

ARREST VAN HET GERECHT (Derde kamer)

14 juli 2006*

In zaak T-417/05,

Endesa, SA, gevestigd te Madrid (Spanje), vertegenwoordigd door J. Flynn, QC, S. Baxter, solicitor, M. Odriozola Alén, M. Muñoz de Juan, M. Merola, J. García de Enterría Lorenzo-Velázquez en J. Varcárcel Martínez, advocaten,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door F. Castillo de la Torre, É. Gippini Fournier, A. Whelan en M. Schneider als gemachtigden,

verweerster,

ondersteund door

Koninkrijk Spanje, vertegenwoordigd door N. Díaz Abad, abogado del Estado,

* Procestaal: Spaans.

en

Gas Natural SDG, SA, gevestigd te Barcelona (Spanje), vertegenwoordigd door F. González Díaz, J. Jiménez de la Iglesia en A. Leis García, advocaten,

intervenienten,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 15 november 2005, waarbij wordt vastgesteld dat een concentratie geen communautaire dimensie heeft (zaak COMP/M.3986 — Gas Natural/Endesa)

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer),

samengesteld als volgt: M. Jaeger, kamerpresident, V. Tiili en O. Czúcz, rechters,
griffier: J. Palacio González, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 9 maart 2006,

II - 2542

het navolgende

Arrest

Rechtskader

Verordeningen betreffende de controle op concentraties

- ¹ Artikel 1 van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 24, blz. 1) (hierna: „verordening”) bepaalt:

„1. Deze verordening geldt onverminderd artikel 4, lid 5, en artikel 22, voor alle concentraties die in de zin van dit artikel worden beschouwd als concentraties met een communautaire dimensie.

2. Een concentratie heeft een communautaire dimensie indien

- a) de totale omzet die over de gehele wereld door alle betrokken ondernemingen tezamen is behaald, meer dan 5 miljard EUR bedraagt, en

- b) ten minste twee van de betrokken ondernemingen elk afzonderlijk een totale omzet hebben behaald die meer dan 250 miljoen EUR bedraagt,

tenzij elk van de betrokken ondernemingen meer dan tweederde van haar totale omzet binnen de Gemeenschap in een en dezelfde lidstaat behaalt.

[...]"

- 2 Artikel 5 van de verordening, met het opschrift: „Berekening van de omzet”, bepaalt:

„1. De totale omzet in de zin van deze verordening omvat de bedragen met betrekking tot de verkoop van goederen en het leveren van diensten door de betrokken ondernemingen tijdens het laatste boekjaar in het kader van de normale bedrijfsuitoefening, onder aftrek van kortingen, van belasting over de toegevoegde waarde en van andere rechtstreeks met de omzet samenhangende belastingen. Bij de totale omzet van een betrokken onderneming wordt geen rekening gehouden met transacties tussen de in lid 4 bedoelde ondernemingen.

De in de Gemeenschap of in een lidstaat behaalde omzet omvat de in de Gemeenschap respectievelijk in die lidstaat aan ondernemingen of consumenten verkochte producten en verleende diensten.

[...]"

3 Artikel 19 van de verordening bepaalt:

„1. De Commissie doet de bevoegde autoriteiten van de lidstaten binnen drie werkdagen een afschrift toekomen van de aanmeldingen, alsmede, zo spoedig mogelijk, van de belangrijkste stukken die zij krachtens deze verordening ontvangt of verzendt [...]

2. De Commissie voert de in deze verordening genoemde procedures uit in nauw en voortdurend contact met de bevoegde autoriteiten van de lidstaten, die hun opmerkingen over deze procedures kunnen indienen [...]

4 Artikel 21 van de verordening bepaalt:

„2. Onder voorbehoud van het toezicht door het Hof van Justitie is uitsluitend de Commissie bevoegd de in deze verordening bedoelde beschikkingen te geven.

3. De lidstaten passen hun nationale mededingingswetgeving niet toe op concentraties met een communautaire dimensie.”

5 Artikel 22 van de verordening bepaalt:

„1. Eén of meer lidstaten kunnen de Commissie verzoeken een concentratie zoals omschreven in artikel 3, die geen communautaire dimensie heeft in de zin van artikel 1 maar die de handel tussen de lidstaten beïnvloedt en in significante mate

gevolgen dreigt te hebben voor de mededinging op het grondgebied van de lidstaat of de lidstaten van welke het verzoek uitgaat, te onderzoeken.

Een dergelijk verzoek moet uiterlijk binnen 15 werkdagen na de dag waarop de concentratie is aangemeld of, indien geen aanmelding vereist is, waarop de concentratie op andere wijze kenbaar is gemaakt aan de betrokken lidstaat, worden ingediend.

2. De Commissie stelt de bevoegde autoriteiten van de lidstaten en de betrokken ondernemingen onverwijld in kennis van elk verzoek krachtens lid 1 dat zij ontvangt.

Elke andere lidstaat heeft het recht zich binnen 15 werkdagen na de dag waarop hij door de Commissie in kennis is gesteld van het oorspronkelijke verzoek, bij het oorspronkelijke verzoek aan te sluiten.

Alle nationale termijnen met betrekking tot de concentratie worden opgeschort totdat volgens de in dit artikel beschreven procedure is besloten waar de concentratie zal worden onderzocht. Zodra een lidstaat de Commissie en de betrokken ondernemingen ervan in kennis heeft gesteld dat hij zich niet zal aansluiten bij het verzoek, eindigt de opschorting van zijn nationale termijnen.

3. De Commissie kan uiterlijk tien werkdagen na het verstrijken van de in lid 2 genoemde termijn besluiten de concentratie te onderzoeken, indien zij van oordeel is dat deze de handel tussen de lidstaten beïnvloedt en in significante mate gevolgen dreigt te hebben voor de mededinging op het grondgebied van de lidstaat of de lidstaten die het verzoek doet respectievelijk doen. Indien de Commissie binnen de gestelde termijn geen besluit neemt, wordt zij geacht een besluit te hebben genomen om de concentratie overeenkomstig het verzoek te onderzoeken.

De Commissie stelt alle lidstaten en de betrokken ondernemingen in kennis van haar besluit. Zij kan verlangen dat een aanmelding overeenkomstig artikel 4 wordt ingediend.

De lidstaat of lidstaten die het verzoek heeft of hebben ingediend, past of passen niet langer zijn of hun nationale mededingingswetgeving toe op de concentratie.

[...]"

- 6 Artikel 17, lid 3, van verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie van 7 april 2004 tot uitvoering van de verordening (PB L 133, blz. 1) luidt als volgt:

„Het recht van toegang tot het dossier geldt niet voor vertrouwelijke inlichtingen of interne documenten van de Commissie of van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten. Het recht van toegang tot het dossier geldt evenmin voor de briefwisseling tussen de Commissie en de bevoegde autoriteiten van de lidstaten of tussen die autoriteiten onderling.”

- 7 Artikel 1 van verordening (EG) nr. 1606/2002 van het Parlement en de Raad van 19 juli 2002 betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen (PB L 243, blz. 1) luidt als volgt:

„Deze verordening beoogt de goedkeuring en het gebruik van internationale standaarden voor jaarrekeningen in de Gemeenschap, teneinde de financiële informatie die wordt verstrekt door de in artikel 4 bedoelde ondernemingen te harmoniseren en voor een hoge mate van transparantie en vergelijkbaarheid van

jaarrekeningen te zorgen en zo de doeltreffende werking van de communautaire kapitaalmarkt en van de interne markt te waarborgen.”

Regeling inzake de boekhouding van vennootschappen

- 8 Artikel 4 van verordening nr. 1606/2002 (met het opschrift: „Geconsolideerde jaarrekening van beursgenoteerde ondernemingen”) luidt als volgt:

„Voor elk boekjaar, beginnend op of na 1 januari 2005, stellen ondernemingen die onder het recht van een lidstaat vallen hun geconsolideerde jaarrekening op overeenkomstig de internationale standaarden voor jaarrekeningen die volgens de procedure van artikel 6, lid 2, zijn goedgekeurd, indien hun effecten op de balansdatum zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt van een lidstaat in de zin van artikel 1, [sub 13], van richtlijn 93/22/EEG van de Raad van 10 mei 1993 betreffende het verrichten van diensten op het gebied van beleggingen in effecten.”

- 9 In verordening (EG) nr. 1725/2003 van de Commissie van 29 september 2003 tot goedkeuring van bepaalde internationale standaarden voor jaarrekeningen overeenkomstig verordening (EG) nr. 1606/2002 (PB L 261, blz. 1) wordt bepaald:

„Artikel 1

De in de bijlage opgenomen internationale standaarden voor jaarrekeningen worden hierbij goedgekeurd.

[...]”

- 10 De in de bijlage bij verordening nr. 1725/2003 opgenomen international accounting standard (IAS) 18 met het opschrift: „Opbrengsten” bepaalt:

„Definities

7. De volgende begrippen worden in deze standaard gebruikt met de hierna omschreven betekenis:

Opbrengsten verwijst naar de bruto-instroom van economische voordelen die tijdens de periode ontstaan bij de uitvoering van de normale bedrijfsactiviteiten van een onderneming, en die leidt tot een toename van het eigen vermogen, zonder de toenames die verband houden met bijdragen van deelhebbers in het eigen vermogen.

De reële waarde is het bedrag waarvoor een actief kan worden verhandeld of een verplichting kan worden afgewikkeld tussen ter zake goed geïnformeerde, tot een transactie bereid zijnde partijen die onafhankelijk zijn.

8. Opbrengsten omvatten uitsluitend de bruto-instroom van economische voordelen die de onderneming voor eigen rekening heeft ontvangen of te vorderen heeft. Bedragen die de onderneming voor derden ontvangt, zoals accijnzen en BTW, zijn geen economische voordelen die naar de onderneming vloeien en leiden niet tot een toename van het eigen vermogen. Daarom worden dergelijke bedragen niet als opbrengsten opgenomen. Evenzo omvat de bruto-instroom van economische voordelen — in geval van transacties met een tussenpersoon — bedragen die in naam van de lastgever worden geïnd en die niet resulteren in een toename van het eigen vermogen van de onderneming. De bedragen die in naam van de lastgever worden geïnd zijn geen opbrengsten. In plaats daarvan zijn de provisiebedragen opbrengsten.”

- 11 Verordening (EG) nr. 707/2004 van de Commissie van 6 april 2004 tot wijziging van verordening nr. 1725/2003 (PB L 111, blz. 3) bepaalt:

„Artikel 1

In de bijlage bij verordening [...] nr. 1725/2003 wordt SIC-8: ‚Eerste toepassing van International Accounting Standards‘ als primaire grondslag voor de financiële verslaggeving vervangen door de tekst die in de bijlage bij deze verordening is opgenomen.

Artikel 2

Deze verordening treedt in werking op de twintigste dag volgende op die van haar bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie.

[...]”

- 12 De bijlage bij verordening nr. 707/2004 met het opschrift „IFRS 1 — Eerste toepassing van International Financial Reporting Standards” bepaalt:

„36. Om te voldoen aan IAS 1 ‚Presentatie van de jaarrekening‘ dient de eerste IFRS-jaarrekening van een entiteit ten minste vergelijkende informatie volgens IFRS over één jaar te bevatten.

[...]

47. Een entiteit dient IFRS 1 toe te passen als de eerste IFRS-jaarrekening betrekking heeft op een periode die aanvangt op of na 1 januari 2004. Eerdere toepassing wordt aangemoedigd [...]"

Mededeling betreffende de berekening van de omzet

- 13 Punt 26 van de mededeling van de Commissie betreffende de berekening van de omzet in de zin van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB 1998, C 66, blz. 25) (hierna: „mededeling”) bepaalt:

„De Commissie streeft ernaar, haar berekeningen te baseren op de zo nauwgezet betrouwbaar mogelijke gegevens die beschikbaar zijn. In het algemeen zal de Commissie uitgaan van goedgekeurde of andere definitieve jaarrekeningen. In gevallen echter waarin grote verschillen tussen de boekhoudkundige normen van de Gemeenschap en die van een derde land bestaan, kan de Commissie het nodig achten deze jaarrekeningen met betrekking tot de omzet opnieuw vast te stellen volgens de normen van de Gemeenschap. De Commissie wil in ieder geval, behoudens in uitzonderlijke omstandigheden (zie ook het volgende nummer), niet vertrouwen op door de bedrijfsleiding opgestelde of op andere voorlopige jaarrekeningen. Indien een concentratie in de eerste maanden van het jaar plaatsvindt en de goedgekeurde jaarrekeningen voor het meest recente boekjaar nog niet beschikbaar zijn, worden de cijfers van het voorafgaande jaar in aanmerking genomen. Wanneer er geen groot verschil bestaat tussen de twee reeksen jaarrekeningen en in het bijzonder wanneer de definitieve conceptcijfers voor [het meest recente jaar] beschikbaar zijn, kan de Commissie besluiten de conceptcijfers in aanmerking te nemen.”

- 14 Artikel 27 van de mededeling bepaalt:

„Niettegenstaande het vorige nummer moet altijd een aanpassing worden aangebracht voor verwervingen of vervreemdingen die na de datum van de

goedgekeurde jaarrekeningen hebben plaatsgevonden. Dit is noodzakelijk om de werkelijke middelen die bij de concentratie betrokken zijn, te bepalen. Indien een onderneming derhalve op enig tijdstip vóór de ondertekening van de definitieve overeenkomst, dan wel de bekendmaking van het openbare bod of van de verwerving van een meerderheidsbelang een deel van haar zakelijke activiteiten verkoopt, waardoor een concentratie tot stand komt, of wanneer een dergelijke vervreemding of de sluiting een voorafgaande voorwaarde voor de transactie is, moet het deel van de omzet dat moet worden toegerekend aan dat deel van het bedrijf, worden afgetrokken van de omzet die uit de laatste gecontroleerde jaarrekeningen van de aanmeldende partijen blijkt. Omgekeerd moet de omzet die is toe te rekenen aan activa waarover na de opstelling van de meest recente gecontroleerde jaarrekeningen zeggenschap is verkregen met het oog op de aanmelding bij de omzet van de onderneming worden opgeteld.”

Feiten

- 15 Verzoekster, Endesa, SA, is een onder meer aan de beurs te Madrid genoteerde vennootschap. Zij staat aan het hoofd van de Endesa-groep, de grootste groep van elektriciteitsondernemingen uit Spanje, die tevens in Italië, Frankrijk, Portugal, Polen en Latijns-Amerika actief is.
- 16 Gas Natural SDG, SA (hierna: „Gas Natural”) is een aan de beurs te Madrid genoteerde vennootschap. Zij staat aan het hoofd van de Gas Natural-groep, een groep van ondernemingen die diensten verrichten in de energiesector en met name actief zijn op het gebied van de voorziening met, de distributie en de verkoop van aardgas in Spanje, Italië en Latijns-Amerika. Tevens ontwikkelt zij activiteiten in de elektriciteitssector, hoofdzakelijk op het gebied van de productie en verkoop van elektrische energie, in welke sector zij nieuwkomer is.
- 17 Op 5 september 2005 heeft Gas Natural haar voornemen bekendgemaakt om een openbaar overnamebod (hierna: „OOB”) uit te brengen op Endesa’s volledige aandelenkapitaal, waardoor een concentratie in de zin van artikel 3 van de verordening tot stand zou komen. Het OOB is door Endesa’s bestuursorganen vijandig verklaard.

- 18 Op 12 september 2005 heeft Gas Natural de concentratie aangemeld bij de Spaanse mededingingsautoriteit.
- 19 Kort na de aankondiging van Gas Natural's OOB heeft Endesa zich tot de Commissie gewend en aan deze uiteengezet dat de concentratie volgens haar een communautaire dimensie had in de zin van artikel 1 van de verordening. Volgens Endesa volgde hieruit dat de concentratie krachtens artikel 4 van de verordening bij de Commissie moest worden aangemeld en dat de Spaanse mededingingsautoriteit niet bevoegd was om zich over deze concentratie uit te spreken.
- 20 Op 19 september 2005 heeft Endesa de Commissie verzocht, zich erover uit te spreken of zij bevoegd was om de concentratie te onderzoeken wegens de communautaire dimensie ervan.
- 21 Endesa verklaarde in het bijzonder ten eerste, dat als omzetcijfers voor 2004 de op de grondslag van de nieuwe International Financial Reporting Standards („IFRS”) berekende cijfers in aanmerking moesten worden genomen, en niet die van de jaarrekening-audit. Ten tweede moest volgens Endesa in deze cijfers een aantal aanpassingen worden doorgevoerd, ter naleving van de mededeling van de Commissie betreffende de berekening van de omzet. Op grond van de aldus verkregen cijfers meende Endesa in 2004 van haar totale omzet binnen de Gemeenschap niet meer dan tweederde in Spanje te hebben behaald.
- 22 Op 20 september 2005 heeft de Portugese mededingingsautoriteit de Commissie verzocht, in te stemmen met verwijzing van de concentratie krachtens artikel 22 van de verordening. Op 22 september 2005 heeft de Commissie de andere lidstaten van dit verwijzingsverzoek in kennis gesteld en hun de mogelijkheid geboden, zich hierbij aan te sluiten. Op 28 september 2005 heeft de Spaanse mededingingsautoriteit de Commissie laten weten dat zij zich bij het Portugese verzoek aansloot. Op 7 oktober 2005 heeft de Italiaanse autoriteit de Commissie laten weten zich bij het

Portugese verzoek te willen aansluiten. Op 27 oktober 2005 heeft de Commissie deze verwijzingsverzoeken afgewezen op grond dat de nationale autoriteiten niet hadden aangetoond hoe de concentratie de handel tussen lidstaten en de vrije mededinging beïnvloedde, en heeft zij geconcludeerd dat zij niet de meest aangewezen autoriteit was om van de zaak kennis te nemen.

23 Op 26 september 2005 heeft de Commissie Gas Natural schriftelijk verzocht te preciseren op welke grond zij de concentratie bij de Spaanse mededingingsautoriteit had aangemeld. Tevens verzocht zij Gas Natural om opmerkingen met betrekking tot Endesa's argumenten in te dienen. Gas Natural heeft op 3 oktober 2005 op dit verzoek geantwoord. Zij verklaarde dat zij ter bepaling van de bevoegde mededingingsautoriteit gebruik had gemaakt van de bekendgemaakte cijfers uit Endesa's goedgekeurde jaarrekening over 2004. Volgens Gas Natural blijkt uit deze jaarrekening dat Endesa (evenals Gas Natural) in 2004 meer dan tweederde van haar totale omzet binnen de Gemeenschap in Spanje heeft behaald.

24 Eveneens op 26 september 2005 heeft de Commissie Endesa schriftelijk verzocht om verschillende toelichtingen bij haar verklaringen. Op 4 oktober 2005 heeft de Commissie Endesa bovendien een afschrift gestuurd van Gas Natural's opmerkingen over Endesa's eerste verklaringen, met het verzoek daarover opmerkingen in te dienen. Endesa heeft op deze verzoeken op 5 respectievelijk 7 oktober 2005 geantwoord.

25 Op 6 oktober 2005 heeft de Spaanse mededingingsautoriteit de Commissie laten weten dat zij het met Endesa's argumenten oneens was, en verklaard dat zij zich bevoegd achtte om de betrokken concentratie te beoordelen.

26 Op 25 oktober 2005 heeft de Commissie aan Gas Natural een afschrift gestuurd van Endesa's verklaringen van 5 en 7 oktober 2005 en haar de mogelijkheid geboden hierop te reageren. Op 26 oktober 2005 heeft de Commissie Gas Natural, Endesa en de Spaanse mededingingsautoriteit verzocht om hun mening over de uitlegging van

artikel 5 van de concentratieverordening in het licht van punt 40 van de hierboven genoemde mededeling van de Commissie. Tegelijkertijd heeft zij de Spaanse mededingingsautoriteit een afschrift gezonden van Endesa's verklaringen van 5 en 7 oktober 2005 en die mededingingsautoriteit de mogelijkheid geboden om haar mening over de betrokken kwesties te geven.

27 Op 27 oktober 2005 heeft de Spaanse mededingingsautoriteit de Commissie laten weten dat zij met betrekking tot de aanpassingen geen aanvullende opmerking had, en haar mening gegeven over de uitlegging van artikel 5 van de concentratieverordening in het licht van punt 40 van de relevante mededeling van de Commissie. Op 2 november 2005 hebben Gas Natural en Endesa hun zienswijze ten aanzien van dit standpunt kenbaar gemaakt. Bovendien heeft Gas Natural over de door Endesa voorgestelde aanpassingen nieuwe opmerkingen gemaakt, gebaseerd op Endesa's verklaringen van 5 en 7 oktober 2005. Gas Natural stelde in haar opmerkingen nieuwe, volgens haar door Endesa vergeten aanpassingen voor. Op 4 november 2005 is aan Endesa een afschrift gestuurd van deze aanpassingsvoorstellen, waarover zij haar opmerkingen op 9 november 2005 kenbaar heeft gemaakt.

