

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (tredje avdelningen)
den 14 juli 2006 *

I mål T-417/05,

Endesa, SA, Madrid (Spanien), företrätt av J. Flynn, QC, S. Baxter, solicitor, samt advokaterna M. Odriozola Alén, M. Muñoz de Juan, M. Merola, J. García de Enterría Lorenzo-Velázquez och J. Varcárcel Martínez,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av F. Castillo de la Torre, É. Gippini Fournier, A. Whelan och M. Schneider, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

med stöd av

Konungariket Spanien, företrätt av N. Díaz Abad, abogado del Estado,

* Rättegångsspråk: spanska.

och av

Gas Natural SDG, SA, Barcelona (Spanien), företrätt av advokaterna F. González Díaz, J. Jiménez de la Iglesia och A. Leis García,

intervenienter,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut av den 15 november 2005 enligt vilket en koncentration saknar gemenskapsdimension (Ärende COMP/M.3986 – Gas Natural/Endesa),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen)

sammansatt av ordföranden M. Jaeger samt domarna V. Tiili och O. Czúcz,

justitiesekreterare: förste handläggaren J. Palacio González,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 9 mars 2006,

II - 2542

följande

Dom

Tillämpliga bestämmelser

Förordningarna om kontroll av företagskoncentrationer

- ¹ I artikel 1 i rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EUT L 24, s. 1) (nedan kallad förordningen) föreskrivs följande:

”1. Utan att det påverkar tillämpningen av artikel 4.5 och artikel 22, gäller denna förordning alla koncentrationer med en gemenskapsdimension enligt definitionerna i denna artikel.

2. En koncentration har en gemenskapsdimension om

- a) den sammanlagda omsättningen i hela världen för samtliga berörda företag överstiger 5 miljarder euro, och

- b) den sammanlagda omsättningen inom gemenskapen för minst två av de berörda företagen överstiger 250 miljoner euro,

om inte vart och ett av de berörda företagen uppnår mer än två tredjedelar av sin sammanlagda omsättning inom gemenskapen i en och samma medlemsstat.

...”

- 2 I artikel 5 i förordningen, som har rubriken ”Beräkning av omsättning”, föreskrivs följande:

”1. Begreppet sammanlagd omsättning i denna förordning skall omfatta de berörda företagens intäkter under föregående räkenskapsår från försäljning av varor och tjänster inom ramen för företagets ordinarie verksamhet efter avdrag för försäljningsrabatter samt mervärdesskatt och andra skatter som direkt hänför sig till omsättningen. I ett berört företags sammanlagda omsättning skall inte inräknas försäljning av varor eller tjänster mellan de företag som avses i punkt 4.

Omsättning inom gemenskapen eller inom en medlemsstat skall omfatta intäkter från försäljning av varor och tjänster till företag eller konsumenter inom gemenskapen respektive medlemsstaten.

...”

3 I artikel 19 i förordningen föreskrivs följande:

”1. Kommissionen skall inom tre arbetsdagar till medlemsstaternas behöriga myndigheter översända kopior av anmälningar samt, så snart som möjligt, även kopior av de viktigaste handlingar som har inkommit till eller utfärdats av kommissionen enligt denna förordning ...

2. Kommissionen skall vidta åtgärder enligt denna förordning i nära och ständig samverkan med medlemsstaternas behöriga myndigheter, som har rätt att framföra sina synpunkter på dessa åtgärder ...”

4 Artikel 21 i förordningen har följande lydelse:

”2. Med förbehåll för domstolens prövningsrätt är kommissionen ensam behörig att fatta beslut enligt denna förordning.

3. Medlemsstaterna får inte tillämpa sin nationella konkurrenslagstiftning på koncentrationer med en gemenskapsdimension.”

5 I artikel 22 i förordningen föreskrivs följande:

”1. En eller flera medlemsstater får begära att kommissionen undersöker en koncentration enligt definitionen i artikel 3 som inte har en gemenskapsdimension i den mening som avses i artikel 1, men som påverkar handeln mellan medlemsstater

och hotar att påtagligt påverka konkurrensen inom den medlemsstats eller de medlemsstaters territorium som framställer begäran.

En sådan begäran skall framställas inom 15 arbetsdagar från den dag då koncentrationen anmäldes eller, om någon anmälan inte krävs, på annat sätt kom till den berörda medlemsstatens kännedom.

2. Kommissionen skall utan dröjsmål underrätta medlemsstaternas behöriga myndigheter och de berörda företagen om varje begäran som den har mottagit enligt punkt 1.

Varje annan medlemsstat skall ha rätt att ansluta sig till den ursprungliga begäran inom 15 arbetsdagar från och med att den underrättats av kommissionen om den ursprungliga begäran.

Alla nationella tidsfrister avseende koncentrationen skall tillfälligt avbrytas tills det i enlighet med förfarandet i denna artikel fastställts var koncentrationen skall undersökas. Så snart som en medlemsstat underrättat kommissionen och de berörda företagen om att den inte vill ansluta sig till begäran skall dess nationella tidsfrister på nytt börja löpa.

3. Kommissionen får senast tio arbetsdagar efter utgången av den tidsfrist som anges i punkt 2 besluta att undersöka koncentrationen, om den anser att den påverkar handeln mellan medlemsstater och hotar att påtagligt påverka konkurrensen inom den eller de medlemsstater som framställt begäran. Om kommissionen inte fattar beslut inom denna tidsfrist, skall den anses ha fattat ett beslut om att undersöka koncentrationen i enlighet med begäran.

Kommissionen skall underrätta samtliga medlemsstater och de berörda företagen om sitt beslut. Den får kräva att en anmälan lämnas in enligt artikel 4.

Den eller de medlemsstater som har framställt begäran får inte därefter fortsätta att tillämpa sin nationella konkurrenslagstiftning på koncentrationen.

...”

- 6 I artikel 17.3 i kommissionens förordning (EG) nr 802/2004 av den 7 april 2004 om tillämpning av förordningen (EUT L 133, s. 1), anges följande:

”Rätten till tillgång till handlingar i ärendet skall inte omfatta konfidentiella uppgifter eller interna handlingar hos kommissionen eller medlemsstaternas behöriga myndigheter. Rätten till tillgång till handlingar i ärendet skall inte heller omfatta skriftväxling mellan kommissionen och medlemsstaternas behöriga myndigheter eller mellan de senare.”

- 7 I artikel 1 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1606/2002 av den 19 juli 2002 om tillämpning av internationella redovisningsstandarder föreskrivs följande:

”Syftet med denna förordning är att anta och tillämpa internationella redovisningsstandarder i gemenskapen för att harmonisera den finansiella information som läggs fram av de företag som avses i artikel 4 för att på så sätt garantera en hög grad av insyn i redovisningarna och att redovisningarna i hög grad kan jämföras och

därigenom garantera att gemenskapens kapitalmarknad och den inre marknaden kan fungera ändamålsenligt.”

Bestämmelser avseende bolagsredovisning

- 8 I artikel 4 i förordning nr 1606/2002 (med rubriken ”Koncernredovisning i noterade företag”) föreskrivs följande:

”För varje räkenskapsår som inleds den 1 januari 2005 eller därefter skall de företag som är underställda en medlemsstats lagstiftning upprätta sin koncernredovisning i enlighet med de internationella redovisningsstandarder som antagits i överensstämmelse med förfarandet i artikel 6.2, under förutsättning att deras värdepapper på balansdagen är noterade på en reglerad marknad i en medlemsstat i enlighet med de villkor som fastställs i artikel 1.13 i rådets direktiv 93/22/EEG av den 10 maj 1993 om investeringstjänster på värdepappersområdet.”

- 9 I kommissionens förordning (EG) nr 1725/2003 av den 29 september 2003 om antagande av vissa redovisningsstandarder i enlighet med förordning nr 1606/2002 (EUT L 261, s. 1) föreskrivs följande:

”Artikel 1

Härmed antas de internationella redovisningsstandarder som anges i bilagan.

...”

- 10 I den internationella redovisningsstandarden IAS 18 , som har rubriken ”Intäkter” och återfinns i bilagan till förordning nr 1725/2003, föreskrivs följande:

”Definitioner

7. I denna standard används följande begrepp med de innebörder som anges nedan:

Intäkt är det bruttoinflöde av ekonomiska fördelar som uppstår i ett företags ordinarie verksamhet under en period, och som ökar företagets eget kapital, med undantag för ökningarna som beror på tillskott från aktieägare.

Verkligt värde är det värde till vilket en tillgång skulle kunna överlåtas eller en skuld regleras, mellan välinformerade parter i en affärsmässig transaktion, där bägge parter har ett intresse av transaktionen.

8. Intäkter omfattar endast det bruttoinflöde av ekonomiska fördelar som företaget erhåller eller kan erhålla för egen räkning. Belopp som uppbärs för annans räkning, såsom omsättningsskatt, varu- och tjänsteskatte och mervärdesskatt, utgör inte ekonomiska fördelar för företaget och medför ingen ökning av eget kapital. Därför exkluderas de från intäkterna. På motsvarande sätt medför inte heller bruttoinflöden av ekonomiska fördelar som uppbärs för huvudmans räkning att företagets eget kapital ökar. Belopp som uppbärs för en huvudmans räkning utgör därför inte intäkter. I stället utgörs intäkten av erhållen provision.”

- 11 I kommissionens förordning (EG) nr 707/2004 av den 6 april 2004 om ändring av förordning nr 1725/2003 (EUT L 111, s. 3) föreskrivs följande:

”Artikel 1

I bilagan till förordning ... nr 1725/2002 skall SIC-8 Första gången en redovisning, baserad på IAS, upprättas ersättas med den text som anges i bilagan till denna förordning.

Artikel 2

Denna förordning träder i kraft den tjugonde dagen efter det att den har offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning*.

...”

- 12 I bilagan till förordning nr 707/2004 , som har rubriken ”IFRS 1 — Första gången International Financial Reporting Standards tillämpas”, anges följande:

”36. För att uppfylla kraven i IAS 1 Utformning av finansiella rapporter, skall ett företags första finansiella rapporter enligt IFRS innefatta minst ett års jämförande information enligt IFRS.

...

47. Ett företag skall tillämpa denna standard om dess första finansiella rapporter enligt IFRS avser en period som börjar den 1 januari 2004 eller senare. Tidigare tillämpning uppmuntras ...”

Tillkännagivande om beräkning av omsättning

- 13 Punkt 26 i kommissionens tillkännagivande om beräkning av omsättning enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT C 66, 1998, s. 25) (nedan kallat tillkännagivandet) har följande lydelse:

”Kommissionen strävar efter att stödja sig på de mest exakta och tillförlitliga siffror som står till buds. Därför kommer kommissionen i regel att hänvisa till reviderade eller andra slutliga räkenskaper. I fall där stora skillnader iaktas mellan gemenskapens räkenskapsstandarder och de räkenskapsstandarder som används i länder utanför gemenskapen, kan kommissionen bedöma det som nödvändigt att anpassa dessa räkenskaper i enlighet med gemenskapens standarder beträffande omsättning. Kommissionen är i alla händelser försiktig med att lita på räkenskaper som uppgjorts av företagsledningen eller på någon annan form av preliminära räkenskaper annat än i undantagsfall (se följande punkt). Om en koncentration äger rum under årets första månader och reviderade räkenskaper ännu inte finns för det senaste räkenskapsåret, skall siffrorna för det föregående året användas. Om skillnaderna mellan de två uppsättningarna av räkenskaper är stora, och i synnerhet om det slutliga utkastet till räkenskaper för de senaste åren står till buds, kan kommissionen besluta att ta hänsyn till detta utkast till räkenskaper.”

- 14 I punkt 27 i tillkännagivandet anges följande:

”Trots det som anförs i punkt 26 måste en anpassning alltid göras på grund av förvärv eller avyttringar som skett efter tidpunkten för de reviderade räkenskaperna.

Detta är nödvändigt för att fastställa de faktiska resurser som ingår i koncentrationen. Om ett företag således avyttrar en del av sin verksamhet vid någon tidpunkt innan det slutliga avtalet undertecknas, det offentliga anbudsförfarandet tillkännages eller en kontrollerande ägarandel som leder till en koncentration förvärfvas, eller om en sådan avyttring eller en sådan nedläggning är en förutsättning för transaktionen, skall den del av omsättningen som härrör från den delen av verksamheten dras från den anmälade partens omsättning, som framgår av dess senaste reviderade räkenskaper. Omvänt gäller att den omsättning som härrör från tillgångar över vilka kontrollen har förvärvats efter upprättandet av de senaste reviderade räkenskaperna skall läggas till ett företags omsättning vid en anmälan.”

Bakgrund till tvisten

- 15 Sökanden, Endesa, SA, är ett rörelsedrivande bolag som är noterat bland annat på Madridbörsen. Bolaget står i spetsen för Endesa-koncernen, Spaniens största elkongcern, med verksamhet i Italien, Frankrike, Portugal, Polen och Latinamerika.
- 16 Gas Natural SDG, SA (nedan kallat Gas Natural) är ett rörelsedrivande bolag som är noterat på Madridbörsen. Bolaget står i spetsen för Gas Natural-koncernen, en företagskoncern som tillhandahåller tjänster inom energisektorn. Bolagets verksamhet består huvudsakligen i försörjning, distribution och saluföring av naturgas i Spanien, Italien och Latinamerika. Bolaget utvecklar även verksamhet på området för elsektorn, huvudsakligen inom framställning och saluföring av elenergi, en sektor där bolaget är ny aktör.
- 17 Den 5 september 2005 tillkännagav Gas Natural sin avsikt att lämna ett offentligt bud (nedan kallat det offentliga budet) på samtliga aktier i Endesa, vilket leder till en koncentration i enlighet med artikel 3 i förordningen. Endesas administrativa organ förklarade det offentliga budet vara fientligt.

- 18 Den 12 september 2005 anmälde Gas Natural företagskoncentrationen till den spanska konkurrensmyndigheten.
- 19 Strax efter tillkännagivandet av Gas Naturals offentliga bud vände sig Endesa till kommissionen för att redogöra för skälen till att företagskoncentrationen, enligt dess uppfattning, hade en gemenskapsdimension i den mening som avses i artikel 1 i förordningen. Enligt Endesa innebar detta dels att företagskoncentrationen borde anmälas till kommissionen enligt artikel 4 i förordningen, dels att den spanska konkurrensmyndigheten saknade behörighet att fatta beslut om koncentrationen.
- 20 Den 19 september 2005 begärde Endesa att kommissionen skulle ta ställning till sin behörighet att undersöka företagskoncentrationen på grund av dess gemenskapsdimension.
- 21 Endesa angav särskilt att de siffror som är relevanta för omsättningen år 2004 är de som beräknats på grundval av de nya internationella redovisningsstandarderna (IFRS) och inte de som framgår av de reviderade räkenskaperna. Vidare angav Endesa att ett visst antal andra justeringar bör göras av dessa siffror för att iaktta bestämmelserna i kommissionens tillkännagivande om beräkning av omsättning. På grundval av en sådan beräkning anser Endesa att företaget för år 2004 inte uppnår mer än två tredjedelar av sin sammanlagda omsättning inom gemenskapen i Spanien.
- 22 Den 20 september 2005 begärde den portugisiska konkurrensmyndigheten att kommissionen skulle acceptera ett hänskjutande av företagskoncentrationen med stöd av artikel 22 i förordningen. Den 22 september 2005 underrättade kommissionen alla andra medlemsstater om begäran om hänskjutande och gav dem tillfälle att ansluta sig till denna. Den 28 september 2005 meddelade den spanska konkurrensmyndigheten kommissionen att den inte ville ansluta sig till den

portugisiska begäran. Den 7 oktober 2005 underrättade den italienska myndigheten kommissionen om att den önskade ansluta sig till den portugisiska begäran. Den 27 oktober 2005 avslog kommissionen de nationella myndigheternas begäran om hänskjutande, med motiveringen att de inte visat i vilken utsträckning koncentrationen påverkar handeln inom gemenskapen och den fria konkurrensen, och fastslog att den inte var den bäst lämpade myndigheten att handlägga ärendet.

- 23 Den 26 september 2005 skrev kommissionen till Gas Natural och bad företaget att precisera på vilken grund företagskoncentrationen hade anmälts till den spanska konkurrensmyndigheten samt att inkomma med synpunkter avseende Endesas argument. Gas Natural besvarade denna skrivelse den 3 oktober 2005. I sitt svar förklarade företaget att det, för att klargöra vilken konkurrensmyndighet som är behörig, hade använt sig av siffrorna i Endesas reviderade räkenskaper för år 2004. Enligt Gas Natural visar dessa räkenskaper att Endesa (liksom Gas Natural) år 2004 uppnådde mer än två tredjedelar av sin sammanlagda omsättning inom gemenskapen i Spanien.
- 24 Den 26 september 2005 skrev kommissionen även till Endesa och begärde att företaget skulle precisera ett flertal punkter i de uppgifter som företaget lämnat. Vidare överlämnade kommissionen den 4 oktober 2005 en kopia till Endesa av Gas Natural's synpunkter på företagets första uppgifter och begärde att sökanden skulle yttra sig över synpunkterna. Endesa besvarade respektive begäran den 5 och den 7 oktober 2005.
- 25 Den 6 oktober 2005 meddelade den spanska konkurrensmyndigheten kommissionen att den invände mot de argument som Endesa hade anfört och angav att den ansåg sig vara behörig att pröva koncentrationen i fråga.
- 26 Den 25 oktober 2005 överlämnade kommissionen en kopia av Endesas yttranden av den 5 och den 7 oktober 2005 till Gas Natural som därmed gavs tillfälle att yttra sig över dessa. Den 26 oktober 2005 uppmanade kommissionen Gas Natural, Endesa och den spanska konkurrensmyndigheten att framföra sina synpunkter på hur

artikel 5 i koncentrationsförordningen skall tolkas mot bakgrund av punkt 40 i kommissionens ovannämnda tillkännagivande. Samtidigt överlämnade kommissionen en kopia av Endesas yttranden av den 5 och den 7 oktober 2005 till den spanska konkurrensmyndigheten som därmed gavs tillfälle att yttra sig avseende samtliga uppkomna frågor.

