

WYROK SĄDU PIERWSZEJ INSTANCJI (trzecia izba)

z dnia 14 lipca 2006 r.*

W sprawie T-417/05

Endesa, SA, z siedzibą w Madrycie (Hiszpania), reprezentowana przez J. Flyna, QC, S. Baxtera, solicitor, M. Odriozolę Aléna, M. Muñoz de Juan, M. Merolę, J. Garcíę de Enterríę Lorenza-Velázquezę i J. Varcárcela Martíneza, adwokatów,

strona skarżąca,

przeciwko

Komisji Wspólnot Europejskich, reprezentowanej przez F. Castilla de la Torre, É. Gippiniego Fourniera, A. Whelana i M. Schneidera, działających w charakterze pełnomocników,

strona pozwana,

popieranej przez

Królestwo Hiszpanii, reprezentowane przez N. Díaz Abad, abogado del Estado,

* Język postępowania: hiszpański.

oraz przez

Gas Natural SDG, SA, z siedzibą w Barcelonie (Hiszpania), reprezentowaną przez F. González Díaz, J. Jiménez de la Igleśię i A. Leisa Garcię, adwokatów,

interwencji,

mającej za przedmiot wnioszek o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji z dnia 15 listopada 2005 r. stwierdzającej brak wspólnotowego wymiaru koncentracji (sprawa COMP/M.3986 — Gas Natural przeciwko Endesa)

SĄD PIERWSZEJ INSTANCJI
WSPÓLNOT EUROPEJSKICH (trzecia izba),

w składzie: M. Jaeger, prezes, V. Tiili i O. Czúcz, sędziowie,
sekretarz: J. Palacio González, główny administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 9 marca 2006 r.,

wydaje następujący

Wyrok

Ramy prawne

Rozporządzenia dotyczące kontroli koncentracji

- ¹ Artykuł 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. L 24, str. 1) (zwanego dalej „rozporządzeniem”) stanowi, co następuje:

„1. Bez uszczerbku dla art. 4 ust. 5 i art. 22 niniejsze rozporządzenie stosuje się do wszystkich koncentracji o wymiarze wspólnotowym, jak określono w niniejszym artykule.

2. Koncentracja ma wymiar wspólnotowy, jeżeli:

- a) łączny światowy obrót wszystkich zainteresowanych przedsiębiorstw wynosi więcej niż 5 miliardów EUR; oraz

- b) łączny obrót przypadający na Wspólnotę, każdego z co najmniej dwóch zainteresowanych przedsiębiorstw, wynosi więcej niż 250 mln EUR,

chyba że każde z zainteresowanych przedsiębiorstw uzyskuje więcej niż dwie trzecie swoich łącznych obrotów przypadających na Wspólnotę w jednym i tym samym państwie członkowskim.

[...].

- 2 Artykuł 5 rozporządzenia, zatytułowany „Obliczanie obrotu”, przewiduje:

„1. Łączny obrót w rozumieniu niniejszego rozporządzenia obejmuje kwoty uzyskane przez zainteresowane przedsiębiorstwa w poprzednim roku finansowym ze sprzedaży produktów i świadczenia usług składających się na normalną działalność przedsiębiorstw po odliczeniu rabatów związanych ze sprzedażą, podatku od wartości dodanej i innych podatków bezpośrednio związanych z obrotem. Całkowity obrót zainteresowanego przedsiębiorstwa nie obejmuje sprzedaży produktów i świadczenia usług pomiędzy jakimikolwiek przedsiębiorstwami określonymi w ust. 4.

Obrót uzyskany we Wspólnocie lub w państwie członkowskim obejmuje produkty sprzedawane i usługi świadczone przedsiębiorstwom lub konsumentom, w zależności od przypadku, we Wspólnocie lub w tym państwie członkowskim.

[...].

3 Zgodnie z art. 19 rozporządzenia:

„1. Komisja przekazuje właściwym władzom państwa członkowskiego kopie zgłoszeń w ciągu trzech dni roboczych oraz, tak szybko, jak to możliwe, kopie najważniejszych dokumentów przedłożonych Komisji lub sporządzonych przez Komisję na mocy niniejszego rozporządzenia [...].

2. Komisja przeprowadza procedury określone w niniejszym rozporządzeniu w ścisłej i stałej współpracy z właściwymi władzami państw członkowskich, które mogą zajmować stanowisko wobec tych procedur [...]”.

4 Na mocy art. 21 rozporządzenia:

„2. Z zastrzeżeniem kontroli Trybunału Sprawiedliwości, Komisja posiada wyłączne kompetencje do podejmowania decyzji przewidzianych w niniejszym rozporządzeniu.

3. Żadne państwo członkowskie nie stosuje własnego ustawodawstwa krajowego dotyczącego konkurencji w stosunku do koncentracji o wymiarze wspólnotowym”.

5 Artykuł 22 rozporządzenia stanowi:

„1. Jedno lub więcej państw członkowskich może złożyć do Komisji wnioski o zbadanie wszelkiej koncentracji, jak określono w art. 3, która nie ma wymiaru wspólnotowego w rozumieniu art. 1, ale ma wpływ na handel pomiędzy państwami

członkowskimi i zagraża w sposób znaczący konkurencji na terytorium państwa członkowskiego lub państw składających wniosek.

Wniosek taki składany jest najpóźniej w ciągu 15 dni roboczych od daty zgłoszenia koncentracji lub, jeżeli zgłoszenie nie jest wymagane, powiadomienia danego państwa członkowskiego w inny sposób.

2. Komisja niezwłocznie informuje właściwe władze państw członkowskich i zainteresowane przedsiębiorstwa o wszelkich wnioskach otrzymanych zgodnie z ust. 1.

Każde inne państwo członkowskie ma prawo przyłączenia się do pierwotnego wniosku w ciągu 15 roboczych dni od daty poinformowania go przez Komisję o pierwotnym wniosku.

Wszelkie krajowe terminy odnoszące się do koncentracji są zawieszane dopóki, zgodnie z procedurą określoną w niniejszym artykule, nie zostanie podjęta decyzja, gdzie należy przeprowadzić zbadanie koncentracji. Natychmiast po poinformowaniu Komisji i zainteresowanych przedsiębiorstw przez państwo członkowskie, że nie zamierza [ono] przyłączyć się do wniosku, zawieszenie terminów krajowych zostaje odwołane.

3. Komisja, najpóźniej 10 dni roboczych od upływu okresu, o którym mowa w ust. 2, może podjąć decyzję o zbadaniu koncentracji, jeśli stwierdzi, iż zakłóca ona handel pomiędzy państwami członkowskimi i zagraża znaczącym zakłóceniem konkurencji na terytorium państwa członkowskiego lub państw składających wniosek. W przypadku gdy Komisja nie podejmie decyzji w tym terminie, uznaje się tym samym, iż przyjęła decyzję o zbadaniu koncentracji zgodnie ze złożonym wnioskiem.

Komisja informuje wszystkie państwa członkowskie i zainteresowane przedsiębiorstwa o swojej decyzji. Może wnioskować o dokonanie zgłoszenia zgodnie z art. 4.

Państwo członkowskie lub państwa po złożeniu wniosku nie stosują do koncentracji krajowych przepisów prawnych dotycząc[ych] konkurencji.

[...]”.

- 6 Na mocy art. 17 ust. 3 rozporządzenia Komisji (WE) nr 802/2004 z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie wykonania rozporządzenia (Dz.U. L 133, str. 1):

„Prawo dostępu do akt nie obejmuje informacji poufnych lub dokumentów wewnętrznych Komisji ani właściwych władz państw członkowskich. W takim samym stopniu prawo dostępu do akt nie obejmuje korespondencji między Komisją a właściwymi władzami państw członkowskich czy między tymi ostatnimi”.

- 7 Artykuł 1 rozporządzenia (WE) nr 1606/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 19 lipca 2002 r. w sprawie stosowania międzynarodowych standardów rachunkowości (Dz.U. L 243, str. 1) stanowi:

„Celem niniejszego rozporządzenia jest przyjęcie i stosowanie międzynarodowych standardów rachunkowości we Wspólnocie w celu zharmonizowania informacji finansowych przedstawianych przez spółki określone w art. 4 w celu zapewnienia wysokiego stopnia przejrzystości i porównywalności sprawozdań finansowych

wpływających na wydajne funkcjonowanie wspólnotowego rynku kapitałowego i rynku wewnętrznego”.

Uregulowania w sprawie rachunkowości spółek

- 8 Artykuł 4 rozporządzenia nr 1606/2002 (zatytułowany „Skonsolidowane sprawozdania finansowe spółek notowanych w obrocie publicznym”) stanowi:

„Za każdy rok obrotowy rozpoczynający się w dniu 1 stycznia 2005 r. lub po tej dacie spółki regulowane prawem państwa członkowskiego sporządzą swe skonsolidowane sprawozdania finansowe zgodnie z międzynarodowymi standardami rachunkowości przyjętymi zgodnie z procedurą ustanowioną w art. 6 ust. 2, jeżeli, na dzień bilansowy, ich papiery wartościowe były dopuszczone do obrotu na regulowanym rynku każdego z państw członkowskich w rozumieniu art. 1 ust. 13 dyrektywy Rady 93/22/EWG z dnia 10 maja 1993 r. w sprawie usług inwestycyjnych w zakresie papierów wartościowych”.

- 9 Rozporządzenie Komisji (WE) nr 1725/2003 z dnia 29 września 2003 r. przyjmujące określone międzynarodowe standardy rachunkowości zgodnie z rozporządzeniem nr 1606/2002 (Dz.U. L 261, str. 1) stanowi:

„Artykuł 1

Przyjmuje się międzynarodowe standardy rachunkowości zamieszczone w Załączniku.

[...]”.

- 10 Międzynarodowy standard rachunkowości MSR 18, zatytułowany „Przychody”, załączony do rozporządzenia nr 1725/2003, brzmi następująco:

„Definicje

7. W niniejszym standardzie posłużono się terminami o następującym znaczeniu:

Przychody są wpływami korzyści ekonomicznych brutto danego roku obrotowego, powstałymi w wyniku (zwykłej) działalności gospodarczej jednostki, skutkującymi zwiększeniem kapitału własnego, innymi niż zwiększenie kapitału wynikającego z wpłat udziałowców.

Wartość godziwa jest kwotą, za jaką na warunkach rynkowych składnik aktywów mógłby zostać wymieniony, a zobowiązanie zaspokojone, pomiędzy zainteresowanymi i dobrze poinformowanymi stronami transakcji.

8. Do przychodów należą jedynie otrzymane lub należne wpływy korzyści ekonomicznych brutto na rachunek własny jednostki gospodarczej. Kwoty zbierane w imieniu osób trzecich takie jak podatek obrotowy, podatek obciążający towary i usługi oraz podatek VAT, nie są korzyściami ekonomicznymi jednostki gospodarczej i nie skutkują zwiększeniem kapitału własnego. W związku z tym wyłącza się je z przychodów. Analogicznie, w przypadku relacji wynikających z umowy agencyjnej, wpływy korzyści ekonomicznych brutto obejmują kwoty zbierane w imieniu zleceniodawcy, i nie powodują one zwiększenia kapitału własnego jednostki gospodarczej. Kwoty zbierane w imieniu zleceniodawcy nie stanowią zatem przychodów. Przychodami są natomiast kwoty prowizji”.

- 11 Rozporządzenie Komisji (WE) nr 707/2004 z dnia 6 kwietnia 2004 r. zmieniające rozporządzenie nr 1725/2003 (Dz.U. L 111, str. 3) stanowi:

„Artykuł 1

W Załączniku do rozporządzenia [...] nr 1725/2003, SKI-8 »Zastosowanie po raz pierwszy MSR jako podstawy rachunkowości« zastępuje się tekstem zamieszczonym w Załączniku do niniejszego rozporządzenia.

Artykuł 2

Niniejsze rozporządzenie wchodzi w życie dwudziestego dnia po jego opublikowaniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

[...]”.

- 12 Załącznik do rozporządzenia nr 707/2004 zatytułowany „MSSF 1 — Zastosowanie Międzynarodowych Standardów Sprawozdawczości Finansowej po raz pierwszy” precyzuje:

„36. W celu zachowania zgodności z postanowieniami MSR 1 »Prezentacja sprawozdań finansowych« pierwsze sprawozdanie finansowe jednostki sporządzone zgodnie z MSSF powinno zawierać przygotowane zgodnie z MSSF dane porównawcze przynajmniej za jeden rok.

[...]

47. Jednostka powinna stosować postanowienia MSSF, jeżeli jej pierwsze sprawozdanie finansowe zgodne z MSSF jest sporządzane za okres obrotowy rozpoczynający się 1 stycznia 2004 r. i później. Zaleca się wcześniejsze zastosowanie standardu [...]”.

Komunikat w sprawie obliczania obrotu

- 13 Zgodnie z pkt 26 komunikatu Komisji w sprawie obliczania obrotu zgodnie z rozporządzeniem Rady (EWG) nr 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. 1998, C 66, str. 25) (zwanego dalej „komunikatem”):

„Komisja stara się opierać na najdokładniejszych i najbardziej wiarygodnych dostępnych danych liczbowych. Tak więc jako generalną zasadę Komisja przyjęła, że korzystać będzie ze skontrolowanych lub innych ostatecznych sprawozdań finansowych. Jednakże w przypadku gdy między wspólnotowymi i stosowanymi przez państwo trzecie standardami rachunkowości występują znaczne różnice, Komisja może uznać za konieczne przeformułowanie tych sprawozdań finansowych zgodnie ze standardami wspólnotowymi w odniesieniu do obrotów. Generalnie Komisja nie jest skłonna opierać się na zestawieniach przygotowywanych w ramach rachunkowości zarządczej czy innych prowizorycznych sprawozdaniach finansowych poza sytuacjami wyjątkowymi (zob. następny punkt). Jeżeli koncentracja ma miejsce w pierwszych miesiącach roku i nie są jeszcze dostępne skontrolowane sprawozdania finansowe za ostatni rok finansowy, należy wtedy brać pod uwagę dane liczbowe z poprzedniego roku. Jeśli pomiędzy dwoma zestawami sprawozdań finansowych istnieją znaczne różnice, a w szczególności, gdy dostępne są potwierdzone wstępne zestawienia liczbowe za ostatnie lata, Komisja może zdecydować się na skorzystanie z tych zestawień”.

- 14 Punkt 27 komunikatu stanowi:

„Nie naruszając punktu 26, należy zawsze dokonywać korekty uwzględniającej operacje nabycia lub zbycia zrealizowane po dniu skontrolowania sprawozdań

finansowych. Jest to niezbędne, jeżeli zidentyfikowane mają być faktyczne zasoby, które zostają połączone w ramach koncentracji. Jeżeli więc przedsiębiorstwo zbywa część swojej działalności w dowolnym czasie przed podpisaniem ostatecznej umowy lub ogłoszeniem oferty publicznej, lub też nabyciem pakietu kontrolnego powodującego koncentrację lub jeżeli takie zbycie czy zamknięcie stanowi warunek wstępny operacji, część obrotów, jaką przypisuje się tej części przedsiębiorstwa, należy odjąć od obrotów strony notyfikującej wykazanych w jej ostatnich skontrolowanych rachunkach [sprawozdaniach finansowych]. I odwrotnie — obroty związane z aktywami, nad którymi uzyskano kontrolę po przygotowaniu ostatnich skontrolowanych rachunków [sprawozdań finansowych], należy dodać do obrotu przedsiębiorstwa obliczanego w celach notyfikacji”.

Okoliczności faktyczne leżące u podstaw sporu

- 15 Skarżąca, Endesa SA, jest spółką handlową notowaną między innymi na giełdzie w Madrycie. Stoi ona na czele grupy Endesa, która jest największą grupą na rynku energii elektrycznej w Hiszpanii. Grupa jest również obecna we Włoszech, we Francji, w Portugalii, w Polsce i w Ameryce Łacińskiej.
- 16 Gas Natural SDG, SA (zwana dalej „spółką Gas Natural”) jest spółką handlową notowaną na giełdzie w Madrycie. Spółka stoi na czele grupy Gas Natural, w skład której wchodzi przedsiębiorstwa świadczące usługi w sektorze energii. Jej działalność obejmuje przede wszystkim dostawę, dystrybucję i sprzedaż gazu naturalnego w Hiszpanii, we Włoszech i w Ameryce Łacińskiej. Spółka rozwija również działalność w sektorze energii elektrycznej, która skupia się na produkcji i sprzedaży energii elektrycznej. W tej dziedzinie jest ona nowym podmiotem na rynku.
- 17 W dniu 5 września 2005 r. spółka Gas Natural ogłosiła zamiar złożenia publicznej oferty przejęcia całego kapitału akcyjnego spółki Endesa, co prowadziłoby do koncentracji zgodnie z art. 3 rozporządzenia. Publiczna oferta przejęcia została uznana za wrogą przez organy administracyjne spółki Endesa.

- 18 W dniu 12 września 2005 r. spółka Gas Natural zgłosiła koncentrację hiszpańskiemu urzędowi ds. konkurencji.
- 19 Niedługo po ogłoszeniu przez spółkę Gas Natural publicznej oferty przejęcia spółka Endesa przekazała Komisji informację, że w jej opinii koncentracja ma wymiar wspólnotowy w rozumieniu art. 1 rozporządzenia. W związku z powyższym, jak twierdzi Endesa, po pierwsze koncentracja powinna zostać zgłoszona Komisji zgodnie z art. 4 rozporządzenia, a po drugie hiszpański urząd ds. konkurencji nie jest właściwy, aby wypowiedać się na temat tej operacji.
- 20 W dniu 19 września 2005 r. spółka Endesa zwróciła się do Komisji, aby zajęła stanowisko w sprawie własnej kompetencji do zbadania koncentracji ze względu na jej wymiar wspólnotowy.
- 21 W tych komunikatach spółka Endesa oświadczyła po pierwsze, że dane, które należy uwzględnić w odniesieniu do obrotu za 2004 r., to dane, które zostały obliczone na podstawie nowych międzynarodowych standardów sprawozdawczości finansowej (MSSF), a nie dane, które wynikają z audytu sprawozdań, a po drugie, że należy zastosować określone korekty tych danych, aby były zgodne z postanowieniami komunikatu Komisji w sprawie obliczania obrotu. Na podstawie danych uzyskanych w ten sposób Endesa szacuje, że w 2004 r. w Hiszpanii zrealizowała nie więcej niż dwie trzecie łącznego obrotu uzyskanego we Wspólnocie.
- 22 W dniu 20 września 2005 r. portugalski urząd ds. konkurencji zwrócił się do Komisji o akceptację wniosku o odesłanie koncentracji na podstawie art. 22 rozporządzenia. W dniu 22 września 2005 r. Komisja poinformowała pozostałe państwa członkowskie o wniosku, dając im tym samym możliwość przyłączenia się do niego. W dniu 28 września 2005 r. hiszpański urząd ds. konkurencji poinformował Komisję, że nie zamierza przyłączyć się do wniosku Portugalii. W dniu 7 paź-

dzielnika 2005 r. włoski urząd poinformował Komisję, że zamierza przyłączyć się do wniosku urzędu portugalskiego. Komisja odrzuciła te wnioski w dniu 27 października 2005 r., uzasadniając to tym, że władze krajowe nie wykazały zakresu, w jakim koncentracja narusza handel wewnątrzspółnotowy i wolną konkurencję oraz uznała, że nie jest organem, który może najlepiej rozpoznać sprawę.

- 23 W dniu 26 września 2005 r. Komisja wystosowała pismo do spółki Gas Natural z wnioskiem o sprecyzowanie, na jakiej podstawie zgłosiła koncentrację hiszpańskiemu urzędowi ds. konkurencji, jak również o przekazanie jej uwag na temat argumentów spółki Endesa. Spółka Gas Natural odpowiedziała na to pismo w dniu 3 października 2005 r. W odpowiedzi poinformowała, że w celu ustalenia właściwego urzędu ds. konkurencji wykorzystwała dane opublikowane w skontrolowanych sprawozdaniach finansowych spółki Endesa za 2004 r. Według spółki Gas Natural sprawozdania te wykazują, że w 2004 r. Endesa (podobnie jak Gas Natural) osiągnęła w Hiszpanii ponad dwie trzecie łącznego obrotu zrealizowanego we Wspólnocie.
- 24 Także w dniu 26 września 2005 r. Komisja zwróciła się na piśmie do spółki Endesa o dostarczenie dodatkowych informacji dotyczących jej komunikatów. Ponadto w dniu 4 października 2005 r. przekazała spółce Endesa kopię uwag spółki Gas Natural w sprawie jej pierwszych pism z prośbą o komentarz. Endesa odpowiedziała na te zapytania odpowiednio w dniach 5 i 7 października 2005 r.
- 25 W dniu 6 października 2005 r. hiszpański urząd ds. konkurencji poinformował Komisję, że nie zgadza się z argumentami przedstawionymi przez spółkę Endesa, i stwierdził, że uważa się za właściwy do dokonania oceny spornej operacji.
- 26 W dniu 25 października 2005 r. Komisja przekazała spółce Gas Natural kopię komunikatów spółki Endesa z dnia 5 i 7 października 2005 r., dając jej możliwość odpowiedzi na nie. W dniu 26 października 2005 r. Komisja zwróciła się do spółek Gas Natural i Endesa, a także do hiszpańskiego urzędu ds. konkurencji

o przekazanie jej ich opinii na temat wykładni art. 5 rozporządzenia w sprawie koncentracji w świetle pkt 40 komunikatu Komisji, o którym mowa powyżej. Jednocześnie przekazała ona hiszpańskiemu urzędowi ds. konkurencji kopię komunikatów Endesa z dnia 5 i 7 października 2005 r., dając mu możliwość wyrażenia opinii na temat wszystkich spornych kwestii.

- 27 W dniu 27 października 2005 r. hiszpański urząd ds. konkurencji poinformował Komisję, że nie ma żadnych dodatkowych uwag w przedmiocie korekt i przekazał swoją opinię na temat wykładni art. 5 rozporządzenia w sprawie koncentracji w świetle pkt 40 komunikatu Komisji. W dniu 2 listopada 2005 r. spółki Gas Natural i Endesa przekazały swoje stanowiska na ten temat. Ponadto spółka Gas Natural przedstawiła nowe komentarze na temat korekt zaproponowanych przez spółkę Endesa na podstawie komunikatów tej spółki z dnia 5 i 7 października 2005 r. W swoich komentarzach spółka Gas Natural zaproponowała nowe korekty, o których jej zdaniem zapomniała Endesa. W dniu 4 listopada 2005 r. kopia propozycji korekt została wysłana spółce Endesa, która przedstawiła swoje uwagi w tej kwestii w dniu 9 listopada 2005 r.
- 28 W dniu 15 listopada 2005 r. Komisja wydała decyzję (zwaną dalej „decyzją”) stwierdzającą brak wspólnotowego wymiaru koncentracji (sprawa COMP/M.3986 — Gas Natural przeciwko Endesa), która jest przedmiotem niniejszej skargi.
- 29 Jeżeli chodzi o krajowe postępowanie w sprawie kontroli koncentracji, w dniu 7 listopada 2005 r. hiszpański minister gospodarki postanowił uruchomić „drugi etap” tego postępowania i przesłał dokumentację Servicio de Defensa de la Competencia (urzędu ochrony konkurencji, zwanego dalej „SDC”) do Tribunal de Defensa de la Competencia (sądu ochrony konkurencji, zwanego dalej „TDC”).