28 Op 15 november 2005 heeft de Commissie een beschikking gegeven, inhoudende dat de concentratie geen communautaire dimensie heeft (Zaak COMP/M.3986 — Gas Natural/Endesa), waartegen het onderhavige beroep is ingesteld (hierna: „beschikking”).

29 In de nationale concentratiecontroleprocedure heeft de Spaanse minister van Economische Zaken op 7 november 2005 beslist om „fase II” van deze procedure in te leiden, en heeft hij het dossier van de Servicio de Defensa de la Competencia (mededingingsautoriteit; hierna: „SDC”) aan het Tribunal de Defensa de la Competencia (rechtbank voor mededingingszaken; hierna: „TDC”) gestuurd.

- 30 Op 20 december 2005 gaf de Comisión Nacional de la Energía (nationale energievergadering; hierna: „NEC”) haar advies over de concentratie, waarin zij heeft aanbevolen om de concentratie onder bepaalde voorwaarden goed te keuren.
- 31 Op 5 januari 2006 heeft het TDC zijn standpunt kenbaar gemaakt en aanbevolen om de concentratie te verbieden.
- 32 Op 3 februari 2006 heeft de Spaanse ministerraad de concentratie onder bepaalde voorwaarden goedgekeurd.
- 33 Op 21 maart 2006 heeft de Juzgado de lo Mercantil nr. 3 te Madrid de concentratie opgeschort.

Procesverloop

- 34 Endesa heeft bij verzoekschrift, ingediend ter griffie van het Gerecht op 29 november 2005, het onderhavige beroep ingesteld. Bij afzonderlijk verzoekschrift, ingediend op diezelfde datum, heeft zij verzocht om het beroep te behandelen volgens de versnelde procedure van artikel 76 bis van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht.
- 35 Bij op 29 november 2005 ter griffie van het Gerecht neergelegde afzonderlijke akte heeft verzoekster verzocht om opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikking, en de Commissie te gelasten de Spaanse mededingingsautoriteit opdracht te geven alle nationale procedures op te schorten.

- 36 Gas Natural en het Koninkrijk Spanje hebben bij op respectievelijk 2 en 9 december 2005 ter griffie van het Gerecht neergelegde brieven verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van verweerster, krachtens artikel 115, leden 1 en 2, van het Reglement voor de procesvoering.
- 37 Beide interventieverzoeken zijn aan partijen betekend overeenkomstig artikel 116, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht.
- 38 Bij brief, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 15 december 2005, heeft verzoekster krachtens artikel 116, lid 2, tweede volzin, van het Reglement voor de procesvoering verzocht om bepaalde gegevens uit de processtukken niet mee te delen aan de eventuele interveniënten.
- 39 Op 15 december 2005 heeft de Derde kamer van het Gerecht, waaraan de zaak was toegewezen, besloten de zaak volgens de versnelde procedure te behandelen.
- 40 Bij beschikkingen van 16 december 2005 heeft de president van de Derde kamer van het Gerecht de interventie van Gas Natural en het Koninkrijk Spanje toegestaan en de beslissing op het verzoek om vertrouwelijke behandeling aangehouden.
- 41 Bij brieven, neergelegd ter griffie van het Gerecht op respectievelijk 3 en 4 januari 2006, hebben Gas Natural en het Koninkrijk Spanje bezwaar gemaakt tegen de vertrouwelijke behandeling van bepaalde gegevens uit de aan hen toegezonden processtukken.

- 42 Bij brief, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 11 januari 2006, heeft verzoekster haar verzoek om vertrouwelijke behandeling jegens Gas Natural ingetrokken voorzover dit betrekking had op het door Deloitte, SL, opgestelde, aan de bijlage bij het verzoekschrift gehechte rapport.
- 43 Op 12 en 13 januari 2006 hebben Gas Natural en het Koninkrijk Spanje hun respectieve memories in interventie ingediend.
- 44 Op 19 januari 2006 heeft de Commissie haar verweerschrift ingediend.
- 45 Bij beschikking van 24 januari 2006 heeft de president van de Derde kamer van het Gerecht Endesa's verzoek om vertrouwelijke behandeling gedeeltelijk ingewilligd, gelast dat aan de interveniënten een niet-vertrouwelijke versie van alle processtukken wordt verstrekt, en hen uitgenodigd hun aanvullende opmerkingen hierover ter terechtzitting te formuleren. Daarnaast heeft hij de beslissing omtrent de kosten aangehouden.
- 46 Bij beschikking van 1 februari 2006, Endesa/Commissie (T-417/05 R, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie — Jurispr. 2006, blz. II-18*), heeft de president van het Gerecht het verzoek in kort geding afgewezen op de grond dat verzoekster niet had aangetoond dat zij zonder voorlopige maatregelen ernstige en onherstelbare schade dreigde te lijden, en de beslissing omtrent de kosten aangehouden.
- 47 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Derde kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan, en in het kader van maatregelen tot organisatie van de procesgang partijen uitgenodigd een aantal schriftelijke vragen te beantwoorden. Partijen hebben hier binnen de gestelde termijnen aan voldaan.

48 Ter terechtzitting van 9 maart 2006 hebben partijen pleidooi gehouden en mondelinge vragen beantwoord.

Conclusies van partijen

49 Endesa concludeert dat het het Gerecht behage:

- haar beroep ontvankelijk te verklaren;

- de beschikking nietig te verklaren;

- de Commissie in de kosten te verwijzen.

50 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

- het beroep te verwerpen;

- verzoekster te verwijzen in de kosten, de kosten van de procedure in kort geding daaronder begrepen.

51 Het Koninkrijk Spanje concludeert dat het het Gerecht behage:

- het beroep te verwerpen;

- verzoekster in de kosten te verwijzen.

52 Gas Natural concludeert dat het het Gerecht behage:

- het beroep te verwerpen;

- verzoekster in de kosten te verwijzen.

In rechte

53 Verzoekster voert vijf middelen aan. Ten eerste vormfouten, ten tweede omkering van de bewijslast en ontoereikende motivering, ten derde het niet gebruiken van de overeenkomstig de IAS/IFRS-standaarden voor jaarrekeningen opgestelde jaarrekening, ten vierde afwijzing van de voorgestelde aanpassingen, en ten vijfde schending van de criteria van de mededeling, ontbreken van onderzoek en motivering, en misbruik van bevoegdheid.

Eerste middel: vormfouten

Eerste onderdeel: de besluiten op de verwijzingsverzoeken voorafgaand aan de vaststelling van de beschikking

— Argumenten van partijen

- 54 Volgens Endesa blijkt uit de verordening duidelijk, dat een op artikel 22 hiervan gebaseerd besluit betrekking moet hebben op een concentratie die geen communautaire dimensie heeft en die binnen de criteria voor toepassing van de nationale mededingingsregels valt. Aldus kan de Commissie krachtens artikel 22 bevoegd zijn voor concentraties die a priori niet onder haar bevoegdheid vallen.
- 55 Volgens artikel 22 is het ontbreken van een communautaire dimensie derhalve een essentiële voorafgaande voorwaarde voor het nemen van een besluit over een verwijzingsverzoek. Aangezien Endesa de Commissie formeel had verzocht om een standpunt in te nemen over de communautaire dimensie van de concentratie, kon de Commissie derhalve dit verzoek hetzij afwijzen zonder een procedure in te leiden indien zij het verzoek kennelijk ongegrond achtte, hetzij een formele uitspraak doen over de vraag welke mededingingsautoriteit bevoegd was, voordat zij op de verwijzingsverzoeken besliste. Dat de beslistermijn met betrekking tot de verwijzingsverzoeken is vastgelegd in de verordening (tien werkdagen na het verstrijken van de termijn waarbinnen de nationale autoriteiten zich bij een of meer verzoeken kunnen aansluiten), rechtvaardigt niet dat de logische volgorde van het Commissie-onderzoek wordt omgekeerd. Aangezien de verordening niet procedure-incidenten betreffende de vaststelling van de autoriteit, maar wel incidenten betreffende de materiële bevoegdheid (de verwijzingsregels van artikel 22) noemt, moet de termijn voor de laatstgenoemde incidenten *mutatis mutandis* worden toegepast op de eerstgenoemde incidenten. Indien de Commissie niet over alle voor de vaststelling van een beschikking noodzakelijke gegevens beschikte en zij om aanvullende inlichtingen moest verzoeken, dan had dit verzoek de termijn waarover zij beschikte

voor het vaststellen van de beschikking, en noodzakelijkerwijs de termijnen voor de vaststelling van alle uit die handeling voortvloeiende handelingen — waaronder het besluit krachtens artikel 22 — moeten schorsen.

- 56 Endesa betoogt dat tussen het eerste verwijzingsverzoek en het besluit van de Commissie om de verzoeken van de Italiaanse Republiek en van de Portugese Republiek af te wijzen, in casu 38 dagen zijn verlopen. Door de verwijzingsbesluiten vast te stellen alvorens te bepalen of de concentratie een nationale of een communautaire dimensie had, is de Commissie op de inhoud van de beschikking vooruitgelopen, al heeft zij in de verwijzingsbesluiten een formeel voorbehoud ten aanzien van dit punt gemaakt. Dit blijkt duidelijk uit de motivering van het besluit over de verwijzingsverzoeken, waarin met name wordt verklaard dat de Commissie niet de meest aangewezen autoriteit is om over de betrokken concentratie te oordelen. Los van de gegrondheid van deze verklaring is het duidelijk dat daarin een prematuur oordeel ligt besloten over ten minste één van de beoordelingen die de Commissie in het kader van het onderzoek van een concentratie met een communautaire dimensie dient te verrichten, namelijk die inzake de eventuele verwijzingsverzoeken krachtens artikel 9 van de verordening.
- 57 De Commissie, ondersteund door de interveniënten, betoogt dat het middel eenvoudigweg ondeugdelijk is, dat de situatie waarin een lidstaat een verzoek krachtens artikel 22 indient, en die waarin een onderneming de Commissie verzoekt om een standpunt over haar eigen bevoegdheid in te nemen, niet analoog zijn, en dat de besluiten over de krachtens artikel 22 ingediende verzoeken niet op de vragen met betrekking tot de communautaire bevoegdheid hebben geprejudicieerd, aangezien de Commissie zich over die verzoeken uitdrukkelijk heeft uitgesproken zonder daarbij op dit aspect vooruit te lopen.

— Beoordeling door het Gerecht

- 58 Endesa betoogt dat de beschikking vóór het besluit over de verwijzingsverzoeken krachtens artikel 22 van de verordening had moeten worden vastgesteld, omdat het ontbreken van een communautaire dimensie een voorafgaande essentiële voorwaarde is voor een verwijzingsbesluit.

- 59 Artikel 22, lid 1, van de verordening bepaalt: „Eén of meer lidstaten kunnen de Commissie verzoeken een concentratie [...], die geen communautaire dimensie heeft in de zin van artikel 1 maar die de handel tussen de lidstaten beïnvloedt en in significante mate gevolgen dreigt te hebben voor de mededinging op het grondgebied van de lidstaat of de lidstaten van welke het verzoek uitgaat, te onderzoeken [...]”.
- 60 Endesa heeft de Commissie op 19 september 2005 verzocht om zich uit te spreken over haar bevoegdheid om de concentratie te onderzoeken. Op 20 september 2005 heeft de Portugese mededingingsautoriteit de Commissie verzocht om de concentratie te willen onderzoeken krachtens artikel 22 van de verordening. Nadat de Commissie dit verwijzingsverzoek aan de andere lidstaten had doorgezonden, heeft de Italiaanse mededingingsautoriteit de Commissie op 7 oktober 2005 ervan in kennis gesteld, dat zij zich bij het verzoek van de Portugese mededingingsautoriteit aansloot. Op 27 oktober 2005 heeft de Commissie deze verwijzingsverzoeken afgewezen, omdat volgens haar niet was aangetoond dat de concentratie de mededinging in Portugal en Italië zou aantasten en omdat zij deze gevolgen beter kon beoordelen.
- 61 Het Gerecht stelt in de eerste plaats vast dat de door verzoekster gestelde fout geen betrekking heeft op de beschikking, maar enkel op de besluiten van 27 oktober 2005 over de verwijzingsverzoeken, tegen welke besluiten het onderhavige beroep niet is gericht. De grief is derhalve hoe dan ook ondeugdelijk.
- 62 Bovendien, zoals de Commissie betoogt, is niet duidelijk wat de juridische consequentie van de door verzoekster aangevoerde argumenten is. Indien Endesa's redenering werd gevolgd, zou namelijk elke na de besluiten van 27 oktober 2005 over de verwijzingsverzoeken genomen beschikking, met inbegrip van die waarbij een communautaire dimensie van de concentratie was vastgesteld, door de gestelde onregelmatigheid zijn aangetast en op haar beurt op dezelfde gronden als de door verzoekster aangevoerde nietig kunnen worden verklaard. Aldus zou elke na die datum vastgestelde beschikking van de Commissie ter zake van Endesa's verzoek nietig moeten worden verklaard, ook wanneer die beschikking een toewijzing van dat verzoek zou inhouden.

- 63 In de twee plaats heeft verzoekster niet aangetoond hoe de besluiten van 27 oktober 2005 over de verwijzingsverzoeken hebben geprejudicieerd op de vraag naar de communautaire bevoegdheid. In deze besluiten wordt immers juist uitdrukkelijk vermeld dat zij zijn vastgesteld onverminderd de beoordeling van de communautaire dimensie van de voorgenomen concentratie.
- 64 Dat de Commissie op de verwijzingsverzoeken heeft beslist alvorens over de communautaire dimensie te beslissen, kan haar niet worden verweten. Artikel 22, lid 3, van de verordening verplicht de Commissie namelijk om binnen 10 dagen op een verwijzingsverzoek te beslissen, en bepaalt dat in het andere geval zij wordt geacht stilzwijgend met het verzoek te hebben ingestemd. De Commissie is derhalve gehouden snel te beslissen op verwijzingsverzoeken. Had zij zich in deze omstandigheden tevoren over de communautaire dimensie moeten uitspreken, dan had zij dit binnen 10 dagen moeten doen, en zou zij niet in staat zijn geweest om bij het onderzoek naar de communautaire dimensie de vereiste zorgvuldigheid te betrachten.
- 65 Endesa's belangen zijn verre van geschaad doordat de Commissie het onderzoek naar de communautaire dimensie heeft voortgezet en de beschikking pas na de besluiten van 27 oktober 2005 over de verwijzingsverzoeken heeft gegeven. Hierdoor was het integendeel juist mogelijk, dat de beschikking inzake de communautaire dimensie op nauwkeurig onderzoek van alle relevante gegevens werd gebaseerd.
- 66 Ook verzoeksters argument dat de beslistermijn met betrekking tot de krachtens artikel 22 van de verordening ingediende verzoeken naar analogie wordt geschorst totdat in het incident over de bepaling van de communautaire dimensie van de concentratie is beslist, kan niet worden aanvaard. Niets in de verordening wijst er namelijk op, dat de beslistermijn met betrekking tot een verzoek krachtens artikel 22 in deze omstandigheden wordt geschorst. Aangezien het een termijn betreft waaraan rechtsgevolgen zijn verbonden, zou elke schorsingsgrond echter uitdrukkelijk moeten zijn genoemd. In dit verband moet eveneens worden herinnerd aan het

belang, te waarborgen dat een controle van concentraties plaatsvindt binnen termijnen die zowel met de vereisten van behoorlijk bestuur als met die van het zakenleven verenigbaar zijn (arrest Hof van 25 september 2003, Schlüsselverlag J. S. Moser e.a./Commissie, C-170/02 P, Jurispr. blz. I-9889, punt 34).

67 Het eerste onderdeel van het eerste middel faalt derhalve.

Het tweede onderdeel: geen doorzichtigheid en schending van de rechten van de verdediging

— Argumenten van partijen

68 Volgens Endesa voorziet de verordening niet in een bijzondere procedure om de communautaire dimensie van een concentratie vast te stellen. De Commissie had derhalve, in antwoord op Endesa's formele verzoek om een besluit te nemen over de voor kennisneming van de concentratie bevoegde autoriteit, duidelijk moeten aangeven welke procedure zij ging volgen, waardoor een minimum aan rechtszekerheid had kunnen worden gewaarborgd. Endesa heeft de Commissie vanaf de aanvang van de procedure uitdrukkelijk gevraagd, partijen over de regels hiervan te informeren. Op dit verzoek is echter niet gereageerd.

69 De door de Commissie gevolgde procedure heeft het tevens ontbroken aan transparantie, want de Commissie heeft Endesa niet meegedeeld welke documenten precies ter kennis van Gas Natural waren gebracht. Ook zijn niet alle door Gas Natural bij de Commissie ingediende argumenten doorgegeven. Bovenal zijn de opmerkingen die de in de procedure tussengekomen SDC heeft ingediend, niet aan Endesa gestuurd. Ook is zij van die opmerkingen niet op de hoogte gesteld, ondanks haar uitdrukkelijke, herhaalde verzoeken daartoe bij brieven van 23 september en van 10 en 12 oktober 2005.

- 70 De verwarring en het ontbreken van transparantie over de toegepaste procedure-regels vormen een flagrante schending van de rechten van de verdediging. Hetzelfde geldt voor de toezending aan de SDC van documenten van Endesa zonder haar toestemming, met uitzondering van de op verzoek van de Commissie door verzoekster rechtstreeks aan de SDC gestuurde initiële memorie.
- 71 De Commissie, ondersteund door de interveniënten, betoogt dat Endesa's deelname aan de procedure zonder twijfel heeft volstaan voor het veiligstellen van Endesa's belangen.

— Beoordeling door het Gerecht

- 72 Aangaande ten eerste de grief dat de Commissie verzoekster niet heeft ingelicht over de toepasselijke procedure, merkt het Gerecht op dat de verordening niet voorziet in een bijzondere procedure om te bepalen of een concentratie een communautaire dimensie heeft. Ook heeft verzoekster niet aangetoond waarom dit ontbreken van informatie de rechtmatigheid van de beschikking aantast.
- 73 Dat de Commissie verzoekster niet heeft aangegeven welke procedure zij zou volgen om te onderzoeken of de concentratie een communautaire dimensie had, kan de rechtmatigheid van de aan het slot van deze procedure gegeven beschikking, hoe dan ook alleen aantasten, wanneer daardoor de rechten van de verdediging zouden zijn geschonden. Zoals uit de volgende overwegingen blijkt, is dit in casu echter niet het geval.
- 74 Aangaande ten tweede verzoeksters grief dat de Commissie haar niet heeft meegedeeld welke documenten precies ter kennis van Gas Natural waren gebracht, moet worden vastgesteld dat verzoekster niet preciseert hoe deze omstandigheid

haar rechten heeft kunnen aantasten of op de inhoud van de beschikking van invloed heeft kunnen zijn. Bovendien vereisen noch verzoeksters rechten van verdediging noch haar recht op toegang tot het dossier, dat zij tevens op de hoogte wordt gesteld van de toegang van andere personen tot bepaalde gegevens uit het dossier. In deze omstandigheden treft de grief geen doel.

75 Wat ten derde de grief betreft dat de Commissie Gas Natural's argumenten niet volledig aan Endesa heeft meegegeeld, erkent de Commissie dat bepaalde vertrouwelijke informatie is weggelaten. Zoals de Commissie naar voren brengt, draagt verzoekster echter geen bewijs aan waaruit blijkt dat zij om toegang tot de als vertrouwelijk beschouwde informatie heeft verzocht. Ten slotte, en nog belangrijker, verzoekster toont geenszins aan dat deze informatie voor haar deelname aan de procedure nuttig zou zijn geweest, hetzij omdat het gaat om in de beschikking aangehaalde informatie, hetzij om informatie waarmee de communautaire dimensie van de concentratie kan worden vastgesteld. Voorts lijkt de vertrouwelijke informatie van Gas Natural in dit verband niet relevant omdat het geschil tussen Endesa en de Commissie met name betrekking had op de vaststelling van de omzet van Endesa, en niet op die van Gas Natural. Deze grief moet derhalve worden verworpen.

76 Aangaande ten vierde de grief dat de Commissie de argumenten van de SDC onvolledig heeft verstrekt, blijkt uit de rechtspraak (zie, *mutatis mutandis*, arrest Gerecht van 1 april 1993, BPB Industries en British Gypsum/Commissie, T-65/89, Jurispr. blz. II-389, punt 33), dat de correspondentie met de lidstaten in beginsel als interne documentatie is te beschouwen, die niet hoeft te worden verstrekt aan personen die deelnemen aan de procedure. Volgens artikel 17, lid 3, van verordening nr. 802/2004 strekt het recht van toegang tot het dossier zich bovendien niet uit tot de briefwisseling tussen de Commissie en de bevoegde autoriteiten van de lidstaten. In elk geval moet worden vastgesteld dat verzoekster niet aangeeft welke door de SDC verstrekte informatie door de Commissie is gebruikt, haar rechten heeft kunnen aantasten of op de beschikking van invloed heeft kunnen zijn. Hieruit volgt dat de grief ongegrond is.