- 27 Den 27 oktober 2005 meddelade den spanska konkurrensmyndigheten kommissionen att den inte hade några ytterligare synpunkter avseende justeringarna och delgav kommissionen sin ståndpunkt beträffande tolkningen av artikel 5 i koncentrationsförordningen mot bakgrund av punkt 40 i kommissionens relevanta tillkännagivande. Den 2 november 2005 framförde Gas Natural och Endesa sina synpunkter i detta avseende. Gas Natural lämnade även ytterligare synpunkter på de justeringar som Endesa föreslagit utifrån Endesas yttranden av den 5 och den 7 oktober 2005. I synpunkterna föreslog Gas Natural nya justeringar som företaget ansåg att Endesa hade förbisett. Den 4 november 2005 skickades en kopia av de föreslagna justeringarna till Endesa. Endesa lämnade sina synpunkter i detta avseende den 9 november 2005.
- 28 Den 15 november 2005 antog kommissionen beslut om att koncentrationen saknar gemenskapsdimension (Ärende COMP/M.3986 – Gas Natural/Endesa) (nedan kallat beslutet), vilket är föremål för förevarande talan.
- 29 Vad gäller det nationella förfarandet för kontroll av företagskoncentrationer, beslutade den spanske ekonomiministern den 7 november 2005 att inleda den ”andra fasen” i förfarandet och sände handlingarna från Servicio de Defensa de la Competencia (konkurrensmyndigheten) (nedan kallad SDC) till Tribunal de Defensa de la Competencia (domstolen för konkurrensskydd) (nedan kallad TDC).

- 30 Den 20 december 2005 yttrade sig Comisión Nacional de la Energía (den spanska energikommittén) (nedan kallad CNE) över koncentrationen och rekommenderade att koncentrationen skulle godkännas på vissa villkor.
- 31 Den 5 januari 2006 yttrade sig TDC och rekommenderade att koncentrationen skulle förbjudas.
- 32 Den 3 februari 2006 godkände det spanska ministerrådet koncentrationen på vissa villkor.
- 33 Den 21 mars 2006 beslutade handelsdomstol nr 3 i Madrid att skjuta upp koncentrationen.

Förfarandet

- 34 Endesa väckte förevarande talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 29 november 2005. Genom särskild handling som inkom samma dag begärde sökanden att målet skulle handläggas skyndsamt i enlighet med artikel 76a i förstainstansrättens rättegångsregler.
- 35 Genom särskild handling som inkom till förstainstansrättens kansli den 29 november 2005, ansökte sökanden dels om uppskov med verkställigheten av beslutet, dels om att kommissionen skulle förpliktas att förelägga den spanska konkurrensmyndigheten att vilandeförklara samtliga nationella förfaranden.

- 36 Genom skrivelser som inkom till förstainstansrättens kansli den 2 respektive den 9 december 2005 ansökte Gas Natural och Konungariket Spanien om att få intervensera till stöd för svaranden i enlighet med artikel 115.1 och 115.2 i rättegångsreglerna.
- 37 De båda ansökningarna om intervention delgavs parterna i enlighet med artikel 116.1 i rättegångsreglerna.
- 38 I skrivelse som inkom till förstainstansrättens kansli den 15 december 2005 begärde sökanden att vissa uppgifter i inlagorna inte skulle tillställas eventuella intervenienter med stöd av artikel 116.2 andra meningen i rättegångsreglerna.
- 39 Den 15 december 2005 beviljade förstainstansrättens tredje avdelning, som hade tilldelats målet, skyndsam handläggning i detta mål.
- 40 Genom beslut av den 16 december 2005 biföll ordföranden vid förstainstansrättens tredje avdelning Gas Naturals och Konungariket Spaniens interventionsansökningar och meddelade att beslut huruvida begäran om konfidentiell behandling var befogad skulle meddelas senare.
- 41 Genom skrivelser som inkom till förstainstansrättens kansli den 3 respektive den 4 januari 2006 framställde Gas Natural och Konungariket Spanien invändningar avseende konfidentiell behandling av vissa uppgifter i de inlagor som tillställts dem.

- 42 I skrivelse som inkom till förstainstansrättens kansli den 11 januari 2006 återtog sökanden sin begäran om konfidentiell behandling i förhållande till Gas Natural avseende den rapport som upprättats av Deloitte, SL, och som bifogats ansökan.
- 43 Gas Natural och Konungariket Spanien ingav interventionsinlagor den 12 respektive den 13 januari 2006.
- 44 Den 19 januari 2006 ingav kommissionen sitt svaromål.
- 45 Den 24 januari 2006 beslöt ordföranden vid förstainstansrättens tredje avdelning att till viss del bifalla den begäran om konfidentiell behandling som sökanden framställt, förordnade att intervenienterna skulle tillställas en icke-konfidentiell version av samtliga inlagor och anmanade dem att inkomma med ytterligare synpunkter avseende dessa handlingar vid förhandlingen. Ordföranden meddelade vidare att beslut om rättegångskostnader skulle meddelas senare.
- 46 Genom beslut av den 1 februari 2006 i mål T-417/05 R, Endesa mot kommissionen (ej offentliggjort i rättsfallssamlingen 8 REG 2006, s. II-18*), avslag förstainstansrättens ordförande ansökan om interimistiska åtgärder, eftersom sökanden inte hade visat att denne riskerade att lida allvarlig och irreparabel skada om interimistiska åtgärder inte vidtogs. Förstainstansrättens ordförande förklarade att beslut om rättegångskostnader skulle meddelas senare.
- 47 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (tredje avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet. Såsom en processledningsåtgärd anmodade förstainstansrätten parterna att svara på en rad skriftliga frågor. Parterna efterkom dessa förelägganden inom utsatt tid.

48 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens muntliga frågor vid förhandlingen den 9 mars 2006.

Parternas yrkanden

49 Endesa har yrkat att förstainstansrätten skall

- ta upp bolagets talan till sakprövning,
- ogiltigförklara beslutet, och
- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

50 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

- ogilla talan, och
- förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna inklusive kostnaderna i det interimistiska förfarandet.

51 Konungariket Spanien har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

52 Gas Natural har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

53 Sökanden har anfört fem grunder till stöd för sin talan. Den första grunden avser förfarandefel. Den andra grunden avser omkastning av bevisbördan och bristfällig motivering. Den tredje grunden avser underlåtenhet att beakta de räkenskaper som upprättats i enlighet med IAS/IFRS-redovisningsstandarderna. Den fjärde grunden avser avslag på de föreslagna justeringarna. Den femte grunden avser åsidosättande av kriterierna i tillkännagivandet, bristande bedömning, bristande motivering och maktmissbruk.

Den första grunden: Förfarandefel

Den första delgrunden: Besluten avseende begäran om hänskjutande antogs innan beslutet fattades

— Parternas argument

54 Endesa har hävdad att det klart framgår av förordningen att beslut som grundar sig på artikel 22 i denna skall avse en företagskoncentration som uppfyller tröskelvärdena enligt nationella bestämmelser och som inte har en gemenskapsdimension. Den ordning som föreskrivs i artikel 22 ger således kommissionen möjlighet att pröva koncentrationer som, a priori, faller utanför dess behörighet.

55 Av detta följer, enligt artikel 22 i förordningen, att den omständigheten att en gemenskapsdimension saknas utgör en väsentlig förutsättning för ett beslut om hänskjutande. Endesa anser således att kommissionen hade två alternativ, eftersom företaget formellt hade begärt att kommissionen skulle ta ställning till koncentrationens gemenskapsdimension. Den hade antingen kunnat avslå begäran såsom uppenbart ogrundad utan att inleda ett förfarande, eller inleda förfarandet och formellt ta ställning till frågan om vilken myndighet som är behörig innan den tog ställning till begäran om hänskjutande. Endesa har tillagt att den omständigheten att det föreskrivs en frist i förordningen för att fatta beslut vad gäller begäran om hänskjutande (tio arbetsdagar efter utgången av den utsatta tidsfristen för nationella myndigheter att ansluta sig till en eller flera framställningar om begäran) inte motiverar att den logiska ordningen i kommissionens undersökning kastas om. I förordningen nämns inte någonting om förfarandefrågor avseende fastställandet av behörig myndighet. Där regleras endast frågor avseende materiell behörighet (genom bestämmelserna om hänskjutande i artikel 22). Därför skall tidsfristen som gäller frågor avseende materiell behörighet tillämpas analogt i förstnämnda frågor. Om kommissionen inte hade alla nödvändiga uppgifter för att fatta ett beslut och måste begära ytterligare upplysningar, borde kommissionens begäran om upplys-

ningar automatiskt ha lett till att kommissionens tidsfrist för att fatta beslut avbröts, liksom tidsfristerna för att anta samtliga rättsakter som följer med detta, inklusive beslutet som fattats med stöd av artikel 22.

56 Endesa har gjort gällande att det i förevarande mål gått 38 dagar mellan tidpunkten för den första begäran om hänskjutande och kommissionens beslut att avslå Republiken Italiens och Republiken Portugals begäran om hänskjutande. Kommissionen har, genom att anta besluten avseende hänskjutande innan den fastställde huruvida koncentrationen har en nationell dimension eller en gemenskapsdimension, föregripit utgången av beslutet, trots att den gjort ett rent formellt förbehåll i besluten om hänskjutande avseende denna fråga. Detta framgår enligt Endesa tydligt av motiveringen till besluten om hänskjutande, där det bland annat anges att kommissionen inte är den bäst lämpade myndigheten att fatta beslut avseende koncentrationen i fråga. Oberoende av vilka grunderna är för detta påstående, är det uppenbart att det innebär en förhastad slutsats åtminstone vad gäller en av de bedömningar som kommissionen skall göra inom ramen för granskningen av en koncentration med en gemenskapsdimension, nämligen bedömningen avseende en eventuell begäran om hänskjutande enligt artikel 9 i förordningen.

57 Kommissionen har med stöd av intervenienterna gjort gällande att denna grund saknar verkan och att en situation där en medlemsstat ger in en begäran enligt artikel 22 inte kan jämföras med en situation där ett företag begär att kommissionen skall ta ställning till sin egen behörighet. Vidare har de gjort gällande att besluten som fattats avseende begäran som gjorts enligt artikel 22 inte har föregripit frågorna avseende gemenskapens behörighet, eftersom kommissionen uttryckligen uttalat sig avseende begäran utan att påverka behörighetsfrågan.

— Förstainstansrättens bedömning

58 Endesa har hävdad att beslutet borde ha fattats före beslutet avseende begäran om hänskjutande enligt artikel 22 i förordningen, eftersom avsaknaden av en gemenskapsdimension utgör en väsentlig förutsättning för ett beslut om hänskjutande.

- 59 I artikel 22.1 i förordningen föreskrivs att "[e]n eller flera medlemsstater får begära att kommissionen undersöker en koncentration ... som inte har en gemenskapsdimension i den mening som avses i artikel 1, men som påverkar handeln mellan medlemsstater och hotar att påtagligt påverka konkurrensen inom den medlemsstats eller de medlemsstaters territorium som framställer begäran ...".
- 60 Den 19 september 2005 begärde Endesa att kommissionen skulle ta ställning till sin behörighet att bedöma företagskoncentrationen. Den 20 september 2005 begärde den portugisiska konkurrensmyndigheten att kommissionen skulle acceptera att undersöka koncentrationen med stöd av artikel 22 i förordningen. Till följd av att kommissionen underrättade övriga medlemsstater om begäran om hänskjutande meddelade den italienska konkurrensmyndigheten den 7 oktober 2005 kommissionen att den önskade ansluta sig till den portugisiska konkurrensmyndighetens begäran. Den 27 oktober 2005 avslog kommissionen begäran om hänskjutande med motiveringen att det inte styrkts att transaktionen hotade att påverka konkurrensen i Portugal eller i Italien och inte heller att kommissionen var bäst lämpad att bedöma sådana verkningar.
- 61 Förstainstansrätten konstaterar härvid för det första att den felaktighet som sökanden gjort gällande inte avser beslutet utan enbart besluten om hänskjutande av den 27 oktober 2005. Dessa beslut är inte föremål för förevarande talan. Denna grund är således under alla omständigheter verkningslös.
- 62 Det skall, såsom kommissionen har gjort gällande, för övrigt påpekas att det inte framgår klart vilken rättsföljd sökandens argument har. Om dessa argument godtogs, skulle nämligen alla beslut, inklusive ett beslut varigenom det fastställs att en koncentration har en gemenskapsdimension, som antagits efter besluten om hänskjutande av den 27 oktober 2005 påverkas av den påstådda felaktigheten och skulle, i sin tur, kunna ogiltigförklaras på samma grunder som sökanden åberopat. Alla beslut som kommissionen antagit på begäran av Endesa efter detta datum, även beslut om bifall, borde således ogiltigförklaras.

- 63 Det skall för det andra konstateras att sökanden inte har visat på vilket sätt besluten om hänskjutande av den 27 oktober 2005 har föregripit frågan avseende gemenskapens behörighet, eftersom det tvärtom uttryckligen anges i besluten om hänskjutande att de antagits utan att påverka bedömningen avseende den planerade koncentrationens gemenskapsdimension.
- 64 Vidare kan kommissionen inte klandras för att ha tagit ställning till begäran om hänskjutande innan den fattat beslut avseende gemenskapsdimensionen. Enligt artikel 22.3 i förordningen är kommissionen nämligen skyldig att fatta beslut avseende en begäran om hänskjutande inom tio dagar. Har den inte fattat beslut inom denna tidsfrist, skall den anses ha fattat ett tyst beslut att godta begäran om hänskjutande. Kommissionen är således skyldig att snabbt ta ställning till en begäran om hänskjutande. Om kommissionen under dessa förutsättningar hade varit tvungen att dessförinnan ta ställning till koncentrationens gemenskapsdimension, skulle detta ha skett inom en tidsfrist på mindre än 10 dagar. Detta skulle innebära att kommissionen inte gavs tillfälle att med vederbörlig omsorg pröva huruvida den planerade transaktionen har en gemenskapsdimension.
- 65 Att kommissionen prövade koncentrationens gemenskapsdimension och antog beslutet först efter besluten avseende begäran om hänskjutande av den 27 oktober 2005 har långt ifrån skadat Endesas intressen. I förevarande fall har detta tvärtom lett till att beslutet om gemenskapsdimensionen grundar sig på en noggrann prövning av samtliga relevanta omständigheter.
- 66 Vidare kan förstainstansrätten inte godta sökandens argument enligt vilket tidsfristen för att ta ställning till begäran enligt artikel 22 i förordningen analogt skall avbrytas tills frågan huruvida koncentrationen har en gemenskapsdimension har avgjorts. Det finns nämligen ingenting i förordningen som pekar på att tidsfristen för att ta ställning till en begäran enligt artikel 22 skall avbrytas under sådana omständigheter. Eftersom det är fråga om tidsfrister som medför rättsverkningar måste samtliga skäl till att en tidsfrist skall avbrytas föreskrivas uttryckligen. Det skall härvid erinras om vikten av att säkerställa att koncentrationer prövas inom

tidsfrister som är förenliga både med fordringarna på god förvaltningssed och med affärlivets krav (domstolens dom av den 25 september 2003 i mål C-170/02 P, Schlüsselverlag J.S. Moser m.fl. mot kommissionen, REG 2003, s. I-9889, punkt 34).

67 Av detta följer att talan inte kan bifallas på den första grundens första del.

Den andra delgrunden: Avsaknad av insyn och åsidosättande av rätten till försvar

— Parternas argument

68 Endesa har påpekat att det inte förskrivs något särskilt förfarande i förordningen för att fastställa att en koncentration har en gemenskapsdimension. Kommissionen skulle därför som svar på Endesas formella begäran om ett beslut avseende vilken myndighet som är behörig att pröva koncentrationen tydligt ha angett vilket förfarande den hade att följa, vilket skulle ha garanterat ett minimum av rättssäkerhet. Endesa begärde uttryckligen redan i början av förfarandet att kommissionen skulle informera parterna om bestämmelserna för detta. Denna begäran beaktades dock inte.

69 Vidare saknades insyn i kommissionens förfarande, eftersom kommissionen inte meddelade Endesa exakt vilka handlingar som tillställts Gas Natural. Endesa har inte heller fått del av samtliga argument som Gas Natural lämnat till kommissionen. Endesa har framför allt inte delgivits, eller ens upplysts om, de uppgifter som SDC lämnat, trots att SDC intervenerade i förfarandet. Detta oaktat Endesas uttryckliga och upprepade begäran i sina skrivelser av den 23 september samt den 10 och den 12 oktober 2005.

- 70 Förväxlingen av, och avsaknaden av insyn i, de förfarandebestämmelser som tillämpats utgör ett uppenbart åsidosättande av rätten till försvar. Detsamma gäller den omständigheten att Endesas handlingar överlämnades till SDC utan att tillstånd begärts från Endesa, med undantag för överföringen av den ursprungliga skrivelsen som sökanden själv överlämnade till SDC på kommissionens begäran.
- 71 Kommissionen har med stöd av intervenienterna gjort gällande att Endesas deltagande i förfarandet utan tvekan var tillräckligt för att skydda företagens intressen.

— Förstainstansrättens bedömning

- 72 Vad för det första avser invändningen att kommissionen inte har informerat sökanden om det tillämpliga förfarandet, skall det påpekas att det inte föreskrivs något särskilt förfarande i förordningen för fastställandet av en koncentrations gemenskapsdimension. Förstainstansrätten konstaterar också att sökanden inte har visat på vilket sätt bristen på information kan påverka beslutets lagenlighet.
- 73 Att kommissionen inte påpekat för sökanden enligt vilket förfarande den skulle undersöka huruvida koncentrationen har en gemenskapsdimension kan under alla omständigheter endast påverka lagenligheten av det beslut som antagits vid utgången av förfarandet om det skulle ge upphov till att rätten till försvar åsidosattes. Som framgår av nedanstående överväganden är detta inte fallet i förevarande mål.
- 74 Vad för det andra avser invändningen att kommissionen inte har meddelat sökanden exakt vilka handlingar som tillställts Gas Natural, skall det påpekas att sökanden inte har klargjort på vilket sätt detta skulle ha kunnat påverka sökandens rättigheter eller

innehållet i beslutet. Varken sökandens rätt till försvar eller tillgång till handlingarna i ärendet innebär att sökanden även skall informeras om andra personers tillgång till vissa delar av handlingarna. Under dessa omständigheter kan invändningen inte godtas.