- 30 W dniu 20 grudnia 2005 r. Comisión Nacional de la Energía (krajowa komisja energetyczna, zwana dalej „CNE”) wydała opinię w sprawie koncentracji, w której zaleciła zatwierdzenie operacji pod pewnymi warunkami.
- 31 W dniu 5 stycznia 2006 r. TDC wydał opinię, w której zalecił zakaz przeprowadzenia koncentracji.
- 32 W dniu 3 lutego 2006 r. hiszpańska rada ministrów zatwierdziła koncentrację pod pewnymi warunkami.
- 33 W dniu 21 marca 2006 r. sąd gospodarczy nr 3 w Madrycie zawiesił koncentrację.

Przebieg postępowania

- 34 Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 29 listopada 2005 r. spółka Endesa wniosła skargę w niniejszej sprawie. Odrębnym pismem złożonym tego samego dnia skarżąca przedstawiła wniosek o rozpoznanie skargi w trybie przyspieszonym zgodnie z art. 76a regulaminu Sądu.
- 35 Odrębnym pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 29 listopada 2005 r. skarżąca przedstawiła wniosek, po pierwsze, o zawieszenie wykonania decyzji i, po drugie, zobowiązanie Komisji do tego, by nakazała hiszpańskiemu urzędowi ds. konkurencji zawieszenie wszelkich postępowań krajowych.

- 36 Pismami złożonymi w sekretariacie Sądu odpowiednio w dniach 2 i 9 grudnia 2005 r. spółka Gas Natural i Królestwo Hiszpanii zwróciły się z wnioskiem o dopuszczenie do sprawy w charakterze interwenientów popierających pozwaną na mocy art. 115 § 1 i 2 regulaminu.
- 37 Oba wnioski o dopuszczenie do sprawy w charakterze interwenientów zostały doręczone stronom zgodnie z art. 116 § 1 regulaminu.
- 38 Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 15 grudnia 2005 r. skarżąca zwróciła się z wnioskiem, aby niektóre elementy dokumentów procesowych nie zostały przekazane ewentualnym interwenientom na mocy art. 116 § 2 zdanie drugie regulaminu.
- 39 W dniu 15 grudnia 2005 r. trzecia izba Sądu, której sprawa została przydzielona, postanowiła rozpoznać niniejszą sprawę w trybie przyspieszonym.
- 40 Postanowieniami z dnia 16 grudnia 2005 r. prezes trzeciej izby Sądu uwzględnił wnioski spółki Gas Natural i Królestwa Hiszpanii o dopuszczenie do sprawy w charakterze interwenientów i zastrzegł późniejsze rozstrzygnięcie w przedmiocie zasadności wniosku o zachowanie poufności.
- 41 Pismami złożonymi w sekretariacie Sądu odpowiednio w dniach 3 i 4 stycznia 2006 r. spółka Gas Natural i Królestwo Hiszpanii wyraziły sprzeciw wobec zachowania poufności niektórych elementów dokumentów procesowych, o których je poinformowano.

- 42 Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 11 stycznia 2006 r. skarżąca wycofała wniosek o zachowanie — wobec spółki Gas Natural — poufności sprawozdania przygotowanego przez Deloitte, SL, załączonego do skargi.
- 43 W dniach 12 i 13 stycznia 2006 r. spółka Gas Natural i Królestwo Hiszpanii przedstawiły swoje uwagi.
- 44 W dniu 19 stycznia 2006 r. Komisja przedstawiła swoją odpowiedź na skargę.
- 45 Postanowieniem z dnia 24 stycznia 2006 r. prezes trzeciej izby Sądu przychylił się częściowo do wniosku skarżącej o zachowanie poufności, zarządził przekazanie interwenientom wszystkich dokumentów procesowych w wersji bez klauzuli poufności i wezwał ich do przedstawienia dodatkowych uwag w tym względzie na rozprawie. Ponadto postanowił on, że rozstrzygnięcie o kosztach nastąpi w orzeczeniu kończącym postępowanie.
- 46 Postanowieniem z dnia 1 lutego 2006 r. w sprawie T-417/05 R Endesa przeciwko Komisji (Zb.Orz. str. II-18) prezes Sądu odrzucił wniosek o zastosowanie środka tymczasowego, uznając, że skarżąca nie wykazała ryzyka poniesienia poważnej i nieodwracalnej szkody w razie braku środków tymczasowych, oraz postanowił, że rozstrzygnięcie o kosztach nastąpi w orzeczeniu kończącym postępowanie.
- 47 Na podstawie sprawozdania sędziego sprawozdawcy Sąd (trzecia izba) zdecydował o otwarciu procedury ustnej oraz w ramach środków organizacji postępowania wezwał strony do udzielenia odpowiedzi na szereg pytań pisemnych. Strony spełniły te wezwania w wyznaczonym terminie.

48 Wystąpienia stron i ich odpowiedzi na pytania ustne zostały wysłuchane na rozprawie w dniu 9 marca 2006 r.

Żądania stron

49 Spółka Endesa wnosi do Sądu o:

- uznanie jej skargi za dopuszczalną;
- stwierdzenie nieważności decyzji;
- obciążenie Komisji kosztami postępowania.

50 Komisja wnosi do Sądu o:

- oddalenie skargi;
- obciążenie skarżącej kosztami postępowania, w tym kosztami związanymi z postępowaniem w przedmiocie środka tymczasowego.

51 Królestwo Hiszpanii wnosi do Sądu o:

- oddalenie skargi;

- obciążenie skarżącej kosztami postępowania.

52 Spółka Gas Natural wnosi do Sądu o:

- oddalenie skargi;

- obciążenie skarżącej kosztami postępowania.

Co do prawa

53 Na poparcie swojej skargi skarżąca przedstawia pięć zarzutów opartych po pierwsze na uchybieniach proceduralnych, po drugie na przerzuceniu ciężaru dowodu i braku uzasadnienia, po trzecie na nieskorzystaniu ze sprawozdań finansowych sporządzonych zgodnie ze standardami rachunkowości MSR/MSSF, po czwarte na odrzuceniu proponowanych korekt i po piąte na naruszeniu kryteriów określonych w komunikacie, braku analizy i uzasadnienia oraz na nadużyciu władzy.

W przedmiocie zarzutu pierwszego opartego na uchybieniach proceduralnych

W przedmiocie pierwszej części zarzutu opartej na wydaniu decyzji w sprawie wniosków o odesłanie poprzedzających decyzję

— Argumenty stron

- 54 W opinii spółki Endesa z rozporządzenia jasno wynika, że wszystkie decyzje podejmowane na podstawie jego art. 22 muszą dotyczyć koncentracji, które nie przekraczają wartości progowych określonych w przepisach krajowych i nie mają wymiaru wspólnotowego. Mechanizm określony w art. 22 przyznaje zatem Komisji kompetencję w odniesieniu do operacji, które nie powinny a priori wchodzić w zakres jej kompetencji.
- 55 Z powyższego wynika, że zgodnie z art. 22 rozporządzenia brak wymiaru wspólnotowego stanowi istotną przesłankę decyzji o odesłaniu. W konsekwencji spółka Endesa twierdzi, że ponieważ zwróciła się formalnie do Komisji o zajęcie stanowiska w sprawie wymiaru wspólnotowego koncentracji, Komisja mogła oddalić wniosek bez otwierania postępowania z uwagi na jego oczywistą bezzasadność albo otworzyć postępowanie i formalnie wypowiedzieć się w kwestii właściwego organu przed podjęciem decyzji w sprawie wniosków o odesłanie. Zdaniem tej spółki fakt, że termin na podjęcie decyzji w sprawie wniosków o odesłanie jest przewidziany w rozporządzeniu (dziesięć dni roboczych po upływie terminu, w którym organy krajowe mogą przyłączyć się do jednego lub kilku wniosków), nie uzasadnia odwrócenia porządku logicznego, jaki Komisja musi zachować przy przeprowadzaniu badania. Zważywszy, że rozporządzenie nie wymienia sporu incydentalnego dotyczącego określenia organu, lecz spór incydentalny dotyczący właściwości rzeczowej (poprzez przepisy o odsyłaniu zawarte w art. 22), termin przewidziany w drugim przypadku powinien mieć poprzez analogię zastosowanie do pierwszego przypadku. Jeżeli Komisja nie posiadała wszystkich danych niezbędnych do podjęcia decyzji i powinna zwrócić się o dodatkowe informacje, jej wniosek o udzielenie

takich informacji powinien automatycznie zawiesić bieg terminu na podjęcie decyzji oraz siłą rzeczy terminów dotyczących wydania wszelkich aktów z tego wynikających, w tym decyzji podejmowanej na mocy art. 22.

56 Endesa twierdzi, że w niniejszym przypadku między pierwszym wnioskiem o odesłanie a decyzją Komisji o odrzuceniu wniosków Republiki Włoskiej i Republiki Portugalskiej upłynęło 38 dni. Przyjmując decyzje o odesłaniu przed określeniem krajowego lub wspólnotowego wymiaru operacji, Komisja przesądziła o wyniku decyzji, chociaż zawarła w niej czysto formalne zastrzeżenie w tej kwestii. Wynika to wyraźnie z uzasadnienia decyzji w sprawie wniosków o odesłanie, zgodnie z którym między innymi Komisja nie jest organem, który może najlepiej rozstrzygnąć w sprawie spornej operacji. Niezależnie od podstaw takiego twierdzenia bezsprzeczne jest, że Komisja wydała przedwczesny osąd co najmniej w sprawie jednej z ocen, które musi dokonać w ramach badania operacji o wymiarze wspólnotowym, to jest oceny dotyczącej ewentualnych wniosków o odesłanie na podstawie art. 9 rozporządzenia.

57 Komisja wspierana przez interwenientów twierdzi, że zarzut jest po prostu chybiony. Między sytuacją, w której państwo członkowskie składa wniosek na mocy art. 22, a sytuacją, w której przedsiębiorstwo zwraca się do Komisji o zajęcie stanowiska w sprawie własnej kompetencji, nie ma analogii. Co więcej, decyzje w sprawie wniosków przedstawionych na mocy art. 22 nie przesądziły o kwestiach dotyczących kompetencji wspólnotowej, ponieważ Komisja wyraźnie rozstrzygnęła w przedmiocie powyższych wniosków bez uszczerbku dla tego aspektu.

— Ocena Sądu

58 Spółka Endesa twierdzi, że decyzja powinna była zostać podjęta przed decyzją w sprawie wniosków o odesłanie na mocy art. 22 rozporządzenia, gdyż brak wymiaru wspólnotowego stanowi istotną przesłankę decyzji o odesłaniu.

- 59 Artykuł 22 ust. 1 rozporządzenia stanowi, że „[j]edno lub więcej państw członkowskich może złożyć do Komisji wnioski o zbadanie wszelkiej koncentracji [...], która nie ma wymiaru wspólnotowego w rozumieniu art. 1, ale ma wpływ na handel pomiędzy państwami członkowskimi i zagraża w sposób znaczący konkurencji na terytorium państwa członkowskiego lub państw składających wnioski [...]”.
- 60 Należy przypomnieć, że w dniu 19 września 2005 r. spółka Endesa zwróciła się do Komisji o zajęcie stanowiska w sprawie jej własnej kompetencji do zbadania koncentracji. Wnioskiem z dnia 20 września 2005 r. portugalski urząd ds. konkurencji zwrócił się do Komisji o akceptację badania koncentracji na podstawie art. 22 rozporządzenia. Po przekazaniu przez Komisję tego wniosku o odesłanie innym państwom członkowskim w dniu 7 października 2005 r. włoski urząd ds. konkurencji powiadomił Komisję, że chce przyłączyć się do wniosku portugalskiego urzędu ds. konkurencji. W dniu 27 października 2005 r. Komisja odrzuciła te wnioski o odesłanie, gdyż w jej opinii nie wykazano, że operacja zagraża konkurencji w Portugalii i we Włoszech oraz że Komisja jest organem, który może lepiej ocenić takie skutki.
- 61 Należy stwierdzić w tym względzie, że uchybienie zarzucane przez skarżącą nie dotyczy decyzji, lecz wyłącznie decyzji z dnia 27 października 2005 r. w sprawie wniosków o odesłanie, które nie są przedmiotem niniejszej skargi. Zarzut jest zatem nieistotny dla sprawy bez względu na okoliczności.
- 62 Należy ponadto zauważyć — jak twierdzi Komisja — brak wyraźnych konsekwencji prawnych argumentów przedstawionych przez skarżącą. Jeżeli argumenty te zostałyby uwzględnione, wszelkie decyzje, w tym decyzja stwierdzająca wspólnotowy wymiar koncentracji, podjęte po decyzjach z dnia 27 października 2005 r. w sprawie wniosków o odesłanie, byłyby dotknięte zarzucanym błędem i można by stwierdzić ich nieważność z tych samych powodów, które zostały przywołane przez skarżącą. W ten sposób należałoby stwierdzić nieważność każdej decyzji — nawet przychylniej — podjętej przez Komisję na wniosek spółki Endesa po tym dniu.

- 63 Z drugiej strony należy stwierdzić, że skarżąca nie wykazała, w jaki sposób decyzje z dnia 27 października 2005 r. w sprawie wniosków o odesłanie przesądziły o kwestii dotyczącej kompetencji wspólnotowej, skoro decyzje w sprawie wniosków o odesłanie zawierały wyraźną informację, że zostały wydane bez uszczerbku dla oceny wspólnotowego wymiaru planowanej koncentracji.
- 64 Ponadto nie można zarzucać Komisji, że zajęła stanowisko w sprawie wniosków o odesłanie przed rozpatrzeniem kwestii wymiaru wspólnotowego. Artykuł 22 ust. 3 rozporządzenia nakłada bowiem na Komisję obowiązek rozpoznania w terminie dziesięciu dni wniosku o odesłanie i przewiduje, że brak tego rozpoznania oznacza domniemaną decyzję o uwzględnieniu wniosku o odesłanie. Komisja ma zatem obowiązek bezzwłocznie orzec w przedmiocie decyzji o odesłaniu. W związku z powyższym, jeżeli miałyby się ona wypowiadać najpierw na temat wymiaru wspólnotowego, powinna zrobić to w terminie krótszym niż dziesięć dni, tak iż nie byłaby ona w stanie zbadać kwestii wspólnotowego wymiaru planowanej operacji z wymaganą starannością.
- 65 Fakt, że Komisja przeprowadziła analizę wymiaru wspólnotowego i wydała decyzję dopiero po decyzjach z dnia 27 października 2005 r. w sprawie wniosków o odesłanie, nie tylko nie szkodził interesom spółki Endesa, ale pozwolił w niniejszym przypadku oprzeć decyzję w sprawie wymiaru wspólnotowego na uważnym rozpatrzeniu wszystkich istotnych okoliczności.
- 66 Ponadto należy odrzucić argument skarżącej, zgodnie z którym bieg terminu przewidzianego na podjęcie decyzji w sprawie wniosków złożonych na podstawie art. 22 rozporządzenia powinien być, poprzez analogię, zawieszony do czasu rozstrzygnięcia sporu incydentalnego dotyczącego określenia wspólnotowego wymiaru koncentracji. Rozporządzenie nie stanowi bowiem, że termin na podjęcie decyzji w sprawie wniosku złożonego na podstawie art. 22 zostaje zawieszony w takich okolicznościach. Jeżeli chodzi o terminy wywołujące skutki prawne, każdy powód ich zawieszenia powinien zostać wyraźnie przewidziany. W tym względzie

należy przypomnieć, jak ważne jest zapewnienie kontroli koncentracji w terminach zgodnych zarówno z wymogami dobrej administracji, jak i wymogami działalności gospodarczej (wyrok Trybunału z dnia 25 września 2003 r. w sprawie C-170/02 P Schlüsselverlag J.S. Moser i in. przeciwko Komisji, Rec. str. I-9889, pkt 34).

⁶⁷ Z powyższego wynika, że należy odrzucić pierwszą część zarzutu pierwszego.

W przedmiocie drugiej części zarzutu opartej na braku przejrzystości i naruszeniu prawa do obrony

— Argumenty stron

⁶⁸ Spółka Endesa zauważa, że rozporządzenie nie przewiduje szczególnej procedury w celu ustalenia wspólnotowego wymiaru koncentracji. W konsekwencji w odpowiedzi na formalny wniosek spółki Endesa o zajęcie stanowiska w sprawie określenia właściwego organu do zbadania koncentracji Komisja powinna była wyraźnie wskazać, jaką procedurę zastosuje, co pozwoliłoby na zagwarantowanie minimum pewności prawa. Na początku postępowania spółka Endesa zwróciła się wyraźnie do Komisji o poinformowanie stron o regułach tego postępowania, lecz wniosek ten nie został uwzględniony.

⁶⁹ Zdaniem spółki Endesa, procedura stosowana przez Komisję nie była również przejrzysta, gdyż nie poinformowała ona spółki Endesa, które dokumenty zostały podane do wiadomości spółki Gas Natural, ani nie powiadomiła jej w pełni o argumentach przedstawionych przez tę spółkę Komisji. W szczególności spółka Endesa nie została poinformowana ani nawet uprzedzona o uwagach przedstawionych przez SDC, który był stroną postępowania, pomimo wyraźnych i ponawianych wniosków, zawartych przez spółkę w pismach z dnia 23 września, 10 i 12 października 2005 r.

- 70 W opinii spółki Endesa niejasność i brak przejrzystości zastosowanych reguł proceduralnych stanowią oczywiste naruszenie prawa do obrony. Dotyczy to również przekazania SDC dokumentów spółki Endesa bez uzyskania jej zgody, z wyjątkiem przekazania pierwotnego pisma procesowego przekazanego bezpośrednio SDC przez skarżącą na wniosek Komisji.
- 71 Komisja, popierana przez interwenientów, twierdzi, że udział spółki Endesa w postępowaniu był z pewnością wystarczający do ochrony jej interesów.

— Ocena Sądu

- 72 Po pierwsze, jeżeli chodzi o zarzut, że Komisja nie poinformowała skarżącej o mającej zastosowanie procedurze, należy zauważyć, że rozporządzenie nie przewiduje szczególnej procedury w celu ustalenia wspólnotowego wymiaru koncentracji. Należy również stwierdzić, że skarżąca nie wykazała, w jaki sposób taki brak informacji może naruszyć zgodność z prawem decyzji.
- 73 W każdym wypadku okoliczność, że Komisja nie poinformowała skarżącej o procedurze, którą zamierzała stosować w celu stwierdzenia, czy koncentracja ma wymiar wspólnotowy, może wpłynąć na zgodność z prawem decyzji wydanej w wyniku tego postępowania wyłącznie wtedy, gdyby prowadziła ona do naruszenia prawa do obrony. Tymczasem, z następujących rozważań wynika, że taka sytuacja nie miała miejsca w niniejszym przypadku.
- 74 Po drugie, jeżeli chodzi o zarzut skarżącej, że Komisja nie powiadomiła jej o dokumentach, które podała do wiadomości spółki Gas Natural, należy stwierdzić, że skarżąca nie sprecyzowała, w jaki sposób mogło to naruszyć jej prawa lub wpłynąć

na treść decyzji. Ponadto ani prawo skarżącej do obrony, ani jej prawo dostępu do akt sprawy nie wymagają, aby była ona również informowana o dostępie innych osób do niektórych danych zawartych w aktach sprawy. W tych okolicznościach zarzut należy odrzucić.

75 Po trzecie, jeżeli chodzi o zarzut oparty na tym, że Komisja nie powiadomiła w pełni skarżącej o argumentach przedstawionych przez spółkę Gas Natural, należy najpierw stwierdzić, że Komisja przyznaje, iż pominięte zostały niektóre informacje poufne. Następnie należy zauważyć, że — jak podnosi Komisja — skarżąca nie przedstawiła dowodu na złożenie wniosku o dostęp do informacji uznanych za poufne. Wreszcie i przede wszystkim skarżąca żadną miarą nie wykazała, że informacje te byłyby użyteczne dla jej udziału w postępowaniu, gdyż są one przywoływane w decyzji albo z tego względu, że ich charakter pozwala stwierdzić wspólnotowy wymiar koncentracji. Ponadto informacje poufne dotyczące spółki Gas Natural wydają się pozbawione znaczenia, skoro rozbieżność między spółką Endesa a Komisją dotyczy głównie ustalenia obrotu spółki Endesa, a nie obrotu spółki Gas Natural. Z powyższego wynika, że zarzut należy odrzucić.

76 Po czwarte, jeżeli chodzi o zarzut oparty na tym, że Komisja nie powiadomiła w pełni skarżącej o argumentach przedstawionych przez SDC, z orzecznictwa wynika (zob. analogicznie wyrok Sądu z dnia 1 kwietnia 1993 r. w sprawie T-65/89 BPB Industries i British Gypsum przeciwko Komisji, Rec. str. II-389, pkt 33), że korespondencja z państwami członkowskimi zasadniczo jest traktowana jako dokumenty wewnętrzne, które nie powinny być przekazywane osobom uczestniczącym w postępowaniu. Ponadto zgodnie z art. 17 ust. 3 rozporządzenia nr 802/2004 prawo dostępu do akt sprawy nie obejmuje korespondencji między Komisją a właściwymi organami państw członkowskich. W każdym wypadku należy stwierdzić, że skarżąca nie wskazała, które informacje przekazane przez SDC zostały wykorzystane przez Komisję lub mogły naruszyć jej prawa albo też wpłynąć na decyzję. Z powyższego wynika, że zarzut jest bezzasadny.

