισθεί στο εξής.
- 158 Επομένως, κανένα επιχείρημα της Επιτροπής δεν παρέχει τη δυνατότητα να θεωρηθεί ότι οι ενοποιημένοι λογαριασμοί του οικονομικού έτους 2004 σύμφωνα με τα πρότυπα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ δεν είναι οριστικοί λογαριασμοί. Το να αναβληθεί η χρησιμοποίηση των λογαριασμών ΔΛΠ/ΔΠΧΠ του 2004 έως την περάτωση του οικονομικού έτους 2005 είναι προδήλως αντίθετο προς την πρόθεση του κοινοτικού νομοθέτη, που επέβαλε την εφαρμογή των κοινοτικών λογιστικών προτύπων από την 1η Ιανουαρίου 2005 και όχι από την 1η Ιανουαρίου 2006. Επομένως, όλα τα λογιστικά πληροφοριακά στοιχεία που οφείλουν οι εισηγμένες στο χρηματιστήριο επιχειρήσεις να δημοσιοποιήσουν στην αγορά κατά τη διάρκεια του έτους 2005, ανεξαρτήτως του αν τα εν λόγω πληροφοριακά στοιχεία αναφέρονται στο οικονομικό έτος 2005 ή 2004, ανακοινώνονται αποκλειστικώς σύμφωνα με τα πρότυπα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ.
- 159 Η Endesa καταλήγει ότι, έστω και αν θεσπισθούν τροποποιήσεις, καθόσον η τελειοποίηση ενός λογιστικού συστήματος είναι μια διαρκής διαδικασία, γεγονός παραμένει ότι, όπως αναγνώρισε επανειλημμένως η Επιτροπή, «δυνάμει του κανονισμού [...] 1606/2002, στόχος της Επιτροπής είναι να υπάρχει μια σταθερή πλατφόρμα από διεθνή λογιστικά πρότυπα από την 1η Ιανουαρίου 2005» [αιτιολογική σκέψη 4 του κανονισμού (ΕΚ) 2086/2004 της Επιτροπής, της 19ης Νοεμβρίου 2004, για την τροποποίηση του κανονισμού 1725/2003 (ΕΕ L 363, σ. 1), και αιτιολογική σκέψη 2 του κανονισμού 2238/2004 της Επιτροπής, της 29ης Δεκεμβρίου 2004, για την τροποποίηση του κανονισμού 1725/2003 (ΕΕ L 394, σ. 1)].

- 160 Όσον αφορά το σημείο 25 της απόφασης, η Endesa παρατηρεί ότι η απόφαση δεν εξηγεί τους λόγους για τους οποίους η Επιτροπή δεν θα μπορούσε να αξιολογήσει τις διάφορες διαθέσιμες λογιστικές μεθόδους. Ο ισχυρισμός αυτός της Επιτροπής έρχεται σαφώς σε αντίφαση με το σημείο 60 της ανακοινώσεως, στο οποίο η Επιτροπή αναφέρει ότι είναι δυνατό «να χρειασθεί να ληφθούν υπόψη διάφοροι λογιστικοί κανόνες, ιδιαίτερα οι κανόνες οι οποίοι αφορούν την κατάρτιση των ενοποιημένων λογαριασμών που, σε ορισμένο βαθμό, είναι εναρμονισμένοι αλλά όχι ενιαίοι εντός της Κοινότητας» και ότι «αυτή η αρχή αφορά οποιοδήποτε είδος συμμετέχουσας επιχείρησης που υπάγεται στον κανονισμό [...]». Ναι μεν το σημείο αυτό της ανακοινώσεως αναφέρεται κυρίως στις εταιρίες χαρτοφυλακίου, πλην όμως καταδεικνύει ότι η δυνατότητα να λαμβάνονται υπόψη διάφορα λογιστικά πρότυπα εκτείνεται σε κάθε επιχείρηση, ανεξαρτήτως του τομέα στον οποίο αυτή υπάγεται.
- 161 Η Endesa αντιτίθεται στον ισχυρισμό, που εμφανίζεται επίσης στο σημείο 25 της απόφασης, σύμφωνα με τον οποίο «ο ρόλος της Επιτροπής, όπως αυτός περιγράφεται λεπτομερέστερα στην ανακοίνωση σχετικά με τον υπολογισμό του κύκλου εργασιών, περιορίζεται στην εξέταση των ειδικών προσαρμογών που απαιτούνται δυνάμει του άρθρου 5 του κανονισμού [...]» και εκτιμά, αντιθέτως, ότι η υποχρέωση που περιέχεται στο άρθρο 5 του κανονισμού περιλαμβάνει την εξέταση της επάρκειας των λογαριασμών των οικείων επιχειρήσεων για τον καθορισμό του πραγματικού κύκλου εργασιών τους.
- 162 Ό ως άνω ισχυρισμός, ο οποίος περιλαμβάνεται στην απόφαση, έρχεται εκ νέου σε πρόδηλη αντίφαση με την ανακοίνωση, η οποία αναφέρει, στο σημείο 26, ότι «η Επιτροπή επιθυμεί να στηριχθεί στα πλέον ακριβή και αξιόπιστα στοιχεία που είναι διαθέσιμα». Εν προκειμένω, κατόπιν της αφορώσας την εναρμόνιση εργασίας που πραγματοποίησαν τα κοινοτικά όργανα, υπήρχαν δύο ενοποιημένοι λογαριασμοί που αντιστοιχούσαν στο λογιστικό έτος 2004 και ήταν αναγκαίο να προσδιορισθεί ποιος από τους δύο ήταν ο πλέον ακριβής και αξιόπιστος. Πάντως, λαμβανομένων υπόψη των εκθέσεων των εξωτερικών ελεγκτών της επιχείρησης, τις οποίες η Επιτροπή ουδέποτε μνημόνευσε με την απόφαση, είναι προφανές ότι οι ενοποιημένοι λογαριασμοί που καταρτίστηκαν σύμφωνα με τα ισπανικά λογιστικά πρότυπα παραμορφώνουν σημαντικά το περιεχόμενο των λειτουργικών εσόδων μιας επιχείρησης που δραστηριοποιείται στον τομέα της ηλεκτρικής ενέργειας.

163 Όσον αφορά την υπεροχή, από τεχνικής απόψεως, των κοινοτικών λογιστικών προτύπων σε σχέση με τα εθνικά πρότυπα, ως προς την οποία η Επιτροπή διατύπωσε αμφιβολίες στο σημείο 26 της αποφάσεως, η Endesa παρατηρεί ότι, στις προπαρασκευαστικές πράξεις του κανονισμού 1606/2002, η Επιτροπή αναφέρεται ρητώς στην ανάγκη να βελτιωθούν, να εναρμονισθούν και να καταστούν πλέον αξιόπιστα τα οικονομικά πληροφοριακά στοιχεία, βαίνοντας πέραν των προβλέψεων της τέταρτης οδηγίας 78/660/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 25ης Ιουλίου 1978, βασιζομένης στο άρθρο 54, παράγραφος 3, στοιχείο ζ', της Συνθήκης, περί των ετησίων λογαριασμών εταιριών ορισμένων μορφών (ΕΕ ειδ. έκδ. 06/002, σ. 17), και ότι, αν η τελευταία διασφάλιζε την ύπαρξη πληροφοριακών στοιχείων εξίσου σαφών και αξιόπιστων με εκείνα που απαιτούνται από το νέο λογιστικό σύστημα, θα ήταν άσκοπο να θεσπισθεί ο τελευταίος αυτός κανονισμός. Συναφώς, η Επιτροπή δεν έλαβε υπόψη τις γνώμες των εξωτερικών ελεγκτών της Endesa, που εξήγησαν σαφώς τις υφιστάμενες διαφορές μεταξύ των αποτελεσμάτων που αναφέρονται σε λογαριασμούς που καταρτίστηκαν σύμφωνα με διάφορα λογιστικά πρότυπα.

164 Η Endesa προσθέτει ότι το σκεπτικό της αποφάσεως σύμφωνα με το οποίο τόσο τα ισχύοντα κοινοτικά λογιστικά πρότυπα όσο και τα προϊσχύσαντα πρότυπα έχουν ως σκοπό την πιστή παρουσίαση της οικονομικής πραγματικότητας των επιχειρήσεων αψηφά τις πραγματικές διαφορές που υφίστανται μεταξύ της μερικής και της πλήρους εναρμόνισσεως των προτύπων καθώς και τις βασικές αρχές του κοινοτικού δικαίου και την πλέον στοιχειώδη λογική. Εξάλλου, η Επιτροπή διαπίστωσε ότι οι προϊσχύσασες λογιστικές οδηγίες «δεν ικανοποιούν τις ανάγκες των επιχειρήσεων εκείνων οι οποίες επιθυμούν να αντλήσουν κεφάλαια από τις ευρωπαϊκές ή διεθνείς αγορές κινητών αξιών» [βλ. σημείο 9 της ανακοινώσεως της Επιτροπής προς το Συμβούλιο και το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, της 13ης Ιουνίου 2000, COM(2000) 359 τελικό] και αναγνώρισε, επίσης, ότι «τα ΔΛΠ αποτελούν μια διεξοδική και αποτελεσματική δέσμη προτύπων χρηματοοικονομικής πληροφόρησης τα οποία μπορούν να εξυπηρετήσουν τις ανάγκες της διεθνούς επιχειρηματικής κοινότητας».

165 Η Endesa υποστηρίζει ότι η Επιτροπή εσφαλμένως θεωρεί ότι η χρησιμοποίηση μη ελεγμένων λογαριασμών είναι δυνατή μόνο σε εξαιρετικές περιστάσεις. Η ερμηνεία αυτή δεν προκύπτει ούτε ρητώς ούτε σιωπηρώς από τον κανονισμό, που αποτελεί τη μόνη εφαρμοστέα ρύθμιση υποχρεωτικού χαρακτήρα, και δεν είναι, επιπλέον, σύμφωνη προς το περιεχόμενο του σημείου 26 της ανακοινώσεως, σύμφωνα με το

οποίο η απόδειξη της υπάρξεως εξαιρετικών περιστάσεων είναι αναγκαία μόνον αν υπάρχει η πρόθεση να χρησιμοποιηθούν λογαριασμοί διαχειρίσεως ή μη οριστικοί λογαριασμοί.

166 Έστω και αν ο ισχυρισμός της Επιτροπής γίνει δεκτός, πρέπει να θεωρηθεί ότι όντως υπάρχουν, στην προκειμένη περίπτωση, εξαιρετικές περιστάσεις. Αφενός, το ζήτημα της χρησιμοποιήσεως ενός λογιστικού προτύπου αντί ενός άλλου είναι, αυτό καθ' εαυτό, εξαιρετικό. Αφετέρου, η χρησιμοποίηση διαφόρων λογιστικών συστημάτων συνεπάγεται την ύπαρξη διαφοράς 4 400 εκατομμυρίων ευρώ όσον αφορά τα έσοδα της Endesa, πράγμα που είναι σπάνιο και αφορά λίγες αγορές, οπότε η μεταβολή λογιστικού συστήματος θα έπρεπε να θεωρηθεί ως εξαιρετικό στοιχείο μεγάλης σπουδαιότητας για την ισπανική αγορά ηλεκτρικής ενέργειας, εντός της οποίας η παρουσία μιας υποχρεωτικής κοινοπραξίας πολλαπλασιάζει τεχνητά επί δύο τις συναλλαγές από χρηματοοικονομικής απόψεως, αν ο συμψηφισμός των εγγραφών δεν πραγματοποιηθεί όπως απαιτεί το νέο λογιστικό σύστημα.

167 Εξάλλου, η Endesa αμφισβητεί το σκεπτικό που αναφέρεται στο σημείο 25 της αποφάσεως, σύμφωνα με το οποίο η χρησιμοποίηση των λογαριασμών ΔΛΠ/ΔΠΧΠ είναι αντίθετη προς έναν άλλο «σκοπό, που είναι επίσης έγκυρος και συνίσταται στην εφαρμογή απλών και αντικειμενικών κριτηρίων για τον καθορισμό της αρμοδιότητας της Επιτροπής στις υποθέσεις συγκεντρώσεως επιχειρήσεων, καθώς και προς τη γενική αρχή της ασφαλείας δικαίου».

168 Ως προς την αντικειμενικότητα, η Endesa υποστηρίζει ότι η Επιτροπή δεν εξηγεί τους λόγους για τους οποίους οι λογαριασμοί ΔΛΠ/ΔΠΧΠ είναι λιγότερο αντικειμενικοί από άλλους και λησμονεί ότι ο εξωτερικός ελεγκτής της Endesa βεβαίωσε ότι οι ως άνω λογαριασμοί στηρίζονταν σε ορθά και ελεγμένα στοιχεία και ότι η μέθοδος προσεγγίσεως ήταν, επίσης, ορθή.