75 Vad för det tredje avser invändningen att kommissionen inte på ett fullständigt sätt tillställt sökanden Gas Naturals argument, skall det konstateras att kommissionen har medgett att vissa konfidentiella uppgifter utelämnats. Sökanden har vidare, såsom kommissionen har angett, inte förebringat någon bevisning för att ha begärt att få tillgång till de uppgifter som betecknats som konfidentiella. Sökanden har framför allt inte visat att dessa uppgifter skulle ha varit till nytta för företagets deltagande i förfarandet, antingen för att beslutet innehåller en hänvisning till uppgifterna eller för att det med ledning av uppgifterna kan fastställas att koncentrationen haft en gemenskapsdimension. Tvisten mellan Endesa och kommissionen avsåg bland annat fastställandet av Endesas, och inte Gas Naturals, omsättning. De konfidentiella uppgifterna förefaller därför sakna betydelse i detta hänseende. Av detta följer att invändningen inte kan godtas.

76 Vad för det fjärde avser invändningen att kommissionen inte på ett fullständigt sätt tillställt sökanden de argument som framförts av SDC, framgår det av rättspraxis (se analogt förstainstansrättens dom av den 1 april 1993 i mål T-65/89, BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, REG 1993, s. II-389, punkt 33, svensk specialutgåva, volym 14, s. II-1) att skriftväxling med medlemsstaterna i princip utgör interna handlingar som inte behöver tillställas personer som deltar i förfarandet. Vidare omfattar rätten till tillgång till handlingar enligt artikel 17.3 i förordning nr 802/2004 inte skriftväxling mellan kommissionen och medlemsstaternas behöriga myndigheter. Det kan under alla omständigheter konstateras att sökanden inte har angett vilka utav de uppgifter som SDC har lämnat som har använts av kommissionen eller som skulle ha kunnat påverka företagets rättigheter eller beslutet. Härav följer att invändningen inte kan godtas.

- 77 Vad slutligen för det femte avser sökandens invändning att kommissionen tillställde SDC Endesas handlingar utan att först begära tillstånd från Endesa, skall det endast erinras om att kommissionen enligt artikel 19.2 i förordningen skall vidta åtgärder enligt förordningen i nära och ständig samverkan med medlemsstaternas behöriga myndigheter, och att det föreskrivs i artikel 19.1 att kommissionen skall översända kopior av anmälningar till medlemsstaternas behöriga myndigheter inom tre arbetsdagar samt, så snart som möjligt, även kopior av de viktigaste handlingar som har inkommit till eller utfärdats av kommissionen enligt denna förordning. Sökanden har i vilket fall som helst inte visat på vilket sätt översändandet av handlingarna till SDC kan ha inverkat på beslutets lagenlighet. Under dessa omständigheter kan sökanden inte vinna framgång med sin invändning.
- 78 Mot bakgrund av det ovan anförda kan talan inte bifallas på den första grundens andra del.

Den tredje delgrunden: Det nationella förfarandet vilandeförklarades inte

— Parternas argument

- 79 Endesa har hävdats att kommissionen borde ha begärt att de nationella förfaranden som ägde rum parallellt vid den spanska konkurrensmyndigheten och vid det landets tillsynsmyndigheter skulle vilandeförklaras, i samband med förfarandet för fastställandet av behörig myndighet. Att kommissionen underlåtit att begära en sådan vilandeförklaring utgör enligt Endesa ett allvarligt förfarandefel.

- 80 Endesa har gjort gällande att en vilandeförklaring krävs enligt artikel 21.3 i förordningen, där det föreskrivs att medlemsstaterna skall avstå ifrån att tillämpa sin nationella konkurrenslagstiftning på koncentrationer med en gemenskapsdimension. En vilandeförklaring krävs också på grund av den allmänna samarbetsplikten enligt artikel 10 EG. För att undvika parallella förfaranden föreskrivs vidare enligt artikel 22 i förordningen att nationella tidsfrister tillfälligt skall avbrytas tills kommissionen har fastställt huruvida den är behörig. Samma logik borde ha tillämpats avseende beslutet huruvida koncentrationen har en gemenskapsdimension eller inte, när det konstaterats att det finns en lucka i förordningen. Kommissionen skulle följaktligen ha begärt att de nationella förfarandena vilandeförklarades.
- 81 Endesa har påpekat att prövningen av begäran om hänskjutande skulle ha avbrutits automatiskt enligt artikel 22 i förordningen tills beslut om behörig myndighet fattats. Beslutet är ogiltigt, eftersom det fattats utan beaktande av en av de allmänna principer som gäller enligt systemet för kontroll av koncentrationer, nämligen principen om prövning vid en enda instans, som gör det möjligt att undvika parallella förfaranden på gemenskapsnivå och nationell nivå. Att Endesa tvingats att agera samtidigt inför gemenskapens myndigheter och de nationella myndigheterna utgör vidare ett åsidosättande av rätten till försvar. Åsidosättandet av dessa rättigheter utgör enligt fast rättspraxis grund för ogiltigförklaring (domstolens dom av den 27 september 1988 i de förenade målen 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 och 125/85–129/85, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mot kommissionen, REG 1988, s. 5193, svensk specialutgåva, volym 9, s. 651, och förstainstansrättens dom av den 22 oktober 2002 i mål T-310/01, Schneider Electric mot kommissionen, REG 2002, s. II-4071).
- 82 Kommissionen har med stöd av intervenienterna gjort gällande att, oavsett om kommissionen verkligen har de befogenheter som sökanden hävdar, sökanden inte vid något tillfälle klart har anmodat kommissionen att utnyttja dessa. Det kan för övrigt inte föreligga någon skyldighet att vilandeförklara prövningen analogt. Rätten att delta i ett administrativt förfarande innebär inte heller rätt att endast delta i ett enda administrativt förfarande.

— Förstainstansrättens bedömning

- 83 Vad avser sökandens invändning att kommissionen inte begärde att de behöriga spanska myndigheterna skulle vilandeförklara det nationella förfarandet, behöver rätten endast konstatera att invändningen är helt irrelevant för förevarande talan. Sökanden har inte heller visat på vilket sätt beslutets lagenlighet har påverkats av att det nationella förfarandet inte vilandeförklarats, även om detta antogs vara en följd av ett felaktigt agerande från kommissionens sida.
- 84 I den mån sökanden har grundat invändningen att de nationella förfarandena inte avbrutits på artikel 21.3 i förordningen och på den allmänna samarbetskyldigheten i artikel 10 EG, är det nämligen, såsom svaranden gjort, tillräckligt att påpeka att det i förevarande fall skulle vara Konungariket Spanien och inte kommissionen som agerat rättsstridigt. Inget av kommissionens beslut är således orsak till den påstådda rättsstridigheten som under alla omständigheter inte påverkar beslutets lagenlighet.
- 85 I den mån invändningen grundas på artikel 22.2 tredje stycket i förordningen, enligt vilken det föreskrivs att nationella tidsfrister tillfälligt skall avbrytas tills kommissionen har fastställt huruvida den är behörig, erinrar förstainstansrätten för det andra om att det inte kan dras några paralleller mellan en situation där en medlemsstat begär ett hänskjutande enligt artikel 22 och en situation där ett företag begär att kommissionen skall ta ställning till sin behörighet. Det finns således ingen analog skyldighet till vilandeförklaring.
- 86 Vad avser sökandens argument att beslutet fattats utan beaktande av principen om prövning vid en enda instans och att rätten till försvar åsidosatts, eftersom Endesa tvingats att agera samtidigt inför gemenskapens myndigheter och de nationella myndigheterna, är det tillräckligt att konstatera att sökanden, som själv begärde att kommissionen skulle ingripa, inte har visat i vilken utsträckning eller varför denna

omständighet har lett till att sökanden hade svårigheter att försvara sin ställning vid flera instanser samtidigt. Sökanden har inte heller visat hur denna omständighet skulle ha kunnat påverka beslutet. Förstainstansrätten erinrar i övrigt om att företagen, i avsaknad av en gemenskapsdimension, ofta måste anmäla en företagskoncentration till flera nationella myndigheter.

87 Talan kan därför inte bifallas på den första grundens tredje del.

88 Av vad som anförts följer att talan inte kan vinna bifall på den första grunden.

Den andra grunden: Omkastning av bevisbördan och bristfällig motivering

Parternas argument

89 Endesa har hävdatt att motiveringen av beslutet är bristfällig, eftersom kommissionen har åsidosatt artiklarna 1, 5 och 21 i förordningen. Även om det inte uttryckligen anges i någon av artiklarna i förordningen, är kommissionen, i enlighet med dess exklusiva behörighet att pröva koncentrationer som har en gemenskapsdimension, skyldig att avgöra vilken myndighet som är behörig (domen i det ovan i punkt 66 nämnda målet Schlüsselerlag J.S. Moser m.fl. mot kommissionen). Kommissionens exklusiva behörighet kräver att kommissionen avgör huruvida artikel 1 i förordningen är tillämplig. För att avgöra detta måste kommissionen precisera och fastställa de berörda företagens omsättning under föregående räkenskapsår i enlighet med bestämmelserna i artikel 5 i förordningen.

- 90 Endesa har hävdats att kommissionen inte kan kasta om bevisbördan när det gäller fastställandet av vilken myndighet som är behörig. Eftersom kommissionen är exklusivt behörig att bestämma vilken myndighet som är behörig att pröva en koncentration, är kommissionen exklusivt ansvarig för att granska och, framför allt, bevisa de berörda företagens omsättning.
- 91 I motsats till detta har kommissionen grundat sitt beslut på den omständigheten att Endesa inte har förebringat tillräcklig bevisning till stöd för behovet av att använda de räkenskaper som har upprättats i enlighet med IAS/IFRS-standarderna och av att företa ett antal justeringar med tillämpning av tillkännagivandet. Denna motivering kan inte godtas redan på grund av beskaffenheten av de tillämpliga bestämmelserna för fastställandet av behörig myndighet, som utgör tvingande rätt. Det är fråga om en helt ologisk motivering som är oförenlig med de grundläggande principerna i gemenskapens rättsordning, i synnerhet som kommissionen kunde räkna med Endesas fulla samarbete och begära alla kompletterande uppgifter som den ansåg var relevanta. Kommissionen har i själva verket ägnat nästan hela de två månader som förfarandet varade åt att undersöka frågor som sedan inte tagits upp i beslutet.
- 92 Med hänsyn till att det åligger enskilda att övertyga kommissionen att den har exklusiv behörighet, är beslutet synnerligen bristfälligt motiverat, eftersom det är kommissionen som, till följd av ett klagomål eller på eget initiativ, med säkerhet skall avgöra frågor där den är behörig inom ramen för de skyldigheter som kommissionen har som väktare av fördraget.
- 93 Endesa har härvid hänvisat till förstainstansrättens dom av den 21 september 2005 i mål T-87/05, EDP mot kommissionen (REG 2005, s. II-0000). I denna dom erinrade förstainstansrätten, inom ramen för tillämpningen av ett annat tillkännagivande om åtaganden vid koncentrationer, om att kommissionen inte kunde kasta om bevisbördan genom att ålägga parterna en skyldighet enbart på grundval av tillkännagivandet och utan rättsligt stöd i förordningen. Det åligger den berörda

parten att överlämna samtliga uppgifter till kommissionen som är nödvändiga för bedömningen av transaktionen och det åligger kommissionen att företa denna bedömning utan att bevisbördan kastas om.

- 94 För att kunna genomföra en sådan bedömning har kommissionen viktiga instrument inom förfarandet till sitt förfogande, såsom begäran om upplysningar. Kommissionen skulle således om den ansåg detta nödvändigt ha kunnat anlita oberoende experter för att granska Endesas räkenskaper och skulle ha haft två månader på sig att på bästa sätt göra en utförlig och uttömmande bedömning för att fastställa Endesas omsättning för år 2004.
- 95 Vidare finns det ingenting i handlingarna som har överlämnats till kommissionen som gör det möjligt att påstå att de upplysningar som Endesa lämnat var otillräckliga. Det kan inte vid slutet av ett förfarande under vilket Endesa samarbetat så nära som möjligt med kommissionen anses att de upplysningar som lämnats var otillräckliga.
- 96 Kommissionen har med stöd av intervenienterna gjort gällande att den diskussion som förts under kommissionens förfarande huvudsakligen var rättslig. Skälet till att kommissionen besvarade sökandens argument i beslutet var inte att den ansåg att bevisbördan låg på sökanden, utan att kommissionens skyldighet att motivera sina beslut inbegriper skyldigheten att besvara parternas argument när dessa avvisas.

Förstainstansrättens bedömning

- 97 Endesa har hävdats att kommissionen kastat om bevisbördan för fastställandet av vilken myndighet som är behörig att pröva koncentrationen genom att stödja sitt

beslut på att Endesa inte har förebringat tillräcklig bevisning till stöd för att det var nödvändigt att använda de räkenskaper som upprättats i enlighet med IAS/IFRS-standarderna och att företa ett antal justeringar.

- 98 Förstainstansrätten erinrar om att en koncentration med en gemenskapsdimension anses föreligga när de berörda företagens sammanlagda omsättning överstiger tröskelvärdena enligt förordningen. I enlighet med skäl 17 i förordningen har kommissionen, med förbehåll för domstolens prövningsrätt, givits exklusiv behörighet att tillämpa förordningen. Enligt artikel 1.1 gäller förordningen alla koncentrationer med en gemenskapsdimension. Härav följer att kommissionen har exklusiv behörighet att pröva en koncentration när den har en gemenskapsdimension. Härav följer emellertid inte automatiskt att kommissionen är exklusivt behörig att avgöra huruvida en koncentration har en gemenskapsdimension.
- 99 Enligt förordningen åligger det i första hand de berörda företagen att göra en första bedömning av en koncentrations gemenskapsdimension och följaktligen att avgöra till vilka myndigheter den föreslagna koncentrationen skall anmälas. När en koncentration såsom i förevarande fall inte anmäls till kommissionen utan till myndigheterna i en eller flera medlemsstater, åligger det därefter dessa att — mot bakgrund av bland annat skyldigheten till lojalt samarbete enligt artikel 10 EG och kommissionens exklusiva behörighet enligt artikel 21 i förordningen att bedöma förenligheten av koncentrationer med en gemenskapsdimension och det motsvarande förbudet för medlemsstaterna att tillämpa sin nationella konkurrenslagstiftning på sådana koncentrationer — kontrollera att de koncentrationer som anmäls till dem inte har en gemenskapsdimension. I ett sådant fall har kommissionen visserligen alltid möjlighet att besluta att koncentrationen, tvärt emot vad medlemsstaternas myndigheter anser, har en gemenskapsdimension och omfattas av dess exklusiva behörighet.
- 100 Vidare finns det ingen speciell bestämmelse i förordningen om kontroll av företagskoncentrationer där det uttryckligen föreskrivs att kommissionen är skyldig

att på eget initiativ försäkra sig om att alla koncentrationer som inte anmälts till kommissionen verkligen inte har gemenskapsdimension. Det framgår dock av rättspraxis att kommissionen är skyldig att avgöra principfrågan om sin behörighet som kontrollmyndighet efter ett klagomål från ett företag som anser att en koncentration som inte har anmälts till kommissionen har en gemenskapsdimension (domen i det ovan i punkt 66 nämnda målet Schlüsselverlag J.S. Moser m.fl. mot kommissionen, punkterna 27 och 28). I ett sådant fall ankommer det i princip på den som anför klagomålet att bevisa att detta är välgrundat, och kommissionen skall i den goda förvaltningssedens intresse genomföra en omsorgsfull och opartisk undersökning av de klagomål som riktats till den. Kommissionen är även skyldig att med ett motiverat svar besvara argument som framförts av den klagande för att visa att en koncentration omfattas av kommissionens exklusiva behörighet.

- 101 Av det ovanstående följer att kommissionen, till skillnad från vad sökanden har gjort gällande, i princip inte är skyldig att förebringa bevisning för att den inte är behörig att pröva en koncentration som inte har anmälts till den. Även om kommissionen skulle ha mottagit ett klagomål är den i princip inte heller skyldig att visa att transaktionen i fråga saknar gemenskapsdimension.
- 102 Kommissionen har emellertid, till skillnad från vad sökanden har gjort gällande, inte enbart konstaterat att Endesa inte bevisat att koncentrationen har en gemenskapsdimension. Kommissionen har faktiskt i detalj undersökt samtliga omständigheter avseende koncentrationens dimension och tillbakavisat sökandens argument med slutsatsen att transaktionen inte hade en gemenskapsdimension.
- 103 Det framgår nämligen vid en genomgång av beslutet att kommissionen har förklarat varför den varken ansåg det lämpligt att beakta IAS/IFRS-räkenskaper eller att genomföra de föreslagna justeringarna.

