

ESIMESE ASTME KOHTU OTSUS (kolmas koda)

14. juuli 2006 *

Kohtuasjas T-417/05,

Endesa, SA, asukoht Madrid (Hispaania), esindajad: J. Flynn, *QC*, *solicitor* S. Baxter, advokaadid M. Odriozola Alén, M. Muñoz de Juan, M. Merola, J. García de Enterría Lorenzo-Velázquez ja J. Varcárcel Martínez,

hageja,

versus

Euroopa Ühenduste Komisjon, esindajad: F. Castillo de la Torre, É. Gippini Fournier, A. Whelan ja M. Schneider,

kostja,

keda toetavad

Hispaania Kuningriik, esindaja: *abogado del Estado* N. Díaz Abad,

* Kohtumenetluse keel: hispaania.

ja

Gas Natural SDG, SA, asukoht Barcelona (Hispaania), esindajad: advokaadid F. González Díaz, J. Jiménez de la Iglesia ja A. Leis García,

menetlusse astujad,

mille ese on nõue tühistada komisjoni 15. novembri 2005. aasta otsus, mis tuvastab ühenduse seisukohalt olulise koondumise puudumise (juhtum nr COMP/M.3986 — Gas Natural/Endesa)

EUROOPA ÜHENDUSTE ESIMESE ASTME KOHUS (kolmas koda),

koosseisus: koja esimees M. Jaeger, kohtunikud V. Tiili ja O. Czúcz,

kohtusekretär: vanemametnik J. Palacio González,

arvestades kirjalikus menetluses ja 9. märtsi 2006. aasta kohtuistungil esitatut,

on teinud järgmise

otsuse

Õiguslik raamistik

Määrused, mis sätestavad kontrolli koondumiste üle

- ¹ Nõukogu 20. jaanuari 2004. aasta määruse (EÜ) nr 139/2004 kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle (ELT L 24, lk 1; ELT eriväljaanne 08/03, lk 40) (edaspidi „määrus”) artikkel 1 sätestab:

„1. Ilma et see piiraks artikli 4 lõike 5 ja artikli 22 kohaldamist, kohaldatakse käesolevat määrust kõikide ühenduse seisukohalt oluliste koondumiste suhtes, nagu need on määratletud käesolevas artiklis.

2. Koondumine on ühenduse seisukohalt oluline, kui:

- a) kõigi asjaomaste ettevõtjate aastakäive kogu maailmas kokku on suurem kui 5000 miljonit eurot; ja

- b) vähemalt kahe kõnealuse ettevõtja aastakäive on kogu ühenduses eraldi suurem kui 250 miljonit eurot,

välja arvatud juhul, kui iga kõnealune ettevõtja saab rohkem kui kaks kolmandikku oma aastakäibest kogu ühenduses ühes ja samas liikmesriigis.

[...]”.

- 2 Määruse artikkel 5 pealkirjaga „Käibe arvutamine” sätestab:

„1. Aastakäive käesoleva määruse tähenduses hõlmab summasid, mida asjaomased ettevõtjad on saanud eelmisel majandusaastal oma põhitegevuse raames toodete müügist ja teenuste osutamisest, kui summadest on lahutatud mahahindlused ja käibemaks ning muud otseselt käibega seotud maksud. Asjaomase ettevõtja aastakäive ei hõlma toodete müüki ja teenuste osutamist lõikes 4 nimetatud ettevõtjate vahel.

Käive ühenduses või liikmesriigis hõlmab ühenduse või kõnealuse liikmesriigi ettevõtjatele või tarbijatele müüdüd tooteid ja osutatud teenuseid.

[...]”.

3 Määruse artikkel 19 sätestab:

„1. Komisjon edastab liikmesriikide pädevatele asutustele kolme tööpäeva jooksul teatiste koopiad ja võimalikult peatselt käesoleva määruse kohaselt komisjonile esitatud või tema väljastatud oluliste dokumentide koopiad. [...]

2. Komisjon viib käesoleva määrusega kehtestatud menetlused läbi tihedas ja püsivas koostöös liikmesriikide pädevate ametiasutustega, kes võivad nende menetluste kohta oma seisukohti esitada. [...]”

4 Määruse artikkel 21 sätestab:

„2. Tingimusel, et tema otsused kuuluvad läbivaatamisele Euroopa Kohtus, on komisjonil ainupädevus teha käesolevas määruses sätestatud otsused.

3. Liikmesriigid ei tohi kohaldada ühenduse seisukohalt oluliste koondumiste suhtes siseriiklikke konkurentsialaseid õigusakte.”

5 Määruse artikkel 22 sätestab:

„1. Üks või mitu liikmesriiki võivad taotleda, et komisjon vaataks läbi mis tahes artikli 3 määratlusele vastava koondumise, mis ei ole artikli 1 tähenduses ühenduse seisukohalt oluline, kuid mõjutab liikmesriikide vahelist kaubandust ja ähvardab

oluliselt mõjutada konkurentsi taotleva liikmesriigi või taotlevate liikmesriikide territooriumil.

Taotlus esitatakse hiljemalt 15 tööpäeva jooksul alates kuupäevast, mil koondumisest teatati või, kui teatamist ei nõuta, liikmesriigis muul viisil teatavaks tehti.

2. Komisjon teavitab liikmesriikide pädevaid asutusi ja asjaomaseid ettevõtjaid viivitamata kõikidest löike 1 kohaselt saadud taotlustest.

Igal teisel liikmesriigil on õigus algse taotlusega ühineda 15 tööpäeva jooksul alates päevast, mil komisjon teda algsest taotlusest teavitab.

Kõik koondumisega seotud siseriiklikud tähtjad lükatakse edasi seniks, kui käesolevas artiklis sätestatud korras on otsustatud, kus koondumine läbi vaadatakse. Tähtaegade kulg jätkub hetkest, mil liikmesriik on komisjonile ja asjaomastele ettevõtjatele teatanud, et ta ei soovi taotlusega ühineda.

3. Komisjon võib hiljemalt 10 tööpäeva jooksul alates lõikes 2 sätestatud tähtaja lõppemisest otsustada koondumise läbi vaadata, kui ta leiab, et see mõjutab liikmesriikidevahelist kaubandust või võib oluliselt mõjutada konkurentsi taotleva liikmesriigi või taotlevate liikmesriikide territooriumil. Kui komisjon selle tähtaja jooksul otsust ei tee, loetakse, et ta on otsustanud koondumise vastavalt taotlusele läbi vaadata.

Komisjon teatab oma otsusest kõikidele liikmesriikidele ja asjaomastele ettevõtjatele. Ta võib taotleda artikli 4 kohase teate esitamist.

Taotluse esitanud liikmesriik või liikmesriigid ei kohalda koondumise suhtes enam oma siseriiklikke õigusakte.

[...].

- 6 Komisjoni 7. aprilli 2004. aasta määrus (EÜ) nr 802/2004 (EÜT L 133, lk 1; ELT eriväljaanne 08/03, lk 88), millega rakendatakse määrust, artikli 17 lõige 3 sätestab:

„Toimikule juurdepääsu õigus ei hõlma konfidentsiaalseid andmeid ega komisjoni või liikmesriikide pädevate asutuste ametialaseks kasutuseks mõeldud dokumente. Samamoodi ei hõlma toimikule juurdepääsu õigus komisjoni ja liikmesriikide pädevate asutuste vahelist või viimati nimetatute omavahelist kirjavahetust.”

- 7 Euroopa Parlamendi ja nõukogu 19. juuli 2002. aasta määrus (EÜ) nr 1606/2002 rahvusvaheliste raamatupidamisstandardite kohaldamise kohta (EÜT L 243, lk 1; ELT eriväljaanne 13/29, lk 609) artikkel 1 sätestab:

„Käesoleva määruse eesmärk on rahvusvaheliste raamatupidamisstandardite vastuvõtmine ja kasutamine ühenduses, ühtlustamaks artikli 4 kohast äriühingute esitatud finantsteavet, et tagada finantsaruannete hea läbipaistvus ja võrreldavus ja seeläbi ühenduse kapitalituru ja siseturu tõhus toimimine.”

Äriühingute raamatupidamist reguleerivad sätted

- 8 Määruse nr 1606/2002 artikkel 4 (pealkirjaga „Börsil noteeritud äriühingute raamatupidamise konsolideeritud aastaaruanded”) sätestab:

„Iga majandusaasta kohta, mis algab 1. jaanuaril 2005 või pärast seda, koostavad äriühingud, kelle suhtes kohaldatakse mõne liikmesriigi õigust, oma raamatupidamise konsolideeritud aastaaruanded kooskõlas artikli 6 lõikes 2 sätestatud korras vastuvõetud rahvusvaheliste raamatupidamisstandarditega, kui bilansikuupäeval on nende väärtpaberitega lubatud kaubelda mõne liikmesriigi reguleeritud turul nõukogu 10. mai 1993. aasta direktiivi 93/22/EMÜ (väärtpaberiturul pakutavate investeerimisteenuste kohta) artikli 1 punkti 13 tähenduses.”

- 9 Komisjoni 29. septembri 2003. aasta määrus (EÜ) nr 1725/2003, millega võetakse vastu teatavad rahvusvahelised raamatupidamisstandardid vastavalt Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrusele (EÜ) nr 1606/2002 (ELT L 261, lk 1; ELT eriväljaanne 13/32, lk 4), sätestab:

„Artikkel 1

Käesolevaga võetakse vastu lisas sätestatud rahvusvahelised raamatupidamisstandardid.

[...]”

- 10 Määruse nr 1725/2003 lisas esitatud rahvusvaheline raamatupidamisstandard IAS 18 pealkirjaga „Tulu” sätestab:

„Mõisted

7. Käesolevas standardis kasutatakse järgmisi mõisteid järgmises tähenduses:

Tulu on ettevõtte tavategevuse käigus aruandeperioodil tekkiv majanduslik brutokasu, kui selle tulemus on ettevõtte omakapitali suurenemine, välja arvatud suurenemine omanike tehtavate sissemaksete tõttu.

Õiglase väärtus on summa, mille eest on teadlike, huvitatud ja omavahel mitteseotud poolte vahelises tehingus võimalik vahetada vara või arveldada kohustist.

8. Tulu hõlmab ainult ettevõtte enda nimel saadud ja saadaoleva majandusliku kasu brutosummat. Kolmandate isikute nimel saadud summad, nagu müügitulu, kauba ja teenustega seotud maksud ja käibemaks, ei ole ettevõtte poolt saadav majanduslik kasu ega suurenda omakapitali. Seetõttu ei arvata neid tulu hulka. Samamoodi sisaldab esindussuhte korral majandusliku kasu brutosumma esindatava nimel kogutud summasid, mis ei suurenda ettevõtte omakapitali. Esindatava nimel kogutavad summad ei ole tulu. Tulu on seevastu vahendustasu.”

- 11 Komisjoni 6. aprilli 2004. aasta määrus (EÜ) nr 707/2004, mis muudab määrust nr 1725/2003, sätestab:

„Artikkel 1

Määruse [...] nr 1725/2003 lisa tekst SIC-8 „IAS esmakordne rakendamine raamatupidamise põhialusena” asendatakse tekstiga, mis on sätestatud käesoleva määruse lisas.

Artikkel 2

Käesolev määrus jõustub kahekümnendal päeval pärast selle avaldamist Euroopa Liidu Teatajas.

[...]”.

- 12 Määruse nr 707/2004 lisa pealkirjaga „IFRS 1 – rahvusvaheliste finantsaruandlusstandardite esmakordne kasutuselevõtmine” täpsustab:

„36. Vastamaks standardi IAS 1 nõuetele finantsaruannete koostamise ja esitamise kohta sisaldavad ettevõtte esimesed IFRS finantsaruanded vähemalt ühe aasta kohta IFRSile vastavaid võrdlusandmeid.

[...]

47. Ettevõtte rakendab käesolevat IFRSi, kui tema esimesed IFRS finantsaruanded on koostatud perioodi kohta, mis algab 1. jaanuaril 2004. aastal või pärast seda. Varasem rakendamine on soovitatav.

[...]”.

Teatis käibe arvutamise kohta

- 13 Komisjoni teatise käibe arvutamise kohta vastavalt nõukogu määrusele (EMÜ) nr 4064/89 kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle (EÜT 1998, C 66, lk 25; ELT eriväljaanne 08/01, lk 215) (edaspidi „teatis”) punkt 26 sätestab:

„26. Komisjon püüab tugineda kättesaadavaist kõige täpsematele ja usaldusväärsematele andmetele. Seepärast lähtub komisjon üldjuhul auditeeritud või muul viisil lõplikust aruandlusest. Siiski võib komisjon juhul, kui ühenduse ja mitteliikmesriigi raamatupidamisstandardite vahel leitakse olevat olulisi erinevusi, pidada vajalikuks nimetatud aruanded üle vaadata vastavalt käibe suhtes kehtivatele ühenduse standarditele. Igal juhul püüab komisjon mitte tugineda juhtkonna koostatud või muul viisil ajutisele aruandlusele, välja arvatud erandjuhtudel (vt järgmist lõiku). Kui koondumine toimub aasta esimestel kuudel ning auditeeritud majandusaasta aruandeid kõige viimase majandusaasta kohta veel ei ole, võetakse arvesse eelnenud aasta andmeid. Kui nimetatud kaks aruannet erinevad oluliselt ning eelkõige juhul, kui on olemas kõige viimaste aastate lõplikud auditeerimata andmed, võib komisjon otsustada arvesse võtta neid auditeerimata andmeid.”

- 14 Teatise punkt 27 sätestab:

„27. Olenemata punktist 26, tuleb alati teha korrektiive, et võtta arvesse auditeeritud aruande kuupäevale järgnenud omandamisi või võõrandamisi. See on vajalik tegelike

koondatavate ressursside kindlakstegemiseks. Seega kui äriühing enne koondumiseni viiva lõpliku lepingu allakirjutamist või avaliku pakkumise väljakuulutamist või kontrollpaki omandamist võõrandab ettevõtte osa või on selline võõrandamine või tehase sulgemine toimingu eelduseks, tuleb ettevõtte selle osa arvele langev osa maha arvata teavitava poole käibest, mis on esitatud viimases auditeeritud majandusaasta aruandes. Vastupidi tuleb äriühingu teavitatavale käibele lisada käive, mis tuleneb varadest, mille üle on omandatud kontroll pärast viimase auditeeritud majandusaasta aruande koostamist.” [täpsustatud tõlge]

Vaidluse aluseks olevad asjaolud

- 15 Hagejaks olev Endesa, SA on nimelt Madridi börsil noteeritud äriühing. Ta on juhtiv äriühing Hispaania kõige suuremas elektrikontsernis Endesa ning tegutseb Itaalias, Prantsusmaal, Portugalis, Poolas ja Ladina-Ameerikas.
- 16 Gas Natural SDG, SA (edaspidi „Gas Natural”) on Madridi börsil noteeritud äriühing. Ta juhib kontserni Gas Natural, mis on energia sektoris teenuseid osutavate ettevõtjate kontsern, mis tarnib, jaotab ja müüb looduslikku gaasi Hispaanias, Itaalias ja Ladina-Ameerikas. Ta arendab tegevust ka elektrisektoris, peamiselt elektrienergia tootmises ja müügis, millises valdkonnas ta on uustulnuk.
- 17 Gas Natural teatas 5. septembril 2005 oma kavatsusest teha avalik ostupakkumine (edaspidi „avalik ostupakkumine”) kõikidele Endesa aktsiatele, mille tulemusel toimub määruse artikli 3 kohaselt koondumistehing. Endesa juhtorganid kuulutasid avaliku ostupakkumise vaenulikuks.

- 18 Gas Natural teatas koondumistingust Hispaania konkurentsiasutustele 12. septembril 2005.
- 19 Veidi pärast Gas Naturali avalikku ostupakkumist pöördus Endesa komisjoni poole selgitamaks, et tema arvates on koondumisting ühenduse seisukohalt oluline määruse artikli 1 mõistes. Endesa sõnul järelalus sellest, et koondumistingust tuleb komisjonile esiteks teatada määruse artikli 4 alusel ja teiseks, et Hispaania konkurentsiasutusel puudub selle tehingu osas otsustamisvägus.
- 20 Endesa palus 19. septembril 2005 komisjonil otsustada, kas ta on vägus koondumistingut analüüsima koondumise olulisuse tõttu ühenduse seisukohalt.
- 21 Endesa märkis oma teatise esiteks seda, et 2004. aasta käibes arvesse võetud arvud olid pigem uute rahvusvaheliste finantsaruandlusstandardite (edaspidi „IFRS”) põhjal arvatud kui need, mis tulenesid auditeeritud raamatupidamisaruandest, ja teiseks, et tal tuleb esitada teatud hulk muid korrektiive nende arvude kohta, et järgida komisjoni teatise sätteid käibe arvutamise kohta. Nii viisi leitud arvudest järelalus Endesa, et 2004. aastal ei ületanud tema käive Hispaanias kahte kolmandikku tema kogukäibest ühenduses.
- 22 20. septembril 2005 palus Portugali konkurentsiamet komisjonil koondumistingu üleandmisega nõustuda vastavalt määruse artiklile 22. Komisjon teavitas sellest üleandmisest teisi liikmesriike 22. septembril 2005 ja andis neile võimaluse sellega ühineda. Hispaania konkurentsiamet teatas komisjonile 28. septembril 2005, et ta ei soovi Portugali taotlusega ühineda. Itaalia konkurentsiamet teatas komisjonile 7. oktoobril 2005, et ta soovib Portugali taotlusega ühineda. Komisjon

lückas need üleandmise taotlused 27. oktoobril 2005 tagasi põhjusel, et siseriiklikud ametiasutused ei tõendanud, millisel määral mõjutab koondumistehing ühendusest kaubandust ja vaba konkurentsi ning järeldas, et tal ei olnud asja käsitlemiseks parimad võimalused.

- 23 Komisjon kirjutas Gas Naturalile 26. septembril 2005 ning palus tal täpsustada, millisel alusel oli ta koondumistehingust Hispaania konkurentsiametile teatanud, ja esitada oma märkused Endesa argumentide kohta. Gas Natural vastas sellele kirjale 3. oktoobril 2005. Ta märkis oma vastuses, et pädeva konkurentsiasutuse kindlakstegemiseks kasutas ta Endesa 2004. majandusaasta auditeeritud aruandes avaldatud arve. Gas Naturali arvates tõendavad need aruanded, et 2004. aastal moodustas Endesa (nagu Gas Naturali) käive Hispaanias üle kahe kolmandiku tema kogukäibest ühenduses.
- 24 Komisjon kirjutas 26. septembril 2005 ka Endesale, et paluda temalt mitmeid täpsustusi tema teadete kohta. Lisaks edastas komisjon 4. oktoobril 2005 Endesale koopia Gas Naturali märkustest tema esimeste teadete kohta, paludes tal neid kommenteerida. Endesa vastas neile taotlustele vastavalt 5. ja 7. oktoobril 2005.
- 25 Hispaania konkurentsiamet teatas komisjonile 6. oktoobril 2005, et ta ei nõustu Endesa esitatud argumentidega, ja märkis, et ta peab ennast kõnealuse tehingu hindamisel pädevaks.
- 26 Komisjon edastas Gas Naturalile 25. oktoobril 2005 Endesa 5. ja 7. oktoobri 2005. aasta teadete koopiad, andes talle võimaluse neile vastata. Komisjon palus 26. oktoobril 2005 Gas Naturalil, Endesal ja Hispaania konkurentsiametil teatada talle oma seisukohast koondumismääruse artikli 5 tõlgendamise kohta eespool

mainitud komisjoni teatise punkti 40 põhjal. Samal ajal saatis komisjon Hispaania konkurentsiametile koopia Endesa 5. ja 7. oktoobri 2005. aasta teadetest, andes talle võimaluse selgitada oma seisukohta kõikide kõnealuste küsimuste osas.

27 Hispaania konkurentsiamet teavitas 27. oktoobril 2005 komisjoni, et tal puuduvad märkused korrektiivide vormistamiseks, ja edastas oma seisukoha koondumismääruse artikli 5 tõlgendamise kohta komisjoni asjassepuutuva teatise punkti 40 põhjal. Gas Natural ja Endesa tutvustasid 2. novembril 2005 sel teemal oma seisukohta. Lisaks edastas Gas Natural uued kommentaarid Endesa väljapakutud korrektiivide kohta Endesa 5. ja 7. oktoobri 2007. aasta teadete põhjal. Gas Natural pakkus oma kommentaarides välja uusi korrektiive, mida pidas Endesa poolt unustatuks. 4. novembril 2005 saadeti korrektiive käsitlev ettepanekute koopia Endesale, kes tegi oma märkused selle kohta teatavaks 9. novembril 2005.

28 Komisjon võttis 15. novembril 2005 vastu otsuse, mis tuvastab ühenduse seisukohalt olulise koondumise puudumise (juhtum nr COMP/M.3986 — Gas Natural/Endesa), mille peale esitati käesolev hagi (edaspidi „otsus”).

29 Hispaania majandusminister otsustas 7. novembril 2005 koondumiste kontrolli siseriiklikus menetluses alustada selle menetluse „teist faasi” ja suunata toimik Servicio de Defensa de la Competencia’lt (konkurentsiteenistus, edaspidi „SDC”) Tribunal de Defensa de la Competencia’le (konkurentsikohus, edaspidi „TDC”).