- 77 Met betrekking tot, in de vijfde plaats ten slotte, verzoeksters grief dat de Commissie documenten van Endesa zonder haar toestemming aan de SDC heeft gestuurd, volstaat eraan te herinneren dat artikel 19, lid 2, van de verordening bepaalt dat de Commissie de in de verordening genoemde procedures in nauw en voortdurend contact met de bevoegde autoriteiten van de lidstaten uitvoert, en dat volgens lid 1 van dit artikel de Commissie de bevoegde autoriteiten van de lidstaten binnen drie werkdagen een afschrift doet toekomen van de aanmeldingen, alsmede, zo spoedig mogelijk, van de belangrijkste stukken die zij krachtens deze verordening verzendt. Verzoekster heeft in elk geval niet aangetoond hoe de toezending van de documenten aan de SDC van invloed heeft kunnen zijn op de rechtmatigheid van de beschikking. In deze omstandigheden kan de grief niet slagen.
- 78 In het licht van het voorgaande dient het tweede onderdeel van het eerste middel te worden afgewezen.

Derde onderdeel: niet opschorten van de nationale procedure

— Argumenten van partijen

- 79 Volgens Endesa had de Commissie tijdens de procedure ter bepaling van de bevoegde autoriteit moeten verzoeken om opschorting van de nationale procedure, die parallel voor de Spaanse mededingingsautoriteit en de Spaanse reguleringsautoriteiten plaatsvond. Dat niet om deze opschorting is verzocht, is een ernstige procedurefout.

80 Opschorting diende te geschieden op grond van artikel 21, lid 3, van de verordening, dat bepaalt dat de lidstaten hun nationale mededingingswetgeving niet toepassen op concentraties met een communautaire dimensie, en op grond van de algemene samenwerkingsplicht van artikel 10 EG. Waar artikel 22 van de verordening, ter voorkoming van parallelle procedures, verplicht tot schorsing van nationale termijnen totdat de Commissie zich uitspreekt over haar bevoegdheid, had na de vaststelling van het bestaan van een lacune in de verordening dezelfde logica moeten worden betracht met betrekking tot de beschikking inzake de vraag of de concentratie een communautaire dimensie had. De Commissie had derhalve moeten verzoeken om opschorting van de nationale procedures.

81 Krachtens artikel 22 van de verordening had de opschorting van het onderzoek van de verwijzingsverzoeken tot de vaststelling van de beschikking inzake de bevoegde autoriteit, automatisch moeten geschieden. Dat de beschikking is gegeven zonder eerbiediging van een van de algemene beginselen van het concentratiecontrolestelsel, te weten het beginsel van één loket ter voorkoming van parallelle communautaire en nationale procedures, maakt die beschikking nietig. Dat Endesa werd gedwongen gelijktijdig op te treden voor de communautaire en de nationale autoriteiten, vormt bovendien een schending van de rechten van de verdediging. Volgens vaste rechtspraak vormt de schending van deze rechten een grond voor nietigverklaring (arrest Hof van 27 september 1988, *Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commissie*, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 en 125/85-129/85, Jurispr. blz. 5193, en arrest Gerecht van 22 oktober 2002, *Schneider Electric/Commissie*, T-310/01, Jurispr. blz. II-4071).

82 De Commissie, ondersteund door de interveniënten, betoogt dat Endesa, los van de vraag of de Commissie daadwerkelijk de haar door Endesa toegedichte bevoegdheden heeft, haar op geen enkel moment duidelijk heeft verzocht om van die bevoegdheden gebruik te maken. Voorts kan op grond van enkel analogie geen opschortingsplicht bestaan. Bovendien houdt het recht om aan een administratieve procedure deel te nemen, niet in dat slechts aan één administratieve procedure hoeft te worden deelgenomen.

— Beoordeling door het Gerecht

- 83 De grief dat de Commissie de Spaanse bevoegde autoriteiten niet om opschorting van de nationale procedure heeft verzocht, is voor het onderhavige beroep volkomen irrelevant. Verzoekster heeft ook niet aangetoond hoe het niet opschorten van de nationale procedure, zo dit al door laakbaar handelen van de Commissie zou zijn veroorzaakt, de rechtmatigheid van de beschikking heeft kunnen aantasten.
- 84 In de eerste plaats, voorzover verzoekster haar grief inzake niet-opschorting van nationale procedures baseert op artikel 21, lid 3, van de verordening en op de algemene samenwerkingsplicht van artikel 10 EG, gaat het daarbij, zoals ook verweerster benadrukt, in voorkomend geval om onrechtmatig handelen door het Koninkrijk Spanje en niet door de Commissie. Dit onrechtmatig handelen zou derhalve niet op een besluit van de Commissie berusten en in elk geval de rechtmatigheid van de beschikking niet aantasten.
- 85 In de tweede plaats, voorzover de grief is gebaseerd op artikel 22, lid 2, derde alinea, van de verordening, dat verplicht tot opschorting van nationale termijnen totdat de Commissie zich over haar bevoegdheid heeft uitgesproken, moet eraan worden herinnerd dat er geen analogie bestaat tussen de situatie waarin een lidstaat een verwijzingsverzoek krachtens artikel 22 indient, en die waarin een onderneming de Commissie verzoekt een standpunt over de bevoegdheid van de Commissie in te nemen, en dat van een schorsingsplicht niet op grond van enkel analogie sprake kan zijn.
- 86 Met betrekking tot in de derde plaats verzoeksters argument, dat de beschikking zonder eerbiediging van het „één-loket”-beginsel is vastgesteld en dat de rechten van de verdediging zijn geschonden doordat Endesa tegelijkertijd voor de communautaire en de nationale autoriteiten moest optreden, volstaat de opmerking dat verzoekster, die zelf om interventie van de Commissie heeft verzocht, noch heeft

aangetoond hoe en waarom het moeilijk voor haar was om haar standpunt tegelijkertijd bij meerdere instanties te verdedigen, noch hoe deze omstandigheid van invloed heeft kunnen zijn op de beschikking. Hierbij moet worden bedacht dat ondernemingen concentraties vaak bij verschillende nationale autoriteiten aannemen wanneer er geen sprake is van een communautaire dimensie.

87 Het derde onderdeel van het eerste middel faalt derhalve.

88 Uit het voorgaande volgt dat verzoeksters eerste middel ongegrond is.

Het tweede middel: omkering van de bewijslast en ontoereikende motivering

Argumenten van partijen

89 Volgens Endesa is de motivering van de beschikking ontoereikend omdat de Commissie de artikelen 1, 5 en 21 van de verordening niet heeft nageleefd. Uit hoofde van haar exclusieve bevoegdheid om te beslissen over concentraties met een communautaire dimensie, is de Commissie gehouden te bepalen welke autoriteit bevoegd is, al wordt hierin niet uitdrukkelijk door de verordening voorzien (arrest Schlüsselerlag J. S. Moser e.a./Commissie, punt 66 supra). Deze exclusieve bevoegdheid van de Commissie brengt mee dat zij moet bepalen of artikel 1 van de verordening van toepassing is. Hiertoe moet zij overeenkomstig artikel 5 van de verordening de door de betrokken ondernemingen tijdens het laatste boekjaar behaalde omzet preciseren en vaststellen.

- 90 De Commissie mag de bewijslast ter zake van de vaststelling van de bevoegde autoriteit niet omkeren. Aangezien zij exclusief bevoegd is om te bepalen welke autoriteit bevoegd is te beslissen over een concentratie, is het exclusief haar taak om de omzet van de betrokken ondernemingen te controleren en te bewijzen.
- 91 In haar beschikking geeft de Commissie daarentegen aan, dat Endesa onvoldoende bewijs heeft aangedragen waaruit bleek dat de volgens de IAS/IFRS-standaarden opgestelde jaarrekening moest worden gebruikt en dat op grond van de mededeling een aantal aanpassingen moest worden doorgevoerd. Deze motivering is onaanvaardbaar wegens de aard van de op de vaststelling van de bevoegde autoriteit toepasselijke regels: deze zijn van openbare orde. De motivering druist in tegen elke logica en tegen elementaire beginselen van de communautaire rechtsorde, temeer daar de Commissie op Endesa's volledige medewerking had kunnen rekenen en zij Endesa om alle door haar relevant geachte aanvullende informatie had kunnen verzoeken. In werkelijkheid heeft de Commissie bijna de volledige twee maanden die de procedure in beslag heeft genomen, gewijd aan het onderzoek van aspecten die in de beschikking uiteindelijk niet worden behandeld.
- 92 Door de overweging dat het aan particulieren staat om de Commissie ervan te overtuigen dat zij exclusief bevoegd is, kleeft aan de beschikking een ernstig motiveringsgebrek. Dit aangezien het de Commissie is die, naar aanleiding van een klacht dan wel ambtshalve, is gehouden om uitsluitsel te geven over welke zaken onder haar bevoegdheid vallen, in het kader van haar verantwoordelijkheden als hoedster van het Verdrag.
- 93 In dit verband verwijst Endesa naar het arrest van het Gerecht van 21 september 2005, EDP/Commissie (T-87/05, Jurispr. blz. II-3745), waarin het Gerecht er in het kader van de toepassing van een andere mededeling inzake concentraties, met betrekking tot verbintenissen, aan heeft herinnerd dat de Commissie de bewijslast niet mag omkeren door aan partijen een plicht op te leggen die uitsluitend op de mededeling is gebaseerd en geen rechtsgrondslag in de verordening vindt. Het staat

aan de betrokken partij om de Commissie alle gegevens te verstrekken die noodzakelijk zijn voor de beoordeling van de concentratie, terwijl het aan de Commissie is om die beoordeling zonder omkering van de bewijslast te verrichten.

- 94 Om deze beoordeling tot een goed einde te brengen, beschikt de Commissie over belangrijke procedurele instrumenten, zoals het informatieverzoek. Voor de controle van Endesa's jaarrekeningen had de Commissie aldus een beroep op onafhankelijke deskundigen kunnen doen, indien zij dit noodzakelijk had geacht, en in een tijdsbestek van twee maanden een gedetailleerde en uitputtende analyse kunnen maken om Endesa's omzet over 2004 zo goed mogelijk vast te stellen.
- 95 Gezien het bij de Commissie ingediende dossier kan bovendien niet worden gesteld dat de door Endesa verstrekte informatie ontoereikend was. Na een procedure waarin Endesa zo nauw mogelijk met de Commissie heeft samengewerkt, kan niet worden gesteld dat de aangedragen informatie ontoereikend was.
- 96 De Commissie, ondersteund door de interveniënten, betoogt dat het debat tijdens de procedure hoofdzakelijk juridisch was. Dat zij in de beschikking op verzoeksters argumenten heeft geantwoord, is niet omdat verzoekster volgens haar de bewijslast droeg, maar omdat de plicht van de Commissie om beschikkingen te motiveren, de plicht omvat om op argumenten van partijen in te gaan wanneer die worden afgewezen.

Beoordeling door het Gerecht

- 97 Volgens Endesa heeft de Commissie de bewijslast omgekeerd wat de vaststelling van de voor het onderzoek van de concentratie bevoegde autoriteit betreft en wel door

haar beschikking erop te baseren dat Endesa onvoldoende bewijs heeft aangedragen waaruit bleek dat de volgens de IAS/IFRS-standaarden opgestelde jaarrekening moest worden gebruikt en dat een aantal aanpassingen moeten worden doorgevoerd.

- 98 Een concentratie wordt geacht een communautaire dimensie te hebben, indien de totale omzet van de betrokken ondernemingen de in de verordening genoemde drempels overstijgt. Overeenkomstig overweging 17 van de considerans van de verordening is aan de Commissie, onverminderd het toezicht door het Hof, de uitsluitende bevoegdheid toegekend om de verordening toe te passen. Ingevolge artikel 1, lid 1, van de verordening is deze van toepassing op alle concentraties met een communautaire dimensie. Hieruit volgt dat de Commissie in geval van een concentratie met een communautaire dimensie exclusief bevoegd is om deze te onderzoeken. Hieruit volgt echter niet automatisch dat de Commissie exclusief bevoegd is om te bepalen of een concentratie een communautaire dimensie heeft.
- 99 Op grond van de verordening is het primair aan de betrokken ondernemingen om een eerste inschatting van de dimensie van de concentratie te maken en bijgevolg te bepalen bij welke autoriteiten de voorgenomen concentratie moet worden aangemeld. Indien, zoals in casu, een concentratie niet wordt aangemeld bij de Commissie maar bij de autoriteiten van een of meer lidstaten, hebben deze autoriteiten — gelet op met name de plicht tot loyale samenwerking van artikel 10 EG en op artikel 21 van de verordening, op grond waarvan de Commissie exclusief bevoegd is om de verenigbaarheid van concentraties met een communautaire dimensie te onderzoeken, en het de lidstaten dientengevolge verboden is om op die concentraties hun nationale mededingingswetgeving toe te passen — de taak om na te gaan of de aan hen voorgelegde concentratie niet een communautaire dimensie heeft. Dit neemt niet weg dat de Commissie in deze situatie altijd kan besluiten dat de concentratie, anders dan de autoriteiten van de lidstaten menen, wel een communautaire dimensie heeft en onder haar exclusieve bevoegdheid valt.
- 100 Voorts bevat de concentratiecontroleverordening geen specifieke bepaling die uitdrukkelijk voorziet in een verplichting voor de Commissie, zich er ambtshalve van

te vergewissen dat een niet bij haar aangemelde concentratie inderdaad geen communautaire dimensie heeft. Uit de rechtspraak blijkt echter dat de Commissie een principebesluit over haar bevoegdheid als controleautoriteit dient te nemen, indien een onderneming bij haar een klacht aanhangig maakt ter zake dat een niet bij de Commissie aangemelde concentratie een communautaire dimensie heeft (arrest Schlüssolverlag/Commissie, punt 66 supra, punten 27 en 28). In dit verband staat het in beginsel aan de klager om de gegrondheid van zijn klacht aan te tonen, en aan de Commissie om in het belang van een goed bestuur een zorgvuldig en onpartijdig onderzoek te doen naar de bij haar aanhangig gemaakte klachten, en gemotiveerd te antwoorden op de argumenten die de klager heeft aangevoerd ten betoge dat de concentratie onder de exclusieve bevoegdheid van de Commissie valt.

- 101 Anders dan verzoekster stelt, is de Commissie derhalve ook als bij haar een klacht aanhangig is gemaakt in beginsel niet gehouden om te bewijzen dat zij niet bevoegd is om over een niet bij haar aangemelde concentratie te oordelen, en evenmin gehouden om aan te tonen dat de concentratie geen communautaire dimensie heeft.
- 102 In elk geval heeft de Commissie, anders dan verzoekster stelt, zich niet beperkt tot de vaststelling dat Endesa niet had aangetoond dat de concentratie een communautaire dimensie had, maar heeft zij de gegevens over de dimensie van de concentratie daadwerkelijk in detail onderzocht en geconcludeerd dat de concentratie geen communautaire dimensie had, met weerlegging van verzoeksters argumenten.
- 103 Uit lezing van de beschikking blijkt namelijk dat de Commissie wel degelijk heeft toegelicht waarom zij het niet opportuun heeft geacht om de IAS/IFRS-jaarrekening te gebruiken of de voorgestelde aanpassingen door te voeren.

- 104 Aangaande in de eerste plaats de gestelde noodzaak om de volgens de IAS/IFRS-standaarden opgestelde jaarrekening te gebruiken, heeft de Commissie eerst, in punt 20 van de beschikking, verklaard dat blijkens artikel 1 van de verordening en de mededeling de algemene regel is dat de omzet wordt berekend op basis van de goedgekeurde jaarrekening, en dat zij van deze regel alleen in uitzonderlijke omstandigheden kan afwijken. Vervolgens heeft zij geconcludeerd dat, aangezien Endesa — gelet op de omzet volgens de goedgekeurde jaarrekening over 2004 — meer dan twee derde van haar omzet binnen de Gemeenschap in Spanje had behaald, Endesa voldoende gegevens diende aan te dragen waaruit bleek van uitzonderlijke omstandigheden op grond waarvan andere omzetcijfers dan die uit de goedgekeurde jaarrekening als maatstaf moesten worden genomen (punt 21 van de beschikking).
- 105 Vervolgens heeft de Commissie inderdaad verklaard dat Endesa geen gegevens had aangedragen die dit voldoende aannemelijk maakten (punt 23 van de beschikking). De Commissie heeft echter uiteengezet waarom van dergelijke uitzonderlijke omstandigheden in casu geen sprake was, en waarom de voorkeur diende te worden gegeven aan de volgens de algemene boekhoudnormen (hierna: „ABN”) opgestelde jaarrekening. Daarbij heeft zij verzoeksters argumenten weerlegd.
- 106 Aldus heeft de Commissie in de beschikking in de eerste plaats verklaard dat Endesa rehtens was gehouden om haar officiële geconsolideerde jaarrekening over 2004 op basis van de ABN op te stellen, en dat deze verplichting in overeenstemming was met de toentertijd toepasselijke communautaire boekhoudregels. Voorts verklaarde zij dat Endesa voorafgaand aan het boekjaar dat begon op 1 januari 2005, niet verplicht was om een overeenkomstig de IAS/IFRS-standaarden goedgekeurde geconsolideerde jaarrekening op te stellen. Volgens de Commissie moest Endesa enkel een IAS/IFRS-jaarrekening over 2004 opstellen om de nieuwe IAS/IFRS-jaarrekening over het boekjaar 2005 te kunnen vergelijken met die over het voorgaande jaar. Dit verklaart tevens waarom Endesa niet verplicht was om haar IAS/IFRS-jaarrekening over 2004 te laten controleren. De Commissie merkte bovendien op dat deze jaarrekening niet definitief was en kon worden gewijzigd, omdat de IAS/IFRS-standaarden volgens welke de jaarrekening over 2005 moest worden opgesteld, nog niet geheel gereed waren.

- 107 Ten tweede heeft de Commissie in de beschikking uiteengezet dat het doel, de economische kracht van de ondernemingen te meten, haar bij de toepassing van de artikelen 1 en 5 van de verordening op een individueel geval noch verplichtte noch toestond om de verschillende boekhoudkundige benaderingen waarin het communautaire recht of het nationale recht van de lidstaten voorziet, globaal op hun merites te beoordelen, met name niet wanneer er alleen een jaarrekening is die volgens slechts één van deze boekhoudnormen is goedgekeurd, en in de relevante periode zowel op grond van het nationale als het gemeenschapsrecht deze ene boekhoudnorm moest worden gehanteerd. Volgens de Commissie zou dit in strijd zijn met het eveneens valabele doel, voor de vaststelling van haar bevoegdheid op concentratiegebied en ter eerbiediging van het rechtszekerheidsbeginsel eenvoudige criteria en doelstellingen toe te passen. Volgens de Commissie is haar rol beperkt tot het onderzoeken van bepaalde, door artikel 5 van de verordening vereiste aanpassingen (punt 25 van de beschikking).
- 108 De beschikking preciseert bovendien, dat het feit dat de bij verordening nr. 1606/2002 goedgekeurde IAS/IFRS-normen het volgens de gemeenschaps-wetgever mogelijk moeten maken om een getrouw beeld te verkrijgen van de financiële situatie van een onderneming, als zodanig niet impliceert dat deze boekhoudnormen technisch superieur zijn, daar deze eis van een getrouw beeld ook werd gesteld in de communautaire wetgeving met betrekking tot de voormalige nationale boekhoudnormen (punt 26 van de beschikking).
- 109 Ten slotte heeft de Commissie in de beschikking uiteengezet, dat in casu niet de IAS/IFRS-standaarden de voorkeur verdienen om een uniforme toepassing van de concentratiecontroleregels te waarborgen. Gebruik in casu van de niet-goedgekeurde IAS/IFRS-jaarrekening zou leiden tot een ongelijke behandeling ten opzichte van alle zaken waarin de Commissie zich had gebaseerd op jaarrekeningen over het boekjaar 2004 die met toepassing van de nationale normen waren vastgesteld.
- 110 De Commissie heeft verzoekster derhalve niet de bewijslast van de nationale of communautaire dimensie van de concentratie opgelegd. Zij heeft integendeel enerzijds de dimensie van die concentratie onderzocht en de redenen uiteengezet

waarom in casu van de volgens de ABN vastgestelde jaarrekening moest worden uitgegaan (zie, *mutatis mutandis*, arrest EDP/Commissie, punt 93 *supra*, punt 73), en anderzijds vastgesteld dat verzoekster niets had aangevoerd op grond waarvan deze analyse moest worden heroverwogen.