- 169 Όσον αφορά την απλότητα, όλες οι εισηγμένες στο χρηματιστήριο κοινοτικές επιχειρήσεις ενημερώθηκαν προ ετών σχετικά με την εισαγωγή των νέων κριτηρίων και γνώριζαν ότι το έτος 2004 θα ήταν μεταβατικό έτος. Η Endesa προσθέτει ότι η εκτίμηση ότι η απλότητα των κανόνων ερμηνείας αποτελεί σκοπό που έχει την ίδια νομική ισχύ με την υποχρέωση ορθού καθορισμού της αρμοδιότητας της Επιτροπής δύσκολα μπορεί να συμβιβασθεί με την ανακοίνωση, η οποία υπογραμμίζει, στα σημεία 60 και 61, την ανάγκη διεξαγωγής λεπτομερούς, αυστηρής, και μάλιστα επαχθούς αναλύσεως των λογαριασμών, όταν ο κύκλος εργασιών πλησιάζει τα όρια του κανονισμού (Υπόθεση IV/M.213 — Hong Kong and Shanghai Bank/Midland).
- 170 Ως προς την αρχή της ασφαλείας δικαίου, από τη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει ότι η αρχή αυτή απαιτεί «τη σαφήνεια και ακρίβεια μιας κανονιστικής ρυθμίσεως, ώστε οι πολίτες να έχουν τη δυνατότητα να γνωρίζουν σαφώς τα δικαιώματά και τις υποχρεώσεις τους και να λαμβάνουν ως εκ τούτου τα μέτρα τους» (βλ., μεταξύ άλλων, τις αποφάσεις της 9ης Ιουλίου 1981, 169/80, *Gondrand Frères και Garancini*, Συλλογή 1981, σ. 1931· της 13ης Φεβρουαρίου 1996, C-143/93, *van Es Douane Agenten*, Συλλογή 1996, σ. I-431, σκέψη 27, και της 14ης Απριλίου 2005, C-110/03, *Βέλγιο κατά Επιτροπής*, Συλλογή 2005, σ. I-2801). Τούτο δεν σημαίνει ότι ο καθορισμός του κύκλου εργασιών πρέπει να είναι «ευχερής» σε όλες τις περιπτώσεις και δεν δικαιολογεί το γεγονός του να μη ληφθούν υπόψη όλα τα διαθέσιμα πληροφοριακά στοιχεία. Η Endesa υπενθυμίζει ότι η προσέγγιση των λογαριασμών είναι μια υποχρέωση που απορρέει από κοινοτικούς κανόνες τους οποίους θεωρείται ότι γνωρίζει, από ορισμένων ετών, κάθε επιμελής επιχειρηματίας και ότι η προστασία των δικαιωμάτων των επιχειρηματιών δεν δικαιολογείται «όταν ένας προνοητικός και επιμελής επιχειρηματίας είναι σε θέση να προβλέψει τη θέσπιση κοινοτικού μέτρου» (απόφαση του Δικαστηρίου της 15ης Ιουλίου 2004, C-37/02 και C-38/02, *Di Lenardo και Dilexport*, Συλλογή 2004, σ. I-6911, σκέψη 70). Εν προκειμένω, τα πρότυπα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ ήσαν σαφή, ακριβή και γνωστά στους προνοητικούς και επιμελείς επιχειρηματίες κατά το χρονικό σημείο ενάρξεως της ΔΠΕ, οπότε δεν υφίσταται παραβίαση της αρχής της ασφαλείας δικαίου.
- 171 Όσον αφορά τον τελευταίο λόγο ο οποίος εκτίθεται στο σημείο 27 της αποφάσεως και σύμφωνα με τον οποίο «η χρησιμοποίηση των μη ελεγμένων αριθμητικών στοιχείων ΔΠΧΠ στην προκειμένη περίπτωση εισάγει διαφορετική μεταχείριση σε σχέση με το σύνολο των άλλων υποθέσεων στο πλαίσιο των οποίων η Επιτροπή αναφέρθηκε σε αριθμητικά στοιχεία που καταρτίστηκαν βάσει των εθνικών προτύπων στους ελεγμένους λογαριασμούς του 2004», η Endesa υπογραμμίζει ότι η Επιτροπή δεν έλαβε υπόψη τη νομολογία σύμφωνα με την οποία υφίσταται άνηση μεταχείριση όχι μόνον όταν δύο παρόμοιες καταστάσεις αντιμετωπίζονται κατά

διαφορετικό τρόπο, αλλά και όταν δύο διαφορετικές καταστάσεις αντιμετωπίζονται καθ' όμοιο τρόπο. Πάντως, η Endesa προσκόμισε πολλές εκθέσεις κατά τη διάρκεια της διοικητικής διαδικασίας με τις οποίες εξήγησε την ειδική λογιστική επεξεργασία που είναι εφαρμοστέα στις ισπανικές επιχειρήσεις του τομέα ηλεκτρικής ενέργειας, η οποία δεν αφορά τις άλλες ισπανικές επιχειρήσεις ούτε τις επιχειρήσεις του ίδιου τομέα ή άλλων τομέων που είναι εγκατεστημένες σε άλλα κράτη μέλη.

- 172 Ο υποχρεωτικός χαρακτήρας της κοινοπραξίας στην Ισπανία, συνυπολογιζόμενος με τη φύση των προϊσχυσάντων λογιστικών προτύπων, τα οποία δεν επέτρεπαν τον συμψηφισμό των εγγραφών, έχει ως αποτέλεσμα, μεταξύ άλλων, ότι συναλλαγές οι οποίες πραγματοποιούνται μεταξύ επιχειρήσεων του ίδιου ομίλου ή, εν τέλει, οι οποίες αντιστοιχούν σε μία μόνο συναλλαγή ελέγχονται δύο φορές από λογιστικής απόψεως. Κατά συνέπεια, στην πραγματικότητα, η απόφαση εισάγει διακριτική μεταχείριση, καθόσον, σε περίπτωση υλοποιήσεως της ίδιας πράξεως μεταξύ επιχειρήσεων ταυτόσημου μεγέθους με εκείνο της Gas Natural και της Endesa, αλλά σε άλλους οικονομικούς τομείς ή σε άλλες χώρες της Κοινότητας, οι κύκλοι εργασιών των οικείων επιχειρήσεων θα υπολογίζονταν χωρίς να λάβει χώρα ο διπλασιασμός των εγγραφών.
- 173 Η Endesa καταλήγει ότι, για όλους αυτούς τους λόγους, η Επιτροπή υπέπεσε σε σφάλμα κατά την ανάλυση των πληροφοριακών στοιχείων που παρέσχε η εν λόγω εταιρία, το οποίο εκφράζεται με μια σοβαρή πλημμέλεια ως προς την αιτιολογία της αποφάσεως και με πρόδηλη πλάνη που προκύπτει από τη μη εφαρμογή των αρχών που απορρέουν από το άρθρο 5 του κανονισμού και από την ανακοίνωση.
- 174 Η Επιτροπή, υποστηριζόμενη από τους παρεμβαίνοντες, ισχυρίζεται ότι κανένα από τα επιχειρήματα που προέβαλε η προσφεύγουσα δεν είναι βάσιμο.

— Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

- 175 Όσον αφορά, πρώτον, τα επιχειρήματα της προσφεύγουσας που αντλούνται από το ότι η Επιτροπή υπέπεσε σε πλάνη ως εκ του ότι απέκλεισε το ενδεχόμενο χρησιμοποίησεως των συμπεφωνημένων λογαριασμών, αρκεί να γίνει παραπομπή

στην εκτίμηση των δύο πρώτων σκελών του λόγου ακυρώσεως. Συγκεκριμένα, επισημάνθηκε ήδη ότι οι μόνοι έγκυροι λογαριασμοί της Endesa για την εκτίμηση της κοινοτικής ή εθνικής διαστάσεως της πράξεως συγκεντρώσεως είναι εκείνοι του οικονομικού έτους 2004 που καταρτίστηκαν σύμφωνα με την ισχύουσα κατά το χρονικό σημείο της ΔΠΕ ισπανική νομοθεσία, εξακριβώθηκαν από τους ελεγκτές και εγκρίθηκαν από τους μετόχους και ότι, εν πάση περιπτώσει, οι συμπεφωνημένοι λογαριασμοί, οι οποίοι καταρτίστηκαν μόνο για λόγους συγκρίσεως και τους οποίους υπέβαλε η προσφεύγουσα στην Επιτροπή, δεν μπορούσαν να θεωρηθούν ως οριστικοί. Κατά τα λοιπά, ο μη οριστικός χαρακτήρας των συμπεφωνημένων λογαριασμών της προσφεύγουσας επιβεβαιώνεται από το γεγονός ότι, στις 19 Σεπτεμβρίου 2005, αυτή τροποποίησε τους ως άνω λογαριασμούς προκειμένου να συμπεριλάβει προσαρμογές που είχαν ως αποτέλεσμα τη μείωση του κύκλου εργασιών στην Ισπανία κατά το ποσό των 111 εκατομμυρίων ευρώ σε σχέση με τους λογαριασμούς που συμμορφώθηκαν με τα πρότυπα ΔΠΧΠ και υποβλήθηκαν στη CNMV στις 5 Απριλίου 2005. Τέλος, η κατάσταση ότι οι μεταβολές που επήλθαν μεταγενεστέρως στα πρότυπα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ δεν αφορούσαν τον τομέα της ηλεκτρικής ενέργειας ουδόλως μεταβάλλει το γεγονός ότι τα πρότυπα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ που έπρεπε να εφαρμοσθούν κατά το οικονομικό έτος 2005 δεν είχαν ακόμη σταθερό και οριστικό περιεχόμενο τον Σεπτέμβριο του 2005 ούτε, προπάντων, το γεγονός ότι δεν υπήρχε ακόμη καμία αρχή αρμόδια να ερμηνεύσει αυτά τα νέα πρότυπα. Εξάλλου, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι ο ελεγκτής των λογαριασμών της Endesa διευκρίνισε ότι δεν μπορούσε να αποφανθεί επί του κύρους των μεθόδων προσεγγίσεως που χρησιμοποιήθηκαν.

- 176 Όσον αφορά, δεύτερον, τις εξαιρετικές περιστάσεις που επιτάσσουν να χρησιμοποιηθούν οι συμπεφωνημένοι λογαριασμοί, πρέπει να επισημανθεί ότι καμία από τις επικληθείσες περιστάσεις δεν μπορεί να θεωρηθεί ως εξαιρετική. Συγκεκριμένα, όσον αφορά, πρώτον, τις ιδιαιτερότητες του τομέα της ηλεκτρικής ενέργειας στην Ισπανία, αρκεί η διαπίστωση ότι η κοινοπραξία υφίσταται στην Ισπανία από το 1998 και ότι ούτε η Endesa ούτε καμία άλλη επιχείρηση του τομέα αναφέρθηκαν στην ανάγκη να διεξαχθεί οποιαδήποτε προσαρμογή των δικών τους λογαριασμών ΓΛΑ στις, εθνικές ή κοινοτικές, διαδικασίες ελέγχου των συγκεντρώσεων στις οποίες μετείχαν. Επιπλέον, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι τα προβαλλόμενα ειδικά χαρακτηριστικά και οι σοβαρές στρεβλώσεις των λογιστικών εγγράφων των επιχειρήσεων του τομέα της ηλεκτρικής ενέργειας στην Ισπανία, τις οποίες επικαλέστηκε η προσφεύγουσα, δεν συνιστούν, περαιτέρω, εξαιρετικές περιστάσεις κατά το μέτρο που η σκοπιμότητα της διεξαγωγής ενδεχόμενων προσαρμογών για να ληφθούν υπόψη οι εν λόγω περιστάσεις μπορεί να ξετασθεί ανεξαρτήτως του λογιστικού συστήματος. Εν προκειμένω, η Επιτροπή προέβη, εξάλλου, στην εξέταση των κύριων προσαρμογών που πρότεινε συναφώς η προσφεύγουσα.

- 177 Δεύτερον, το γεγονός ότι τα πρότυπα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ εκλήθησαν να αντικαταστήσουν τις ΓΛΑ από το οικονομικό έτος 2005 δεν μπορεί να θεωρηθεί ως εξαιρετικό, ενώ το ίδιο ισχύει όσον αφορά την ανάγκη καταρτίσεως των συμπεφωνημένων λογαριασμών του 2004 για λόγους συγκρίσεως. Βεβαίως, η μεταβολή της λογιστικής κανονιστικής ρυθμίσεως συνιστά σημαντικό και ελάχιστα συχνό γεγονός κατά τη λειτουργία μιας επιχειρήσεως, αλλά η προσφεύγουσα δεν επικαλείται κανένα στοιχείο στηριζόμενο στο γράμμα και τους σκοπούς του κανονισμού που να καθιστά εξαιρετική περίπτωση την ως άνω μεταβολή. Εξάλλου, η υποχρεωτική εφαρμογή των νέων λογιστικών προτύπων δεν σημαίνει κατ' ανάγκην ότι οι προϊσχύσαντες λογιστικοί κανόνες ήσαν ελάχιστα αξιόπιστοι ή ανακριβείς.
- 178 Τρίτον, το γεγονός ότι η χρησιμοποίηση διαφόρων λογιστικών συστημάτων συνεπάγεται την ύπαρξη διαφοράς 4400 εκατομμυρίων ευρώ όσον αφορά τα έσοδα της Endesa δεν μπορεί, επιπλέον, να θεωρηθεί ως εξαιρετικό. Συγκεκριμένα, η διαφορά αυτή οφείλεται στις προσαρμογές των οποίων η σκοπιμότητα μπορεί να εξετασθεί ανεξαρτήτως του λογιστικού συστήματος.
- 179 Εν πάση περιπτώσει, πρέπει να επισημανθεί ότι οι εξαιρετικές περιστάσεις που μνημονεύονται στα σημεία 26 και 27 της ανακοινώσεως αναφέρονται μόνο, εκτός από το ζήτημα που αφορά τις υφιστάμενες διαφορές με τα λογιστικά πρότυπα κρατών που δεν είναι μέλη της Ευρωπαϊκής Ενώσεως, στην ανάγκη να λαμβάνονται υπόψη οι σημαντικές και διαρκείς μεταβολές που επηρεάζουν την οικονομική υπόσταση των οικείων επιχειρήσεων (εξαγορές και εκποιήσεις στοιχείων μεταγενέστερες του ελέγχου των λογαριασμών, κλείσιμο εργοστασίου). Πάντως, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα δεν επικαλέσθηκε τέτοιες μεταβολές.
- 180 Όσον αφορά, τρίτον, την αιτίαση που αντλείται από την παραβίαση της αρχής της ασφαλείας δικαίου, αρκεί να επισημανθεί ότι οι ελεγμένοι λογαριασμοί παρέχουν περισσότερες αντικειμενικές εγγυήσεις, καθόσον επισύρουν την ευθύνη της επιχειρήσεως και του ελεγκτή. Αντιθέτως, η χρησιμοποίηση λογαριασμών που ούτε εγκρίθηκαν από τους μετόχους ούτε επιβεβαιώθηκαν από εξωτερικό έλεγχο θα ήταν αντίθετη προς τον σκοπό που συνίσταται στην εφαρμογή απλών και αντικειμενικών κριτηρίων για τον καθορισμό της διαστάσεως μιας συγκεντρώσεως. Πρέπει να υπομνησθεί ότι το έρεισμα, αυτό καθ' εαυτό, του συστήματος των ορίων

που θεσπίζεται από το άρθρο 1 του κανονισμού έγκειται στο να παρασχεθεί μια απλή και αποτελεσματική μέθοδος για τον καθορισμό της αρμόδιας αρχής. Όπως ορθώς ισχυρίστηκε η Επιτροπή, η χρήση των επίσημων και ελεγμένων λογαριασμών και, κατ' αρχήν, ο περιορισμός των προσαρμογών των λογαριασμών αυτών στο αυστηρώς αναγκαίο μέτρο υπό το πρίσμα του άρθρου 5 του κανονισμού είναι ουσιώδη στοιχεία της ως άνω απλής, προβλέψιμης και αποτελεσματικής μεθόδου.