- 30 Comisión Nacional de la Energía (siseriiklik energiakomisjon, edaspidi „CNE”) andis 20. detsembril 2005 oma seisukoha koondumistehingu kohta, milles ta soovitas tehingu lubamist teatud tingimustel.
- 31 TDC andis 5. jaanuaril 2006 oma arvamuse, milles ta soovitas koondumistehingu ära keelata.
- 32 Hispaania valitsus andis 3. veebruaril 2006 koondumistehingu toimumiseks loa teatud tingimustel.
- 33 Madridi kaubanduskohus nr 3 peatas koondumistehingu 21. märtsil 2006.

Menetlus

- 34 Endesa esitas käesoleva menetluse algatamiseks hagiavalduse, mis saabus Esimese Astme Kohtu kantseleisse 29. novembril 2005. Esimese Astme Kohtu kodukorra artikli 76a alusel esitas hageja samal päeval Esimese Astme Kohtusse eraldi dokumendina taotluse kohtuasja lahendamiseks kiirendatud menetluses.
- 35 Hageja esitas eraldi dokumendina Esimese Astme Kohtusse 29. novembril 2005 saanud avalduse esiteks otsuse täitmise peatamiseks ja teiseks, et komisjonile tehtaks kohustuseks nõuda Hispaania konkurentsiasutustelt kõikide siseriiklike menetluste peatamist.

- 36 Esimese Astme Kohtu kodukorra artikli 115 lõigete 1 ja 2 alusel esitasid Gas Natural ja Hispaania Kuningriik vastavalt 2. ja 9. detsembril 2005 Esimese Astme Kohtusse avalduse menetlusse astumiseks kostja nõuete toetuseks.
- 37 Mõlemad menetlusse astumise avaldused toimetati pooltele kätte vastavalt Esimese Astme Kohtu kodukorra artikli 116 lõikele 1.
- 38 Hageja esitas 15. detsembril 2005 Esimese Astme Kohtusse avalduse, et teatud menetlusdokumente ei edastataks võimalikele menetlusse astujatele Esimese Astme Kohtu kodukorra artikli 116 lõike 2 teise lause alusel.
- 39 15. detsembril 2005 otsustas Esimese Astme Kohtu kolmas koda, kellele kohtuasi määrati, lubada lahendada käesolev kohtuasi kiirendatud menetluses.
- 40 Esimese Astme Kohtu kolmanda koja esimehe 16. detsembri 2005. aasta määrusega rahuldati Gas Naturali ja Hispaania Kuningriigi menetlusse astumise avaldused ja otsustati, et hageja esitatud konfidentsiaalset käsitlemist puudutava taotluse põhjendatuse kohta tehakse otsus hiljem.
- 41 Gas Natural ja Hispaania Kuningriik esitasid vastavalt 3. ja 4. jaanuaril 2006 Esimese Astme Kohtusse avaldused vastuväidetega neile edastatud teatud menetlusdokumentide konfidentsiaalse käsitlemise suhtes.

- 42 Hageja esitas 11. jaanuaril 2006 Esimese Astme Kohtusse avalduse konfidentsiaalset käsitlemist puudutava taotluse tühistamiseks Gas Naturali suhtes Deloitte, SL-i ettevalmistatud aruande osas, mis on hagele lisatud.
- 43 Gas Natural ja Hispaania Kuningriik esitasid menetlusse astuja seisukohad vastavalt 12. ja 13. jaanuaril 2006.
- 44 Komisjon esitas kostja vastuse 19. jaanuaril 2006.
- 45 Esimese Astme Kohtu kolmanda koja esimehe 24. jaanuari 2006. aasta määrusega rahuldati osaliselt hageja taotlus asja konfidentsiaalseks käsitlemiseks ning määrati kõikide menetlusedokumentide mittekonfidentsiaalsete versioonide edastamine menetlusse astujatele ja paluti selle kohta kohtuistungil esitada oma täiendavad märkused. Lisaks lükkas kolmanda koja esimees edasi kohtkulude otsustamise.
- 46 Esimese Astme Kohtu presidendi 1. veebruari 2006. aasta määrusega kohtuasjas T-417/05 R (EKL 2006, lk II-18*) jäeti ajutiste meetmete kohaldamise taotlus rahuldamata, sest Esimese Astme Kohtu president leidis, et hageja ei tõendanud, et ajutiste meetmete puudumisel võib tal tekkida raske ja korvamatu kahju, ning lükkas kohtkulude otsustamise edasi.
- 47 Ettekandjaks oleva kohtuniku ettekande alusel otsustas Esimese Astme Kohus (kolmas koda) avada suulise menetluse ja tegi menetlust korraldavate meetmete raames pooltele ettepaneku vastata mitmele kirjalikule küsimusele. Pooled täitsid esitatud nõude määratud tähtaja jooksul.

48 Poolte kohtukõned ja vastused Esimese Astme Kohtu suulistele küsimustele kuulati ära 9. märtsi 2006. aasta kohtuistungil.

Poolte nõuded

49 Endesa palub Esimese Astme Kohtul:

- tunnistada tema hagi vastuvõetavaks;
- tühistada otsus;
- mõista kohtukulud välja komisjonilt.

50 Komisjon palub Esimese Astme Kohtul:

- jätta hagi rahuldamata;
- mõista kohtukulud, sh ajutiste meetmete kohaldamise menetluse kohtukulud välja hagejalt.

51 Hispaania Kuningriik palub Esimese Astme Kohtul:

- jätta hagi rahuldamata;

- mõista kohtukulud välja hagejalt.

52 Gas Natural palub Esimese Astme Kohtul:

- jätta hagi rahuldamata;

- mõista kohtukulud välja hagejalt.

Õiguslik käsitus

53 Hageja esitab oma hagi toetuseks viis väidet: esiteks menetlusnormide rikkumine, teiseks tõendamiskohustuse ülekandmine ja põhjenduse puudumine, kolmandaks IAS/IFRS-i raamatupidamisstandardite alusel koostatud raamatupidamisaruannete ebaõige kasutamine, neljandaks väljapakutud korrektiivide tagasilükkamine ja viiendaks teatises loetletud kriteeriumide rikkumine, analüüsi ja põhjenduse puudumine ning võimu kuritarvitamine.

Esimene väide, mis käsitleb menetlusnormide rikkumist

Esimene osa, mille kohaselt otsused üleandmise taotluste kohta on vastu võetud enne otsust

— Poolte argumendid

54 Endesa väidab, et määrusest nähtub selgelt, et iga artiklil 22 põhinev otsus peab käsitlema koondumistehingut, mis vastab ühele või mitmele siseriikliku sätte piirmäärale ja mis ei ole ühenduse seisukohalt oluline. Seega võimaldab artikli 22 mehhanism olla komisjonil pädev tehingute osas, mis peaksid *a priori* jääma tema pädevusest väljapoole.

55 Sellest nähtub, et määruse artikli 22 alusel on ühenduse seisukohalt olulisuse puudumine üleandmise otsuse tähtis eeltingimus. Seetõttu leiab Endesa, et kuna ta palus komisjonil asuda ametlikule positsioonile koondumise olulisuse kohta ühenduse seisukohalt, oli komisjonil valida, kas lükata taotlus tagasi menetlust algatamata ja lugeda taotlus ilmselgelt põhjendamatuks või algatada menetlus ja otsustada ametlikult selle üle, milline on pädev asutus enne üleandmise taotluste üle otsustamist. Ta lisab, et asjaolu, et määrus sätestab tähtaja üleandmise taotluste kohta otsuse tegemiseks (kümme tööpäeva selle tähtaja lõppemisest, mis on siseriiklikele asutustele ette nähtud ühe või mitme taotluse liitmiseks) ei õigusta loogilise järjekorra muutmist, mis puudutab läbivaatamist komisjoni poolt. Kuna määrus ei maini asutuste määramisega seotud menetlusjuhtumeid, vaid materiaalselt pädevust puudutavaid asjaolusid (üleandmist reguleeriva artikli 22 kaudu), tuleks viimati mainitule ette nähtud tähtaega kohaldada esimese suhtes analoogia alusel. Kui komisjonil ei olnud otsuse tegemiseks kõiki vajalikke asjaolusid ja tal tuli paluda

lisateavet, oleks tema teabetaotlus pidanud pikendama automaatselt tema otsuse vastuvõtmise tähtaega ja kindlasti ka kõigi sellest tähtajast tulenevate aktide, sealhulgas artiklil 22 põhineva otsuse, vastuvõtmisega seotud tähtaegu.

- 56 Endesa väidab, et sellisel juhul on möödunud 38 päeva esimese üleandmise taotluse ning Itaalia Vabariigi ja Portugali Vabariigi taotluste tagasilükkamist käsitleva komisjoni otsuse vahel. Võttes üleandmise otsused vastu enne kindlakstegemist, kas tehing on siseriikliku või ühenduse ulatusega, on komisjon otsuse tulemuse ette otsustanud, kuigi ta esitas selles osas puhtalt formaalse reservatsiooni. See nähtub selgelt üleandmise taotluse kohta tehtud otsuse põhjendusest, milles eelkõige märgitakse, et komisjon ei ole kõige sobivam asutus kõnealuse tehingu üle otsustama. Sõltumata selle kinnituse põhjendustest on ilme, et selles esitatakse enneaegne otsustus vähemalt ühe sellise hinnangu kohta, mida komisjonil tuleb teha ühenduse seisukohalt olulise tehingu läbivaatamisel ehk määruse artiklil 9 põhinevate võimalike üleandmise taotluste läbivaatamisel.
- 57 Komisjon, keda toetavad menetlusse astujad, väidab, et see väide ei ole lihtsalt tulemuslik, sest artikli 22 alusel taotluse esitava liikmesriigi olukord ja selle ettevõtja olukord, kes palub komisjonil võtta seisukoha omaenda pädevuse kohta, ei ole analoogilised, ning et artikli 22 alusel esitatud taotluste kohta võetud otsused ei ole ette otsustanud ühenduse pädevust puudutavaid küsimusi, sest komisjon on sõnaselgelt võtnud seisukoha viimati nimetatud taotluste osas ilma seda aspekti kahjustamata.

— Esimese Astme Kohtu hinnang

- 58 Endesa väidab, et otsus oleks tulnud vastu võtta määruse artikli 22 alusel enne otsuse tegemist üleandmise taotluse kohta, sest ühenduse seisukohalt olulisuse puudumine on üleandmise otsuse üks tähtis eeltingimus.

- 59 Määruse artikli 22 lõige 1 sätestab, et „[ü]ks või mitu liikmesriiki võivad taotleda, et komisjon vaataks läbi mis tahes [...] koondumise, mis ei ole artikli 1 tähenduses ühenduse seisukohalt oluline, kuid mõjutab liikmesriikide vahelist kaubandust ja ähvardab oluliselt mõjutada konkurentsi taotleva liikmesriigi või taotlevate liikmesriikide territooriumil [...]”.
- 60 Tuleb meelde tuletada, et 19. septembril 2005 palus Endesa teha komisjonil otsuse selle kohta, kas ta on pädev koondumistehingut analüüsima. Portugali konkurentsiamet palus 20. septembri 2005. aasta taotluses komisjonil nõustuda koondumise läbivaatamisega määruse artikli 22 alusel. Pärast komisjoni poolt asja üleandmist teistele liikmesriikidele teavitas Itaalia konkurentsiamet 7. oktoobril 2005 komisjoni, et ta soovib Portugali konkurentsiameti taotlusega ühineda. Komisjon lükkas need üleandmise taotlused 27. oktoobril 2005 tagasi ja leidis, et ei olnud tõendatud, et koondumistehing mõjutab konkurentsi Portugalis ja Itaalias ning et komisjonil on taoliste mõjude hindamiseks parimad võimalused.
- 61 Selles osas tuleb esiteks rõhutada, et hageja väidetud menetlusnormi rikkumine ei puuduta otsust, vaid üksnes 27. oktoobri 2005. aasta otsuseid üleandmise taotluste kohta, mis ei ole käesoleva hagi ese. Etteheide ei ole seetõttu igal juhul tulemuslik.
- 62 Komisjoni eeskujul tuleb siiski märkida, et hageja esitatud argumentide juriidiline tagajärg ei tule selgelt esile. Kui nende argumentidega nõustuda, mõjutaks väidetav rikkumine kõiki otsuseid, sealhulgas otsust, mis tunnistab koondumistehingu ühenduse seisukohalt oluliseks, ja mis võetakse vastu pärast 27. oktoobri 2005. aasta otsuseid üleandmise taotluste kohta, ning seega võiks neid tühistada samadel põhjustel nagu neil, millele on tuginenud hageja. Seega tuleks tühistada kõik pärast seda kuupäeva tehtud komisjoni otsused Endesa taotluse kohta, isegi kui otsus on selle taotluse suhtes soodne.

- 63 Teiseks tuleb tõdeda, et hageja ei ole tõendanud, millises osas on 27. oktoobri 2005. aasta otsused üleandmise taotluste kohta otsustanud ühenduse pädevuse küsimuse ennatlikult, sest otsused üleandmise taotluste kohta märgivad vastupidi sõnaselgelt seda, et need võeti vastu, kahjustamata hinnangut, mis antakse kavandatud koondumistehingu olulisuse kohta ühenduse seisukohalt.
- 64 Lisaks ei saa komisjonile ette heita, et ta tegi üleandmise taotluste kohta otsuse enne otsust ühenduse seisukohalt olulise kohta. Tegelikult paneb määruse artikli 22 lõige 3 komisjonile kohustuse teha otsus üleandmise taotluse kohta kümne päeva jooksul ja sätestab, et kui komisjon ei tee otsust tähtjal, on selle tagajärg üleandmisega vaikumise nõustumine. Seega tuleb komisjonil teha otsus üleandmise taotluse kohta kiiresti. Järelikult, kui ta oleks pidanud eelnevalt tegema otsuse ühenduse seisukohalt olulise kohta, oleks ta pidanud seda tegema vähemalt kümne päeva jooksul, mistõttu ei oleks ta suutnud kogu nõutava hoolsusega analüüsida kavandatud tehingu olulisust ühenduse seisukohalt.
- 65 Endesa huve sugugi kahjustamata võimaldas seega olukord, et komisjon jätkas ühenduse seisukohalt olulise analüüsi ja võttis otsuse vastu alles pärast 27. oktoobri 2005. aasta otsuseid üleandmise taotluste kohta, käesolevas asjas hoopis seda, et otsus ühenduse seisukohalt olulise kohta põhineb kõikide asjassepuutuvate asjaolude tähepanelikul analüüsil.
- 66 Lisaks tuleb tagasi lükata hageja argument, mille kohaselt määruse artikli 22 alusel esitatud taotluste kohta otsuse tegemiseks sätestatud tähtaeg lükatakse edasi analoogia alusel kuni on otsustatud, kas koondumistehing on ühenduse seisukohalt oluline. Tegelikult ei nähtu määrusest sugugi, et artikli 22 alusel esitatud taotluse lahendamiseks sätestatud tähtaega lükatakse sellises olukorras edasi. Õiguslikke tagajärgi tekitavate tähtaegade osas peab iga edasilükkamise põhjus olema sätestatud sõnaselgelt. Selle osas tuleb mees pidada, et on tähtis tagada koondumiste

kontrollimist tähtaegade jooksul, mis korraga sobiksid kokku nii hea haldustava kui ka ärielu nõudmistega (Euroopa Kohtu 25. septembri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-170/02 P: Schlüsselverlag J. S. Moser jt vs. komisjon, EKL 2003, lk I-9889, punkt 34).

67 Sellest järeldub, et esimese väite esimene osa tuleb tagasi lükata.

Teine osa, mis käsitleb läbipaistvuse puudumist ja kaitseõiguse rikkumist

— Poolte argumendid

68 Endesa märgib, et määrus ei sätesta erimenetlust, määramaks kindlaks koondumistehingu olulisust ühenduse seisukohalt. Järelikult vastuseks Endesa ametlikule taotlusele teha otsus koondumise käsitlemiseks pädeva asutuse määramise kohta, oleks komisjon pidanud selgelt märkima, millist menetlust hakkab ta järgima, mis oleks võimaldanud tagada minimaalse õiguskindluse. Menetluse algusest peale palus Endesa sõnaselgelt komisjoni, et pooli menetlusreeglitest teavitataks, kuid seda taotlust ei arvestatud.

69 Komisjoni järgitud menetlus ei olnud ka läbipaistev, sest komisjon ei täpsustanud Endesale, milliseid dokumente konkreetselt Gas Natutralile tutvumiseks anti, samuti ei edastatud Endesale täielikult Gas Naturali poolt komisjonile esitatud argumente. Kuigi SDC astus menetlusse poolena, ei teatatud Endesale ega hoiatatud teda isegi ette SDC esitatud märkustest, vaatamata sõnaselgetele ja korduvatele taotlustele, mille Endesa esitas oma 23. septembri ning 10. ja 12. oktoobri 2005. aasta kirjades.

- 70 Kohaldatava menetluse reeglite ebaselgus ja läbipaistvuse puudumine on kaitseõiguse ilmselge rikkumine. Sama puudutab Endesa dokumentide edastamist SDC-le, ilma et selleks oleks palutud Endesalt luba, välja arvatud esialgne menetlusdokument, mille hageja edastas komisjoni palvel SDC-le otse.
- 71 Komisjon, keda toetavad menetlusse astujad, väidab, et Endesa osalemisest menetluses tema huvide tagamiseks kindlasti piisas.

— Esimese Astme Kohtu hinnang

- 72 Esiteks tuleb märkida seoses etteheitega, mille kohaselt komisjon ei teavitanud hagejat kohaldatavast menetlusest, et määrus ei sätesta erimenetlust ühenduse seisukohalt olulise koondumise kindlakstegemiseks. Samuti tuleb tõdeda, et hageja ei ole tõendanud, millisel määral see teabe puudumine võis otsuse seaduslikkust mõjutada.
- 73 Igal juhul see, et komisjon ei teavitanud hagejat menetlusest, mida ta kavatseb järgida selleks, et analüüsida, kas koondumine on ühenduse seisukohalt oluline või mitte, võib selle menetluse lõpus vastuvõetud otsuse seaduslikkust mõjutada vaid juhul, kui selle tagajärjel rikutakse kaitseõigust. Nagu nähtub järgnevatest kaalutlustest, ei ole käesolevas asjas sellega tegu.
- 74 Teise etteheite osas, mille kohaselt komisjon ei täpsustanud talle, milliseid dokumente konkreetselt Gas Naturalile tutvumiseks anti, tuleb tõdeda, et hageja ei täpsusta, millisel määral see olukord võis kahjustada tema õigusi või mõjutada

otsuse sisu. Lisaks ei kohusta hageja kaitseõigus ega tema õigus toimikuga tutvuda, et teda teavitataks ka teiste isikute juurdepääsust toimiku teatud dokumentidele. Seetõttu tuleb etteheide tagasi lükata.

75 Kolmanda etteheite osas, mille kohaselt komisjon ei teavitanud hagejat täielikult Gas Naturali esitatud argumentidest, tuleb kõigepealt tõdeda, et komisjon tunnistas, et teatud konfidentsiaalne teave jäeti välja. Seejärel tuleb sarnaselt komisjoniga märkida, et hageja ei esita tõendeid selle kohta, et ta taotles juurdepääsu konfidentsiaalseks peetavale teabele. Viimaseks tuleb peamiselt tõdeda, et hageja ei ole sugugi tõendanud, et see teave oleks olnud kasulik tema menetluses osalemisele seetõttu, et tegemist on otsuses tsiteeritud teabega, või seetõttu, et tegemist on teabega, mis võimaldab kindlaks teha, kas koondumistehing on ühenduse seisukohalt oluline. Kuna Endesa ja komisjoni vaheline erimeelsus puudutas eelkõige Endesa ja mitte Gas Naturali käibe kindlaksmääramist, näib Gas Naturali konfidentsiaalne teave selles osas asjakohatu. See etteheide tuleb seega tagasi lükata.

76 Neljanda väite osas, mille kohaselt komisjon ei ole hagejale täielikult edastanud SDC esitatud argumente, nähtub kohtupraktikast (vt analoogia alusel Esimese Astme Kohtu 1. aprilli 1993. aasta otsus kohtuasjas T-65/89: BPB Industries ja British Gypsum vs. komisjon, EKL 1993, lk II-389, punkt 33), et kirjavahetus liikmesriikidega koosneb põhimõtteliselt sisedokumentidest, mida ei tohi edastada menetluses osalevatele isikutele. Lisaks ei hõlma toimikuga tutvumise õigus määruse nr 802/2004 artikli 17 punkti 3 kohaselt komisjoni ja liikmesriikide pädevate asutuste vahelist kirjavahetust. Igal juhul tuleb tõdeda, et hageja ei tõenda, millist SDC edastatud teavet oleks komisjon kasutanud või milline teave oleks võinud kahjustada tema õigusi või mõjutada otsust. Seetõttu ei ole see etteheide põhjendatud.

77 Viimaseks, hageja viienda etteheite osas, mille kohaselt komisjon edastas Endesa dokumendid SDC-le, ilma et Endesalt oleks küsitud luba, piisab kui meenutada, et määruse artikli 19 lõige 2 näeb ette, et komisjon viib määrusega kehtestatud menetluse läbi tihedas ja püsivas koostöös liikmesriikide pädevate asutustega ning et sama artikli lõige 1 näeb ette, et komisjon edastab liikmesriikide pädevatele asutustele kolme tööpäeva jooksul teatiste koopiad ja võimalikult peatselt määruse kohaselt komisjonile esitatud või tema väljastatud oluliste dokumentide koopiad. Igal juhul tuleb märkida, et hageja ei ole tõendanud, millisel määral dokumentide edastamine SDC-le võis mõjutada otsuse seaduslikkust. Seetõttu ei saa etteheitega nõustuda.