- 77 Wreszcie po piąte, jeżeli chodzi o zarzut skarżącej oparty na tym, że Komisja przekazała SDC dokumenty spółki Endesa, nie zwracając się do niej o zgodę, wystarczy przypomnieć, że art. 19 ust. 2 rozporządzenia przewiduje, że Komisja przeprowadza postępowania, o których mowa w rozporządzeniu, w ścisłym i stałym porozumieniu z właściwymi organami państw członkowskich, a ust. 1 tego artykułu przewiduje, że Komisja przekazuje właściwym organom państw członkowskich kopię zgłoszeń w ciągu trzech dni roboczych oraz, tak szybko, jak to możliwe, najważniejsze dokumenty, które zostały jej przedłożone lub przez nią sporządzone na podstawie rozporządzenia. Bez względu na okoliczności należy zauważyć, że skarżąca nie wykazała, w jaki sposób przekazanie SDC dokumentów mogło mieć wpływ na zgodność z prawem decyzji. W takim wypadku zarzut nie może zostać uwzględniony.
- 78 W świetle powyższych rozważań należy odrzucić drugą część zarzutu pierwszego.

W przedmiocie trzeciej części zarzutu opartej na braku zawieszenia postępowania krajowego

— Argumenty stron

- 79 Spółka Endesa twierdzi, że w trakcie postępowania dotyczącego ustalenia właściwego organu Komisja powinna była zwrócić się o zawieszenie postępowania krajowego, które było prowadzone równocześnie przed hiszpańskim urzędem ds. konkurencji i hiszpańskimi organami regulacyjnymi. Skarżąca uważa, że brak takiego wniosku o zawieszenie stanowi poważne uchybienie proceduralne.

- 80 Spółka Endesa poinformowała, że wymóg zawieszenia został zawarty w art. 21 ust. 3 rozporządzenia, który nakłada na państwa członkowskie obowiązek powstrzymania się od stosowania ustawodawstwa krajowego w dziedzinie konkurencji w stosunku do koncentracji o wymiarze wspólnotowym; wynika to także z ogólnego obowiązku współpracy, o którym mowa w art. 10 WE. Ponadto należy uwzględnić fakt, że o ile art. 22 rozporządzenia nakazuje zawieszenie terminów krajowych do czasu, gdy Komisja wypowie się na temat swojej kompetencji, aby uniknąć równoległych postępowań, podobna logika powinna zostać zastosowana w odniesieniu do decyzji w sprawie ewentualnego wymiaru wspólnotowego koncentracji po stwierdzeniu występowania luki w rozporządzeniu. W konsekwencji Komisja powinna była zwrócić się o zawieszenie postępowań krajowych.
- 81 Spółka Endesa zwróciła uwagę, że zawieszenie rozpatrywania wniosków o odesłanie do czasu wydania decyzji dotyczącej właściwego organu powinno być zostać zastosowane automatycznie na podstawie art. 22 rozporządzenia. Fakt, że decyzja została wydana z pominięciem jednej z ogólnych zasad systemu kontroli koncentracji, to jest zasady jednego okienka, która pozwala uniknąć równoległych postępowań: wspólnotowego i krajowego, prowadzi do nieważności tej decyzji. Ponadto fakt, że spółka Endesa była zmuszona do równoczesnego występowania przed organami wspólnotowymi i krajowymi, stanowi naruszenie prawa do obrony. Naruszenie tego prawa jest, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, podstawą do stwierdzenia nieważności (wyrok Trybunału z dnia 27 września 1988 r. w sprawach połączonych 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 i od 125/85 do 129/85 Ahlström Osakeyhtiö i in. przeciwko Komisji, Rec. str. 5193 oraz wyrok Sądu z dnia 22 października 2002 r. w sprawie T-310/01 Schneider Electric przeciwko Komisji, Rec. str. II-4071).
- 82 Komisja, popierana przez interwenientów, twierdzi, że niezależnie od kwestii, czy rzeczywiście ma ona uprawnienia, które przypisuje jej skarżąca, w żadnym momencie ta ostatnia nie zwróciła się do niej z wyraźnym wnioskiem o skorzystanie z nich. Ponadto nie istnieje obowiązek zawieszenia przez zwykłą analogię. Co więcej, prawo udziału w postępowaniu administracyjnym nie oznacza prawa udziału wyłącznie w jednym postępowaniu administracyjnym.

— Ocena Sądu

- 83 Jeżeli chodzi o zarzut oparty na tym, że Komisja nie zwróciła się do właściwych organów hiszpańskich o zawieszenie postępowania krajowego, wystarczy stwierdzić, że jest on pozbawiony wszelkiego znaczenia w niniejszym postępowaniu. Skarżąca nie wykazała zresztą, w jaki sposób brak zawieszenia postępowania krajowego, nawet jeżeli wynikałby z uchybienia Komisji, mógłby naruszyć zgodność z prawem decyzji.
- 84 Po pierwsze, o ile skarżąca opiera swój zarzut braku zawieszenia postępowań krajowych na art. 21 ust. 3 rozporządzenia i ogólnym obowiązku współpracy, o którym mowa w art. 10 WE, wystarczy podkreślić, co uczyniła pozwana, że w niniejszym przypadku chodzi o niezgodne z prawem działanie Królestwa Hiszpanii, a nie Komisji. To niezgodne z prawem działanie nie opiera się zatem na decyzji Komisji, a w każdym razie nie wpływa ono na zgodność z prawem decyzji.
- 85 Po drugie, o ile zarzut opiera się na art. 22 ust. 2 akapit trzeci rozporządzenia, który nakazuje zawieszenie terminów krajowych do momentu zajęcia przez Komisję stanowiska w sprawie jej kompetencji, należy przypomnieć, że między sytuacją państwa członkowskiego, które składa wniosek o odesłanie na podstawie art. 22, a sytuacją, w której przedsiębiorstwo zwraca się do Komisji o zajęcie stanowiska w sprawie jej kompetencji, nie występuje analogia, a zatem nie istnieje obowiązek zawieszenia na zasadzie zwykłej analogii.
- 86 Po trzecie, jeżeli chodzi o argument skarżącej, jakoby decyzja została wydana bez poszanowania zasady jednego okienka, i argument, że zmuszenie spółki Endesa do równoczesnego występowania przed organami wspólnotowymi i krajowymi stanowiło naruszenie prawa do obrony, wystarczy podnieść, że skarżąca, która sama zwróciła się o interwencję Komisji, nie wykazała, w jaki sposób ani dlaczego miała

trudności z obroną swojego stanowiska równocześnie przed kilkoma instancjami, ani też w jaki sposób okoliczność ta mogła wpłynąć na decyzję. Należy zauważyć ponadto, że przedsiębiorstwa często muszą zgłaszać koncentracje, które nie mają wymiaru wspólnotowego, kilku organom krajowym.

87 Dlatego też trzecią część zarzutu pierwszego należy odrzucić.

88 Z powyższego wynika, że zarzut pierwszy skarżącej jest bezzasadny.

W przedmiocie zarzutu drugiego opartego na przerzuceniu ciężaru dowodu i na braku uzasadnienia

Argumenty stron

89 Spółka Endesa twierdzi, że uzasadnienie decyzji jest niewystarczające, gdyż Komisja nie przestrzegła art. 1, 5 i 21 rozporządzenia. Komisja jest zobowiązana określić właściwy organ ze względu na posiadaną przez nią wyłączną kompetencję do badania operacji o wymiarze wspólnotowym, nawet jeżeli żaden przepis rozporządzenia nie przewiduje tego wyraźnie (przywołany w pkt 66 powyżej wyrok w sprawie Schlüsselerlag J.S. Moser i in. przeciwko Komisji). Ze względu na tę wyłączną kompetencję Komisja powinna określić, czy art. 1 rozporządzenia ma zastosowanie. W tym celu powinna sprecyzować i określić obrót osiągnięty przez zainteresowane przedsiębiorstwa w ostatnim roku finansowym, zgodnie z regułami określonymi w art. 5 rozporządzenia.

- 90 Spółka Endesa twierdzi, że Komisja nie może przerzucić ciężaru dowodu w kwestii ustalenia właściwego organu. Ponieważ Komisja ma wyłączną kompetencję do określenia organu właściwego do zbadania koncentracji, ponosi ona wyłączną odpowiedzialność za sprawdzenie, a przede wszystkim za udowodnienie obrotu zainteresowanych przedsiębiorstw.
- 91 Natomiast Komisja oparła swoją decyzję na fakcie, że spółka Endesa nie dostarczyła dostatecznych dowodów na potwierdzenie konieczności korzystania ze sprawozdań finansowych sporządzonych zgodnie ze standardami MSR/MSSF i przeprowadzenia szeregu korekt zgodnie z komunikatem. Powyższe uzasadnienie jest niedopuszczalne ze względu na samą naturę przepisów mających zastosowanie do określenia właściwego organu, które mają imperatywny charakter. Takie uzasadnienie jest sprzeczne z wszelką logiką i elementarnymi zasadami wspólnotowego porządku prawnego, tym bardziej że Komisja mogła liczyć na pełną współpracę ze strony spółki Endesa i mogła zwrócić się do niej o wszelkie dodatkowe informacje, które uważała za niezbędne. W rzeczywistości Komisja poświęciła prawie całe dwa miesiące trwania postępowania na badanie aspektów, które w ostateczności nie zostały omówione w decyzji.
- 92 Zważywszy, że jednostki muszą przekonać Komisję o jej wyłącznej kompetencji, decyzja jest dotknięta poważnym brakiem uzasadnienia, ponieważ to Komisja — w następstwie złożonej do niej skargi lub z urzędu — jest zobowiązana do niepodważalnego określenia zakresu swoich kompetencji w ramach zobowiązań nałożonych na nią traktatem, na straży którego stoi.
- 93 W tym względzie spółka Endesa odwołuje się do wyroku Sądu z dnia 21 września 2005 r. w sprawie T-87/05 EDP przeciwko Komisji, Zb.Orz. str. II-3745, w którym Sąd przypomniał — w ramach stosowania innego komunikatu w sprawie koncentracji, dotyczącego zobowiązań — że Komisja nie może przerzucać ciężaru dowodu, nakładając zobowiązania na strony wyłącznie na podstawie komunikatu, jeżeli rozporządzenie nie zawiera żadnej podstawy prawnej dla takiego działania. Na

zainteresowanej stronie ciąży obowiązek przekazania Komisji wszystkich danych niezbędnych do oceny operacji, natomiast Komisja musi przeprowadzić tę ocenę bez przerzucania ciężaru dowodu.

- 94 Dla celów dokonania tej oceny Komisja dysponuje ważnymi instrumentami proceduralnymi, takimi jak wniosek o udzielenie informacji. Komisja mogła zatem zwrócić się do niezależnych ekspertów z wnioskiem o skontrolowanie sprawozdań finansowych spółki Endesa, jeżeli uważałaby to za konieczne, ponadto miała ona dwa miesiące na przeprowadzenie szczegółowej i wyczerpującej analizy w celu określenia najlepszego sposobu obliczenia obrotów spółki Endesa w 2004 r.
- 95 Ponadto dokumenty przedstawione Komisji nie pozwalają twierdzić, że informacje przekazane przez spółkę Endesa były niewystarczające. Po zakończeniu postępowania, w trakcie którego spółka Endesa współpracowała jak najbardziej ściśle z Komisją, nie można twierdzić, że dostarczone informacje były niewystarczające.
- 96 Komisja, popierana przez interwenientów, twierdzi, że debata, która miała miejsce w trakcie prowadzonego przed nią postępowania, dotyczyła zasadniczo kwestii prawnych oraz że w decyzji odpowiedziała ona na argumenty skarżącej nie z tego względu, iż uważała ona, że ciężar dowodu spoczywa na skarżącej, lecz ze względu na to, że obowiązek uzasadniania jej decyzji obejmuje obowiązek udzielenia odpowiedzi na argumenty przedstawione przez strony, jeżeli zostają one odrzucone.

Ocena Sądu

- 97 Spółka Endesa twierdzi, że Komisja przerzuciła ciężar dowodu w kwestii określenia organu właściwego do zbadania koncentracji, uzasadniając swoją decyzję faktem, że

spółka Endesa nie dostarczyła wystarczających dowodów potwierdzających konieczność korzystania ze sprawozdań finansowych sporządzonych zgodnie ze standardami MSR/MSSF i przeprowadzenia szeregu korekt.

- 98 Należy przypomnieć, że koncentracja ma wymiar wspólnotowy, jeżeli łączny obrót wszystkich zainteresowanych przedsiębiorstw przekracza wartości progowe określone w rozporządzeniu. Zgodnie z motywem 17 rozporządzenia Komisja ma wyłączną kompetencję do stosowania rozporządzenia, z zastrzeżeniem kontroli Trybunału. Zgodnie z art. 1 ust. 1 rozporządzenie ma zastosowanie do wszystkich koncentracji o wymiarze wspólnotowym. Oznacza to, że Komisja ma wyłączną kompetencję do badania koncentracji, jeżeli ma ona wymiar wspólnotowy. Nie wynika z tego jednak automatycznie, że Komisja ma wyłączną kompetencję do rozstrzygania o wymiarze wspólnotowym koncentracji.
- 99 Należy zaznaczyć w tym względzie, że zgodnie z rozporządzeniem przede wszystkim zainteresowane przedsiębiorstwa mają obowiązek dokonania wstępnej oceny wspólnotowego wymiaru koncentracji, a w konsekwencji ustalenia, jakiemu organowi należy zgłosić zamiar koncentracji. Następnie, jeżeli koncentracja nie jest zgłaszana Komisji, lecz organom jednego państwa członkowskiego lub kilku państw członkowskich, tak jak w niniejszym przypadku, z uwagi między innymi na zobowiązanie do lojalnej współpracy wynikające z art. 10 WE i art. 21 rozporządzenia przewidującego wyłączną kompetencję Komisji do badania zgodności koncentracji o wymiarze wspólnotowym ze wspólnym rynkiem oraz zakaz stosowania przez państwa członkowskie przepisów krajowych w sprawie konkurencji do takich koncentracji, państwa członkowskie mają obowiązek sprawdzić, czy zgłoszona im koncentracja nie ma wymiaru wspólnotowego. Jednakże w takim przypadku Komisja może nadal stwierdzić, że wbrew opinii organów państw członkowskich koncentracja ma wymiar wspólnotowy i podlega jej wyłącznej kompetencji.
- 100 Ponadto rozporządzenie w sprawie kontroli koncentracji nie zawiera szczególnego przepisu przewidującego w sposób wyraźny obowiązek Komisji do sprawdzenia

z urzędu, czy każda koncentracja, która nie została jej zgłoszona, rzeczywiście nie ma wymiaru wspólnotowego. Jednakże z orzecznictwa wynika, że Komisja jest co do zasady zobowiązana do rozstrzygnięcia kwestii swojej kompetencji jako organ kontrolny, gdy przedsiębiorstwo, które uważa, że niezgłoszona Komisji koncentracja ma wymiar wspólnotowy, złoży do niej skargę (przywołany w pkt 66 powyżej wyrok w sprawie Schlüssilverlag przeciwko Komisji, pkt 27 i 28). W tym przypadku to zasadniczo składający skargę do Komisji musi wykazać jej zasadność, natomiast Komisja — w interesie dobrej administracji — musi należycie i bezstronnie rozpatrzyć skargi, które do niej wpłyną, i uzasadnić odpowiedzi na argumenty przedstawione przez składającego skargę w celu ustalenia, że koncentracja podlega wyłącznej kompetencji Komisji.

- 101 Z powyższych rozważań wynika, że — w przeciwieństwie do stanowiska skarżącej — Komisja nie jest zasadniczo zobowiązana do przedstawienia dowodów na brak swojej kompetencji do rozstrzygnięcia w sprawie koncentracji, która nie została jej zgłoszona, ani wykazywać, że taka operacja nie ma wymiaru wspólnotowego, nawet jeżeli wpłynie do niej skarga w tej sprawie.
- 102 W każdym wypadku należy stwierdzić, że — w przeciwieństwie do stanowiska skarżącej — Komisja nie ograniczyła się do stwierdzenia, że spółka Endesa nie przedstawiła dowodu na wspólnotowy wymiar koncentracji, lecz faktycznie szczegółowo zbadała elementy dotyczące wymiaru koncentracji i doszła do wniosku, że operacja nie miała wymiaru wspólnotowego, odrzucając argumenty skarżącej.
- 103 Z treści decyzji wynika bowiem, że Komisja dobrze wyjaśniła przyczyny, dla których nie uznała za wskazane ani skorzystać ze sprawozdań finansowych sporządzonych zgodnie ze standardami MSR/MSSE, ani dokonać proponowanych korekt.

- 104 Po pierwsze, jeżeli chodzi o domniemaną konieczność skorzystania ze sprawozdań finansowych sporządzonych zgodnie ze standardami MSR/MSSF, Komisja stwierdziła najpierw w pkt 20 decyzji, że z art. 1 rozporządzenia i komunikatu wynika, że ogólną zasadą jest, iż obrót należy obliczać na podstawie skontrolowanych sprawozdań finansowych, a jedynie w wyjątkowych okolicznościach Komisja może odstąpić od tej zasady. Następnie po ustaleniu na podstawie obrotu podanego w skontrolowanych sprawozdaniach finansowych spółki Endesa za rok 2004, że osiągnęła ona ponad dwie trzecie obrotu wspólnotowego w Hiszpanii, Komisja stwierdziła, że spółka Endesa musi przedstawić wystarczające dowody na istnienie wyjątkowych okoliczności uzasadniających wykorzystanie innych danych dotyczących obrotu niż te, które znajdują się w skontrolowanych sprawozdaniach finansowych (pkt 21 decyzji).
- 105 Wprawdzie Komisja stwierdziła następnie, że spółka Endesa nie przedstawiła takich wystarczających dowodów (pkt 23 decyzji), jednakże Komisja wyjaśniła przyczyny, dla których w niniejszym przypadku nie istnieją wyjątkowe okoliczności i przedstawiła powody, dla których należało dać pierwszeństwo sprawozdaniom finansowym sporządzonym zgodnie z ogólnymi zasadami rachunkowości, odrzucając tym samym argumenty przedstawione przez skarżącą.
- 106 Po pierwsze, Komisja wskazała w decyzji, że spółka Endesa była prawnie zobowiązana do sporządzenia oficjalnych skonsolidowanych sprawozdań finansowych za 2004 r. na podstawie ogólnych zasad rachunkowości oraz że wymóg ten był zgodny ze wspólnotowymi zasadami rachunkowości, które miały wówczas zastosowanie. Komisja stwierdziła ponadto, że spółka Endesa nie miała obowiązku sporządzania skontrolowanych skonsolidowanych sprawozdań finansowych zgodnych ze standardami MSR/MSSF przed rokiem rozpoczynającym się w dniu 1 stycznia 2005 r. Dodała, że spółka Endesa miała obowiązek sporządzić sprawozdanie finansowe za 2004 r. według standardów MSR/MSSF wyłącznie do celów porównania nowego sprawozdania finansowego MSR/MSSF za 2005 r. ze sprawozdaniem sporządzonym za wcześniejszy rok. Wyjaśnia to również, że spółka Endesa nie miała obowiązku poddania kontroli sprawozdania finansowego MSR/MSSF za 2004 r. Komisja podniosła dodatkowo, że sprawozdanie to nie jest ostateczne i może ulec zmianie, ponieważ standardy MSR/MSSF, według których należy sporządzić sprawozdania finansowe za 2005 r., nie zostały jeszcze sfinalizowane.

- 107 Po drugie, Komisja wyjaśniła w decyzji, że cel polegający na zmierzeniu siły gospodarczej przedsiębiorstw nie nakłada na nią obowiązku ogólnej oceny zalet różnych systemów rachunkowości przewidzianych w prawie wspólnotowym i w prawie państw członkowskich ani nie pozwala jej na taką ocenę w poszczególnych przypadkach stosowania art. 1 i 5 rozporządzenia, w szczególności jeżeli istnieje jedynie sprawozdanie finansowe skontrolowane na podstawie jednego ze standardów rachunkowości, który był wymagany zarówno prawem krajowym, jak i prawem wspólnotowym w danym okresie. Komisja wskazała, że byłoby to sprzeczne z równie ważnymi celami, które polegają na stosowaniu prostych i obiektywnych kryteriów, aby ustalić kompetencję Komisji w dziedzinie koncentracji oraz na przestrzeganiu ogólnej zasady pewności prawa. Potwierdziła ona ponadto, że jej rola ogranicza się do zbadania niektórych korekt wymaganych w art. 5 rozporządzenia (pkt 25 decyzji).
- 108 Zgodnie z decyzją fakt, że prawodawca wspólnotowy uznał, że standardy MSR/MSSF przyjęte rozporządzeniem nr 1606/2002 powinny umożliwić uzyskanie wiernego odzwierciedlenia sytuacji finansowej przedsiębiorstwa, nie oznacza ipso facto nadrzędności technicznej tych standardów rachunkowości, gdyż przepisy wspólnotowe regulujące wcześniejsze krajowe standardy rachunkowości również zawierały wymóg wiernego odzwierciedlenia sytuacji finansowej (pkt 26 decyzji).
- 109 Wreszcie Komisja stwierdziła w decyzji, że nie jest ona zdania, iż w niniejszym przypadku należy dać pierwszeństwo sprawozdaniom finansowym MSR/MSSF w celu zapewnienia jednolitego stosowania przepisów w sprawie kontroli koncentracji. Wskazała ona ponadto, że skorzystanie z nieskontrolowanych sprawozdań finansowych MSR/MSSF w niniejszym przypadku prowadziłoby do nierównego traktowania w porównaniu z wszystkimi innymi sprawami, w których Komisja oparła się na skontrolowanych sprawozdaniach finansowych za 2004 r. sporządzonych zgodnie ze standardami krajowymi.
- 110 W związku z powyższym należy stwierdzić, że Komisja nie obarczyła skarżące ciężarem dowodu w kwestii wymiaru wspólnotowego lub krajowego koncentracji, lecz że po pierwsze zbadała wymiar tej operacji i podała powody, dla których

w niniejszym przypadku należy opierać się na sprawozdaniach finansowych sporządzonych zgodnie z ogólnymi zasadami rachunkowości (zob. analogicznie przywołany w pkt 93 powyżej wyrok w sprawie EDP przeciwko Komisji, pkt 73), oraz że po drugie stwierdziła, że skarżąca nie przedstawiła argumentów, które mogłyby podważyć tę analizę.