181. Εξάλλου, αν γινόταν δεκτός ο ισχυρισμός της Endesa, τούτο θα κατέληγε στο να γίνει δεκτό ότι κάθε πράξη συγκεντρώσεως πρέπει να αποτελεί αντικείμενο προκαταρκτικού λογιστικού ελέγχου εκ μέρους της Επιτροπής προκειμένου να εξακριβωθεί αν οι λογαριασμοί των οικείων επιχειρήσεων είναι σύμφωνοι προς τις αρχές που διατυπώνονται στο άρθρο 5 του κανονισμού.
182. Όσον αφορά το επιχείρημα της Endesa ότι η χρησιμοποίηση των συμπεφωνημένων λογαριασμών ουδόλως θα έθιγε την αρχή της ασφαλείας δικαίου, εφόσον οποιοσδήποτε επιμελής επιχειρηματίας ήταν σε θέση να προβλέψει την έναρξη ισχύος ενός νέου λογιστικού συστήματος, πρέπει να επισημανθεί ότι ένας επιμελής και λογικός επιχειρηματίας δεν θα μπορούσε να προβλέψει ότι η Επιτροπή δεν θα ελάμβανε υπόψη τους μόνους επίσημους λογαριασμούς που είχαν ελεγχθεί. Εξάλλου, πρέπει να υπομνησθεί ότι τα λογιστικά πρότυπα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ, και πολλώ μάλλον η ερμηνεία τους, δεν είχαν ακόμη καθορισθεί οριστικώς τον Σεπτέμβριο του 2005.
183. Εν πάση περιπτώσει, πρέπει να υπομνησθεί εκ νέου ότι οι συμπεφωνημένοι λογαριασμοί τους οποίους υπέβαλε η προσφεύγουσα στην Επιτροπή δεν μπορούν να θεωρηθούν ως οριστικοί.
184. Τέλος, η αιτίαση που αντλείται από την προβαλλόμενη δυσμενή διάκριση σε σχέση με συγκεντρώσεις που emπίπτουν σε άλλους τομείς ή πραγματοποιήθηκαν εντός άλλων κρατών μελών πρέπει να απορριφθεί ως εκ του ότι στερείται προδήλως κάθε ερείσματος. Αφενός, η ως άνω αιτίαση στηρίζεται σε απλούς ισχυρισμούς και στη μη αποδειχθείσα προϋπόθεση ότι οι επίσημοι και ελεγμένοι λογαριασμοί του οικονομικού έτους 2004 της Endesa δεν ανταποκρίνονται στην οικονομική πραγματικότητα. Αφετέρου, δεδομένου ότι η πρακτική της Επιτροπής έγκειται στο ότι το εν λόγω θεσμικό όργανο στηρίζεται στους επίσημους ελεγμένους

λογαριασμούς, ακριβώς η εγκατάλειψη, αντιθέτως, της εν λόγω πρακτικής στην περίπτωση που δεν συντρέχουν εξαιρετικές περιστάσεις θα μπορούσε να εκληφθεί ως δυσμενής διάκριση. Επιπλέον, οι ελεγμένοι λογαριασμοί που χρησιμοποιήθηκαν για την εκτίμηση της διαστάσεως της πράξεως συγκεντρώσεως μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο ενδεχόμενων προσαρμογών προκειμένου να ληφθούν υπόψη τα ενδεχόμενα ειδικά χαρακτηριστικά του επίμαχου τομέα ή της επίμαχης χώρας. Συναφώς, πρέπει να υπομνησθεί ότι η Επιτροπή εξέτασε τις προσαρμογές τις οποίες πρότεινε η προσφεύγουσα.

185 Από τις ανωτέρω σκέψεις προκύπτει ότι το τρίτο σκέλος του τρίτου λόγου ακυρώσεως δεν μπορεί να γίνει δεκτό.

186 Κατά συνέπεια, ο τρίτος λόγος ακυρώσεως πρέπει να απορριφθεί.

*Επί του τετάρτου λόγου ακυρώσεως, που αφορά την απόρριψη της προσαρμογής «pass through» και της αφορώσας τις ανταλλαγές φυσικού αερίου προσαρμογής*

187 Στο πλαίσιο του υπό κρίση λόγου ακυρώσεως, η Endesa αμφισβητεί την εκ μέρους της Επιτροπής απόρριψη δύο προσαρμογών τις οποίες είχε ζητήσει, εκ των οποίων η μία αφορά τις πράξεις διανομής (η προσαρμογή «pass through») και η άλλη αφορά τις ανταλλαγές φυσικού αερίου. Εκ προοιμίου, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι οι ετήσιοι λογαριασμοί της προσφεύγουσας που καταρτίστηκαν σύμφωνα με τις ΓΛΑ για το 2004 καταδεικνύουν ότι ο κύκλος εργασιών της στην Ισπανία αντιπροσώπευε το 80,07% του κοινοτικού κύκλου εργασιών της. Αν γινόταν δεκτό ότι οι δύο επίμαχες προσαρμογές, τις οποίες ζήτησε η Endesa, ήσαν βάσιμες, το ποσοστό του κύκλου εργασιών της στην Ισπανία θα μειωνόταν σε 73,94% του κοινοτικού κύκλου εργασιών της. Από τα ανωτέρω απορρέει ότι, έστω και αν ο ως άνω λόγος ακυρώσεως γινόταν δεκτός, τούτο δεν θα σήμαινε ipso facto ότι η σχετική πράξη συγκεντρώσεως έχει κοινοτική διάσταση, αλλά μάλλον ότι η Επιτροπή θα όφειλε να εξετάσει τις άλλες προσαρμογές που πρότεινε η προσφεύγουσα, καθώς και εκείνες που πρότεινε η Gas Natural, επί των οποίων δεν απεφάνθη με την απόφαση, καθόσον μόνον ο συνδυασμός πολλών προσαρμογών θα παρείχε τη δυνατότητα να μη γίνει υπέρβαση του ορίου των δύο τρίτων.

188 Δεδομένου ότι η προσαρμογή «pass through» είναι, εν πάση περιπτώσει, αναγκαία προκειμένου να καταστεί δυνατό το να προσδοθεί κοινοτική διάσταση στην πράξη συγκεντρώσεως, πρέπει να εξετασθεί, κατ' αρχάς, το πρώτο σκέλος του λόγου ακυρώσεως, το οποίο αφορά την εν λόγω προσαρμογή.

— Επιχειρήματα των διαδίκων

189 Η Endesa επισημαίνει ότι το άρθρο 5, παράγραφος 1, του κανονισμού είναι κατά γράμμα αντίγραφο της παραγράφου 23 του γερμανικού νόμου περί ανταγωνισμού (GWB), του οποίου η παράγραφος 29 διευκρινίζει ότι «τα έσοδα από μη συνήθεις δραστηριότητες λαμβάνονται υπόψη μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις». Κατά συνέπεια, μόνον το μέρος των εσόδων που συνδέεται με τη δραστηριότητα της διανομής θα έπρεπε να λαμβάνεται υπόψη κατά το χρονικό σημείο καταρτίσεως του κύκλου εργασιών της επιχειρήσεως διανομής, ήτοι μόνον η προμήθεια που αντιστοιχεί στην ως άνω δραστηριότητα.

190 Συναφώς, η Endesa καταγγέλλει την εσφαλμένη εκτίμηση της Επιτροπής ως προς τη νομική ισχύ της ανακοινώσεως και το γεγονός ότι η Επιτροπή παρέλειψε να εξετάσει τις προταθείσες προσαρμογές σύμφωνα με τον κανονισμό. Η Endesa επισημαίνει ότι, στο σημείο 33 της αποφάσεως, η Επιτροπή ισχυρίζεται ότι, «[σ]υναφώς, πρέπει να επισημανθεί ότι η ανακοίνωση [...] ουδόλως αναφέρεται στην έννοια του (εν μέρει) “μεταकुλισθέντος” ποσού που προέρχεται από την πώληση προϊόντων και την παροχή υπηρεσιών εκ μέρους της επιχειρήσεως». Πάντως, η μόνη νομική βάση για τον υπολογισμό του κύκλου εργασιών είναι ο κανονισμός, λαμβανομένου υπόψη ότι η ανακοίνωση έχει μόνον ισχύ ερμηνευτικής πράξεως της Επιτροπής. Οποιαδήποτε αντίθετη ερμηνεία παραβιάζει την αρχή της ιεραρχίας των κανόνων δικαίου. Εν προκειμένω, εφόσον η δραστηριότητα της επιχειρήσεως διανομής περιλαμβάνει έξοδα που αντιστοιχούν σε απλά “μεταकुλισθέντα” ποσά, μόνον η προμήθεια που αντιστοιχεί στις δραστηριότητες αυτές πρέπει να θεωρηθεί ότι εμπίπτει στην έννοια της “συνήθους δραστηριότητας” που αναφέρεται στο άρθρο 5 του κανονισμού.

191 Η Endesa προσθέτει ότι η Επιτροπή, ακολουθώντας την εσφαλμένη προσέγγιση που συνίσταται στη θεμελίωση της αιτιολογίας της επί της ανακοινώσεως,

αναφέρεται στο περιεχόμενο των σημείων 7, 11 και 13 της ανακοινώσεως και ισχυρίζεται ότι, «λαμβάνομένων υπόψη των περιστάσεων της υπό κρίση υποθέσεως, οι ισπανικές επιχειρήσεις διανομής ηλεκτρικής ενέργειας δεν μπορούν να εξομοιωθούν με επιχειρήσεις που ασκούν απλώς δραστηριότητα διαμεσολαβήσεως και των οποίων ο κύκλος εργασιών αποτελείται μόνον από το ποσό των προμηθειών που εισπράττουν». Έτσι, η Επιτροπή περιγράφει τη λειτουργία της δραστηριότητας των επιχειρήσεων διανομής και της κοινοπραξίας στην Ισπανία χωρίς να παραθέσει τους λόγους για τους οποίους, εν προκειμένω, οι επιχειρήσεις διανομής δεν είναι απλοί ενδιάμεσοι. Η Επιτροπή δεν εξετάζει το ζήτημα αν οι επιχειρήσεις διανομής αντλούν πράγματι οφέλη από τη δραστηριότητα αυτή, τα οποία υπερβαίνουν την απλή αμοιβή για τις υπηρεσίες τους που καθορίζεται από τιμοκαταλόγους που προβλέπονται από τις ισχύουσες διατάξεις. Στην πραγματικότητα, η Επιτροπή δεν λαμβάνει υπόψη το γεγονός ότι το βασιλικό διάταγμα με το οποίο καθορίζονται οι αφορώντες την ηλεκτρική ενέργεια τιμοκατάλογοι κάθε έτους ορίζει την αμοιβή που εισπράττουν οι επιχειρήσεις διανομής για την άσκηση των καθηκόντων τους κατά την εν λόγω περίοδο, η οποία αμοιβή είναι ανεξάρτητη από τις πωλήσεις ενέργειας που πραγματοποιούν οι επιχειρήσεις διανομής και, κατά συνέπεια, από την ποσότητα της ενέργειας που παρέχεται σε αυτές.

192 Πάντως, λαμβανομένου υπόψη ότι οι πράξεις που πραγματοποιούνται από τις επιχειρήσεις διανομής δεν εισφέρουν καμία αξία στη συναλλαγή, εφόσον η αμοιβή για τη δραστηριότητα διανομής καθορίζεται εκ των προτέρων, προκαταρκτικώς και ανεξαρτήτως των πράξεων αγοράς και πώλησεως ενέργειας, αυτές αποτελούν ουδέτερες πράξεις για τους σκοπούς του υπολογισμού του κύκλου εργασιών. Ο ρόλος ενδιάμεσου που διαδραματίζουν οι επιχειρήσεις διανομής προκύπτει ρητώς από το άρθρο 4 του βασιλικού διατάγματος 2017/1997, της 26ης Δεκεμβρίου 1997, που οργανώνει και διέπει τη διαδικασία εκκαθαρίσεως των εξόδων μεταφοράς, διανομής και διαθέσεως στο εμπόριο βάσει τιμοκαταλόγου, καθώς και των πάγιων εξόδων του συστήματος, της διαφοροποιήσεως και της ασφάλειας του εφοδιασμού, κατά τρόπον ώστε, σε αντίθεση με ό,τι συμβαίνει στον απελευθερωμένο τομέα, ο διανομέας που εισπράττει την καθορισμένη αμοιβή κρατεί μόνον την αμοιβή για την υπηρεσία του και μεταφέρει το υπόλοιπο που κατέβαλε ο χρήστης στους λοιπούς επιχειρηματίες. Στην περίπτωση που υπάρχει έλλειμμα ανακτήσεως, το αναλαμβάνει ο παραγωγός.