78 Nendel põhjustel tuleb esimese väite teine osa tagasi lükata.

Kolmas osa, mille kohaselt siseriiklikku menetlust ei ole edasi lükatud

— Poolte argumendid

79 Endesa väidab, et komisjon oleks pidanud pädeva asutuse määramist puudutava menetluse käigus nõudma, et lükataks edasi siseriiklikud menetlused, mis olid Hispaania konkurentsiasutustes ja selle riigi reguleerimisasutustes samal ajal pooleli. Ta leiab, et sellise edasilükkamise nõudmata jätmine on raske menetlusnormi rikkumine.

80 Endesa väidab, et edasilükkamine on nõutav määruse artikli 21 lõike 3 alusel, mis näeb ette, et liikmesriigid ei tohi kohaldada ühenduse seisukohalt oluliste koondumiste suhtes siseriiklike konkurentsialaseid õigusakte, ja EÜ artiklis 10 sätestatud üldise koostöö kohustuse tõttu. Lisaks tuleb arvestada, et kui paralleelsete menetluste vältimiseks kehtestab artikkel 22 siseriiklike tähtaegade edasilükkamise kuni komisjon teeb otsuse oma pädevuse kohta, oleks sama loogikat tulnud kohaldada pärast määruses esineva tühimiku tuvastamist seoses otsusega, kas koondumine on ühenduse seisukohalt oluline või mitte. Komisjon oleks pidanud järelikult nõudma siseriiklike menetluste edasilükkamist.

81 Endesa märgib, et üleandmise taotluste läbivaatamise edasilükkamine, kuni tehakse otsus pädeva asutuse kohta, oleks pidanud määruse artikli 22 alusel olema automaatne. See, et otsuse tegemisel ei ole järgitud ühte üldist koondumiskontrolli süsteemi põhimõtet, nimelt ainukontrolli põhimõtet, mille abil on võimalik ära hoida ühenduse menetluse ja siseriikliku menetluse samaaegne toimumine, muudab otsuse kehtetuks. Lisaks see, et Endesa on sunnitud samal ajal tegutsema ühenduse ametiasutustes ja siseriiklikes ametiasutustes, tähendab tema kaitseõiguse rikkumist. Kaitseõiguse rikkumine on väljakujunenud kohtupraktika kohaselt tühistamise põhjus (Euroopa Kohtu 27. septembri 1988. aasta otsus liidetud kohtuasjades 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 ja 125/85–129/85: *Ahlström Osakeyhtiö jt vs. komisjon*, EKL 1988, lk 5193, ja Esimese Astme Kohtu 22. oktoobri 2002. aasta otsus kohtuasjas T-310/01: *Schneider Electric vs. komisjon*, EKL 2002, lk II-4071).

82 Komisjon, keda toetavad menetluses astujad, rõhutab, et sõltumata sellest, kas komisjonil tegelikult on need õigused, mida hageja arvab tal olevat, ei palunud ta kunagi komisjonilt selgelt neid kasutada. Lisaks ei saa eksisteerida edasilükkamise kohustust pelga analoogia alusel. Peale selle ei tähenda õigus osaleda haldusmenetluses õigust osaleda ainult ühes haldusmenetluses.

— Esimese Astme Kohtu hinnang

- 83 Etteheite osas, mille kohaselt komisjon ei palunud Hispaania pädevatel asutustel siseriiklikku menetlust edasi lükata, on piisav tõdeda, et see ei ole käesoleva hagi raames asjassepuutuv. Hageja ei ole ka tõendanud, kuidas siseriikliku menetluse edasi lükkamata jätmine oleks saanud mõjutada otsuse seaduslikkust, isegi kui oletada, et see johtus komisjoni ebaseaduslikust käitumisest.
- 84 Esiteks, kuna hageja põhjendab oma etteheidet siseriikliku menetluse edasi lükkamata jätmise kohta määruse artikli 21 lõikega 3 ja EÜ artiklis 10 sätestatud üldise koostöökohustusega, piisab, kui rõhutada sarnaselt kostjaga, et küsimus võib olla võimalikus rikkumises, mille on toime pannud Hispaania Kuningriik, kuid mitte komisjon. Ükski komisjoni otsus ei ole seega selle rikkumise põhjus ja igal juhul ei mõjutaks see otsuse seaduslikkust.
- 85 Teiseks osas, kus etteheide põhineb määruse artikli 22 lõike 2 kolmandal lõigul, mis sätestab siseriiklike tähtaegade edasilükkamise seniks, kui komisjon on teinud otsuse pädevuse kohta, tuleb märkida, et olukord, milles liikmesriik esitab üleandmise taotluse artikli 22 alusel, ja olukord, milles ettevõtja palub komisjonil võtta seisukoha pädevuse kohta, ei ole analoogilised, ning et edasilükkamise kohustus ei saa põhineda pelgal analoogial.
- 86 Kolmandaks hageja argumendi osas, mille kohaselt on otsus tehtud ainukontrolli põhimõtet järgimata, ja selle argumendi osas, mille kohaselt see, et Endesa on sunnitud tegutsema samal ajal ühenduse ametiasutustes ja siseriiklikes ametiasutustes, tähendab kaitseõiguse rikkumist, on piisav märkida, et hageja, kes on ise palunud komisjonil sekkuda, ei ole tõendanud, millisel määral ja miks oleks tal

olnud raskusi kaitsta oma seisukohta samal ajal mitmetes asutustes või kuidas oleks see olukord võinud otsust mõjutada. Lisaks tuleb märkida, et ühenduse seisukohalt olulise koondumise puudumisel tuleb ettevõtjatel koondumistehingutest sageli teatada mitmele siseriiklikule ametiasutusele.

87 Seetõttu tuleb esimese väite kolmas osa tagasi lükata.

88 Eeltoodust tulenevalt ei ole hageja esimene väide põhjendatud.

Teine väide, mis käsitleb tõendamiskohustuse ülekandmist ja põhjenduse puudumist

Poolte argumendid

89 Endesa väidab, et otsuse põhjendus on ebapiisav, sest komisjon ei ole järginud määruse artikleid 1, 5 ja 21. Kuigi ükski määruse säte seda sõnaselgelt ei sätesta, tuleb komisjonil määrata pädev asutus, kuna tal on ainupädevus otsustada ühenduse seisukohalt oluliste tehingute üle (eespool punktis 66 viidatud kohtuotsus Schlüsselerlag J. S. Moser jt vs. komisjon). See komisjoni ainupädevus eeldab, et komisjon otsustab, kas määruse artikkel 1 on kohaldatav. Selleks peab ta täpsustama ja kinnitama asjaomase ettevõtja eelmise aruandeaasta käibe vastavalt määruse artiklile 5.

- 90 Endesa väidab, et komisjon ei või pädeva ametiasutuse kindlaksmääramisel tõendamiskohustust üle kanda. Kuna komisjonil on ainupädevus otsustada, milline ametiasutus on pädev koondumist käsitlema, on üksnes temal kohustus asjaomaste ettevõtjate käivet kontrollida ja eelkõige tõendada.
- 91 Komisjonil on otsuse aluseks seevastu asjaolu, et Endesa ei ole esitanud piisavaid tõendeid tuvastamiseks vajadust kasutada IAS/IFRS-i standardite kohaselt koostatud aruandeid ja teha teatise alusel mitmeid korrektiive. See põhjendus on vastu võetamatu avalikul korral põhinevate kohaldamisele kuuluvate pädeva ametiasutuse määramist reguleerivate sätete laadi tõttu. Hageja leiab, et tegemist on põhjendusega, mis on vastuolus loogika ja ühenduse õiguskorra aluspõhimõtetega seda enam, kui komisjon oleks võinud loota Endesa täielikule koostööle ja oleks võinud paluda mis tahes asjassepuutuvaks peetavat lisateavet. Hageja sõnul kulutas komisjon tegelikult peaaegu täielikult need kaks kuud, mil menetlus kestis, selliste aspektide uurimisele, mida otsuses lõpuks ei käsitletud.
- 92 Otsuses esineb tõsine põhjenduse puudumine, sest selles leitakse, et eraõiguslikel isikutel tuleb komisjoni veenda selles, et tal on ainupädevus, sest just komisjonil tuleb kaebuse tagajärjel või omal algatusel teha kindlaks valdkonnad, mis kuuluvad tema pädevusse kohustuste raames, mille asutamisleping talle asutamislepingu kaitsjana kehtestab.
- 93 Selles osas viitas Endesa Esimese Astme Kohtu 21. septembri 2005. aasta otsusele kohtuasjas T-87/05: EDP vs. komisjon (EKL 2005, lk II-3745), milles Esimese Astme Kohus tuletas ühe teise kohustusi käsitleva koondumisteatise kohaldamise raames meelde, et komisjon ei tohtinud tõendamiskohustust ümber pöörata, pannes pooltele üksnes teatisel põhineva kohustuse, millel puudus määruses igasugune õiguslik alus. Asjaomasel poolel tuleb esitada komisjonile kõik tehingu hindamiseks

vajalikud asjaolud ja komisjonil tuleb hindamine läbi viia ilma tõendamiskohustust üle kandmata.

- 94 Selle hindamise läbiviimiseks on komisjonil selliseid olulisi protsessuaalseid vahendeid nagu teabetaotlus. Komisjon oleks seega võinud kaasata sõltumatuid eksperte Endesa raamatupidamisaruande kontrollimiseks, kui ta pidas seda vajalikuks, ning tal oleks olnud kaks kuud üksikasjaliku ja ammendava analüüsi läbiviimiseks parimal viisil, et teha kindlaks Endesa 2004. aasta käive.
- 95 Lisaks ei saa ühegi komisjonile esitatud dokumendi põhjal kinnitada, et Endesa esitatud teave oli ebapiisav. Pärast menetlust, mille jooksul tegutses Endesa võimalikult tihedas koostöös komisjoniga, ei saa väita, et esitatud teave oli ebapiisav.
- 96 Komisjon, keda toetavad menetlusse astujad, väidab, et arutelu, mis toimus menetluse ajal komisjonis, oli põhiliselt õiguslik ja et komisjon vastas otsuses hageja argumentidele seetõttu, et tema otsuste põhjendamiskohustus sisaldab kohustust vastata poolte esitatud argumentidele siis, kui need lükatakse tagasi, kuid mitte seetõttu, et ta oleks leidnud, et hagejal on tõendamiskohustus.

Esimese Astme Kohtu hinnang

- 97 Endesa väidab, et komisjon on koondumistehingu läbivaatamiseks pädeva asutuse kindlaksmääramise osas tõendamiskohustuse ülekandnud, põhjendades oma otsust

sellega, et Endesa ei ole esitanud piisavaid tõendeid, mis tõendaksid vajadust kasutada IAS/IFRS-i standardite kohaselt koostatud raamatupidamisaruandeid ja teha korrektiive.

- 98 Tuleb meeles pidada, et koondumist peetakse ühenduse seisukohalt oluliseks, kui asjaomaste ettevõtjate kogukäive ületab määruses kehtestatud piirmäärad. Määruse põhjenduse 17 kohaselt on komisjonile, kelle tegevust kontrollib Euroopa Kohus, antud ainupädevus määruse kohaldamiseks. Vastavalt määruse artikli 1 lõikele 1 kohaldatakse seda kõigi ühenduse seisukohalt oluliste koondumiste suhtes. Sellest järeldub, et kui koondumistehing on ühenduse seisukohalt oluline, on komisjonil ainupädevus see läbi vaadata. Sellest ei järeldu siiski automaatselt, et komisjonil on ainupädevus otsustada selle üle, kas koondumine on ühenduse seisukohalt oluline.
- 99 Selles osas tuleb rõhutada, et määruse kohaselt tuleb asjaomastel ettevõtjatel kõigepealt anda esimene hinnang koondumise ulatuse kohta ja teha seega kindlaks, millistele asutustele tuleb kavandatavast koondumisest teatada. Järgnevalt, kui koondumistehingust ei ole teatatud komisjonile, vaid ühe või mitme liikmesriigi asutustele, nagu käesolevas asjas, tuleb neil asutustel kontrollida, et neile esitatud koondumine ei oleks ühenduse seisukohalt oluline, arvestades eriti EÜ artiklist 10 tulenevat lojaalse koostöö kohustust ja määruse artiklit 21, mis sätestab komisjoni ainupädevuse vaadata läbi ühenduse seisukohalt olulise koondumise kokkusobivus ja keelata liikmesriikidel vastavalt kohaldada nimetatud koondumiste suhtes siseriiklikke konkurentsialaseid õigusakte. Sellises olukorras on komisjonil alati võimalik otsustada vastupidi liikmesriikide ametiasutuste arvamusele, et koondumine on ühenduse seisukohalt oluline ja kuulub tema ainupädevusse.
- 100 Lisaks ei sisalda koondumiste kontrolli reguleeriv määrus konkreetset sätet, mis näeks sõnaselgelt ette komisjoni kohustuse tagada omal algatusel, et iga

koondumistehing, millest talle teatatud ei ole, ei oleks tegelikult ühenduse seisukohalt oluline. Siiski nähtub kohtupraktikast, et kui ettevõtja esitab komisjonile kaebuse ja leiab, et koondumine, millest ei ole komisjonile teatatud, on ühenduse seisukohalt oluline, tuleb komisjonil teha järelevalve asutusena otsus oma pädevuse põhimõtte kohta (eespool punktis 66 viidatud kohtuotsus Schlüsselerlag J. S. Moser jt vs. komisjon, punktid 27 ja 28). Sellega seoses tuleb kaebuse esitajal põhimõtteliselt tõendada oma kaebuse põhjendatust, samas kui komisjonil tuleb hea halduse huvides vaadata hoolsalt ja erapooletult läbi talle esitatud kaebused ning vastata põhjendatult kaebuse esitaja argumentidele, mille eesmärk on tõendada, et koondumine kuulub komisjoni ainupädevusse.

101 Eespool esitatust järeldeb, et vastupidi sellele, mida väidab hageja, ei ole komisjon põhimõtteliselt kohustatud esitama tõendeid, et ta ei ole pädev tegema otsust koondumise kohta, millest talle teatatud ei ole, ega tõendama, et nimetatud tehing ei ole ühenduse seisukohalt oluline, ning seda isegi juhul, kui talle esitatakse kaebus.

102 Igal juhul tuleb tõdeda, et vastupidi sellele, mida väidab hageja, ei ole komisjon piirdunud sedastamisega, et Endesa ei esitanud tõendeid selle kohta, et koondumine on ühenduse seisukohalt oluline, vaid analüüsis tegelikult koondumise ulatusega seotud asjaolusid üksikasjalikult ja järeldas, et koondumine ei ole ühenduse seisukohalt oluline, ning lükkas hageja argumentid tagasi.

103 Otsuse lugemisel nähtub, et komisjon on täiesti selgitanud põhjusi, miks ta ei pidanud sobivaks kasutada IAS/IFRS-i aruandeid ega teha väljapakutud korrektiive.

- 104 Esiteks, mis puudutab väidetavat vajadust kasutada IAS/IFRS-i standardite kohaselt koostatud raamatupidamisaruandeid, märkis komisjon kõigepealt otsuse punktis 20, et määruse artiklist 1 ja teatisest nähtub, et üldpõhimõtte kohaselt arvutatakse käivet auditeeritud raamatupidamisaruannete alusel ja et komisjon võib sellest põhimõttest kalduda kõrvale üksnes erandjuhtudel. Seejärel tegi komisjon järelduse, et kuna oli tõendatud, et Endesa 2004. aasta auditeeritud raamatupidamisaruannetes märgitud käibest moodustas ühenduses tekkinud käibest üle kahe kolmandiku Hispaanias tekkinud käive, tuli Endesal esitada seega piisavaid asjaolusid, mis tõendavad, et tegemist on erandjuhtumiga, mille tõttu on põhjendatud viidata muule käibelegale kui auditeeritud raamatupidamisaruannetes esitatud käibelegale (otsuse punkt 21).
- 105 Komisjon kinnitas seejärel selgelt, et Endesa ei esitanud selliseid piisavaid asjaolusid (otsuse punkt 23). Komisjon selgitas siiski põhjuseid, miks sellist erandjuhtumit käesolevas asjas ei esinenud, ja esitas põhjendused, miks tuli eelistada hea raamatupidamistava kohaselt koostatud raamatupidamisaruandeid, ja lükkas hageja esitatud argumendid tagasi.
- 106 Esiteks märkis komisjon otsuses seda, et Endesal oli seaduslikult kohustus koostada ametlik konsolideeritud raamatupidamisaruanne aastaks 2004 hea raamatupidamistava alusel, ja teiseks, et see nõue oli kooskõlas sel ajal kohaldatavate ühenduse raamatupidamiseeskirjadega. Lisaks märgib komisjon, et Endesa ei olnud kohustatud koostama IAS/IFRS-i standardite kohaselt auditeeritud konsolideeritud raamatupidamisaruannet enne 1. jaanuaril 2005 algavat aastat. Tä lisab, et Endesa oli kohustatud koostama IAS/IFRS-i raamatupidamisaruande 2004. aasta kohta üksnes selleks, et saaks uut 2005. aasta kohta koostatud IAS/IFRS-i raamatupidamisaruannet võrrelda eelmise aasta raamatupidamisaruandega, mis seletab ka seda, et Endesa ei olnud kohustatud auditeerima 2004. aasta IAS/IFRS-i raamatupidamisaruannet. Lisaks rõhutab komisjon, et see raamatupidamisaruanne ei ole lõplik ja et seda võib muuta selles osas, milles IAS/IFRS-i standardid, mille kohaselt tuleb koostada 2005. aasta raamatupidamisaruanded, ei ole veel täielikult lõplikud.

- 107 Teiseks selgitas komisjon otsuses, et ettevõtjate majandusliku tugevuse mõõtmist puudutav eesmärk ei eelda ega luba komisjonil määruse artiklite 1 ja 5 konkreetsel kohaldamisel hinnata ühenduse õiguses või liikmesriikide õigustes sätestatud raamatupidamisaruandeid puudutavaid erinevaid lähenemisviise üldiselt, eriti siis, kui on olemas üksnes raamatupidamisaruanded, mis on auditeeritud üheainsa raamatupidamisstandardi kohaselt, ja kui seda standardit nõuti kõnealusel ajal nii siseriiklikus kui ka ühenduse õiguses. Komisjon märkis, et see oleks vastuolus võrdselt kehtivate eesmärkidega, mis on lihtsa ja objektiivse kriteeriumi kohaldamine komisjoni pädevuse kindlaksmääramiseks koondumisvaldkonnas ning õiguskindluse üldpõhimõtte järgimine. Komisjon kinnitas, et tema roll piirdub määruse artiklis 5 nõutavate korrektiivide läbivaatamisega (otsuse punkt 25).
- 108 Otsus täpsustab veel eelkõige seda, et asjaolu, et ühenduse seadusandja on leidnud, et määrusega nr 1606/2002 vastu võetud IAS/IFRS-i standardid peaksid võimaldama usaldusväärse ülevaate saamist ettevõtja majanduslikust olukorrast, ei tähenda kõnealuste raamatupidamisstandardite tehnilist üleolekut *ipso facto*, sest see usaldusväärse ülevaate nõue esineb ka ühenduse õiguses, mis reguleerib endisi siseriiklikke raamatupidamisstandardeid (otsuse punkt 26).
- 109 Lõpuks selgitas komisjon otsuses, et ta ei ole käesolevas asjas seisukohal, et IAS/IFRS-i raamatupidamisaruannete kasutamine oleks eelistatum koondumistingute kontrolli reguleerivate sätete ühtse kohaldamise tagamiseks. Tä märgib, et auditeerimata IAS/IFRS-i raamatupidamisaruande kasutamine käesoleval juhul põhjustaks kohtlemise erinevuse kõigis neis asjades, milles komisjon on juba tuginenud siseriiklike standardite kohaselt koostatud 2004. aasta auditeeritud raamatupidamisaruannetele.
- 110 Eespool esitatut arvestades tuleb tõdeda, et komisjon ei kandnud hagejale üle kohustust tõendada, kas koondumine on ühenduse seisukohalt oluline või siseriiklik, vaid ta on esiteks analüüsinud nimetatud tehingu ulatust ja esitanud põhjused, mille

tõttu tuli käesolevas asjas tugineda hea raamatupidamistava kohaselt koostatud raamatupidamisaruandele (vt analoogia alusel eespool punktis 93 viidatud kohtuotsus EDP vs. komisjon, punkt 73), ja et teisalt on ta tõdenud, et hageja ei ole esitanud selliseid argumente, mis muudaksid selle analüüsi küsitavaks.