- 111 Ponadto dotyczy to również domniemanej konieczności dokonania szeregu korekt. Wprawdzie, zarówno jeżeli chodzi o korektę „pass through”, jak i korektę dotyczącą wymiany gazu, Komisja ponownie stwierdziła w decyzji (pkt 32 i 38), że spółka Endesa nie dostarczyła wystarczających danych, aby przekonać ją, że tego rodzaju korekty jej skontrolowanych sprawozdań finansowych były uzasadnione na podstawie art. 5 rozporządzenia i komunikatu, jednakże należy stwierdzić, że Komisja, odrzucając argumenty skarżącej, podała przyczyny, dla których nie uznała za wskazane wprowadzenie proponowanych korekt, przy czym nie przerzuciła ona ciężaru dowodu.
- 112 Po pierwsze, jeżeli chodzi o korektę „pass through”, Komisja podniosła w decyzji (pkt 30–36), że komunikat nie dotyczy pojęcia dochodu przekazanego (częściowo), który pochodzi ze sprzedaży produktów i dostawy usług. Dodała, że hiszpańskie przedsiębiorstwa zajmujące się dystrybucją energii elektrycznej nie mogą być utożsamiane z przedsiębiorstwami, których rola ogranicza się do pośrednictwa i których obrót stanowią wyłącznie otrzymane przez nie kwoty prowizji. Komisja zauważyła ponadto, że to nie zarządcy sieci przesyłowej, producenci energii elektrycznej lub konsorcjum („pool”), lecz spółki dystrybucyjne ponoszą ryzyko, iż konsumenci końcowi nie dokonają płatności regulowanej ceny za dostawę energii elektrycznej.
- 113 Po drugie, jeżeli chodzi o korektę dotyczącą wymiany gazu, Komisja uznała w decyzji (pkt 37–40), że wymiana ta powinna być uznawana za operację, w ramach której spółka Endesa sprzedaje i kupuje odpowiednią ilość gazu, co potwierdza fakt, iż tego rodzaju operacje są oddzielnie fakturowane. Podniosła ona ponadto, że fakt, iż cena

sprzedaży i zakupu jest taka sama, nie ma znaczenia w tym względzie i oznacza jedynie, że spółka Endesa nie osiąga żadnego zysku z tytułu tych operacji.

- 114 Z powyższego wynika, że Komisja nie obarczała również skarżącej ciężarem dowodu dotyczącym tych korekt. Przeciwnie, zbadała proponowane korekty i wyjaśniła, dlaczego uznała, że nie należy ich dokonać.
- 115 Należy ponadto podnieść, że Komisja nie ma obowiązku upewniać się w każdym przypadku z urzędu, że skontrolowane sprawozdania finansowe, które zostały jej przedstawione, odzwierciedlają wiernie rzeczywistość, i przeprowadzać oceny wszystkich możliwych korekt. Jedynie wtedy, gdy uwaga Komisji zostaje skierowana na szczególne problemy, musi je ona zbadać, co też uczyniła w niniejszym przypadku.
- 116 Po trzecie wreszcie, skarżąca utrzymuje, że dokumenty przedstawione Komisji nie pozwalają twierdzić, że przekazane przez nią informacje były niewystarczające. Ponadto twierdzi ona, że po zakończeniu postępowania, które trwało prawie dwa miesiące, w trakcie którego współpracowała ona z Komisją tak ściśle, jak to było możliwe, i w trakcie którego Komisja mogła zwrócić się do niej o wszelkie dodatkowe informacje, które uważała za istotne, nie można twierdzić, że dostarczone informacje były niewystarczające.
- 117 W tym względzie wystarczy zauważyć, że Komisja nie ograniczyła się w decyzji do stwierdzenia, że informacje przekazane przez spółkę Endesa były niewystarczające. Ponadto jak zauważyła Komisja, debata, która miała miejsce w trakcie prowadzonego przed nią postępowania, dotyczyła zasadniczo kwestii prawnych i interpretacji przepisów mających zastosowanie. Z powodów, które Komisja podała dla celów

odrzućcia uwzględnienia sprawozdań finansowych sporządzonych zgodnie ze standardami MSR/MSSF i proponowanych korekt, wynika, że Komisja nie zarzucała skarżącej niedostarczenia niezbędnych informacji faktycznych, lecz stwierdziła, że argumenty skarżącej nie były przekonujące.

- 118 W każdym wypadku skoro spółka Endesa twierdziła, że nie należy korzystać z jej skontrolowanych sprawozdań finansowych i należy nanieść korekty, które nie odpowiadały zazwyczaj stosowanej praktyce i nie zostały przewidziane w żadnym mającym zastosowanie przepisie, znalazła się ona w sytuacji składającego skargę do Komisji w rozumieniu przywołanego w pkt 66 powyżej wyroku w sprawie Schlüsselverlag J.S. Moser i in. przeciwko Komisji. W tych okolicznościach spółka Endesa powinna sprecyzować swoje argumenty i wykazać ich zasadność, mając w szczególności na uwadze wymóg szybkiego działania, który charakteryzuje postępowania w sprawie kontroli koncentracji. Skarżąca nie może tym bardziej zarzucać domniemanego przerzucenia ciężaru dowodu, jako że zamierzała podważyć własną rachunkowość i w związku z tym powinna dokładnie znać wszystkie stosowne elementy.

- 119 Z powyższych rozważań wynika, że zarzut drugi jest bezzasadny.

W przedmiocie zarzutu trzeciego opartego na nieskorzystaniu ze sprawozdań finansowych sporządzonych zgodnie ze standardami rachunkowości MSR/MSSF

- 120 Skarżąca dzieli swój zarzut na trzy części oparte odpowiednio na nieskorzystaniu ze standardów MSR/MSSF jako jedynych obowiązujących standardów rachunkowości, na nadrzędności standardów rachunkowości MSR/MSSF i wreszcie na naruszeniu prawa i oczywistych błędach w ocenie mających wpływ na odrzucenie sprawozdań finansowych sporządzonych zgodnie ze standardami rachunkowości MSR/MSSF.

W przedmiocie pierwszej części zarzutu opartej na nieskorzystaniu ze standardów MSR/MSSF jako jedynych obowiązujących standardów rachunkowości

— Argumenty stron

- 121 W opinii spółki Endesa Komisja nie wypowiedziała się na temat faktu, że w dniu ogłoszenia publicznej oferty przejęcia, 5 września 2005 r., jedynymi obowiązującymi standardami rachunkowości były standardy MSR/MSSF. W wyniku zastąpienia wszystkich krajowych standardów rachunkowości standardami MSR/MSSF jedynymi skonsolidowanymi sprawozdaniami finansowymi, które mogą być uwzględniane przy ustalaniu wspólnotowego wymiaru koncentracji, są sprawozdania finansowe sporządzone zgodnie z obowiązującymi standardami rachunkowości.
- 122 Spółka Endesa zauważa, że wspólnotowy wymiar koncentracji powinien zostać ustalony w dniu powstania obowiązku zgłoszenia. W niniejszym przypadku obowiązek zgłoszenia powstał w dniu ogłoszenia publicznej oferty przejęcia. Zgodnie z art. 5 rozporządzenia obrót obejmuje kwoty wynikające ze sprzedaży produktów i świadczenia usług składających się na normalną działalność przedsiębiorstwa w poprzednim roku finansowym. Odniesienie do działalności z ostatniego roku finansowego jest jedynie formalną klauzulą, do której sięgnął prawodawca ze względu na brak możliwości uwzględniania obrotów z roku finansowego trwającego w momencie zgłoszenia koncentracji. Okoliczność, że konieczne jest odniesienie się do poprzedniego roku finansowego z przyczyn praktycznych, nie oznacza, że muszą lub mogą być stosowane uchylone normy prawne lub wcześniejsze standardy rachunkowości.
- 123 Aby określić obrót do celów ustalenia wspólnotowego wymiaru koncentracji, należy w konsekwencji uznać, że jedynymi ważnymi standardami rachunkowości były standardy obowiązujące w dniu, w którym spółka Gas Natural ogłosiła publiczną ofertę przejęcia. Zważywszy, że uzgodnione sprawozdania finansowe istniały w tym

momencie, a ponadto były to sprawozdania podane do publicznej wiadomości i ostateczne, Komisja powinna była korzystać wyłącznie z tych sprawozdań podczas dokonywania oceny wspólnotowego wymiaru koncentracji.

- 124 W decyzji nie został uwzględniony fakt, że ustalanie obrotów na szczeblu europejskim jest przeprowadzane na podstawie zasad, które różnią się zdecydowanie od zasad istniejących w innych systemach prawnych, na przykład w Stanach Zjednoczonych. W tym ostatnim przypadku kompetencja w dziedzinie koncentracji jest również ustalana na podstawie wyników uzyskanych w poprzednim roku finansowym, lecz bez uwzględniania sytuacji po zamknięciu tego roku. Prawodawca wspólnotowy wolał natomiast użyć kryterium rzeczywistej siły gospodarczej zainteresowanych przedsiębiorstw w momencie zgłoszenia.
- 125 W opinii Komisji, popieranej przez interwenientów, twierdzenie, że nowe uregulowania w dziedzinie rachunkowości obowiązywały we wrześniu 2005 r., ma jedynie na celu ukrycie faktu, że sprawozdania finansowe za 2004 r. powinny być obowiązkowo sporządzone zgodnie z ogólnymi zasadami rachunkowości.

— Ocena Sądu

- 126 Spółka Endesa utrzymuje, że Komisja nie uwzględniła faktu, że jedynymi standardami rachunkowości obowiązującymi w dniu ogłoszenia publicznej oferty przejęcia były standardy MSR/MSSF, co prowadzi do nieważności decyzji.
- 127 Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 5 rozporządzenia „[l]ączny obrót [...] obejmuje kwoty uzyskane przez zainteresowane przedsiębiorstwa w poprzednim roku finansowym ze sprzedaży produktów i świadczenia usług składających się na normalną działalność przedsiębiorstw”.

- 128 Jak przyznaje skarżąca, ze względów praktycznych rozporządzenie odwołuje się w sposób konieczny do obrotu za poprzedni rok finansowy. Jest to spowodowane faktem, że w normalnych warunkach skontrolowane sprawozdania finansowe dotyczą jedynie pełnego poprzedniego roku finansowego, a sprawozdania finansowe za późniejsze okresy są pozbawione gwarancji, jakie oferują skontrolowane sprawozdania finansowe.
- 129 W niniejszym przypadku nie ulega wątpliwości, że sprawozdania finansowe za poprzedni rok finansowy w rozumieniu art. 5 rozporządzenia dotyczą roku 2004. Należy również przypomnieć, że przedsiębiorstwo, które ma obowiązek sporządzić roczne sprawozdania finansowe podlegające kontroli, dysponuje tylko jednym rodzajem oficjalnych sprawozdań finansowych, to jest sprawozdaniami sporządzonymi i skontrolowanymi zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Zatem nie można podważyć faktu, że roczne sprawozdanie finansowe skarżącej za 2004 r., które było objęte obowiązkiem kontroli, powinno być obowiązkowo sporządzone zgodnie z hiszpańskimi ogólnymi zasadami rachunkowości. Jeżeli skarżąca przedstawiła sprawozdanie finansowe za 2004 r., sporządzone zgodnie ze standardami MSSF, nie uczyniła ona zadość swoim zobowiązaniom prawnym w Hiszpanii. Zgodnie z art. 4 rozporządzenia nr 1606/2002 standardy MSSF są stosowane i obowiązują dopiero od roku obrotowego 2005. „Uzgodnienie” sprawozdań finansowych za rok 2004 z zasadami MSSF jest przewidziane w rozporządzeniu nr 707/2004 wyłącznie w celu ułatwienia przejścia od starych do nowych standardów poprzez wskazanie akcjonariuszom i inwestorom punktu odniesienia, z którym mogą porównać sprawozdania finansowe za 2005 r., po raz pierwszy sporządzone zgodnie z nowymi standardami. Ponadto „uzgodnione” sprawozdania finansowe za 2004 r., sporządzone wyłącznie do celów porównawczych, nie dają takich samych gwarancji co oficjalne sprawozdania finansowe sporządzone zgodnie z ogólnymi zasadami rachunkowości, a następnie poddane kontroli. Z powyższego wynika, że argument skarżącej, zgodnie z którym nowe uregulowania w dziedzinie rachunkowości MSSF obowiązywały w dniu ogłoszenia publicznej oferty przejścia, to jest 5 września 2005 r., jest pozbawiony znaczenia.
- 130 Należy ponadto zauważyć, że argumentacja skarżącej prowadziłyby za każdym razem, gdy zmianie ulegają uregulowania w dziedzinie rachunkowości, do odrzucenia oficjalnych i skontrolowanych sprawozdań finansowych oraz konieczności sporządzenia nowych sprawozdań finansowych zgodnie z zasadami obowiązującymi w momencie powstania obowiązku zgłoszenia, co nie jest ani rozsądne, ani przejrzyste, gdyż nowe nieskontrolowane sprawozdania finansowe nie dają takich samych gwarancji co oficjalne sprawozdania finansowe poddane kontroli.

131 Skarżąca nie ma również racji, twierdząc, że Komisja zastosowała uchylone przepisy prawne. Komisja nie stosuje w rzeczywistości żadnego standardu rachunkowości, lecz powołuje się — zgodnie z wymogiem zawartym w rozporządzeniu — na sprawozdania finansowe przedsiębiorstw dotyczące ostatniego roku obrotowego, które stanowią wydarzenie przeszłe i powinny być oceniane zgodnie z obowiązującymi wówczas standardami. Jako że w niniejszym przypadku sprawozdania finansowe skarżącej za 2004 r. powinny zostać sporządzone zgodnie z ogólnymi zasadami rachunkowości — jak zostało to stwierdzone powyżej — skarżąca nie może twierdzić, że Komisja nie uwzględniła czasowego zakresu stosowania standardów, o których mowa. Ponieważ rozporządzenie nr 1606/2002 nakazuje stosowanie standardów MSSF dopiero od roku obrotowego 2005, dopuszczenie tezy skarżącej i zastosowanie ich do roku obrotowego 2004 nadawałoby mu moc wsteczną. Ani rozporządzenie nr 1606/2002, ani rozporządzenie nr 707/2004 nie pozwalają zresztą przypuszczać, że prawodawca wspólnotowy miał zamiar odrzucić oficjalne sprawozdania finansowe sporządzone zgodnie z obowiązującymi krajowymi standardami rachunkowości i zastąpić je ogólnie lub dla celów stosowania rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji sprawozdaniami finansowymi za 2004 r. uzgodnionymi ze standardami MSSE, sporządzonymi wyłącznie do celów porównawczych.

132 Wreszcie jeżeli chodzi o argument, zgodnie z którym decyzja nie uwzględnia faktu, że ustalanie obrotów na szczeblu europejskim jest przeprowadzane zgodnie z zasadami, które różnią się od zasad obowiązujących w innych systemach prawnych, należy zauważyć po pierwsze, że system amerykański potwierdza jedynie konieczność szybkiego i przewidywalnego ustalenia, czy koncentracja powinna zostać zgłoszona i w razie potrzeby — jakeimu organowi. Po drugie należy zauważyć, że o ile — w odróżnieniu od systemu istniejącego w Stanach Zjednoczonych — system wspólnotowy pozwala uwzględniać wydarzenia, które miały miejsce w życiu przedsiębiorstwa po zamknięciu roku finansowego, na przykład zbycie lub nabycie przedsiębiorstw w trakcie trwającego roku finansowego, o tyle — jak wynika z komunikatu — chodzi tu zasadniczo o uwzględnienie zmian w sytuacji gospodarczej przedsiębiorstwa, a nie o przeprowadzenie całkowitego przeglądu zasad rachunkowości zastosowanych do rzeczywistości gospodarczej, która nie uległa zmianie. Każdorazowe uzależnienie możliwości stosowania rozporządzenia wspólnotowego w sprawie koncentracji od pełnego badania przez Komisję rachunkowości zainteresowanych przedsiębiorstw byłoby sprzeczne z celami pewności prawa i szybkości, które przyświecają prawodawcy wspólnotowemu.

133 Z powyższego wynika, że należy odrzucić pierwszą część zarzutu trzeciego.

W przedmiocie drugiej części zarzutu opartej na nadrzędności standardów rachunkowości MSR/MSSF

— Argumenty stron

- 134 Spółka Endesa twierdzi, że Komisja powinna była przynajmniej ustalić, które ze standardów — MSR/MSSF czy ogólne zasady rachunkowości — pozwalają na jak najdokładniejsze określenie rzeczywistego obrotu za rok finansowy 2004. Dodaje, że Komisja powinna była w tym celu przeanalizować po prostu cechy różnych standardów rachunkowości i obu sprawozdań finansowych będących w jej posiadaniu, oba te sprawozdania były ważne, zgodne z prawem i ostateczne.
- 135 Zdaniem spółki Endesa, jeżeli taka analiza zostałaby przeprowadzona, bezsprzecznie preferowane byłyby sprawozdania finansowe sporządzone zgodnie ze standardami MSR/MSSF, gdyż takie sprawozdania przyznają pierwszeństwo treści, a nie formie, w przeciwieństwie do ogólnych zasad rachunkowości, w przypadku których obowiązuje dokładnie co innego: niektóre transakcje, chociaż pozbawione rzeczywistej treści gospodarczej, są rejestrowane w sprawozdaniu finansowym na podstawie czysto formalnych elementów.
- 136 Spółka Endesa podnosi, że uzasadnienie decyzji (pkt 20) opiera się na założeniu, że zgodnie z ogólną zasadą obrót musi być obliczany na podstawie skontrolowanych sprawozdań finansowych przedsiębiorstwa, gdyż Komisja może odstąpić od tej zasady wyłącznie w wyjątkowych okolicznościach. Takie rozumowanie jest ewidentnie błędne. Nie tylko wydaje się ono sugerować, że obowiązek Komisji polegający na prawidłowym określeniu wymiaru wspólnotowego ogranicza się do samej weryfikacji skontrolowanych sprawozdań finansowych zainteresowanych przedsiębiorstw, lecz ponadto opiera się na świadomie niekompletnej interpretacji własnych praktyk Komisji i komunikatu, gdyż przyznaje takie samo znaczenie skontrolowanym sprawozdaniom finansowym i innym ostatecznym sprawozdaniom finansowym. W decyzji Komisja powołała się na pkt 26 komunikatu, lecz w uzasadnieniu zapomniała, że odnosi się on nie tylko do skontrolowanych sprawozdań finansowych, lecz również do „innych ostatecznych sprawozdań

finansowych”, zważywszy że sprawozdania finansowe nieposiadające ostatecznego statusu mogą być wykorzystywane wyłącznie w wyjątkowych okolicznościach.

- 137 Spółka Endesa twierdzi, że decyzja stanowi niedopuszczalne odrzucenie przez Komisję obowiązków, jakie nakłada na nią prawo wspólnotowe, zgodnie z którym jest ona zobowiązana do wykonywania swoich wyłącznych kompetencji bez zasłaniania się domniemaniami na temat zakładanej zgodności skontrolowanych sprawozdań finansowych. Takie domniemanie, będące wytworem ad hoc Komisji, nie jest poparte żadnym przepisem rozporządzenia, które nie tylko unika odniesień do statusu sprawozdań finansowych (skontrolowane lub nie), lecz ponadto nakłada na Komisję precyzyjny i bezwarunkowy obowiązek określenia w każdym przypadku rzeczywistego obrotu zainteresowanych przedsiębiorstw. Odniesienie do skontrolowanych sprawozdań finansowych pojawia się jedynie w komunikacie Komisji, który w żadnym wypadku nie może zmienić treści ani zakresu rozporządzenia. Najmniejszy konflikt między tymi dwoma dokumentami podlega hierarchii norm (wyroki Trybunału z dnia 28 stycznia 1992 r. w sprawie C-266/90 Soba, Rec. str. I-287; z dnia 16 czerwca 1994 r. w sprawie C-322/93 P Peugeot przeciwko Komisji, Rec. str. I-2727 i wyrok Sądu z dnia 12 grudnia 1996 r. w sprawie T-380/94 AIUFFASS i AKT przeciwko Komisji, Rec. str. II-2169). Tymczasem w niniejszym przypadku komunikat stawia znak równości między skontrolowanymi sprawozdaniami finansowymi a innymi ostatecznymi sprawozdaniami finansowymi, to jest sprawozdaniami finansowymi dotyczącymi pełnego i zamkniętego roku podatkowego.
- 138 Spółka Endesa zauważa ponadto, że stanowisko Komisji w tym względzie jest sprzeczne z jej własną praktyką. We wcześniejszej sprawie (M.705 Deutsche Telekom przeciwko SAP) Komisja zgodziła się skorzystać z bardziej aktualnych, lecz nieskontrolowanych sprawozdań finansowych, gdyż zawierały istotne różnice w stosunku do skontrolowanych sprawozdań finansowych i jako jedyne wykazywały wspólnotowy wymiar koncentracji. Komisja wyraziła również zgodę na wykorzystanie nieskontrolowanych sprawozdań finansowych w sprawie M.2340 EDP/Cajastur/Caser/Hidroelectrica del Cantabrico.
- 139 Spółka Endesa twierdzi, że Komisja popełniła dodatkowy błąd, uznając, że skonsolidowane sprawozdanie finansowe tej spółki sporządzone zgodnie ze standardami MSR/MSSF i podane do wiadomości rynku pięć miesięcy przed ogłoszeniem publicznej oferty przejęcia, nie stanowi ostatecznego sprawozdania

finansowego. Komisja nie uwzględniła faktu, że sprawozdania finansowe sporządzone zgodnie ze standardami MSR/MSSF stanowią dostosowanie skontrolowanych sprawozdań finansowych za 2004 r. do nowych standardów rachunkowości, ani faktu, że wszystkie przedsiębiorstwa notowane na giełdzie przedstawiły Comisión Nacional del Mercado de Valores (krajowej komisji rynku papierów wartościowych, zwanej dalej „CNMV”) skonsolidowane sprawozdania finansowe za 2004 r. dostosowane do standardów rachunkowości MSR/MSSF (zwane dalej „uzgodnionymi sprawozdaniem finansowymi”) oraz wszystkie informacje okresowe za rok finansowy 2004, ani też faktu, że rynek uznaje te ostatnie sprawozdania za punkt odniesienia.

140 Zdaniem spółki Endesa, Komisja nie tylko naruszyła reguły kompetencji poprzez wprowadzenie na rzecz skontrolowanych sprawozdań finansowych nieistniejącego w rozporządzeniu domniemania, lecz popełniła oczywisty błąd w ocenie, stwierdzając, że sprawozdanie finansowe sporządzone zgodnie ze standardami MSR/MSSF nie było ostateczne. Uzasadnienie w tej kwestii jest ponadto sprzeczne, gdyż Komisja sugeruje z jednej strony, że sprawozdanie finansowe sporządzone zgodnie ze standardami MSR/MSSF nie jest brane pod uwagę, gdyż nie zostało skontrolowane (zapominając o odesłaniu do „innych ostatecznych sprawozdań finansowych” zawartym w pkt 26 komunikatu), a z drugiej strony stwierdza, że przyczyną jego odrzucenia jest brak ostatecznego charakteru. W konsekwencji należy stwierdzić nieważność decyzji ze względu na jej braki, a także ze względu na fakt, że nie określa, które skonsolidowane sprawozdanie finansowe za 2004 r. jest najbliższe wymogom z art. 5 rozporządzenia.