193 Όσον αφορά το σκεπτικό της αποφάσεως σύμφωνα με το οποίο οι επιχειρήσεις διανομής αναλαμβάνουν τον οικονομικό κίνδυνο της μη καταβολής, οπότε οι εν λόγω επιχειρήσεις δεν είναι ενδιάμεσοι, η Endesa παρατηρεί ότι η Επιτροπή ερμηνεύει εσφαλμένως τα πληροφοριακά στοιχεία που υπέβαλε η εν λόγω επιχείρηση επί του ζητήματος αυτού καθώς και την έννοια του «ενδιάμεσου» που αναφέρεται στο σημείο 13 της ανακοινώσεως.



- 194 Η Endesa υπενθυμίζει, αφενός, ότι οι επιχειρήσεις διανομής δεν αναλαμβάνουν κανένα οικονομικό κίνδυνο μη καταβολής που να μην αντισταθμίζεται από ένα στοιχείο ενσωματωμένο στους τιμοκαταλόγους, καθόσον το ρυθμιστικό σύστημα (και όχι ο επιχειρηματίας μονομερώς) προβλέπει μηχανισμό εγγυήσεων που παρέχει τη δυνατότητα να αποφευχθούν οι κίνδυνοι αυτοί. Αφετέρου, η Endesa αναφέρει ότι η ύπαρξη ή η μη ύπαρξη του οικονομικού κινδύνου παρέχει τη δυνατότητα να διαφοροποιηθεί η κατάσταση του πράκτορα από εκείνη του ανεξάρτητου παραγγελιοδόχου. Η Επιτροπή ερμηνεύει, χωρίς νομικό έρεισμα, την έννοια του «ενδιάμεσου» ως αναφερόμενη μόνο στους πράκτορες, ενώ η έννοια αυτή πρέπει να συνδεθεί με τη φύση των δραστηριοτήτων του πράκτορα.
- 195 Ο χαρακτηρισμός των επιχειρήσεων διανομής ως ενδιάμεσων αντιστοιχεί στη συνήθη πρακτική στον τομέα της ενέργειας στην Ισπανία. Αρκεί η παρατήρηση ότι η Gas Natural προβαίνει επίσης στην προσαρμογή «pass through» όχι μόνον ως προς τους λογαριασμούς της ΔΛΠ/ΔΠΧΠ, αλλά και ως προς τους λογαριασμούς της που καταρτίστηκαν σύμφωνα με τα ισπανικά λογιστικά πρότυπα. Έτσι, η Επιτροπή, αρνούμενη στην Endesa την προσαρμογή «pass through», εμπόδισε την εν λόγω επιχείρηση να καταστήσει ομοιογενή τον κύκλο εργασιών της δραστηριότητάς της διανομής με αυτόν της αγοράστριας επιχείρησης.
- 196 Η Endesa θεωρεί ότι η άρνηση να ληφθεί υπόψη η προσαρμογή που αυτή πρότεινε πάσχει, επιπλέον, λόγω σοβαρής παραλείψεως κατά την ανάλυση ενός στοιχείου που η Επιτροπή θεώρησε, εν τέλει, καθοριστικό, η οποία εκφράζεται με υπέρβαση εξουσίας και με ανεπαρκή αιτιολογία. Η Endesa διαπιστώνει ότι η Επιτροπή διατύπωσε αιφνιδίως αμφιβολίες επί του θέματος αυτού κατά το τελικό στάδιο της διαδικασίας, ενώ ουδέποτε της είχε ζητήσει εξηγήσεις επ' αυτού κατά το παρελθόν. Ακριβέστερα, η Επιτροπή δεν διατύπωσε καμία αμφιβολία ούτε ζήτησε καμία εξήγηση μεταξύ της 19ης Σεπτεμβρίου 2005 και της 8ης Νοεμβρίου 2005, ημερομηνίας κατά την οποία χορήγησε στην Endesa προθεσμία 24 ωρών για να απαντήσει σε μια σειρά ερωτήσεων που επρόκειτο να είναι καθοριστικές ως προς την αιτιολογία της αποφάσεως.
- 197 Ως εκ περισσού, η ανάλυση της προσαρμογής αυτής είναι, επίσης, ατελής υπό το πρίσμα άλλων στοιχείων και η αιτιολογία της αποφάσεως είναι προδήλως αντιφατική. Κατά την Endesa, αν θεωρηθεί ότι οι εταιρίες διανομής δεν ενεργούν

ως ενδιάμεσοι, πρέπει να εξετασθεί αν ένα μέρος των πράξεων διανομής συνιστά πράξεις εντός του ομίλου και, ιδίως, αν υφίσταται διπλή λογιστική εγγραφή της ίδιας συναλλαγής όταν η ενέργεια που διανέμεται από την Endesa Distribución αγοράστηκε από την Endesa Generación μέσω της κοινοπραξίας.

- 198 Συναφώς, η Endesa αναφέρει ότι, στις 10 Νοεμβρίου 2005, η Επιτροπή της ζήτησε προφορικώς εξηγήσεις ως προς την πτυχή αυτή της προσαρμογής. Με δύο μηνύματα μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της 11ης και της 12ης Νοεμβρίου 2005, η Endesa ενέμεινε στο γεγονός ότι η λογική της ως άνω προσαρμογής έβαινε πέραν της απλής εξαλείψεως του τμήματος εντός του ομίλου προτείνοντας, ωστόσο, να προσκομισθούν στοιχεία αφορώντα τις πράξεις εντός του ομίλου. Η Επιτροπή ουδέποτε έδωσε συνέχεια στα ως άνω μηνύματα μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και δεν απεφάνθη, με την απόφαση, επί του ζητήματος αυτού.
- 199 Η ανάλυση στην οποία προέβη η Επιτροπή είναι αντιφατική, καθόσον η Επιτροπή αναφέρει, με την απόφαση, ότι δεν θα αποφανθεί επί της προταθείσας προσαρμογής ως προς την τιμολόγηση εντός του ομίλου, αλλά απορρίπτει, ωστόσο, την προσαρμογή «pass through» που περιλαμβάνει ένα πολύ σημαντικό μέρος των πωλήσεων εντός του ομίλου. Επιπλέον, η απόφαση εμμένει στην έλλειψη σπουδαιότητας των ενδεχόμενων συναλλαγών εντός του ομίλου, υποστηρίζοντας ότι η Endesa δεν παρέσχε στοιχεία ως προς το ποσοστό τους, τούτο δε παρά τα προαναφερθέντα μηνύματα μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στα οποία η Επιτροπή δεν έδωσε συνέχεια.
- 200 Η Επιτροπή, υποστηριζόμενη από τους παρεμβαίνοντες, ισχυρίζεται ότι οι επιχειρήσεις διανομής δεν είναι απλοί ενδιάμεσοι ή απλοί παραγγελιοδόχοι και ότι, κατά συνέπεια, τα επιχειρήματα της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθούν.

— Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

- 201 Η προσφεύγουσα προβάλλει διάφορα επιχειρήματα, τόσο ως προς την αιτιολογία όσο και ως προς την ουσία, κατά της αρνήσεως της Επιτροπής να προβεί σε

προσαρμογή των εσόδων των οικείων επιχειρήσεων διανομής προκειμένου να εξαιρεθούν τα έσοδα που εισπράχθηκαν επ' ονόματι τρίτων. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, κατ' ουσίαν, ότι κατά το ισπανικό δίκαιο οι επιχειρήσεις διανομής ηλεκτρικής ενέργειας οφείλουν να εισπράττουν ορισμένα ποσά από τους πελάτες τους προκειμένου να τα μετακλίσουν εν συνεχεία στους παραγωγούς ηλεκτρικής ενέργειας και στους επιχειρηματίες του δικτύου και ότι τα ποσά αυτά πρέπει, ως εκ τούτου, να αφαιρεθούν από τα έσοδα που εμφανίζονται στα λογιστικά έγγραφα της Endesa, εφόσον δεν απορρέουν από την «πώληση προϊόντων και την παροχή υπηρεσιών από συμμετέχουσες επιχειρήσεις [...] και που αντιστοιχούν στις συνήθεις δραστηριότητές τους» κατά την έννοια του άρθρου 5, παράγραφος 1, του κανονισμού.

- 202 Όσον αφορά, πρώτον, το επιχείρημα της προσφεύγουσας ότι η Επιτροπή υπέπεσε σε πλάνη ως εκ του ότι θεμελίωσε την εκτίμησή της στο γεγονός και μόνον ότι η ανακοίνωση δεν προβλέπει καμία προσαρμογή για τις περιπτώσεις μετακλίσεως, πρέπει να επισημανθεί, ευθύς εξ αρχής, ότι η προσφεύγουσα δεν αμφισβητεί τη νομιμότητα της εν λόγω ανακοινώσεως, αλλά υποστηρίζει ότι η Επιτροπή της προσέδωσε υπερβολική έκταση, ενώ έχει μόνον αξία ερμηνευτικής πράξεως και ότι η Επιτροπή όφειλε να εξετάσει την προταθείσα προσαρμογή σύμφωνα με τις διατάξεις του κανονισμού, που αποτελεί τη μόνη νομική βάση για τον υπολογισμό του κύκλου εργασιών.
- 203 Συναφώς, πρέπει να υπομνησθεί ότι η Επιτροπή υποχρεούται να εφαρμόζει την ανακοίνωση κατά το μέτρο που αυτή δεν είναι αντίθετη προς τον κανονισμό και ότι η εν λόγω ανακοίνωση διευκρινίζει ότι, κατ' εξαίρεση, πρέπει να πραγματοποιούνται ορισμένες προσαρμογές υπό ορισμένες περιστάσεις. Δεδομένου ότι η προσφεύγουσα επεδίωξε, κατά τη διάρκεια της διοικητικής διαδικασίας, να συνδέσει τις προταθείσες προσαρμογές με τις κατηγορίες προσαρμογών που μνημονεύονται στην ανακοίνωση, δεν μπορεί να προσαφθεί στην Επιτροπή ότι αναφέρθηκε, με την απόφαση, στα σημεία 7, 11 και 13 της ανακοινώσεως προκειμένου να αντικρούσει τα επιχειρήματα που προέβαλε η προσφεύγουσα ως προς τα ίδια ζητήματα κατά τη διοικητική διαδικασία.
- 204 Εν συνεχεία, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι, ναι μεν η απόφαση εκθέτει ότι η ανακοίνωση ουδόλως αναφέρεται στην έννοια του «μετακλισθέντος» ποσού που προέρχεται από την πώληση προϊόντων και την παροχή υπηρεσιών εκ μέρους της επιχειρήσεως, πλην όμως το γεγονός ότι η ανακοίνωση δεν προβλέπει προσαρμογή σε περίπτωση μετακλίσεως των εξόδων δεν είναι ο μόνος λόγος για τον οποίο η

Επιτροπή δεν προέβη στην εν λόγω προσαρμογή. Συγκεκριμένα, η Επιτροπή επεσήμανε, επίσης, με την απόφαση (σημεία 33 *in fine*, 34 και 35), μεταξύ άλλων, ότι οι ισπανικές επιχειρήσεις διανομής ηλεκτρικής ενέργειας δεν μπορούν να εξομοιωθούν με επιχειρήσεις που ασκούν απλώς καθήκοντα ενδιάμεσου και των οποίων ο κύκλος εργασιών αποτελείται μόνον από το ποσό των προμηθειών που εισπράττουν για τους ακόλουθους λόγους: οι εταιρίες διανομής ηλεκτρικής ενέργειας οφείλουν όχι μόνο να μεταφέρουν την ηλεκτρική ενέργεια στα δίκτυα διανομής τους, αλλά και να εφοδιάζουν με ηλεκτρική ενέργεια τους πελάτες που αποφασίζουν να παραμείνουν στο ρυθμιστικό σύστημα· η διανομή ηλεκτρικής ενέργειας συνεπάγεται την πώληση στους τελικούς καταναλωτές προϊόντων που αγοράστηκαν προγενεστέρως από τους διανομείς· οι δαπάνες που συνδέονται με την αγορά ηλεκτρικής ενέργειας πρέπει να θεωρούνται ως έξοδα για τις εταιρίες διανομής· ο κίνδυνος της μη καταβολής, εκ μέρους των τελικών πελατών, του τιμήματος της παρεχομένης ηλεκτρικής ενέργειας βαρύνει τις εταιρίες διανομής, ο δε διανομέας φέρει την ευθύνη για οποιαδήποτε αθέτηση των υποχρεώσεων που απορρέουν από τη σύμβαση που συνήφθη με τον τελικό πελάτη.

- 205 Συνεπώς, η αιτίαση της προσφεύγουσας που αντλείται από το ότι η Επιτροπή υπέπεσε σε πλάνη ως εκ του ότι θεμελίωσε την εκτίμησή της επί του γεγονότος και μόνον ότι η ανακοίνωση δεν προβλέπει καμία προσαρμογή «pass through» είναι απορριπτή.
- 206 Όσον αφορά, δεύτερον, την αιτίαση ότι η αιτιολογία είναι ανεπαρκής, αρκεί να γίνει παραπομπή στα σημεία 30 έως 36 της αποφάσεως στα οποία εκτίθενται οι λόγοι που έλαβε υπόψη η Επιτροπή για να απορρίψει την προσαρμογή «pass through», οι οποίοι συνοψίστηκαν ανωτέρω, προκειμένου να κριθεί ότι η ως άνω αιτίαση δεν μπορεί να γίνει δεκτή.
- 207 Εν συνεχεία, πρέπει να εξετασθεί αν η Επιτροπή ορθώς εκτίμησε, με την απόφαση, ότι δεν συνέτρεχε λόγος να προβεί στην προσαρμογή «pass through».
- 208 Συναφώς, πρέπει να υπομνησθεί, κατ' αρχάς, ότι, όπως μνημονεύεται στο σημείο 9 της ανακοινώσεως, η έννοια του κύκλου εργασιών που αναπτύσσεται στο άρθρο 5 του κανονισμού αναφέρεται ρητώς στα «ποσά που απορρέουν από την πώληση

προϊόντων και την παροχή υπηρεσιών». Η πώληση, η οποία αντικατοπτρίζει τη δραστηριότητα της επιχειρήσεως, είναι, κατά συνέπεια, το ουσιαστικό κριτήριο για τον καθορισμό του κύκλου εργασιών, είτε πρόκειται για προϊόντα είτε για την παροχή υπηρεσιών.