- 111 Hetzelfde geldt, in de tweede plaats, voor de gestelde noodzaak om een aantal aanpassingen door te voeren. Het is juist dat de Commissie, zowel met betrekking tot de „pass through”-aanpassing als met betrekking tot die inzake de handel in gas, in de beschikking (punten 32 en 38) opnieuw heeft verklaard dat Endesa onvoldoende gegevens had verstrekt om de Commissie ervan te overtuigen dat dergelijke aanpassingen van Endesa’s goedgekeurde jaarrekening gerechtvaardigd waren op grond van artikel 5 van de verordening en van de mededeling. Bij het weerleggen van verzoeksters argumenten heeft de Commissie echter zonder omkering van de bewijslast aangegeven waarom zij het niet opportuun heeft geacht om de voorgestelde aanpassingen door te voeren.
- 112 Ten eerste heeft de Commissie over de „pass through”-aanpassing in de beschikking (punten 30-36) opgemerkt, dat de mededeling geen betrekking heeft op het begrip (gedeeltelijk) doorberekende inkomsten uit de verkoop van goederen en de levering van diensten. Hieraan heeft zij toegevoegd dat de Spaanse elektriciteitsdistributie-ondernemingen niet konden worden gelijkgesteld met ondernemingen die enkel als tussenpersoon fungeren en waarvan de omzet uitsluitend bestaat in de door hen ontvangen provisiebedragen. Voorts heeft de Commissie opgemerkt dat het risico dat eindconsumenten de gereguleerde prijs voor de geleverde elektriciteitslevering niet betalen, werd gedragen door de distributievennootschappen en niet door de beheerders van de transportnetten, de elektriciteitsproducenten of de pool.
- 113 Ten tweede heeft de Commissie met betrekking tot de aanpassing voor de handel in gas, in de beschikking (punten 37-40) geoordeeld dat Endesa bij de desbetreffende transacties een gelijke hoeveelheid gas kocht en verkocht, wat bleek uit de afzonderlijke facturering van deze transacties. Dat de aankoop- en de verkoopprijs

gelijk was, was haars inziens niet van belang in dit verband, het betekende enkel dat Endesa over deze handelingen in hun geheel beschouwd geen winst behaalde.

- 114 Hieruit volgt dat de Commissie ook wat deze aanpassingen betreft, geen bewijslast aan verzoekster heeft opgelegd. Integendeel, de Commissie heeft de voorgestelde aanpassingen onderzocht en de redenen uiteengezet waarom zij meende deze niet te moeten doorvoeren.
- 115 Overigens is de Commissie niet verplicht om zich in elke zaak ambtshalve ervan te vergewissen dat de bij haar ingediende goedgekeurde jaarrekening de werkelijkheid getrouw weergeeft, en evenmin om alle mogelijke aanpassingen te onderzoeken. Alleen wanneer de aandacht van de Commissie wordt gevestigd op specifieke problemen, moet zij deze onderzoeken, zoals zij in casu heeft gedaan.
- 116 Ten slotte betoogt verzoekster in de derde plaats, dat niets uit het bij de Commissie ingediende dossier de conclusie rechtvaardigt dat de door Endesa aangedragen informatie ontoereikend was. Bovendien kan volgens verzoekster na een procedure van bijna twee maanden, gedurende welke zij zo nauw mogelijk met de Commissie heeft samengewerkt en waarin de Commissie haar om alle relevant geachte informatie had kunnen verzoeken, niet worden gesteld dat de aangedragen informatie ontoereikend was.
- 117 Dienaangaande kan worden volstaan met de opmerking dat de Commissie zich in de beschikking geenszins heeft beperkt tot de stelling dat de door Endesa aangedragen informatie ontoereikend was. Zoals de Commissie opmerkt, was bovendien het debat tijdens de procedure bij de Commissie hoofdzakelijk juridisch en betrof dit de uitlegging van de toepasselijke bepalingen. Blijkens de in de beschikking aangegeven

redenen waarom zij de volgens de IAS/IFRS-normen opgestelde jaarrekening en de voorgestelde aanpassingen niet aanvaardde, heeft de Commissie verzoekster niet verweten dat zij haar niet de noodzakelijke feitelijke informatie heeft verstrekt, maar achtte zij verzoeksters argumenten niet overtuigend.

- 118 Hoe dan ook, voorzover Endesa betoogde dat haar goedgekeurde jaarrekening niet moest worden gebruikt en dat aanpassingen moesten worden doorgevoerd die niet met de gebruikelijke praktijk overeenkwamen en evenmin in enige toepasselijke tekst werden genoemd, bevond zij zich in de situatie van een klager in de zin van het arrest Schlüsselerlag J. S. Moser e.a./Commissie, punt 66 supra. In deze omstandigheden stond het aan haar om haar argumenten te preciseren en aan te tonen dat deze gegrond waren, daarbij in het bijzonder rekening houdend met het snelheidsvereiste dat concentratieprocedures kenmerkt. Verzoekster kan des te minder over een omkering van de bewijslast klagen, aangezien zij haar eigen financiële verslaggeving wilde betwisten en derhalve van alle relevante gegevens precieze kennis moest hebben.

- 119 Uit bovenstaande overwegingen volgt, dat het tweede middel ongegrond is.

Derde middel: niet-gebruiken van de overeenkomstig de IAS/IFRS-standaarden opgestelde jaarrekening

- 120 Het middel bestaat uit drie onderdelen: niet-gebruik van de IAS/IFRS-standaarden als enige geldende standaarden voor jaarrekeningen; primaat van de IAS/IFRS-standaarden; onjuiste toepassing van het recht en onjuiste beoordelingen waardoor de overeenkomstig de IAS/IFRS-standaarden opgestelde jaarrekening is afgewezen.

Eerste onderdeel: niet-gebruik van de IAS-IFRS-standaarden als enige geldende standaarden voor jaarrekeningen

— Argumenten van partijen

- 121 Endesa betoogt dat de Commissie zich er niet over heeft uitgesproken dat op 5 september 2005, de datum waarop het OOB is bekendgemaakt, de enige geldende boekhoudnormen de IAS/IFRS-standaarden waren. Na de vervanging van alle primaire grondslagen voor de financiële verslaggeving door de IAS/IFRS-standaarden, kon ter bepaling van de communautaire dimensie van de concentratie alleen de geconsolideerde jaarrekening in aanmerking worden genomen die volgens de geldende boekhoudnormen was opgesteld.
- 122 Of een concentratie een communautaire dimensie heeft, moet worden vastgesteld op de datum waarop de aanmeldingsplicht ontstaat. Deze aanmeldingsplicht is in casu ontstaan op de datum waarop het OOB is bekendgemaakt. Volgens artikel 5 van de verordening omvat de omzet de opbrengst uit de verkoop van goederen en het leveren van diensten in het kader van de normale bedrijfsuitoefening tijdens het laatste boekjaar. Deze verwijzing naar de bedrijfsuitoefening tijdens het laatste boekjaar is enkel een formele conventie, waar de wetgever gebruik van maakt wegens de onmogelijkheid om rekening te houden met de omzet in het boekjaar dat op het moment van de aanmelding gaande is. Dat om praktische redenen naar het voorgaande boekjaar moet worden verwezen, betekent niet dat ingetrokken rechtsnormen of oude boekhoudnormen moeten of kunnen worden toegepast.
- 123 Bij het bepalen van de omzet om vast te stellen of de concentratie een communautaire dimensie heeft, konden derhalve alleen de boekhoudnormen in aanmerking worden genomen die golden op de datum van bekendmaking van Gas Natural's OOB. Aangezien de met de IFRS-standaarden in overeenstemming

gebrachte jaarrekening op die datum bestond en bovendien openbaar en definitief was, had de Commissie bij haar beoordeling van de communautaire dimensie van de concentratie uitsluitend van die jaarrekening gebruik moeten maken.

- 124 In de beschikking is er geen rekening mee gehouden dat de bepaling van de omzet op Europees niveau volgens heel andere beginselen geschiedt dan in andere rechtssystemen, zoals dat van de Verenigde Staten. Daar wordt de bevoegdheid inzake concentraties eveneens bepaald aan de hand van in het voorgaande boekjaar behaalde resultaten, maar zonder dat rekening wordt gehouden met hetgeen na de afsluiting van het boekjaar is voorgevallen. De communautaire wetgever heeft, aldus Endesa, echter de voorkeur gegeven aan hantering van het criterium van de werkelijke economische kracht van de betrokken ondernemingen ten tijde van de aanmelding.
- 125 De Commissie, ondersteund door de interveniënten, betoogt dat de stelling dat de nieuwe boekhoudkundige regelgeving in september 2005 van kracht was, enkel beoogt te versluieren dat de jaarrekening over 2004 verplicht moest worden opgesteld volgens de ABN.

— Beoordeling door het Gerecht

- 126 Endesa betoogt dat de Commissie niet in aanmerking heeft genomen dat op de datum waarop het OOB is bekendgemaakt, uitsluitend de IAS/IFRS-standaarden golden, hetgeen tot nietigheid van de beschikking zou leiden.
- 127 Artikel 5 van de verordening bepaalt: „De totale omzet [...] omvat de bedragen met betrekking tot de verkoop van goederen en het leveren van diensten door de betrokken ondernemingen tijdens het laatste boekjaar in het kader van de normale bedrijfsuitoefening”.

- 128 Zoals verzoekster erkent, verwijst de verordening om praktische redenen noodzakelijkerwijs naar de omzet van het voorgaande boekjaar. De reden hiervoor is dat normaalgesproken slechts goedgekeurde jaarrekeningen van het laatste volledige boekjaar bestaan, aangezien de verslaggeving over meer recente tijdvakken niet de garanties biedt die aan goedgekeurde jaarrekeningen zijn verbonden.
- 129 In casu staat vast dat de jaarrekening over het laatste boekjaar als bedoeld in artikel 5 van de verordening de jaarrekening over het boekjaar 2004 is. Tevens zij eraan herinnerd dat een onderneming die de plicht heeft om een jaarrekening op te stellen die moet worden goedgekeurd, slechts over één soort officiële jaarrekening beschikt, te weten die welke in overeenstemming met de toepasselijke wetgeving is opgesteld en goedgekeurd. Welnu, verzoeksters jaarrekening over 2004, waarvoor een goedkeuringsplicht bestond, moest dwingend conform de Spaanse ABN worden opgesteld. Overigens zou verzoekster in Spanje niet haar wettelijke verplichtingen hebben nageleefd, indien zij voor 2004 een overeenkomstig de IFRS-standaarden opgestelde jaarrekening had gepresenteerd. Volgens artikel 4 van verordening nr. 1606/2002 zijn de IFRS-standaarden pas vanaf het boekjaar 2005 verplicht van toepassing. De „afstemming” van de jaarrekeningen over 2004 op de IFRS-beginselen is door verordening nr. 707/2004 enkel voorzien om de overgang van de oude naar de nieuwe standaarden te faciliteren, door aan de aandeelhouders en investeerders een referentie te geven waarmee zij de jaarrekening over 2005, de eerste volgens de nieuwe normen opgestelde jaarrekening, kunnen vergelijken. Bovendien biedt de, uitsluitend met het oog op vergelijking opgestelde „afgestemde” jaarrekening over 2004 niet dezelfde garanties als de officiële, volgens de ABN opgestelde en aan goedkeuring onderworpen jaarrekening. Verzoeksters argument dat op de datum van bekendmaking van het OOB de nieuwe IFRS-boekhoudreggeving van kracht was, is derhalve irrelevant.
- 130 Bovendien zou verzoeksters redenering ertoe leiden dat telkens wanneer zich in de verslaggevingsregels veranderingen voordoen, de officiële goedgekeurde jaarrekening ter zijde zou moeten worden gelegd en een nieuwe jaarrekening zou moeten worden opgesteld overeenkomstig de beginselen die ten tijde van het ontstaan van de aanmeldingsplicht toepasselijk waren geworden. Dit is noch redelijk noch voorzichtig, aangezien deze nieuwe, niet-goedgekeurde jaarrekening niet dezelfde waarborgen biedt als de officiële jaarrekening, waarvoor een goedkeuringsplicht geldt.

131 Verzoekster betoogt eveneens ten onrechte dat de Commissie ingetrokken rechtsregels heeft toegepast. In werkelijkheid past de Commissie geen enkele boekhoudnorm toe, maar baseert zij zich, conform haar verplichtingen krachtens de verordening, op de jaarrekeningen van de ondernemingen over het laatste boekjaar, welke jaarrekeningen een feit in het verleden vormen, dat moet worden beoordeeld aan de hand van de normen die op die jaarrekeningen toepasselijk waren. Aangezien, zoals hierboven is vastgesteld, verzoeksters jaarrekening over het boekjaar 2004 moest worden opgesteld volgens de ABN, kan zij niet stellen dat de Commissie de temporele werkingssfeer van de betrokken normen heeft miskend. Integendeel, nu volgens verordening nr. 1606/2002 toepassing van de IFRS-standaarden pas vanaf het boekjaar 2005 verplicht is, zou juist verzoeksters stelling leiden tot toekenning van terugwerkende kracht aan de verordening, door toepassing hiervan op de jaarrekening over 2004. Overigens kan noch op grond van verordening nr. 1606/2002, noch op grond van verordening nr. 707/2004 worden aangenomen, dat de communautaire wetgever de bedoeling heeft gehad om officiële, volgens de geldende nationale boekhoudnormen opgestelde jaarrekeningen te passeren en deze in algemene zin of voor de toepassing van de concentratiecontroleverordening te vervangen door enkel ter vergelijking op de IFRS afgestemde jaarrekeningen over 2004.

132 Met betrekking tot ten slotte het argument dat er in de beschikking geen rekening mee is gehouden, dat de bepaling van de omzet op Europees niveau volgens andere beginselen geschiedt dan in andere rechtssystemen, wordt allereerst opgemerkt dat het Amerikaanse stelsel slechts bevestigt dat snel en voorzienbaar moet kunnen worden bepaald of een concentratie moet worden aangemeld, en zo ja, bij welke autoriteit. Weliswaar kan in het communautaire stelsel, anders dan in dat van de Verenigde Staten, rekening worden gehouden met gebeurtenissen uit het ondernemingsbestaan die zijn voorgevallen nadat het laatste boekjaar is afgesloten, bijvoorbeeld de verkoop of verwerving van ondernemingen in het lopende boekjaar, doch deze mogelijkheid is, zoals uit de mededeling volgt, bedoeld om rekening te houden met veranderingen in de economische situatie van de onderneming, en niet om de boekhoudkundige behandeling van een economische realiteit waarin geen verandering is voorgevallen, volledig te herzien. Het zou tegen de eisen van de door de communautaire wetgever nagestreefde rechtszekerheid en snelheid ingaan, indien de toepasselijkheid van de communautaire concentratieverordening in elke zaak afhankelijk zou zijn van een volledig heronderzoek van de boekhouding van de betrokken ondernemingen door de Commissie.

133 Hieruit volgt dat het eerste onderdeel van het derde middel moet worden afgewezen.

Tweede onderdeel: primaat van de IAFS/IFRS-standaarden voor jaarrekeningen

— Argumenten van partijen

- 134 Volgens Endesa had de Commissie ten minste moeten vaststellen op grond van welke boekhoudnormen, de IAS/IFRS of de ABN, de werkelijke omzet over het boekhoudjaar 2004 zo nauwkeurig mogelijk kon worden bepaald. De Commissie had hiertoe enkel de kenmerken van de verschillende boekhoudkundige normen, en van de twee jaarrekeningen waarover zij beschikte, moeten analyseren, daar beide jaarrekeningen geldig, in overeenstemming met de wettelijke normen en definitief waren.
- 135 Was deze analyse uitgevoerd, dan had deze noodzakelijkerwijs ertoe geleid dat de voorkeur zou zijn gegeven aan de IAS/IFRS-standaarden, omdat deze eerder voorrang geven aan de inhoud dan aan de vorm. Dit in tegenstelling tot de ABN die juist het tegenovergestelde bewerkstelligen: bepaalde transacties die geen werkelijke economische inhoud hebben, worden in de jaarrekening opgenomen op grond van zuiver formele elementen.
- 136 Het uitgangspunt van de motivering van de beschikking (punt 20) is de verklaring, dat de algemene regel is dat de omzet wordt berekend op basis van de goedgekeurde jaarrekening van de onderneming en dat de Commissie van deze regel alleen in uitzonderlijke omstandigheden kan afwijken. Deze overweging is kennelijk onjuist. Zij lijkt niet alleen te suggereren dat de verplichting van de Commissie om de communautaire dimensie op correcte wijze te bepalen, beperkt is tot een eenvoudige controle van de goedgekeurde jaarrekening van de betrokken ondernemingen, maar berust bovendien op een bewust onvolledige uitlegging van de eigen praktijk van de Commissie en van de mededeling, doordat daarmee aan goedgekeurde jaarrekeningen en andere definitieve jaarrekeningen een gelijk gewicht wordt toegekend. In de beschikking noemt de Commissie punt 26 van de mededeling, maar in haar motivering vergeet zij dat in dit punt behalve goedgekeurde jaarrekeningen ook

„andere definitieve jaarrekeningen” worden genoemd, waarbij duidelijk is dat niet-definitieve jaarrekeningen alleen in uitzonderlijke omstandigheden mogen worden gebruikt.

- 137 Volgens Endesa heeft de Commissie in de beschikking het gemeenschapsrecht op onaanvaardbare wijze geschonden. Zij heeft immers de verplichting om haar exclusieve bevoegdheden uit te oefenen zonder zich te verschuilen achter een vermoeden dat de goedgekeurde jaarrekening in overeenstemming is met de regels. Dit vermoeden, een ad-hoc bedenksel van de Commissie, vindt geen steun in de verordening, waarin niet alleen een verwijzing naar het wel of niet goedgekeurd zijn van jaarrekeningen is vermeden, maar die voor de Commissie ook een nauwkeurige en onvoorwaardelijke verplichting om in elke zaak de werkelijke omzet van de betrokken ondernemingen te bepalen, omvat. Van goedgekeurde jaarrekeningen is pas sprake in de mededeling van de Commissie, die niet de inhoud of de strekking van de verordening kan wijzigen. In geval van strijdigheid tussen beide is het beginsel van de hiërarchie van normen beslissend (arresten Hof van 28 januari 1992, Soba, C-266/90, Jurispr. blz. I-287, en 16 juni 1994, Peugeot/Commissie, C-322/93 P, Jurispr. blz. I-2727; arrest Gerecht van 12 december 1996, AIUFFASS en AKT/Commissie, T-380/94, Jurispr. blz. II-2169). Maar in casu plaatst de mededeling goedgekeurde jaarrekeningen en andere definitieve jaarrekeningen, dat wil zeggen jaarrekeningen over een volledig afgesloten fiscaal jaar, op hetzelfde plan.
- 138 Bovendien is het standpunt van de Commissie ten aanzien van dit onderwerp in strijd met haar eigen praktijk. Zo heeft zij in een eerdere zaak (M.705 Deutsche Telekom/SAP) ingestemd met het gebruik van de meest recente, niet-goedgekeurde jaarrekening, omdat deze aanzienlijk verschilde van de goedgekeurde jaarrekening en de enige jaarrekening was op grond waarvan de communautaire dimensie van de concentratie kon worden vastgesteld. Ook in zaak M.2340 EDP/Cajastur/Caser/Hidroelectrica del Cantabrico heeft de Commissie ingestemd met het gebruik van niet-goedgekeurde jaarrekeningen.
- 139 De Commissie heeft een verdere fout gemaakt door te overwegen dat Endesa's volgens de IAS/IFRS-standaarden opgestelde geconsolideerde jaarrekening, die vijf maanden voor de aankondiging van het OOB aan de markt was bekendgemaakt, geen definitieve jaarrekening was. De Commissie heeft niet in aanmerking genomen

dat de IAS/IFRS-jaarrekening een convergentie van de goedgekeurde jaarrekening over 2004 met de nieuwe boekhoudnormen nastreefde. Ook heeft de Commissie er geen rekening mee gehouden dat alle beursgenoteerde ondernemingen bij de Comisión Nacional del Mercado de Valores (nationale commissie voor de effectenmarkt; hierna: „CNMV”) een geconsolideerde jaarrekening over 2004 hebben ingediend die was aangepast aan de IAS/IFRS-standaarden (hierna: „afgestemde jaarrekeningen”), evenals alle periodieke informatie over het boekjaar 2004, en dat de markt laatstgenoemde jaarrekeningen als referentie neemt.

140 Aldus heeft de Commissie niet alleen de bevoegdheidsregels geschonden door in de verordening een niet-bestaand vermoeden ten gunste van de goedgekeurde jaarrekeningen in te voeren, maar heeft zij ook een kennelijke beoordelingsfout gemaakt door de IAS/IFRS-jaarrekening niet als definitief te beschouwen. De motivering op dit punt is bovendien innerlijk tegenstrijdig. Enerzijds suggereert de Commissie dat de IAS/IFRS-jaarrekening niet in aanmerking wordt genomen omdat deze niet is goedgekeurd (terwijl zij vergeet dat in punt 26 van de mededeling wordt verwezen naar „andere definitieve jaarrekeningen”). Anderzijds wijst zij die jaarrekening af omdat deze niet definitief is. Op grond van deze fouten en omdat niet wordt aangegeven welke jaarrekening over 2004 het meest aan de eisen van artikel 5 van de verordening beantwoordt, moet de beschikking derhalve nietig worden verklaard.