- 111 Teiseks kehtib sama väidetava vajaduse osas teha rida korrektiive. See on tõsi nii *pass through* korrektiivi kui ka gaasiga kauplemise korrektiivi osas, et komisjon kinnitas otsuses (punktid 32 ja 38) uuesti, et Endesa ei esitanud piisavalt asjaolusid veenmaks komisjoni selles, et tema auditeeritud raamatupidamisaruande sellised korrektiivid on õigustatud määruse artikli 5 ja teatise alusel. Siiski tuleb tõdeda, et hageja argumente tagasi lükates esitas komisjon põhjused, mille tõttu ta ei pidanud sobivaks teha väljapakutud korrektiive ilma tõendamiskohustust üle kandmata.
- 112 Seega rõhutas komisjon otsuses (punktid 30–36) *pass through* korrektiivi osas esiteks seda, et teatis ei viita toodete müügist ja teenuste osutamisest saadava (osaliselt) edasikantud tulu mõistele. Ta lisas, et Hispaania õiguse alusel asutatud elektriyaotusettevõtjaid ei tohi samastada ettevõtjatega, kes piirduvad vahendustegevusega ja kelle käive moodustub üksnes saadavate vahendustasude summast. Lisaks märkis komisjon, et riski, et lõpptarbijad jätaavad reguleeritud hinna elektritarne eest maksmata, kannab jaotusettevõtja, kuid mitte põhivõrguettevõtja, elektritootja ega puul.
- 113 Gaasiga kauplemise korrektiivi osas leidis komisjon otsuses (punktid 37–40), et seda kauplemist tuleks pidada toiminguteks, millega Endesa müüb ja ostab vastava koguse gaasi, mida tõendab asjaolu, et nende toimingute eest esitatakse eraldi arveid. Lisaks märkis ta, et see, et müügi- ja ostuhind on sama, ei ole selles osas

asjassepuutuv ja tähendab vaid seda, et Endesal ei teki mingit kasumimarginaali, kui vaadelda kõiki neid tehinguid kogumis.

- 114 Sellest järeldub, et komisjon ei ole hagejale tõendamiskohustust nende korrektiivide osas samuti üle kandnud. Seevastu vaatas ta väljapakutud korrektiivid läbi ja esitas põhjused, mille tõttu ta leidis, et korrektiive tegema ei pea.
- 115 Lisaks tuleb rõhutada, et komisjonilt ei saa nõuda, et ta tagaks omal algatusel kõigil juhtudel talle esitatud auditeeritud raamatupidamisaruannete tegelikkuse usaldusväärse kajastamise, ja vaataks läbi kõik kavandatavad korrektiivid. Üksnes siis, kui komisjoni tähelepanu äratavad konkreetset probleemid, tuleb komisjonil neid analüüsida, nagu ta on teinud käesolevas asjas.
- 116 Viimaseks ja kolmandaks väidab hageja, et komisjonile esitatud dokumentides sisalduva ühegi asjaolu põhjal ei saa väita, et talle esitatud teave oli ebapiisav. Lisaks väidab hageja, et pärast ligikaudu kaks kuud kestnud menetlust, mille jooksul tegutses hageja võimalikult tihedas koostöös komisjoniga ja mille jooksul komisjon oleks võinud paluda temalt mis tahes asjassepuutuvaks peetavat lisateavet, ei saa väita, et esitatud teave oli ebapiisav.
- 117 Selles osas on piisav märkida, et komisjon ei ole otsuses piirdunud sugugi tõdemusega, et Endesa esitatud teave on ebapiisav. Peale selle, nagu komisjon märgib, oli menetluse ajal komisjonis toimunud arutelu põhiliselt õiguslik ja puudutas kohaldatavate sätete tõlgendamist. Põhjusest, mis on otsuses esitatud IAS/IFRS-i standardite kohaselt koostatud raamatupidamisaruande arvessevõtmise ja väljapakutud korrektiivide tagasilükkamiseks, nähtub, et komisjon ei süüdistanud

hagejat selles, et ta ei esitanud vajalikku faktilist teavet, vaid tõdes, et hageja argumendid ei ole veenvad.

- 118 Igal juhul selles osas, kus Endesa väitis, et tema auditeeritud raamatupidamisaruannet mitte kasutada oli kohane ja tuli teha korrektiive, mis ei vastanud tavapärasele praktikale ja mida ei olnud sätestatud üheski kohaldatavas õigusaktis, oli ta sellises olukorras nagu kaebuse esitaja eespool punktis 66 viidatud kohtuotsuses *Schlüsselerlag J. S. Moser jt vs komisjon*. Selles olukorras tuli Endesal täpsustada oma argumente ja tõendada nende põhjendatust, arvestades eelkõige koondumise kontrollimenetlusele iseloomulikku kiiruse nõuet. Hageja võib veel vähem kritiseerida väidetavat tõendamiskohustuse ülekandmist, sest ta ise kavatses vaidlustada oma raamatupidamise ja seega pidi tal olema täpne teave kõigist asjassepuutuvatest asjaoludest.

- 119 Eespool esitatud kaalutlustest nähtub, et teine väide ei ole põhjendatud.

Kolmas väide, mis käsitleb IAS/IFRS-i standardite kohaselt koostatud raamatupidamisaruannete kasutamata jätmist

- 120 Hageja jagab oma väite kolme ossa, mis käsitlevad vastavalt IAS/IFRS-i standardite kasutamata jätmist ainsate kehtivate raamatupidamisstandarditena, IAS/IFRS-i raamatupidamisstandardite ülekaalu ning viimaseks õigusnormi rikkumist ja ilmset hindamisviga, mis mõjutasid IAS/IFRS-i raamatupidamisstandardite kohaselt koostatud raamatupidamisaruannete tagasilükkamist.

Väite esimene osa, mille kohaselt IAS/IFRS-i standardeid ei ole kasutatud ainsa kehtiva raamatupidamisstandardina

— Poolte argumendid

121 Endesa väidab, et komisjon ei ole võtnud seisukohta selles, et avaliku ostupakkumise teavitamispäeval ehk 5. septembril 2005 olid ainsad kehtivad raamatupidamisstandardid IAS/IFRS-i standardid. Pärast kõikide siseriiklike raamatupidamisstandardite asendamist IAS/IFRS-i standarditega olid ainsad konsolideeritud raamatupidamisaruanded, mida võis arvestada koondumise olulisuse kindlaksmääramisel ühenduse seisukohalt, kehtivate raamatupidamisstandardite kohaselt koostatud raamatupidamisaruanded.

122 Endesa märgib, et tehingu olulisus ühenduse seisukohalt tuleb kindlaks määrata kuupäeval, kui tekib teatamiskohustus. Käesoleval juhul tekib teatamiskohustus avaliku ostupakkumise teatamise kuupäeval. Määruse artikli 5 kohaselt hõlmab käive eelmisel majandusaastal oma põhitegevuse raames toodete müügist ja teenuste osutamisest tulenevad summad. Hageja leiab, et see viide eelmise majandusaasta tegevusele on üksnes vormiline kokkulepe, mida seadusandja nimetab, kuna on võimatu arvestada selle majandusaasta käivet, mis on tehingust teatamisel parasjagu pooleli. See, et praktilistel põhjustel tuleb viidata eelmisele majandusaastale, ei tähenda seda, et kehtetuks tunnistatud õigusnorme või endisi raamatupidamisstandardeid peab või võib kohaldada.

123 Järelikult tuleks kindlasti järeldada käibe kindlaksmääramisel selleks, et teha kindlaks tehingu olulisus ühenduse seisukohalt, et ainsad kehtivad raamatupidamisstandardid olid need, mis kehtisid Gas Naturali avalikust ostupakkumisest teatamise kuupäeval. Kui arvestada, et ühitatud raamatupidamisaruanded olid sel

kuupäeval olemas ning et need oli ka avalikud ja lõplikud, oleks komisjon pidanud kasutama üksnes neid raamatupidamisaruandeid, kui ta hindas koondumise olulisust ühenduse seisukohalt.

- 124 Otsuses ei ole arvestatud, et käibe kindlaksmääramisel järgitakse Euroopa tasandil põhimõtteid, mis erinevad väga palju kehtivatest põhimõtetest teistes õigussüsteemides, nagu näiteks Ameerika Ühendriigid. Ameerika Ühendriikide süsteemis määratakse pädevus koondumisasjades samuti kindlaks eelmise majandusaasta jooksul saadud tulude põhjal, võtmata siiski arvesse, mis on toimunud pärast kõnealuse majandusaasta lõppemist. Ühenduse seadusandja on seevastu eelistanud kasutada kriteeriumina asjaomase ettevõtja tegelikku majanduslikku suutlikkust teatamise hetkel.
- 125 Komisjon, keda toetavad menetlusse astujad, väidab, et viitega sellele, et uued raamatupidamiseskirjad olid jõus 2005. aasta septembris, üritati vaid varjata, et 2004. aasta raamatupidamisaruanne tuli kindlasti koostada vastavalt heale raamatupidamistavale.

— Esimese Astme Kohtu hinnang

- 126 Endesa väidab, et komisjon ei ole võtnud arvesse, et avaliku ostupakkumise teatamise päeval olid ainsad kehtivad raamatupidamisstandardid IAS/IFRS-i standardid, mistõttu otsus on kehtetu.
- 127 Tuleb meenutada, et määruse artikkel 5 sätestab, et „[a]astakäive [...] hõlmab summasid, mida asjaomased ettevõtjad on saanud eelmisel majandusaastal oma põhitegevuse raames toodete müügist ja teenuste osutamisest [...]”.

- 128 Nagu väidab hageja, viitab määrus kindlasti praktilistel põhjustel eelmise majandusaasta käibe. Selle põhjus on see, et tavapäraselt auditeeritud raamatupidamisaruanne on olemas vaid viimase täieliku majandusaasta kohta, sest uuematel raamatupidamisaruannetel puuduvad auditeeritud raamatupidamisaruande pakutavad tagatised.
- 129 Käesolevas asjas on selge, et eelmise majandusaasta raamatupidamisaruanne määruse artikli 5 tähenduses on 2004. majandusaastat puudutav raamatupidamisaruanne. Samuti tuleb meenutada, et ettevõtjatel, kellel on kohustus koostada raamatupidamise aastaaruanne, mida tuleb auditeerida, on vaid ühte liiki ametlikud raamatupidamisaruanded, nimelt need, mis on koostatud ja auditeeritud vastavalt kohaldatavatele õigusaktidele. Siiski ei saa vastu vaielda sellele, et hageja 2004. majandusaasta aruanne, mille suhtes kehtis auditeerimiskohustus, tuli kindlasti koostada Hispaania hea raamatupidamistava kohaselt. Hageja ei oleks järginud õigusaktides ettenähtud kohustusi Hispaanias, kui ta oleks esitanud 2004. majandusaasta kohta IFRS-i standardite kohaselt koostatud raamatupidamisaruande. Määruse nr 1606/2002 artikli 4 kohaselt on IFRS-i standardid kohaldatavad ja kohustuslikud alles alates 2005. majandusaastast. 2004. majandusaasta raamatupidamisaruande „ühitamise” IFRS-i põhimõtetega sätestab määrus nr 707/2004 vaid endiste ja uute standardite vahelise ülemineku hõlbustamiseks, andes aktsionäridele ja investoritele viite, millega võrrelda 2005. majandusaasta aruandeid, mis on esimesed uute standardite kohaselt koostatud raamatupidamisaruanded. 2004. majandusaasta „ühitatud” raamatupidamisaruanded, mis on koostatud üksnes võrdluseesmärgil, ei paku ka samu tagatisi nagu ametlikud raamatupidamisaruanded, mis on koostatud hea raamatupidamistava kohaselt ja mida tuleb auditeerida. Sellest järeldub, et hageja argument, mis põhineb sellel, et uued IFRS-i raamatupidamiseeskirjad olid jõus avalikust ostupakkumisest teatamise kuupäeval ehk 5. septembril 2005, ei ole asjakohane.
- 130 Lisaks tuleb märkida, et hageja argumendid viivad iga kord, kui raamatupidamiseskirjades tehakse muudatusi, ametlike auditeeritud raamatupidamisaruannete kõrvalejätamiseni ja nõudmiseni, et need raamatupidamisaruanded koostataks uuesti nende põhimõtete kohaselt, mis on muutunud kohaldatavateks teavitamiskohustuse tekkimise hetkel, mis ei ole mõistlik ega ettenägelik, sest need uued auditeerimata raamatupidamisaruanded ei paku samu tagatisi nagu ametlikud auditeerimisele kuuluvad raamatupidamisaruanded.

131 Hageja on eksinud ka argumendis, et komisjon on kohaldanud kehtetuks tunnistatud sätteid. Komisjon ei kohalda tegelikult ühtegi raamatupidamisstandardit, vaid viitab määruses nõutud viisil ettevõtjate eelmise majandusaasta raamatupidamisaruannetele, mis moodustavad minevikus asetleidnud faktilise asjaolu ja mida tuleb hinnata vastavalt nende suhtes kohaldatavatele standarditele. Kuna käesolevas asjas tuli hageja 2004. aasta majandusaasta aruanne, nagu eespool on tõdetud, koostada hea raamatupidamistava kohaselt, ei saa hageja väita, et komisjon on jätnud tähelepanuta kõnealuste standardite ajalise kohaldamisala. Kuna määruses nr 1606/2002 tehti IFRS-i standardite kohaldamine kohustuslikuks alles 2005. majandusaasta aruandest alates, viib hageja argument hoopis sellele määrusele tagasiulatava jõu andmiseni, kohaldades seda 2004. majandusaasta aruannetele. Seevastu määrus nr 1606/2002 ega ka määrus nr 707/2004 ei anna võimalust oletada, et ühenduse seadusandja kavatses kõrvale kalduda ametlikest raamatupidamisaruannetest, mis on kehtivate siseriiklike raamatupidamisstandardite kohaselt koostatud ametlikud raamatupidamisaruanded, ja asendada need üldiselt või koondumiste kontrolli reguleeriva määruse eesmärgil IFRS-iga ühitatud 2004. majandusaasta aruandega, mis on koostatud üksnes võrdluseks.

132 Viimasena argumendi osas, mille kohaselt otsuses ei ole arvestatud seda, et käibe kindlaksmääramisel järgitakse Euroopa tasandil põhimõtteid, mis erinevad väga palju teistes õigussüsteemides kehtivatest põhimõtetest, tuleb kõigepealt märkida, et Ameerika Ühendriikide süsteem üksnes kinnitab vajadust suuta kiiresti ja prognoositavalt kindlaks teha, kas koondumisest tuleb teatada, ja vajadusel, millisele ametiasutusele. Seejärel tuleb märkida, et kui ühenduse süsteemis, erinevalt Ameerika Ühendriikide süsteemist, lubatakse võtta arvesse ettevõtja tegevuses pärast eelmise majandusaasta lõppu toimunud asjaolusid nagu ettevõtjate võõrandamised või omandamised jooksva majandusaastal, on selle hüpoteesi eesmärk põhimõtteliselt, nagu nähtub teatisest, võtta arvesse ettevõtjate majanduslikus seisundis toimunud muutusi ja mitte teha täielikku kontrolli stabiilsena püsinud majandusliku olukorra raamatupidamises. Kõigil juhtudel ühenduse koondumismääruse kohaldatavuse sõltuvusse seadmine asjaomaste ettevõtjate raamatupidamise täielikust taas läbivaatamisest komisjoni poolt, oleks vastuolus ühenduse seadusandja taotletava õiguskindluse ja kiiruse nõudega.

133 Sellest järeldub, et kolmanda väite esimene osa tuleb tagasi lükata.

Kolmanda väite teine osa, mis käsitleb IAS/IFRS-i raamatupidamisstandardite ülekaalu

— Poolte argumendid

- 134 Endesa väidab, et komisjon oleks pidanud vähemalt kindlaks tegema, millised olid need raamatupidamisstandardid, IAS/IFRS-i standardid või hea raamatupidamistava, mis võimaldasid võimalikult täpselt kindlaks määrata 2004. majandusaasta tegeliku käibe. Ta lisab, et selleks oleks komisjon pidanud lihtsalt analüüsima erinevate raamatupidamisstandardite tunnusjooni ja kahte tema käsutuses olnud raamatupidamisaruannet, mis olid mõlemad kehtivad, seaduslikud ja lõplikud.
- 135 Endesa leiab, et kui kõnealune analüüs oleks tehtud, oleks see kindlasti viinud IAS/IFRS-i raamatupidamisaruannete eelistamiseni, sest need raamatupidamisaruanded annavad prioriteedi pigem sisule kui vormile, erinevalt hea raamatupidamistavaga heakskiidetud standarditest, mis teevad täpselt vastupidi: teatud tehinguid kirjendatakse raamatupidamises pelgalt vormiliste asjaolude põhjal, kuigi neil puudub tegelik majanduslik sisu.
- 136 Endesa rõhutab, et otsuse põhjenduse (punkt 20) lähtekohaks on seisukoht, et üldpõhimõtte kohaselt tuleb käivet arvutada ettevõtja auditeeritud raamatupidamisaruande põhjal ja et komisjon võib sellest põhimõttest kalduda kõrvale üksnes erandjuhtudel. See põhjendus on hageja sõnul ilmselgelt ekslik. Selles ei anta üksnes mõista, et komisjoni kohustus määrata õigesti olulisus ühenduse seisukohalt piirdub pelgalt asjaomaste ettevõtjate auditeeritud raamatupidamisaruannete kontrollimisega, vaid see põhineb ka komisjoni enda praktika ja teatise tahtlikult mittetäielikul tõlgendusel, andes nii auditeeritud raamatupidamisaruannetele kui ka muudele lõplikele raamatupidamisaruannetele sama tähtsuse. Komisjon tuletab otsuses meelde teatise punkti 26, kuid unustab oma põhjenduses, et see viitab lisaks

auditeeritud raamatupidamisaruandele „muul viisil lõpliku[le] aruandluse[le]”, sest on selge, et mittelõplikke raamatupidamisaruandeid võib kasutada vaid erandjuhtudel.

- 137 Endesa väidab, et otsus kujutab endast komisjonipoolset vastuvõetamatut keeldumist ühenduse õigusega talle pandud kohustustest, mis kohustab teda kasutama oma ainupädevust auditeeritud raamatupidamisaruannete oletatava vastavuse eelduse taha varjumata. Seda eeldust, mis on hageja sõnul komisjoni *ad hoc* looming, ei toeta ükski määruse säte, milles üksnes ei väideta viidet auditeeritud või auditeerimata raamatupidamisaruandele, vaid mis sisaldavad ka komisjoni täpset ja tingimusteta kohustust määrata kõigil juhtudel kindlaks asjaomaste ettevõtjate tegelik käive. Viide auditeeritud raamatupidamisaruandele esineb Endesa sõnul üksnes komisjoni teatises, mis ei saa mingil juhul muuta määruse sisu ega kohaldamisala. Väiksemagi vastuolu esinemisel nende kahe vahel kehtib normihierarhia põhimõte (Euroopa Kohtu 28. jaanuari 1992. aasta otsus kohtuasjas C-266/90: Soba, EKL 1992, lk I-287; 16. juuni 1994. aasta otsus kohtuasjas C-322/93 P: Peugeot vs. komisjon, EKL 1994, lk I-2727 ja Esimese Astme Kohtu 12. detsembri 1996. aasta otsus kohtuasjas T-380/94: AIUFFASS ja AKT vs. komisjon, EKL 1996, lk II-2169). Kuid käesoleval juhul asetab teatis samale tasemele auditeeritud raamatupidamisaruanded ja muud lõplikud raamatupidamisaruanded, st raamatupidamisaruanded, mis puudutavad täielikku ja lõppenud maksustamisaastat.
- 138 Endesa märgib veel, et komisjoni seisukoht on selles valdkonnas vastuolus omaenda praktikaga. Niisiis, ühes varasemas juhtumis (M.705 Deutsche Telekom/SAP) on komisjon nõustunud kõige viimaste auditeerimata raamatupidamisaruannete kasutamisega, sest see sisaldas märkimisväärsed erinevusi võrreldes auditeeritud raamatupidamisaruandega ja oli ainus, mis kinnitas, et tehing on ühenduse seisukohalt oluline. Hageja leiab, et samuti on komisjon nõustunud auditeerimata raamatupidamisaruande kasutamisega juhtumis M.2340 EDP/Cajastur/Caser/Hidroelectrica del Cantabrico.
- 139 Endesa väidab, et komisjon on teinud veel ühe vea, kui ta asus seisukohale, et IAS/IFRS-i standardite kohaselt koostatud Endesa konsolideeritud raamatupidamisaruanne, millest turule teatati viis kuud enne avaliku ostupakkumise teatavaks tegemist, ei olnud lõplik raamatupidamisaruanne. Komisjon ei ole arvestanud seda,

et IAS/IFRS-i raamatupidamisaruanne oli 2004. aasta auditeeritud raamatupidamisaruande täpsustav arvestus uute raamatupidamisstandardite alusel, ega seda, et kõik börsil noteeritud ettevõtjad esitasid Comisión Nacional del Mercado de Valores'ile (väärtpaberituru komisjon; edaspidi „CNMV”) 2004. aasta konsolideeritud raamatupidamisaruande, mida ühitati IAS/IFRS-i raamatupidamisstandarditega (edaspidi „ühitatud raamatupidamisaruanded”), ning kogu perioodilise teabe 2004. majandusaasta kohta, ega seda, et turul võetakse aluseks viimati nimetatud aruanded.