- 104 Vad för det första gäller den påstådda nödvändigheten att beakta de räkenskaper som upprättats i enlighet med IAS/IFRS-standarderna, har kommissionen i punkt 20 i beslutet angett att det framgår av artikel 1 i förordningen och av tillkännagivandet att omsättningen i regel skall beräknas utifrån reviderade räkenskaper. Endast i undantagsfall kan kommissionen avvika från denna regel. Därefter har kommissionen dragit slutsatsen att det, eftersom Endesa på grundval av omsättningen i företagets reviderade räkenskaper för år 2004 uppnådde mer än två tredjedelar av sin sammanlagda omsättning inom gemenskapen i Spanien, åligger Endesa att lämna tillräckliga uppgifter som visar att det föreligger särskilda omständigheter som gör det befogat att beakta andra omsättningsuppgifter än dem som förekommer i de reviderade räkenskaperna (punkt 21 i beslutet).
- 105 Kommissionen har visserligen därefter bekräftat att Endesa inte har lämnat sådana tillräckliga uppgifter (punkt 23 i beslutet). Kommissionen har emellertid då den tillbakavisade sökandens argument förklarat varför ett undantagsfall inte föreligger i detta fall och redogjort för skälen till varför den ansåg det lämpligast att använda sig av de räkenskaper som upprättats enligt de allmänna redovisningsprinciperna (nedan kallade PCGA).
- 106 Kommissionen har således angett i beslutet dels att Endesa i rättslig mening var skyldigt att upprätta sina officiella konsoliderade räkenskaper för år 2004 med stöd av PCGA, dels att detta krav är förenligt med gemenskapens redovisningsregler som var gällande vid den aktuella tidpunkten. Kommissionen har vidare angett att Endesa inte var skyldigt att upprätta sina konsoliderade räkenskaper i enlighet med IAS/IFRS-standarderna förrän det år som inleds den 1 januari 2005. Kommissionen har tillagt att Endesa endast var skyldigt att upprätta IAS/IFRS-räkenskaper för år 2004 för att kunna göra en jämförelse av den nya IAS/IFRS-redovisningen för räkenskapsåret 2005 med redovisningen för året innan. Enligt kommissionen var detta även förklaring till att Endesa inte var skyldigt att revidera IAS/IFRS-räkenskaperna för år 2004. Kommissionen har även påpekat att dessa räkenskaper inte är slutliga och kan komma att justeras, eftersom IAS/IFRS-standarderna enligt vilka räkenskaperna för år 2005 skall upprättas inte ännu helt färdigställts.

- 107 Vidare har kommissionen förklarat i beslutet att syftet att bedöma företagens ekonomiska styrka varken kräver eller tillåter att kommissionen i ett enskilt fall, vid tillämpningen av artiklarna 1 och 5 i förordningen, företar en allmän bedömning av fördelarna med de olika redovisningsmetoderna som föreskrivs enligt gemenskapsrätten respektive medlemsstaternas lagstiftning. Detta gäller i synnerhet när det existerar reviderade räkenskaper enligt endast en av redovisningsmetoderna och när det dessutom var den som krävdes både enligt nationell rätt och enligt gemenskapsrätten vid den aktuella tidpunkten. Kommissionen har angett att detta skulle vara oförenligt med de minst lika relevanta syftena att tillämpa enkla och objektiva kriterier vid fastställandet av kommissionens behörighet vad gäller koncentrationer samt att iaktta den allmänna rättssäkerhetsprincipen. Kommissionen har bekräftat att dess roll inskränker sig till att undersöka vissa justeringar som krävs enligt artikel 5 i förordningen (punkt 25 i beslutet).
- 108 I beslutet har dessutom preciserats att den omständigheten att gemenskapslagstiftaren har bedömt att IAS/IFRS-standarderna som antagits genom förordning nr 1606/2002 skall möjliggöra att ge en rättvisande bild av ett företags ekonomiska situation inte, i kraft av själva sakförhållandet, innebär att dessa redovisningsstandarder är tekniskt överlägsna. Kravet på en rättvisande bild finns nämligen även i gemenskapslagstiftningen som reglerar de äldre nationella redovisningsstandarderna (punkt 26 i beslutet).
- 109 Slutligen har kommissionen anfört i beslutet att den inte ansåg att användningen av IAS/IFRS-räkenskaperna var att föredra i fallet i fråga för att säkerställa en enhetlig tillämpning av bestämmelserna om kontroll av företagskoncentrationer. Kommissionen angav att en användning av icke-reviderade IAS/IFRS-räkenskaper i fallet i fråga skulle leda till att förevarande ärende behandlades annorlunda än alla de ärenden där kommissionen för räkenskapsåret 2004 baserat sig på reviderade räkenskaper som upprättats enligt nationella standarder.
- 110 Mot bakgrund av det ovan anförda konstaterar förstainstansrätten att kommissionen inte har lagt bevisbördan för att visa huruvida koncentrationen har en gemenskapsdimension eller en nationell dimension på sökanden. Kommissionen

har i stället dels undersökt transaktionens dimension och redogjort för skälen till att det i det aktuella fallet var lämpligt att basera sig på de räkenskaper som upprättats i enlighet med PCGA (se analogt domen i det ovan i punkt 93 nämnda målet EDP mot kommissionen, punkt 73), dels konstaterat att sökanden inte hade framfört några argument som föranleder någon annan bedömning.

- 111 Samma sak gäller den påstådda nödvändigheten att företa ett antal justeringar. I beslutet (punkterna 32 och 38) angav kommissionen visserligen på nytt att Endesa, vare sig med avseende på "pass through"-justeringen eller med avseende på justeringen avseende handel med gas, inte förebringat tillräckliga uppgifter för att övertyga kommissionen att sådana justeringar av företagets reviderade räkenskaper var motiverade enligt artikel 5 i förordningen och tillkännagivandet. Förstainstansrätten konstaterar emellertid att kommissionen, utan att kasta om bevisbördan, samtidigt som den tillbakavisade sökandens argument redogjorde för skälen till att den inte ansåg det lämpligt att företa de föreslagna justeringarna.
- 112 Vad för det första gäller "pass through"-justeringen påpekade kommissionen i beslutet (punkterna 30–36) att tillkännagivandet inte använder sig av begreppet (delvis) vidareförd intäkt från försäljning av produkter och tillhandahållande av tjänster. Kommissionen har också påpekat att de spanska eldistributionsföretagen inte kan likställas med företag som enbart agerar mellanhänder och vars omsättning endast består av den provision som de får ut. Kommissionen har dessutom påpekat att det är distributionsbolagen, och inte de systemansvariga för överföringssystemen, elproducenterna eller poolen, som står risken för att slutkonsumenterna inte betalar det reglerade priset för leverans av el.
- 113 Vad för det andra gäller justeringen avseende handel med gas skall denna handel enligt kommissionen (punkterna 37–40 i beslutet) anses utgöra transaktioner genom vilka Endesa säljer och köper en motsvarande kvantitet gas. Detta bevisas av att transaktionerna i fråga faktureras separat. Kommissionen har även angett att det

saknar betydelse i detta avseende att försäljnings- och inköpspriset är detsamma. Detta visar endast att Endesa inte har någon vinstmarginal på dessa transaktioner betraktade som helhet.

- 114 Härav följer att kommissionen inte heller har pålagt sökanden bevisbördan avseende justeringarna. Kommissionen har tvärtom undersökt de föreslagna justeringarna och redogjort för varför den inte ansett det vara nödvändigt att företa dessa.
- 115 Förstainstansrätten konstaterar vidare att kommissionen inte är skyldig att i varje enskilt fall på eget initiativ försäkra sig om att de reviderade räkenskaper som överlämnats till den ger en rättvisande bild av situationen eller att undersöka samtliga möjliga justeringar. Det är endast om kommissionen uppmärksammas på ett särskilt problem som den måste undersöka detta, vilket den har gjort i förevarande fall.
- 116 Avslutningsvis har sökanden i tredje hand hävdad att det inte finns någonting i handlingarna som har överlämnats till kommissionen som gör det möjligt att påstå att den information som företaget lämnat var otillräcklig. Sökanden har vidare gjort gällande att det vid slutet av ett förfarande som pågått i nästan två månader, under vilket Endesa samarbetat så nära som möjligt med kommissionen och under vilket kommissionen hade möjlighet att begära alla kompletterande uppgifter som den ansåg relevanta, inte kan anses att den information som lämnats är otillräcklig.
- 117 Det är härvid tillräckligt att notera att kommissionen inte har påstått i beslutet att den information som Endesa lämnat var otillräcklig. Vidare var, såsom kommissionen har påpekat, den diskussion som fördes under kommissionens förfarande huvudsakligen rättslig och rörde tolkningen av tillämpliga bestämmelser. I beslutet framgår av skälen för att inte beakta de räkenskaper som upprättats i enlighet med

IAS/IFRS-standarderna och de föreslagna justeringarna att kommissionen inte har klandrat sökanden för att ha underlåtit att överlämna den information om faktiska omständigheter som är nödvändig. Kommissionen har i stället konstaterat att sökandens argument inte var övertygande.

118 I den mån Endesa har hävdats att dess reviderade räkenskaper inte skulle användas och att justeringar skulle företas som inte överensstämmer med kommissionens normala praxis och som inte föreskrivs enligt någon gällande bestämmelse, befann sig företaget under alla omständigheter i samma situation som en klagande enligt domen i det ovan i punkt 66 nämnda målet Schlüsselerlag J.S. Moser m.fl. mot kommissionen. Under dessa omständigheter åligger det sökanden att precisera sina argument och att styrka att dessa är välgrundade, med beaktande av det krav på skyndsamhet som betecknar förfarandena för kontroll av företagskoncentrationer. Sökanden kan ännu mindre kritisera en påstådd omkastning av bevisbördan då den avsåg att motsätta sig sina egna räkenskaper och därför måste ha en exakt kännedom om samtliga relevanta uppgifter.

119 Av det anförda följer att talan inte kan bifallas på den andra grunden.

Den tredje grunden: Underlåtenhet att beakta de räkenskaper som upprättats i enlighet med IAS/IFRS-redovisningsstandarderna

120 Sökanden har delat upp grunden i tre delgrunder, nämligen underlåtenhet att beakta IAS/IFRS-standarderna såsom enda gällande redovisningsstandarder, överlägsenheten i IAS/IFRS-redovisningsstandarderna, och slutligen felaktig rättstillämpning och uppenbart oriktiga bedömningar som inverkad på att räkenskaperna som upprättats i enlighet med IAS/IFRS-redovisningsstandarderna avvisades.

Den första delgrunden: Underlåtenhet att beakta IAS/IFRS-standarderna såsom enda gällande redovisningsstandarder

— Parternas argument

- 121 Endesa har gjort gällande att kommissionen inte har uttalat sig avseende den omständigheten att de enda redovisningsstandarder som gällde på dagen för det offentliga budet den 5 september 2005 var IAS/IFRS-standarderna. Till följd av att alla nationella ramar för rapportering ersattes med IAS/IFRS-standarderna, kan endast sådana konsoliderade räkenskaper som upprättats i enlighet med gällande redovisningsstandarder beaktas för att fastställa koncentrationens gemenskapsdimension.
- 122 Endesa har påpekat att en transaktions gemenskapsdimension skall fastställas vid den tidpunkt då skyldigheten att anmäla uppstår. I förevarande fall uppstod anmälningsplikten vid tidpunkten för tillkännagivandet av det offentliga budet. Enligt artikel 5 i förordningen, skall den sammanlagda omsättningen omfatta intäkter under föregående räkenskapsår från försäljning av varor och tjänster inom ramen för den ordinarie verksamheten. Hänvisningen till föregående räkenskapsår är endast en formell överenskommelse som lagstiftaren har använt sig av inför omöjligheten att beakta omsättningen för det räkenskapsår som pågår vid tidpunkten för anmälan av transaktionen. Att det av praktiska skäl föreskrivits att hänvisning skall ske till föregående räkenskapsår innebär inte att rättsregler som upphävts eller gamla redovisningsstandarder skall eller kan tillämpas.
- 123 Följaktligen kan endast de redovisningsstandarder som var gällande vid tidpunkten för Gas Naturals tillkännagivande av det offentliga budet anses giltiga för att fastställa omsättningen för bedömningen av transaktionens gemenskapsdimension. Eftersom avstämda räkenskaper existerade vid denna tidpunkt, och dessutom var

offentliga och slutgiltiga, skulle kommissionen ha beaktat enbart dessa räkenskaper när den bedömde koncentrationens gemenskapsdimension.

- 124 Att beräkningen av omsättning på europeisk nivå följer helt andra principer än i andra rättssystem, såsom i USA, har inte beaktats i beslutet. I USA fastställs behörigheten i fråga om koncentrationer också på grundval av de resultat som uppnåtts under föregående räkenskapsår, men utan att beakta händelser som inträffat efter räkenskapsperiodens utgång. Gemenskapslagstiftaren har i stället föredragit att se till de berörda företagens verkliga ekonomiska styrka vid tidpunkten för anmälan.
- 125 Kommissionen har med stöd av intervenienterna gjort gällande att den omständigheten att de nya redovisningsbestämmelserna var i kraft i september 2005 åberopats endast i syfte att dölja att räkenskaperna för år 2004 ovillkorligen måste upprättas enligt PCGA.

— Förstainstansrättens bedömning

- 126 Endesa har hävdat att kommissionen inte har tagit hänsyn till att de enda redovisningsstandarder som gällde på dagen för det offentliga budet var IAS/IFRS-standarderna, vilket medför att beslutet är ogiltigt.
- 127 Förstainstansrätten erinrar om att, enligt artikel 5 i förordningen skall "[b]egreppet sammanlagd omsättning ... omfatta de berörda företagens intäkter under föregående räkenskapsår från försäljning av varor och tjänster inom ramen för företagens ordinarie verksamhet".

- 128 Såsom sökanden har medgett hänvisas i förordningen av praktiska skäl med nödvändighet till omsättningen för föregående räkenskapsår. Anledningen till detta är att reviderade räkenskaper normalt sett endast existerar för det senaste hela räkenskapsåret och att räkenskaperna för perioden efter inte ger samma garanti som reviderade räkenskaper.
- 129 I förevarande fall är det utrett att räkenskaperna för föregående räkenskapsår i den mening som avses i artikel 5 i förordningen är de som avser räkenskapsåret 2004. Det skall även erinras om att ett företag som är skyldigt att upprätta årsredovisningar som utgör föremål för revision, endast förfogar över ett slags officiella räkenskaper, det vill säga de som upprättats och reviderats i enlighet med gällande rätt. Det kan inte ifrågasättas att sökandens årsredovisning för räkenskapsåret 2004, som utgjort föremål för revision, med nödvändighet måste ha upprättats i enlighet med de spanska PCGA. Om sökanden för räkenskapsåret 2004 hade upprättat sina räkenskaper i enlighet med IFRS-standarderna, skulle företaget inte ha uppfyllt sina rättsliga skyldigheter i Spanien. Enligt artikel 4 i förordning nr 1606/2002, träder IFRS-standarderna i kraft och måste tillämpas först från och med räkenskapsåret 2005. Att räkenskaperna för räkenskapsåret 2004 skall "avstämmas" med IFRS-principerna har föreskrivits i förordning nr 707/2004 endast i syfte att underlätta övergången mellan de gamla och nya reglerna och för att ge aktieägare och investerare en referens att jämföra räkenskaperna för räkenskapsåret 2005 med, vilka är de första räkenskaper som skall upprättas enligt de nya standarderna. Vidare ger inte de "avstämda" räkenskaperna för räkenskapsåret 2004, som upprättats enbart i jämförande syfte, samma garanti som de officiella räkenskaperna som upprättats i enlighet med PCGA och som reviderats. Härav följer att sökandens argument att de nya IFRS-redovisningsbestämmelserna var gällande vid tidpunkten för tillkännagivandet av det offentliga budet den 5 september 2005 är irrelevant.
- 130 Förstainstansrätten påpekar vidare att sökandens argument skulle leda till att de reviderade officiella räkenskaperna måste frångås varje gång redovisningsbestämmelserna ändras, och att nya räkenskaper upprättas i enlighet med de principer som är tillämpliga vid tidpunkten för anmälningsplikten. Detta är varken rimligt eller ändamålsenligt, eftersom de nya icke-reviderade räkenskaperna inte ger samma garantier som de officiella reviderade räkenskaperna.

131 Sökanden har likaledes felaktigt hävdatt att kommissionen har tillämpat upphävda rättsbestämmelser. Kommissionen har i själva verket inte tillämpat någon redovisningsstandard, utan har i enlighet med förordningen beaktat företagets räkenskaper för föregående räkenskapsår, vilka utgör en omständighet som ligger bakåt i tiden och skall bedömas utifrån de standarder som gällde för dem. I förevarande fall kan sökanden inte med framgång påstå att kommissionen har underlåtit att beakta det tillfälliga tillämpningsområdet för standarderna i fråga, eftersom sökandens redovisning för räkenskapsåret 2004, såsom konstaterats ovan, skulle ha upprättats enligt PCGA. Eftersom det enligt förordning nr 1606/2002 endast är obligatoriskt att tillämpa IFRS-standarderna från och med räkenskapsåret 2005, är det i stället sökandens påstående som leder till att ge förordningen retroaktiv verkan genom att tillämpa den på räkenskaperna för räkenskapsåret 2004. Varken förordning nr 1606/2002 eller förordning nr 707/2004 ger stöd för att anse att gemenskapslagstiftaren har haft för avsikt att undanröja de officiella räkenskaperna som upprättats enligt nationella gällande redovisningsstandarder och att generellt eller med avseende på förordningen om kontroll av företagskoncentrationer ersätta dessa med IFRS-avstämda räkenskaper för räkenskapsåret 2004 som enbart upprättats i jämförande syfte.

132 Vad slutligen gäller argumentet att det i beslutet inte tagits hänsyn till att beräkningen av omsättning på europeisk nivå följer andra principer än i andra rättssystem, skall det för det första påpekas att det amerikanska systemet enbart bekräftar behovet av att på ett snabbt och förutsebart sätt kunna avgöra huruvida en koncentration är anmälningspliktig och, i förekommande fall, till vilken myndighet. Vidare är gemenskapens rättssystem, till skillnad från systemet i USA, förenat med en möjlighet att beakta händelser i företagets verksamhet som ägt rum efter räkenskapsperiodens utgång, såsom företagsöverlåtelser och förvärv under den aktuella perioden. Denna möjlighet innebär, som framgår av tillkännagivandet, i princip att förändringar som inträffat i företagets ekonomiska situation kan beaktas. Avsikten är inte att göra en fullständig revision av redovisningen av en oförändrad ekonomisk verklighet. Det strider mot syftena med rättssäkerhet och snabbhet som gemenskapslagstiftaren har eftersträvat att i varje fall göra tillämpningen av gemenskapsförordningen om koncentrationer beroende av att kommissionen gör en fullständig omprövning av de berörda företagets räkenskaper.