141 De Commissie, ondersteund door de interveniënten, betoogt dat verzoekster uitgaat van de onjuiste veronderstelling dat de ABN en de IAS/IFRS-jaarrekening over 2004 een zelfde status hebben, en voegt hieraan toe dat de door verzoekster ingediende IAS/IFRS-jaarrekening over 2004 niet als definitief kan worden aangemerkt.

— Beoordeling door het Gerecht

142 Wat om te beginnen verzoeksters stelling dat de afgestemde jaarrekening de meest adequate is, betreft, wordt er in de eerste plaats aan herinnerd dat de Commissie in de punten 19 tot en met 27 van de beschikking heeft uiteengezet waarom

verzoeksters omzet moest worden bepaald aan de hand van de overeenkomstig de ABN opgestelde officiële jaarrekening en niet aan de hand van de afgestemde jaarrekening. Zoals hierboven is vastgesteld, heeft de Commissie dienaangaande terecht opgemerkt dat Endesa rechtens was gehouden om haar officiële geconsolideerde jaarrekening over het boekjaar 2004 overeenkomstig de ABN op te stellen, dat deze eis in overeenstemming was met de indertijd toepasselijke communautaire boekhoudregels en dat de afgestemde jaarrekening enkel voor vergelijkingsdoel-einden hoefde te worden opgesteld.

¹⁴³ Zoals in de punten 25 en 26 van de beschikking is uiteengezet, kan verzoeksters argument dat de IFRS-boekhoudbeginselen de economische kracht van ondernemingen beter weergeven, niet worden aanvaard.

¹⁴⁴ Enerzijds verplicht de doelstelling om de economische kracht van ondernemingen te meten, de Commissie niet om in een concreet geval van toepassing van de artikelen 1 en 5 van de verordening over te gaan tot een algemene beoordeling van de merites van de verschillende boekhoudkundige benaderingen waarin het gemeenschapsrecht voorziet, met name niet wanneer er uitsluitend jaarrekeningen zijn die zijn goedgekeurd volgens slechts één van deze beide normen, en indertijd door zowel het nationale als het gemeenschapsrecht naleving van juist deze normsoort werd geëist.

¹⁴⁵ Anderzijds is verzoeksters stelling dat de IFRS-normen de economische werkelijkheid beter weergeven omdat zij, anders dan de ABN-normen, de inhoud boven de vorm stellen, geenszins bewezen. Dat volgens de gemeenschapswetgever de bij verordening nr. 1606/2002 goedgekeurde internationale verslaggevingsstandaarden een getrouw beeld van de financiële toestand van ondernemingen zullen kunnen verschaffen, impliceert als zodanig niet, zoals in punt 26 van de beschikking is uiteengezet, dat deze normen voor de toepassing van artikel 5 van de concentratieverordening technisch superieur zijn ten opzichte van de boekhoudnormen die krachtens de wetgeving van de lidstaten golden tot 1 januari 2005. Verordening nr. 1606/02, vastgesteld op de grondslag van artikel 95, lid 1, EG, is een harmonisatiemaatregel en houdt geen waardeoordeel in over de verschillende

ationale normen. Bovendien voorzien, zoals Gas Natural heeft benadrukt, talrijke Spaanse boekhoudnormen waarmee de ABN worden toegepast, erin dat de inhoud altijd boven de vorm gaat, en legt de financiële verslaggeving in het algemeen de nadruk op een „getrouw beeld”, behorend bij een „mechanisme waarmee de economische werkelijkheid van de gedane transacties tot uitdrukking kan worden gebracht”.

146 Met betrekking tot in de tweede plaats verzoeksters argument dat de afgestemde jaarrekeningen moeten worden aangemerkt als „andere definitieve jaarrekeningen” in de zin van punt 26 van de mededeling, wordt eraan herinnerd dat, zoals uit de mededeling blijkt, de omzet van de betrokken ondernemingen moet worden berekend op grond van betrouwbare, objectieve en eenvoudig herleidbare cijfers. Hoewel in punt 26 van de mededeling wordt gepreciseerd dat de Commissie „in het algemeen zal [...] uitgaan van goedgekeurde of andere definitieve jaarrekeningen [...]”, en dat zij „in ieder geval, behoudens in uitzonderlijke omstandigheden [...] niet [wil] vertrouwen op door de bedrijfsleiding opgestelde of op andere voorlopige jaarrekeningen”, houdt dit niet in dat goedgekeurde jaarrekeningen en andere definitieve jaarrekeningen in de mededeling op één lijn worden gelijkgesteld. Punt 26 van de mededeling kan niet worden uitgelegd als meerdere opties biedend waaruit vrijelijk kan worden gekozen, maar beoogt een regeling te bieden voor specifieke situaties waarin geen goedgekeurde jaarrekening over het laatste boekjaar bestaat. Punt 27 van de mededeling spreekt overigens alleen nog van gecontroleerde jaarrekeningen over het meest recente boekjaar, en niet meer van „andere definitieve jaarrekeningen”. In casu wordt niet betwist dat een goedgekeurde jaarrekening over het boekjaar 2004 bestaat. Derhalve bestaat geen aanleiding om andere definitieve jaarrekeningen in aanmerking te nemen.

147 Hoe dan ook, verzoekster is er niet in geslaagd om aan te tonen dat de door haar bij de Commissie ingediende afgestemde jaarrekening een goedgekeurde of definitieve jaarrekening is.

148 In dit verband kan worden volstaan met het in herinnering brengen van Endesa’s toelichting bij haar afgestemde jaarrekening, zoals op 5 april 2005 aan de CNMV gestuurd. In het gedeelte „Algemene beschouwingen” verklaart Endesa: „De balans en de jaarrekening van de geconsolideerde resultaten over het boekjaar 2004, die zijn opgesteld overeenkomstig de evaluatie- en de indelingscriteria van de IAS/IFRS, zijn

pro forma-staten die uitsluitend dienen ter vergelijking met de resultaten over 2005, het eerste boekjaar waarvoor de jaarrekening overeenkomstig de IFRS zal worden opgesteld” (blz. 3, punt 1). Endesa vermeldt overigens dat bij de eerste toepassing van de IAS/IFRS-normen meerdere uitzonderingen bestaan (blz. 13). Ten slotte geeft Endesa in haar juridisch verslag II (blz. 34) aan dat de International Accounting Standards Board (IASB) nieuwe, vanaf 1 januari 2005 toepasselijke standaarden zou kunnen bekendmaken, dat er nog geen bevoegde autoriteit is om over de toepassing van de normen te waken en die daarover zou kunnen worden geconsulteerd, dat de veranderingen die uit het voorgaande kunnen voortvloeien en de praktische ontwikkeling van de sector eveneens van invloed zijn kunnen op de wijze waarop zij de normen uitlegt, en dat bijgevolg nog wijzigingen mogelijk kunnen zijn in de vooraf (in 2006) bekendgemaakte ter vergelijking verstrekte informatie in de jaarrekening over het boekjaar 2005.

149 In deze omstandigheden kan de door Endesa ingediende afgestemde jaarrekening niet worden aangemerkt als „definitieve jaarrekening” in de zin van de mededeling.

150 Met betrekking tot de twee zaken waarin de Commissie volgens verzoekster zou hebben ingestemd met het gebruik van de meest recente, niet-goedgekeurde jaarrekeningen, volstaat de opmerking dat de concentraties in deze twee zaken waren aangemeld aan het begin van het jaar (de eerste in februari 1996 en de tweede in februari 2001) en dat de betrokken ondernemingen nog niet de beschikking hadden over goedgekeurde jaarrekeningen over het laatste boekjaar. Bijgevolg moest worden besloten of de jaarrekeningen van een eerder boekjaar (1994 respectievelijk 1999) zouden worden gebruikt, dan wel die over het laatste boekjaar, dat reeds was afgesloten, maar ten aanzien waarvan nog geen accountantscontrole had plaatsgevonden. Overigens zou in beide gevallen uit geen van de eerdere jaarrekeningen zijn gebleken van aanmerkelijke wijzigingen van de economische activiteit van de ondernemingen gedurende het laatste boekjaar, en het gebruik van de eerdere jaarrekeningen zou in strijd zijn geweest met artikel 5 van de verordening. De omstandigheden in beide zaken zijn derhalve duidelijk anders dan die in de onderhavige zaak.

- 151 Uit het voorgaande volgt dat de door Endesa ingediende, volgens de IAS/IFRS-standaarden opgestelde jaarrekening niet als definitief kan worden aangemerkt, zodat het argument dat de Commissie hieraan de voorkeur had moeten geven, niet kan worden aanvaard.
- 152 Uit het voorgaande volgt dat het tweede onderdeel van het derde middel moet worden afgewezen.

Derde onderdeel: onjuiste toepassing van het recht en kennelijke beoordelingsfouten waardoor de afgestemde jaarrekening is afgewezen

— Argumenten van partijen

- 153 In de eerste plaats beroept Endesa zich op kennelijke onjuistheid van de motivering waarmee de Commissie de argumenten inzake de opportuniteit van het gebruik van de afgestemde jaarrekening afwijst, in de tweede plaats op uitzonderlijke omstandigheden in het onderhavige geval, die hoe dan ook het gebruik van de afgestemde jaarrekening rechtvaardigden, in de derde plaats op een kennelijk onjuiste motivering voorzover daarin is gesteld dat het gebruik van de afgestemde jaarrekening niet verenigbaar is met de doelstelling van eenvoud, het algemene beginsel van rechtszekerheid en de eis van eenvormige toepassing van de verordening.
- 154 Endesa betoogt in de eerste plaats dat de in punt 24 van de beschikking gevolgde redenering onvolledig is, omdat er daarin geen rekening mee wordt gehouden dat volgens de bij verordening nr. 707/2004 goedgekeurde IRFS-1 de overgangsdatum voor de IAS/IFRS-standaarden 1 januari 2004 is. Meer in het bijzonder heeft de gemeenschapswetgever bepaald dat beursgenoteerde ondernemingen ten minste over 2004 geconsolideerde afgestemde jaarrekeningen moeten opstellen. In Spanje heeft de CNMV 1 augustus 2005 gesteld als uiterste datum voor de indiening van

afgestemde jaarrekeningen over het boekjaar 2004. Endesa heeft hieraan voldaan op 5 april 2005. Een samenhangende en volledige uitlegging van de bedoeling van de communautaire wetgever leidt derhalve, anders dan de gedeeltelijke lezing van de Commissie, tot de conclusie dat het boekjaar 2004 een overgangperiode was, waarin wegens een wettelijke eis twee boekhoudnormen naast elkaar bestonden.

155 Vervolgens merkt Endesa op dat volgens de Commissie, eveneens in punt 24 van de beschikking, de IAS/IFRS-jaarrekening over het boekjaar 2004 voorwerp kon zijn van wijzigingen en dat deze alleen een vergelijkende waarde had, hetgeen bleek uit het ontbreken van een wettelijke verplichting tot goedkeuring van deze jaarrekening. De Commissie lijkt er echter niet van op de hoogte te zijn dat alle ondernemingsjaarrekeningen ter vergelijking dienen en dat de IAS/IFRS-jaarrekening over het boekjaar 2004 is opgesteld op grond van een gemeenschapsrechtelijke verplichting. Het ontbreken van een goedkeuringverplichting voor die jaarrekening houdt verband met de eigenaardigheden van een overgangperiode. Het zou namelijk absurd zijn indien de communautaire of de nationale wetgever de ondernemingen, naast de kosten van de boekhoudkundige overgang, ook nog de kosten van een dubbele audit voor eenzelfde boekjaar zou opleggen, terwijl de IAS/IFRS-jaarrekening over 2004 een vergelijkingsmogelijkheid met de goedgekeurde jaarrekening over hetzelfde boekjaar inhoudt, met een identieke boekhoudkundige en juridische waarde.

156 Uit de stelling dat de IAS/IFRS-standaarden tot aan het eind van het boekjaar 2005 wijzigingen kunnen ondergaan, wat er volgens de beschikking aan in de weg staat om hen als definitief te beschouwen, geeft blijk van onbegrip van de door de gemeenschapswetgever opgestelde boekhoudnormen en van de toepassingsverordeningen die de Commissie zelf gedurende de laatste maanden heeft vastgesteld. Enerzijds is het nieuwe boekhoudsysteem toepasselijk per 1 januari 2005 en heeft het feit dat de Commissie bepaalde boekhoudregels uit het nieuwe systeem heeft vastgesteld na de bekendmaking van het OOB, geen invloed op de definitieve aard van de jaarrekening, aangezien Endesa's afgestemde jaarrekening is opgesteld op basis van zekere en definitieve gegevens overeenkomstig de tot dan toe bij de toepassing van de IAS/IFRS-standaarden gehanteerde boekhoudnormen. Te menen dat deze jaarrekening niet definitief is omdat later andere regels aan het nieuwe

rechtskader zijn toegevoegd, zou net zo absurd zijn als te stellen dat er nooit definitieve jaarrekeningen bestaan, omdat de aanpassing en ontwikkeling van een boekhoudsysteem een nooit-eindigend proces is.

- 157 Anderzijds zijn de regels die recentelijk met terugwerkende kracht zijn vastgesteld, op Endesa's jaarrekeningen niet van invloed, aangezien zij betrekking hebben op de financiële sector en niet op de elektriciteitssector. Voorts hebben de wijzigingen van IAS 39 geen invloed op de bepaling van de omzet, aangezien deze wijzigingen alleen betrekking hebben op de boekhoudkundige behandeling van financiële instrumenten. Sinds de datum waarop Gas Natural's OOB op Endesa is bekendgemaakt, is er bovendien in de IAS/IFRS-standaarden geen wijziging geweest met gevolgen voor de wijze van boeking van de inkomsten over de boekjaren 2004 en 2005. Een dergelijke wijziging kan zich thans ook niet meer voordoen.
- 158 Bijgevolg kan op grond van geen van de argumenten van de Commissie worden aangenomen dat de volgens de IAS/IFRS-standaarden geconsolideerde jaarrekening over 2004 geen definitieve jaarrekening is. Het gebruik van de IAS/IFRS-jaarrekening over 2004 uitstellen tot de afsluiting van het boekjaar 2005 is kennelijk strijdig met de bedoeling van de gemeenschapswetgever, die de toepassing van communautaire boekhoudnormen verplicht heeft gesteld per 1 januari 2005, en niet per 1 januari 2006. Derhalve moet alle boekhoudkundige informatie die beursgenoteerde ondernemingen in 2005 aan de markt bekend moeten maken, of zij nu betrekking heeft op het boekjaar 2004 of 2005, uitsluitend volgens de IAS/IFRS-standaarden worden gecommuniceerd.
- 159 Endesa concludeert dat ook als wijzigingen worden vastgesteld, daar de vervolmaking van een boekhoudsysteem een permanent proces is, dit onverlet laat dat, zoals de Commissie meerdere keren heeft erkend, „[het o]vereenkomstig verordening (EG) nr. 1606/2002 [...] de bedoeling van de Commissie [is] om met ingang van 1 januari 2005 een stabiel platform van internationale standaarden voor jaarrekeningen tot stand te brengen” [vierde overweging van de considerans van verordening (EG) nr. 2086/2004 van de Commissie van 19 november 2004 tot wijziging van verordening (EG) nr. 1725/2003 (PB L 363, blz. 1), en tweede overweging van de considerans van verordening nr. 2238/2004 van de Commissie van 29 december 2004 tot wijziging van verordening nr. 1725/2003 (PB L 394, blz. 1)].

160 Met betrekking tot punt 25 van de beschikking merkt Endesa op, dat in de beschikking niet wordt aangegeven waarom de Commissie de verschillende beschikbare boekhoudmethoden niet kon beoordelen. Dit is duidelijk in strijd met punt 60 van de mededeling, waarin de Commissie zelf aangeeft dat het mogelijk is om „andere jaarrekeningsregels, in het bijzonder die welke betrekking hebben op de opstelling van geconsolideerde jaarrekeningen, die tot op zekere hoogte in de Gemeenschap geharmoniseerd, maar niet identiek zijn, in aanmerking te nemen” en dat „deze overweging geldt voor elk type onderneming waarop de concentratieverordening van toepassing is [...]”. Dit punt van de mededeling heeft in hoofdzaak betrekking op holdingvennootschappen, maar geeft niettemin aan dat de mogelijkheid om verschillende boekhoudnormen te hanteren, geldt voor elke onderneming, ongeacht de sector waartoe zij behoort.

161 Endesa verzet zich tegen de stelling in punt 25 van de beschikking dat „de rol van de Commissie, zoals deze meer in detail is omschreven in de mededeling over de berekening van omzet, beperkt is tot een onderzoek naar de op grond van artikel 5 van de verordening vereiste specifieke aanpassingen”, en meent integendeel dat artikel 5 van de verordening mede de plicht omvat tot een onderzoek van de geschiktheid van de jaarrekeningen van de betrokken ondernemingen om hun werkelijke omzet te bepalen.

162 Deze verklaring in de beschikking is opnieuw kennelijk tegenstrijdig met de mededeling, waarvan punt 26 bepaalt: „De Commissie streeft ernaar, haar berekeningen te baseren op de zo nauwgezet betrouwbaar mogelijke gegevens”. In casu bestonden er op grond van de harmonisatie-inspanningen van de instellingen twee geconsolideerde jaarrekeningen over 2004, en moest worden bepaald welke van de twee de meest nauwkeurige en betrouwbare was. Gelet op de rapporten van de externe accountants van de onderneming, die de Commissie in haar beschikking niet één keer noemt, is het duidelijk dat de volgens de Spaanse boekhoudnormen vastgestelde geconsolideerde jaarrekening een sterk vertekend beeld van de operationele inkomsten van een in de elektriciteitssector actieve onderneming gaf.

- 163 Met betrekking tot de technische superioriteit van de communautaire boekhoudnormen ten opzichte van de nationale, waaraan de Commissie in punt 26 van de beschikking twijfel uit, merkt Endesa op dat de Commissie in de voorbereidende handelingen voor verordening nr. 1606/2002 uitdrukkelijk verwijst naar de noodzaak om de financiële informatie te verbeteren, te harmoniseren en betrouwbaarder te maken, waarbij zij verder gaat dan de Vierde richtlijn nr. 78/660/EEG van de Raad van 25 juli 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen (PB L 222, blz. 11), en dat, indien deze richtlijn had gezorgd voor de heldere en betrouwbare informatie als door het nieuwe stelsel voor financiële verslaggeving wordt geëist, het niet nodig zou zijn geweest om de verordening in te voeren. De Commissie heeft de rapporten van Endesa's externe accountants in dit verband niet in aanmerking genomen, waarin zij een duidelijke uitleg geven over de verschillen tussen de resultaten van de volgens de verschillende boekhoudnormen opgestelde jaarrekeningen.
- 164 Endesa voegt hieraan toe dat de argumenten in de beschikking, dat het doel van zowel de oude normen als de huidige communautaire boekhoudnormen is, dat de economische werkelijkheid van ondernemingen getrouw wordt weergegeven, geen rekening houden met de concrete verschillen tussen een gedeeltelijke en een volledige harmonisering van normen en met de basisbeginselen van gemeenschapsrecht en de meest elementaire logica. De Commissie zelf heeft vastgesteld dat de oude boekhoudkundige richtlijnen „niet langer beantwoordden aan de behoeften van de vennootschappen die pan-Europees en internationaal kapitaal bijeen willen brengen” [zie punt 9 van de mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement van 13 juni 2000, COM (2000) 359 def.] en heeft tevens erkend dat de „IAS-standaarden een uitputtend en sterk kader bieden voor de financiële verslaggeving, dat overeenkomt met de behoeften van de internationale zakengemeenschap”.
- 165 De Commissie meent ten onrechte dat het gebruik van niet-goedgekeurde jaarrekeningen alleen in uitzonderlijke omstandigheden mogelijk is. Deze uitlegging volgt noch expliciet noch impliciet uit de verordening, die de enige dwingend toepasselijke regeling is, en is evenmin in overeenstemming met punt 26 van de mededeling, volgens hetwelk het bestaan van uitzonderlijke omstandigheden alleen

hoeft te worden aangetoond indien men door de bedrijfsleiding opgestelde of andere voorlopige jaarrekeningen wil gebruiken.