140 Komisjon ei ole seega mitte üksnes rikkunud pädevussätteid, võttes kasutusele määruses olematu eelduse auditeeritud raamatupidamisaruannete kasuks, vaid on ka teinud ilmselge hindamisvea, asudes seisukohale, et IAS/IFRS-i raamatupidamisaruanne ei olnud lõplik. Lisaks on põhjendus selles osas vastuoluline, sest komisjon annab esiteks mõista, et IAS/IFRS-i raamatupidamisaruannet ei võeta arvesse, sest seda ei ole auditeeritud (unustades teatise punktis 26 sisalduva viite „muul viisil lõplikust aruandlusest”), ja teiseks väidab ta, et selle tagasilükkamise põhjus on see, et see ei ole lõplik. Järelikult tuleb otsus kehtetuks tunnistada kõnealuste rikkumiste tõttu, sest selles ei määrata kindlaks, millised 2004. aasta konsolideeritud raamatupidamisaruanded on määruse artikli 5 nõuetele kõige lähemal.

141 Komisjon, keda toetavad menetlusse astujad, rõhutab, et hageja lähtub ekslikust eeldusest, mille kohaselt hea raamatupidamistava ja IAS/IFRS-i raamatupidamisstandardid aastaks 2004 on samas staatuses, ja lisab, et hageja esitatud IAS/IFRS-i raamatupidamisaruannet 2004. aasta kohta ei saa pidada lõplikuks.

— Esimese Astme Kohtu hinnang

142 Esiteks selles osas, et hageja ühitatud raamatupidamisaruanne väidetakse olevat adekvaatsem, tuleb kõigepealt meenutada, et komisjon on esitanud otsuse punktides 19–27 põhjused, mille tõttu tuli hageja käive kindlaks määrata pigem

hea raamatupidamistava kohaselt koostatud ametliku raamatupidamisaruande kui ühitatud raamatupidamisaruande põhjal. Nagu eespool on tõdetud, rõhutab komisjon selles osas põhjendatult, et Endesal oli seaduse kohaselt kohustus koostada ametlik konsolideeritud raamatupidamisaruanne 2004. majandusaasta kohta hea raamatupidamistava kohaselt, et see nõue vastas sel ajal kohaldatavatele ühenduse raamatupidamiseskirjadele ja et ühitatud raamatupidamisaruanded tuli koostada üksnes võrdluseks.

- 143 Järgmiseks tuleb tõdeda, nagu on selgitatud otsuse punktides 25 ja 26, et ei saa nõustuda hageja argumendiga, mille kohaselt IFRS-i raamatupidamispõhimõtted kajastavad ettevõtjate majanduslikku suutlikkust täpsemalt.
- 144 Esiteks eesmärk, mis seisneb ettevõtjate majandusliku suutlikkuse mõõtmises, ei kohusta komisjoni üksikjuhul, kui kohaldatakse määruse artikleid 1 ja 5, hindama ühenduse õiguses sätestatud raamatupidamise erinevaid lähenemisviise üldiselt, eelkõige juhul, kui on olemas neist standarditest ühe alusel auditeeritud raamatupidamisaruanded ja kui see standard oli täpselt see, mida nõuti sel ajal nii siseriiklikus õiguses kui ka ühenduse õiguses.
- 145 Teisalt hageja argument, mille kohaselt IFRS-i standardid kajastavad paremini majanduslikku tegelikust seetõttu, et need eelistavad sisu vormile erinevalt hea raamatupidamistava standarditest, ei ole sugugi tõendatud. Nagu selgitatakse otsuse punktis 26, siis asjaolu, et ühenduse seadusandja on leidnud, et määrusega nr 1606/2002 vastu võetud rahvusvahelised raamatupidamisstandardid peaksid võimaldama usaldusväärse ülevaate saamist ettevõtja majanduslikust olukorrast, ei tähenda *ipso facto* kõnealuste raamatupidamisstandardite tehnilist paremust koondumismääruse artikli 5 kohaldamisel, võrreldes raamatupidamisstandarditega, mida kohaldati liikmesriikide õigusaktide alusel kuni 1. jaanuarini 2005. Määrus nr 1606/2002, mis on vastu võetud EÜ artikli 95 lõike 1 alusel, on ühtlustamismeede ega sisalda ühtegi hinnangut erinevate siseriiklike standardite väärtuse kohta. Nagu on rõhutanud ka Gas Natural, nähakse paljudes head raamatupidamistava kohaldavates Hispaania raamatupidamisstandardites ette, et sisu peab alati olema

vormi suhtes ülekaalus ja raamatupidamise üldplaanis pannakse rõhk arusaamale „usaldusväärsest ülevaatest”, mis on otsene tagajärg „mehhanismile, millega saab väljendada toimunud tehingu majanduslikku tegelikkust”.

146 Teiseks, hageja argumendi osas, mille kohaselt ühitatud raamatupidamisaruannet tuleks pidada „muuks lõplikuks aruandluseks” teatise punkti 26 tähenduses, tuleb meelde tuletada, nagu nähtub teatisest, et asjaomaste ettevõtjate käive tuleb arvutada usaldusväärsete, objektiivsete ja hõlpsalt tuvastatavate arvude põhjal. Kuigi teatise punkt 26 täpsustab, et komisjon „lähtub [...] üldjuhul auditeeritud või muul viisil lõplikust aruandlusest [...] ” ja et „igal juhul püüab komisjon mitte tugineda juhtkonna koostatud või muul viisil ajutisele aruandlusele, välja arvatud erandjuhtudel”, ei tähenda see siiski, et teatis paneb auditeeritud aruanded ja „muu lõpliku aruandluse” samale tasemele. Teatise punkti 26 ei saa tõlgendada nii, et see esitab mitu võimalust, mille hulgast oleks võimalik vabalt valida, vaid seda tuleb tõlgendada nii, et selles üritatakse hõlmata erijuhtumeid, mille puhul auditeeritud raamatupidamisaruanne eelmise majandusaasta kohta puudub. Teatise punkt 27 viitab üksnes viimase majandusaasta auditeeritud aruandele ja mitte „muule lõplikule aruandlusele”. Käesolevas asjas ei vaielda siiski selle üle, et on olemas 2004. majandusaasta auditeeritud raamatupidamisaruanne, mistõttu puudub põhjus võtta arvesse muud lõplikku raamatupidamisaruannet.

147 Igal juhul tuleb tõdeda, et hageja ei ole suutnud tõendada, et täpsustatud raamatupidamisaruanne, mille ta on esitanud komisjonile, on heakskiidetud või lõplik.

148 Selles osas on piisav meelde tuletada selliste Endesa kommentaaride sisu, mis kaasnesid ühitatud aruandega, kui see edastati CNMV-le 5. aprillil 2005. Endesa kinnitab osas „Üldised märkused”, et „2004. majandusaasta konsolideeritud bilanss ning kasumiaruanne, mis on koostatud IAS/IFRS-i hindamis- ja klassifitseerimiskriteeriumide kohaselt, on *pro forma* aruanded, mida kasutatakse üksnes võrdluseks

2005. aasta aruannetega, mis on esimene majandusaasta, mille kohta koostatakse raamatupidamisaruanded IFRS-i standardite kohaselt” (lk 3, punkt 1). Endesa mainib veel, et IAS/IFRS-i standardeid esimest korda kohaldades esineb palju erandeid (lk 13). Viimaseks selgitab Endesa II õiguslikus märkuses (lk 34), et Rahvusvaheline Arvestusstandardite Nõukogu (IASB) võib avaldada uued 1. jaanuarist 2005 kohaldatavad standardid, et veel ei ole standardite nõuetekohase kohaldamise järelevalveks pädevat asutust, kellelt saaks selles osas nõu küsida, et eespool esitatust ning ala praktika arengust tekkivad võimalikud muutused võivad mõjutada ka viisi, kuidas ta tõlgendab standardeid, ja et seetõttu võidakse edastatud teabesse teha muudatusi enne nende avaldamist (aastal 2006) võrdluseks 2005. majandusaasta raamatupidamise aastaaruandega.

- 149 Neis tingimustes tuleb asuda seisukohale, et Endesa esitatud ühitatud raamatupidamisaruannet ei saa pidada „lõplikuks” raamatupidamisaruandeks teatise tähenduses.
- 150 Kahe juhtumi osas, millele hageja on viidanud ja milles komisjon nõustus kõige viimaste auditeerimata raamatupidamisaruannete kasutamisega, on piisav märkida, et neis kahes juhtumis teatati koondumistehingust aasta alguses (esimesest 1996. aasta veebruaris ja teisest 2001. aasta veebruaris) ning et kõnealustel ettevõtjatel ei olnud veel auditeeritud raamatupidamisaruandeid eelmise majandusaasta kohta. Järelikult tuli otsustada kasutada varasemate majandusaastate (vastavalt 1994 ja 1999) auditeeritud raamatupidamisaruandeid või viimati lõppenud eelnenud majandusaasta raamatupidamisaruandeid, kuigi need olid veel auditeerimata. Mõlemal juhul ei oleks vanemad raamatupidamisaruanded kajastanud ettevõtjate majandustegevuse märkimisväärseid muutusi, mis toimusid eelnenud majandusaastal, ja nende kasutamisel oleks rikutud määruse artiklit 5. Nende kahe juhtumi faktilised asjaolud erinevad järelikult otsustavalt käesolevas asjas esinevatest asjaoludest.

- 151 Eespool esitatust nähtub, et Endesa esitatud IAS/IFRS-i standardite kohaselt koostatud raamatupidamisaruannet ei saa pidada lõplikuks, mistõttu argumentidega, mille kohaselt komisjon oleks pidanud seda raamatupidamisaruannet eelistama, ei saa kindlasti nõustuda.
- 152 Eespool esitatud kaalutlustest järeldub, et kolmanda väite teine osa tuleb tagasi lükata.

Kolmas väide, mis käsitleb õigusnormi rikkumist, ilmselget hindamisviga ja ühitatud raamatupidamisaruande tagasilükkamist

— Poolte argumendid

- 153 Esiteks viitab Endesa selliste põhjenduste ilmselgele ekslikkusele, mille komisjon on esitanud ühitatud raamatupidamisaruande kasutamise võimalust käsitlevate argumentide tagasilükkamiseks, teiseks erandjuhtudele käesolevas asjas, mis õigustavad igal juhul ühitatud raamatupidamisaruande kasutamist, ja kolmandaks otsuse ilmselgelt ekslikele põhjendustele, mis puudutavad ühitatud aruande kasutamise väidetavat kokkusobimatust lihtsuse eesmärgi, üldise õiguskindluspõhimõtte ja määruse ühetaolise kohaldamise nõudega.
- 154 Endesa väidab kõigepealt, et otsuse punktis 24 sisalduv arutluskäik on mittetäielik, sest selles ei arvestata, et määrusega nr 707/2004 vastuvõetud IFRS-i standardite kohaselt on IAS/IFRS-i standarditele ülemineku kuupäev 1. jaanuar 2004. Täpsemalt öeldes on ühenduse seadusandja sätestanud börsil noteeritud ettevõtjatele kohustuse valmistada ette konsolideeritud ja ühitatud raamatupidamisaruanded vähemalt 2004. aasta kohta. Hispaanias kehtestas CNMV 2004. majandusaasta kohta ühitatud

raamatupidamisaruannete esitamise tähtpäevaks 31. augusti 2005. Endesa täitis selle nõude 5. aprillil 2005. Seega vastupidi komisjonipoolsele osalisele tõlgendusele, võimaldab ühenduse seadusandja tahte ühetaoline ja täielik tõlgendus järeldada, et 2004. majandusaasta oli üleminekuage, mil eksisteeris seadusliku nõude tõttu samal ajal kaks raamatupidamisstandardit.

155 Seejärel rõhutab Endesa, et komisjon nimetab ka otsuse punktis 24, et 2004. majandusaasta IAS/IFRS-i raamatupidamisaruannetesse võis teha muudatusi ja et neil oli üksnes võrdlusväärtus, milline argument tõendab seadusliku kohustuse puudumist nimetatud aruandeid auditeerida. Komisjon näib siiski jätvat tähelepanuta, et ettevõtjate kõikide raamatupidamisaruannete eesmärk on võrdlus ja et 2004. majandusaasta IAS/IFRS-i raamatupidamisaruanded on koostatud ühenduse õiguses sätestatud kohustuse kohaselt. Kõnealuste raamatupidamisaruannete auditeerimiskohustuse puudumine on seotud üleminekuaja erisustega. Oleks absurdne, kui ühenduse või siseriiklik seadusandja lisaks ülemineku raamatupidamisaruannete kuludele sama majandusaasta kahekordsest auditeerimisest tekkinud kulud, sest 2004. aasta IAS/IFRS-i raamatupidamisaruanded moodustavad täpsustava arvestuse sama majandusaasta auditeeritud raamatupidamisaruannete suhtes ning nende raamatupidamist puudutav ja õiguslik väärtus on sama.

156 Argumendi osas, mille kohaselt IAS/IFRS-i standardeid võidakse muuta 2005. majandusaasta lõpuni, mis otsuse kohaselt takistaks nende pidamist lõplikeks, tõendab, et ei ole mõistetud ühenduse seadusandja kehtestatud raamatupidamisstandardeid ning komisjoni enda poolt viimastel kuudel vastu võetud rakendusmääruseid. Ühelt poolt tuleb uut raamatupidamissüsteemi kohaldada alates 1. jaanuarist 2005, ja see, et komisjon on vastu võtnud uut korda puudutavaid teatud raamatupidamiseeskirju pärast avaliku ostupakkumise esitamist, ei mõjuta raamatupidamisaruannete lõplikkust, sest Endesa ühitatud raamatupidamisaruanne on koostatud kindlate ja lõplike andmete põhjal vastavalt raamatupidamiseeskirjadele, mida kasutati kuni IAS/IFRS-i standardite rakendamiseni. Asuda seisukohale, et nimetatud raamatupidamisaruanded ei ole lõplikud, sest uude õiguslikku raamatupidamist on hiljem lisatud muid eeskirju, on sama absurdne kui väita, et lõplikku

raamatupidamisaruannet ei ole kunagi olemas, sest raamatupidamissüsteemi kohandamine ja arendamine on pidev protsess.

157 Teisalt varem vastu võetud eeskirjad, millel on tagasiulatuv jõud, ei mõjuta sugugi Endesa raamatupidamisaruannet, sest need puudutavad rahandus- ja kindlustusvaldkonda, kuid mitte elektrivaldkonda. IAS 39-t puudutavad muudatused ei mõjuta ka sugugi käibe kindlaksmääramist, sest need puudutavad üksnes finantsinstrumentide käsitlemist raamatupidamises. Lisaks alates kuupäevast, kui Gas Natural teatas Endesat puudutavast avalikust ostupakkumisest, ei ole toimunud ühtegi IAS/IFRS-i standardite muudatust, mis võiksid mõjutada tulude arvestust 2004. või 2005. majandusaasta osas, ja ühtegi muudatust ei saa toimuda nüüd.

158 Järelikult ei saa komisjoni ühegi argumendi põhjal järeldada, et IAS/IFRS-i standardite kohaselt konsolideeritud 2004. majandusaasta aruanne ei ole lõplik raamatupidamisaruanne. 2004. aasta IAS/IFRS-i raamatupidamisaruande kasutuselevõtu edasilükkamine kuni 2005. majandusaasta lõppemiseni on ilmselgelt vastulus ühenduse raamatupidamisstandardeid alates 1. jaanuarist 2005, kuid mitte alates 1. jaanuarist 2006, kohaldama kohustatud ühenduse seadusandja tahtega. Järelikult kogu raamatupidamist puudutav teave, mida börsil noteeritud ettevõtted peavad turule teatama 2005. aasta jooksul, sõltumata sellest, kas viidatakse 2005. või 2004. majandusaastale, tuleb edastada üksnes IAS/IFRS-i standardite kohaselt.

159 Endesa järeldab, et kuigi muudatused on vastu võetud, sest raamatupidamissüsteemi parandamine on pidev protsess, on siiski tõsi, nagu komisjon on korduvalt nõustunud, et „vastavalt määrusele [...] nr 1606/2002 on komisjoni eesmärk omada stabiilset rahvusvaheliste raamatupidamisstandardite platvormi alates 1. jaanuarist 2005” (komisjoni 19. novembri 2004. aasta määruse (EÜ) nr 2086/2004, millega muudetakse määrust nr 1725/2003 (ELT L 363, lk 1), põhjendus 4 ja komisjoni 29. detsembri 2004. aasta määruse nr 2238/2004, millega muudetakse määrust nr 1725/2003 (ELT L 394, lk 1), põhjendus 2).

160 Otsuse punkti 25 osas märgib Endesa, et otsuses ei selgitata põhjuseid, miks komisjon ei võiks hinnata erinevaid kasutusel olevaid raamatupidamismeetodeid. See komisjoni seisukoht on hageja sõnul selgelt vastuolus teatise punktiga 60, milles komisjon ise märgib, et on võimalik „arvesse võtta erinevaid arvutusreegleid, eelkõige konsolideeritud aruannetega seonduvaid, mis on ühenduses mõnevõrra ühtlustatud, kuid mitte identsed” ja et „see kaalutus kehtib [...] määruse alla kuuluvate igat liiki ettevõtjate osas”. Kuigi see teatise punkt viitab põhiliselt valdusettevõtjatele, märgib see siiski, et võimalus arvestada erinevaid raamatupidamisstandardeid hõlmab kõiki ettevõtjaid sõltumata valdkonnast, kuhu nad kuuluvad.

161 Endesa vaidleb ka vastu otsuse punktis 25 sisalduvale kinnitusele, et „komisjoni roll, mida käibe arvutamist käsitlevas teatises on üksikasjalikult kirjeldatud, piirdub määruse artiklis 5 nõutavate korrektiivide läbivaatamisega [...]” ja leiab vastupidi, et määruse artiklis 5 sisalduv kohustus hõlmab asjaomaste ettevõtjate raamatupidamisaruannete vastavuse uurimist nende tegeliku käibe kindlaksmääramiseks.

162 Selles otsuses sisalduv kinnitus on jällegi ilmselgelt vastuolus teatisega, mille punkt 26 märgib, et „komisjon püüab tugineda kättesaadavaist kõige täpsematele ja usaldusväärsematele andmetele”. Käesolevas asjas oli ühenduse institutsioonide ühtlustamistöö tulemusel olemas kaks konsolideeritud raamatupidamisaruannet, mis vastasid 2004. majandusaastale, ja oleks tulnud kindlaks teha, kumb neist kahest oli täpsem ja usaldusväärsem. Arvestades ettevõtjate välisaudiitorite aruandeid, mida komisjon ei maini otsuses kordagi, on selge, et Hispaania raamatupidamisstandardite kohaselt koostatud konsolideeritud raamatupidamisaruanne moonutab märkimisväärselt elektrivaldkonnas tegutseva ettevõtja põhitegevustulusid.

163 Seoses ühenduse raamatupidamisstandardite tehnilise üleolekuga siseriiklike standarditega võrreldes, mille osas komisjon avaldab kahtlusi otsuse punktis 26, märgib Endesa, et määruse nr 1606/2002 ettevalmistavates dokumentides viitab komisjon sõnaselgelt vajadusele parandada, ühtlustada ja muuta usaldusväärsemaks finants-teavet, ületades seda, mis on sätestatud neljandas nõukogu 25. juuli 1978. aasta direktiivis 78/660/EMÜ, mis põhineb asutamislepingu artikli 54 lõike 3 punktil g ja käsitleb teatavat liiki äriühingute raamatupidamise aastaaruandeid (EÜT L 222, lk 11; ELT eriväljaanne 17/01, lk 21), ja et kui selles direktiivis oleks tagatud sama selge ja usaldusväärne teave, kui on nõutud uues raamatupidamissüsteemis, oleks mõttetu võtta viimati nimetatut kasutusele. Selles osas ei võtnud komisjon arvesse Endesa välisaudiitorite arvamust, milles selgitatakse selgelt erinevate raamatupidamisstandardite kohaselt koostatud raamatupidamisaruannetes märgitud tulemuste vahelisi erinevusi.

164 Endesa lisab, et otsuse põhjendused, mille kohaselt nii ühenduse praeguste raamatupidamisstandardite kui ka endiste standardite eesmärk on ettevõtjate majandusliku olukorra usaldusväärne esitamine, jätab tähelepanuta konkreetset erinevused, mis esinevad standardite osalise ühtlustamise ja täieliku ühtlustamise vahel, ning ühenduse õiguse ja algelisema loogika aluspõhimõtted. Komisjon on muu hulgas ise tõdenud, et endised raamatupidamisdirektiivid „ei vasta selliste äriühingute vajadustele, kes tahavad suurendada kapitali üleeuroopalises või rahvusvahelises mastaabis” (vt komisjoni 13. juuni 2000. aasta teatis nõukogule ja Euroopa Parlamendile, KOM(2000) 359 (lõplik), punkt 9), ja ka nõustunud, et „IAS annab [...] ammendava ja kontseptuaalselt põhjaliku reeglistiku finantsteabe jaoks, mis peaks vastama rahvusvahelise ärikogukonna vajadustele”.

165 Endesa väidab, et komisjon eksib, kui ta asub seisukohale, et auditeerimata raamatupidamisaruannete kasutamine on võimalik üksnes erandjuhtudel. See tõlgendus ei nähtu sõnaselgelt ega kaudselt määrusest, mis on ainus kohustuslikku laadi kohaldamisele kuuluv õigusakt, ja see ei vasta ka teatise punkti 26 sisule, mille

kohaselt erandjuhtumi olemasolu tuleb tõendada vaid juhul, kui kavatsetakse kasutada juhtkonna aruandeid või muid mittelõplikke raamatupidamisaruandeid.