133 Härav följer att talan inte kan bifallas på den tredje grundens första del.

Den andra delgrunden: IAS/IFRS-redovisningsstandardernas överlägsenhet

— Parternas argument

- 134 Endesa har hävdat att kommissionen åtminstone skulle ha avgjort vilka utav redovisningsstandarderna, IAS/IFRS eller PCGA, som bäst tillät att så exakt som möjligt fastställa den faktiska omsättningen för räkenskapsåret 2004. Företaget har tillagt att kommissionen i detta syfte helt enkelt skulle ha analyserat vad som utmärker de olika redovisningsstandarderna och de två redovisningar som den hade till sitt förfogande, och som båda var giltiga, lagenliga och slutliga.
- 135 Endesa anser att en sådan bedömning, om den gjorts, nödvändigtvis skulle ha gett företräde för IAS/IFRS-räkenskaperna, eftersom de prioriterar innehåll snarare än form. Raka motsatsen gäller för PCGA-standarderna där vissa transaktioner, trots att de saknar ett faktiskt ekonomiskt innehåll, bokförs i räkenskaperna på rent formella grunder.
- 136 Endesa har påpekat att beslutets motivering (punkt 20) utgår ifrån att den allmänna principen är att omsättningen skall beräknas utifrån företagets reviderade räkenskaper och att kommissionen endast kan frångå denna princip i undantagsfall. Detta resonemang är uppenbart felaktigt. Det synes antyda att kommissionens skyldighet att på ett riktigt sätt fastställa gemenskapsdimensionen begränsas till en enkel granskning av de berörda företagets reviderade räkenskaper. Resonemanget vilar dessutom på en, avsiktligt, ofullständig tolkning av kommissionens egen praxis och av tillkännagivandet, genom att tillskriva reviderade räkenskaper lika stor betydelse som andra slutliga räkenskaper. Kommissionen har i beslutet erinrat om punkt 26 i

tillkännagivandet, men har i motiveringen förbisett att tillkännagivandet inte bara hänvisar till reviderade räkenskaper, utan även ”andra slutliga räkenskaper”, och att icke-slutliga räkenskaper endast kan användas i undantagsfall.

- 137 Endesa har hävdad att beslutet innebär att kommissionen på ett oacceptabelt sätt underlåtit att uppfylla de skyldigheter den har enligt gemenskapsrätten att utöva sin exklusiva behörighet utan att gömma sig bakom antaganden att de reviderade räkenskaperna skall anses vara förenliga. Det finns inte stöd för ett sådant antagande i någon av bestämmelserna i förordningen, utan detta har kommissionen konstruerat ad hoc. I förordningen hänvisas varken till huruvida räkenskaperna är reviderade eller ej. Den innehåller dock en precis och ovillkorlig skyldighet för kommissionen att i varje fall fastställa de berörda företagens faktiska omsättning. En hänvisning till reviderade räkenskaper förekommer endast i kommissionens tillkännagivande, som inte på något sätt kan påverka förordningens innehåll eller omfattning. Minsta motsättning mellan dessa två är underkastad principen om normhierarki (domstolens dom av den 28 januari 1992 i mål C-266/90, Soba, REG 1992, s. I-287, av den 16 juni 1994 i mål C-322/93 P, Peugeot mot kommissionen, REG 1994, s. I-2727, och förstainstansrättens dom av den 12 december 1996 i mål T-380/94, AIUFFASS och AKT mot kommissionen, REG 1996, s. II-2169). I detta fall likställs dock reviderade räkenskaper i tillkännagivandet med andra slutliga räkenskaper, det vill säga de som avser ett helt och avslutat beskattningsår.
- 138 Endesa har vidare påpekat att kommissionens ställningstagande i denna fråga strider mot kommissionens egen praxis. I ett tidigare ärende (M.705 Deutsche Telekom/SAP) accepterade kommissionen att beakta de senaste icke-reviderade räkenskaperna, eftersom dessa skilde sig väsentligt från de reviderade räkenskaperna och det endast med stöd av dessa kunde fastställas att transaktionen hade en gemenskapsdimension. Kommissionen accepterade även att beakta icke-reviderade räkenskaper i ärendet M.2340 EDP/Cajastur/Caser/Hidroelectrica del Cantabrico.
- 139 Endesa har gjort gällande att kommissionen har gjort ytterligare en felbedömning när den fastställde att Endesas konsoliderade räkenskaper som upprättats enligt IAS/IFRS-standarderna och som kommunicerades till marknaden fem månader före tillkännagivandet av det offentliga budet, inte utgör slutliga räkenskaper.

Kommissionen tog inte hänsyn till att IAS/IFRS-redovisningen var en avstämning av de reviderade räkenskaperna för år 2004 med de nya redovisningsstandarderna. Den tog inte heller hänsyn till att alla börsnoterade företag lämnat in sina konsoliderade räkenskaper för år 2004 till Comisión Nacional del Mercado de Valores (den spanska finansinspektionen) (nedan kallad CNMV) efter avstämning med IAS/IFRS-redovisningsstandarderna (nedan kallade de avstämda räkenskaperna) och alla periodiska uppgifter för räkenskapsåret 2004. Den tog inte heller hänsyn till att det är dessa räkenskaper som marknaden hänvisar till.

140 Kommissionen har således enligt sökanden inte enbart åsidosatt behörighetsbestämmelserna, genom att föra in ett antagande i bedömningen som inte föreskrivs i förordningen, till fördel för reviderade räkenskaper. Den har även gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att anse att IAS/IFRS-räkenskaperna inte är slutliga. Motiveringen i detta avseende är vidare motsägelsefull, eftersom kommissionen dels har påstått att IAS/IFRS-räkenskaperna inte beaktats på grund av att de inte är reviderade (och således glömmet hänvisningen i punkt 26 i tillkännagivandet till ”andra slutliga räkenskaper”), dels har påstått att anledningen till att de avvisats är att de inte är slutliga. Beslutet skall följaktligen ogiltigförklaras på grund av att det är behäftat med fel och i den mån det inte fastställs däri vilka utav de konsoliderade räkenskaperna för år 2004 som bäst uppfyller kraven i artikel 5 i förordningen.

141 Kommissionen har med stöd av intervenienterna gjort gällande att sökanden utgår från det felaktiga antagandet att PCGA och IAS/IFRS-räkenskaperna för år 2004 har likvärdig status, och att IAS/IFRS-räkenskaperna för år 2004 som sökanden har åberopat inte kan anses som slutliga.

— Förstainstansrättens bedömning

142 Vad gäller påståendet att sökandens avstämda räkenskaper är mer rättvisande, erinrar förstainstansrätten för det första om att kommissionen i punkterna 19–27 i beslutet har redogjort för skälen till varför sökandens omsättning skulle fastställas

med stöd av de officiella räkenskaperna som upprättats i enlighet med PCGA snarare än på grundval av de avstämde räkenskaperna. Såsom konstaterats ovan har kommissionen i detta hänseende med fog angett att Endesa var rättsligen skyldigt att upprätta sina officiella konsoliderade räkenskaper för räkenskapsåret 2004 i enlighet med PCGA, att detta krav är förenligt med gemenskapens redovisningsregler som var tillämpliga vid den aktuella tidpunkten, och att de avstämde räkenskaperna endast skulle upprättas i jämförande syfte.

143 Förstainstansrätten konstaterar vidare, såsom angetts i punkterna 25 och 26 i beslutet, att sökandens argument att IFRS-standarderna ger en mer rättvisande bild av företagens ekonomiska situation inte kan godtas.

144 Syftet att mäta företagens ekonomiska styrka kräver för det första inte att kommissionen i ett enskilt fall vid tillämpningen av artiklarna 1 och 5 i förordningen företar en allmän bedömning av fördelarna med de olika redovisningsmetoderna som föreskrivs enligt gemenskapsrätten. Detta gäller i synnerhet när det existerar reviderade räkenskaper som har upprättats i enlighet med en av metoderna och det var just denna metod som var tillämplig vid den aktuella tidpunkten, både enligt nationell rätt och enligt gemenskapsrätten.

145 För det andra har sökandens påstående att IFRS-standarderna ger en mer rättvisande bild av den ekonomiska verkligheten, eftersom de till skillnad från PCGA-standarderna prioriterar innehållet snarare än formen, på intet sätt styrkts. Såsom anges i punkt 26 i beslutet innebär inte den omständigheten att gemenskapslagstiftaren har bedömt att de internationella redovisningsstandarderna som antagits i förordning nr 1606/2002 skall möjliggöra att ge en rättvisande bild av ett företags ekonomiska situation, i kraft av själva sakförhållandet, att dessa redovisningsstandarder för tillämpningen av artikel 5 i koncentrationsförordningen är tekniskt överlägsna de redovisningsstandarder som är tillämpliga enligt medlemsstaternas lagstiftning fram till den 1 januari 2005. Förordning nr 1606/2002, som antagits med stöd av artikel 95.1 EG, är en harmoniseringsåtgärd och innehåller inget värdeomdöme avseende de olika nationella standarderna. Vidare, såsom Gas Natural har påpekat, föreskrivs det enligt flera spanska

standarder som tillämpar PCGA att innehållet alltid skall ges företräde framför formen och den allmänna räkenskapsplanen lägger tonvikt vid idén om en "rättvisande bild" i anslutning till en "mekanism som kan uttrycka den ekonomiska verkligheten för utförda transaktioner".

146 Vad gäller sökandens argument att dess avstämda räkenskaper skall anses som "andra slutliga räkenskaper" i den mening som avses i punkt 26 i tillkännagivandet, skall det erinras om att de berörda företagens omsättning, såsom framgår av tillkännagivandet, skall beräknas på grundval av tillförlitliga, objektiva och lätt identifierbara uppgifter. Att det i punkt 26 i tillkännagivandet klargörs att kommissionen "i regel [därför kommer att] hänvisa till reviderade eller andra slutliga räkenskaper..." och att kommissionen "i alla händelser [är] försiktig med att lita på räkenskaper som uppgjorts av företagsledningen eller på någon annan form av preliminära räkenskaper annat än i undantagsfall", innebär emellertid inte att tillkännagivandet jämför reviderade räkenskaper med "andra slutliga räkenskaper". Punkt 26 i tillkännagivandet kan inte tolkas så att det lägger fram flera alternativ mellan vilka det är möjligt att välja fritt. Den skall snarare tolkas så att den syftar till att omfatta särskilda situationer där reviderade räkenskaper inte finns tillgängliga för det föregående räkenskapsåret. I punkt 27 i tillkännagivandet hänvisas vidare endast till de senaste reviderade räkenskaperna och inte till "andra slutliga räkenskaper". I förevarande fall är det obestritt att reviderade räkenskaper för räkenskapsåret 2004 existerar och det saknas således anledning att beakta andra slutliga räkenskaper.

147 Sökanden har under alla omständigheter inte kunnat styrka att de avstämda räkenskaperna som den har åberopat inför kommissionen är reviderade eller slutliga.

148 Det är tillräckligt i detta hänseende att erinra om innehållet i Endesas kommentarer som bifogades de avstämda räkenskaperna som överlämnades till CNMV den 5 april 2005. I avsnittet "Allmänna överväganden" har Endesa påpekat att "[d]e konsoliderade balans- och resultaträkningarna för räkenskapsåret 2004 som upprättats i enlighet med utvärderings- och klassificeringskriterierna i IAS/IFRS,

är i proformatillstånd och skall enbart användas för en jämförelse med dem avseende räkenskapsåret 2005, som är det första året då räkenskaperna skall upprättas enligt IFRS” (s. 3, punkt 1). Endesa har vidare angett att det vid första tillämpningen av IAS/IFRS-standarderna existerar flera undantag (s. 13). Slutligen har Endesa, i den rättsliga anmärkningen II (s. 34), förklarat att den internationella kommittén för internationella redovisningsstandarder (IASB) kan komma att offentliggöra nya standarder från och med den 1 januari 2005, att en behörig myndighet ännu inte existerar för att säkerställa att standarderna tillämpas korrekt och som kan rådfrågas i detta hänseende, att de förändringar som ovanstående kan medföra samt utvecklingen av praxis inom branschen också kan påverka hur den kommer att tolka standarderna och att uppgifterna följaktligen kan komma att ändras innan de offentliggörs (år 2006) i jämförande syfte i årsredovisningen för räkenskapsåret 2005.

149 Under dessa förhållanden kan Endesas avstämda räkenskaper inte anses vara ”slutliga” i den mening som avses i tillkännagivandet.

150 Vad gäller de två ärenden som sökanden har åberopat och i vilka kommissionen accepterade att beakta de senaste icke-reviderade räkenskaperna, är det tillräckligt att ange att koncentrationen i dessa två ärenden anmälts i början av året (den första i februari 1996 och den andra i februari 2001) och att företagen i fråga ännu inte hade reviderade räkenskaper för det senaste räkenskapsåret. Följaktligen var det nödvändigt att välja mellan att beakta de reviderade räkenskaperna för ett tidigare räkenskapsår (år 1994 respektive år 1999) eller räkenskaperna för föregående räkenskapsår som avslutats men ännu inte reviderats. I de båda fallen återspeglades de stora förändringar i den ekonomiska verksamheten som ägt rum under det senaste räkenskapsåret inte i de tidigare räkenskaperna och det skulle ha stridit mot artikel 5 i förordningen att beakta dessa. Sakomständigheterna i dessa två ärenden skiljer sig följaktligen på ett avgörande sätt från omständigheterna i förevarande mål.

- 151 Av det ovanstående framgår att de räkenskaper som upprättats enligt IAS/IFRS-standarderna som Endesa åberopat inte kan anses som slutliga. Sökandens argument att kommissionen skulle ha givit företräde till dessa räkenskaper kan under alla omständigheter således inte godtas.
- 152 Talan skall således inte bifallas på den tredje grundens andra del.

Den tredje delgrunden: Felaktig rättstillämpning och uppenbart oriktiga bedömningar som påverkade att de avstämde räkenskaperna avvisades

— Parternas argument

- 153 Endesa har för det första åberopat att kommissionen gjort en uppenbart oriktig motivering då den inte godtog sökandens argument att det var lämpligt att beakta de avstämde räkenskaperna. För det andra har Endesa gjort gällande att det föreligger särskilda omständigheter i förevarande fall som under alla omständigheter motiverar att de avstämde räkenskaperna beaktas. För det tredje har sökanden åberopat uppenbart felaktig motivering i beslutet avseende att beaktande av de avstämde räkenskaperna påstods vara oförenligt med målet att uppnå en enkel tillämpning, den allmänna rättssäkerhetsprincipen och kravet på en enhetlig tillämpning av förordningen.
- 154 Endesa har inledningsvis hävdade att det resonemang som förs i punkt 24 i beslutet är ofullständigt, eftersom det inte tar hänsyn till att tidpunkten för övergången till IAS/IFRS-standarderna, enligt IFRS-1 som antogs genom förordning nr 707/2004, är den 1 januari 2004. Gemenskapslagstiftaren har närmare bestämt föreskrivit att börsnoterade företag är skyldiga att upprätta konsoliderade och avstämde räkenskaper åtminstone för år 2004. I Spanien har CNMV fastställt den 31 augusti 2005

som sista dag för att inkomma med avstämnda räkenskaper för räkenskapsåret 2004. Endesa rättade sig efter detta krav den 5 april 2005. Till skillnad från kommissionens ofullständiga läsning, visar följaktligen en enhetlig och fullständig tolkning av gemenskapslagstiftarens avsikt att räkenskapsåret 2004 utgjorde en övergångsperiod under vilken två olika slag av redovisningsstandarder existerade parallellt på grund av ett rättsligt krav.

155 Endesa har vidare påpekat att kommissionen i punkt 24 i beslutet även har angett att ändringar kan göras till IAS/IFRS-räkenskaperna för räkenskapsåret 2004 och att dessa har ett rent jämförande värde, vilket styrks av att det inte finns något rättsligt krav att revidera dessa räkenskaper. Kommissionen förefaller enligt sökanden ha bortsett ifrån att ett företags samtliga räkenskaper har ett jämförande syfte och att IAS/IFRS-räkenskaperna för räkenskapsåret 2004 har upprättats i enlighet med en gemenskapsrättslig skyldighet. Att det inte finns något krav på att dessa räkenskaper revideras beror på de särskilda omständigheter som gäller under en övergångsperiod. Det skulle nämligen vara orimligt om gemenskapslagstiftaren eller den nationella lagstiftaren ökade kostnaderna för redovisningsövergången genom att kräva en dubbel granskning för samma räkenskapsår, när IAS/IFRS-räkenskaperna för 2004 utgör en tillnärmning till de reviderade räkenskaperna för samma räkenskapsår, där redovisningsvärdet och det rättsliga värdet är identiska.

156 Påståendet att det är möjligt att IAS/IFRS-standarderna ändras fram till och med utgången av räkenskapsåret 2005, vilket enligt beslutet innebär att de inte kan anses som slutliga, innebär ett åsidosättande av de redovisningsstandarder som gemenskapslagstiftaren inrättat och av de tillämpningsföreskrifter som kommissionen själv har antagit de senaste månaderna. Det nya redovisningssystemet är tillämpligt från och med den 1 januari 2005 och den omständigheten att kommissionen har antagit vissa redovisningsregler för det nya systemet efter tillkännagivandet av det offentliga budet saknar betydelse för räkenskapernas slutliga karaktär. Endesas avstämde räkenskaper har nämligen upprättats på grundval av tillförlitliga och slutgiltiga uppgifter med tillämpning av de redovisningsregler som användes fram till dess att IAS/IFRS-standarderna genomfördes. Att anse att dessa räkenskaper inte är slutliga på grund av att andra regler därefter lagts till i de nya

rättsliga bestämmelserna vore lika absurt som att påpeka att det aldrig kan finnas några slutliga räkenskaper, eftersom anpassningen och utvecklingen av ett redovisningssystem är en fortgående process.