- 166 Voor het geval dat toch de stelling van de Commissie zou worden gevolgd, merkt Endesa op dat in het onderhavige geval daadwerkelijk sprake is van uitzonderlijke omstandigheden. Enerzijds is de vraag of eerder de ene dan de andere boekhoudnormen moeten worden gebruikt, op zichzelf uitzonderlijk. Anderzijds resulteert het gebruik van verschillende boekhoudsystemen in een verschil van 4 400 miljoen EUR bij Endesa's inkomsten. Dit is een zeldzaam feit dat in weinig markten voorkomt, zodat de verandering van boekhoudsysteem op zich moet worden aangemerkt als een uitzonderlijk gegeven en van groot belang voor de Spaanse elektriciteitsmarkt, waarop de aanwezigheid van een verplichte pool transacties financieel gezien met een factor twee vermenigvuldigt, als geen verrekening van posten plaatsvindt zoals het nieuwe stelsel voor financiële verslaggeving eist.
- 167 Endesa betwist overigens het argument in punt 25 van de beschikking, dat het gebruik van de IAS/IFRS-jaarrekening in strijd zou zijn geweest met het andere „eveneens valabele doel, eenvoudige en objectieve criteria toe te passen om de bevoegdheid van de Commissie in concentratiezaken te bepalen, en met het algemene beginsel van rechtszekerheid”.
- 168 Wat betreft de objectiviteit betoogt Endesa dat de Commissie niet uiteenzet waarom de IAS/IFRS-jaarrekening minder objectief dan andere jaarrekeningen zou zijn, en dat zij vergeet dat Endesa's externe accountant heeft bevestigd dat de IAS/IFRS-jaarrekening op juiste en gecontroleerde gegevens was gebaseerd en dat de methode van afstemming eveneens juist was.

- 169 Met betrekking tot de eenvoud zijn volgens Endesa alle communautaire beursgenoteerde ondernemingen sinds jaren op de hoogte van de invoering van de nieuwe criteria. Zij wisten ook dat 2004 een overgangsjaar zou zijn. De overweging dat de eenvoud van uitleggingsregels een doelstelling is van gelijke juridische rang als de plicht om de bevoegdheid van de Commissie op de juiste wijze te bepalen, is moeilijk verenigbaar met de mededeling, die in de punten 60 en 61 onderstreept dat een nauwgezette, strikte, ja zelfs kostbare analyse moet worden gemaakt, wanneer het omzetcijfer zich in de buurt van de verordeningsdrempels bevindt (Zaak IV/M.213 — Hong Kong and Shanghai Bank/Midland).
- 170 Met betrekking tot het rechtszekerheidsbeginsel blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat dit beginsel waarborgt dat een regeling „duidelijk en nauwkeurig omschreven is, opdat de justitiabelen ondubbelzinnig hun rechten en verplichtingen kunnen kennen en dienovereenkomstig hun voorzieningen kunnen treffen” (arresten Hof van 9 juli 1981, *Gondrand Frères en Garancini*, 169/80, *Jurispr.* blz. 1931; 13 februari 1996, *Van Es Douane Agenten*, C-143/93, *Jurispr.* blz. I-431, punt 27, en 14 april 2005, *België/Commissie C-110/03*, *Jurispr.* blz. I-2801). Dit betekent niet, dat de vaststelling van de omzet in alle gevallen „makkelijk” moet zijn, en rechtvaardigt evenmin dat niet alle beschikbare informatie in aanmerking wordt genomen. De afstemming van jaarrekeningen op de IAS/IFRS-standaarden is een verplichting op grond van gemeenschapsrecht, die elke oplettende marktdeelnemer sinds enkele jaren wordt geacht te kennen, en de bescherming van de rechten van de marktdeelnemers is niet gerechtvaardigd „wanneer een voorzichtige en oplettende marktdeelnemer de vaststelling van een communautaire maatregel kan voorzien” (arrest Hof van 15 juli 2004, *Di Lenardo en Dilexport*, C-37/02 en C-38/02, *Jurispr.* blz. I-6911, punt 70). In casu waren de IAS/IFRS-standaarden helder en nauwkeurig, en bekend bij de voorzichtige en oplettende marktdeelnemers ten tijde van de bekendmaking van het OOB, zodat geen sprake kan zijn van een gekwalificeerde schending van het rechtszekerheidsbeginsel.
- 171 Het laatste onderdeel van de motivering, uiteengezet in punt 27 van de beschikking, vermeldt dat „het gebruik van de niet-gecontroleerde IFRS-cijfers zou leiden tot ongelijke behandeling ten opzichte van alle andere zaken waarin de Commissie zich heeft gebaseerd op cijfers uit de op basis van nationale normen opgestelde en gecontroleerde jaarrekeningen over 2004”. Volgens Endesa heeft de Commissie geen rekening gehouden met de rechtspraak volgens welke van ongelijke behandeling niet alleen sprake is wanneer twee gelijke situaties verschillend worden behandeld, maar

ook wanneer twee verschillende situaties gelijk worden behandeld. Endesa heeft tijdens de administratieve procedure talrijke rapporten aangedragen waarin de bijzondere boekhoudkundige behandeling van de in de Spaanse elektriciteitssector actieve ondernemingen werd uitgelegd. Deze bijzondere behandeling geldt niet voor andere Spaanse ondernemingen, noch voor in andere lidstaten gevestigde ondernemingen uit dezelfde of uit andere sectoren.

- 172 Het verplichte karakter van de pool in Spanje, samen met de aard van de oude boekhoudnormen op grond waarvan verrekening van posten niet was toegestaan, heeft met name tot gevolg dat transacties tussen verschillende ondernemingen van dezelfde groep of transacties die uiteindelijk van economisch één en dezelfde transactie deel uitmaken, boekhoudkundig twee keer worden verwerkt. Bijgevolg leidt de beschikking in werkelijkheid tot een ongelijke behandeling, want ingeval dezelfde concentratie tussen ondernemingen van gelijke grootte als Gas Natural en Endesa had plaatsgevonden, maar in andere economische sectoren of in andere landen van de Gemeenschap, waren de omzetten van de betrokken ondernemingen zonder verdubbeling van posten berekend.
- 173 Om al deze redenen heeft de Commissie bij de analyse van de door Endesa verstrekte informatie een fout gemaakt, die zich vertaalt in een ernstig tekortschietende motivering van de beschikking en een kennelijke fout door niet-toepassing van de beginselen van artikel 5 van de verordening en van de mededeling.
- 174 De Commissie, ondersteund door de interveniënten, betoogt dat geen van verzoeksters argumenten gegrond is.

— Beoordeling door het Gerecht

- 175 Aangaande in de eerste plaats verzoeksters argumenten dat de Commissie een fout heeft begaan door de mogelijkheid om de afgestemde jaarrekening te gebruiken, uit

te sluiten, kan worden volstaan met een verwijzing naar de bespreking van de eerste twee onderdelen van het middel. Zoals al opgemerkt, was Endesa's enige geldige jaarrekening voor de beoordeling van de communautaire of van de nationale dimensie van de concentratie, de overeenkomstig de ten tijde van het OOB geldende Spaanse wetgeving opgestelde, door de accountants en de aandeelhouders goedgekeurde jaarrekening over 2004, en kon in elk geval de door verzoekster bij de Commissie ingediende afgestemde jaarrekening, die alleen voor vergelijkingsdoeleinden was opgesteld, niet als definitief worden aangemerkt. Het niet-definitieve karakter van verzoeksters afgestemde jaarrekening is intussen bevestigd doordat zij op 19 september 2005 haar jaarrekening heeft gewijzigd om daarin aanpassingen door te voeren waardoor de omzet in Spanje met 11 miljoen EUR is gedaald ten opzichte van de bij de CNMV op 5 april 2005 ingediende jaarrekening die in overeenstemming was met de IFRS-standaarden. Ten slotte wijzigt de omstandigheid dat de later in de IAS/IFRS-standaarden aangebrachte wijzigingen geen betrekking hadden op de elektriciteitssector, niets aan het feit dat de IAS/IFRS-standaarden die op het boekjaar 2005 moesten worden toegepast, in september 2005 nog geen stabiele en definitieve inhoud hadden, en vooral niet aan het feit dat nog geen autoriteit voorhanden was om deze nieuwe standaarden uit te leggen. Bovendien heeft Endesa's registeraccountant zelf gepreciseerd, dat hij geen uitspraak kon doen over de betrouwbaarheid van de gebruikte afstemmingsmethoden.

- 176 Aangaande in de tweede plaats de uitzonderlijke omstandigheden op grond waarvan de afgestemde jaarrekening had behoren te worden gebruikt, kan geen van de ingeroepen omstandigheden als uitzonderlijk worden aangemerkt. Wat namelijk in de eerste plaats de bijzonderheden van de elektriciteitssector in Spanje betreft, volstaat de vaststelling dat de pool in Spanje bestaat sinds 1998 en dat noch Endesa noch een andere onderneming uit de sector in enige nationale of communautaire concentratieprocedure waarin zij partij zijn geweest, hebben gesteld dat zij hun ABN-jaarrekeningen moesten aanpassen. Bovendien vormen de door verzoekster gestelde eigenaardigheden van en ernstige vertekeningen in de boekhouding van de ondernemingen uit de elektriciteitssector in Spanje evenmin uitzonderlijke omstandigheden, aangezien de opportuniteit van eventuele aanpassingen om hiermee rekening te houden, onafhankelijk van het boekhoudsysteem kan worden onderzocht. In casu heeft de Commissie de door verzoekster in dit verband voorgestelde voornaamste aanpassingen overigens onderzocht.

- 177 Ten tweede kan de omstandigheid dat de IAS/IFRS-standaarden de ABN vanaf het boekjaar 2005 moesten vervangen, niet als uitzonderlijk worden aangemerkt, net als de noodzaak om voor vergelijkingsdoeleinden over 2004 een afgestemde jaarrekening op te stellen. Weliswaar vormt een wijziging van de boekhoudregels een belangrijke en zeldzame gebeurtenis in een ondernemingsbestaan, maar verzoekster voert geen op de letter en de doelstelling van de verordening gebaseerde omstandigheid aan, op grond waarvan deze wijziging uitzonderlijk zou zijn. Overigens betekent de verplichte toepassing van de nieuwe boekhoudnormen niet noodzakelijkerwijs dat de eerder toepasselijke boekhoudnormen weinig betrouwbaar of niet precies waren.
- 178 Ten derde kan de omstandigheid dat het gebruik van verschillende boekhoudsystemen resulteert in een verschil van 4 400 miljoen EUR bij Endesa's inkomsten, evenmin als uitzonderlijk worden aangemerkt. Dit verschil komt namelijk voort uit aanpassingen waarvan de wenselijkheid onafhankelijk van het boekhoudsysteem kan worden onderzocht.
- 179 In ieder geval gaat het bij de in de punten 26 en 27 van de mededeling genoemde uitzonderlijke omstandigheden, los van de verschillen met boekhoudnormen van staten die geen lid zijn van de Europese Unie, om significante en permanente wijzigingen waardoor de economische werkelijkheid van de betrokken ondernemingen wordt beïnvloed (verkrijgingen en vervreemdingen na afsluiting van de jaarrekening, sluiting van een fabriek). In casu heeft verzoekster dergelijke veranderingen echter niet gesteld.
- 180 Aangaande in de derde plaats de grief inzake schending van het rechtszekerheidsbeginsel volstaat de opmerking dat de goedgekeurde jaarrekening meer objectieve waarborgen biedt, omdat zij de aansprakelijkheid meebrengt van de onderneming en van de accountant. Juist het gebruik van jaarrekeningen die noch zijn goedgekeurd door de aandeelhouders, noch bevestigd door een externe accountant, zou in strijd zijn met het doel om eenvoudige en objectieve criteria te hanteren voor de vaststelling van de dimensie van een concentratie. De basisidee van het drempel-

systeem van artikel 1 van de verordening is, een eenvoudige en doeltreffende methode te bieden om vast te stellen wie de bevoegde autoriteit is. Zoals de Commissie terecht opmerkt, zijn het gebruik van officiële, goedgekeurde jaarrekeningen en, in beginsel, de beperking van in deze jaarrekeningen aan te brengen wijzigingen tot het volgens artikel 5 van de verordening, strikt noodzakelijke, essentiële elementen van deze eenvoudige, voorzienbare en efficiënte methode.

181 Voorts zou aanvaarding van Endesa's stelling erop neerkomen dat elke concentratie vooraf boekhoudkundig door de Commissie moet worden onderzocht om te controleren of de jaarrekeningen van de betrokken ondernemingen overeenstemmen met de beginselen van artikel 5 van de verordening.

182 Met betrekking tot Endesa's argument dat het gebruik van de afgestemde jaarrekening het rechtszekerheidsbeginsel niet zou hebben geschaad, aangezien elke oplettende marktdeelnemer de invoering van een nieuw boekhoudsysteem kon voorzien, is het Gerecht van oordeel dat een oplettende en redelijke marktdeelnemer niet had kunnen voorzien dat de Commissie afstand zou nemen van de enige officiële, goedgekeurde jaarrekening. Voorts waren in september 2005 de IAS/IFRS-boekhoudnormen en de uitlegging ervan nog niet definitief vastgelegd.

183 Er zij hoe dan ook opnieuw aan herinnerd dat de door verzoekster bij de Commissie ingediende afgestemde jaarrekening niet als definitief kan worden aangemerkt.

184 De grief, ten slotte, inzake discriminatie ten opzichte van concentraties in andere sectoren of in andere lidstaten, moet als kennelijk ongegrond worden afgewezen. Enerzijds berust deze enkel op veronderstellingen en op de niet-aangetoonde premisse dat Endesa's officiële, goedgekeurde jaarrekening over 2004 de economische werkelijkheid niet weergeeft. Anderzijds had het als discriminatie kunnen

worden aangemerkt als de Commissie, wier praktijk is dat zij zich op officiële, goedgekeurde jaarrekeningen baseert, van deze praktijk zou zijn afgeweken zonder dat er sprake was van uitzonderlijke omstandigheden. Bovendien kan de goedgekeurde jaarrekening die wordt gebruikt voor de boordeling van de dimensie van de concentratie, worden aangepast om rekening te houden met eventuele eigenaardigheden van de betrokken sector of van het betrokken land. Dienaangaande wordt eraan herinnerd, dat de Commissie de door verzoekster voorgestelde aanpassingen heeft onderzocht.

185 Uit het voorgaande volgt dat het derde onderdeel van het derde middel niet kan worden aanvaard.

186 Bijgevolg moet het derde middel worden afgewezen.

Vierde middel: afwijzing van de „pass through”-aanpassing en van de aanpassing inzake de handel in gas

187 Met het onderhavige middel betwist Endesa de afwijzing door de Commissie van twee door haar gevraagde aanpassingen. De eerste heeft betrekking op distributiehandelingen (de „pass through”-aanpassing); de tweede betreft de handel in gas. Vooraf wordt opgemerkt dat de volgens de ABN opgestelde jaarrekening over 2004 laat zien dat Endesa's omzet in 2004 in Spanje 80,07 % van haar communautaire omzet vertegenwoordigde. Indien de twee betrokken aanpassingen waarom Endesa verzoekt, gegrond waren, dan zou haar omzet in Spanje tot 73,94 procent van haar communautaire omzet dalen. Zelfs indien dit middel zou worden aanvaard, dan zou dit derhalve als zodanig niet betekenen dat de betrokken concentratie een communautaire dimensie heeft, maar eerder dat de Commissie de andere door verzoekster voorgestelde aanpassingen zou moeten onderzoeken, evenals de door Gas Natural voorgestelde aanpassingen, waarover zij zich in haar beschikking niet heeft uitgesproken, omdat uitsluitend een combinatie van talrijke aanpassingen ertoe zou kunnen leiden dat de „tweederde-drempel” niet wordt gehaald.

188 Aangezien de „pass through”-aanpassing in elk geval noodzakelijk is opdat de concentratie een communautaire dimensie kan hebben, moet primair het hierop betrekking hebbende eerste onderdeel van het middel worden onderzocht.

— Argumenten van partijen

189 Endesa merkt op dat artikel 5, lid 1, van de verordening letterlijk is overgenomen uit artikel 23 van de Duitse mededingingswet (GWB), waarvan artikel 29 preciseert dat de „inkomsten uit andere dan de gewone bedrijfsactiviteiten alleen in uitzonderlijke gevallen in aanmerking worden genomen”. Bijgevolg moet op het moment van vaststelling van de omzet van de distributieonderneming alleen het deel van de inkomsten dat verband houdt met de distributieactiviteiten, dat wil zeggen alleen de met deze activiteiten verband houdende provisiebedragen, in aanmerking worden genomen.

190 Endesa wijst in dit verband op de onjuiste opvatting van de Commissie over de juridische waarde van de mededeling en het feit dat de Commissie heeft nagelaten om de voorgestelde aanpassingen overeenkomstig de verordening te onderzoeken. In punt 33 van de beschikking verklaart de Commissie: „dienaangaande moet worden opgemerkt dat de mededeling [...] nergens verwijst naar het begrip (gedeeltelijk) ‚doorgegeven’ bedrag afkomstig uit de verkoop van goederen en uit het leveren van diensten door de onderneming”. De enige rechtsbasis voor de berekening van de omzet is echter de verordening, aangezien de mededeling enkel de status heeft van een uitleggingshandeling van de Commissie. Elke andere uitlegging schendt het beginsel van de hiërarchie van normen. In casu kunnen alleen de provisiebedragen over deze activiteiten worden aangemerkt als vallend onder het begrip „normale bedrijfsactiviteiten” van artikel 5 van de verordening, aangezien de activiteiten van de distributieonderneming kosten meebrengen die overeenkomen met eenvoudige „doorberekende” bedragen.

191 Endesa voegt hieraan toe dat de Commissie in haar onjuiste opvatting, waardoor zij zich op de mededeling baseert, verwijst naar de inhoud van de punten 7, 11 en 13

van de mededeling, met de verklaring dat „gelet op de omstandigheden van de onderhavige zaak, de Spaanse ondernemingen voor de distributie van elektriciteit niet kunnen worden gelijkgesteld met ondernemingen die alleen als tussenpersoon fungeren en waarvan de omzet uitsluitend bestaat in de door hen ontvangen provisies”. De Commissie beschrijft aldus de activiteit van de distributieonderneming en de pool in Spanje, zonder echter uiteen te zetten waarom de distributieondernemingen in het onderhavige geval niet enkel tussenpersoon zijn. De Commissie onderzoekt niet de vraag of de distributieondernemingen daadwerkelijk winst uit deze activiteit behalen, dus of hun provisie meer bedraagt dan de enkele beloning voor hun diensten, die door officieel goedgekeurde tarieven wordt bepaald. De Commissie houdt namelijk geen rekening met het feit dat het koninklijk besluit waarbij de elektriciteitstarieven voor elk jaar worden vastgelegd, ook de beloning regelt die de distributieondernemingen voor hun diensten gedurende die periode ontvangen. Deze retributie staat los van de energieverkoop door de distributieondernemingen, en bijgevolg van de hoeveelheid aan hen geleverde energie.

192 Aangezien de door de distributieondernemingen verrichte handelingen geen waarde aan de transactie toevoegen, daar de retributie voor de distributieactiviteiten vooraf wordt vastgesteld en onafhankelijk is van de aan- en verkoop van energie, zijn deze handelingen voor de berekening van de omzet neutraal. De rol van tussenpersoon van de distributieondernemingen vloeit uitdrukkelijk voort uit artikel 4 van koninklijk besluit nr. 2017/1997, van 26 december 1997, dat de wijze van afrekening regelt van de transportkosten, de distributiekosten en de kosten van het volgens een tarief op de markt brengen, alsmede de permanente kosten van het systeem, van de diversificatie en de zekerheid van de voorziening, zodat, anders dan in de geliberaliseerde sector, de distributeur die het gereguleerd tarief heeft ontvangen, alleen de vergoeding voor zijn diensten houdt en het meerdere dat de gebruiker heeft betaald, aan de overige marktdeelnemers doorgeeft. Het risico van wanbetaling wordt gedragen door de producent.

193 Aangaande het argument in de beschikking dat de distributieondernemingen het financiële risico voor wanbetaling dragen zodat zij geen tussenpersoon zijn, merkt Endesa op dat de Commissie Endesa's op dit punt verstreekte informatie, alsmede het begrip „tussenpersoon” in punt 13 van de mededeling, onjuist uitlegt.

- 194 Endesa brengt enerzijds in herinnering dat de distributieondernemingen geen financieel risico voor wanbetaling dragen dat niet door een in de tarieven opgenomen element wordt gecompenseerd, omdat het gereguleerde stelsel (en niet unilateraal de marktdeelnemer) voorziet in een garantiemechanisme waarmee deze risico's kunnen worden vermeden. Anderzijds verklaart zij dat op grond van het al dan niet bestaan van het financiële risico de situatie van de agent van die van een onafhankelijke commissionair kan worden onderscheiden. De Commissie legt het begrip „tussenpersoon” zonder rechtsgrond uit als uitsluitend betrekking hebbend op agenten, terwijl voor dit begrip moet worden aangeknoopt bij de aard van de activiteiten.
- 195 De kwalificatie van tussenpersoon voor de distributieondernemingen beantwoordt aan de gebruikelijke praktijk in de energiesector in Spanje. Ook Gas Natural past de „pass through”-aanpassing niet alleen toe in haar IAS/IFRS-jaarrekening, maar ook in haar volgens de Spaanse boekhoudnormen opgestelde jaarrekening. Door de „pass through”-aanpassing niet toe te passen bij Endesa, heeft de Commissie haar belet, de omzet van haar distributieactiviteit op één lijn te brengen met die van de verkrijgende onderneming.
- 196 Endesa meent dat de weigering van de voorgestelde aanpassing tevens wordt gekenmerkt door een ernstige fout bij de analyse van een aspect dat de Commissie uiteindelijk als bepalend heeft beschouwd. Deze fout levert overschrijding van bevoegdheid en een ontoereikende motivering op. De Commissie heeft in de eindfase van de procedure plotseling twijfel geuit over dit punt, terwijl zij aan Endesa eerder geen uitleg ter zake had gevraagd. Meer in het bijzonder heeft de Commissie tussen 19 september en 8 november 2005, de datum waarop zij aan Endesa een termijn van 24 uur stelde om te antwoorden op een aantal vragen die voor de motivering van de beschikking bepalend zouden zijn, noch twijfel geuit noch om uitleg gevraagd.
- 197 Bovendien is de analyse ter zake van deze aanpassing ook onvolledig wat andere punten betreft, en is de motivering van de beschikking kennelijk innerlijk tegenstrijdig. Indien men ervan uitgaat dat de distributievennootschappen niet

handelen als tussenpersoon, dan moet worden onderzocht of een deel van de distributiehandelingen niet intragroepshandelingen zijn, en met name of dezelfde transactie niet tweemaal werd geboekt, aangezien Endesa Distribución de door haar gedistribueerde energie verkreeg via de pool van Endesa Generación.