166 Isegi kui komisjoni argumendiga nõustuda, tuleks asuda seisukohale, et käesoleval juhul esineb tegelikult erandjuhtum. Esiteks on küsimus ühe raamatupidamisstandardi kasutamisest teise asemel juba iseenesest erandlik. Teiseks tekitab erinevate raamatupidamissüsteemide kasutamine 4400 miljoni euro suuruse erinevuse Endesa tuludes, mis on väheseid turge puudutav erandlik faktiline asjaolu, mistõttu raamatupidamissüsteemi muutust ennast tuleks pidada erandlikuks ja väga oluliseks asjaoluks Hispaania elektrituru seisukohalt, kus kohustusliku puuli olemasolu kahekordistab tehinguid majanduslikust seisukohast kunstlikult, kui kirjeid ei tasaarvestata, nagu nõuab uus raamatupidamissüsteem.

167 Endesa vaidlustab ka otsuse punktis 25 sisalduvad põhjendused, mille kohaselt IAS/IFRS-i raamatupidamisaruannete kasutamine oleks vastuolus teise „samuti kehtiva eesmärgiga, mis on lihtsa ja objektiivse kriteeriumi kohaldamine komisjoni pädevuse määramiseks koondumisvaldkonnas, ning õiguskindluse üldpõhimõttega”.

168 Objektiivsuse osas väidab Endesa, et komisjon ei selgita põhjuseid, mille tõttu IAS/IFRS-i raamatupidamisaruanne oleks vähem objektiivne kui muu raamatupidamisaruanne, ja unustab, et Endesa välisaudiitor on kinnitanud, et raamatupidamisaruanne tugineb õigetele ja kontrollitud andmetele ning et ka täpsustamise meetod oli õige.

- 169 Lihtsuse osas märgib hageja, et kõiki ühenduses tegutsevaid börsil noteeritud ettevõtteid on teavitatud juba aastaid uute kriteeriumide kasutuselevõttust ja nad teadsid, et 2004. aasta on üleminekuaasta. Endesa lisab, et kaalutlus, mille kohaselt tõlgendamiseeskirjade lihtsus on eesmärk, millel on sama õiguslik väärtus kui kohustusel määrata õigesti komisjoni pädevus, on raskesti ühildatav teatisega, mille punktid 60 ja 61 rõhutavad, et on vaja teha raamatupidamisaruande üksikasjalik, täpne ja isegi kallis analüüs, kui käive on lähedal määruse piirmäärale (juhtum IV/M.213 — Hong Kong ja Shanghai Bank/Midland).
- 170 Õiguskindluse põhimõtte osas nähtub Euroopa Kohtu väljakujunenud kohtupraktikast, et see põhimõtte tagab, et õigusnorm oleks „selge ja täpne, et õigussubjektid saaksid üheselt teada oma õigustest ja kohustustest ning võtta vastavaid meetmeid (Euroopa Kohtu 9. juuli 1981. aasta otsus kohtuasjas 169/80: Gondrand Frères ja Garancini, EKL 1981, lk 1931; 13. veebruari 1996. aasta otsus kohtuasjas C-143/93: Van Es Douane Agenten, EKL 1996, lk I-431, punkt 27, ja 14. aprilli 2005. aasta otsus kohtuasjas C-110/03: Belgia vs. komisjon, EKL 2005, lk I-2801). See ei tähenda, et käibe kindlaksmääramine peab olema „lihtne” kõigil juhtudel, ega õigusta seda, et kogu kättesaadavat teavet ei võeta arvesse. Endesa tuletab meelde, et raamatupidamisaruannete täpsustamine on ühenduse sätetest tulenev kohustus, mille osas arvatakse, et iga ettevaatlik ettevõtja teab seda juba mitu aastat, ja et ettevõtjate õiguste kaitse ei ole õigustatud siis, kui „ettevaatlik ja mõistlik ettevõtja võib ette näha [...] ühenduse õigusnormi vastuvõtmist” (Euroopa Kohtu 15. juuli 2004. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-37/02 ja C-38/02: Di Lenardo ja Dilexport, EKL 2004, lk I-6911, punkt 70). Käesoleval juhul olid IAS/IFRS-i standardid selged, täpsed ning ettevaatlikele ja mõistlikele ettevõtjatele teada avaliku ostupakkumise esitamise hetkel, mistõttu õiguskindluse põhimõtte rikkumist ei ole tõendatud.
- 171 Otsuse punktis 27 esitatud viimase põhjenduse osas, mille kohaselt „põhjustaks auditeerimata IAS/IFRS-i arvude kasutamine käesoleval juhul kohtlemise erinevuse kõigi nende juhtumite puhul, milles komisjon on viidanud 2004. aasta auditeeritud raamatupidamisaruannetes siseriiklike standardite kohaselt kinnitatud arvudele”, rõhutab Endesa, et komisjon ei ole arvestanud kohtupraktikat, mille kohaselt mitte ainult siis ei eksisteeri ebavõrdset kohtlemist, kui kahte sarnast olukorda käsitletakse erinevalt, vaid ka siis, kui kahte erinevat olukorda käsitletakse sama moodi. Ta esitas

haldusmenetluse ajal arvukalt aruandeid, milles selgitati Hispaania elektrisektori ettevõtjate suhtes kohaldatavat erilist raamatupidamiskorda, mis ei puudutanud teisi Hispaania õiguse alusel asutatud ettevõtteid ega teistes liikmesriikides asutatud sama valdkonna või teiste valdkondade ettevõtteid.

- 172 Hispaanias kehtestatud puuli kohustuslikkuse ja endiste raamatupidamisstandarditega kirjade tasaarvestamise mittevõimaldamise tagajärjel kirjendatakse kaks korda tehinguid, mis on toimunud samasse kontserni kuuluvate äriühingute vahel või mis lõpuks vastavad ühele ainsale majandustehingule. Järelikult on see tegelikult otsus, mis tekitab diskrimineerivat kohtlemist, sest kui sama tehing toimub sama suurte ettevõtjate vahel nagu Gas Natural ja Endesa, kuid teistes majandusvaldkondades või teistes ühenduse riikides, oleks asjaomaste ettevõtjate käibed arvatud kahekordseid kirjeid vältides.
- 173 Endesa järeldab, et kõigil neil põhjustel on komisjon teinud vea Endesa antud teabe analüüsimisel, mis ilmneb tõsise puudusena otsuse põhjendustes, ja ilmselge vea, mis johtub määruse artiklist 5 ja teatisest pärinevate põhimõtete kohaldamata jätmisest.
- 174 Komisjon, keda toetavad menetlusse astujad, rõhutab, et ükski hageja esitatud argumentidest ei ole põhjendatud.

— Esimese Astme Kohtu hinnang

- 175 Esiteks, mis puudutab hageja argumente, mille kohaselt on komisjon teinud vea, jättes kõrvale võimaluse kasutada ühitatud raamatupidamisaruannet, siis on piisav

viidata väite kahe esimese osa hinnangule. Tegelikult juba rõhutati, et ainus Endesa kehtiv raamatupidamisaruanne, et hinnata seda, kas koondumistehing on ühenduse seisukohalt oluline või siseriiklik, on avaliku ostupakkumise esitamise ajal kehtinud Hispaania õigusaktide kohaselt koostatud, audiitorite auditeeritud ja aktsionäride heakskiidetud 2004. majandusaasta raamatupidamisaruanne ja et igal juhul ei saa üksnes võrdluseesmärgil koostatud ühitatud raamatupidamisaruannet, mille hageja on komisjonile esitanud, pidada lõplikuks. Hageja ühitatud raamatupidamisaruande mittelõplikku laadi kinnitab lõpuks asjaolu, et ta muutis 19. septembril 2005 oma raamatupidamisaruannet, sisestades sellesse korrektiive, mis vähendasid käivet Hispaanias 111 miljoni euro võrra võrreldes IFRS-i standarditega kooskõlla viidud raamatupidamisaruandega, mis esitati 5. aprillil 2005 CNMV-le. Lõpuks see, et IAS/IFRS-i standardites hiljem tehtud muudatused ei puudutanud elektrisektorit, ei muuda sugugi asjaolu, et 2005. majandusaastal kohaldamisele kuulunud IAS/IFRS-i standardite sisu ei olnud veel püsiv ja lõplik 2005. aasta septembris, ega isegi seda, et neid uusi standardeid tõlgendavat ametiasutust ei olnud veel olemas. Muu hulgas tuleb tõdeda, et Endesa audiitor on ise täpsustanud, et ta ei saa võtta seisukohta kasutatud täpsustamismeetodite kehtivuse osas.

- 176 Teiseks tuleb rõhutada erandjuhtumi osas, mis eeldab täpsustatud raamatupidamisaruande kasutamist, et ühtegi esitatud asjaoludest ei saa pidada erandlikuks. Esiteks elektrisektori erisuste osas Hispaanias on piisav tõdeda, et puul on Hispaanias eksisteerinud alates 1998. aastast ja et Endesa ega ükski teine selle sektori ettevõtja ei ole viidanud vajadusele teha mingeid korrektiive hea raamatupidamistava kohaselt koostatud raamatupidamisaruannetesse mingis koondumise siseriiklikus või ühenduse kontrollimenetluses, milles nad on osalenud. Lisaks tuleb märkida, et hageja nimetatud Hispaania elektrisektori ettevõtjate raamatupidamise väidetavad erisused ja tõsised moonutused ei kujuta endast ka erandjuhtumit, sest võimalike korrektiivide tegemise asjakohasust nende arvesse võtmiseks võidakse analüüsida raamatupidamissüsteemist sõltumata. Käesolevas asjas on komisjon analüüsinud hageja poolt selles osas väljapakutud peamisi korrektiive.

- 177 Teiseks ei saa pidada erandlikuks asjaolu, et IAS/IFRS-i standardeid oodati asendama head raamatupidamistava alates 2005. majandusaastast, ega ka vajadust koostada võrdluseesmärgil ühitatud raamatupidamisaruanne 2004. aasta kohta. Raamatupidamissätete muutus on tõesti oluline ja harva esinev sündmus ettevõtjate elus, kuid hageja ei viita ühelegi määruse sõnastusel või eesmärgil põhinevale asjaolule, mis teeks sellest muudatusest erandliku. Muu hulgas ei tähenda uute raamatupidamisstandardite kohustuslik kohaldamine ilmtingimata seda, et varem kohaldatud raamatupidamiseeskirjad oleksid ebausaldusväärsed või ebaselged.
- 178 Kolmandaks ei saa samuti pidada erandlikuks seda, et erinevate raamatupidamis-süsteemide kasutamine tekitab 4400 miljoni euro suuruse erinevuse Endesa tuludes. See erinevus johtub korrektiividest, mille asjakohasust võib uurida sõltumata raamatupidamissüsteemist.
- 179 Igal juhul tuleb rõhutada, et teatise punktides 26 ja 27 mainitud erandjuhud viitavad üksnes — välja arvatud erinevused, mis esinevad Euroopa Liitu mittekuuluvate riikide raamatupidamisstandardite suhtes — vajadusele võtta arvesse asjaomaste ettevõtjate majanduslikku olukorda mõjutavaid märkimisväärseid ja püsivaid muutusi (auditeeritud aruande kuupäevale järgnenud omandamised või võõrandamised, tehase sulgemine). Käesolevas asjas ei ole hageja siiski sellistele muutustele viidanud.
- 180 Kolmandaks on õiguskindluse põhimõtte rikkumist käsitleva etteheite kohta piisav märkida, et auditeeritud raamatupidamisaruanne annab rohkem objektiivseid tagatisi, sest sellest tekib vastutus ettevõtjale ja audiitorile. Seevastu sellise raamatupidamisaruande kasutamine, mida aktsionärid ei ole heaks kiitnud ja mida ei ole ettevõttevälise auditeerimine kinnitanud, oleks vastuolus eesmärgiga, mis seisneb lihtsa ja objektiivse kriteeriumi kohaldamises, kui tehakse kindlaks koondumise olulisus ühenduse seisukohalt. Tuleb meeles pidada, et määruse

artiklil 1 põhinev künniste süsteem on selleks, et pakkuda lihtsat ja tõhusat meetodit pädeva asutuse kindlakstegemiseks. Nagu komisjon on õigesti rõhutanud, on ametliku ja auditeeritud raamatupidamisaruande kasutamine ning põhimõtteliselt neisse raamatupidamisaruandesse tehtavate korrigeerivate piiramine, mis on määruse artikli 5 põhjal möödapääsmatu, lihtsa, prognoositava ja tõhusa meetodi olulised koostisosad.

181 Lisaks tähendaks Endesa argumendiga nõustumine möönmist, et komisjon peab kõigi koondumistehingute osas viima läbi eelneva raamatupidamisanalüüsi, et kontrollida, kas asjaomaste ettevõtjate raamatupidamisaruanded on kooskõlas määruse artiklis 5 sätestatud põhimõtetega.

182 Endesa argumendi osas, mille kohaselt ei riku täpsustatud raamatupidamisaruande kasutamine sugugi õiguskindluse põhimõtet, sest mis tahes mõistlik ettevõtja võis ette näha uue raamatupidamissüsteemi jõustumist, tuleb märkida, et mõistlik ja arukas ettevõtja ei oleks saanud ette näha, et komisjon jätab kõrvale ainsa ametliku raamatupidamisaruande, mis on auditeeritud. Lisaks tuleb märkida, et IAS/IFRS-i raamatupidamisstandardeid ega ka nende tõlgendust ei olnud 2005. aasta septembris lõplikult kinnitatud.

183 Igal juhul tuleb meenutada veel kord, et ühitatud raamatupidamisaruannet, mille hageja on komisjonile esitanud, ei saa pidada lõplikuks.

184 Viimaseks tuleb ilmselge põhjendamatus tõttu tagasi lükata etteheide väidetava diskrimineerimise kohta võrreldes teiste valdkondade või teiste liikmesriikide koondumistega. Esiteks põhineb see üksnes argumentidel ja tõendamata oletusel, mille kohaselt Endesa ametlik ja auditeeritud raamatupidamisaruanne 2004. majandusaasta kohta ei kajasta majanduslikku tegelikkust. Teiseks, kuna komisjoni

praktika on tugineda ametlikule auditeeritud raamatupidamisaruandele, oleks selle praktika kõrvalejätmist erandjuhtumi puudumisel võidud vastupidi mõista diskrimineerimisena. Lisaks auditeeritud raamatupidamisaruandele, mida kasutatakse tehingu olulisuse hindamiseks, võidakse sellesse teha korrektiivse kõnealuse valdkonna või riigi võimalike iseärasuste arvesse võtmiseks. Selles osas tuleb märkida, et komisjon on vaadanud hageja väljapakutud korrektiivid läbi.

185 Eeltoodust nähtub, et kolmanda väite kolmanda osaga ei saa nõustuda.

186 Järelikult tuleb kolmas väide tagasi lükata.

Neljas väide, mis käsitleb pass through korrektiivi ja gaasiga kauplemise korrektiivi

187 Selle väite raames vaidlustab Endesa selle, et komisjon on tagasi lükanud tema kaks taotletud korrektiivi, millest üks puudutab jaotustehinguid (*pass through* korrektiiv) ja teine gaasiga kauplemist. Tuleb märkida, et hageja raamatupidamise aastaaruanne, mis on koostatud hea raamatupidamistava kohaselt 2004. aasta kohta, tõendab, et tema käive Hispaanias moodustas 80,07% tema ühenduse käibest. Kui nõustutakse, et need kaks Endesa taotletud korrektiivi on põhjendatud, alaneks tema käibe protsendimäär Hispaanias 73,94 protsendini tema käibest ühenduses. Sellest järeldub, et isegi kui selle väitega nõustutakse, ei tähendaks see iseenesestmõistetavalt seda, et see tehing on ühenduse seisukohalt oluline, vaid pigem seda, et komisjonil tuleks läbi vaadata muud hageja väljapakutud korrektiivid ning Gas Naturali väljapakutud korrektiivid, mille suhtes ei ole ta seisukohta otsuses võtnud, sest kahe kolmandiku suurusest piirmäärast allapoole jäämine oleks võimalik üksnes mitmete korrektiivide kombinatsiooni abil.

188 Kuna *pass through* korrektiiv on igal juhul vajalik selleks, et oleks võimalik saavutada ühenduse seisukohalt oluline koondumistehing, tuleb kõigepealt analüüsida väite esimest osa, mis on sellega seotud.

— Poolte argumendid

189 Endesa rõhutab, et määruse artikli 5 lõige 1 on Saksa konkurentsiseaduse (GWB) artikli 23 sõnasõnaline koopia; sama seaduse artikkel 29 täpsustab, et „tulu, mida ei saada põhitegevusest, võetakse arvesse üksnes erandjuhtudel”. Seetõttu tuleks jaotusettevõtja käibe kindlakstegemise hetkel arvesse võtta üksnes jaotustegevusega seotud osa tuludest, teisisõnu üksnes sellele tegevusele vastavat vahendustasu.

190 Endesa rõhutab selles osas komisjoni ekslikku hinnangut teatise õigusliku väärtuse kohta ja seda, et komisjon on jätnud määruse kohaselt väljapakutud korrektiivid läbi vaatamata. Ta rõhutab, et otsuse punktis 33 möönab komisjon, et „selles suhtes tuleb märkida, et teatis [...] ei viita üheski osas toodete müügist ja teenuste osutamisest saadavate (osaliselt) „edasikantud” tulude mõistele”. Ainus õiguslik alus käibe arvutamiseks on siiski määrus, sest teatisel on üksnes komisjoni tõlgendamisdokumendi väärtus. Mis tahes vastupidine tõlgendus rikub normihierarhia põhimõtet. Kuna käesolevas asjas hõlmab jaotusettevõtja tegevus kulusid, mis vastavad pelgalt „edasikantud” summadele, saaks üksnes sellele tegevusele vastavat vahendustasu pidada määruse artiklis 5 sisalduva „põhitegevuse” mõiste alla kuuluvaks.

191 Endesa lisab, et ekslikust seisukohast tulenevalt, mis seisneb selles, et komisjon tugineb oma põhjendustes teatisele, viitab komisjon teatise punktide 7, 11 ja 13

sisule, seejuures kinnitades, et „kui võtta arvesse käesolevale asjale iseloomulikke asjaolusid, ei või Hispaania õiguse alusel asutatud elektriyaotusettevõtteid samastada ettevõtjatega, kes piirduvad vahendustegevusega ja kelle käibe moodustub üksnes saadavate vahendustasude summast”. Seega kirjeldab komisjon hageja sõnul jaotusettevõtjate ja puuli tegevust Hispaanias, kuid ei esita põhjuseid, miks käesolevas asjas ei ole jaotusettevõtjad üksnes vahendajad. Komisjon ei analüüsinud küsimust selle kohta, kas jaotusettevõtjad saavad tegelikult sellest tegevusest kasumit, mis ületab pelka tasu reguleeritud hindadega kindlaksmääratud teenuste eest. Komisjon ei võta arvesse seda, et kuninga dekreet, mis määrab iga-aastase elektri hinna, kinnitab tasu, mida jaotusettevõtjad saavad oma ülesannete täitmise eest kõnealuses ajavahemikus ning mis ei sõltu jaotusettevõtja poolsest energia müügist ja seega neile tarnitud energia kogusest.

192 Seetõttu, et jaotusettevõtjate teostatavad toimingud ei anna siiski mingit väärtust tehingule, kuna jaotustegevuse tasu määratakse kindlaks *ex ante*, eelnevalt ja sõltumata energia ostu- ja müüгитеgevusest, on need käibe arvutamisel neutraalsed toimingud. Jaotusettevõtja vahendaja roll tuleneb sõnaselgelt kuninga 26. detsembri 1997. aasta dekree di nr 2017/1997 artiklist 4, mis korraldab ja reguleerib transpordist, jaotusest ja müügist tekkivate kulude maksmenetlust vastavalt tariifile ning süsteemist, mitmekesistamisest ja tarnekindlusest tekkivaid püsikulusid, mistõttu vastupidi liberaliseeritud sektorile, jääb jaotajale, kes on saanud reguleeritud hinna, vaid tasu teenuse eest, ja ta kannab kasutaja makstud ülejäänud osa teistele ettevõtjatele. Juhul kui maksmisel esineb puudujääk, jääb see tootja kanda.

193 Endesa märgib otsuse põhjenduste osas, mille kohaselt jaotusettevõtjad võtavad majandusliku riski maksmata arvete eest, mistõttu nad ei ole vahendajad, et komisjon tõlgendab ekslikult nii tema selle kohta antud teavet kui ka teatise punktis 13 sisalduvat „vahendaja” mõistet.

194 Esiteks tuleb ta meelde, et jaotusettevõtjad ei võta maksmata arvete eest mitte mingisugust majanduslikku riski, mida tariifi koostisosa ei kompenseeriks, sest reguleeritud süsteem (kuid mitte ettevõtja ühepoolset) näeb ette tagatiste mehhanismi, millega saab neid riske ära hoida. Teiseks märgib ta, et majandusliku riski olemasolu või selle puudumine teeb võimalikuks eristada esindaja olukorda iseseisva komisjonäri olukorrast. Komisjon tõlgendab „vahendaja” mõistet ilma õigusliku aluseta, viidates üksnes esindajatele, kuigi see tuleks siduda esindaja tegevuse olemusega.