- 157 Vidare påverkar de nyligen antagna reglerna som har retroaktiv verkan under inga omständigheter Endesas räkenskaper, eftersom reglerna avser finans- och försäkringssektorn, och inte elsektorn. Dessutom påverkar inte ändringarna som gjorts avseende IAS 39 beräkningen av omsättningen, eftersom de endast avser redovisningen av finansiella instrument. Det har inte heller sedan det datum då Gas Natural tillkännagav sitt offentliga bud på Endesa gjorts några ändringar i IAS/IFRS-standarderna som skulle kunna påverka redovisningen av intäkterna för räkenskapsåren 2004 eller 2005, och någon ändring kan inte göras nu.
- 158 Inget av kommissionens argument ger därför stöd för att de konsoliderade räkenskaperna för räkenskapsåret 2004 som upprättats enligt IAS/IFRS-standarderna inte är slutliga. Att skjuta fram beaktandet av IAS/IFRS-standarderna för år 2004 till dess att räkenskapsåret 2005 avslutats står uppenbart i strid med gemenskapslagstiftarens avsikt. Denne har föreskrivit att gemenskapens redovisningsstandarder skall tillämpas från och med den 1 januari 2005 och inte från och med den 1 januari 2006. Samtliga redovisningsuppgifter som de börsnoterade företagen måste lämna till marknaden under år 2005, lämnas därför uteslutande enligt IAS/IFRS-standarderna, oavsett om de relaterar till räkenskapsåret 2005 eller 2004.
- 159 Endesa anser sammanfattningsvis att även om ändringar gjordes i standarderna, eftersom förbättringen av ett redovisningssystem är en pågående process, är det emellertid, såsom kommissionen vid upprepade tillfällen har uttalat, ”i enlighet med förordning ... nr 1606/2002 ... kommissionens målsättning att ha en stabil kärna av internationella redovisningsstandarder på plats från och med den 1 januari 2005” (skäl 4 i kommissionens förordning (EG) nr 2086/2004 av den 19 november 2004 om ändring av förordning (EG) nr 1725/2003 (EUT L 363, s. 1), och skäl 2 i kommissionens förordning (EG) nr 2238/2004 av den 29 december 2004 om ändring av förordning (EG) nr 1725/2003 (EUT L 394, s. 1)).

160 Vad gäller punkt 25 i beslutet har Endesa påpekat att det inte ges någon motivering i beslutet till att kommissionen inte kan utvärdera de olika tillgängliga redovisningsmetoderna. Kommissionens uppfattning strider uppenbart mot punkt 60 i tillkännagivandet, där kommissionen själv angav att det är möjligt att ta "hänsyn ... till olika redovisningsregler, framför allt dem som gäller upprättande av konsoliderade räkenskaper, som i viss utsträckning är harmoniserade men inte identiska inom gemenskapen" och att "detta gäller för alla typer av företag som omfattas av koncentrationsförordningen ...". Även om denna punkt i tillkännagivandet huvudsakligen avser finansiella holdingbolag, nämns emellertid att möjligheten att ta hänsyn till olika redovisningsstandarder gäller för alla företag oavsett vilken bransch de tillhör.

161 Endesa har invänt mot påståendet i punkt 25 i beslutet att "kommissionens roll, såsom den beskrivs mer i detalj i tillkännagivandet om beräkning av omsättning, inskränker sig till att undersöka vissa justeringar som krävs enligt artikel 5 i förordningen ...". Sökanden anser att skyldigheten i artikel 5 i förordningen tvärtom inbegriper en undersökning av att de berörda företagens räkenskaper är likvärdiga för att fastställa deras faktiska omsättning.

162 Påståendet i beslutet står uppenbart i strid med tillkännagivandet, där det i punkt 26 anges att "[k]ommissionen strävar efter att stödja sig på de mest exakta och tillförlitliga siffror som står till buds". I förevarande fall finns två konsoliderade redovisningar för räkenskapsåret 2004 till följd av gemenskapsinstitutionernas harmoniseringsarbete, och det var nödvändigt att avgöra vilken av dessa som var mest exakt och tillförlitlig. Med beaktande av rapporterna från företagets externa revisorer, som kommissionen inte vid något tillfälle nämner i beslutet, är det uppenbart att de konsoliderade räkenskaperna som upprättats enligt spanska redovisningsstandarder innebär att rörelseintäkterna för ett företag som är verksamt inom elsektorn förvrängs påtagligt.

163 Endesa har vad gäller påståendet att gemenskapens redovisningsstandarder är tekniskt överlägsna de nationella redovisningsstandarderna, vilket kommissionen i punkt 26 i beslutet uttryckt tvivel om, påpekat att kommissionen i de förberedande rättsakterna till förordning nr 1606/2002 uttryckligen hänvisat till nödvändigheten av att förbättra, harmonisera och göra finansiell information mer tillförlitlig, utöver vad som föreskrivs i rådets fjärde direktiv 78/660/EEG av den 25 juli 1978 grundat på artikel 54.3 g i fördraget om årsbokslut i vissa typer av bolag (EGT L 222, s.11; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 17). Sökanden har vidare påpekat att om sistnämnda direktiv hade garanterat lika tydlig och tillförlitlig information som krävs enligt det nya redovisningssystemet, skulle det ha varit onödigt att införa detta. Kommissionen har i detta hänseende inte tagit hänsyn till Endesas externa revisorers uppfattning, som tydligt förklarar skillnaderna mellan resultaten i räkenskaperna som upprättats enligt de olika redovisningsstandarderna.

164 Endesa har tillagt att motiveringen i beslutet, enligt vilken ändamålet att ge en rättvisande bild av företagens ekonomiska verklighet finns både i gemenskapens aktuella redovisningsstandarder och i de äldre standarderna, bortser från de faktiska skillnaderna mellan en delvis harmonisering och en fullständig harmonisering av standarderna, samt från gemensapsrättens grundläggande principer och sunt förnuft. Kommissionen har dessutom själv konstaterat att de äldre redovisningsdirektiven "inte [längre uppfyller] behoven för företag som önskar anskaffa kapital på alleuropeiska eller internationella värdepappersmarknader" (se punkt 9 i meddelandet från kommissionen till rådet och Europaparlamentet av den 13 juni 2000, KOM (2000) 359 slutlig). Kommissionen har även erkänt att "IAS erbjuder ... en heltäckande och begreppsmässigt stabil uppsättning standarder för finansiell rapportering som bör tjäna det internationella näringslivets behov".

165 Endesa har hävdad att det även var fel av kommissionen att anse att icke-reviderade räkenskaper kan beaktas endast i undantagsfall. Denna tolkning framgår varken uttryckligen eller implicit av bestämmelserna i förordningen, som är de enda tillämpliga rättsligt bindande bestämmelserna. Tolkningen överensstämmer inte

heller med innehållet i punkt 26 i tillkännagivandet, enligt vilket det är nödvändigt att visa att ett undantagsfall föreligger endast om ett företag vill använda sig av intern redovisning eller av räkenskaper som inte är slutliga.

166 Även om kommissionens uppfattning godtogs, skall ett undantagsfall nämligen anses föreligga i förevarande mål. För det första utgör frågan om användningen av ett slags redovisningsstandarder hellre än ett annat i sig ett undantagsfall. För det andra ger de olika redovisningssystemen upphov till en skillnad på 4 400 miljoner euro i Endesas intäkter. Detta är en ovanlig omständighet som rör få marknader. Således skall själva ändringen av redovisningssystemet betraktas som en exceptionell omständighet av stor betydelse för den spanska elmarknaden där förekomsten av en obligatorisk pool på ett konstlat vis fördubblar transaktionerna ekonomiskt sett om inte kvittning sker av posterna enligt kraven i det nya redovisningssystemet.

167 Endesa har vidare bestritt motiveringen i punkt 25 i beslutet enligt vilken tillämpningen av IAS/IFRS-räkenskaperna är oförenlig med ett annat ”relevant syfte att tillämpa enkla och objektiva kriterier vid fastställandet av kommissionens behörighet vad gäller koncentrationer och den allmänna rättssäkerhetsprincipen”.

168 Beträffande frågan om objektivitet har Endesa hävdatt att kommissionen inte har förklarat varför IAS/IFRS-räkenskaperna skulle vara mindre objektiva än andra räkenskaper och att den har förbisett att Endesas externa revisor har attesterat att dessa upprättats på grundval av korrekta och reviderade uppgifter, samt att den avstämningsmetod som tillämpats var korrekt.

- 169 När det gäller frågan om enkelhet, har samtliga börsnoterade företag i gemenskapen informerats sedan flera år om att nya kriterier skulle införas och de har varit medvetna om att år 2004 skulle bli ett övergångsår. Endesa har tillagt att påståendet, att förenklade tolkningsregler är en målsättning med samma rättsliga värde som skyldigheten att korrekt fastställa kommissionens behörighet, är svårförenligt med tillkännagivandet, där det i punkterna 60 och 61 betonas att det är nödvändigt att göra en noggrann, strikt, och till och med betungande undersökning av räkenskaperna när omsättningen ligger nära tröskelvärdena i förordningen (Ärende IV/M.213 — Hong Kong och Shanghai Bank/Midland).
- 170 Vad gäller rättssäkerhetsprincipen framgår det av domstolens praxis att denna princip skall säkerställa att en reglering är ”klar och precis, så att de enskilda på ett otvetydigt sätt kan få kännedom om sina rättigheter och skyldigheter och vidta åtgärder i enlighet därmed” (domstolens dom av den 9 juli 1981 i mål 169/80, *Gondrand Frères och Garancini*, REG 1981, s. 1931, av den 13 februari 1996 i mål C-143/93, *van Es Douane Agenten*, REG 1996, s. I-431, punkt 27, och av den 14 april 2005 i mål C-110/03, *Belgien mot kommissionen*, REG 2005, s. I-2801). Detta innebär inte att fastställandet av omsättningen måste vara ”enkel” i samtliga fall och motiverar inte en underlåtenhet att beakta alla tillgängliga uppgifter. Endesa har påpekat att skyldigheten att göra en kontoavstämning följer av gemenskapsrätten som varje försiktig aktör anses känna till sedan några år tillbaka och att skyddet för de ekonomiska aktörernas rättigheter inte är motiverat ”när en försiktig och medveten ekonomisk aktör skulle kunna förutse att en gemenskapsåtgärd kommer att vidtas” (domstolens dom av den 15 juli 2004 i de förenade målen C-37/02 och C-38/02, *Di Lenardo och Dilexport*, REG 2004, s. I-6911, punkt 70). I förevarande fall var IAS/IFRS-standarderna klara, precisa och kända av försiktiga och medvetna aktörer vid tidpunkten för tillkännagivandet av det offentliga budet. Rättssäkerhetsprincipen har således inte åsidosatts.
- 171 Vad gäller motiveringen i punkt 27 i beslutet, enligt vilken ”tillämpningen av icke-reviderade IFRS-räkenskaper i fallet i fråga skulle leda till en skillnad i behandling jämfört med alla de ärenden där kommissionen för räkenskapsåret 2004 baserat sig på siffror som upprättats enligt nationella redovisningsstandarder”, har Endesa påpekat att kommissionen inte har beaktat rättspraxis där det fastslås att särbehandling inte enbart förekommer när två lika situationer behandlas olika,

utan även när två olika situationer behandlas lika. Endesa lämnade under det administrativa förfarandet in flera rapporter som utvisar det särskilda redovisningsförfarande som är tillämpligt på företag inom den spanska elsektorn, och som inte gäller för andra spanska företag eller företag som är hemmahörande i andra medlemsstater inom denna eller inom andra sektorer.

- 172 Förekomsten av en obligatorisk pool i Spanien tillsammans med de äldre redovisningsstandardernas karaktär som inte tillåter kvittning av poster, leder bland annat till att transaktioner mellan företag som ingår i samma koncern eller transaktioner som slutligen motsvarar en enda ekonomisk transaktion redovisas två gånger. Det är följaktligen beslutet som i själva verket leder till diskriminering. Hade samma transaktion genomförts mellan företag motsvarande Gas Naturals och Endesas storlek men inom en annan ekonomisk sektor eller i andra länder inom gemenskapen, skulle omsättningen för de berörda företagen nämligen ha beräknats utan fördubblade poster.
- 173 Av samtliga ovanstående skäl har Endesa dragit slutsatsen att kommissionen gjort en felbedömning av de uppgifter sökanden lämnat in, vilket lett till allvarliga brister i beslutets motivering och en uppenbart oriktig bedömning, genom att principerna i artikel 5 i förordningen och i tillkännagivandet inte har tillämpats.
- 174 Kommissionen har med stöd av intervenienterna gjort gällande att det inte finns stöd för något av sökandens argument.

— Förstainstansrättens bedömning

- 175 Vad gäller sökandens argument att kommissionen begick ett fel när den uteslöt möjligheten att beakta de avstämda räkenskaperna är det tillräckligt att hänvisa till

bedömningen av de två första delgrunderna. Det har redan påpekats att Endesas räkenskaper för räkenskapsåret 2004, som upprättats i enlighet med den spanska lagstiftning som var i kraft vid tidpunkten för det offentliga budet och som granskats av revisorer och godkänts av aktieägarna är de enda som är giltiga för att bedöma huruvida koncentrationen har en gemenskapsdimension eller en nationell dimension. De avstämda räkenskaperna som upprättats enbart i jämförande syfte och som sökanden ingivit till kommissionen, kan i vart fall inte anses vara slutliga. Att de avstämda räkenskaperna inte är slutliga bekräftas för övrigt av den omständigheten att sökanden den 19 september 2005 ändrade sina räkenskaper för att göra vissa justeringar som sänkte omsättningen i Spanien med 111 miljoner euro jämfört med de räkenskaper som anpassats till IFRS-standarderna och överlämnats till CNMV den 5 april 2005. Att de ändringar som därefter gjordes i IAS/IFRS-standarderna inte avsåg elsektorn förändrar slutligen inte den omständigheten att innehållet i IAS/IFRS-standarderna som skulle tillämpas för räkenskapsåret 2005, i september 2005 ännu inte var fast och slutgiltigt, och i synnerhet inte att det ännu inte fanns någon myndighet för att tolka de nya standarderna. Förstainstansrätten konstaterar att Endesas egen revisor har klargjort att han inte kunde uttala sig avseende giltigheten av de avstämningsmetoder som använts.

- 176 Vad vidare gäller att ett undantagsfall föreligger som innebär att de avstämda räkenskaperna skulle användas, skall det påpekas att ingen av de omständigheter som åberopats kan anses vara av sådan särart. Vad för det första gäller den spanska elsektorns särprägel, är det nämligen tillräckligt att konstatera att poolen existerar i Spanien sedan 1998 och varken Endesa eller något annat företag inom sektorn har uppgett att det är nödvändigt att göra någon som helst justering i deras PCGA-räkenskaper i något förfarande för kontroll av företagskoncentrationer som de deltagit i, vare sig på nationell nivå eller på gemenskapsnivå. Vidare utgör de påstådda säregenheterna och den allvarliga snedvridningen av räkenskaperna för företagen inom den spanska elsektorn inte heller sådana särskilda omständigheter. Möjligheten att företa eventuella justeringar för att beakta detta kan nämligen undersökas oberoende av redovisningssystemet. I förevarande fall har kommissionen för övrigt undersökt de huvudsakliga justeringar som sökanden föreslagit i detta avseende.

- 177 För det andra kan inte den omständigheten att IAS/IFRS-standarderna var menade att ersätta PCGA från och med räkenskapsåret 2005 eller nödvändigheten att upprätta avstämda räkenskaper för år 2004 i jämförande syfte anses utgöra något undantagsfall. En ändring i redovisningsbestämmelserna är visserligen en händelse av vikt som är sällsynt förekommande under ett företags livslängd. Sökanden har emellertid inte framfört någon uppgift grundad på förordningens ordalydelse eller ändamål som medför att denna ändring skall anses utgöra en särskild omständighet. Att det är obligatoriskt att tillämpa de nya redovisningsstandarderna innebär inte heller nödvändigtvis att redovisningsreglerna som gällde innan var otillförlitliga eller felaktiga.
- 178 För det tredje kan inte heller den omständigheten att de olika redovisningssystemen ger upphov till en skillnad på 4 400 miljoner euro i Endesas intäkter anses utgöra en särskild omständighet. Denna skillnad härrör nämligen från justeringar vars lämplighet kan undersökas oberoende av redovisningssystemet.
- 179 Det skall under alla omständigheter erinras om att de undantagsfall som nämns i punkterna 26 och 27 i tillkännagivandet, med undantag för skillnader med avseende på räkenskapsstandarder som används i länder utanför Europeiska unionen, endast avser nödvändigheten att beakta omfattande och permanenta förändringar som påverkar de berörda företagens ekonomiska verklighet (förvärv och avyttringar som skett efter tidpunkten för de reviderade räkenskaperna, nedläggning av en del av verksamheten). I förevarande fall har sökanden emellertid inte åberopat sådana förändringar.
- 180 Beträffande invändningen om åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen är det tillräckligt att påpeka att de reviderade räkenskaperna ger en bättre garanti för objektivitet, eftersom de lägger ansvar på företaget och revisorn. Tvärtom skulle användningen av räkenskaper som varken godkänts av aktieägarna eller styrkts av en extern revision strida mot syftet att tillämpa enkla och objektiva kriterier vid fastställandet av en koncentrations dimension. Förstainstansrätten erinrar om att själva grunden för systemet med tröskelvärden som införs genom artikel 1 i

förordningen är att tillhandahålla en enkel och effektiv metod för att avgöra vilken myndighet som är behörig. Såsom kommissionen med fog har gjort gällande, utgör användningen av officiella och reviderade räkenskaper, och i princip begränsningen till att endast göra sådana justeringar av räkenskaperna som är absolut nödvändiga mot bakgrund av artikel 5 i förordningen, en väsentlig del av denna enkla, förutsägbara och effektiva metod.

181 Att godta Endesas uppfattning skulle i övrigt innebära att kommissionen i samband med alla koncentrationer först måste göra en räkenskapsgenomgång för att kontrollera att de berörda företagens räkenskaper överensstämmer med principerna i artikel 5 i förordningen.

182 Vad gäller Endesas argument att användningen av de avstämda räkenskaperna inte på något sätt strider mot rättssäkerhetsprincipen, eftersom varje medveten aktör kunde förutse att ett nytt redovisningssystem skulle träda i kraft, skall det påpekas att en medveten och förnuftig ekonomisk aktör inte hade kunnat förutse att kommissionen skulle avvika från de enda officiella räkenskaperna som reviderats. Det skall vidare erinras om att IAS/IFRS-redovisningsstandarderna, och ännu mindre deras tolkning, inte slutgiltigt hade fastställts i september 2005.

183 Förstainstansrätten erinrar under alla omständigheter återigen om att de avstämda räkenskaperna som sökanden gett in till kommissionen inte kan anses vara slutliga.