198 Endesa verklaart dienaangaande dat de Commissie haar op 10 november 2005 mondeling om een toelichting over dit aspect van de aanpassing heeft verzocht. Met twee e-mails van respectievelijk 11 en 12 november 2005 heeft Endesa benadrukt, dat de logica van deze aanpassing verder ging dan het eenvoudig uitsluiten van het deel dat zich binnen de groep voordeed, en heeft zij voorgesteld om gegevens over de intragroepshandelingen te verstrekken. De Commissie heeft op deze e-mails nooit gereageerd en zich in de beschikking over deze vraag niet uitgesproken.

199 De analyse van de Commissie is tegenstrijdig doordat zij in de beschikking verklaart, zich over de voorgestelde aanpassing ten aanzien van de facturering binnen de groep niet te zullen uitspreken, maar ondertussen de „pass through”-aanpassing, die voor een aanzienlijk deel op verkopen binnen de groep betrekking heeft, afwijst. Bovendien benadrukt de beschikking het gebrek aan belang van eventuele intragroepstransacties, maar stelt zij tegelijkertijd dat Endesa geen gegevens over het percentage ervan heeft aangeleverd, en dit ondanks de e-mails waarop de Commissie niet heeft gereageerd.

200 De Commissie, ondersteund door de interveniënten, betoogt dat de distributie-ondernemingen niet alleen tussenpersoon of commissionair zijn en dat verzoeksters argumenten derhalve moeten worden afgewezen.

— Beoordeling door het Gerecht

201 Verzoekster voert verschillende argumenten, deels betrekking hebbende op de motivering en deels van inhoudelijke aard, aan tegen de weigering van de Commissie

om de inkomsten van de betrokken distributieondernemingen aan te passen in dier voege dat in naam van derden ontvangen inkomsten werden afgetrokken. Zij betoogt in wezen dat volgens het Spaanse recht elektriciteitsdistributieondernemingen verplicht zijn, hun klanten bepaalde bedragen in rekening te brengen, die zij vervolgens doorgeven aan de elektriciteitsproducenten en aan de netwerkexploitanten, en dat deze bedragen derhalve in aftrek moeten worden gebracht op de in Endesa's boekhouding figurerende inkomsten. Dit omdat zij niet voortvloeien uit de „verkoop van goederen en het leveren van diensten door de betrokken ondernemingen [...] uit hun gewone bedrijfsactiviteiten” in de zin van artikel 5, lid 1, van de verordening.

- 202 Met betrekking tot in de eerste plaats verzoeksters argument dat de Commissie een fout heeft gemaakt door haar beoordeling alleen te baseren op de omstandigheid dat de mededeling niet voorziet in een aanpassing voor situaties waarin inkomsten worden doorgegeven, wordt in de eerste plaats opgemerkt dat verzoekster niet de rechtmatigheid van die mededeling betwist, maar betoogt dat de Commissie daaraan een buitensporig belang heeft toegekend terwijl het enkel een uitleggingshandeling betreft, en de voorgestelde aanpassing had moeten onderzoeken aan de hand van de verordening, die voor de berekening van de omzet de enige rechtsbasis vormt.
- 203 De Commissie is gehouden om de mededeling toe te passen voorzover zij niet in strijd is met de verordening. De mededeling preciseert dat bij uitzondering in bepaalde omstandigheden bepaalde aanpassingen moeten worden doorgevoerd. Verzoekster heeft tijdens de administratieve procedure getracht om de voorgestelde aanpassingen in verband te brengen met de in de mededeling genoemde categorieën aanpassingen. De Commissie kan derhalve niet worden verweten dat zij, ter weerlegging van de argumenten die verzoekster tijdens de administratieve procedure rondom deze zelfde punten heeft opgebouwd, in haar beschikking naar de punten 7, 11 en 13 van de mededeling heeft verwezen.
- 204 In de tweede plaats vermeldt de beschikking dat in de mededeling nergens wordt verwezen naar het begrip „doorgegeven” bedrag afkomstig uit de verkoop van goederen en het leveren van diensten door de onderneming. Dat de mededeling niet in een aanpassing voorziet voor het geval van doorgave van kosten, is echter niet de enige reden waarom de Commissie die aanpassing niet heeft doorgevoerd. In haar

beschikking (punten 33 in fine, 34 en 35) heeft zij immers met name opgemerkt dat de Spaanse elektriciteitsdistributieondernemingen niet konden worden gelijkgesteld met ondernemingen die enkel als tussenpersoon fungeren en waarvan de omzet uitsluitend bestaat in het bedrag aan door hen ontvangen provisies. Zij heeft dit gemotiveerd als volgt: De elektriciteitsdistributieondernemingen zijn niet alleen gehouden om elektriciteit over hun distributienetwerken te vervoeren, maar tevens om elektriciteit te leveren aan klanten die besluiten in het gereguleerde stelsel te blijven; de elektriciteitsdistributie impliceert de verkoop aan eindgebruikers van eerder door de distributeurs verworven producten; de aan de aankoop van elektriciteit verbonden uitgaven moeten als kosten voor de distributieondernemingen worden aangemerkt; het risico van wanbetaling door eindgebruikers van de prijs van de geleverde elektriciteit wordt gedragen door de distributieondernemingen, en de distributeur is aansprakelijk voor elke niet-nakoming van verplichtingen uit hoofde van de met de eindgebruiker gesloten overeenkomst.

205 Hieruit volgt dat verzoeksters grief dat de Commissie een fout heeft begaan door haar beoordeling er alleen op te baseren dat de mededeling niet voorziet in een „pass through”-aanpassing, moet worden afgewezen.

206 De grief dat de motivering ontoereikend is, kan niet worden aanvaard: in de punten 30 tot en met 36 van de beschikking heeft de Commissie uiteengezet om welke redenen — hierboven beknopt weergegeven — zij de „pass through”-aanpassing afwijst.

207 Vervolgens moet worden onderzocht of de Commissie in de beschikking terecht heeft geoordeeld dat de „pass through”-aanpassing niet hoefde te worden doorgevoerd.

208 Zoals in punt negen van de mededeling aangegeven, betreft het in artikel 5 van de verordening genoemde omzetbegrip uitdrukkelijk „de bedragen met betrekking tot

de verkoop van goederen en het leveren van diensten". De verkoop, waarin de activiteit van de onderneming tot uiting komt, is dus het essentiële criterium voor de bepaling van de omzet, ongeacht of het om goederen of diensten gaat.

209 Voorts impliceren de eisen van rechtszekerheid en snelheid, die de concentratiecontrole beheersen, dat zowel ondernemingen als mededingingsautoriteiten zich in beginsel op een voorzienbaar en een onmiddellijk toegankelijk criterium moeten kunnen baseren. Bijgevolg moet de in aanmerking te nemen omzet om te bepalen welke autoriteit bevoegd is om van een concentratie kennis te nemen, worden bepaald aan de hand van de gepubliceerde jaarrekeningen. Slechts bij uitzondering, wanneer bijzondere omstandigheden dit rechtvaardigen, mogen derhalve bepaalde aanpassingen worden doorgevoerd waardoor de economische werkelijkheid van de betrokken ondernemingen beter kan worden weergegeven.

210 Artikel 5 van de verordening verwijst naar de gehele omzet en niet naar slechts een deel hiervan. In de mededeling is bij wijze van uitzondering in de mogelijkheid voorzien om in bepaalde omstandigheden de omzet op andere wijze te bepalen dan aan de hand van de totale verkoop van goederen en diensten. Punt 13 van de mededeling preciseert dienaangaande:

„Gezien de ingewikkeldheid van de dienstensector kan dit algemene beginsel moeten worden aangepast aan de specifieke omstandigheden van de dienstverlening. In bepaalde gevallen van dienstverlening (toerisme, reclame enz.) kan de dienst worden verkocht door bemiddeling van een derde. Gezien de verscheidenheid van deze sectoren zijn er vele verschillende gevallen voorstelbaar: een dienstverlenende onderneming die optreedt als bemiddelende onderneming kan als omzet slechts het bedrag van de ontvangen provisies hebben.”

- 211 In de eerste plaats heeft dit punt van de mededeling betrekking op een bijzondere categorie tussenpersonen uit enkel de dienstensector, voor wie het bedrag aan door hen ontvangen provisies de enige beloning is. Het betreft derhalve een uitzondering op de algemene regel dat de relevante omzet op basis van het totale bedrag van de verkopen wordt bepaald. Het begrip tussenpersoon moet derhalve strikt worden uitgelegd.
- 212 In de tweede plaats stelt verzoekster niet dat haar activiteiten naar Spaans recht worden uitgeoefend in het kader van een agentuur- of commissieovereenkomst of een of andere soortgelijke overeenkomst. Vastgesteld moet worden dat verzoekster aan de eindverbruiker geen elektriciteit verkoopt in naam van en voor rekening van elektriciteitsproducenten of netwerkexploitanten.
- 213 Bij gebreke van juridische argumenten van de kant van Endesa voor het tegendeel, moet de rechtsverhouding tussen Endesa en de eindverbruikers worden aangemerkt als een overeenkomst van verkoop van elektriciteit. Deze verkoop is een commerciële handeling, die een overgang van eigendom impliceert.
- 214 Hetzelfde geldt voor de rechtsverhouding tussen Endesa en de elektriciteitsproducenten die haar elektriciteit leveren, via de elektriciteitsbeurs OMEL of anderszins. Artikel 41, lid 2, van de Spaanse wet nr. 54/1997 inzake het stelsel van productie en distributie van elektriciteit bepaalt dat elektriciteitsdistributeurs met name het recht hebben om de elektriciteit te verwerven die nodig is om de voorziening van hun klanten te waarborgen, en het recht om de met de distributieactiviteit overeenkomende retributie te innen. Artikel 45, lid 1, sub h, van dezelfde wet bepaalt dat de distributieondernemingen verplicht zijn om in het kader van de levering van elektrische energie de energie te verwerven die nodig is voor de ontwikkeling van hun activiteiten, en tevens verplicht zijn om hun aankopen te betalen volgens de hiertoe ingestelde vereffeningsprocedure.

- 215 Tegen de achtergrond van deze bepalingen moet verzoeksters ter terechtzitting uiteengezette argument dat de distributeur geen eigenaar is van energie omdat die energie eigendom van de klant wordt zodra de producent de energie in het systeem in omloop brengt, worden afgewezen. Artikel 11, lid 4, van wet nr. 54/1997 bepaalt trouwens tevens dat, behoudens afwijkende overeenkomst, de eigendom van de elektrische energie wordt geacht over te gaan op het moment waarop deze de installaties van de koper binnenkomt.
- 216 Hieruit volgt dat de activiteit van distributeurs, die er met name in bestaat, bij hun leveranciers elektriciteit of gas te kopen en de distributie en verkoop hiervan aan de eindverbruiker te waarborgen, niet kan worden gekwalificeerd als een levering van diensten die beperkt is tot de levering van een goed voor rekening van de producenten en andere marktdeelnemers. Vanuit juridisch oogpunt kan Endesa dus niet worden aangemerkt als een eenvoudige tussenpersoon in de zin van punt 13 van de mededeling en kan zij in beginsel niet vallen onder de in dit punt voorziene uitzondering, aangezien haar inkomsten uit de distributie van elektriciteit binnen haar gewone bedrijfsactiviteiten in de zin van artikel 5, lid 1, van de verordening vallen. De betrokken aanpassing kan derhalve niet door het beweerdelijke uitzonderlijke karakter van de verkoopactiviteiten van de distributieondernemingen worden gerechtvaardigd.
- 217 Overigens bevat artikel 20 van wet nr. 54/1997 geen bijzondere bepaling om rekening te houden met een eigenaardigheid van ondernemingen als verzoekster. Lid 2, derde alinea van dit artikel bepaalt: „De vennootschappen die als doel hebben de gereguleerde activiteiten bedoeld in artikel 11, lid 2, van deze wet te verrichten, houden in hun boekhouding gescheiden rekeningen bij voor de inkomsten en de kosten die strikt zijn toe te rekenen aan het vervoer, de distributie en in voorkomend geval het in de handel brengen en de verkoop aan klanten tegen vaste prijzen”. Zoals de Commissie terecht opmerkt, verwijst deze bepaling niet naar de Spaanse ABN die op gewone commissionairs van toepassing zijn.

- 218 Endesa stelt echter dat de Commissie niet heeft onderzocht, of de distributieondernemingen met deze activiteit daadwerkelijk economisch winst behaalden die de enkele, door geregementeerde tarieven vastgestelde beloning voor hun diensten te boven ging.
- 219 Dienaangaande wordt opgemerkt dat de enkele omstandigheid dat de beloning voor de distributieactiviteit in mindere of meerdere mate is gereguleerd, op zich niet volstaat voor de conclusie dat de beloning van de distributeurs enkel als provisie moet worden aangemerkt voor de toepassing van de verordening.
- 220 Endesa betoogt niettemin dat de rol van tussenpersoon van de distributieondernemingen uitdrukkelijk volgt uit artikel 4 van koninklijk besluit nr. 2017/1997 van 26 december 1997, dat de wijze van afrekening regelt van de kosten van transport, distributie en het in de handel brengen volgens een tarief, alsmede de permanente kosten van het stelsel, van de diversificatie en van de zekerheid van de voorziening.
- 221 Uit dit artikel blijkt echter niet, dat de distributieactiviteit die van een gewone tussenpersoon is. Met name bepaalt dit artikel niet dat een distributieonderneming alleen de beloning voor haar dienst houdt en het overschot aan de andere marktdeelnemers overdraagt, maar het bevat een opsomming van de voor de toepassing van het koninklijk besluit te vereffenen inkomsten en kosten.
- 222 Met betrekking tot verzoeksters stelling dat de handelingen van de distributieondernemingen geen waarde toevoegen aan de transacties, moet met de Commissie worden opgemerkt dat de distributie een aantal activiteiten omvat, die verder gaan dan alleen het leveren van energie. De distributeur gebruikt bovendien zijn merk en levert een integrale dienst aan de klant, die naast klantenservice, veiligheidsaanbe-

velingen, inspectie van installaties, opnemings van meters, facturering en inning omvat. Voorts brengt de omstandigheid dat de sector gereguleerd is, geen economische fictie teweeg, inhoudende dat de distributie noch waarde toevoegt noch inkomen genereert.

- 223 Met betrekking tot verzoeksters argument dat de retributie voor distributieondernemingen elk jaar onafhankelijk van de energieaankopen en -verkoop wordt vastgesteld en dat deze ondernemingen geen risico ter zake van wanbetaling lopen, wordt in de eerste plaats opgemerkt dat koninklijk besluit nr. 2819/1998 tot regeling van het vervoer en de distributie van elektrische energie, in artikel 15 de elementen van de retributie voor de distributieactiviteiten vastlegt, te weten: de kosten van investeringen, exploitatie en onderhoud van installaties, de kosten van de vervoerde energie, de kosten van een model dat distributiezones in kaart brengt, de kosten van verbetering van de kwaliteit van de levering en vermindering van verliezen en andere kosten die voor de uitoefening van de distributieactiviteit noodzakelijk zijn, waaronder de kosten van commercieel beheer.
- 224 Een van de elementen van de retributie voor de distributieactiviteit bestaat in de kosten van de vervoerde energie. Verzoeksters stelling dat de retributie voor distributieondernemingen absoluut onafhankelijk is van hun energieverkoop, en bijgevolg van de hoeveelheid aan hen geleverde energie, is derhalve ongegrond.
- 225 Vervolgens wordt weliswaar de globale retributie voor distributieactiviteiten jaarlijks vooraf berekend overeenkomstig artikel 20 van het koninklijk besluit nr. 2819/1998, maar dragen de distributeurs niettemin de risico's ter zake van hun eigen beheer, met name wat hun schatting van de vraag betreft. De distributeur koopt de elektriciteit namelijk van de pool tegen de marktprijs, maar zijn retributie wordt, zoals blijkt uit artikel 4, sub e, van koninklijk besluit nr. 2017/1997, berekend op basis van de gewogen gemiddelde prijs. Aldus zijn de kosten die bij de afrekening van de kosten van verwerving van de energie overeenkomstig artikel I.6 van koninklijk besluit nr. 2017/1997 aan de distributeur worden toegerekend, niet de kosten die hij op de markt daadwerkelijk heeft betaald, maar de gewogen gemiddelde

prijs van de energieaankopen door de distributeurs gedurende de afrekeningsperiode. De distributeur die een hogere prijs dan het gemiddelde heeft betaald, zal dit verschil dus kwijtraken, omdat hij in werkelijkheid meer kosten heeft gemaakt dan de prijs die hem daadwerkelijk wordt betaald. De distributeur die een lagere prijs dan het gemiddelde heeft betaald, zal daarentegen een aanvullend bedrag ontvangen. Hieruit volgt dat, zoals verzoekster overigens in haar antwoord op een schriftelijke vraag van het Gerecht erkent, het geldende stelsel enkel een theoretische beloning voor de distributieactiviteit waarborgt en dat de werkelijke beloning zal afhangen van de efficiëntie van de distributeurs bij de aankoop van energie.

226 Voorts moet met betrekking tot de elektriciteitsverkopen van distributeurs aan eindverbruikers worden opgemerkt, dat verzoekster niet de onjuistheid heeft aangetoond van de stelling in punt 35 van de beschikking, dat het risico van wanbetaling door de eindverbruikers van de (gereguleerde) prijs van de geleverde elektriciteit wordt gedragen door de distributieondernemingen. Hoewel een mechanisme bestaat waardoor tot op zekere hoogte rekening kan worden gehouden met het risico van wanbetaling in algemene zin, laat dit onverlet dat de distributeur het risico van wanbetaling draagt, zoals blijkt uit artikel 4, sub a, laatste volzin, van koninklijk besluit nr. 2017/1997, dat bepaalt dat „in de afrekeningsprocedure rekening wordt gehouden met de uit dien hoofde volgens de factureringsgegevens ontvangen inkomsten, ongeacht de inning ervan”. Deze bepaling verwijst naar de facturering en niet naar de daadwerkelijk ontvangen bedragen, zodat het risico van wanbetaling van de factuur door de klant moet worden geacht ten laste van de distributieonderneming te zijn.

227 Dat artikel 79, lid 7, van koninklijk besluit nr. 1955/2000 tot regeling van het vervoer, de distributie, het in de handel brengen en de levering, alsmede van de procedures voor de goedkeuring van installaties voor elektrische energie, bepaalt dat elektriciteitsondernemingen kunnen verlangen dat zekerheid wordt gesteld, doet aan deze conclusie niet af. Enerzijds is het bedrag ervan beperkt tot de maandelijks kosten van 50 uur gebruik van het geïnstalleerde vermogen. Anderzijds bepaalt dit artikel tevens, dat bepaalde categorieën consumenten in bepaalde geografische zones kunnen worden vrijgesteld van het stellen van deze zekerheid. Ten slotte kan deze zekerheid volgens de zesde overgangsbepaling van het koninklijk besluit niet worden geïnd van consumenten die op het moment van inwerkingtreding van dat

besluit reeds tegen een gereguleerd tarief geleverd kregen. Zoals de Commissie opmerkt, had de overgrote meerderheid van de consumenten die elektriciteit tegen een gereguleerd tarief geleverd krijgen, hun overeenkomst voor de levering van elektriciteit gesloten vóór 2000, hetgeen door verzoekster niet wordt betwist. De genoemde zekerheden bieden dus alleen voor een beperkt deel bescherming tegen het risico van wanbetaling.