209 Εξάλλου, οι επιταγές της ασφαλείας δικαίου και της ταχύτητας που είναι κρατούσες στο πλαίσιο του ελέγχου των συγκεντρώσεων συνεπάγονται ότι τόσο οι επιχειρήσεις όσο και οι αρχές ανταγωνισμού μπορούν να στηρίζονται, κατ' αρχήν, σε ένα προβλέψιμο κριτήριο άμεσης προσβάσεως. Υπό τις συνθήκες αυτές, ο κύκλος εργασιών που πρέπει να λαμβάνεται υπόψη προκειμένου να καθορισθεί η αρχή που είναι αρμόδια να αποφανθεί επί πράξεως συγκεντρώσεως πρέπει, κατ' αρχήν, να ορισθεί με βάση τους δημοσιευθέντες ετήσιους λογαριασμούς. Επομένως, μόνον κατ' εξαίρεση και όταν τούτο δικαιολογείται από ειδικές περιστάσεις, πρέπει να διεξάγονται ορισμένες προσαρμογές αποσκοπούσες στο να αντικατοπτρισθεί καλύτερα η οικονομική πραγματικότητα των οικείων επιχειρήσεων.

210 Πρέπει, ακόμη, να υπογραμμισθεί ότι το άρθρο 5 του κανονισμού αναφέρεται στο σύνολο του κύκλου εργασιών και όχι μόνο σε ένα μέρος του εν λόγω κύκλου. Κατ' εξαίρεση, η ανακοίνωση προέβλεψε το ενδεχόμενο καθορισμού, υπό ορισμένες περιστάσεις, του κύκλου εργασιών με διαφορετικό τρόπο από την αναφορά στο σύνολο των πωλήσεων προϊόντων και των παροχών υπηρεσιών. Συναφώς, το σημείο 13 της ανακοινώσεως έχει ως εξής:

«Λαμβανομένης υπόψη της πολυπλοκότητας του τομέα των υπηρεσιών, η γενική αυτή αρχή πρέπει να προσαρμοσθεί στις ιδιαίτερες συνθήκες της παρεχόμενης υπηρεσίας. Έτσι, σε ορισμένους τομείς δραστηριότητας (τουρισμός, διαφήμιση, κ.λπ.), η υπηρεσία μπορεί να πωληθεί με τη διαμεσολάβηση ενός τρίτου παρέχοντος. Λόγω της ποικιλομορφίας των εν λόγω τομέων, είναι δυνατό να υπάρξουν πολυάριθμες περιπτώσεις ποσών. Για παράδειγμα μια επιχείρηση υπηρεσιών η οποία δρα ως ενδιάμεσος είναι δυνατόν να έχει ως κύκλο εργασιών μόνο το ποσό των προμηθειών που εισπράττει.»

- 211 Κατ' αρχάς, πρέπει να επισημανθεί ότι το ως άνω σημείο της ανακοινώσεως αφορά μια ειδική κατηγορία ενδιαμέσων οι οποίοι υπάγονται μόνο στον τομέα των υπηρεσιών και των οποίων η μοναδική αμοιβή συνίσταται στο ποσό των προμηθειών που εισπράττουν. Επομένως, πρόκειται για εξαίρεση του γενικού κανόνα σύμφωνα με τον οποίο ο σχετικός κύκλος εργασιών πρέπει να καθορίζεται βάσει του συνολικού ποσού των πωλήσεων. Κατά συνέπεια, η ως άνω έννοια του ενδιαμέσου πρέπει να ερμηνεύεται αυστηρά.
- 212 Εν συνεχεία, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι η προσφεύγουσα δεν ισχυρίζεται ότι, κατά το ισπανικό δίκαιο, η δραστηριότητά της ασκείται στο πλαίσιο συμβάσεως πρακτορείας ή παραγγελίας, ή υπό άλλη μορφή παρόμοιας συμβάσεως. Έτσι, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η προσφεύγουσα δεν πωλεί ηλεκτρική ενέργεια στον τελικό καταναλωτή επ' ονόματι και για λογαριασμό των παραγωγών ηλεκτρικής ενέργειας ή των επιχειρηματιών του δικτύου.
- 213 Επιπλέον, εφόσον η Endesa δεν προέβαλε στοιχεία νομικής φύσεως προς την αντίθετη κατεύθυνση, η υφιστάμενη έννομη σχέση μεταξύ της Endesa και των τελικών καταναλωτών πρέπει να θεωρηθεί ως σύμβαση πωλήσεως ηλεκτρικής ενέργειας. Η πώληση αυτή είναι εμπορική πράξη η οποία συνεπάγεται μεταβίβαση κυριότητας.
- 214 Το ίδιο ισχύει όσον αφορά την υφιστάμενη έννομη σχέση μεταξύ της Endesa και του παραγωγού ηλεκτρικής ενέργειας που εφοδιάζει την εν λόγω επιχείρηση, είτε μέσω της αγοράς ηλεκτρικής ενέργειας OMEL είτε με διαφορετικό τρόπο. Το άρθρο 41, παράγραφος 2, του ισπανικού νόμου 54/1997 σχετικά με το σύστημα παραγωγής και διανομής ηλεκτρικής ενέργειας προβλέπει ότι οι διανομείς ηλεκτρικής ενέργειας έχουν, μεταξύ άλλων, το δικαίωμα να αγοράζουν την αναγκαία ηλεκτρική ενέργεια προκειμένου να εξασφαλίζουν τον εφοδιασμό των πελατών τους και να εισπράττουν την αμοιβή που αντιστοιχεί στην άσκηση της δραστηριότητας διανομής. Το άρθρο 45, παράγραφος 1, στοιχείο η', του ίδιου νόμου ορίζει ότι οι επιχειρήσεις διανομής υποχρεούνται, για τους σκοπούς της παραδόσεως ηλεκτρικής ενέργειας, να αγοράζουν την αναγκαία ενέργεια για την ανάπτυξη των δραστηριοτήτων τους και να προβαίνουν στην πληρωμή των αγορών τους σύμφωνα με τη διαδικασία εκκαθαρίσεως που θεσπίστηκε προς τούτο.

- 215 Λαμβανομένων υπόψη των ως άνω διατάξεων, πρέπει να απορριφθούν τα επιχειρήματα που προέβαλε η προσφεύγουσα κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, σύμφωνα με τα οποία ο διανομέας δεν είναι κύριος της ενέργειας, επειδή κατά το χρονικό σημείο κατά το οποίο ο παραγωγός θέτει την ενέργεια σε κυκλοφορία εντός του συστήματος, αυτή περιέρχεται αμέσως στην κυριότητα του πελάτη. Εξάλλου, το άρθρο 11, παράγραφος 4, του νόμου 54/1997 ορίζει, επίσης, ότι, εκτός αν υπάρχει συμφωνία περί του αντιθέτου, η μεταβίβαση της κυριότητας της ηλεκτρικής ενέργειας θεωρείται ότι πραγματοποιείται κατά το χρονικό σημείο κατά το οποίο αυτή εισέρχεται στις εγκαταστάσεις του αγοραστή.
- 216 Συνεπώς, η δραστηριότητα των διανομών που συνίσταται, ιδίως, στην αγορά ηλεκτρικής ενέργειας ή φυσικού αερίου από τους προμηθευτές τους και στην εξασφάλιση της διανομής τους και της πωλήσεώς τους στον τελικό καταναλωτή δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως παροχή υπηρεσιών περιοριζόμενη στον εφοδιασμό με ένα προϊόν για λογαριασμό των παραγωγών και άλλων επιχειρηματιών. Επομένως, η Endesa δεν μπορεί, από νομικής απόψεως, να θεωρηθεί ως απλός ενδιάμεσος κατά την έννοια του σημείου 13 της ανακοινώσεως και δεν μπορεί, κατ' αρχήν, να αποτελέσει αντικείμενο της εξαιρέσεως που προβλέπεται στο ως άνω σημείο, εφόσον τα έσοδα που αντλεί από τη διανομή αντιστοιχούν στις συνήθεις δραστηριότητές της κατά την έννοια του άρθρου 5, παράγραφος 1, του κανονισμού. Επομένως, η επίμαχη προσαρμογή δεν μπορεί να δικαιολογηθεί από τον εξαιρετικό, όπως υποστηρίζεται, χαρακτήρα της δραστηριότητας πωλήσεως των επιχειρήσεων διανομής.
- 217 Εξάλλου, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι το άρθρο 20 του νόμου 54/1997 δεν εισάγει καμία ειδική διάταξη προκειμένου να ληφθεί υπόψη ο ιδιαίρων χαρακτήρας επιχειρήσεων όπως η προσφεύγουσα. Έτσι, η παράγραφος 2, τρίτο εδάφιο, του εν λόγω νόμου έχει ως εξής: «Όσον αφορά τις εταιρίες που έχουν ως αντικείμενο την άσκηση νομοθετικών κατοχυρωμένων δραστηριοτήτων, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 11, παράγραφος 2, του παρόντος νόμου, οι εταιρίες αυτές τηρούν στα λογιστικά έγγραφά τους χωριστούς λογαριασμούς που διαφοροποιούν τα έσοδα και τα έξοδα που αποδίδονται αυστηρώς στη δραστηριότητα μεταφοράς, στη δραστηριότητα διανομής και, ενδεχομένως, στις δραστηριότητες διαθέσεως στο εμπόριο και πωλήσεως στους πελάτες με καθορισμένες τιμές.» Όπως ορθώς επισημαίνει η Επιτροπή, η διάταξη αυτή δεν αναφέρεται στις ισπανικές ΓΛΑ που εφαρμόζονται επί των απλών παραγγελιοδόχων.

- 218 Ωστόσο, η Endesa ισχυρίζεται ότι η Επιτροπή δεν εξέτασε αν οι επιχειρήσεις διανομής αντλούσαν όντως οικονομικά οφέλη από την ως άνω δραστηριότητα, τα οποία υπερέβαιναν την απλή αμοιβή για τις υπηρεσίες τους που καθορίζεται από τιμοκαταλόγους προβλεπομένους από τις ισχύουσες διατάξεις.
- 219 Συναφώς, πρέπει να επισημανθεί, κατ' αρχάς, ότι το γεγονός και μόνον ότι η αμοιβή για τη δραστηριότητα διανομής είναι, με τρόπο κατά το μάλλον ή ήττον εκτεταμένο, νομοθετικώς κατοχυρωμένη δεν αρκεί, αυτό καθ' εαυτό, προκειμένου να συναχθεί το συμπέρασμα ότι η αμοιβή των διανομέων πρέπει να χαρακτηριστεί ως απλή προμήθεια για τους σκοπούς της εφαρμογής του κανονισμού.
- 220 Ωστόσο, η Endesa υποστηρίζει ότι ο ρόλος ενδιάμεσου που διαδραμάτισαν οι επιχειρήσεις διανομής προκύπτει ρητώς από το άρθρο 4 του βασιλικού διατάγματος 2017/1997, της 26ης Δεκεμβρίου 1997, που οργανώνει και διέπει τη διαδικασία εκκαθάρισεως των εξόδων μεταφοράς, διανομής και διαθέσεως στο εμπόριο βάσει τιμοκαταλόγου, καθώς και των πάγιων εξόδων του συστήματος, της διαφοροποίησεως και της ασφάλειας του εφοδιασμού.
- 221 Ωστόσο, από το εν λόγω άρθρο δεν προκύπτει ότι η δραστηριότητα διανομής συνίσταται στη δραστηριότητα ενός απλού ενδιάμεσου. Ειδικότερα, το άρθρο αυτό δεν αναφέρει ότι μια επιχείρηση διανομής κρατεί μόνον την αμοιβή για την υπηρεσία της και διαβιβάζει το υπόλοιπο στους άλλους επιχειρηματίες, αλλά καθορίζει έναν πίνακα εσόδων και εξόδων προς εκκαθάριση για τους σκοπούς της εφαρμογής του βασιλικού διατάγματος.
- 222 Όσον αφορά το γεγονός, το οποίο επικαλέσθηκε η προσφεύγουσα, ότι οι πράξεις στις οποίες προέβησαν οι επιχειρήσεις διανομής δεν εισφέρουν καμία αξία στη συναλλαγή, πρέπει να επισημανθεί, όπως έπραξε η Επιτροπή, ότι η διανομή περιλαμβάνει μια σειρά δραστηριοτήτων που βαίνουν πέραν του απλού εφοδιασμού με ενέργεια. Έτσι, ο διανομέας χρησιμοποιεί, εξάλλου, το σήμα του και παρέχει πλήρεις υπηρεσίες στον πελάτη, στις οποίες συμπεριλαμβάνονται η υπηρεσία του



πελάτη, οι συστάσεις ασφαλείας, η επιθεώρηση των εγκαταστάσεων, η ανάγνωση των μετρητών, η τιμολόγηση και η είσπραξη. Εξάλλου, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι το γεγονός ότι ένας τομέας είναι νομοθετικώς κατοχυρωμένος ουδόλως δημιουργεί την οικονομική εικονικότητα σύμφωνα με την οποία η διανομή δεν παράγει καμία προστιθέμενη αξία ούτε ροή εσόδων.

223 Όσον αφορά τα επιχειρήματα της προσφεύγουσας σύμφωνα με τα οποία, αφενός, η αμοιβή των επιχειρήσεων διανομής καθορίζεται ετησίως ανεξάρτητα από τις αγορές και πωλήσεις ενέργειας, και, αφετέρου, οι επιχειρήσεις αυτές δεν αναλαμβάνουν κανένα κίνδυνο μη καταβολής, επιβάλλεται η παρατήρηση, κατ' αρχάς, ότι το βασιλικό διάταγμα 2819/1998 περί ρυθμίσεως των δραστηριοτήτων μεταφοράς και διανομής ηλεκτρικής ενέργειας, καθορίζει, στο άρθρο 15, τα στοιχεία της αμοιβής για τη δραστηριότητα διανομής, ήτοι: τα έξοδα επενδύσεων, εκμεταλλεύσεως και συντηρήσεως των εγκαταστάσεων, τα έξοδα της διοικητικής ενέργειας, τα έξοδα ενός υποδείγματος που χαρακτηρίζει τις ζώνες διανομής, τα έξοδα των πρωτοβουλιών για την ποιότητα των παροχών και για τη μείωση των απωλειών και άλλων αναγκαιών εξόδων για την άσκηση της δραστηριότητας διανομής, στα οποία περιλαμβάνονται τα έξοδα εμπορικής διαχείρισεως.