195 Jaotusettevõtjate vahendajaks kvalifitseerimine vastab Hispaania energiasektoris tavapärasele praktikale. Piisab, kui märkida, et Gas Natural ei tee *pass through* korrektiive mitte ainult IAS/IFRS-i raamatupidamisaruannetes, vaid ka Hispaania raamatupidamisstandardite kohaselt koostatud raamatupidamisaruannetes. Seega takistab komisjon Endesal *pass through* korrektiivi tegemise keelamisega tema jaotustegevuse käibe ühtlustamist ostjast ettevõtja käibega.

196 Endesa leiab, et keeldumine kaaluda tema väljapakutud korrektiivi tähendab ka tõsist puudust selle asjaolu analüüsis, mida komisjon on lõpuks pidanud otsustavaks, mis avaldub võimuliialduses ja põhjendamise ebapiisavuses. Endesa tõdeb, et komisjon väljendas selles osas äkki kahtlusi menetluse lõppetapis, kuigi ta ei olnud kunagi varem temalt selgitusi selle kohta palunud. Täpsemalt väljendudes ei avaldanud komisjon mingit kahtlust ega palunud mingit selgitust ajavahemikus 19. septembrist kuni 8. novembrini 2005, millisel kuupäeval andis ta Endesale 24-tunnise tähtaja vastata reale küsimustele, mis pidid otsuse põhjendustes olema otsustavad.

197 Lisaks on selle korrektiivi analüüs ka mittetäielik muude asjaolude suhtes ja otsuse põhjendused on ilmselgelt vastuolus. Kui asuda Endesa sõnul seisukohale, et jaotusettevõtjad ei tegutse vahendajatena, tuleb välja selgitada, kas üks osa

jaotustoimingutest kujutab endast kontsernisisest toimingut, ja eriti, kas tegemist on sama tehingu kahekordse kirjendamisega, sest Endesa Distribución'i jaotatav energia ostetakse Endesa Generación'ilt puuli kaudu.

- 198 Endesa märgib selles osas, et komisjon palus temalt korrektiivi selle aspekti kohta 10. novembril 2005 suulisi selgitusi. Kahes elektronkirjas 11. novembrist ja 12. novembrist 2005 rõhutas Endesa, et kõnealuse korrektiivi loogika jõudis pelgast kontsernisisese osa kõrvaldamisest kaugemale, pakkudes siiski andmete esitamist kontsernisiseste toimingute kohta. Komisjon ei viidanud kunagi kõnealusele elektronkirjale ega võtnud selle küsimuse kohta otsuses seisukohta.
- 199 Komisjoni analüüs on hageja sõnul vastuoluline selles osas, et komisjon märgib otsuses, et ta ei võta seisukohta kontsernisisese arvete esitamise kohta väljapakutud korrektiivide osas, kuid lükkab siiski tagasi *pass through* korrektiivi, mis sisaldab väga märkimisväärse osa kontsernisisest müügist. Lisaks rõhutatakse otsuses, et võimalikel kontsernisisestel tehingutel puudub tähtsus, ja samas väidetakse, et Endesa ei ole esitanud andmeid nende protsendimäära kohta, vaatamata eespool nimetatud elektronkirjale, mida komisjon ei ole arvestanud.
- 200 Komisjon, keda menetlusse astujad toetavad, rõhutab, et jaotusettevõtjad ei ole üksnes vahendajad või üksnes komisjonärid ning et hageja argumendid tuleb seetõttu tagasi lükata.

— Esimese Astme Kohtu hinnang

- 201 Hageja viitab erinevatele argumentidele, mis puudutavad põhjendusi ja põhiküsimust, selle vastu, et komisjon on keeldunud tegema asjaomaste jaotusettevõtjate

tulude korrigeerimist kolmandate isikute nimel saadud tulude kõrvaldamiseks. Ta väidab põhiliselt seda, et Hispaania õiguse kohaselt on elektriäriettevõtjad kohustatud koguma teatud summasid klientidelt, et neid seejärel edasi kanda elektritootjatele ja võrgu haldajatele, ning et need summad tuleks seega maha arvata Endesa raamatupidamises sisalduvatest tuludest, sest asjaomased ettevõtjad ei ole neid „saanud eelmisel majandusaastal oma põhitegevuse raames toodete müügist ja teenuste osutamisest” määruse artikli 5 lõike 1 tähenduses.

202 Esiteks, mis puudutab hageja argumenti, mille kohaselt on komisjon teinud vea, põhjendades oma hinnangut üksnes asjaoluga, et teatis ei sätesta ühtegi korrektiivi edasikandmise olukordadeks, siis tuleb kõigepealt märkida, et hageja ei vaidlusta kõnealuse teatise seaduslikkust, vaid väidab, et komisjon on omistanud sellele liigse tähtsuse, kuigi sellel on üksnes tõlgendamisdokumendi väärtus ja ta oleks pidanud väljapakutud korrektiivi läbi vaatama vastavalt käibe arvutamise ainsa õigusliku aluse moodustava määruse sätetele.

203 Selles osas peab meelde tuletama, et komisjonil tuleb kohaldada teatist ulatuses, kus see ei ole vastuolus määrusega, ja et selles täpsustatakse, et teatud korrektiive tuleb teha erandkorras teatud olukordades. Kuna hageja püüdis haldusmenetluse käigus siduda väljapakutud korrektiivid teatise mainitud korrektiivide kategooriaga, ei saa komisjonile ette heita, et ta on otsuses viidanud teatise punktidele 7, 11 ja 13 selleks, et lükata ümber argumente, mida hageja arendas nende samade punktide ümber haldusmenetluse ajal.

204 Järgmiseks tuleb märkida, et kuigi otsuses tõdetakse, et teatis ei viita üheski kohas ettevõtjate toodete müügist ja teenuste osutamisest saadava „edasikantava” summa mõistele, ei ole see asjaolu, et teatis ei sätesta kulude edasikandmist puudutatavat korrektiivi, siiski ainus põhjus, mille tõttu komisjon ei ole kõnealust korrektiivi teinud. Komisjon on otsuses (punkti 33 lõpp ning punktid 34 ja 35) siiski eriti

märkinud, et Hispaania õiguse alusel asutatud elektrijaotusettevõtjaid ei saa samastada ettevõtjatega, kes tegutsevad üksnes vahendajatena ja kelle käive moodustub üksnes saadavate vahendustasude summast, järgmistel põhjustel: elektrijaotusettevõtjad ei ole mitte ainult kohustatud transportima elektrit jaotusvõrkudes, vaid ka tarnima elektrit klientidele, kes otsustavad jääda reguleeritud süsteemi; elektrijaotus tähendab jaotajate eelnevalt ostetud toodete müüki lõpptarbijatele; elektriosuga seotud kulused tuleks pidada jaotusettevõtjate kuluks; riski, et lõpptarbijad jätavad tarnitud elektri hinna maksmata, kannavad jaotusettevõtjad, ja just jaotaja vastutab kõigi kohustuste täitmata jätmise eest vastavalt lõpptarbijatega sõlmitud lepingule.

205 Sellest järeldub, et hageja etteheide, mis põhineb sellel, et komisjon on teinud vea oma hinnangu põhjendamisel üksnes sellega, et teatis ei sätesta ühtegi *pass through* korrektiivi, tuleb tagasi lükata.

206 Teiseks, mis puudutab põhjenduste ebapiisavust käsitlevat etteheidet, siis on piisav viidata otsuse punktidele 30–36, milles esitatakse põhjused, mida komisjon on arvestanud *pass through* korrektiivi tagasilükkamiseks ja mis on esitatud lühidalt eespool otsustamiseks, asumaks seisukohale, et selle etteheitega ei saa nõustuda.

207 Seejärel tuleb analüüsida, kas komisjon on otsuses põhjendatult järeldanud, et *pass through* korrektiivi ei tule teha.

208 Selles osas peab kõigepealt meelde tuletama, nagu on märgitud teatise punktis 9, et määruse artiklis 5 kasutatav käibe mõiste viitab konkreetselt „summadele, mis

saadakse toodete müügist ja teenuste osutamisest”. Müük kui ettevõtja tegevuse kajastaja on seega käibe arvutamise hädavajalik kriteerium, olenemata sellest, kas tegemist on toodetega või teenuste osutamisega.

209 Muu hulgas õiguskindlust ja kiirust puudutavad nõuded, mis on ülekaalus koondumiste kontrolli raames, tähendavad seda, et nii ettevõtjad kui ka konkurentsiasutused võivad põhimõtteliselt tugineda tõenäosuse kriteeriumile ja vahetule juurdepääsule. Neis tingimustes tuleb koondumistehingu käsitlemiseks pädeva asutuse määramisel teha käive põhimõtteliselt kindlaks avalikustatud raamatupidamise aastaaruande alusel. Seega tuleb üksnes erandkorras, kui seda õigustavad erilised asjaolud, teha teatud korrektiive, mille eesmärk on kajastada paremini asjaomaste ettevõtjate majanduslikku tegelikkust.

210 Veel tuleb rõhutada, et määruse artikkel 5 viitab kogukäibe ja mitte ainult selle osale. Teatis näeb erandkorras ette võimaluse määrata teatud juhtudel käive kindlaks teisiti kui toodete müügi ja teenuste osutamise kogumi põhjal. Teatise punkt 13 täpsustab järgmist:

„Teenustesektori keerukuse tõttu võib olla tarvis seda üldpõhimõtet kohandada osutatava teenuse eritingimustega. Seega võib teatavates sektorites (nagu turism ja reklaam) teenuseid müüa teiste teenuseosutajate vahendusel. Nimetatud sektorite mitmekesisuse tõttu võib tekkida palju erinevaid olukordi. Näiteks selle teenindus-ettevõtja käive, kes tegutseb vahendajana, võib koosneda üksnes talle makstavatest vahendustasudest.”

- 211 Kõigepealt tuleb rõhutada, et see teatise punkt puudutab selliste vahendajate erilist kategooriat, kes kuuluvad üksnes teenuste valdkonda ja kelle ainus tasu on nende saadav vahendustasu. Seega on tegemist erandiga üldsättest, mille kohaselt tuleb asjaomane käive kindlaks määrata müügi kogumahu põhjal. Seetõttu tuleb vahendaja mõistet tõlgendada kitsalt.
- 212 Seejärel tuleb märkida, et hageja ei väida, et Hispaania õiguse kohaselt tegutseb ta agendi- või komisjonilepingu või muu sarnase lepinguvormi raames. Seega tuleb tõdeda, et hageja ei müü elektrit lõpptarbijale elektritootjate või võrguhaldajate nimel ja arvel.
- 213 Peale selle, kuna Endesa ei esitanud vastupidist tõendavaid õiguslikke asjaolusid, tuleb Endesa ja lõpptarbijate vahelist õigussuhet pidada elektrimüügilepinguks. See müük on kaubandustehing, mis sisaldab omandi üleminekut.
- 214 Sama kehtib Endesa ja talle elektrit tarniva elektritootja vahelise õigussuhte puhul, kas OMEL-i elektribörsi kaudu või muul viisil. Elektri tootmis- ja jaotussüsteemi reguleeriva Hispaania seaduse nr 54/1997 artikli 41 lõige 2 sätestab, et elektrienergia jaotusettevõtja on eelkõige õigus osta elektrit tagamaks tarnet oma klientidele ja saamaks jaotustegevuse eest vastavat tasu. Sama seaduse artikli 45 lõike 1 punkti h kohaselt on elektrienergia jaotusettevõtja kohustatud elektrienergia tarnimiseks ostma oma tegevuse arendamiseks vajalikku energiat ja maksma oma ostu eest vastavalt selleks kehtestatud maksemenetlusele.

215 Neist sätetest lähtudes tuleb tagasi lükata hageja poolt kohtuistungil esitatud argumendid, mille kohaselt jaotusettevõtja ei ole energia omanik, sest hetkel, kui tootja laseb energia süsteemis ringlusse, muutub see kohe kliendi omandiks. Lisaks sätestab seaduse nr 54/1997 artikli 11 lõige 4, et kui teisiti ei ole kokkulepitud, peetakse elektrienergia omand ülelänuks hetkel, kui see siseneb ostja seadmetesse.

216 Sellest järeldeb, et jaotusettevõtjate tegevust, mis sisaldab muu hulgas elektri või gaasi ostmist neilt tarnijatelt ja nende jaotamise tagamist ning müüki lõpptarbijatele, ei saa liigitada teenuste osutamiseks, mis piirdub toote tarnega tootjate või muude ettevõtjate arvel. Seega ei saa õiguslikust seisukohast pidada Endesat pelgaks vahendajaks teatise punkti 13 tähenduses ja selles sätestatud erand ei saa põhimõtteliselt puudutada teda, sest tema poolt jaotusest saadavad tulud vastavad tema põhitegevusele määruse artikli 5 lõike 1 tähenduses. Järelikult ei saa kõnealust korrektiivi õigustada jaotusettevõtja müügitegevuse väidetava erandlikkusega.

217 Lisaks tuleb märkida, et seaduse nr 54/1997 artikkel 20 ei kehtesta mingit erisätet arvestamiseks hageja ettevõtjate taoliste ettevõtjate iseärasust. Seega sätestab artikli 20 lõike 2 kolmas lõige järgmist: „Äriühingutel, mille eesmärk on reguleeritud tegevuse täitmine vastavalt käesoleva seaduse artikli 11 lõikele 2, tuleb pidada oma raamatupidamises eraldi kontosid, eristades tulusid ja kulusid, mis tulenevad üksnes transporditegevusest, jaotustegevusest ning vajadusel turustus- ja müügitegevusest klientidele kindla hinnaga.” Nagu komisjon õigesti rõhutab, ei viita see säte üksnes komisjonäride suhtes kohaldatavale Hispaania heale raamatupidamistavale.

- 218 Endesa väidab siiski, et komisjon ei analüüsinud, kas jaotusettevõtjad saavad sellest tegevusest tegelikult majanduslikku kasu, mis ületab reguleeritud hinnaga kindlaks määratud pelka tasu oma teenuste eest.
- 219 Selles osas tuleb kõigepealt rõhutada, et üksnes asjaolu, et tasu jaotustegevuse eest on suuremal või vähemal määral sätestatud, ei saa olla iseenesest piisav järeldamiseks, et jaotusettevõtjate tasu tuleks määruse alusel kvalifitseerida pelgaks vahendustasuks.
- 220 Endesa väidab siiski, et jaotusettevõtja vahendaja roll tuleneb sõnaselgelt kuninga 26. detsembri 1997. aasta dekreedid nr 2017/1997 artiklist 4, mis korraldab ja sätestab transpordist, jaotusest ja müügist tekkivate kulude maksemenetlust vastavalt tariifile ning süsteemist, mitmekesistamisest ja tarnekindlusest tekkivaid püsikulusid.
- 221 Kõnealusel artiklist siiski ei nähtu, et jaotustegevus oleks ainult vahendustegevus. Eelkõige ei maini see artikkel, et jaotusettevõtjale jääb tasu ainult teenuste eest ja ta kannab ülejäänu teistele ettevõtjatele, vaid see artikkel kehtestab nimekirja kuninga määruse kohaselt makstavatest tuludest ja kuludest.
- 222 Hageja väidetava asjaolu osas, et jaotusettevõtjate teostatud toimingud ei anna siiski mingit väärtust tehingule, tuleb rõhutada sarnaselt komisjoniga, et jaotus hõlmab rea tegevusi, mis lähevad pelgast energia tarnimisest kaugemale. Seega kasutab jaotusettevõtja ka oma kaubamärki, tarnib kliendile tervikteenust, mis hõlmab klienditeenindust, soovitusi turvalisuse kohta, seadmete kontrolli, mõõdikute

lugemist, arvete esitamist ja sissenõudmist. Lisaks tuleb märkida, et ühe valdkonna reguleeritus ei saa sugugi tekitada majanduslikku pettekujutlust, et jaotus ei tekita mingit lisaväärtust ega tuluvoogu.

223 Hageja argumentide osas, mille kohaselt esiteks kinnitatakse jaotusettevõtjate tasu igal aastal sõltumata energia ostust ja müügist ning teiseks ei kanna need ettevõtjad mingit riski maksmata arvete eest, tuleb kõigepealt märkida, et elektrienergia transpordi- ja jaotustegevuse reguleerimist käsitleva kuninga dekreeedi nr 2819/1998 artikkel 15 kinnitab jaotustegevust puudutava tasu koostisosad ehk seadmete investeerimis-, kasutamise- ja ülalpidamiskulud, energia ringlusse suunamise kulud, jaotuspiirkondi iseloomustava mudeli kulud, tarne kvaliteeti edendavad ning kadude ja muude jaotustegevuse läbiviimiseks vajalike kulude, sealhulgas ärikorralduskulude vähendamist edendavad kulud.

224 Kuna energia ringlusse suunamise kulud on jaotustegevust puudutava tasu üks koostisosa, järeldub sellest, et hageja argument, mille kohaselt jaotusettevõtjate saadav tasu on täielikult sõltumatu nende müüdavast energiast ja seega neile tarnitavast energia kogusest, ei ole põhjendatud.

225 Järgmiseks tuleb märkida, et kuigi kuninga dekreeedi nr 2819/1998 artikli 20 kohaselt arvutatakse jaotustegevuse kogutasu igal aastal *ex ante*, tuleb jaotusettevõtjatel kanda siiski nende enda ärijuhtimisest tekkivaid riske, eriti nende prognoositava nõudluse osas. Jaotusettevõtja ostab elektrit puulilt turuhinnaga, kuid nagu nähtub kuninga määruse nr 2017/1997 artikli 4 punktist e, makstakse talle tasu kaalutud keskmise hinna põhjal. Seega energia ostukulude maksmisel vastavalt kuninga dekreeedi nr 2017/1997 lisale I.6 ei ole jaotusettevõtjale omistatav kulu tema poolt turul tegelikult makstud kulu, vaid jaotusettevõtjate energiaostude kaalutud keskmine hind maksmisperioodil. Järelikult jaotusettevõtja, kes maksab keskmisest

kõrgemat hinda, jääb hinnavahest ilma, sest tema makstav tegelik hind on kõrgem talle tegelikult makstavast hinnast. Seevastu jaotusettevõtja, kes maksab keskmisest madalamat hinda, saab lisakasumit. Sellest järeldub, nagu tunnistas ka hageja Esimese Astme Kohtu esitatud kirjalikule küsimusele antud vastuses, et kehtiv süsteem tagab jaotustegevusest saadava tasu ainult teoreetiliselt ja tegelik tasu sõltub jaotusettevõtjate efektiivsuse tasemest energia ostmisel.

²²⁶ Jaotusettevõtjate elektrimüügi osas lõpptarbijatele tuleb veel märkida, et hageja ei ole tõendanud otsuse põhjenduses 35 sisalduva argumendi ebaõigsust, mille kohaselt riski, et lõpptarbijad jätavad elektri (reguleeritud) hinna tarnitud elektri eest maksmata, kannavad jaotusettevõtjad. Isegi kui on tõsi, et on olemas mehhanism, mille abil saab mingil määral võtta arvesse riski maksmata jätmise eest üldiselt, kannab jaotusettevõtja siiski maksmata jätmise eest riski, nagu nähtub kuninga määruse nr 2017/1997 artikli 4 punkti a viimasest lausest, mis sätestab, et „maksmissmenetluses võetakse arvesse selle alusel saadud tulud vastavalt arvete esitamisega seotud andmetele, sõltumata nende laekumisest”. Kuna see säte viitab arvete esitamisele, kuid mitte tegelikult saadud summadele, tuleb asuda seisukohale, et jaotusettevõtja kannab riski, et klient jätab arve maksmata.

²²⁷ Asjaolu, et elektrienergia transpordi-, jaotamis-, müügi-, tarne- ja elektrienergia seadmete loamenetlust reguleeriva kuninga dekreeedi nr 1955/2000 artikli 79 lõige 7 sätestab, et elektrienergia ettevõtjad võivad nõuda tagatissumma maksmist, ei nõrgenda seda järeldust. Esiteks on selle tagatissumma suurus piiratud 50-kasutustunnise kuarvega paigaldatud võimsuse eest. Teiseks sätestab see säte ka seda, et geograafiliste piirkondade järgi määratud teatud tarbijakategooriaid võidakse kõnealuste tagatiste maksmisest vabastada. Viimaseks ei või kuninga kõnealuse dekreeedi kuuenda üleminekusätte kohaselt võtta seda tagatist tarbijatelt, kes said tarne reguleeritud hinnaga juba kuninga dekreeedi jõustumise ajal. Kuid nagu märgib komisjon, ja hageja ei ole seda vaidlustanud, kirjutas elektritarne lepingule

alla enne aastat 2000 suur enamus elektri tarbijatest, keda puudutab reguleeritud hind. Sellest järeldub, et kõnealused tagatissummad katavad maksmata jätmise riskist vaid piiratud osa.

228 Selles osas, et jaotusettevõtjate kvalifitseerimine vahendajaks vastab Hispaania energiasektoris tavapärasele praktikale, tuleb siiski märkida, kuigi see asjaolu ei ole otsustav, et pärast Esimese Astme Kohtu esitatud kirjalikku küsimust ja poolte märkusi kohtuistungil nähtub, et *pass through* korrektiivi puudutavas praktikas puudub sektori ettevõtjatel üksmeel.