184 Slutligen kan invändningen avseende den påstådda diskrimineringen i förhållande till koncentrationer i andra sektorer eller i andra medlemsstater inte godtas då det är uppenbart att den helt saknar grund. För det första grundas invändningen på lösa påståenden och det obestyrkta antagandet att Endesas officiella och reviderade räkenskaper för räkenskapsåret 2004 inte återspeglar den ekonomiska verkligheten.

För det andra, eftersom kommissionens praxis är att basera sig på de officiella reviderade räkenskaperna, är det snarare ett avsteg från denna praxis som, i avsaknad av särskilda omständigheter, skulle ha kunnat anses utgöra en diskriminering. Vidare kan de reviderade räkenskaper som används vid bedömningen av transaktionens dimension eventuellt justeras för att beakta möjliga speciella förhållanden inom sektorn eller landet i fråga. Det skall i detta hänseende erinras om att kommissionen har undersökt de justeringar som sökanden föreslagit.

185 Av vad ovan anförts följer att talan inte kan bifallas på den tredje delen av den tredje grunden.

186 Talan kan således inte vinna bifall på den tredje grunden.

Den fjärde grunden: Avslag på "pass through"-justeringen och justeringen avseende handel med gas

187 Endesa har inom ramen för denna grund ifrågasatt kommissionens avslag på de två justeringar som företaget begärt, dels avseende distributionsverksamheten ("pass through"-justeringen), dels avseende handeln med gas. Förstainstansrätten påpekar inledningsvis att sökandens årsredovisning för år 2004 som upprättats enligt PCGA visar att sökandens omsättning i Spanien utgjorde 80,07 procent av dess omsättning inom gemenskapen. Om de två justeringar som Endesa föreslagit skulle anses välgrundade, skulle företagets omsättning i Spanien sjunka till 73,94 procent av dess omsättning inom gemenskapen. Även om denna grund godtogs skulle detta följaktligen inte i kraft av själva sakförhållandet innebära att transaktionen i fråga hade en gemenskapsdimension. Det innebär snarare att kommissionen måste undersöka de andra justeringarna som sökanden och Gas Natural föreslagit och som den inte uttalat sig om i beslutet, eftersom endast en kombination av flera justeringar gör det möjligt att komma under tröskelvärdet på två tredjedelar.

188 Eftersom "pass through"-justeringen under alla omständigheter är nödvändig för att koncentrationen skall uppnå en gemenskapsdimension, skall grundens första del som avser denna justering undersökas först.

— Parternas argument

189 Endesa har påpekat att artikel 5.1 i förordningen ordagrant har kopierats ur 23 § i den tyska konkurrenslagen (GWB), där det i 29 § föreskrivs att "intäkter från icke-ordinarie verksamhet skall endast beaktas i undantagsfall". Följaktligen, skall endast den del av intäkterna som härrör från distributionsverksamheten beaktas när omsättningen för distributionsföretaget beräknas, det vill säga endast provisionen som motsvarar denna verksamhet.

190 Endesa har i detta hänseende hävdats att kommissionen gjort en felbedömning avseende tillkännagivandets rättsliga verkan och att kommissionen har underlåtit att undersöka de föreslagna justeringarna i enlighet med förordningen. Sökanden har påpekat att det anges i punkt 33 i kommissionens beslut att "[d]et skall i detta hänseende påpekas att det inte någonstans i tillkännagivandet ... hänvisas till begreppet (delvis) vidareförd intäkt från ett företags försäljning av produkter och tillhandahållande av tjänster". Endast förordningen utgör rättslig grund för beräkningen av omsättning, eftersom tillkännagivandet endast utgör ett tillämpningsdokument från kommissionen. En motsatt tolkning utgör ett åsidosättande av principen om normhierarki. I förevarande fall, när distributionsföretagets verksamhet inkluderar kostnader som motsvarar "vidareförda" belopp, kan endast provisionen för denna verksamhet anses omfattas av begreppet "ordinarie verksamhet" enligt artikel 5 i förordningen.

191 Endesa har tillagt att kommissionen, till följd av att den felaktigt grundat sin motivering på tillkännagivandet, har hänvisat till innehållet i punkterna 7, 11 och 13

i tillkännagivandet och angett att ”med hänsyn till de särskilda omständigheterna i förevarande fall, kan de spanska eldistributionsföretagen inte likställas med företag som enbart agerar mellanhänder och vilkas omsättning endast består av den provision som de får ut”. Kommissionen har således beskrivit distributionsföretagens och poolens verksamhet i Spanien utan att motivera varför distributionsföretagen i förevarande fall inte anses utgöra mellanhänder. Kommissionen har inte undersökt huruvida distributionsföretagen faktiskt gör någon vinst på denna verksamhet utöver den ersättning som fastställts genom reglerade avgifter som de uppstår för sina tjänster. Kommissionen har nämligen inte beaktat att det vederlag som distributionsföretagen uppstår för sina tjänster varje år fastställs i ett kungligt dekret där elavgifterna fastställs. Detta vederlag är oavhängigt av distributionsföretagens energiförsäljning och följaktligen av den mängd energi som de försetts med.

192 Distributionsföretagens transaktioner har inget mervärde för transaktionen, eftersom vederlaget för distributionsverksamheten har fastställts på förhand, innan och oberoende av företagets inköp och försäljning av energi. Transaktionerna är således neutrala för beräkningen av omsättningen. Att distributionsföretagen agerar mellanhänder framgår uttryckligen av artikel 4 i kungligt dekret 2017/1997 av den 26 december 1997 om organisationen och bestämmelserna för betalningsförfaranden för transportkostnader, distribution och försäljning enligt avgift, samt de löpande kostnaderna för systemet, diversifiering och försörjningstrygghet. En distributör som mottagit en reglerad avgift behåller således till skillnad från vad som sker inom den liberaliserade sektorn endast ersättningen för den tjänst han tillhandahåller, och återstoden av vad användaren betalat överförs till övriga aktörer. Om uppbördsunderskott uppstår skall producenten bära detta.

193 Vad avser motiveringen i beslutet att det är distributionsföretagen som bär den finansiella risken för utestående fordringar och därför inte kan anses agera mellanhänder, har Endesa påpekat att kommissionen har gjort en felaktig tolkning av de avgifter som Endesa tillhandahållit avseende denna fråga samt av begreppet mellanhand i punkt 13 i tillkännagivandet.

- 194 Sökanden har dels påpekat att distributionsföretagen inte bär någon finansiell risk för utestående fordringar som inte vägs upp av en komponent i avgifterna. Det föreskrivs nämligen en garantimekanism enligt det reglerade systemet (och inte ensidigt av aktören) som gör det möjligt att undvika sådana risker. Sökanden har vidare påpekat att frågan huruvida en finansiell risk föreligger gör det möjligt att skilja mellan agenter och självständiga kommissionärer. Kommissionen har utan rättslig grund tolkat begreppet mellanhand så att det endast är agenter som omfattas, trots att det bör hänföras till vilket slags verksamhet agenten utövar.
- 195 Att distributionsföretagen anses utgöra mellanhänder överensstämmer med vad som är sedvanligt inom energisektorn i Spanien. Det är tillräckligt att påpeka att även Gas Natural gör "pass through"-justeringar, inte bara i sina IAS/IFRS-räkenskaper, utan även i de räkenskaper som företaget upprättar i enlighet med spanska redovisningsstandarder. Kommissionen har således genom att avslå Endesas "pass through"-justering hindrat att företagets omsättning för distributionsverksamheten görs likvärdig med det förvärvande företagets motsvarande omsättning.
- 196 Endesa anser att vägran att beakta den föreslagna justeringen vidare bygger på en allvarlig brist i bedömningen av en omständighet som kommissionen slutligen ansett vara avgörande, vilket tar sig uttryck i maktmissbruk och en otillräcklig motivering. Endesa har konstaterat att kommissionen under slutskedet av förfarandet plötsligt ställt sig tveksam till denna fråga, trots att den inte tidigare begärt några förklaringar i detta avseende. Kommissionen visade sig närmare bestämt inte tveksam och begärde inte några förklaringar mellan den 19 september och den 8 november 2005, då kommissionen gav Endesa en tidsfrist på 24 timmar för att svara på en rad frågor som skulle vara avgörande för motiveringen av beslutet.
- 197 Sökanden anser vidare att kommissionens bedömning av justeringen är ofullständig med hänsyn till andra omständigheter och att motiveringen i beslutet är uppenbart motsägelsefull. Om distributionsbolagen inte anses agera mellanhänder måste det

undersökas huruvida en del av distributionstransaktionerna utgör transaktioner inom koncernen och särskilt huruvida samma transaktion har bokförts två gånger, eftersom den energi som Endesa Distribución distribuerar har förvärvats via poolen från Endesa Generación.

- 198 Endesa har i detta hänseende påpekat att kommissionen den 10 november 2005 muntligen begärde att sökanden skulle lämna förklaringar avseende denna aspekt av justeringen. Endesa betonade i två elektroniska meddelanden av den 11 och den 12 november 2005 att logiken bakom justeringen går utöver att utesluta vad som endast avser en transaktion inom koncernen samtidigt som den emellertid ger uppgifter om transaktioner inom koncernen. Kommissionen beaktade aldrig dessa meddelanden och uttalade sig inte angående denna fråga i beslutet.
- 199 Kommissionens bedömning är inkonsekvent i det att den i beslutet påstod att den inte skall uttala sig om de föreslagna justeringarna avseende faktureringen inom koncernen men ändå avslög ”pass through”-justeringen, som inkluderar en mycket väsentlig del av försäljningen inom koncernen. Vidare framhålls det i beslutet att eventuella transaktioner inom koncernen inte är väsentliga samtidigt som det påpekas att Endesa inte tillhandahållit uppgifter avseende dessas procentandel. Detta trots de ovannämnda elektroniska meddelandena som kommissionen inte beaktade.
- 200 Kommissionen har med stöd av intervenienterna gjort gällande att distributionsföretagen inte enbart agerar mellanhänder eller kommissionärer och att sökandens argument därför inte skall godtas.

— Förstainstansrättens bedömning

- 201 Sökanden har åberopat flera olika argument, avseende motiveringen och i sak, mot kommissionens vägran att utföra en justering av de berörda distributionsföretagens

intäkter för att utesluta de intäkter som uppburits i andras namn. Företaget har i huvudsak gjort gällande att eldistributionsföretagen enligt spansk rätt uppbär vissa belopp från sina kunder som sedan överförs till elproducenter och nätoperatörer och att dessa belopp således skall avräknas från intäkterna i Endesas räkenskaper, eftersom de inte härrör från ”de berörda företagens intäkter ... från försäljning av varor och tjänster inom ramen för företagets ordinarie verksamhet” i den mening som avses i artikel 5.1 i förordningen.

202 Vad för det första avser sökandens argument att kommissionen gjort en felbedömning genom att enbart grunda sig på att det inte föreskrivs någon justering för vidareföring i tillkännagivandet, skall det påpekas att sökanden inte har ifrågasatt tillkännagivandets lagenlighet. Sökanden har i stället hävdade att kommissionen tillskrivit tillkännagivandet en för långtgående räckvidd trots att det endast utgör ett tillämpningsdokument och att kommissionen skulle ha undersökt den föreslagna justeringen i enlighet med bestämmelserna i förordningen, som utgör den enda rättsliga grunden för beräkningen av omsättningen.

203 Förstainstansrätten erinrar i detta hänseende om att kommissionen är skyldig att tillämpa tillkännagivandet till den del det inte strider mot förordningen och att det i tillkännagivandet preciseras att vissa justeringar i undantagsfall skall göras under vissa omständigheter. Eftersom sökanden under det administrativa förfarandet har eftersträvat att förknippa de föreslagna justeringarna med de kategorier av justeringar som nämns i tillkännagivandet, kan kommissionen inte klandras för att i beslutet ha hänvisat till punkterna 7, 11 och 13 i tillkännagivandet för att tillbakavisa sökandens argument under det administrativa förfarandet med avseende på dessa punkter.

204 Förstainstansrätten erinrar vidare om att det visserligen anges i beslutet att det inte någonstans i tillkännagivandet hänvisas till begreppet ”vidareförda” belopp som härrör från företagets försäljning av varor och tjänster. Att det i tillkännagivandet inte föreskrivs att justeringar skall göras för vidareförda kostnader utgör dock inte det enda skälet till att kommissionen inte företagit denna justering. I beslutet

(punkterna 33 slutet, 34 och 35) har kommissionen nämligen även påpekat bland annat att de spanska eldistributionsföretagen inte kan likställas med företag som enbart agerar mellanhänder och vars omsättning endast består av den provision som de får ut. Skälet till detta är enligt kommissionen att eldistributionsföretagen inte endast är skyldiga att transportera el på sina distributionsnätverk utan även att tillhandahålla el till kunder som beslutat att vara kvar inom det reglerade systemet. Eldistributionen medför dessutom försäljning till slutkonsumenterna av varor som distributörerna förvärvat tidigare. Vidare måste utgifterna för elinköp anses utgöra kostnader för distributionsföretagen. Slutligen är det distributionsföretagen som står risken för att de slutliga kunderna inte betalar priset för levererad el och det är distributören som ansvarar för åsidosättande av skyldigheterna enligt de avtal som ingåtts med de slutliga kunderna.

205 Av detta följer att förstainstansrätten inte kan godta sökandens invändning att kommissionen gjort en oriktig bedömning genom att grunda sin bedömning enbart på att det inte föreskrivs någon "pass through"-justering i tillkännagivandet.

206 Vad för det andra avser invändningen att motiveringen är bristfällig, är det tillräckligt att hänvisa till punkterna 30–36 i beslutet där skälen för kommissionens avslag på "pass through"-justeringen anges som kortfattat sammanfattas ovan, för att fastställa att invändningen inte kan godtas.

207 Det skall vidare prövas huruvida kommissionen i beslutet hade skäl att anse att anledning saknades att företa "pass through"-justeringen.

208 Förstainstansrätten erinrar i detta hänseende för det första om att begreppet omsättning som används i artikel 5 i förordningen, såsom anges i punkt 9 i

tillkännagivandet, uttryckligen omfattar ”intäkter från försäljning av varor och tjänster”. Försäljningen som är en återspeglning av företagets verksamhet, är således huvudkriteriet för beräkning av omsättningen, vare sig det gäller varor eller tjänster.

209 Kraven på rättssäkerhet och snabbhet som gäller inom ramen för kontroll av koncentrationer innebär dessutom att både företagen och konkurrensmyndigheterna i princip skall kunna grunda sig på förutsägbara kriterier och omedelbart tillgängliga uppgifter. Under dessa omständigheter måste den omsättning som skall beaktas för att avgöra vilken myndighet som är behörig att pröva en koncentration i princip beräknas utifrån de offentliggjorda årsredovisningarna. Det är således endast i undantagsfall och när detta motiveras av särskilda omständigheter, som vissa justeringar skall företas för att bättre återspegla de berörda företagens ekonomiska verklighet.

210 Förstainstansrätten betonar vidare att artikel 5 i förordningen avser hela omsättningen och inte endast en del av denna. I tillkännagivandet ges möjlighet att i undantagsfall, under särskilda omständigheter, fastställa omsättningen på annat sätt än genom hänvisning till samtliga intäkter från försäljning av varor och tjänster. I detta avseende anges följande i punkt 13 i tillkännagivandet:

”På grund av tjänstesektorns komplexitet måste denna allmänna princip eventuellt anpassas till de särskilda förhållanden som gäller den tillhandahållna tjänsten. Inom vissa verksamhetssektorer (t.ex. turism och reklam) kan tjänsten säljas genom att andra leverantörer fungerar som mellanhänder. Eftersom sådana sektorer är så olikartade, kan många olika situationer uppkomma. Omsättningen för ett tjänsteföretag som fungerar som mellanhand kan t.ex. bestå endast av de provisionsbelopp det mottar.”

- 211 Förstainstansrätten erinrar först och främst om att denna punkt i tillkännagivandet avser en särskild kategori mellanhänder som endast omfattar tjänstesektorn och vars omsättning endast består av de provisionsbelopp som mottas. Det rör sig följaktligen om ett undantag från den allmänna regeln enligt vilken den relevanta omsättningen skall fastställas utifrån de totala försäljningsintäkterna. Begreppet mellanhand skall därför tolkas strikt.
- 212 Vidare har sökanden inte påstått att företagets verksamhet enligt spansk rätt utövas inom ramen för ett agent- eller kommissionärsavtal, eller något annat liknande avtal. Sökanden säljer således inte el till slutkonsumenterna för elproducenternas eller nätoperatörernas räkning eller i deras namn.
- 213 Eftersom Endesa inte anfört några rättsliga förhållanden som visar på motsatsen, skall det juridiska förhållandet mellan Endesa och slutkonsumenterna vidare antas utgöra ett elförsäljningskontrakt. Försäljningen består i en affärstransaktion som medför överföring av ägande.
- 214 Detsamma gäller avseende det rättsliga förhållandet mellan Endesa och den elproducent som levererar till företaget, vare sig detta sker via elbörsen OMEL eller på något annat sätt. I artikel 41.2 i den spanska lagen 54/1997 om elproduktions- och eldistributionssystemet föreskrivs att eldistributörerna bland annat har rätt att förvärva den el som är nödvändig för att säkra försörjningen till sina kunder och att ta ut en ersättning som motsvarar utövandet av distributionsverksamheten. I artikel 45.1 h i den spanska lagen föreskrivs att distributionsföretagen för leverans av elenergi är skyldiga att förvärva den energi som är nödvändig för deras verksamhet och att betala sina förvärv i enlighet med det betalningsförfarande som antagits för detta.