224 Δεδομένου ότι ένα από τα στοιχεία της αμοιβής της δραστηριότητας διανομής είναι το κόστος της διοικητικής ενέργειας, εξ αυτού έπεται ότι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η αμοιβή των επιχειρήσεων διανομής είναι απολύτως ανεξάρτητη από τις πωλήσεις ενέργειας τις οποίες πραγματοποιούν και, κατά συνέπεια, από την ποσότητα της ενέργειας που τους παρέχεται, είναι αβάσιμος.

225 Εν συνεχεία, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι, ναι μεν, σύμφωνα με το άρθρο 20 του βασιλικού διατάγματος 2819/1998, η συνολική αμοιβή της δραστηριότητας διανομής υπολογίζεται ετησίως εκ των προτέρων, πλην όμως οι διανομείς οφείλουν να φέρουν τους κινδύνους που απορρέουν από τη δική τους διαχείριση, και ιδίως όσον αφορά τις προβλέψεις τους σχετικά με τη ζήτηση. Συγκεκριμένα, ο διανομέας αγοράζει την ηλεκτρική ενέργεια από την κοινοπραξία σε αγοραία τιμή, αλλά, όπως προκύπτει από το άρθρο 4, στοιχείο ε', του βασιλικού διατάγματος 2017/1997, πληρώνεται βάσει της μέσης σταθμισμένης τιμής. Έτσι, κατά την εκκαθάριση των εξόδων αγοράς της ενέργειας, σύμφωνα με το παράρτημα Ι.6 του βασιλικού διατάγματος 2017/1997, το κόστος που καταλογίζεται στον διανομέα δεν είναι το

κόστος που πράγματι κατέβαλε στην αγορά, αλλά η μέση σταθμισμένη τιμή των αγορών ενέργειας από τους διανομείς κατά την περίοδο εκκαθάρισεως. Επομένως, ο διανομέας που καταβάλλει τιμή μεγαλύτερη από τη μέση τιμή θα απολέσει τη διαφορά, καθόσον θα έχει καταβάλει πραγματικό κόστος μεγαλύτερο από εκείνο που όντως του καταβάλλεται. Αντιθέτως, ο διανομέας που καταβάλλει τιμή χαμηλότερη από τη μέση τιμή θα αποκομίσει πρόσθετο όφελος. Επομένως, όπως αναγνωρίζει, εξάλλου, η προσφεύγουσα, με την απάντησή της σε γραπτή ερώτηση του Πρωτοδικείου, το ισχύον σύστημα εξασφαλίζει μόνο μια θεωρητική αμοιβή της δραστηριότητας διανομής και η πραγματική αμοιβή εξαρτάται από το επίπεδο αποτελεσματικότητας των διανομένων κατά την αγορά της ενέργειας.

226 Εξάλλου, όσον αφορά τις πωλήσεις ηλεκτρικής ενέργειας από τους διανομείς στους τελικούς καταναλωτές, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι η προσφεύγουσα δεν απέδειξε την ανακρίβεια του ισχυρισμού που εμφανίζεται στην αιτιολογική σκέψη 35 της αποφάσεως και σύμφωνα με τον οποίο ο κίνδυνος μη καταβολής από τους τελικούς πελάτες της (θεσμοθετημένης) τιμής της παρεχόμενης ηλεκτρικής ενέργειας βαρύνει τις εταιρίες διανομής. Καίτοι είναι αληθές ότι υπάρχει ένας μηχανισμός που παρέχει τη δυνατότητα να λαμβάνεται υπόψη, σε ορισμένο βαθμό, ο κίνδυνος της μη καταβολής κατά γενικό τρόπο, γεγονός παραμένει ότι ο διανομέας φέρει τον κίνδυνο της μη καταβολής, όπως προκύπτει από το άρθρο 4, στοιχείο α', τελευταία περίοδος, του βασιλικού διατάγματος 2017/1997, σύμφωνα με το οποίο «κατά τη διαδικασία εκκαθάρισεως λαμβάνονται υπόψη τα έσοδα που αποκτήθηκαν προς τούτο βάσει των στοιχείων της τιμολογήσεως, ανεξάρτητα από την είσπραξή τους». Δεδομένου ότι η διάταξη αυτή αναφέρεται στην τιμολόγηση και όχι στα ποσά που όντως εισπράχθηκαν, ο κίνδυνος της μη πληρωμής του τιμολογίου από τον πελάτη πρέπει να θεωρηθεί ότι βαρύνει την επιχείρηση διανομής.

227 Το γεγονός ότι το άρθρο 79, παράγραφος 7, του βασιλικού διατάγματος 1955/2000, που αφορά τη ρύθμιση των δραστηριοτήτων μεταφοράς, διανομής, διαθέσεως στο εμπόριο, εφοδιασμού, καθώς και των διαδικασιών αδειοδότησης εγκαταστάσεων ηλεκτρικής ενέργειας, προβλέπει ότι οι επιχειρήσεις ηλεκτρικής ενέργειας μπορούν να αξιώσουν τη σύσταση εγγυήσεως δεν είναι ικανό να κλονίσει το ως άνω συμπέρασμα. Συγκεκριμένα, αφενός, το ποσό της ως άνω εγγυήσεως περιορίζεται στη μηνιαία τιμολόγηση 50 ωρών χρήσεως για την εγκατεστημένη ισχύ. Αφετέρου, η διάταξη αυτή προβλέπει, επίσης, ότι ορισμένες κατηγορίες καταναλωτών, ανάλογα με συγκεκριμένες γεωγραφικές ζώνες, μπορούν να απαλλάσσονται από την καταβολή της ως άνω εγγυήσεως. Τέλος, σύμφωνα με την έκτη μεταβατική

διάταξη του εν λόγω βασιλικού διατάγματος, η ως άνω εγγύηση δεν μπορεί να απαιτείται από καταναλωτές που ελάμβαναν ήδη την παροχή ενέργειας με καθορισμένο τιμολόγιο κατά το χρονικό σημείο της ενάρξεως ισχύος της. Πάντως, όπως παρατηρεί η Επιτροπή, χωρίς να αμφισβητηθεί από την προσφεύγουσα επί του ζητήματος αυτού, η συντριπτική πλειονότητα των καταναλωτών ηλεκτρικής ενέργειας με καθορισμένο τιμολόγιο συνήψαν τη σύμβασή τους για την παροχή ηλεκτρικής ενέργειας πριν από το έτος 2000. Συνεπώς, οι ως άνω εγγυήσεις καλύπτουν μόνον ένα περιορισμένο μέρος του κινδύνου της μη καταβολής.

228 Όσον αφορά το γεγονός ότι ο χαρακτηρισμός των επιχειρήσεων διανομής ως ενδιάμεσων αντιστοιχεί στη συνήθη πρακτική στον τομέα της ενέργειας στην Ισπανία, επιβάλλεται, ωστόσο, η παρατήρηση, έστω και αν το ζήτημα αυτό δεν είναι αποφασιστικό, ότι, κατόπιν της γραπτής ερωτήσεως που έθεσε το Πρωτοδικείο και των παρατηρήσεων που διατύπωσαν οι διάδικοι κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, αποδείχθηκε ότι δεν υπήρχε ομοφωνία όσον αφορά την πρακτική της προσαρμογής «pass through» μεταξύ των επιχειρήσεων του τομέα.

229 Τέλος, ως προς τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι η άρνηση να ληφθεί υπόψη η προσαρμογή «pass through» πάσχει λόγω σοβαρής παραλείψεως κατά την ανάλυση, που εκφράζεται με υπέρβαση εξουσίας και με ανεπαρκή αιτιολογία, καθόσον η Επιτροπή διατύπωσε αιφνιδίως αμφιβολίες ως προς την εν λόγω προσαρμογή κατά το τελικό στάδιο της διαδικασίας, ενώ ουδέποτε κατά το παρελθόν είχε ζητήσει εξηγήσεις επ' αυτού από την Endesa, αρκεί η διαπίστωση ότι το γεγονός ότι ορισμένα πληροφοριακά στοιχεία συνελέγησαν κατά το πέρας της διαδικασίας δεν μπορεί, αυτό καθ' εαυτό, να καταστήσει την απόφαση παράνομη. Επιπλέον, η περιπλοκότητα της υποθέσεως είναι ικανή να δικαιολογήσει το ότι η Επιτροπή επιθυμεί να λάβει, έστω και σε προχωρημένο στάδιο της διαδικασίας και αφού απέκτησε λεπτομερέστερη γνώση του περιεχομένου, ορισμένα συμπληρωματικά πληροφοριακά στοιχεία. Εξάλλου, επιβάλλεται η διαπίστωση, εν πάση περιπτώσει, ότι η αίτηση παροχής πληροφοριών την οποία απέστειλε η Επιτροπή στις 28 Σεπτεμβρίου 2005 περιελάμβανε ήδη διάφορες ερωτήσεις σχετικά με την ενδεχόμενη εξάλειψη ορισμένων εσόδων που εισπράττονται στην Ισπανία (ερωτήσεις 2 και 3) και ότι η προσφεύγουσα προέβη, με την απάντησή της, σε διευκρινίσεις ως προς την προσαρμογή «pass through» (έγγραφο της 5ης Οκτωβρίου 2005).

230 Από τις ανωτέρω σκέψεις προκύπτει ότι τα επιχειρήματα της προσφεύγουσας που προβλήθηκαν προς στήριξη της αιτιάσεως που αντλείται από την έλλειψη προσαρμογής «pass through» πρέπει να απορριφθούν.

- 231 Υπό τις περιστάσεις αυτές, το Πρωτοδικείο διαπιστώνει ότι δεν είναι αναγκαίο να εξετασθεί το βάσιμο του επικουρικού ισχυρισμού της προσφεύγουσας ότι, έστω και αν θεωρηθεί ότι οι εταιρίες διανομής δεν ενεργούν ως ενδιάμεσοι, πρέπει ακόμη να εξετασθεί αν ένα μέρος των πράξεων διανομής συνίσταται σε πράξεις εντός του ομίλου. Συγκεκριμένα, από την απάντηση της προσφεύγουσας στη γραπτή ερώτηση του Πρωτοδικείου προκύπτει ότι η ως άνω αντίστοιχη προσαρμογή ανέρχεται σε 1 510 εκατομμύρια ευρώ. Πάντως, από τη δικογραφία προκύπτει ότι, έστω και αν όλες οι άλλες προσαρμογές τις οποίες προτείνει η προσφεύγουσα γίνονταν δεκτές και όλες οι «αντίθετες προς τις προσαρμογές» προτάσεις που υποβάλλει η Gas Natural απερρίπτοντο, το ποσό αυτό δεν θα αρκούσε για να μπορέσει η πράξη συγκεντρώσεως να έχει κοινοτική διάσταση.
- 232 Υπό το πρίσμα των ως άνω σκέψεων, το πρώτο σκέλος του τετάρτου λόγου ακυρώσεως πρέπει να απορριφθεί.
- 233 Δεδομένου ότι η προσαρμογή «pass through» είναι, εν πάση περιπτώσει, αναγκαία για να επιτευχθεί η ύπαρξη κοινοτικής διαστάσεως της πράξεως συγκεντρώσεως, δεν υπάρχει πλέον ανάγκη να εξετασθεί το δεύτερο σκέλος του λόγου ακυρώσεως, το οποίο αφορά τις ανταλλαγές φυσικού αερίου.
- 234 Από τις ανωτέρω σκέψεις προκύπτει ότι ο τέταρτος λόγος ακυρώσεως πρέπει να απορριφθεί.

*Επί του πέμπτου λόγου ακυρώσεως, που αντλείται από την παράβαση των κριτηρίων που διατυπώνονται στην ανακοίνωση, από την έλλειψη αναλύσεως και αιτιολογίας και από την κατάχρηση εξουσίας*

#### Επιχειρήματα των διαδίκων

- 235 Η Endesa θεωρεί ότι, για τους λόγους που μνημονεύονται στον δεύτερο, τον τρίτο και τον τέταρτο λόγο ακυρώσεως, καθώς και λόγω των διαδικαστικών πλημμελειών από τις οποίες πάσχει η απόφαση, η τελευταία πρέπει να ακυρωθεί, χωρίς να είναι

αναγκαίο να αποφανθεί το Πρωτοδικείο επί της προδήλως εσφαλμένης εκτιμήσεως της Επιτροπής ως προς τις άλλες προταθείσες προσαρμογές. Η Endesa αναφέρει ότι, λαμβανομένου υπόψη του αιτήματός της να εκδικασθεί η υπό κρίση προσφυγή με την ταχεία διαδικασία, περιορίζεται να επικαλεσθεί την ανεπαρκή αιτιολογία της αποφάσεως επί του ζητήματος αυτού.

236 Η Endesa επικρίνει την προσέγγιση που υιοθέτησε η Επιτροπή, η οποία συνίσταται στην επίκληση της ελλείψεως ειδικής νομικής βάσεως στην ανακοίνωση προκειμένου να απορριφθούν πολλές προσαρμογές και να εξετασθούν ορισμένες προσαρμογές και όχι άλλες.