141 Komisja, popierana przez interwenientów, twierdzi, że skarżąca wychodzi z błędnego założenia, zgodnie z którym ogólne zasady rachunkowości i sprawozdanie finansowe za 2004 r. sporządzone zgodnie ze standardami rachunkowości MSR/MSSF mają identyczny status, i dodaje, że przedstawione przez skarżącą sprawozdanie finansowe za 2004 r. sporządzone zgodnie ze standardami rachunkowymi MSR/MSSF nie może zostać uznane za ostateczne.

— Ocena Sądu

142 Po pierwsze, jeżeli chodzi o domniemany, bardziej adekwatny charakter uzgodnionego sprawozdania finansowego skarżącej, należy najpierw przypomnieć, że Komisja wyjaśniła w pkt 19–27 decyzji, dlaczego obrót skarżącej powinien zostać ustalony na

podstawie oficjalnego sprawozdania finansowego sporządzonego zgodnie z ogólnymi zasadami rachunkowości, a nie na podstawie uzgodnionego sprawozdania finansowego. Jak stwierdzono powyżej, Komisja słusznie stwierdziła, że spółka Endesa była prawnie zobowiązana do sporządzenia oficjalnych skonsolidowanych sprawozdań finansowych za 2004 r. zgodnie z ogólnymi zasadami rachunkowości, że wymóg ten był zgodny z obowiązującymi wówczas wspólnotowymi zasadami rachunkowości oraz że uzgodnione sprawozdania finansowe powinny być sporządzone wyłącznie w celach porównawczych.

- 143 Następnie należy stwierdzić, że — jak przedstawiono w pkt 25 i 26 decyzji — argument skarżącej, zgodnie z którym zasady rachunkowości MSSF dokładniej odzwierciedlają siłę gospodarczą przedsiębiorstw, nie może zostać uwzględniony.
- 144 Z jednej strony cel polegający na zmierzeniu siły gospodarczej przedsiębiorstw nie zobowiązuje Komisji — w poszczególnych przypadkach stosowania art. 1 i 5 rozporządzenia — do dokonania ogólnej oceny zalet różnych systemów rachunkowości przewidzianych w prawie wspólnotowym, w szczególności jeżeli istnieje sprawozdanie finansowe skontrolowane na podstawie jednego z tych standardów, a standard ten był właśnie wymagany obowiązującym wówczas prawem krajowym i wspólnotowym.
- 145 Z drugiej strony twierdzenie skarżącej, jakoby standardy MSSF lepiej odzwierciedlały rzeczywistość gospodarczą, ponieważ w przeciwieństwie do ogólnych zasad rachunkowości przyznają one pierwszeństwo treści, a nie formie, nie zostało w żaden sposób udowodnione. Jak przedstawiono w pkt 26 decyzji, okoliczność, że prawodawca wspólnotowy uznał, iż międzynarodowe standardy rachunkowości przyjęte rozporządzeniem nr 1606/2002 powinny umożliwić uzyskanie wiernego obrazu sytuacji finansowej przedsiębiorstw, nie przesądza ipso facto o nadrzędności technicznej tych standardów dla celów stosowania art. 5 rozporządzenia w sprawie koncentracji nad standardami rachunkowości obowiązującymi na mocy prawa państw członkowskich do dnia 1 stycznia 2005 r. Rozporządzenie nr 1606/2002, wydane na podstawie art. 95 ust. 1 WE, jest środkiem harmonizującym i nie zawiera żadnej oceny różnych standardów krajowych. Ponadto — jak podkreśliła spółka Gas Natural — liczne hiszpańskie standardy rachunkowości opierające się na ogólnych

zasadach rachunkowości przewidują, że treść musi zawsze przeważać nad formą, a ogólny plan kont kładzie nacisk na „wierny obraz” będący konsekwencją „mechanizmu mogącego wyrazić rzeczywistość gospodarczą przeprowadzonych transakcji”.

146 Po drugie, jeżeli chodzi o argument skarżącej, zgodnie z którym jej uzgodnione sprawozdanie finansowe powinno zostać uznane za „inne ostateczne sprawozdanie finansowe” w rozumieniu pkt 26 komunikatu, należy przypomnieć, że zgodnie z komunikatem obrót zainteresowanych przedsiębiorstw powinien być obliczany na podstawie wiarygodnych, obiektywnych i łatwych do identyfikacji danych liczbowych. O ile pkt 26 komunikatu precyzuje, że Komisja „jako generalną zasadę [...] przyjęła, że korzystać będzie ze skontrolowanych lub innych ostatecznych sprawozdań finansowych” i „nie jest skłonna opierać się na zestawieniach przygotowywanych w ramach rachunkowości zarządczej czy innych prowizorycznych sprawozdaniach finansowych poza sytuacjami wyjątkowymi”, nie oznacza to jednak, że komunikat stawia znak równości między skontrolowanymi sprawozdaniami finansowymi a „innymi ostatecznymi sprawozdaniami finansowymi”. Nie można uznać, że pkt 26 komunikatu przedstawia kilka wariantów, spośród których można dokonać swobodnego wyboru, lecz ma na celu określenie specyficznych sytuacji, w których nie istnieją skontrolowane sprawozdania finansowe za ostatni rok obrotowy. Punkt 27 komunikatu odnosi się zresztą jedynie do skontrolowanych sprawozdań finansowych za ostatni rok obrotowy, a nie do „innych ostatecznych sprawozdań finansowych”. Tymczasem w niniejszym przypadku bezspeczne jest, że istnieją skontrolowane sprawozdania finansowe za 2004 r.; nie należy zatem uwzględniać innych ostatecznych sprawozdań finansowych.

147 Bez względu na okoliczności należy stwierdzić, że skarżącej nie udało się wykazać, że uzgodnione sprawozdanie finansowe, które przedstawiła Komisji, jest sprawozdaniem ostatecznym.

148 W tym względzie wystarczy przypomnieć treść komentarzy spółki Endesa do uzgodnionego sprawozdania finansowego, które zostało przekazane CNMV w dniu 5 kwietnia 2005 r. W części „Rozważania ogólne” spółka Endesa stwierdza, że „[b]ilanse i skonsolidowane rachunki wyników za 2004 r., sporządzone zgodnie z kryteriami oceny i klasyfikacji MSR/MSSF, mają charakter pro forma i będą

służyć wyłącznie do porównania ze sprawozdaniami finansowymi za 2005 r., kiedy po raz pierwszy sprawozdania finansowe zostaną sporządzone zgodnie z MSSF” (str. 3, pkt 1). Spółka Endesa wspomina ponadto, że istnieje kilka wyjątków przy pierwszym stosowaniu standardów MSR/MSSF (str. 13). Wreszcie w nocy prawnej II (str. 34) spółka Endesa wyjaśnia, że Rada Międzynarodowych Standardów Rachunkowości (IASB) może opublikować nowe standardy, które obowiązywałyby od dnia 1 stycznia 2005 r., że nie istnieje jeszcze właściwy urząd, który czuwałby nad prawidłowym stosowaniem standardów i z którym można by się konsultować w tej dziedzinie, że zmiany, które mogą z tego wyniknąć, a także zmiana praktyki w tym sektorze mogą również wpłynąć na sposób, w jaki interpretuje ona standardy, oraz że w konsekwencji istnieje możliwość wprowadzenia zmian do informacji zawartych w rocznych sprawozdaniach finansowych za 2005 r. dostarczonych przed ich publikacją (w 2006 r.) tytułem porównania.

149 W tych okolicznościach należy stwierdzić, że uzgodnione sprawozdanie finansowe przedłożone przez spółkę Endesa nie może zostać uznane za „ostateczne” sprawozdanie finansowe w rozumieniu komunikatu.

150 Jeżeli chodzi o dwie sprawy, na które powołała się skarżąca, w których Komisja zgodziła się na wykorzystanie nieskontrolowanych bardziej aktualnych sprawozdań finansowych, wystarczy stwierdzić, że w obydwu sprawach koncentracja została zgłoszona na początku roku (pierwsza w lutym 1996 r., a druga w lutym 2001 r.), a dane przedsiębiorstwa nie dysponowały jeszcze skontrolowanymi sprawozdaniami finansowymi za ostatni rok obrotowy. W konsekwencji należało podjąć decyzję o wykorzystaniu albo skontrolowanych sprawozdań finansowych za poprzedni rok obrotowy (odpowiednio 1994 i 1999), albo sprawozdań finansowych za ostatni, już zamknięty rok obrotowy, nawet jeżeli nie zostały one jeszcze skontrolowane. Zresztą w obydwu przypadkach najstarsze sprawozdania finansowe nie odzwierciedlały istotnych zmian w działalności gospodarczej przedsiębiorstw, które miały miejsce w trakcie ostatniego roku obrotowego, i ich wykorzystanie stanowiłoby naruszenie art. 5 rozporządzenia. Dlatego też stan faktyczny w obydwu tych sprawach różni się znacznie od okoliczności niniejszej sprawy.

- 151 Z powyższego wynika, że przedstawione przez spółkę Endesa sprawozdanie finansowe, które zostało sporządzone zgodnie ze standardami MSR/MSSF, nie może zostać uznane za ostateczne, tak iż argumenty, zgodnie z którymi Komisja powinna przyznać im pierwszeństwo, w żadnym wypadku nie mogą zostać uwzględnione.
- 152 Z powyższych rozważań wynika, że druga część zarzutu trzeciego powinna zostać odrzucona.

W przedmiocie trzeciej części zarzutu opartej na naruszeniu prawa i oczywistych błędach w ocenie mających wpływ na odrzucenie uzgodnionego sprawozdania finansowego

— Argumenty stron

- 153 Spółka Endesa powołuje się po pierwsze na oczywiście błędny charakter powodów, z których Komisja odrzuciła jej argumenty, zgodnie z którymi wskazane było wykorzystanie uzgodnionego sprawozdania finansowego, po drugie na występowanie wyjątkowych okoliczności w niniejszym przypadku, które uzasadniały wykorzystanie uzgodnionego sprawozdania finansowego, i po trzecie na oczywiście błędny charakter uzasadnienia decyzji dotyczącego domniemanej niezgodności wykorzystania uzgodnionego sprawozdania finansowego z celem prostoty, ogólną zasadą pewności prawa i wymogiem jednolitego stosowania rozporządzenia.
- 154 Skarżąca utrzymuje najpierw, że rozumowanie przedstawione w pkt 24 decyzji jest niekompletne, gdyż Komisja nie uwzględniła faktu, że zgodnie z MSSF-1 przyjętymi rozporządzeniem nr 707/2004 datą przejścia na standardy MSR/MSSF jest dzień 1 stycznia 2004 r. Mówiąc dokładniej, prawodawca wspólnotowy nałożył na przedsiębiorstwa notowane na giełdzie obowiązek przygotowywania uzgodnionych skonsolidowanych sprawozdań finansowych co najmniej za 2004 r. W Hiszpanii CNMV wyznaczyła ostateczną datę przedstawiania uzgodnionych sprawozdań

finansowych za 2004 r. na dzień 31 sierpnia 2005 r. Spółka Endesa uczyniła zadość temu wymogowi w dniu 5 kwietnia 2005 r. W konsekwencji, w przeciwieństwie do częściowej interpretacji Komisji, spójna i kompletna interpretacja zamiaru prawodawcy wspólnotowego pozwala dojść do wniosku, że rok finansowy 2004 był okresem przejściowym, w trakcie którego współlistniały dwa standardy rachunkowości zgodnie z wymogiem ustawowym.

155 Spółka Endesa podnosi następnie, że w opinii Komisji — przedstawionej również w pkt 24 decyzji — sprawozdania finansowe za 2004 r. sporządzone zgodnie ze standardami MSR/MSSF mogły ulec zmianie i miały wartość czysto porównawczą, przy czym brak ustawowego obowiązku polegającego na poddaniu audytowi takich sprawozdań potwierdza tę tezę. Tymczasem Komisja wydaje się ignorować fakt, że wszystkie sprawozdania finansowe przedsiębiorstwa służą do celów porównawczych oraz że sprawozdania finansowe za 2004 r. oparte na standardach MSR/MSSF zostały sporządzone zgodnie z zobowiązaniem przewidzianym w prawie wspólnotowym. Brak obowiązku poddania audytowi takich sprawozdań wynika z cech właściwych dla okresu przejściowego. Byłoby bowiem absurdalne, gdyby prawodawca wspólnotowy lub krajowy do kosztów przejścia z jednego systemu rachunkowości na inny dodał koszty wykonania podwójnego audytu w odniesieniu do tego samego roku obrotowego, jako że sprawozdania finansowe za 2004 r. sporządzone zgodnie ze standardami MSR/MSSF stanowią dostosowanie do skontrolowanych sprawozdań finansowych za ten sam rok obrotowy oraz mają identyczną wartość pod względem rachunkowości i prawa.

156 Jeżeli chodzi o twierdzenie, zgodnie z którym standardy MSR/MSSF mogą ulec zmianom do końca 2005 r., co zgodnie z decyzją uniemożliwia uznanie ich za ostateczne, opiera się ono na nieznanym standardów rachunkowości ustanowionych przez prawodawcę wspólnotowego oraz rozporządzeń wykonawczych, które Komisja sama wydała w ciągu ostatnich miesięcy. Z jednej strony nowy system rachunkowości jest stosowany od dnia 1 stycznia 2005 r., a fakt, że niektóre reguły rachunkowości nowego systemu zostały przyjęte przez Komisję po ogłoszeniu publicznej oferty przejścia, nie ma wpływu na ostateczny charakter sprawozdania finansowego, gdyż uzgodnione sprawozdanie finansowe spółki Endesa zostało sporządzone na podstawie pewnych i ostatecznych danych przy zastosowaniu reguł rachunkowości przestrzeganych dotychczas przy wprowadzaniu w życie standardów MSR/MSSF. Utrzymywanie, że wspomniane sprawozdanie finansowe nie jest

ostateczne, gdyż później zostały wydane inne przepisy w nowych ramach prawnych, byłoby równie absurdalne, jak twierdzenie, że ostateczne sprawozdania finansowe nigdy nie występują, gdyż dostosowywanie i rozwój systemu rachunkowości jest procesem stałym.

- 157 Z drugiej strony wydane niedawno z mocą wsteczną przepisy nie mają żadnego wpływu na sprawozdanie finansowe spółki Endesa, gdyż nie dotyczą one sektora energii elektrycznej, lecz sektora finansowego i sektora ubezpieczeń. Ponadto zmiany dotyczące MRS 39 nie mają żadnego wpływu na ustalenie obrotu, gdyż dotyczą one wyłącznie księgowego przetwarzania instrumentów finansowych. Co więcej, od dnia, w którym spółka Gas Natural ogłosiła publiczną ofertę przejęcia spółki Endesa, nie miała miejsca żadna zmiana standardów MSR/MSSF, która mogłaby wpłynąć na księgowo ujęcie dochodów za lata 2004 lub 2005, i taka zmiana nie może już nastąpić.
- 158 W konsekwencji żaden argument Komisji nie pozwala stwierdzić, że skonsolidowane sprawozdanie finansowe za 2004 r. sporządzone zgodnie ze standardami MSR/MSSF nie jest sprawozdaniem ostatecznym. Przesunięcie korzystania ze sprawozdania finansowego za 2004 r. sporządzonego zgodnie ze standardami MSR/MSSF aż do zamknięcia roku obrotowego 2005 r. byłoby ewidentnie sprzeczne z zamiarem prawodawcy wspólnotowego, który nałożył obowiązek stosowania wspólnotowych standardów rachunkowości od dnia 1 stycznia 2005 r., a nie od dnia 1 stycznia 2006 r. W związku z tym wszystkie informacje księgowe, które przedsiębiorstwa notowane na giełdzie muszą rozpowszechniać na rynku w trakcie 2005 r., bez względu na to, czy dotyczą roku 2005, czy roku 2004, powinny być podawane do wiadomości wyłącznie według standardów MSR/MSSF.
- 159 Spółka Endesa doszła do wniosku, że nawet jeżeli zmiany zostaną przyjęte, jako że udoskonalanie systemu rachunkowości jest stałym procesem, bezsprzeczne jest, że „zgodnie z rozporządzeniem [...] nr 1606/2002 celem Komisji jest wprowadzenie »stabilnej platformy« międzynarodowych standardów rachunkowości od 1 stycznia 2005 r.” [motyw 4 rozporządzenia Komisji (WE) nr 2086/2004 z dnia 19 listopada 2004 r. zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 1725/2003 (Dz.U. L 363, str. 1) i motyw 2 rozporządzenia Komisji nr 2238/2004 z dnia 29 grudnia 2004 r. zmieniającego rozporządzenie nr 1725/2003 (Dz.U. L 394, str. 1)], co sama Komisja przyznała wielokrotnie.

160 Jeżeli chodzi o pkt 25 decyzji, spółka Endesa zauważa, że decyzja nie wyjaśnia, dlaczego Komisja nie mogła ocenić różnych dostępnych metod rachunkowości. Takie stanowisko Komisji jest wyraźnie sprzeczne z pkt 60 komunikatu, w którym Komisja sama stwierdziła, że możliwe jest „uwzględnienie różnych zasad księgowania, szczególnie zasad związanych z przygotowaniem skonsolidowanych sprawozdań finansowych, które są w pewnym zakresie zharmonizowane, ale nie są identyczne w obrębie Wspólnoty”, oraz że „uwagi te odnoszą się do każdego rodzaju [...] przedsiębiorstwa [którego dotyczy rozporządzenie] [...]”. Ten punkt komunikatu, chociaż odnosi się głównie do holdingów, wskazuje jednak, że możliwość stosowania różnych standardów rachunkowości obejmuje wszystkie przedsiębiorstwa, bez względu na sektor działalności.

161 Spółka Endesa wyraziła sprzeciw wobec twierdzenia znajdującego się w pkt 25 decyzji, zgodnie z którym „rola Komisji, opisana szczegółowo w komunikacie w sprawie obliczania obrotu, ogranicza się do badania specjalnych korekt wymaganych na podstawie art. 5 rozporządzenia [...]”. Skarżąca uważa natomiast, że obowiązek określony w art. 5 rozporządzenia obejmuje badanie adekwatności sprawozdań finansowych zainteresowanych przedsiębiorstw, aby określić ich rzeczywisty obrót.

162 Także to twierdzenie zawarte w decyzji pozostaje w oczywistej sprzeczności z komunikatem, który stanowi w pkt 26, że „Komisja stara się opierać na najdokładniejszych i najbardziej wiarygodnych dostępnych danych liczbowych”. W niniejszym przypadku w wyniku harmonizacji przeprowadzonej przez instytucje wspólnotowe istnieją dwa skonsolidowane sprawozdania finansowe za rok obrotowy 2004 i zachodzi konieczność ustalenia, które z nich jest bardziej wiarygodne i dokładne. Tymczasem zgodnie ze sprawozdaniami audytorów zewnętrznych przedsiębiorstwa, o których Komisja ani razu nie wspomniała w decyzji, oczywiste jest, że skonsolidowane sprawozdania finansowe sporządzone zgodnie z hiszpańskimi standardami rachunkowości wypaczają znacznie dochody operacyjne przedsiębiorstwa działającego w sektorze energii elektrycznej.

- 163 Jeżeli chodzi o nadrzędność techniczną wspólnotowych standardów rachunkowości w stosunku do standardów krajowych, co do której Komisja wyraziła wątpliwości w pkt 26 decyzji, spółka Endesa zauważa, że w aktach przygotowawczych do rozporządzenia nr 1606/2002 Komisja wyraźnie odwołuje się do konieczności udoskonalenia, harmonizacji i poprawy wiarygodności informacji finansowych, wykraczając poza przepisy czwartej dyrektywy Rady 78/660/EWG z dnia 25 lipca 1978 r. wydanej na podstawie art. 54 ust. 3 lit. g) traktatu, w sprawie rocznych sprawozdań finansowych niektórych rodzajów spółek (Dz.U. L 222, str. 11), oraz że zbędne byłoby wprowadzenie nowego systemu rachunkowości, gdyby ta dyrektywa zapewniała udzielanie również jasnych i wiarygodnych informacji jak te, które są wymagane zgodnie z tym systemem. W tym względzie Komisja nie uwzględniła opinii audytorów zewnętrznych spółki Endesa, którzy wyjaśnili jasno różnice istniejące między wynikami wykazanymi w sprawozdaniach finansowych sporządzonych zgodnie z różnymi standardami rachunkowości.
- 164 Spółka Endesa dodaje, że uzasadnienie decyzji, zgodnie z którym zarówno obecne wspólnotowe standardy rachunkowości, jak i wcześniejsze standardy mają na celu wierne odzwierciedlenie gospodarczej rzeczywistości przedsiębiorstw, pomija konkretne różnice istniejące między częściową a całkowitą harmonizacją standardów oraz podstawowe zasady prawa wspólnotowego, a także najbardziej elementarną logikę. Komisja sama zresztą stwierdziła, że wcześniejsze dyrektywy dotyczące rachunkowości „nie odpowiadają potrzebom spółek, które chcą gromadzić kapitał na europejskich lub międzynarodowych rynkach papierów wartościowych” [tłumaczenie nieoficjalne, podobnie jak pozostałe cytaty z tego komunikatu poniżej] [zob. pkt 9 komunikatu Komisji do Rady i Parlamentu Europejskiego z dnia 13 czerwca 2000 r., COM(2000) 359 wersja ostateczna], i uznała, że „standardy MRS zapewniają [...] wyczerpujący i solidny pojęciowo zespół zasad dotyczących sprawozdawczości finansowej, który powinien odpowiadać potrzebom międzynarodowego świata biznesu”.
- 165 Spółka Endesa twierdzi, że Komisja popełniła również błąd, uznając, że korzystanie z nieskontrolowanych sprawozdań finansowych jest możliwe jedynie w wyjątkowych okolicznościach. Wykładnia ta nie znajduje oparcia ani wyraźnie, ani w dorozumiany sposób w rozporządzeniu, które jest jedynym bezwzględnie obowiązującym uregulowaniem, jak również nie jest ona zgodna z treścią pkt 26 komunikatu,

zgodnie z którym występowanie wyjątkowych okoliczności należy udowodnić jedynie w razie zamiaru skorzystania ze sprawozdań zarządu lub sprawozdań finansowych niemających ostatecznego charakteru.