229 Viimaseks hageja argumendi osas, mille kohaselt keeldumine võtta arvesse *pass through* korrektiivi tähendab tõsist puudust analüüsis, mis väljendub võimuliialduses ja põhjendamise ebapiisavuses selles osas, et komisjon väljendas korrektiivide osas äkki kahtlusi menetluse lõppetapis, kuigi ta ei olnud kunagi varem Endesalt selgitusi selle kohta palunud, on piisav tõdeda, et see asjaolu, et teatud teave on kogutud menetluse lõpus, ei saa iseenesest muuta otsust ebaseaduslikuks. Lisaks saab asja keerukusega õigustada seda, et komisjon tahab saada teatud täiendavat teavet isegi menetluse hilises etapis ja pärast olukorraga üksikasjalikumalt tutvumist. Lisaks tuleb igal juhul tõdeda, et komisjoni 28. septembril 2005 saadetud teabetaotlus sisaldas juba erinevaid küsimusi, mis puudutavad Hispaanias saadud teatud tulude võimalikku kõrvalejätmist (küsimused 2 ja 3) ja et hageja esitas vastuses selgitusi *pass through* korrektiivide kohta (5. oktoobri 2005. aasta kiri).

230 Eeltoodust tuleneb, et hageja argumendid, mis on esitatud *pass through* korrektiivide puudumisel põhineva etteheite toetuseks, tuleb tagasi lükata.

- 231 Selles olukorras tõdeb Esimese Astme Kohus, et puudub vajadus uurida, kas on põhjendatud hageja teise võimalusena esitatud argument, mille kohaselt isegi siis, kui asutakse seisukohale, et jaotusettevõtjad ei tegutse vahendajatena, tuleb välja selgitada, kas üks osa jaotustoimingust kujutab endast kontsernisisest toimingut. Hageja antavast vastusest Esimese Astme Kohtu kirjalikule küsimusele nähtub, et vastav korrektiiv ulatub 1510 miljoni euroni. Toimikus sisalduvatest dokumentidest nähtub siiski, et kui kõik muud hageja väljapakutud korrektiivid kiidetakse heaks ja kui kõik Gas Naturali väljapakutud „vastukorrektiivid” lükatakse tagasi, ei piisaks kõnealusest summast selleks, et koondumistehing saaks olla ühenduse seisukohalt oluline.
- 232 Nende asjaolude põhjal tuleb neljanda väite esimene osa tagasi lükata.
- 233 Kuna *pass through* korrektiiv on igal juhul vajalik saavutamaks seda, et koondumistehing oleks ühenduse seisukohalt oluline, puudub vajadus analüüsida gaasiga kauplemist käsitleva väite teist osa.
- 234 Eespool esitatust lähtuvalt tuleb neljas väide tagasi lükata.

Viies väide, mis käsitleb teatistes esitatud kriteeriumide rikkumist, analüüsi ja põhjenduse puudumist ning võimu kuritarvitamist

Poolte argumendid

- 235 Endesa leiab, et teises, kolmandas ja neljandas tühistamisväites nimetatud põhjustel ning otsust puudutavate menetlusnormide rikkumise tõttu tuleb kõnealune otsus tühistada, ilma et oleks vaja võtta seisukohta ilmselgelt eksliku hinnangu osas, mille

komisjon on andnud muude väljapakutud korrektiivide kohta. Endesa märgib, et arvestades tema taotlust selle hagi käsitlemiseks kiirendatud menetluses, väidab ta selles osas üksnes otsuse põhjenduse ebapiisavust.

236 Endesa kritiseerib komisjoni võetud lähenemisviisi, milles viidatakse mitmete korrektiivide tagasilükkamiseks konkreetse õigusliku aluse puudumisele teatises ning milles teatud korrektiivid vaadatakse läbi ja teised jäetakse läbi vaatamata.

237 Esimese punkti osas leiab hageja, et komisjon jätab jälle tähelepanuta selle, et asjaomaste ettevõtjate käibe arvutamise õiguslik alus on määruse artikkel 5, aga mitte teatis. See, et vastuvõetavaks peetakse üksnes teatises sätestatud või selles märgitud tingimuste kohaseid korrektiive, küsimata, kas need korrektiivid on kooskõlas määrusega või mitte, kujutab endast ilmselget viga.

238 Teise punkti osas leiab Endesa, et komisjon oleks pidanud selgitama, millise kriteeriumi kohaselt valis ta analüüsimist väärivaid korrektiive ja korrektiive, mille osas sellist analüüsi teha ei saanud. Otsuse punktis 70 esitatud õigustus, mille kohaselt „komisjon leiab [...], et ei ole vaja otsustada seda küsimust, kuna koondumine ei oleks ühenduse seisukohalt oluline isegi siis, kui nende korrektiividega nõustutakse”, on hageja sõnul vastuvõetamatu, sest sama õigustuse oleks võinud anda mitmele muule palju vähem olulisele korrektiivile, mis on siiski läbi vaadatud.

239 Endesa viitab muudele asjaoludele, mis tervikuna võttes on selged ja ühemõttelised tõendid võimu kuritarvitamisest. Näiteks on vähemalt kummaline, et komisjon ei hinda ühtegi Gas Naturali väljapakutud korrektiivi välja arvatud ühte, mis puudutab kontserni „konsolideerimata äriühinguid” ja mis on, kuigi ebaoluliselt, tema vastu.

Veel olulisem on tõdeda, et komisjon on jätnud otsuses mainimata teise konsolideerimata äriühingu juhtumi (Ergon Energía), mida Endesa on maininud komisjoni 4. novembri 2005. aasta teabetaotlusele antud vastuses. Kui arvestataks kõiki konsolideerimata äriühinguid, kalduks tasakaal selle poole, et tehing on ühenduse seisukohalt oluline. Põhjendus Endesa lisatulusid Itaalias käsitleva punkti osas (otsuse punktid 60–64) on sama üllatav, sest komisjon viitab kahele kirjele, kuid ei võta seisukohta selles osas, kumb on majanduslikult tähtsaim.

- 240 Endesa väidab, et otsuse tähelepanelik lugemine võimaldab aimata, et komisjoni ainus eesmärk on olnud piirata Esimese Astme Kohtu poolt otsuse tühistamise riski, kuigi komisjoni ülesanne oli rakendada pädevust puudutavaid sätteid ja esitada eelkõige põhjused, mille tõttu ta väljapakutud korrektiivid tagasi lükkas.
- 241 Ta väidab, et see, et komisjon on jätnud täitmata oma kohustuse enda pädevuse määramisel, on võimu kuritarvitamine, mis rikub ka piisava põhjenduse puudumisel kaitseõigust, samas kui Endesa on tegutsenud aktiivselt koostöös kogu haldusmenetluse aja, esitades arvukalt komisjoni palutud andmeid.
- 242 Endesale 24-tunnise tähtaja andmine teabetaotlusele vastamiseks, mis oli saadetud 50 päeva pärast menetluse algust ja mis pidi otsuse põhjendustes olema otsustav, on täiendav tõend võimu kuritarvitamisest ja kujutab endast ka kaitseõiguse rikkumist.
- 243 Arvestades eespool esitatud asjaolusid ja eelkõige läbivaadatud korrektiivide valikut puudutavate põhjenduste puudumist ning põhjenduste ebapiisavust ning tema kahe peamise etteheitega seotud argumente (mis puudutavad esiteks raamatupidamisstandardeid ning teiseks *pass through* korrektiivi ja gaasiga kauplemise korrektiivi), leiab Endesa, et on mõttetu esitada oma argumente vaidlustamiseks hinnangut, mis puudutab otsuse punktides 37–72 analüüsitud erinevaid korrektiive.

244 Komisjon, keda toetavad menetlusse astujad, kinnitab, et käesolev väide koosneb mitmesugustest argumentidest, milles piirduakse põhiliselt otsuse teatud aspektide osas hageja üllatuse väljendamisega ja mille ainus eesmärk näib olevat see, et korrektiive, mida ei ole sõnaselgelt vaidlustatud, peetaks samuti vaidlustatuks. Komisjon väidab, et seda kriitikat ei toeta miski, ega viita ühelegi konkreetsele otsuse lõigule. Seega leiab ta, et tegemist on vastuvõetamatu väitega, sest see ei vasta kodukorra artikli 44 vorminõuetele. Ta lisab, et isegi kui väidetavad eksimused olid tõelised, ei saa need kujutada endast tõendit võimu kuritarvitamisest.

Esimese Astme Kohtu hinnang

245 Selle väite raames esitab hageja rea erinevaid argumente, mis on seotud muude otsuses tagasilükatud korrektiividega, korrektiividega, mille osas komisjon ei ole võtnud otsuses seisukohta, või teabetaotlusele vastamiseks kehtestatud tähtajaga. Viimasena viitab hageja võimu kuritarvitamisele.

246 Muude väljapakutud ja otsuses analüüsitud korrektiivide läbivaatamise kohta väidab hageja esiteks vaid seda, et komisjon on need tagasi lükanud üksnes seetõttu, et neid ei ole teatises sätestatud.

- 247 Nagu komisjon meelde tuletab, on Esimese Astme Kohtul juba olnud võimalus märkida, et kiirendatud menetlus, milles repliiki ja vasturepliiki ei esitata, eeldab, et hageja argumendid on hagiavalduses algusest peale selgelt ja lõplikult esitatud (eespool punktis 93 viidatud kohtuotsus EDP vs. komisjon, punkt 183). See etteheide on käesolevas asjas siiski vastuvõetav, sest kuigi see on esitatud väga lühidalt ja selle toetuseks on esitatud vähe, võib sellest siiski aru saada nii, et selles peetakse silmas komisjoni tehtud viga, mis seisneb selles et komisjon nõustus üksnes teatistes sätestatud korrektiividega, kontrollimata, kas need korrektiivid olid määruse sätetega kooskõlas või mitte.
- 248 See etteheide tuleb siiski sisulisel põhjusel tagasi lükata. Otsuse uurimisel nähtub, et vastupidi sellele, mida väidab hageja, ei lükanud komisjon kõnealuseid korrektiive tagasi ainult seetõttu, et neid ei olnud teatistes sõnaselgelt sätestatud.
- 249 Seega ei põhine otsuse punktides 41–44 korrektiivide tagasilükkamine teatistel, vaid sellel, et tegemist oli korrektiividega, mida ei olnud auditeeritud või mis ei olnud põhjendatud (otsuse punkt 44). Teatisele ei ole viidatud ka otsuse punktides 45–50 analüüsitud korrektiivide osas. Lisaks tugineb otsuse punktides 51–55 analüüsitud korrektiivide tagasilükkamine kaalutlusele, mille kohaselt on tegemist kuludega, mida elektriettevõtjatel tuleb maksta aktiivseks jäämiseks turul, ja järeldus viitab määruse artikli 5 lõikele 1. Otsuse punktides 56 ja 57 analüüsitud korrektiiv on tagasi lükatud, sest raamatupidamise seisukohalt tuli kõnealuste varade ülekandmist sellisena pidada tuluks sõltumata sellest, kas ülekantud varad sellisena tekitavad tulusid või mitte. Lisaks leidis komisjon, et seda liiki praktika oli tavapärane või vähemalt mitte erandlik. Järeldus viitab ka määruse artikli 5 lõikele 1. Hageja kriitika ei ole põhjendatud ka korrektiivi osas, mida on analüüsitud punktides 58 ja 59, milles märgitakse, et Endesa ei ole tõendanud piisavalt selgelt, et kõnealused tulud puudutavad tegelikult varasemaid aastaid, ega ka otsuse punktides 60–64

analüüsitud korrektiivi osas, mis lükati tagasi konservatiivsuse põhimõtte ja määruse enda alusel. Viimaseks, otsuse punktides 65–68 analüüsitud korrektiivi osas viidatakse järelduses ka määruse artiklile 5.

- 250 Sellest järeldub, et hageja etteheitega, mis puudutab muid otsuses tagasilükatud korrektiive, ei saa nõustuda.
- 251 Lisaks tuleb rõhutada, et hageja ei saa jätta endale võimalust esitada hiljem uusi väiteid või argumente. Seetõttu tuleb asuda seisukohale, et otsus on lõplik muude korrektiivide osas, mille Endesa on välja pakkunud ja mida komisjon on otsuses analüüsinud.
- 252 Teiseks etteheite osas, mis puudutab korrektiive, mille osas komisjon ei ole seisukohta võtnud, väidab hageja, et komisjon oleks pidanud selgitama, millise kriteeriumi kohaselt on ta valinud analüüsimist väärivaid korrektiive ja korrektiive, mille osas sellist analüüsi teha ei saanud. Ta leiab, et see valik on täielikult õigustamatu ja et otsus on selle tagajärjel alusetu, kui Esimese Astme Kohus nõustub ühega kahest peamisest väitest või nende mõlemaga, mis on seotud esiteks kasutatavate raamatupidamisstandarditega ning teiseks *pass through* korrektiivi ja gaasiga kauplemise korrektiiviga.
- 253 Selle etteheitega ei saa nõustuda. On selge, et isegi kui nõustutakse kõikide korrektiividega, mille osas komisjon ei ole seisukohta võtnud, ei oleks koondumine ühenduse seisukohalt oluline, sest see võiks juhtuda üksnes siis, kui nõustutakse ka hageja esitatud IFRS-i raamatupidamisaruandega või kahe korrektiiviga, mis puudutavad edasikandmist ja gaasiga kauplemist. Kuna komisjon on otsustanud otsuses tagasi lükata nii IFRS-i raamatupidamisaruande kui ka need kaks korrektiivi, oli seega mõttetu analüüsida muid Endesa väljapakutud korrektiive.

- 254 Hageja ei saa ette heita ka põhjenduse puudumist selles osas. Põhjendamiskohustus eriti koondumiste kontrolli raames, mis eeldab kiiret otsuse vastuvõtmist, ei nõua, et komisjon võtaks seisukoha korrektiivide kohta, millel isegi siis, kui nendega nõustutaks, puuduksid tagajärjed, sest muude korrektiivide eelnevast tagasilükkamisest nähtub juba õiguslikult piisavalt, et koondumistehing ei ole ühenduse seisukohalt oluline.
- 255 Samal põhjusel tuleb tagasi lükata argumendid, mis põhinevad sellel, et komisjon ei ole hinnanud ühtegi Gas Naturali väljapakutud korrektiivi (välja arvatud korrektiivi, mis on Endesa vastu) ega korrektiive, mis puudutavad konsolideerimata äriühinguid, eriti Ergon Energia't. Lisaks tuleb märkida, et kuigi komisjon on nõustunud ühe Gas Naturali väljapakutud korrektiiviga, on see toimunud põhjusel, et hageja on ise nõustunud selle põhjendatusega. Lõpuks etteheitel, et Gas Naturali väljapakutud korrektiivid jäeti läbi vaatamata, puudub tähendus, sest Gas Naturali väljapakutud „vastukorrektiivide” mõjul suureneks hageja käibe osa Hispaanias.
- 256 Kolmandaks, hageja kinnituse osas, et otsuse tähelepanelik lugemine võimaldab aimata, et komisjoni ainus eesmärk on olnud piirata Esimese Astme Kohtu poolt otsuse tühistamise riski, on piisav märkida, et komisjonile ei saa ette heita oma otsuste seaduslikkuse tagamist, selleks et Esimese Astme Kohus otsuseid ei tühistaks.
- 257 Neljandaks, selle etteheite osas, mis puudutab Endesale 24-tunnise tähtaja andmist teabetaotlusele vastamiseks, mis oli saadetud 50 päeva pärast menetluse algust ja mis pidi olema otsuse põhjendustes otsustav, on piisav tõdeda, et hageja ei ole taotlenud tähtaja pikendamist ja sai vastata tähtajal.

258 Viiendaks, võimu kuritarvitamist puudutava etteheite osas tuleb meelde tuletada, et õigusakt on antud võimu kuritarvitades vaid siis, kui objektiivsete, asjakohaste ja omavahel kokkusobivate tõendite põhjal selgub, et õigusakt on vastu võetud eranditult või peamiselt muude eesmärkide saavutamiseks, kui need, millele viidati, või asutamislepingus spetsiaalselt vastava juhtumi lahendamiseks ette nähtud menetluse vältimiseks (Euroopa Kohtu 21. juuni 1984. aasta otsus kohtuasjas 69/83: *Lux vs. kontrollikoda*, EKL 1984, lk 2447, punkt 30; 13. novembri 1990. aasta otsus kohtuasjas C-331/88: *Fedesa jt*, EKL 1990, lk I-4023, punkt 24; 13. juuli 1995. aasta otsus kohtuasjas C-156/93: *parlament vs. komisjon*, EKL 1995, lk I-2019, punkt 31; 14. mai 1998. aasta otsus kohtuasjas C-48/96 P: *Windpark Groothusen vs. komisjon*, EKL 1998, lk I-2873, punkt 52, ja 22. novembri 2001. aasta otsus kohtuasjas C-110/97: *Madalmaad vs. nõukogu*, EKL 2001, lk I-8763, punkt 137). Kuna ükski rikkumistest või vigadest, mida hageja väidab nii käesoleva väite kui ka hagi muude väidete raames, ei ole väidetava võimu kuritarvitamise tõendamiseks põhjendatud, tuleb etteheide tagasi lükata. Isegi kui oletada, et väidetavad vead olid tõelised, ei saa need igal juhul kujutada endast tõendit võimu kuritarvitamisest.

259 Järelikult tuleb viies väide tagasi lükata.

260 Kõigest eespool esitatust järeldub, et hagi tuleb jätta põhjendamatuks tõttu rahuldamata.

Kohtukulud

261 Kodukorra artikli 87 lõike 2 alusel on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud. Kuna kohtuotsus on tehtud hageja kahjuks ning komisjon ja menetlusse astujad on nõudnud kohtukulude väljamõistmist hagejalt, tuleb otsustada, et hageja kannab lisaks oma kohtukuludele komisjoni ja Gas Naturali kohtukulud, sealhulgas ajutiste meetmete kohaldamise menetluse kohtukulud.

262 Vastavalt kodukorra artikli 87 lõikele 4 kannavad menetlusse astuvad liikmesriigid ise oma kohtukulud. Sellest järeldeb, et Hispaania Kuningriik kannab ise oma kohtukulud.

Esitatud põhjendustest lähtudes

ESIMESE ASTME KOHUS (kolmas koda)

otsustab:

- 1. Jätta hagi rahuldamata.**
- 2. Mõista komisjoni ja Gas Natural SDG, SA kohtukulud, sealhulgas ajutiste meetmete kohaldamise menetluse kohtukulud, välja hagejalt, kes ühtlasi kannab ise oma kohtukulud.**
- 3. Hispaania Kuningriik kannab ise oma kohtukulud.**

Jaeger

Tiili

Czúcz

Kuulutatud avalikul kohtuistungil 14. juulil 2006 Luxembourgis.

Kohtusekretär

Koja esimees

E. Coulon

M. Jaeger

Sisukord

Õiguslik raamistik	II - 2543
Määrused, mis sätestavad kontrolli koondumiste üle	II - 2543
Äriühingute raamatupidamist reguleerivad sätted	II - 2548
Teatis käibe arvutamise kohta	II - 2551
Vaidluse aluseks olevad asjaolud	II - 2552
Menetlus	II - 2556
Poolte nõuded	II - 2559
Õiguslik käsitlus	II - 2560
Esimene väide, mis käsitleb menetlusnormide rikkumist	II - 2561
Esimene osa, mille kohaselt otsused üleandmise taotluste kohta on vastu võetud enne otsust	II - 2561
— Poolte argumentid	II - 2561
— Esimese Astme Kohtu hinnang	II - 2562
Teine osa, mis käsitleb läbipaistvuse puudumist ja kaitseõiguse rikkumist	II - 2565
— Poolte argumentid	II - 2565
— Esimese Astme Kohtu hinnang	II - 2566
Kolmas osa, mille kohaselt siseriiklikku menetlust ei ole edasi lükatud	II - 2568
— Poolte argumentid	II - 2568
— Esimese Astme Kohtu hinnang	II - 2570
Teine väide, mis käsitleb tõendamiskohustuse ülekandmist ja põhjenduse puudumist	II - 2571
Poolte argumentid	II - 2571
Esimese Astme Kohtu hinnang	II - 2573
	II - 2625

Kolmas väide, mis käsitleb IAS/IFRS-i standardite kohaselt koostatud raamatupidamisaruannete kasutamata jätmist	II - 2580
Väite esimene osa, mille kohaselt IAS/IFRS-i standardeid ei ole kasutatud ainsa kehtiva raamatupidamisstandardina	II - 2581
— Poolte argumendid	II - 2581
— Esimese Astme Kohtu hinnang	II - 2582
Kolmanda väite teine osa, mis käsitleb IAS/IFRS-i raamatupidamisstandardite ülekaalu	II - 2585
— Poolte argumendid	II - 2585
— Esimese Astme Kohtu hinnang	II - 2587
Kolmas väide, mis käsitleb õigusnormi rikkumist, ilmselget hindamisviga ja ühitatud raamatupidamisaruande tagasilükkamist	II - 2591
— Poolte argumendid	II - 2591
— Esimese Astme Kohtu hinnang	II - 2598
Neljas väide, mis käsitleb pass through korrektiivi ja gaasiga kauplemise korrektiivi ..	II - 2602
— Poolte argumendid	II - 2603
— Esimese Astme Kohtu hinnang	II - 2606
Viies väide, mis käsitleb teatise esitatud kriteeriumide rikkumist, analüüsi ja põhjenduse puudumist ning võimu kuritarvitamist	II - 2616
Poolte argumendid	II - 2616
Esimese Astme Kohtu hinnang	II - 2619
Kohtukulud	II - 2623