237 Όσον αφορά το πρώτο σημείο, η Επιτροπή δεν έλαβε υπόψη, ακόμη, το γεγονός ότι η νομική βάση για τον υπολογισμό του κύκλου εργασιών των οικείων επιχειρήσεων είναι το άρθρο 5 του κανονισμού και όχι η ανακοίνωση. Το γεγονός ότι η Επιτροπή θεώρησε δεκτές μόνον τις προσαρμογές που προβλέπονται στην εν λόγω ανακοίνωση ή στους όρους που μνημονεύονται σε αυτή, χωρίς να διερωτηθεί αν οι προσαρμογές αυτές είναι σύμφωνες ή όχι με τον κανονισμό, συνιστά πρόδηλη πλάνη.

238 Όσον αφορά το δεύτερο σημείο, η Endesa εκτιμά ότι η Επιτροπή όφειλε να εξηγήσει σύμφωνα με ποιο κριτήριο επέλεξε τις προσαρμογές που άξιζαν να αποτελέσουν αντικείμενο αναλύσεως και τις προσαρμογές για τις οποίες δεν μπορούσε να πραγματοποιηθεί τέτοια ανάλυση. Η δικαιολογία που παρέχεται στο σημείο 70 της αποφάσεως, σύμφωνα με την οποία «η Επιτροπή θεωρεί [...] ότι δεν είναι αναγκαίο να αποφανθεί επί του ζητήματος αυτού, κατά το μέτρο που η συγκέντρωση δεν θα είχε κοινοτική διάσταση, έστω και αν οι προσαρμογές αυτές γίνονταν δεκτές», είναι απαράδεκτη, εφόσον η ίδια δικαιολογία θα μπορούσε να δοθεί για πολλές άλλες προσαρμογές που ήσαν πολύ λιγότερο σημαντικές και οι οποίες, εντούτοις, εξετάστηκαν.

239 Η Endesa επικαλείται άλλα στοιχεία τα οποία, εξεταζόμενα στο σύνολό τους, συνιστούν σαφείς και απερίφραστες ενδείξεις περί υπάρξεως καταχρήσεως εξουσίας. Είναι τουλάχιστον σημαντικό, παραδείγματος χάρη, το ότι η Επιτροπή δεν αξιολογεί καμία από τις προσαρμογές τις οποίες πρότεινε η Gas Natural, με

εξαίρεση μόνο μία προσαρμογή, η οποία αφορά τις «μη ενοποιημένες εταιρίες» του ομίλου και η οποία είναι, έστω και κατά ασήμαντο τρόπο, εις βάρος της Endesa. Είναι ακόμη σημαντικότερο να διαπιστωθεί ότι η Επιτροπή παρέλειψε να μνημονεύσει, με την απόφαση, την περίπτωση μιας άλλης μη ενοποιημένης εταιρίας (Ergon Energía), την οποία μνημόνευσε η Endesa με την απάντησή της στην από 4 Νοεμβρίου 2005 αίτηση παροχής πληροφοριών της Επιτροπής. Πάντως, έστω και αν ελαμβάνοντο υπόψη όλες οι μη ενοποιημένες εταιρίες, η πλάστιγγα θα έκλινε υπέρ της κοινοτικής διαστάσεως της πράξεως συγκεντρώσεως. Η αιτιολογία του σημείου που αφορά τα συμπληρωματικά έσοδα της Endesa στην Ιταλία (σημεία 60 έως 64 της αποφάσεως) προκαλεί, επίσης, κατάπληξη, καθόσον η Επιτροπή αναφέρεται σε δύο εγγραφές, αλλά δεν αποφαίνεται επί εκείνης που ήταν σημαντικότερη από οικονομικής απόψεως.

240 Η Endesa υποστηρίζει ότι μια προσεκτική ανάγνωση της αποφάσεως παρέχει τη δυνατότητα να διαπιστωθεί ότι ο μόνος σκοπός της Επιτροπής ήταν να περιορίσει τους κινδύνους να ακυρωθεί η απόφαση από το Πρωτοδικείο, ενώ σ' αυτήν εναπέκειτο να εφαρμόσει τους κανόνες σχετικά με την αρμοδιότητα και, ιδίως, να εκθέσει τους λόγους για τους οποίους απέρριπτε τις προταθείσες προσαρμογές.

241 Η Endesa ισχυρίζεται ότι η εκ μέρους της Επιτροπής απεμπόληση των ευθυνών της ως προς τον καθορισμό της αρμοδιότητάς της συνιστά κατάχρηση εξουσίας, η οποία, επιπλέον, προσβάλλει τα δικαιώματα άμυνας ελλείψει επαρκούς αιτιολογίας, ενώ η Endesa συνεργάστηκε ενεργώς, καθ' όλη τη διάρκεια της διοικητικής διαδικασίας, προσκομίζοντας μια σειρά στοιχείων τα οποία ζητήθηκαν από την Επιτροπή.

242 Η εικοσιτετράωρη προθεσμία που χορηγήθηκε στην Endesa για να απαντήσει σε μια αίτηση παροχής πληροφοριών που απεστάλη 50 ημέρες μετά την έναρξη της διαδικασίας και η οποία επρόκειτο να είναι καθοριστική ως προς την αιτιολογία της αποφάσεως είναι μια συμπληρωματική ένδειξη για την ύπαρξη καταχρήσεως εξουσίας και συνιστά, εξάλλου, προσβολή των δικαιωμάτων άμυνας.

243 Λαμβανομένων υπόψη των προαναφερθέντων στοιχείων και, ιδίως, της ελλείψεως δικαιολογήσεως της επιλογής των εξετασθεισών προσαρμογών και της ανεπαρκούς αιτιολογίας, και λαμβανομένων υπόψη των επιχειρημάτων της σχετικά με τις δύο κύριες αιτιάσεις (σχετικά με τα λογιστικά πρότυπα, αφενός, και την προσαρμογή «pass through» καθώς και την αφορώσα τις ανταλλαγές φυσικού αερίου προσαρμογή, αφετέρου), η Endesa θεωρεί ότι δεν είναι σκόπιμο να αναπτύξει τα επιχειρήματά της που αμφισβητούν την αξιολόγηση των διαφόρων προσαρμογών που εξετάστηκαν στα σημεία 37 έως 72 της απόφάσεως.

244 Η Επιτροπή, υποστηριζόμενη από τους παρεμβαίνοντες, ισχυρίζεται ότι ο υπό κρίση λόγος ακυρώσεως αποτελείται από διάφορα επιχειρήματα, τα οποία περιορίζονται κατ' ουσίαν να εκφράσουν την έκπληξη της προσφεύγουσας ως προς ορισμένες πτυχές της απόφάσεως και των οποίων μοναδικό αντικείμενο φαίνεται να είναι το να θεωρηθούν ως αμφισβητούμενες οι εκτιμήσεις των προσαρμογών που δεν αποτελούν αντικείμενο ρητής αμφισβήτησεως. Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι η ως άνω επίκριση ουδόλως στοιχειοθετείται και δεν παραπέμπει τις κανένα συγκεκριμένο απόσπασμα της απόφάσεως. Επομένως, θεωρεί ότι πρόκειται για अपαράδεκτο λόγο ακυρώσεως, καθόσον αυτός δεν πληροί τις τυπικές προϋποθέσεις που προβλέπονται στο άρθρο 44 του Κανονισμού Διαδικασίας. Προσθέτει ότι, έστω και αν οι προβαλλόμενες πλάνες ήσαν πραγματικές, δεν θα μπορούσαν να αποδείξουν την ύπαρξη καταχρήσεως εξουσίας.

### Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

245 Στο πλαίσιο του υπό κρίση λόγου ακυρώσεως, η προσφεύγουσα διατυπώνει μια σειρά ετερογενών επιχειρημάτων που αφορούν τις άλλες προσαρμογές που απορρίφθηκαν με την απόφαση, τις προσαρμογές επί των οποίων δεν απεφάνθη η Επιτροπή με την απόφαση, ή την προθεσμία απαντήσεως σε μια αίτηση παροχής πληροφοριών. Τέλος, η προσφεύγουσα επικαλείται την ύπαρξη καταχρήσεως εξουσίας.

246 Όσον αφορά, πρώτον, την εξέταση των άλλων προταθεισών προσαρμογών οι οποίες αποτέλεσαν αντικείμενο αναλύσεως με την απόφαση, η προσφεύγουσα περιορίζεται να ισχυρισθεί ότι η Επιτροπή απέρριψε τις εν λόγω προσαρμογές για τον λόγο και μόνον ότι αυτές δεν προβλέπονται στην ανακοίνωση.

- 247 Βεβαίως, όπως υπενθυμίζει η Επιτροπή, το Πρωτοδικείο είχε ήδη την ευκαιρία να επισημάνει ότι η ταχεία διαδικασία, στο πλαίσιο της οποίας δεν υποβάλλεται δεύτερη σειρά εγγράφων υπομνημάτων, προϋποθέτει ότι τα επιχειρήματα της προσφεύγουσας παρατίθενται εξ αρχής κατά τρόπο σαφή και οριστικό στο δικόγραφο της προσφυγής (απόφαση EDP κατά Επιτροπής, σκέψη 93 ανωτέρω, σκέψη 183). Ωστόσο, εν προκειμένω, η αιτίαση είναι παραδεκτή κατά το μέτρο που, και μιν αναπτύχθηκε πολύ συνοπτικά και θεμελιώθηκε ελάχιστα, πλην όμως μπορεί να βοηθεί υπό την έννοια ότι αφορά μια πλάνη στην οποία υπέπεσε η Επιτροπή ως εκ του ότι θεώρησε ως δεκτές μόνο τις προσαρμογές που προβλέπονται στην ανακοίνωση, χωρίς να εξακριβώσει αν οι προσαρμογές αυτές ήσαν ή όχι σύμφωνες με τα όσα προβλέπονται στον κανονισμό.
- 248 Ωστόσο, η ως άνω αιτίαση πρέπει να απορριφθεί επί της ουσίας. Συγκεκριμένα, από την εξέταση της αποφάσεως προκύπτει ότι, σε αντίθεση με ό,τι υποστηρίζει η προσφεύγουσα, η Επιτροπή δεν απέρριψε καμία από τις εν λόγω προσαρμογές για τον λόγο και μόνον ότι δεν προβλεπόταν ρητώς στην ανακοίνωση.
- 249 Έτσι, η απόρριψη των προσαρμογών που μνημονεύονται στα σημεία 41 έως 44 της αποφάσεως δεν στηρίζεται στην ανακοίνωση, αλλά στο γεγονός ότι πρόκειται για προσαρμογές που δεν ελέγχθηκαν ή ήσαν αβάσιμες (σημείο 44 της αποφάσεως). Περαιτέρω, δεν έγινε αναφορά στην ανακοίνωση ως προς την προσαρμογή που αναλύθηκε στα σημεία 45 έως 50 της αποφάσεως. Εξάλλου, η απόρριψη της προσαρμογής που εξετάστηκε στα σημεία 51 έως 55 της αποφάσεως στηρίζεται στην εκτίμηση ότι πρόκειται για έξοδα στα οποία οφείλουν να υποβληθούν οι επιχειρήσεις ηλεκτρικής ενέργειας προκειμένου να εξακολουθήσουν να δραστηριοποιούνται στην αγορά και το συμπέρασμα αναφέρεται στο άρθρο 5, παράγραφος 1, του κανονισμού. Η προσαρμογή που εξετάστηκε στα σημεία 56 και 57 της αποφάσεως απερρίφθη επειδή, από λογιστικής απόψεως, η εν λόγω μεταβίβαση στοιχείων ενεργητικού έπρεπε να θεωρηθεί, αυτή καθ' εαυτήν, ως έσοδο, ανεξάρτητα από το αν τα μεταβιβαζόμενα στοιχεία ενεργητικού είναι ή όχι, αυτά καθ' εαυτά, σε θέση να δημιουργήσουν έσοδα. Επιπλέον, η Επιτροπή θεώρησε ότι η πρακτική αυτού του είδους ήταν συνήθης ή, τουλάχιστον, όχι εξαιρετική. Το συμπέρασμα αναφέρεται, επίσης, στο άρθρο 5, παράγραφος 1, του κανονισμού. Η επίκριση της προσφεύγουσας είναι, επιπλέον, αβάσιμη όσον αφορά την προσαρμογή που εξετάστηκε στα σημεία 58 και 59, στα οποία εκτίθεται ότι η Endesa δεν απέδειξε κατά αρκούντως σαφή τρόπο ότι τα εν λόγω έσοδα αφορούσαν πράγματι προηγούμενα έτη, καθώς και όσον αφορά την προσαρμογή που εξετάστηκε στα σημεία 60 έως 64 της αποφάσεως, η οποία απερρίφθη δυνάμει της αρχής της



συνέσεως και αυτού καθ' εαυτού του κανονισμού. Τέλος, όσον αφορά την προσαρμογή που εξετάσθηκε στα σημεία 65 έως 68 της απόφασεως, το συμπέρασμα αναφέρεται, επίσης, στο άρθρο 5 του κανονισμού.