- 166 Nawet gdyby przyjąć tezę Komisji, należy uznać, że w niniejszym przypadku rzeczywiście występują wyjątkowe okoliczności. Z jednej strony kwestia, czy zastosowany powinien zostać raczej dany standard rachunkowości niż inny standard, jest sama w sobie wyjątkowa. Z drugiej strony użycie różnych systemów rachunkowości prowadzi do powstania różnicy w wysokości 4 400 milionów EUR w dochodach spółki Endesa, co stanowi rzadki przypadek dotyczący niewielu rynków, tak że sama zmiana systemu rachunkowości powinna zostać uznana za element wyjątkowy i mający duże znaczenie dla hiszpańskiego rynku energii elektrycznej, na którym obecność obowiązkowego konsorcjum sztucznie podwaja transakcje z finansowego punktu widzenia, jeżeli nie przeprowadzi się kompensacji pozycji zgodnie z wymogami nowego systemu rachunkowości.
- 167 Ponadto spółka Endesa kwestionuje uzasadnienie znajdujące się w pkt 25 decyzji, zgodnie z którym korzystanie ze standardów MSR/MSSF było sprzeczne z innym „równie ważnym celem, który polega na stosowaniu prostych i obiektywnych kryteriów w celu ustalenia kompetencji Komisji w sprawach dotyczących koncentracji, a także z ogólną zasadą pewności prawa”.
- 168 Jeżeli chodzi o obiektywność, spółka Endesa utrzymuje, że Komisja nie wyjaśnia, dlaczego sprawozdania finansowe sporządzone zgodnie ze standardami MRS/MSSF są mniej obiektywne niż inne, i zapomina, że audytor zewnętrzny spółki Endesa poświadczył, że opierają się one na prawidłowych i skontrolowanych danych oraz że metoda przyjęta w ramach dostosowania również była prawidłowa.

- 169 Jeżeli chodzi o prostotę, wszystkie notowane na giełdzie przedsiębiorstwa wspólnotowe były od lat informowane o wprowadzeniu nowych kryteriów i wiedziały, że rok 2004 będzie rokiem przejściowym. Spółka Endesa dodaje, że opinię, zgodnie z którą prostota reguł wykładni jest celem mającym taką samą wartość prawną, co obowiązek prawidłowego ustalenia kompetencji Komisji, trudno pogodzić z komunikatem, który w pkt 60 i 61 podkreśla konieczność przeprowadzenia dokładnej, rygorystycznej, a nawet kosztownej analizy sprawozdań finansowych, jeżeli obrót zbliża się do wartości progowych określonych w rozporządzeniu (sprawa IV/M.213 — Hong Kong i Shanghai Bank przeciwko Midland).
- 170 Jeżeli chodzi o zasadę pewności prawa, z orzecznictwa Trybunału wynika, że zasada ta gwarantuje uregulowania, które są „jasne i precyzyjne, tak by podlegające im podmioty mogły ustalić w sposób jednoznaczny swoje prawa i obowiązki oraz podjąć w związku z tym odpowiednie kroki” (wyroki Trybunału z dnia 9 lipca 1981 r. w sprawie 169/80 *Gondrand Frères i Garancini*, Rec. str. 1931; z dnia 13 lutego 1996 r. w sprawie C-143/93 *van Es Douane Agenten*, Rec. str. I-431, pkt 27 i z dnia 14 kwietnia 2005 r. w sprawie C-110/03 *Belgia przeciwko Komisji*, Rec. str. I-2801). Nie oznacza to, że ustalenie obrotu musi być „proste” we wszystkich przypadkach, i nie uzasadnia braku uwzględnienia wszystkich dostępnych informacji. Spółka Endesa przypomina, że dostosowanie sprawozdań finansowych jest zobowiązaniem wynikającym z przepisów wspólnotowych, które każdy rozsądny podmiot gospodarczy powinien znać od kilku lat, oraz że ochrona praw podmiotów gospodarczych nie jest uzasadniona, „jeśli rozsądny i przezorny podmiot gospodarczy jest w stanie przewidzieć wydanie przepisów wspólnotowych” (wyrok Trybunału z dnia 15 lipca 2004 r. w sprawie C-37/02 i C-38/02 *Di Lenardo i Dilexport*, Rec. str. I-6911, pkt 70). W niniejszym przypadku standardy MRS/MSSF były jasne, precyzyjne i znane wszystkim rozsądnym i przezornym podmiotom w momencie ogłoszenia publicznej oferty przejęcia, co oznacza, że zasada pewności prawa nie została naruszona.
- 171 Jeżeli chodzi o ostatni motyw uzasadnienia, znajdujący się w pkt 27 decyzji, zgodnie z którym „skorzystanie z nieskontrolowanych danych liczbowych przedstawionych na podstawie standardów MSSF prowadziłyby w niniejszym przypadku do powstania rozbieżności w traktowaniu w stosunku do wszystkich innych spraw, w których Komisja odwołała się do danych liczbowych obliczonych w skontrolowanych sprawozdaniach finansowych za 2004 r. na podstawie standardów krajowych”, spółka Endesa podkreśla, że Komisja nie uwzględniła

orzecznictwa, zgodnie z którym nierówne traktowanie występuje nie tylko wtedy, gdy dwie podobne sytuacje są traktowane w różny sposób, lecz również wtedy, gdy dwie różne sytuacje są traktowane w podobny sposób. Tymczasem dostarczyła ona liczne sprawozdania finansowe podczas postępowania administracyjnego wyjaśniające szczególnie zasady rachunkowości mające zastosowanie do przedsiębiorstw z hiszpańskiego sektora energii elektrycznej, które nie dotyczą pozostałych przedsiębiorstw hiszpańskich ani przedsiębiorstw z tego samego sektora lub z innych sektorów w innych państwach członkowskich.

- 172 Obowiązkowy charakter konsorcjum w Hiszpanii w połączeniu z charakterem wcześniejszych standardów rachunkowości, które nie pozwalały na kompensację pozycji, powodował między innymi, że transakcje między przedsiębiorstwami z tej samej grupy lub, ostatecznie, transakcje odpowiadające jednej transakcji ekonomicznej były księgowane podwójnie. W konsekwencji to decyzja prowadzi do dyskryminacyjnego traktowania, gdyż w przypadku przeprowadzania tej samej koncentracji między przedsiębiorstwami tej samej wielkości co spółki Gas Natural i Endesa, lecz działającymi w innych sektorach gospodarczych lub w innych krajach Wspólnoty, obrót takich przedsiębiorstw zostałby obliczony z uniknięciem dublowania się pozycji.
- 173 Spółka Endesa dochodzi do wniosku, że ze wszystkich tych względów Komisja popełniła błąd w analizie informacji dostarczonych przez spółkę, który znajduje odzwierciedlenie w poważnym braku uzasadnienia decyzji i oczywistym błędzie opierającym się na niezastosowaniu zasad wynikających z art. 5 rozporządzenia oraz z komunikatu.
- 174 Komisja, popierana przez interwenientów, twierdzi, że wszystkie argumenty przytoczone przez skarżącą są bezzasadne.

— Ocena Sądu

- 175 W pierwszej kolejności, jeżeli chodzi o argumenty skarżącej, zgodnie z którymi Komisja popełniła błąd, odrzucając możliwość skorzystania z uzgodnionego

sprawozdania finansowego, wystarczy odesłać do oceny dwóch pierwszych części zarzutu. Stwierdzono już bowiem, że jedynym ważnym sprawozdaniem finansowym spółki Endesa, na podstawie którego można ustalić, czy koncentracja ma wymiar wspólnotowy, czy też krajowy, jest sprawozdanie finansowe za 2004 r. sporządzone zgodnie z prawem hiszpańskim obowiązującym w momencie ogłoszenia publicznej oferty przejęcia, skontrolowane przez audytorów i zatwierdzone przez akcjonariuszy, oraz że w każdym wypadku uzgodnione sprawozdanie finansowe sporządzone wyłącznie do celów porównawczych, które skarżąca przedstawiła Komisji, nie może zostać uznane za ostateczne. Brak ostatecznego charakteru uzgodnionego sprawozdania finansowego skarżącej został ponadto potwierdzony faktem, że w dniu 19 września 2005 r. zmieniła ona swoje sprawozdanie finansowe w celu wprowadzenia korekt powodujących obniżenie obrotu w Hiszpanii o kwotę 111 milionów EUR w stosunku do sprawozdania finansowego, uzgodnionego ze standardami MSSF, przedstawionego CNMV w dniu 5 kwietnia 2005 r. Wreszcie okoliczność, że zmiany wprowadzone później do standardów MRS/MSSF nie dotyczyły sektora energii elektrycznej, nie zmienia faktu, że standardy MRS/MSSF, które miały mieć zastosowanie do roku obrotowego 2005, we wrześniu 2005 r. nie miały jeszcze stałej i ostatecznej treści, a przede wszystkim nie istniał jeszcze organ, który mógłby interpretować nowe normy. Należy zresztą stwierdzić, że biegły rewident spółki Endesa sam sprecyzował, że nie mógł wypowiedzieć się na temat ważności zastosowanych metod dostosowania.

- 176 W drugiej kolejności, jeżeli chodzi o wyjątkowe okoliczności, które wymagałyby skorzystania z uzgodnionego sprawozdania finansowego, należy stwierdzić, że żadna z przytoczonych okoliczności nie może zostać uznana za wyjątkową. Jeżeli chodzi bowiem po pierwsze o szczególne cechy sektora energii elektrycznej w Hiszpanii, wystarczy stwierdzić, że konsorcjum istnieje tam od 1998 r., zaś ani spółka Endesa, ani żadne inne przedsiębiorstwo z tego sektora nie zgłosiły konieczności dokonania jakichkolwiek korekt swoich sprawozdań finansowych sporządzonych zgodnie z ogólnymi zasadami rachunkowości w żadnym krajowym lub wspólnotowym postępowaniu w sprawie kontroli koncentracji, w których były stronami. Należy ponadto zauważyć, że podnoszone przez skarżącą szczególne cechy i poważne rozbieżności w rachunkowości przedsiębiorstw z hiszpańskiego sektora energii elektrycznej, również nie stanowią wyjątkowych okoliczności, gdyż kwestia, czy wskazane jest wprowadzenie ewentualnych korekt w celu ich uwzględnienia, może zostać zbadana niezależnie od systemu rachunkowości. W niniejszym przypadku Komisja przystąpiła zresztą do zbadania głównych korekt zaproponowanych przez skarżącą w tym względzie.

- 177 Po drugie fakt, że standardy MSR/MSSF miały zastąpić ogólne zasady rachunkowości od roku obrotowego 2005 r., nie może zostać uznany za okoliczność wyjątkową, podobnie jak konieczność sporządzenia uzgodnionego sprawozdania finansowego za 2004 r. do celów porównawczych. Niewątpliwie zmiana przepisów dotyczących rachunkowości stanowi ważne i rzadkie wydarzenie w życiu przedsiębiorstwa, lecz skarżąca nie przedstawiła żadnego elementu opierającego się na literze i celach rozporządzenia, który czyniłby z tej zmiany wyjątkową okoliczność. Ponadto obowiązkowe stosowanie nowych standardów rachunkowości nie oznacza koniecznie, że stosowane wcześniej reguły rachunkowości były mało wiarygodne lub niedokładne.
- 178 Po trzecie, fakt, że użycie różnych systemów rachunkowości prowadzi do powstania różnicy w wysokości 4 400 milionów EUR w dochodach spółki Endesa, również nie może zostać uznany za wyjątkową okoliczność. Różnica ta jest bowiem wynikiem korekt, których stosowność może zostać zbadana niezależnie od systemu rachunkowości.
- 179 W każdym wypadku należy stwierdzić, że okoliczności wyjątkowe, o których mowa w pkt 26 i 27 komunikatu, odnoszą się wyłącznie — z wyjątkiem różnic między wspólnotowymi standardami rachunkowości a standardami rachunkowości w państwach niebędących członkami Unii Europejskiej — do konieczności uwzględnienia istotnych i trwałych zmian rzeczywistości gospodarczej zainteresowanych przedsiębiorstw (nabycie i zbycie mające miejsce po skontrolovaniu sprawozdań finansowych, zamknięcie zakładu). Tymczasem w niniejszym przypadku skarżąca nie powołała się na takie zmiany.
- 180 W trzeciej kolejności, jeżeli chodzi o zarzut oparty na naruszeniu zasady pewności prawa, wystarczy stwierdzić, że skontrolowane sprawozdania finansowe dają więcej obiektywnych gwarancji, gdyż odpowiedzialność za nie ponoszą zarówno przedsiębiorstwo, jak i audytor. Natomiast korzystanie ze sprawozdań finansowych, które nie zostały zatwierdzone przez akcjonariuszy ani poddane audytowi zewnętrznemu, byłoby sprzeczne z celem stosowania prostych i obiektywnych kryteriów do ustalenia wymiaru koncentracji. Należy przypomnieć, że podstawą systemu progowego ustanowionego w art. 1 rozporządzenia jest zapewnienie prostej

i skutecznej metody ustalania właściwego organu. Zatem, jak słusznie podniosła Komisja, stosowanie oficjalnych i skontrolowanych sprawozdań finansowych oraz ograniczenie co do zasady korekt nanoszonych w sprawozdaniach finansowych do tego, co jest ściśle niezbędne w świetle art. 5 rozporządzenia, stanowią istotne elementy tej prostej, przewidywalnej i skutecznej metody.

- 181 Ponadto zaakceptowanie tezy spółki Endesa oznaczałoby uznanie faktu, że każda koncentracja musi być przedmiotem uprzedniej analizy księgowej przeprowadzanej przez Komisję w celu sprawdzenia zgodności sprawozdań finansowych zainteresowanych przedsiębiorstw z zasadami określonymi w art. 5 rozporządzenia.
- 182 Jeżeli chodzi o argument spółki Endesa, zgodnie z którym skorzystanie z uzgodnionych sprawozdań finansowych w żaden sposób nie naruszyłoby zasady pewności prawa, gdyż każdy przezorny podmiot gospodarczy mógł przewidzieć wejście w życie nowego systemu rachunkowości, należy stwierdzić, że rozsądny i przezorny podmiot gospodarczy nie mógłby przewidzieć odrzucenia przez Komisję jedyne go oficjalnego sprawozdania finansowego, które zostało skontrolowane. Należy ponadto przypomnieć, że standardy rachunkowości MSR/MSSF, a w jeszcze większym stopniu ich interpretacja, nie zostały jeszcze ostatecznie ustalone we wrześniu 2005 r.
- 183 W każdym wypadku należy ponownie przypomnieć, że uzgodnione sprawozdanie finansowe, które skarżąca przedstawiła Komisji, nie może zostać uznane za ostateczne.
- 184 Wreszcie zarzut opierający się na domniemanej dyskryminacji w stosunku do koncentracji w innych sektorach lub innych państwach członkowskich należy odrzucić jako oczywiście pozbawiony wszelkich podstaw. Z jednej strony opiera się on na zwykłych twierdzeniach i nieudowodnionym założeniu, że oficjalne i skontrolowane sprawozdania finansowe spółki Endesa za 2004 r. nie odzwierciedlają rzeczywistości gospodarczej. Z drugiej strony, ponieważ praktyka Komisji polegała na tym, że opierała się ona na oficjalnych i skontrolowanych sprawozda-

niach finansowych, zarzucenie tej praktyki przy braku wyjątkowych okoliczności mogłoby właśnie być postrzegane jako dyskryminacja. Ponadto skontrolowane sprawozdania finansowe, które są wykorzystywane, aby ocenić wymiar koncentracji, mogą być przedmiotem ewentualnych korekt ze względu na ewentualne szczególne cechy danego sektora lub kraju. W tym względzie należy przypomnieć, że Komisja zbadała korekty zaproponowane przez skarżącą.

185 Z powyższego wynika, że trzecia część zarzutu trzeciego nie może zostać uwzględniona.

186 W konsekwencji należy odrzucić zarzut trzeci.

W przedmiocie zarzutu czwartego dotyczącego odrzucenia korekty „pass through” i korekty dotyczącej wymiany gazu

187 W ramach tego zarzutu spółka Endesa kwestionuje odrzucenie przez Komisję dwóch korekt, których się domagała. Jedna z nich dotyczy działalności dystrybucyjnej (korekta „pass through”), a druga — wymiany gazu. Tytułem wstępu należy zauważyć, że roczne sprawozdanie finansowe skarżącej za 2004 r., sporządzone zgodnie z ogólnymi zasadami rachunkowości, wykazuje, że jej obrót w Hiszpanii stanowił 80,07% jej obrotu wspólnotowego. Gdyby przyznać, że obydwie korekty, których wprowadzenia domaga się spółka Endesa, są uzasadnione, procent jej obrotu uzyskanego w Hiszpanii spadłby do 73,94% jej obrotu wspólnotowego. Z powyższego wynika, że nawet jeżeli zarzut ten zostałby uwzględniony, nie oznaczałoby to ipso facto, że sporna koncentracja ma wymiar wspólnotowy, lecz że Komisja musi zbadać pozostałe korekty zaproponowane przez skarżącą, a także korekty zaproponowane przez spółkę Gas Natural, w sprawie których nie wypowiedziała się w decyzji, gdyż wyłącznie połączenie wielu korekt umożliwiłoby zejście poniżej progu dwóch trzecich.

- 188 Ponieważ korekta „pass through” jest w każdym wypadku konieczna, aby koncentracja osiągnęła wymiar wspólnotowy, należy zbadać najpierw pierwszą część zarzutu, która dotyczy tej korekty.

— Argumenty stron

- 189 Spółka Endesa twierdzi, że art. 5 ust. 1 rozporządzenia jest dosłownie przejęty z § 23 niemieckiej ustawy o konkurencji (GWB), której § 29 precyzuje, że „dochody z działalności innej niż normalna zostaną uwzględnione wyłącznie w wyjątkowych przypadkach”. W konsekwencji jedynie część dochodów związana z działalnością dystrybucyjną powinna zostać wzięta pod uwagę podczas ustalania obrotu przedsiębiorstwa zajmującego się dystrybucją, czyli tylko prowizja z tytułu tej działalności.
- 190 Spółka Endesa krytykuje w tym względzie błędną jej zdaniem ocenę prawnego znaczenia komunikatu przez Komisję i fakt, że nie zbadała ona korekt proponowanych zgodnie z rozporządzeniem. Podnosi ona, że w pkt 33 decyzji Komisja twierdzi, że „[w] tym względzie należy zauważyć, że komunikat [...] nie odnosi się w żadnym miejscu do pojęcia kwoty »przekazanej« (częściowo) pochodzącej ze sprzedaży produktów i świadczenia usług przez przedsiębiorstwo”. Tymczasem jedyną podstawą prawną do obliczania obrotu jest rozporządzenie, zaś komunikat ma jedynie wartość aktu interpretacyjnego Komisji. Każda inna interpretacja naruszałaby zasadę hierarchii przepisów. W niniejszym przypadku, ponieważ działalność przedsiębiorstwa zajmującego się dystrybucją obejmuje koszty odpowiadające zwykłym kwotom „przekazanym”, jedynie prowizja z tytułu tej działalności powinna zostać uznana za wchodzącą w zakres pojęcia „normalnej działalności” w art. 5 rozporządzenia.

- 191 Spółka Endesa dodaje, że w ramach błędnego podejścia, które polega na tym, że Komisja opiera swoje uzasadnienie na komunikacie, odsyła ona do treści pkt 7, 11

i 13 komunikatu, twierdząc, że „ze względu na szczególne okoliczności niniejszej sprawy hiszpańskie przedsiębiorstwa zajmujące się dystrybucją energii elektrycznej nie mogą być utożsamiane z przedsiębiorstwami pełniącymi jedynie funkcję pośrednika, których obrót składa się jedynie z otrzymywanych prowizji”. W ten sposób Komisja opisuje funkcjonowanie działalności przedsiębiorstw zajmujących się dystrybucją i konsorcjum w Hiszpanii, nie wyjaśniając, dlaczego w niniejszym przypadku przedsiębiorstwa dystrybucyjne nie są zwykłymi pośrednikami. Komisja nie bada kwestii, czy przedsiębiorstwa dystrybucyjne rzeczywiście czerpią korzyści z tej działalności, które przekraczają zwykłe wynagrodzenie za ich usługi według regulowanych stawek. Komisja nie uwzględnia bowiem faktu, że dekret królewski, w którym co roku są określane stawki za energię elektryczną, wyznacza wynagrodzenie, które przedsiębiorstwa dystrybucyjne pobierają za swoją działalność w danym okresie, przy czym wynagrodzenie to jest niezależne od wielkości sprzedaży energii elektrycznej osiągniętej przez przedsiębiorstwa dystrybucyjne, a w konsekwencji od ilości energii, która została im dostarczona.

192 Tymczasem operacje przeprowadzone przez przedsiębiorstwa dystrybucyjne nie wnoszą żadnej wartości do transakcji, ponieważ wynagrodzenie za działalność dystrybucyjną jest ustalane *ex ante*, niezależnie od operacji zakupu lub sprzedaży energii. Dlatego też są to operacje neutralne dla celów obliczenia obrotu. Rola pośrednika w przypadku przedsiębiorstw dystrybucyjnych wynika wyraźnie z art. 4 dekretu królewskiego nr 2017/1997 z dnia 26 grudnia 1997 r., który organizuje i reguluje procedurę rozliczania kosztów transportu, dystrybucji i sprzedaży według stawki, a także stałych kosztów systemu, dywersyfikacji i bezpieczeństwa zaopatrzenia. W związku z tym, w przeciwieństwie do sytuacji w zliberalizowanym sektorze, dystrybutor, który pobiera jedynie regulowaną stawkę, zatrzymuje wynagrodzenie za swoją usługę, a resztę kwoty uiszczonej przez użytkownika przekazuje pozostałym operatorom. Ewentualny deficyt w pokryciu kosztów obciąża producenta.

193 Jeżeli chodzi o uzasadnienie decyzji, zgodnie z którym przedsiębiorstwa dystrybucyjne ponoszą ryzyko finansowe w przypadku niezapłaconych należności, a w konsekwencji nie są pośrednikami, spółka Endesa zauważyła, że Komisja błędnie interpretuje informacje przekazane przez nią w tej kwestii, a także pojęcie „pośrednika” zawarte w pkt 13 komunikatu.