- 228 Aangaande de omstandigheid dat het in de energiesector in Spanje gebruikelijk zou zijn dat distributieondernemingen als tussenpersoon worden gekwalificeerd, moet worden opgemerkt dat, hoewel dit punt niet doorslaggevend is, naar aanleiding van de schriftelijke vraag van het Gerecht en de opmerkingen van partijen ter terechtzitting is gebleken dat de meningen over de praktijk van „pass through”-aanpassingen door de ondernemingen uit de sector niet unaniem zijn.
- 229 Met betrekking tot verzoeksters stelling dat de weigering van de pass „through”-aanpassing wordt gekenmerkt door een ernstige fout bij de analyse, resulterend in overschrijding van bevoegdheid en een ontoereikende motivering doordat de Commissie in de eindfase van de procedure plotseling twijfel heeft geuit over deze aanpassing, terwijl zij Endesa voordien geen uitleg ter zake had gevraagd, maakt de omstandigheid dat bepaalde informatie aan het eind van de procedure is verzameld, de beschikking als zodanig niet onrechtmatig. Bovendien rechtvaardigt de ingewikkeldheid van de zaak, dat de Commissie zelfs in een vergevorderd stadium van de procedure en nadat zij meer gedetailleerde kennis van de context heeft verworven, tracht bepaalde aanvullende inlichtingen te verkrijgen. Overigens bevatte het door de Commissie op 28 september 2005 verstuurd verzoek om inlichtingen reeds verschillende vragen over de eventuele uitsluiting van bepaalde in Spanje ontvangen inkomsten (vragen 2 en 3), en heeft verzoekster in haar antwoord verduidelijkingen over de „pass through”-aanpassing gegeven (brief van 5 oktober 2005).
- 230 Uit het voorgaande volgt dat verzoeksters argumenten inzake de weigering van een „pass through”-aanpassing moeten worden afgewezen.

- 231 In deze omstandigheden hoeft niet te worden onderzocht of verzoeksters subsidiaire stelling, dat zelfs indien de distributieondernemingen niet fungeren als tussenpersoon, nog moet worden nagegaan of een deel van de distributieafdelingen niet intragroepshandelingen waren, gegrond is. Uit verzoeksters antwoord op de schriftelijke vraag van het Gerecht blijkt dat de dienovereenkomstige aanpassing 1 510 miljoen EUR betrof. Uit het dossier blijkt evenwel dat dit bedrag, zelfs wanneer alle andere door verzoekster voorgestelde aanpassingen waren aanvaard en alle door Gas Natural voorgestelde „tegen-aanpassingen” afgewezen, onvoldoende zou zijn geweest om de concentratie een communautaire dimensie te laten bereiken.
- 232 Op grond van deze overwegingen moet het eerste onderdeel van het vierde middel worden afgewezen.
- 233 Aangezien de „pass through”-aanpassing in elk geval noodzakelijk was voor het kunnen bereiken van een communautaire dimensie van de concentratie, hoeft het tweede onderdeel van het middel inzake de handel in gas niet meer te worden onderzocht.
- 234 Uit het voorgaande volgt dat het vierde middel moet worden verworpen.

Vijfde middel: schending van de criteria van de mededeling, ontbreken van onderzoek en motivering, misbruik van bevoegdheid

Argumenten van partijen

- 235 Endesa meent dat om de redenen genoemd in het tweede, het derde en het vierde middel en vanwege de gelaakte fouten de beschikking nietig moet worden verklaard, zonder dat uitspraak hoeft te worden gedaan over de kennelijk onjuiste beoordeling

door de Commissie van de andere voorgestelde aanpassingen. In verband met haar verzoek om het beroep volgens de versnelde procedure te behandelen, verklaart Endesa zich te beperken tot de grief dat de motivering van de beschikking in dit verband ontoereikend is.

- 236 Endesa kritiseert de houding van de Commissie om diverse aanpassingen met een beroep op het ontbreken van een specifieke rechtsgrondslag in de mededeling af te wijzen en om bepaalde aanpassingen wel maar andere niet te onderzoeken.
- 237 Aangaande het eerste punt miskent de Commissie dat de rechtsgrondslag voor de berekening van de omzet van de betrokken ondernemingen artikel 5 van de verordening is en niet de mededeling. Aanpassingen enkel toelaatbaar achten die in deze mededeling zijn genoemd of onder de daarin gestelde voorwaarden, zonder zich af te vragen of deze aanpassingen in overeenstemming zijn met de verordening, is kennelijk onjuist.
- 238 Met betrekking tot het tweede punt meent Endesa dat de Commissie had moeten uitleggen volgens welke criteria zij de aanpassingen heeft uitgekozen die wel en die geen analyse verdienden. De rechtvaardiging in punt 70 van de beschikking dat „de Commissie meent [...] dat het niet nodig is om hierover een uitspraak te doen, aangezien de concentratie, zelfs indien deze aanpassingen zouden worden aanvaard, geen communautaire dimensie zou hebben”, is onaanvaardbaar omdat dezelfde rechtvaardiging had kunnen worden gegeven voor tal van andere aanpassingen die veel minder belangrijk zijn maar niettemin zijn onderzocht.
- 239 Endesa voert andere gegevens aan die, in hun geheel beschouwd, heldere en eenduidige aanwijzingen voor misbruik van bevoegdheid vormen. Haars inziens is het op zijn minst bijvoorbeeld eigenaardig, dat de Commissie geen van de door Gas Natural voorgestelde aanpassingen beoordeelde, met uitzondering van een enkele

aanpassing inzake „niet-geconsolideerde vennootschappen” van de groep, die, zij het licht, in haar nadeel werkte. Nog veelzeggender is dat de Commissie heeft nagelaten om in de beschikking het geval te noemen van een andere niet-geconsolideerde vennootschap (Ergon Energía), dat Endesa in haar antwoord op het verzoek om informatie van de Commissie van 4 november 2005 heeft genoemd. Indien met alle niet-geconsolideerde vennootschappen rekening zou worden gehouden, zou de balans evenwel doorslaan naar een communautaire dimensie van de concentratie. De motivering inzake Endesa's aanvullende inkomsten in Italië (punten 60-64 van de beschikking) is evenzeer verbazingwekkend, daar de Commissie naar twee posten verwijst, maar zich niet uitspreekt over de economisch meest belangrijke.

240 Endesa betoogt dat uit oplettende lezing van de beschikking blijkt dat de Commissie enkel als doel heeft gehad, het risico dat de beschikking door het Gerecht zou worden nietig verklaard, te beperken. Dit terwijl het aan de Commissie stond om de bevoegdheidsregels uit te voeren en in het bijzonder om uiteen te zetten waarom zij de voorgestelde aanpassingen afwees.

241 Dat de Commissie niet haar verantwoordelijkheid heeft genomen wat het vaststellen van haar bevoegdheid betreft, vormt een misbruik van bevoegdheid dat bovendien de rechten van de verdediging schendt wegens een ontoereikende motivering, terwijl Endesa gedurende de administratieve procedure actief heeft meegewerkt door een aantal door de Commissie gevraagde gegevens aan te leveren.

242 De termijn van 24 uur die Endesa is toegekend om te antwoorden op een informatieverzoek dat 50 dagen na de aanvang van de procedure is verstuurd en dat voor de motivering van de beschikking bepalend zou zijn, is een aanvullende aanwijzing voor misbruik van bevoegdheid, en vormt bovendien een schending van de rechten van de verdediging.

- 243 Gelet op bovenstaande omstandigheden en met name op het ontbreken van een rechtvaardiging voor de keuze van de onderzochte aanpassingen en de ontoereikende motivering, en gelet op haar argumenten inzake de twee hoofdgrievens (inzake enerzijds de boekhoudnormen en anderzijds de „pass through”-aanpassing en de aanpassing inzake de handel in gas), meent Endesa dat het niet nuttig is haar argumenten waarmee zij de beoordeling betwist van de verschillende, in de punten 37 tot en met 72 van de beschikking onderzochte aanpassingen nader uiteen te zetten.
- 244 De Commissie, ondersteund door de interveniënten, verklaart dat het onderhavige middel bestaat uit verschillende argumenten, waarmee verzoekster in wezen enkel haar verbazing over bepaalde aspecten van de beschikking tot uitdrukking brengt, en waarvan het enige doel lijkt te zijn dat de beoordelingen van de aanpassingen die niet uitdrukkelijk worden betwist, als betwist worden aangemerkt. De Commissie betoogt dat deze kritiek geenszins is onderbouwd en niet verwijst naar enige precieze passage van de beschikking. Het middel is volgens haar niet-ontvankelijk, omdat het niet voldoet aan de vormvereisten van artikel 44 van het reglement voor procesvoering. Zij voegt hieraan toe dat zelfs als de gestelde fouten reëel zouden zijn, deze niet als bewijs kunnen dienen voor een misbruik van bevoegdheid.

Beoordeling door het Gerecht

- 245 In het kader van dit middel formuleert verzoekster een aantal heterogene argumenten met betrekking tot de andere aanpassingen die in de beschikking zijn afgewezen, de aanpassingen waarover de Commissie zich in de beschikking niet heeft uitgesproken, en de termijn om op een informatieverzoek te antwoorden. Ten slotte stelt verzoekster misbruik van bevoegdheid.
- 246 Met betrekking tot in de eerste plaats de andere voorgestelde aanpassingen waarnaar in de beschikking onderzoek is gedaan, beperkt verzoekster zich tot het betoog dat de Commissie deze heeft afgewezen op de enkele grond dat ze niet in de mededeling zijn voorzien.

- 247 Het is juist dat het Gerecht reeds, zoals de Commissie opmerkt, gelegenheid heeft gehad om aan te geven dat de versnelde procedure, waarin geen plaats is voor een tweede memoriewisseling, vooronderstelt dat de argumenten van verzoekster meteen in het verzoekschrift duidelijk en definitief worden uiteengezet (arrest EDP/Commissie, punt 93 supra, punt 183). In casu is de grief echter ontvankelijk in zoverre dat, al is hij zeer kort en weinig onderbouwd, deze niettemin kan worden opgevat als betrekking hebbend op een fout van de Commissie, doordat zij alleen de in de mededeling genoemde aanpassingen toelaatbaar heeft geacht, zonder na te gaan of deze aanpassingen in overeenstemming waren met de verordening.
- 248 Deze grief moet echter als ongegrond worden afgewezen. Uit onderzoek van de beschikking blijkt namelijk dat, anders dan verzoekster stelt, de Commissie geen van de betrokken aanpassingen heeft afgewezen op de enkele grond dat deze niet uitdrukkelijk in de mededeling was voorzien.
- 249 Zo is de afwijzing van de in de punten 41 tot en met 44 van de beschikking genoemde aanpassingen niet op de mededeling gebaseerd, maar op de omstandigheid dat het aanpassingen betreft die geen voorwerp van een accountantscontrole waren geweest of niet gefundeerd waren (punt 44 van de beschikking). Evenmin wordt ter zake van de in de punten 45 tot en met 50 van de beschikking onderzochte aanpassing naar de mededeling verwezen. Voorts berust de afwijzing van de in de punten 51 tot en met 55 van de beschikking onderzochte aanpassing hierop, dat deze kosten van de elektriciteitsondernemingen betrof om actief te blijven op de markt, en de conclusie verwijst naar artikel 5, lid 1, van de verordening. De in de punten 56 en 57 van de beschikking onderzochte aanpassing is afgewezen omdat de betrokken overdrachten van activa op zich vanuit boekhoudkundig oogpunt moesten worden aangemerkt als inkomsten, ongeacht of de overgedragen activa inkomsten genereerden. Bovendien heeft de Commissie geoordeeld dat deze praktijk courant of ten minste niet uitzonderlijk was. De conclusie verwijst eveneens naar artikel 5, lid 1, van de verordening. Verzoeksters kritiek is evenmin gegrond met betrekking tot de aanpassing onderzocht in de punten 58 en 59, waarin is aangegeven dat Endesa niet voldoende duidelijk heeft aangetoond dat de betrokken inkomsten daadwerkelijk betrekking hadden op eerdere jaren, noch is haar kritiek gegrond wat betreft de in de punten 60 tot en met 64 van de beschikking onderzochte aanpassing, die is afgewezen op grond van het voorzichtigheidsbeginsel

en op grond van de verordening zelf. Ten slotte verwijst de conclusie ten aanzien van de in de punten 65 tot en met 68 van de beschikking onderzochte aanpassing eveneens naar artikel 5 van de verordening.

- 250 Hieruit volgt dat verzoeksters grief inzake de andere in de beschikking afgewezen aanpassingen moet worden afgewezen.
- 251 Overigens kan verzoekster zich niet de mogelijkheid voorbehouden om in een later stadium middelen of argumenten aan te voeren. Derhalve moet worden geoordeeld dat de beschikking definitief is wat de andere door Endesa voorgestelde aanpassingen betreft, die door de Commissie in de beschikking zijn onderzocht.
- 252 Met betrekking tot in de tweede plaats de grief inzake de aanpassingen waarover de Commissie geen standpunt heeft ingenomen, betoogt verzoekster dat de Commissie had moeten uitleggen volgens welk criterium zij de aanpassingen heeft gekozen die wel en die geen onderzoek verdienden. Deze keuze is volledig ongerechtvaardigd en heeft tot gevolg dat de beschikking geen grondslag meer heeft wanneer het Gerecht een van de twee hoofdmiddelen of beide aanvaardt, die enerzijds betrekking hebben op de te gebruiken boekhoudnormen en anderzijds op de „pass through”-aanpassing en de aanpassing met betrekking tot de handel in gas.
- 253 Deze grief kan niet worden aanvaard. Vast staat namelijk dat zelfs in geval van aanvaarding van alle aanpassingen waarover de Commissie zich niet heeft uitgesproken, de concentratie geen communautaire dimensie zou hebben. Dit laatste zou enkel het geval kunnen zijn wanneer bovendien hetzij verzoeksters IFRS-jaarrekening, hetzij de twee aanpassingen inzake de doorberekening en de handel in gas werden aanvaard. Aangezien de Commissie in de beschikking zowel de IFRS-jaarrekening als de twee aanpassingen heeft afgewezen, was het zinloos om Endesa's overige argumenten te onderzoeken.

- 254 Ook kan verzoekster in dit verband geen motiveringsgebrek stellen. De motiveringsplicht vereist immers met name in het kader van de concentratiecontrole, die tot een snelle besluitvorming noodzaakt, niet dat de Commissie een standpunt inneemt over aanpassingen die, zelfs indien zij werden aanvaard, geen betekenis hebben, wanneer uit de eerdere afwijzing van andere aanpassingen reeds afdoende blijkt dat de concentratie geen communautaire dimensie heeft.
- 255 Op dezelfde gronden moeten de argumenten dat de Commissie geen van de door Gas Natural voorgestelde aanpassingen heeft beoordeeld (behoudens de aanpassing ten nadele van Endesa), noch de aanpassingen inzake de niet-geconsolideerde vennootschappen, in het bijzonder Ergon Energia, worden afgewezen. Hierbij kan nog worden aangetekend dat de Commissie een van de door Gas Natural voorgestelde aanpassingen heeft aanvaard, omdat verzoekster zelf de juistheid van deze aanpassing had erkend. Ten slotte is het verwijt dat de door Gas Natural voorgestelde aanpassingen niet zijn onderzocht, irrelevant, aangezien deze „tegenaanpassingen” tot gevolg zouden hebben gehad dat het aandeel van de in Spanje behaalde omzet van verzoekster was toegenomen.
- 256 Aangaande in de derde plaats verzoeksters stelling dat uit een oplettende lezing van de beschikking kan worden afgeleid dat het enige doel van de Commissie is geweest, het risico van nietigverklaring van de beschikking door het Gerecht te beperken, volstaat de opmerking dat de Commissie niet kan worden verweten dat zij zich van de rechtmatigheid van haar beschikkingen vergewist opdat deze door het Gerecht niet nietig worden verklaard.
- 257 Wat in de vierde plaats de grief betreft dat aan verzoekster een termijn van slechts 24 uur is gesteld om te antwoorden op een informatieverzoek dat 50 dagen na de aanvang van de procedure is verstuurd en dat voor de motivering van de beschikking bepalend zou zijn, volstaat de vaststelling dat verzoekster niet heeft verzocht om verlenging van de termijn, en dat zij binnen de gestelde termijn heeft kunnen antwoorden.

258 Met betrekking tot, in de vijfde plaats, de grief inzake misbruik van bevoegdheid, wordt eraan herinnerd dat van misbruik van bevoegdheid slechts sprake is wanneer op grond van objectieve, relevante en overeenstemmende aanwijzingen blijkt dat de handeling uitsluitend of althans overwegend is vastgesteld om andere dan de aangegeven doelen te bereiken, of om zich te onttrekken aan de toepassing van een procedure waarin het Verdrag speciaal heeft voorzien om aan de omstandigheden van het geval het hoofd te bieden (arresten Hof van 21 juni 1984, Lux/Rekenkamer, 69/83, Jurispr. blz. 2447, punt 30; 13 november 1990, Fedesa e.a., C-331/88, Jurispr. blz. I-4023, punt 24; 13 juli 1995, Parlement/Commissie, C-156/93, Jurispr. blz. I-2019, punt 31; 14 mei 1998, Windpark Groothusen/Commissie, C-48/96 P, Jurispr. blz. I-2873, punt 52, en 22 november 2001, Nederland/Raad, C-110/97, Jurispr. blz. I-8763, punt 137). Aangezien geen van de door verzoekster in het kader van dit middel of de andere middelen gestelde fouten waarmee zij misbruik van bevoegdheid wil aantonen, gegrond is, moet de grief worden afgewezen. Ook indien van de gestelde fouten daadwerkelijk sprake zou zijn, zouden zij hoe dan ook geen misbruik van bevoegdheid kunnen opleveren.

259 Bijgevolg moet het vijfde middel worden afgewezen.

260 Uit het voorgaande volgt dat het beroep als ongegrond moet worden verworpen.

Kosten

261 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld en zowel de Commissie als de interveniënten hebben gevorderd dat verzoekster in de kosten wordt verwezen, zal verzoekster behalve haar eigen kosten tevens de kosten van de Commissie en van Gas Natural dragen, de kosten van de procedure in kort geding daaronder begrepen.

262 Ingevolge artikel 87, lid 4, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering dragen de lidstaten die in het geding zijn tussengekomen, hun eigen kosten. Bijgevolg zal het Koninkrijk Spanje zijn eigen kosten dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer)

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Het beroep wordt verworpen.**
- 2) **Verzoekster zal haar eigen kosten alsmede die van de Commissie en Gas Natural SDG, SA, dragen, met inbegrip van de kosten van de procedure in kort geding.**
- 3) **Het Koninkrijk Spanje zal zijn eigen kosten dragen.**

Jaeger

Tiili

Czúcz

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 14 juli 2006.

De griffier

De president

E. Coulon

M. Jaeger

Inhoud

Rechtskader	II - 2543
Verordeningen betreffende de controle op concentraties	II - 2543
Regeling inzake de boekhouding van vennootschappen	II - 2548
Mededeling betreffende de berekening van de omzet	II - 2551
Feiten	II - 2552
Procesverloop	II - 2556
Conclusies van partijen	II - 2559
In rechte	II - 2560
Eerste middel: vormfouten	II - 2561
Eerste onderdeel: de besluiten op de verwijzingsverzoeken voorafgaand aan de vaststelling van de beschikking	II - 2561
— Argumenten van partijen	II - 2561
— Beoordeling door het Gerecht	II - 2562
Het tweede onderdeel: geen doorzichtigheid en schending van de rechten van de verdediging	II - 2565
— Argumenten van partijen	II - 2565
— Beoordeling door het Gerecht	II - 2566
Derde onderdeel: niet opschorten van de nationale procedure	II - 2568
— Argumenten van partijen	II - 2568
— Beoordeling door het Gerecht	II - 2570
Het tweede middel: omkering van de bewijslast en ontoereikende motivering	II - 2571
Argumenten van partijen	II - 2571
Beoordeling door het Gerecht	II - 2573
	II - 2625

Derde middel: niet gebruiken van de overeenkomstig de IAS/IFRS-standaarden opgestelde jaarrekening	II - 2580
Eerste onderdeel: niet-gebruik van de IAS-IFRS-standaarden als enige geldende standaarden voor jaarrekeningen	II - 2581
— Argumenten van partijen	II - 2581
— Beoordeling door het Gerecht	II - 2582
Tweede onderdeel: primaat van de IAFS/IFRS-standaarden voor jaarrekeningen	II - 2585
— Argumenten van partijen	II - 2585
— Beoordeling door het Gerecht	II - 2587
Derde onderdeel: onjuiste toepassing van het recht en kennelijke beoordelingsfouten waardoor de afgestemde jaarrekening is afgewezen	II - 2591
— Argumenten van partijen	II - 2591
— Beoordeling door het Gerecht	II - 2598
Vierde middel: afwijzing van de „pass through”-aanpassing en van de aanpassing inzake de handel in gas	II - 2602
— Argumenten van partijen	II - 2603
— Beoordeling door het Gerecht	II - 2606
Vijfde middel: schending van de criteria van de mededeling, ontbreken van onderzoek en motivering, misbruik van bevoegdheid	II - 2616
Argumenten van partijen	II - 2616
Beoordeling door het Gerecht	II - 2619
Kosten	II - 2623