- 250 Συνεπώς, δεν μπορεί να γίνει δεκτή η αιτίαση της προσφεύγουσας σχετικά με τις άλλες προσαρμογές που απορρίφθηκαν με την απόφαση.
- 251 Εξάλλου, πρέπει να επισημανθεί ότι η προσφεύγουσα δεν μπορεί να επιφυλαχθεί ως προς τη δυνατότητα να προβάλει μεταγενεστέρως νέους ισχυρισμούς ή επιχειρήματα. Κατά συνέπεια, πρέπει να θεωρηθεί ότι η απόφαση είναι οριστική όσον αφορά τις άλλες προσαρμογές τις οποίες πρότεινε η Endesa και οι οποίες αποτέλεσαν αντικείμενο αναλύσεως εκ μέρους της Επιτροπής με την απόφαση.
- 252 Όσον αφορά, δεύτερον, την αιτίαση σχετικά με τις προσαρμογές επί των οποίων η Επιτροπή δεν έλαβε θέση, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η Επιτροπή όφειλε να εξηγήσει σύμφωνα με ποιο κριτήριο επέλεξε τις προσαρμογές που άξιζαν να αποτελέσουν αντικείμενο αναλύσεως και τις προσαρμογές για τις οποίες μια τέτοια ανάλυση μπορούσε να μην πραγματοποιηθεί. Η προσφεύγουσα εκτιμά ότι η επιλογή αυτή είναι παντελώς αδικαιολόγητη και έχει ως συνέπεια το να στερείται ερείσματος η απόφαση, αν το Πρωτοδικείο δεχθεί έναν από τους δύο κύριους λόγους ακυρώσεως, ή και τους δύο αυτούς λόγους, οι οποίοι αφορούν, αφενός, τα λογιστικά πρότυπα που πρέπει να χρησιμοποιηθούν και, αφετέρου, την προσαρμογή «pass through» και την αφορώσα τις ανταλλαγές φυσικού αερίου προσαρμογή.
- 253 Η ως άνω αιτίαση δεν μπορεί να γίνει δεκτή. Συγκεκριμένα, δεν αμφισβητείται ότι, έστω και αν όλες οι προσαρμογές επί των οποίων δεν απεφάνθη η Επιτροπή γίνονταν δεκτές, η συγκέντρωση δεν θα είχε κοινοτική διάσταση, λαμβανομένου υπόψη ότι τούτο θα μπορούσε να συμβεί μόνον αν, επιπλέον, γίνονταν δεκτοί είτε οι λογαριασμοί ΔΠΧΠ που προσκόμισε η προσφεύγουσα είτε οι δύο προσαρμογές που αφορούν τη μεταβίβαση και τις ανταλλαγές φυσικού αερίου. Δεδομένου ότι η Επιτροπή κατέληξε, με την απόφαση, ότι πρέπει να απορριφθούν τόσο οι λογαριασμοί ΔΠΧΠ όσο και οι δύο προσαρμογές, ήταν άσκοπο, κατά συνέπεια, να εξετάσει τις υπόλοιπες προσαρμογές που πρότεινε η Endesa.

- 254 Επιπλέον, η προσφεύγουσα δεν μπορεί να προσάψει στην απόφαση την ύπαρξη ελλιπούς αιτιολογίας επ' αυτού. Συγκεκριμένα, η υποχρέωση αιτιολογήσεως, ιδίως στο πλαίσιο του ελέγχου των συγκεντρώσεων που απαιτεί ταχεία έκδοση αποφάσεων, δεν αξιώνει από την Επιτροπή να λαμβάνει θέση επί των προσαρμογών οι οποίες, έστω και αν γίνονταν δεκτές, θα εστερούντο συνεπειών, κατά το μέτρο που από την προκαταρκτική απόρριψη άλλων προσαρμογών προκύπτει επαρκώς κατά νόμον ότι η πράξη συγκεντρώσεως δεν έχει κοινοτική διάσταση.
- 255 Για τον ίδιο λόγο, πρέπει να απορριφθούν τα επιχειρήματα που αντλούνται από το ότι η Επιτροπή δεν αξιολόγησε καμία από τις προταθείσες από τη Gas Natural προσαρμογές (εξαιρουμένης εκείνης που είναι εις βάρος της Endesa) ούτε εκείνες που αφορούν τις μη ενοποιημένες εταιρίες, και ιδίως την Ergon Energía. Κατά τα λοιπά, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι, αν η Επιτροπή δέχθηκε παρά ταύτα μία από τις προταθείσες από τη Gas Natural προσαρμογές, τούτο συνέβη για τον λόγο ότι η προσφεύγουσα είχε δεχθεί το βάσιμο της εν λόγω προσαρμογής. Τέλος, η αιτίαση ότι δεν εξετάσθηκαν οι προταθείσες από τη Gas Natural προσαρμογές στερείται σημασίας, εφόσον οι «αντίθετες προς τις προσαρμογές» προτάσεις που υπέβαλε η Gas Natural θα είχαν ως αποτέλεσμα την αύξηση της αναλογίας του κύκλου εργασιών που πραγματοποιεί η προσφεύγουσα στην Ισπανία.
- 256 Όσον αφορά, τρίτον, τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι μια προσεκτική ανάγνωση της αποφάσεως παρέχει τη δυνατότητα να διαπιστωθεί ότι ο μόνος σκοπός της Επιτροπής ήταν να περιορίσει τους κινδύνους να ακυρωθεί η απόφαση από το Πρωτοδικείο, αρκεί η παρατήρηση ότι δεν μπορεί να προσαφθεί στην Επιτροπή το ότι βεβαιώνεται ως προς τη νομιμότητα των αποφάσεών της προκειμένου αυτές να μην ακυρωθούν από το Πρωτοδικείο.
- 257 Όσον αφορά, τέταρτον, την αιτίαση που αντλείται από το ότι χορηγήθηκε στην προσφεύγουσα προθεσμία μόνο 24 ωρών για να απαντήσει σε μια αίτηση παροχής πληροφοριών που απεστάλη 50 ημέρες μετά την έναρξη της διαδικασίας και η οποία επρόκειτο να είναι αποφασιστική ως προς την αιτιολογία της αποφάσεως, αρκεί η διαπίστωση ότι η προσφεύγουσα δεν ζήτησε παράταση της προθεσμίας και μπόρεσε να απαντήσει εμπροθέσμως.

258 Τέλος, όσον αφορά, πέμπτον, την αιτίαση που αντλείται από την ύπαρξη καταχρήσεως εξουσίας, πρέπει να υπομνησθεί ότι μια πράξη έχει εκδοθεί κατά κατάχρηση εξουσίας μόνον όταν προκύπτει, βάσει αντικειμενικών, λυσιτελών και συγκλινουσών ενδείξεων, ότι εκδόθηκε με αποκλειστικό ή, τουλάχιστον, πρωταρχικό σκοπό διαφορετικό από τους προβαλλόμενους ή με σκοπό την καταστρατήγηση μιας διαδικασίας που προβλέπει ειδικά η Συνθήκη για την αντιμετώπιση των συγκεκριμένων περιστάσεων (αποφάσεις του Δικαστηρίου της 21ης Ιουνίου 1984, 69/83, Lux κατά Ελεγκτικού Συνεδρίου, Συλλογή 1984, σ. 2447, σκέψη 30· της 13ης Νοεμβρίου 1990, C-331/88, Fedesa κ.λπ., Συλλογή 1990, σ. I-4023, σκέψη 24· της 13ης Ιουλίου 1995, C-156/93, Κοινοβούλιο κατά Επιτροπής, Συλλογή 1995, σ. I-2019, σκέψη 31· της 14ης Μαΐου 1998, C-48/96 P, Windpark Groothusen κατά Επιτροπής, Συλλογή 1998, σ. I-2873, σκέψη 52, και της 22ας Νοεμβρίου 2001, C-110/97, Κάτω Χώρες κατά Συμβουλίου, Συλλογή 2001, σ. I-8763, σκέψη 137). Δεδομένου ότι καμία από τις πλημμέλειες ή τις πλάνες τις οποίες επικαλέσθηκε η προσφεύγουσα, τόσο στο πλαίσιο του υπό κρίση λόγου ακυρώσεως όσο και στο πλαίσιο των άλλων λόγων της προσφυγής, προκειμένου να αποδείξει την ύπαρξη προβαλλομένης καταχρήσεως εξουσίας, δεν είναι βάσιμη, η αιτίαση πρέπει να απορριφθεί. Εν πάση περιπτώσει, έστω και αν υποθεθεί ότι οι προβαλλόμενες πλάνες ήσαν πραγματικές, αυτές δεν θα μπορούσαν να αποδείξουν την ύπαρξη καταχρήσεως εξουσίας.

259 Κατά συνέπεια, ο πέμπτος λόγος ακυρώσεως πρέπει να απορριφθεί.

260 Από όλες τις ανωτέρω σκέψεις προκύπτει ότι η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμη.

### **Επί των δικαστικών εξόδων**

261 Σύμφωνα με το άρθρο 87, παράγραφος 2, του Κανονισμού Διαδικασίας, ο ηττηθείς διάδικος καταδικάζεται στα δικαστικά έξοδα, εφόσον υπήρχε σχετικό αίτημα του νικήσαντος διαδίκου. Δεδομένου ότι η προσφεύγουσα ηττήθηκε και ότι τόσο η Επιτροπή όσο και οι παρεμβαίνοντες ζήτησαν να καταδικασθεί η προσφεύγουσα στα δικαστικά έξοδα, πρέπει να κριθεί ότι η προσφεύγουσα θα φέρει, πέραν των δικών της δικαστικών εξόδων, τα έξοδα της Επιτροπής και της Gas Natural, περιλαμβανομένων των εξόδων της διαδικασίας ασφαλιστικών μέτρων.

262 Κατ' εφαρμογήν του άρθρου 87, παράγραφος 4, του Κανονισμού Διαδικασίας, τα κράτη μέλη που παρεμβαίνουν στη δίκη φέρουν τα δικαστικά τους έξοδα. Κατά συνέπεια, το Βασίλειο της Ισπανίας φέρει τα δικαστικά του έξοδα.

Για τους λόγους αυτούς,

ΤΟ ΠΡΩΤΟΔΙΚΕΙΟ (τρίτο τμήμα)

αποφασίζει:

- 1) Απορρίπτει την προσφυγή.
- 2) Η προσφεύγουσα φέρει τα δικαστικά της έξοδα, καθώς και τα έξοδα στα οποία υποβλήθηκαν η Επιτροπή και η Gas Natural SDG, SA, περιλαμβανομένων των εξόδων της διαδικασίας ασφαλιστικών μέτρων.
- 3) Το Βασίλειο της Ισπανίας φέρει τα δικαστικά του έξοδα.

Jaeger

Tiili

Czúcz

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση στο Λουξεμβούργο στις 14 Ιουλίου 2006.

Ο Γραμματέας

Ο Πρόεδρος

E. Coulon

M. Jaeger

## Πίνακας περιεχομένων

Νομικό πλαίσιο .....	II - 2543
Κανονισμοί αφορώντες τον έλεγχο των συγκεντρώσεων .....	II - 2543
Ρύθμιση αφορώσα τη λογιστική οργάνωση των εταιριών .....	II - 2548
Ανακοίνωση σχετικά με τον υπολογισμό του κύκλου εργασιών .....	II - 2551
Ιστορικό της διαφοράς .....	II - 2552
Διαδικασία .....	II - 2556
Αιτήματα των διαδίκων .....	II - 2559
Σκεπτικό .....	II - 2560
Επί του πρώτου λόγου ακυρώσεως, που αντλείται από την ύπαρξη διαδικαστικών πλημμελειών .....	II - 2561
Επί του πρώτου σκέλους, που αντλείται από την έκδοση των αποφάσεων επί των αιτήσεων παραπομπής πριν από την απόφαση .....	II - 2561
— Επιχειρήματα των διαδίκων .....	II - 2561
— Εκτίμηση του Πρωτοδικείου .....	II - 2562
Επί του δεύτερου σκέλους, που αντλείται από την έλλειψη διαφάνειας και από την προσβολή των δικαιωμάτων άμυνας .....	II - 2565
— Επιχειρήματα των διαδίκων .....	II - 2565
— Εκτίμηση του Πρωτοδικείου .....	II - 2566
Επί του τρίτου σκέλους, που αντλείται από το ότι δεν ανεστάλη η εθνική διαδικασία .....	II - 2568
— Επιχειρήματα των διαδίκων .....	II - 2568
— Εκτίμηση του Πρωτοδικείου .....	II - 2570
Επί του δεύτερου λόγου ακυρώσεως, που αντλείται από την αντιστροφή του βάρους αποδείξεως και από την έλλειψη αιτιολογίας .....	II - 2571
Επιχειρήματα των διαδίκων .....	II - 2571
Εκτίμηση του Πρωτοδικείου .....	II - 2573
	II - 2625

Επί του τρίτου λόγου ακυρώσεως, που αντλείται από το ότι δεν χρησιμοποιήθηκαν οι λογαριασμοί που καταρτίστηκαν σύμφωνα με τα λογιστικά πρότυπα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ . . . . .	II - 2580
Επί του πρώτου σκέλους, που αντλείται από το ότι δεν χρησιμοποιήθηκαν τα πρότυπα ΔΛΠ/ΔΠΧΠ ως μόνα ισχύοντα λογιστικά πρότυπα . . . . .	II - 2581
— Επιχειρήματα των διαδίκων . . . . .	II - 2581
— Εκτίμηση του Πρωτοδικείου . . . . .	II - 2582
Επί του δεύτερου σκέλους, που αντλείται από την υπεροχή των λογιστικών προτύπων ΔΛΠ/ΔΠΧΠ . . . . .	II - 2585
— Επιχειρήματα των διαδίκων . . . . .	II - 2585
— Εκτίμηση του Πρωτοδικείου . . . . .	II - 2587
Επί του τρίτου σκέλους, που αντλείται από νομικές πλάνες και από πρόδηλες πλάνες εκτιμήσεως που επηρεάζουν την απόρριψη των συμπεφωνημένων λογαριασμών . . . . .	II - 2591
— Επιχειρήματα των διαδίκων . . . . .	II - 2591
— Εκτίμηση του Πρωτοδικείου . . . . .	II - 2598
Επί του τετάρτου λόγου ακυρώσεως, που αφορά την απόρριψη της προσαρμογής «pass through» και της αφορώσας τις ανταλλαγές φυσικού αερίου προσαρμογής . . . . .	II - 2602
— Επιχειρήματα των διαδίκων . . . . .	II - 2603
— Εκτίμηση του Πρωτοδικείου . . . . .	II - 2606
Επί του πέμπτου λόγου ακυρώσεως, που αντλείται από την παράβαση των κριτηρίων που διατυπώνονται στην ανακοίνωση, από την έλλειψη αναλύσεως και αιτιολογίας και από την κατάχρηση εξουσίας . . . . .	II - 2616
Επιχειρήματα των διαδίκων . . . . .	II - 2616
Εκτίμηση του Πρωτοδικείου . . . . .	II - 2619
Επί των δικαστικών εξόδων . . . . .	II - 2623