- 194 Skarżąca przypomina z jednej strony, że przedsiębiorstwa dystrybucyjne nie ponoszą żadnego ryzyka finansowego z tytułu niezapłaconych należności, które nie są kompensowane przez element składowy stawek, gdyż system regulowany (a nie podmiot jednostronnie) przewiduje mechanizm gwarancji umożliwiający uniknięcie takiego ryzyka. Z drugiej strony wskazuje ona na to, że ewentualne występowanie ryzyka finansowego pozwala odróżnić pozycję agenta od pozycji niezależnego komisanta. Bez podstaw prawnych Komisja interpretuje pojęcie „pośrednika” wyłącznie jako odniesienie do agentów, podczas gdy dla jego zastosowania konieczne jest uwzględnienie charakteru działalności agenta.
- 195 Zdaniem spółki Endesa uznanie przedsiębiorstw dystrybucyjnych za pośredników odpowiada praktyce stosowanej zwyczajowo w sektorze energetycznym w Hiszpanii. Wystarczy zauważyć, że spółka Gas Natural również stosuje korektę „pass through” nie tylko w sprawozdaniach finansowych sporządzonych zgodnie ze standardami MSR/MSSF, lecz również w sprawozdaniach finansowych sporządzonych zgodnie z hiszpańskimi standardami rachunkowości. Zatem odrzucając korektę „pass through” spółki Endesa, Komisja uniemożliwiła jej ujednoczenie obrotu z działalnością dystrybucyjnej z obrotem przedsiębiorstwa nabywającego.
- 196 Spółka Endesa uważa, że odmowa uwzględnienia proponowanej przez nią korekty jest ponadto przejawem poważnego uchybienia w analizie elementu, który Komisja ostatecznie uznała za decydujący, co doprowadziło do przekroczenia uprawnień i niedostatecznego uzasadnienia. Spółka Endesa stwierdza, że Komisja nagle wyraziła wątpliwości w tej kwestii podczas ostatniego etapu postępowania, choć nigdy wcześniej nie domagała się od niej wyjaśnień. Precyzując, Komisja nie wyraziła żadnych wątpliwości ani nie domagała się żadnych wyjaśnień między dniem 19 września a dniem 8 listopada 2005 r., kiedy przyznała spółce Endesa termin 24 godzin na udzielenie odpowiedzi na szereg pytań, które miały mieć zasadnicze znaczenie dla uzasadnienia decyzji.
- 197 Ponadto analiza tej korekty również była niekompletna w innych punktach, a uzasadnienie decyzji było oczywiście sprzeczne. W opinii spółki Endesa, jeżeli spółki dystrybucyjne nie zostaną uznane za pośredników, należy zbadać, czy część

operacji dystrybucyjnych nie stanowi operacji wewnątrzgrupowych, a w szczególności, czy ta sama transakcja nie jest podwójnie księgowana, skoro energia dystrybuowana przez spółkę Endesa Distribución jest nabywana od spółki Endesa Generación za pośrednictwem konsorcjum.

198 Spółka Endesa informuje w tym względzie, że w dniu 10 listopada 2005 r. Komisja zwróciła się do niej ustnie o wyjaśnienia na temat tego aspektu korekty. W dwóch wiadomościach przesłanych pocztą elektroniczną w dniach 11 i 12 listopada 2005 r. spółka Endesa położyła nacisk na fakt, że logika korekty wykracza poza zwykłe wyeliminowanie części operacji wewnątrzgrupowych, przy czym proponuje, aby wykazać dane dotyczące operacji wewnątrzgrupowych. Komisja nigdy nie odpowiedziała na powyższe wiadomości, a w decyzji nie wypowiedziała się w tej kwestii.

199 Analiza przeprowadzona przez Komisję jest wewnętrznie sprzeczna w zakresie, w jakim Komisja wskazuje w decyzji, że nie wypowie się na temat korekty proponowanej w kwestii fakturowania operacji wewnątrzgrupowych, natomiast odrzuca korektę „pass through”, która dotyczy bardzo ważnej części sprzedaży wewnątrzgrupowej. Ponadto w decyzji podkreślony został brak znaczenia ewentualnych transakcji wewnątrzgrupowych, a jednocześnie — mimo wspomnianych powyżej wiadomości elektronicznych, na które Komisja nie odpowiedziała — stwierdziła ona, że spółka Endesa nie dostarczyła danych na temat procentowego udziału transakcji wewnątrzgrupowych.

200 Komisja, popierana przez interwenientów, twierdzi, że przedsiębiorstwa dystrybucyjne nie są zwykłymi pośrednikami lub zwykłymi komisantami, a zatem argumenty skarżącej należy odrzucić.

— Ocena Sądu

201 Skarżąca przytacza różne argumenty dotyczące uzasadnienia i istoty sprawy przeciwko odmowie dokonania przez Komisję korekty dochodów zainteresowanych

przedsiębiorstw dystrybucyjnych, aby wyeliminować dochody uzyskane w imieniu podmiotów trzecich. Skarżąca twierdzi w tej kwestii, że w prawie hiszpańskim przedsiębiorstwa zajmujące się dystrybucją energii elektrycznej muszą pobierać określone kwoty od klientów, aby przekazać je następnie producentom energii elektrycznej i operatorom sieci, oraz że kwoty te powinny zostać odjęte od dochodów wykazanych w księgowości spółki Endesa, ponieważ nie wynikają ze „sprzedaży produktów i świadczenia usług składających się na normalną działalność przedsiębiorstw” w rozumieniu art. 5 ust. 1 rozporządzenia.

- 202 W pierwszej kolejności, jeżeli chodzi o argument skarżącej, zgodnie z którym Komisja popełniła błąd, opierając swoją ocenę wyłącznie na fakcie, że komunikat nie przewiduje żadnych korekt w przypadku przekazywania pobieranych kwot, należy najpierw stwierdzić, że skarżąca nie podważa zgodności z prawem komunikatu, lecz uważa, że Komisja przypisała mu nadmierne znaczenie, podczas gdy ma on jedynie wartość aktu interpretacyjnego. W opinii skarżącej Komisja powinna była zbadać zaproponowaną korektę zgodnie z przepisami rozporządzenia, które stanowi jedyną podstawę prawną do obliczania obrotu.
- 203 Należy przypomnieć, że Komisja ma obowiązek stosować komunikat, o ile nie jest on sprzeczny z rozporządzeniem. Komunikat precyzuje ponadto, że tytułem wyjątku niektóre korekty mogą zostać wprowadzone w pewnych okolicznościach. Skoro w trakcie postępowania administracyjnego skarżąca starała się powiązać proponowane korekty z kategoriami korekt wymienionymi w komunikacie, nie można zarzucać Komisji, że w decyzji odwołała się do pkt 7, 11 i 13 komunikatu, aby odrzucić argumenty sformułowane przez skarżącą w związku z tymi samymi punktami podczas postępowania administracyjnego.
- 204 Należy następnie zauważyć, że o ile decyzja zawiera informację, że komunikat nie odnosi się do pojęcia kwoty „przekazanej” pochodzącej ze sprzedaży produktów i świadczenia usług przez przedsiębiorstwo, fakt, że komunikat nie przewiduje korekt w przypadku przekazywania kosztów, nie jest jednak jedynym powodem wyjaśniającym odmowę wprowadzenia korekty przez Komisję. Komisja podniosła

bowiem również w decyzji (pkt 33 in fine, 34 i 35), że hiszpańskie przedsiębiorstwa zajmujące się dystrybucją energii elektrycznej nie mogą być utożsamiane z przedsiębiorstwami pełniącymi po prostu funkcję pośredników, których obrót stanowią jedynie pobierane prowizje, z następujących powodów: spółki zajmujące się dystrybucją energii elektrycznej mają obowiązek nie tylko przesyłać energię elektryczną za pomocą własnych sieci dystrybucyjnych, lecz również dostarczać ją klientom, którzy postanowili pozostać w systemie regulowanym; dystrybucja energii elektrycznej oznacza sprzedaż produktów nabytych wcześniej przez dystrybutorów na rzecz końcowych odbiorców; wydatki związane z zakupem energii elektrycznej powinny zostać uznane za koszty spółek dystrybucyjnych; ryzyko niezapłacenia przez klientów końcowych ceny dostarczonej energii elektrycznej ponoszą spółki dystrybucyjne, a dystrybutor ponosi odpowiedzialność za nieprzestrzeganie zobowiązań wynikających z umowy zawartej z klientem końcowym.

205 Z powyższego wynika, że należy odrzucić zarzut skarżącej, zgodnie z którym Komisja popełniła błąd, opierając swoją ocenę wyłącznie na fakcie, że komunikat nie przewiduje żadnej korekty „pass through”.

206 W drugiej kolejności, jeżeli chodzi o zarzut, zgodnie z którym uzasadnienie jest niedostateczne, wystarczy odwołać się do pkt 30–36 decyzji, w których podane zostały powody odrzucenia przez Komisję korekty „pass through”, przedstawione w skrócie powyżej, aby stwierdzić, że nie może on zostać uwzględniony.

207 Następnie należy zbadać, czy Komisja słusznie stwierdziła w decyzji, że nie należało wprowadzać korekty „pass through”.

208 W tym względzie należy najpierw przypomnieć, że — zgodnie z pkt 9 komunikatu — pojęcie obrotu, o którym mowa w art. 5 rozporządzenia, odnosi się wyraźnie do

„kwot uzyskiwanych ze sprzedaży produktów i świadczenia usług”. Sprzedaż odzwierciedlająca działalność przedsiębiorstwa jest zatem istotnym kryterium przy ustalaniu obrotu, bez względu na fakt, czy chodzi o produkty, czy o usługi.

209 Ponadto imperatywy pewności prawa i szybkości, które są nadrzędne w przypadku kontroli koncentracji, oznaczają, że zarówno przedsiębiorstwa, jak i urzędy ds. konkurencji zasadniczo mogą oprzeć się na przewidywalnym i bezpośrednio dostępnym kryterium. W takich okolicznościach obrót uwzględniany w celu określenia organu właściwego do rozpoznania koncentracji należy zasadniczo ustalać na podstawie opublikowanych rocznych sprawozdań finansowych. Zatem tylko w wyjątkowych przypadkach, jeżeli jest to uzasadnione szczególnymi okolicznościami, należy wprowadzać niektóre korekty, które mają lepiej odzwierciedlać rzeczywistość gospodarczą zainteresowanych przedsiębiorstw.

210 Należy ponadto podkreślić, że art. 5 rozporządzenia nie odnosi się jedynie do części obrotu, lecz do łącznego obrotu. W drodze wyjątku komunikat przewiduje w niektórych okolicznościach możliwość ustalania obrotu inaczej niż przez odniesienie do całej wielkości sprzedaży produktów lub świadczenia usług. Punkt 13 komunikatu precyzuje:

„Z uwagi na złożoność sektora usług ta ogólna zasada może wymagać dostosowania do specyficznych warunków świadczonej usługi. Tak więc w niektórych sektorach działalności (np. turystyce i reklamie) usługa może być sprzedawana za pośrednictwem innych dostawców. Ze względu na zróżnicowanie takich sektorów wystąpić może wiele różnych sytuacji. Przykładowo obrót przedsiębiorstwa usługowego działającego jako pośrednik może składać się wyłącznie z kwot prowizji, które ono otrzymuje”.

- 211 Należy najpierw stwierdzić, że ten punkt komunikatu dotyczy szczególnej kategorii pośredników prowadzących działalność wyłącznie w sektorze usług i uzyskujących dochód wyłącznie z pobieranych prowizji. Chodzi zatem o wyjątek od ogólnej reguły, zgodnie z którą właściwy obrót musi zostać ustalony na podstawie całkowitej kwoty sprzedaży. W konsekwencji pojęcie pośrednika musi być interpretowane ściśle.
- 212 Należy następnie zauważyć, że skarżąca nie twierdzi, że zgodnie z prawem hiszpańskim prowadzi działalność w ramach umowy jako agent lub komisant, lub na podstawie innej podobnej umowy. Zatem należy stwierdzić, że skarżąca nie sprzedaje energii elektrycznej konsumentowi końcowemu w imieniu i na rzecz producentów energii elektrycznej lub operatorów sieci.
- 213 Ponadto wobec tego, że spółka Endesa nie przytoczyła przeciwnych argumentów prawnych, stosunek prawny między spółką Endesa a końcowymi konsumentami ma formę umowy sprzedaży energii elektrycznej. Taka sprzedaż jest czynnością handlową, która wiąże się z przeniesieniem własności.
- 214 Dotyczy to również stosunku prawnego między spółką Endesa a producentem energii elektrycznej, który ją zaopatruje, bez względu na fakt, czy transakcja odbywa się za pośrednictwem giełdy energii elektrycznej OMEL, czy inaczej. Artykuł 41 ust. 2 hiszpańskiej ustawy nr 54/1997 dotyczącej systemu produkcji i dystrybucji energii elektrycznej przewiduje, że dystrybutorzy energii elektrycznej mają między innymi prawo do nabywania energii w ilości niezbędnej do zaopatrywania swoich klientów oraz do pobierania wynagrodzenia odpowiadającego działalności dystrybucyjnej. Artykuł 45 ust. 1 lit. h) tej ustawy stanowi, że przedsiębiorstwa dystrybucyjne mają obowiązek nabywać energię elektryczną niezbędną do rozwoju swojej działalności w ramach dostawy energii elektrycznej i dokonywać płatności za nabycie zgodnie z procedurą rozliczania przewidzianą w tym celu.

- 215 W związku z powyższymi przepisami należy odrzucić argumenty przedstawione przez skarżącą podczas rozprawy, zgodnie z którymi dystrybutor nie jest właścicielem energii, ponieważ w momencie gdy producent wprowadza energię do obrotu w systemie, staje się ona własnością klienta. Artykuł 11 ust. 4 ustawy nr 54/1997 stanowi zresztą również, że z wyjątkiem odmiennego porozumienia przeniesienie własności energii elektrycznej następuje w momencie, gdy zostaje ona wprowadzona do instalacji nabywcy.
- 216 Z powyższego wynika, że działalność dystrybutorów polegająca między innymi na kupowaniu energii elektrycznej lub gazu od dostawców oraz zapewnieniu ich dystrybucji i sprzedaży na rzecz konsumentów końcowych nie może zostać uznana za świadczenie usług ograniczające się do dostarczenia produktu na rzecz producentów i innych podmiotów. Z prawnego punktu widzenia spółka Endesa nie może zostać zatem uznana za zwykłego pośrednika w rozumieniu pkt 13 komunikatu i — zasadniczo — nie może zostać objęta wyjątkiem, który został w nim przewidziany, ponieważ dochody uzyskiwane przez nią z dystrybucji wynikają z jej normalnej działalności w rozumieniu art. 5 ust. 1 rozporządzenia. W związku z powyższym rozpatrywanej korekty nie można uzasadnić domniemanym wyjątkowym charakterem działalności sprzedażowej przedsiębiorstw dystrybucyjnych.
- 217 Należy zresztą zauważyć, że art. 20 ustawy nr 54/1997 nie zawiera żadnego szczególnego przepisu, który uwzględniałby szczególny charakter takich przedsiębiorstw jak przedsiębiorstwo skarżące. Artykuł 20 ust. 2 akapit trzeci ustawy stanowi: „Spółki, które prowadzą działalność regulowaną zgodnie z przepisami art. 11 ust. 2 niniejszej ustawy, prowadzą w swojej księgowości odrębne rachunki rozróżniające dochody i koszty związane ściśle z działalnością przesyłową, działalnością dystrybucyjną i w danym wypadku z wprowadzaniem do obrotu i działalnością sprzedażową na rzecz klientów według stałych cen”. Zatem — jak słusznie twierdzi Komisja — przepis ten nie dotyczy hiszpańskich ogólnych standardów rachunkowości mających zastosowanie do zwykłych komisantów.

- 218 Spółka Endesa twierdzi jednak, że Komisja nie ustaliła, czy przedsiębiorstwa dystrybucyjne rzeczywiście czerpią korzyści ekonomiczne z tej działalności, które przekraczają zwykłe wynagrodzenie za ich usługi ustalone według regulowanych stawek.
- 219 W tym względzie należy najpierw stwierdzić, że sama okoliczność, iż wynagrodzenie za działalność dystrybucyjną jest — w mniejszym lub większym zakresie — regulowane, nie może prowadzić do wniosku, że wynagrodzenie dystrybutorów powinno zostać uznane za zwykłą prowizję do celów stosowania rozporządzenia.
- 220 Spółka Endesa podnosi jednak, że w przypadku przedsiębiorstw dystrybucyjnych rola pośrednika wynika wyraźnie z art. 4 dekretu królewskiego nr 2017/1997 z dnia 26 grudnia 1997 r. dotyczącego organizacji i regulacji procedury rozliczania kosztów przesyłu, dystrybucji i sprzedaży według określonej stawki, a także kosztów stałych systemu, dywersyfikacji i bezpieczeństwa zaopatrzenia.
- 221 Z powyższego przepisu nie wynika jednak, że działalność dystrybucyjna jest zwykłym pośrednictwem. W szczególności przepis ten nie stanowi, że przedsiębiorstwo dystrybucyjne zatrzymuje jedynie wynagrodzenie za swoją usługę, a resztę przekazuje innym podmiotom, lecz przedstawia wykaz dochodów i kosztów, które podlegają rozliczeniu do celów stosowania dekretu królewskiego.
- 222 Jeżeli chodzi o podniesiony przez skarżącą fakt, że operacje przeprowadzane przez przedsiębiorstwa dystrybucyjne nie wnoszą żadnej wartości do transakcji, należy stwierdzić — jak uczyniła to Komisja — że dystrybucja obejmuje szereg działań, które wykraczają poza zwykłą dostawę energii. Zatem dystrybutor używa między innymi swojej marki, świadczy integralną usługę na rzecz klienta, która obejmuje

obsługę klienta, zalecenia dotyczące bezpieczeństwa, kontrolę instalacji, spisywanie liczników, fakturowanie i pobieranie należności. Należy zresztą zauważyć, że regulowany charakter sektora nie tworzy fikcji gospodarczej, w której dystrybucja nie generuje żadnej wartości dodanej ani żadnego przepływu dochodów.

223 Jeżeli chodzi o argumenty skarżącej, zgodnie z którymi z jednej strony wynagrodzenie przedsiębiorstw dystrybucyjnych jest ustalane corocznie niezależnie od wielkości zakupu i sprzedaży energii, a z drugiej strony przedsiębiorstwa te nie ponoszą żadnego ryzyka z tytułu nieściągniętych należności, należy zauważyć najpierw, że art. 15 dekretu królewskiego nr 2819/1998 dotyczącego regulowania przesyłu i dystrybucji energii elektrycznej określa składniki wynagrodzenia za dystrybucję, które obejmują koszty inwestycji, eksploatacji i konserwacji instalacji, koszty dostarczonej energii, koszty modelu, który charakteryzuje strefę dystrybucji, koszty zapewniania jakości dostaw i redukcji strat oraz inne koszty konieczne do prowadzenia działalności dystrybucyjnej, w tym koszty zarządzania handlowego.

224 Ponieważ jednym ze składników wynagrodzenia za dystrybucję jest koszt dostarczanej energii, twierdzenie skarżącej, że wynagrodzenie przedsiębiorstw dystrybucyjnych jest zupełnie niezależne od ilości sprzedanej przez nie energii, a w konsekwencji od ilości dostarczonej im energii, jest bezzasadne.

225 Należy zauważyć następnie, że o ile zgodnie z art. 20 dekretu królewskiego nr 2819/1998 całościowe wynagrodzenie za dystrybucję jest corocznie kalkulowane ex ante, dystrybutorzy muszą jednak ponosić ryzyko wynikające z własnego zarządzania, w szczególności jeżeli chodzi o przewidywany popyt. Dystrybutor kupuje bowiem energię elektryczną od konsorcjum po cenie rynkowej, lecz — jak wynika z art. 4 lit. e) dekretu królewskiego nr 2017/1997 — jest wynagradzany na podstawie średniej ceny ważonej. Zatem przy rozliczaniu kosztów nabycia energii zgodnie z załącznikiem I.6 do dekretu królewskiego nr 2017/1997 kosztami obciążającymi dystrybutora nie są koszty, które faktycznie poniósł on na rynku, lecz średnia cena ważona za zakup energii po stronie dystrybutorów w okresie rozliczenia. W związku z powyższym dystrybutor, który płaci cenę wyższą niż

średnia, traci różnicę, ponieważ poniósł koszty rzeczywiste wyższe od kosztów, które zostały mu faktycznie zapłacone. Natomiast dystrybutor, który płaci cenę niższą niż średnia, osiąga dodatkowe zyski. Z powyższego wynika — co zresztą przyznaje skarżąca w swojej odpowiedzi na pisemne pytanie Sądu — że obowiązujący system zapewnia jedynie wynagrodzenie za teoretyczną działalność dystrybucyjną, zaś wynagrodzenie rzeczywiste zależy od stopnia skuteczności dystrybutorów podczas zakupu energii.

226 Ponadto jeżeli chodzi o sprzedaż energii elektrycznej przez dystrybutorów na rzecz konsumentów końcowych, należy zauważyć, że skarżąca nie wykazała nieprawidłowości twierdzenia zawartego w motywie 35 decyzji, zgodnie z którym ryzyko niezapłacenia przez klientów końcowych (regulowanej) ceny dostarczonej energii elektrycznej ponoszą spółki dystrybucyjne. Wprawdzie istnieje mechanizm, który w pewnym stopniu umożliwia uwzględnienie ryzyka braku płatności w ujęciu ogólnym, niemniej dystrybutor ponosi ryzyko niezapłacenia należności, co wynika z art. 4 lit. a) zdanie ostatnie dekretu królewskiego nr 2017/1997, zgodnie z którym „w procedurze rozliczania uwzględnia się dochody uzyskane z tego tytułu na podstawie danych z faktur, niezależnie od ich pobrania”. Ponieważ cytowany przepis nie odnosi się do kwot rzeczywiście pobranych, lecz do fakturowania, należy uznać, że ryzyko niezapłacenia faktury przez klienta obciąża przedsiębiorstwo dystrybucyjne.

227 Fakt, że art. 79 ust. 7 dekretu królewskiego nr 1955/2000 w sprawie regulacji działalności transportowej, dystrybucyjnej, sprzedażowej i dostawczej, a także procedur zatwierdzania instalacji energii elektrycznej przewiduje, że przedsiębiorstwa z sektora energii elektrycznej mogą zażądać ustanowienia gwarancji, nie podważa tego wniosku. W istocie, z jednej strony kwota gwarancji jest ograniczona do kwoty miesięcznej faktury za 50 godzin korzystania z zainstalowanej mocy. Z drugiej strony przepis przewiduje również, że niektóre kategorie konsumentów w określonych strefach geograficznych mogą być zwolnione ze złożenia tej gwarancji. Wreszcie zgodnie z szóstym przepisem przejściowym dekretu królewskiego gwarancji nie można pobierać od konsumentów, którzy otrzymali już dostawę po stawce regulowanej w momencie wejścia w życie tego przepisu. Tymczasem

w opinii Komisji, która nie została podważona przez skarżącą, duża większość konsumentów energii elektrycznej płacących za nią stawkę regulowaną podpisała umowy na dostawę energii elektrycznej przed 2000 r. Z powyższego wynika, że gwarancje pokrywają jedynie ograniczoną część ryzyka nieściągnięcia należności.

- 228 Jeżeli chodzi o fakt, że uznanie przedsiębiorstw dystrybucyjnych za pośredników odpowiada zwyczajowej praktyce w hiszpańskim sektorze energetycznym, należy jednak zauważyć — nawet jeśli kwestia ta nie jest decydująca — że z pytania pisemnego zadanego przez Sąd i uwag przekazanych przez strony podczas rozprawy wynika brak jednomyślności co do praktyki korekty „pass through” w przedsiębiorstwach z tego sektora.
- 229 Wreszcie jeżeli chodzi o stwierdzenie skarżącej, zgodnie z którym odmowa uwzględnienia korekty „pass through” jest przejawem poważnego uchybienia w analizie, które doprowadziło do przekroczenia uprawnień i niedostatecznego uzasadnienia w zakresie, w jakim Komisja nagle wyraziła wątpliwości co do tej korekty na ostatnim etapie postępowania, chociaż nigdy wcześniej nie domagała się wyjaśnień od spółki Endesa na ten temat, wystarczy stwierdzić, że fakt zebrania niektórych informacji pod koniec postępowania nie wpływa jako taki na zgodność z prawem decyzji. Ponadto złożoność sprawy uzasadnia starania Komisji, aby uzyskać niektóre dodatkowe informacje nawet na zaawansowanym etapie postępowania i po szczegółowym zapoznaniu się z kontekstem sprawy. Należy zresztą stwierdzić, że wniosek o udzielenie informacji wysłany przez Komisję w dniu 28 września 2005 r. zawierał już różne pytania dotyczące ewentualnego wyeliminowania niektórych dochodów uzyskanych w Hiszpanii (pytania 2 i 3) oraz że skarżąca przedstawiła w odpowiedzi wyjaśnienia na temat korekty „pass through” (pismo z dnia 5 października 2005 r.).
- 230 Z powyższych rozważań wynika, że należy odrzucić argumenty skarżącej przedstawione na poparcie zarzutu opartego na niedokonaniu korekty „pass through”.

- 231 W tych okolicznościach Sąd stwierdza, że nie ma potrzeby rozpatrywania zasadności dodatkowej tezy skarżącej, zgodnie z którą nawet przy założeniu, że spółki dystrybucyjne nie działają jako pośrednicy, należy jeszcze sprawdzić, czy część operacji dystrybucyjnych nie stanowi operacji wewnątrzgrupowych. Z odpowiedzi skarżącej na pisemne pytanie Sądu wynika bowiem, że ta korekta odpowiada kwocie 1 510 mln EUR. Tymczasem z akt sprawy wynika, że nawet po zaakceptowaniu wszystkich „kontrkorekt” zaproponowanych przez skarżącą i odrzuceniu wszystkich korekt zaproponowanych przez spółkę Gas Natural uzyskana kwota nie wystarczyłaby na uznanie koncentracji za operację o wymiarze wspólnotowym.
- 232 W świetle powyższych rozważań należy odrzucić pierwszą część zarzutu czwartego.
- 233 Ponieważ korekta „pass through” była niezbędna do nadania koncentracji wymiaru wspólnotowego, rozpatrywanie drugiej części zarzutu dotyczącej wymiany gazu nie jest konieczne.
- 234 W związku z powyższym należy odrzucić zarzut czwarty.

W przedmiocie zarzutu piątego opartego na naruszeniu kryteriów wymienionych w komunikacie, na braku analizy i uzasadnienia oraz na nadużyciu władzy

Argumenty stron

- 235 Spółka Endesa uważa, że z powodów przedstawionych w zarzutach drugim, trzecim i czwartym, a także ze względu na uchybienia proceduralne decyzji, należy stwierdzić jej nieważność bez konieczności wypowiedzania się na temat oczywiście błędnej

oceny Komisji dotyczącej innych proponowanych korekt. Skarżąca wskazuje, że zważywszy na jej wniosek o rozpoznanie skargi w trybie przyspieszonym, ograniczy się do wykazania niewystarczającego uzasadnienia decyzji w tym względzie.

236 Endesa krytykuje podejście przyjęte przez Komisję, które polegało na stwierdzeniu braku szczególnej podstawy prawnej w komunikacie, aby odrzucić wiele korekt oraz zbadać niektóre korekty, zaś nie badać innych.

237 Jeżeli chodzi o pierwszą kwestię, Komisja wciąż ignoruje fakt, że podstawą prawną do obliczenia obrotu zainteresowanych przedsiębiorstw nie jest komunikat, lecz art. 5 rozporządzenia. Oczywistym błędem jest uznanie, że dopuszczalne są jedynie korekty przewidziane w komunikacie lub jedynie na wymienionych tam warunkach, bez zbadania, czy są one zgodne z rozporządzeniem.

238 Jeżeli chodzi o drugą kwestię, spółka Endesa uważa, że Komisja powinna była wyjaśnić, według jakiego kryterium wybrała korekty, które zasługiwały na analizę, i korekty, które nie mogły zostać objęte taką analizą. Uzasadnienie przedstawione w pkt 70 decyzji, zgodnie z którym „Komisja uważa [...], że nie musi rozstrzygać tej kwestii, ponieważ koncentracja nie miałaby wymiaru wspólnotowego, nawet jeśli te korekty zostałyby zaakceptowane”, jest niedopuszczalne, ponieważ takie samo uzasadnienie można było przedstawić w stosunku do wielu innych, dużo mniej ważnych, korekt, które zostały jednak zbadane.

239 Spółka Endesa powołuje się na inne okoliczności, które uwzględnione jako całość stanowią wyraźne i jednoznaczne wskazówki nadużycia władzy. Za co najmniej osobliwy należy na przykład uznać fakt, że Komisja nie oceniła żadnej korekty zaproponowanej przez spółkę Gas Natural, z wyjątkiem jednej, która dotyczyła

„spółek nieskonsolidowanych” grupy, co działa — choćby nieznacznie — na jej korzyść. Jeszcze bardziej osobliwy jest fakt, że Komisja nie wspomniała w decyzji o przypadku innej nieskonsolidowanej spółki (Ergon Energía), którą spółka Endesa wymieniła w swojej odpowiedzi na wniosek Komisji o udzielenie informacji z dnia 4 listopada 2005 r. Tymczasem gdyby uwzględniono wszystkie nieskonsolidowane spółki, szala przechyliłaby się na korzyść wspólnotowego wymiaru operacji. Uzasadnienie punktu dotyczącego dodatkowych dochodów spółki Endesa we Włoszech (pkt 60–64 decyzji) jest również zadziwiające, gdyż Komisja odwołuje się do obydwu pozycji, lecz nie wypowiada się w kwestii pozycji, która była najważniejsza z ekonomicznego punktu widzenia.

240 Spółka Endesa utrzymuje, że uważna lektura decyzji pozwala dostrzec, że jedynym celem Komisji było ograniczenie ryzyka stwierdzenia nieważności decyzji przez Sąd, podczas gdy jej obowiązkiem było zastosowanie reguł kompetencji, a w szczególności przedstawienie przyczyn odrzucenia proponowanych korekt.

241 Skarżąca twierdzi, że zaniechanie wypełnienia przez Komisję spoczywającego na niej obowiązku ustalenia jej kompetencji stanowi nadużycie władzy, które ponadto narusza prawo do obrony wobec braku dostatecznego uzasadnienia, podczas gdy ona współpracowała aktywnie w trakcie całego postępowania administracyjnego, dostarczając szereg danych, których domagała się Komisja.

242 Dwudziestoczworogodzinny termin przyznany spółce Endesa na odpowiedź na wniosek o udzielenie informacji wysłany 50 dni po rozpoczęciu postępowania, który okazał się decydujący dla uzasadnienia decyzji, jest dodatkową wskazówką potwierdzającą nadużycie władzy oraz stanowi ponadto naruszenie prawa do obrony.

- 243 Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, a w szczególności brak uzasadnienia wyboru analizowanych korekt i niewystarczające uzasadnienie decyzji, a także ze względu na jej argumenty odnoszące się do dwóch głównych zarzutów (dotyczących, po pierwsze, standardów rachunkowości oraz, po drugie, korekty „pass through” i korekty związanej z wymianą gazu), spółka Endesa uważa, że nie istnieje potrzeba rozwijania jej argumentów podważających ocenę różnych korekt analizowanych w pkt 37–72 decyzji.
- 244 Komisja, popierana przez interwenientów, twierdzi, że omawiany zarzut składa się z różnych argumentów, które zasadniczo ograniczają się do wyrażenia przez skarżącą zaskoczenia różnymi aspektami decyzji, a których jedynym celem wydaje się być doprowadzenie do uznania za podane w wątpliwość oceny korekt, które nie zostały wyraźnie podważone. Komisja utrzymuje, że taka krytyka nie została w żaden sposób poparta i nie odsyła do żadnego konkretnego fragmentu decyzji. Dlatego też uważa, że jest to zarzut niedopuszczalny, gdyż nie spełnia warunków formalnych określonych w art. 44 regulaminu. Komisja dodaje, że nawet gdyby zarzucane błędy rzeczywiście występowały, nie mogłyby one stanowić dowodu na nadużycie władzy.

Ocena Sądu

- 245 W ramach tego zarzutu skarżąca formułuje szereg różnych argumentów dotyczących pozostałych korekt odrzuconych w decyzji oraz korekt, w sprawie których Komisja nie wypowiedziała się w decyzji lub dotyczących terminu odpowiedzi na wnioski o udzielenie informacji. Na koniec skarżąca powołuje się na nadużycie władzy.
- 246 Jeżeli chodzi w pierwszej kolejności o analizę pozostałych zaproponowanych korekt, które zostały zbadane w decyzji, skarżąca ogranicza się do twierdzenia, że Komisja odrzuciła je wyłącznie ze względu na fakt, że nie uwzględnia ich komunikat.

247 Niewątpliwie, jak przypomina Komisja, Sąd miał już okazję stwierdzić, że postępowanie w trybie przyspieszonym, w którym nie ma drugiej wymiany pism procesowych, zakłada, że argumenty skarżącej od samego początku są sformułowane w skardze w sposób jasny i ostateczny (przywołany w pkt 93 powyżej wyrok w sprawie EDP przeciwko Komisji, pkt 183). Jednakże w niniejszym przypadku zarzut jest dopuszczalny, o ile — nawet jeżeli został przedstawiony w skrócie i poparty w znikomym stopniu — można go zrozumieć jako wskazanie błędu popełnionego przez Komisję ze względu na fakt, że uznała za dopuszczalne tylko korekty przewidziane w komunikacie, nie sprawdzając, czy korekty te są zgodne z przepisami rozporządzenia.

248 Zarzut ten należy jednak odrzucić jako bezzasadny. Z analizy decyzji wynika bowiem, że wbrew temu, co utrzymuje skarżąca, Komisja nie odrzuciła żadnej ze spornych korekt wyłącznie ze względu na fakt, że nie została wyraźnie przewidziana w komunikacie.

249 Odrzucenie korekt, o których mowa w pkt 41–44 decyzji nie opiera się na komunikacie, lecz na fakcie, że są to korekty nieskontrolowane lub bezpodstawne (pkt 44 decyzji). Również w przypadku korekty analizowanej w pkt 45–50 decyzji nie ma odniesienia do komunikatu. Ponadto odrzucenie korekty analizowanej w pkt 51–55 decyzji opiera się na stwierdzeniu, że chodzi o koszty, które przedsiębiorstwo z sektora energii elektrycznej musi ponieść, aby prowadzić działalność na rynku, a wniosek odnosi się do art. 5 ust. 1 rozporządzenia. Korekta analizowana w pkt 56 i 57 decyzji została odrzucona, ponieważ z punktu widzenia rachunkowości przeniesienie spornych aktywów powinno samo w sobie zostać uznane za dochód, bez względu na fakt, czy przenoszone aktywa generują dochód. Ponadto Komisja uznała, że tego rodzaju praktyka była powszechna lub co najmniej nie występowała wyjątkowo. Wniosek również zawiera odwołanie do art. 5 ust. 1 rozporządzenia. Krytyka skarżącej nie jest zasadna również w przypadku korekty analizowanej w pkt 58–59, w których Komisja stwierdziła, że spółka Endesa nie wykazała w sposób dostatecznie jasny, że dane dochody dotyczą faktycznie lat poprzednich, ani w przypadku korekty analizowanej w pkt 60–64 decyzji, która została odrzucona

na podstawie zasady ostrożności i samego rozporządzenia. Wreszcie jeżeli chodzi o korektę analizowaną w pkt 65–68 decyzji, wniosek odwołuje się także do art. 5 rozporządzenia.

- 250 Z powyższego wynika, że nie można uwzględnić zarzutu skarżącej dotyczącego pozostałych korekt odrzuconych w decyzji.
- 251 Ponadto należy stwierdzić, że skarżąca nie zastrzegła sobie możliwości późniejszego wniesienia nowych zarzutów lub przedstawienia nowych argumentów. Dlatego też należy uznać, że decyzja jest ostateczna w kwestii pozostałych korekt zaproponowanych przez spółkę Endesa i przeanalizowanych przez Komisję w decyzji.
- 252 Jeżeli chodzi w drugiej kolejności o zarzut dotyczący korekt, w sprawie których Komisja nie wypowiedziała się, skarżąca utrzymuje, że Komisja powinna była wyjaśnić, jakimi kryteriami kierowała się przy wyborze korekt, które zasługują na analizę, i korekt, które nie mogą zostać objęte taką analizą. Spółka Endesa uważa, że wybór ten jest całkowicie nieuzasadniony i w konsekwencji pozbawia decyzję podstaw, jeżeli Sąd uwzględni jeden z dwóch głównych zarzutów lub obydwa zarzuty dotyczące po pierwsze mających zastosowanie standardów rachunkowości, a po drugie korekty „pass through” i korekty dotyczącej wymiany gazu.
- 253 Powyższego zarzutu nie można uwzględnić. Bezsprzeczne jest bowiem, że nawet jeżeli wszystkie korekty, w sprawie których Komisja nie wypowiedziała się, zostałyby przyjęte, koncentracja nie miałaby wymiaru wspólnotowego. Mogłoby to mieć miejsce dopiero wtedy, gdyby zaakceptowane zostały ponadto albo przedłożone przez skarżącą sprawozdania finansowe sporządzone zgodnie ze standardami MSSF, albo dwie korekty dotyczące przekazywania pobieranych kwot i wymiany gazu. Ponieważ Komisja odrzuciła w decyzji zarówno sprawozdania finansowe sporządzone zgodnie ze standardami MSSF, jak i dwie korekty, analiza pozostałych korekt zaproponowanych przez spółkę Endesa była zbędna.

254 Skarżąca nie może również zarzucać braku uzasadnienia w tym względzie. Obowiązek uzasadnienia, w szczególności w ramach kontroli koncentracji, która wymaga szybkiego wydawania decyzji, nie wymaga od Komisji zajęcia stanowiska w sprawie korekt, które — nawet jeżeli zostałyby zaakceptowane — byłyby pozbawione konsekwencji, gdyż już z wcześniejszego odrzucenia innych korekt wynika w sposób wymagany prawem, że koncentracja nie ma wymiaru wspólnotowego.

255 Z tego samego powodu należy odrzucić argumenty, że Komisja nie oceniła żadnej korekty zaproponowanej przez spółkę Gas Natural (z wyjątkiem korekty niekorzystnej dla spółki Endesa), oraz argumenty dotyczące spółek nieskonsolidowanych, w szczególności spółki Ergon Energia. Co więcej, należy zauważyć, że o ile Komisja zaakceptowała jedną z korekt spółki Gas Natural, zrobiła to, gdyż sama skarżąca uznała jej zasadność. Wreszcie zarzut dotyczący zaniechania analizy korekt zaproponowanych przez spółkę Gas Natural jest pozbawiony sensu, gdyż te „kontrkorekty” zaproponowane przez spółkę Gas Natural mogły zwiększyć procent obrotu osiągnięty przez skarżącą w Hiszpanii.

256 Jeżeli chodzi w trzeciej kolejności o twierdzenie skarżącej, jakoby uważna lektura decyzji Komisji pozwalała dostrzec jej jedyny cel, którym jest ograniczenie ryzyka stwierdzenia nieważności decyzji przez Sąd, wystarczy zauważyć, że nie można zarzucać Komisji działań mających zapewnić zgodność z prawem jej decyzji, aby Sąd nie stwierdzał ich nieważności.

257 Jeżeli chodzi w czwartej kolejności o zarzut dotyczący tylko dwudziestoczworgodzinnego terminu na odpowiedź na wniosek o udzielenie informacji wysłany 50 dni po rozpoczęciu postępowania, który był decydujący dla uzasadnienia decyzji, wystarczy stwierdzić, że skarżąca nie domagała się przedłużenia terminu i udzieliła odpowiedzi w wyznaczonym terminie.

258 Wreszcie jeżeli chodzi w piątej kolejności o zarzut nadużycia władzy, należy przypomnieć, że akt stanowi przejaw nadużycia władzy, jeżeli na podstawie obiektywnych, trafnych i spójnych przesłanek można stwierdzić, że został on wydany wyłącznie lub co najmniej w decydującej mierze w celu osiągnięcia innych celów niż wskazane albo w celu obejścia procedury specjalnie przewidzianej w traktacie dla danego przypadku (wyroki Trybunału z dnia 21 czerwca 1984 r. w sprawie 69/83 Lux przeciwko Trybunałowi Obrachunkowemu, Rec. str. 2447, pkt 30; z dnia 13 listopada 1990 w sprawie C-331/88 Fedesa i in., Rec. str. I-4023, pkt 24; z dnia 13 lipca 1995 r. w sprawie C-156/93 Parlament przeciwko Komisji, Rec. str. I-2019, pkt 31; z dnia 14 maja 1998 r. w sprawie C-48/96 P Windpark Groothusen przeciwko Komisji, Rec. str. I-2873, pkt 52 i z dnia 22 listopada 2001 r. w sprawie C-110/97 Niderlandy przeciwko Radzie, Rec. str. I-8763, pkt 137). Ponieważ żadne z uchybień ani żaden z błędów przywołanych przez skarżącą w ramach omawianego zarzutu lub w innych zarzutach w celu wykazania występowania domniemanego nadużycia władzy nie są uzasadnione, zarzut należy odrzucić. W każdym wypadku, nawet przy założeniu, że zarzucane błędy rzeczywiście występują, nie mogą one stanowić dowodu nadużycia władzy.

259 W konsekwencji należy odrzucić zarzut piąty.

260 Z całości powyższych rozważań wynika, że skargę należy oddalić jako bezzasadną.

W przedmiocie kosztów

261 Zgodnie z art. 87 § 2 regulaminu kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ skarżąca przegrała sprawę, a Komisja i interwenienci wnieśli o obciążenie skarżącej kosztami postępowania, należy postanowić, że skarżąca pokrywa, poza własnymi kosztami, koszty poniesione przez Komisję i spółkę Gas Natural, w tym koszty postępowania w przedmiocie środka tymczasowego.

262 Zgodnie z art. 87 § 4 regulaminu państwa członkowskie, które wstąpiły do sprawy w charakterze interwenienta, pokrywają własne koszty. Zatem Królestwo Hiszpanii pokrywa własne koszty.

Z powyższych względów

SĄD (trzecia izba)

orzeka, co następuje:

- 1) **Skarga zostaje oddalona.**

- 2) **Skarżąca pokrywa własne koszty oraz koszty poniesione przez Komisję i Gas Natural SGD, SA, w tym koszty postępowania w przedmiocie środka tymczasowego.**

- 3) **Królestwo Hiszpanii pokrywa własne koszty.**

Jaeger

Tiili

Czúcz

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 14 lipca 2006 r.

Sekretarz

Prezes

E. Coulon

M. Jaeger

Spis treści

Ramy prawne	II - 2543
Rozporządzenia dotyczące kontroli koncentracji	II - 2543
Uregulowania w sprawie rachunkowości spółek	II - 2548
Komunikat w sprawie obliczania obrotu	II - 2551
Okoliczności faktyczne leżące u podstaw sporu	II - 2552
Przebieg postępowania	II - 2556
Żądania stron	II - 2559
Co do prawa	II - 2560
W przedmiocie zarzutu pierwszego opartego na uchybieniach proceduralnych	II - 2561
W przedmiocie pierwszej części zarzutu opartej na wydaniu decyzji w sprawie wniosków o odesłanie poprzedzających decyzję	II - 2561
— Argumenty stron	II - 2561
— Ocena Sądu	II - 2562
W przedmiocie drugiej części zarzutu opartej na braku przejrzystości i naruszeniu prawa do obrony	II - 2565
— Argumenty stron	II - 2565
— Ocena Sądu	II - 2566
W przedmiocie trzeciej części zarzutu opartej na braku zawieszenia postępowania krajowego	II - 2568
— Argumenty stron	II - 2568
— Ocena Sądu	II - 2570
W przedmiocie zarzutu drugiego opartego na przerzuceniu ciężaru dowodu i na braku uzasadnienia	II - 2571
Argumenty stron	II - 2571
Ocena Sądu	II - 2573
	II - 2625

W przedmiocie zarzutu trzeciego opartego na nieskorzystaniu ze sprawozdań finansowych sporządzonych zgodnie ze standardami rachunkowości MSR/MSSF	II - 2580
W przedmiocie pierwszej części zarzutu opartej na nieskorzystaniu ze standardów MSR/MSSF jako jedynych obowiązujących standardów rachunkowości	II - 2581
— Argumenty stron	II - 2581
— Ocena Sądu	II - 2582
W przedmiocie drugiej części zarzutu opartej na nadrzędności standardów rachunkowości MSR/MSSF	II - 2585
— Argumenty stron	II - 2585
— Ocena Sądu	II - 2587
W przedmiocie trzeciej części zarzutu opartej na naruszeniu prawa i oczywistych błędach w ocenie mających wpływ na odrzucenie uzgodnionego sprawozdania finansowego	II - 2591
— Argumenty stron	II - 2591
— Ocena Sądu	II - 2598
W przedmiocie zarzutu czwartego dotyczącego odrzucenia korekty „pass through” i korekty dotyczącej wymiany gazu	II - 2602
— Argumenty stron	II - 2603
— Ocena Sądu	II - 2606
W przedmiocie zarzutu piątego opartego na naruszeniu kryteriów wymienionych w komunikacie, na braku analizy i uzasadnienia oraz na nadużyciu władzy	II - 2616
Argumenty stron	II - 2616
Ocena Sądu	II - 2619
W przedmiocie kosztów	II - 2623