- 215 Med beaktande av dessa bestämmelser kan de argument som sökanden har framfört under den muntliga förhandlingen att distributören inte är ägare av energin, eftersom den omedelbart när producenten sätter energin i cirkulation i systemet kommer i kundens ägo, inte godtas. I artikel 11.4 i lag 54/1997 föreskrivs dessutom att om inte annat avtalats skall äganderätten av elenergin anses övergå vid den tidpunkt då den passerar in i köparens anläggningar.
- 216 Av detta följer att distributörernas verksamhet som bland annat består i att köpa el eller gas från sina leverantörer och att säkra distributionen av denna till slutkonsumenterna inte kan anses utgöra en tjänst som är begränsad till att tillhandahålla en vara för producenternas eller andra aktörers räkning. Endesa kan således inte från rättslig synpunkt anses agera enbart som mellanhand i den mening som avses i punkt 13 i tillkännagivandet. Endesa kan i princip inte heller omfattas av det undantag som anges där, eftersom intäkterna som det uppstår från distributionen faller inom ramen för företagets ordinarie verksamhet i den mening som avses i artikel 5.1 i förordningen. Justeringen i fråga motiveras följaktligen inte av den påstått särskilda karaktären av distributionsföretagens försäljningsverksamhet.
- 217 Vidare finns det inte någon särskild bestämmelse i artikel 20 i lag 54/1997 för att beakta särskilda förhållanden hos företag såsom sökanden. Artikel 20.2 tredje stycket har följande lydelse: "Bolag som har till ändamål att utföra reglerad verksamhet i enlighet med bestämmelserna i artikel 11.2 i denna lag, skall i sina räkenskaper redovisa separat för sådana intäkter och kostnader som enbart hänför sig till transportverksamhet, distributionsverksamhet och i förekommande fall marknadsförings- och försäljningsverksamhet till kunder till fastställt pris." Såsom kommissionen med fog har påpekat omfattar inte denna bestämmelse de spanska PCGA som är tillämpliga på kommissionärer.

- 218 Endesa har emellertid hävdad att kommissionen inte har undersökt huruvida distributionsföretagen verkligen gör någon vinst på denna verksamhet utöver den ersättning för deras tjänster som fastställs genom reglerade avgifter.
- 219 I detta hänseende påpekar förstainstansrätten inledningsvis att den omständigheten att ersättningen för distributionsverksamheten är mer eller mindre reglerad inte i sig är tillräcklig för att dra slutsatsen att distributörernas ersättning skall anses bestå endast av provision i den mening som avses i förordningen.
- 220 Endesa har emellertid hävdad att det uttryckligen framgår av artikel 4 i kungligt dekret 2017/1997 av den 26 december 1997 om organisationen och bestämmelserna för betalningsförfarandet för transportkostnader, distribution och saluföring enligt avgift, samt de löpande kostnaderna för systemet, diversifiering och försörjningstrygghet, att distributionsföretagen fungerar som mellanhänder.
- 221 Det framgår emellertid inte av denna bestämmelse att distributionsverksamheten utövas av en mellanhand. I denna artikel anges i synnerhet inte att ett distributionsföretag endast behåller ersättningen för den tjänst som företaget har utfört och att återstoden överförs till övriga aktörer. I artikeln har i stället en lista upprättats över utbetalningsbara intäkter och kostnader för tillämpningen av det kungliga dekretet.
- 222 När det gäller den av sökanden åberopade omständigheten att distributionsföretagens transaktioner inte tillför transaktionen något mervärde, påpekar förstainstansrätten liksom kommissionen gjort, att distributionen omfattar ett antal verksamheter utöver själva leveransen av energi. Distributören använder således därutöver sitt varumärke, tillhandahåller kunderna en komplett tjänst inklusive

kundtjänst, säkerhetsrekommendationer, inspektion av anläggningar, avläsning av energiförbrukning, fakturering och inkassering. Att en sektor är reglerad innebär inte heller på något sätt en ekonomisk fiktion där distributionen varken har mervärde eller genererar några intäkter.

- 223 Vad gäller sökandens argument, dels att distributionsföretagens vederlag fastställs för varje år oberoende av inköp och försäljning av energi, dels att dessa företag inte bär någon risk för utestående fordringar, påpekar förstainstansrätten att de olika komponenterna av vederlaget för distributionsverksamheten fastställs i artikel 15 i kungligt dekret 2819/1998 avseende regleringen av transport- och distributionsverksamheten av elenergi. Dessa inkluderar vederlag för investeringskostnader och kostnader för användning och underhåll av anläggningar, energitransportkostnader, kostnader för den modell som utmärker distributionsområdena, incitamentkostnaderna för leverans kvalitet och minskning av energiförluster samt andra nödvändiga kostnader för utövandet av distributionsverksamheten, inklusive kostnader för förvaltningsorganisationen.
- 224 Eftersom en av komponenterna i vederlaget för distributionsverksamheten är energitransportkostnaden, kan inte sökandens påstående att distributionsföretagens vederlag är helt oberoende av energiförsäljningen, och följaktligen av den mängd energi som levereras till företaget, godtas.
- 225 Även om det totala vederlaget för distributionsverksamheten enligt artikel 20 i kungligt dekret 2819/1998 beräknas årligen på förhand, måste distributörerna emellertid bära risken för sin egen förvaltning, i synnerhet avseende sina efterfrågeprognoser. En distributör köper nämligen el från poolen till marknadspris. Som framgår av artikel 4 e i kungligt dekret 2017/1997 grundas dock distributörens ersättning på det vägdade genomsnittliga priset. Vid ersättning för kostnaderna för energiförvärv enligt bilaga I.6 till kungligt dekret 2017/1997 är det således inte den kostnad som distributören faktiskt erlagt på marknaden som hänförs till denne utan det vägdade genomsnittliga priset för distributörernas inköp av energi under utbetalningsperioden. En distributör som betalar ett pris som ligger över det

genomsnittliga förlorar följaktligen mellanskillnaden, eftersom hans verkliga kostnad är högre än den ersättning han faktiskt uppbär. En distributör som betalar ett pris som ligger under det genomsnittliga uppbär däremot en extra vinst. Härav följer, såsom sökanden för övrigt har medgett i sitt svar på en skriftlig fråga från förstainstansrätten, att det gällande systemet endast teoretiskt sett tillförsäkrar ersättning för distributionsverksamheten och att den faktiska ersättningen beror på distributörernas effektivitet vid inköpen av energi.

226 Vad vidare gäller distributörernas försäljning av el till slutkonsumenterna, skall det påpekas att sökanden inte har visat att påståendet i skäl 35 i beslutet att det är distributionsbolagen som står risken för att slutkunderna inte betalar det (reglerade) priset för leverans av el är felaktigt. Även om det är riktigt att det finns en mekanism som till viss del tillåter att hänsyn tas till risken för utebliven betalning allmänt sett, är det emellertid distributören som står risken för utebliven betalning. Detta framgår av artikel 4 a sista meningen i kungligt dekret 2017/1997 där det föreskrivs att "under betalningsförfarandet beaktas de intäkter som framgår av faktureringsuppgifterna, oberoende av huruvida dessa uppburits". Då denna bestämmelse hänvisar till fakturering och inte till de belopp som faktiskt uppburits, måste distributionsföretagen anses bära risken för att kunden inte betalar en faktura.

227 Att det i artikel 79.7 i kungligt dekret 1955/2000 avseende regleringen av transport-, distributions-, saluförings- och leveransverksamheten, samt förfarandena för godkännande av elenergianläggningar, föreskrivs att elföretagen kan kräva att en garanti lämnas, föranleder inte förstainstansrätten att göra någon annan bedömning i detta avseende. Garantibeloppet begränsas nämligen till en månadsfakturering om 50 timmars användning av installerad effekt. Vidare föreskrivs enligt denna bestämmelse även att vissa slags konsumenter i bestämda geografiska områden kan undantas från att lämna en sådan garanti. Slutligen kan garantin enligt övergångsbestämmels. 6 i det kungliga dekretet inte uppbäras från konsumenter som redan mottog leveranser till en reglerad avgift när dekretet trädde i kraft. Såsom

kommissionen har påpekat, vilket inte har bestritts av sökanden på denna punkt, hade de allra flesta konsumenter av el till en reglerad avgift tecknat sina elleveransavtal före år 2000. Av detta följer att garantierna endast täcker en begränsad del av risken för utebliven betalning.

228 När det gäller att distributionsföretagen anses utgöra mellanhänder enligt praxis inom energisektorn i Spanien, har det, även om denna omständighet inte är avgörande, framgått, till följd av förstainstansrättens skriftliga fråga och parternas yttranden under förhandlingen, att det inte råder enhällighet mellan företagen inom branschen avseende användningen av "pass through"-justeringen.

229 Vad slutligen gäller sökandens påstående att vägran att beakta "pass through"-justeringen bygger på en allvarlig brist i bedömningen vilket tar sig uttryck i maktmissbruk och en otillräcklig motivering i det att kommissionen under slutskedet av förfarandet plötsligt ställt sig tveksam till denna justering, trots att den inte tidigare hade begärt några förklaringar från Endesa i detta avseende, är det tillräckligt att påpeka att den omständigheten att viss information samlats in i slutskedet av förfarandet inte i sig medför att beslutet är rättsstridigt. Att ärendet är komplicerat kan vidare motivera att kommissionen försöker få viss ytterligare information även i slutet av förfarandet efter det att den fått en mer ingående kännedom om sammanhanget. Förstainstansrätten konstaterar vidare att kommissionens begäran om uppgifter av den 28 september 2005 i vart fall redan innehöll ett antal frågor avseende ett eventuellt uteslutande av vissa intäkter som uppburits i Spanien (frågorna 2 och 3) och att sökanden i sitt svar gjort vissa klarlägganden avseende "pass through"-justeringen (skrivelse av den 5 oktober 2005).

230 Av vad som anförts följer att sökandens argument som framförts till stöd för invändningen avseende underlåtenheten att beakta "pass through"-justeringen inte kan godtas.

- 231 Under dessa förhållanden konstaterar förstainstansrätten att det inte är nödvändigt att pröva huruvida påståendet som sökanden gjort gällande i andra hand, enligt vilket det även om distributionsföretagen inte anses fungera som mellanhänder måste utredas huruvida en del av distributionstransaktionerna utgörs av transaktioner inom koncernen, är välgrundat. Det framgår nämligen av sökandens svar på förstainstansrättens skriftliga fråga att den motsvarande justeringen uppgår till 1 510 miljoner euro. Det framgår av handlingarna i målet att även om alla andra justeringar som sökanden har föreslagit godtogs och alla ”kontrajusteringar” som Gas Natural har föreslagit avlogs, skulle detta belopp vara otillräckligt för att koncentrationen skulle anses ha en gemenskapsdimension.
- 232 Mot bakgrund av dessa överväganden kan talan inte vinna bifall på den fjärde grundens första del.
- 233 Eftersom ”pass through” justeringen i vilket fall som helst är nödvändig för att koncentrationen skall anses ha en gemenskapsdimension är det inte heller nödvändigt att undersöka den andra delgrunden avseende handel med gas.
- 234 Härav följer att talan inte kan vinna bifall på den fjärde grunden.

Den femte grunden: Åsidosättande av kriterierna i tillkännagivandet, bristande bedömning, bristande motivering och maktmissbruk

Parternas argument

- 235 Endesa anser att beslutet, av de anledningar som nämns i andra, tredje och fjärde grunderna för ogiltigförklaring samt på grund av att beslutet är behäftat med förfarandefel, skall ogiltigförklaras, utan att det är nödvändigt att ta ställning till

kommissionens uppenbart oriktiga bedömning av övriga föreslagna justeringar. Sökanden har påpekat att företaget, med beaktande av dess begäran att talan skall handläggas skyndsamt, endast gjort gällande att beslutet är bristfälligt motiverat i detta hänseende.

- 236 Endesa har kritiserat kommissionens tillvägagångssätt att avslå flera av justeringarna genom att hävda att det inte finns någon uttrycklig rättslig grund för dessa i tillkännagivandet samt för att ha undersökt vissa justeringar men inte andra.
- 237 Vad avser förstnämnda fråga har kommissionen även bortsett från att det är artikel 5 i förordningen och inte tillkännagivandet som utgör rättslig grund för beräkning av omsättningen. Att endast anse att sådana justeringar kan beaktas som föreskrivs i tillkännagivandet eller under de förutsättningar som anges där, utan att fråga sig huruvida justeringarna är förenliga med förordningen, utgör enligt sökanden en uppenbart felaktig bedömning.
- 238 Vad gäller den andra frågan anser Endesa att kommissionen borde ha förklarat utifrån vilka kriterier den valt att bedöma vissa och inte andra justeringar. Motiveringen i punkt 70 i beslutet, enligt vilken "kommissionen anser ... att det inte är nödvändigt att ta ställning till denna punkt, eftersom koncentrationen inte skulle ha en gemenskapsdimension ens om justeringarna godtogs", kan inte accepteras, eftersom samma motivering skulle kunna göras avseende flera andra justeringar av mindre vikt men som ändå undersökts.
- 239 Endesa har åberopat andra omständigheter som tillsammans utgör klara och entydiga tecken på maktmissbruk. Det är enligt sökanden till exempel minst sagt märkligt att kommissionen inte prövat någon av de justeringar som Gas Natural föreslagit, med undantag endast för "icke-konsoliderade företag" i koncernen, vilket,

om än på ett obetydligt sätt, är till Gas Naturals fördel. Ännu mer betydelsefullt är att kommissionen har underlåtit att nämna ett annat icke-konsoliderat företag i beslutet (Ergon Energía) som Endesa har omtalat i sitt svar på kommissionens begäran om upplysningar av den 4 november 2005. Om hänsyn togs till alla icke-konsoliderade företag skulle detta tala för att transaktionen hade en gemenskapsdimension. Motiveringen till frågan avseende Endesas ytterligare inkomster i Italien (punkterna 60–64 i beslutet) är lika förvånande. Kommissionen gjorde anspelningar avseende två poster men uttalade sig inte om vilken som är viktigast ekonomiskt sett.

240 Endesa har hävdad att en noggrann läsning av beslutet tyder på att kommissionen haft som enda mål att begränsa risken för att förstainstansrätten skall ogiltigförklara beslutet, trots att det åligger kommissionen att tillämpa bestämmelserna om behörighet och, i synnerhet, att redogöra för skälen till varför den avslagit de föreslagna justeringarna.

241 Sökanden har hävdad att kommissionens försummelse av sin skyldighet att fastställa sin behörighet utgör maktmissbruk som dessutom innebär att kommissionen åsidosatt rätten till försvar på grund av bristfällig motivering, trots att sökanden samarbetade aktivt under hela det administrativa förfarandet genom att lämna en rad uppgifter som kommissionen begärt.

242 Tidsfristen på 24 timmar som sattes ut för Endesas svar på en begäran om upplysningar som skickades 50 dagar efter det att förfarandet inletts och som skulle vara avgörande för beslutets motivering är ännu ett tecken på maktmissbruk och utgör dessutom ett åsidosättande av rätten till försvar.

- 243 Mot bakgrund av ovanstående omständigheter, och i synnerhet av att valet av vilka justeringar som prövades är oberättigat och motiveringen bristfällig, samt med beaktande av företagets argument avseende dess två huvudsakliga anmärkningar (dels vad gäller redovisningsstandarderna, dels rörande ”pass through”-justeringen och justeringen avseende handeln med gas), anser Endesa inte att det är nödvändigt att vidare utveckla sina argument mot bedömningen av de olika justeringarna som undersöktes i punkterna 37–72 i beslutet.
- 244 Kommissionen har med stöd av intervenienterna hävdats att denna grund består av olika argument som i huvudsak begränsats till att uttrycka sökandens förvåning inför vissa aspekter av beslutet och vars enda syfte förefaller vara att tillse att invändningar skall anses ha rests mot bedömningen av de justeringar som inte uttryckligen har bestritts. Kommissionen har hävdats att det inte finns stöd för denna kritik som inte hänför sig till någon viss punkt i beslutet. Kommissionen anser följaktligen att grunden inte kan tas upp till prövning, eftersom den inte uppfyller formkraven enligt artikel 44 i rättegångsreglerna. Den har tillagt att även om de påstådda felaktigheterna var riktiga, utgör dessa inte bevis för maktmissbruk.

Förstainstansrättens bedömning

- 245 Sökanden har inom ramen för denna grund framställt en rad olika argument avseende övriga justeringar som avslagits i beslutet, de justeringar som kommissionen inte uttalat sig om i beslutet, och tidsfristen för att besvara begäran om upplysningar. Sökanden har slutligen gjort gällande maktmissbruk.
- 246 Vad inledningsvis avser undersökningen av övriga föreslagna justeringar som prövats i beslutet, har sökanden begränsat sig till att göra gällande att kommissionen avslagit dessa uteslutande med anledning av att de inte omnämns i tillkännagivandet.

- 247 Förstainstansrätten har visserligen, såsom kommissionen har påpekat, redan fått tillfälle att slå fast att en skyndsam handläggning, utan någon andra omgång med skriftliga inlagor, förutsätter att sökandens argument är klara och slutgiltigt fastställda redan i den ursprungliga ansökan (domen i det ovan i punkt 93 nämnda målet EDP mot kommissionen, punkt 183). I förevarande fall kan invändningen emellertid prövas i den mån den, även om den är väldigt kortfattad och knapphändigst understödd, kan förstås så att den avser att kommissionen har begått ett fel då den ansåg att endast de justeringar som omnämns i tillkännagivandet kan prövas, utan att undersöka huruvida de var förenliga med bestämmelserna i förordningen.
- 248 Invändningen kan emellertid inte godtas. En undersökning av beslutet visar nämligen, i motsats till vad sökanden har hävdad, att kommissionen inte avlog någon av justeringarna i fråga enbart av den anledningen att de inte uttryckligen omnämns i tillkännagivandet.
- 249 Att de justeringar avslagits som avses i punkterna 41–44 i beslutet grundas inte på tillkännagivandet utan på den omständigheten att de inte har reviderats eller att de är ogrundade (punkt 44 i beslutet). Vad gäller justeringen som bedöms i punkterna 45–50 i beslutet har någon hänvisning inte heller gjorts till tillkännagivandet. Vidare har justeringen som undersöks i punkterna 51–55 i beslutet avslagits med anledning av att den rör kostnader som elföretaget har för att hålla sig verksamt på marknaden och slutsatsen hänvisar till artikel 5.1 i förordningen. Justeringen som undersöks i punkterna 56 och 57 i beslutet har avslagits eftersom överföringen av tillgångarna i fråga ur redovisningssynpunkt i sig skall anses som en intäkt vare sig de överförda tillgångarna är inkomstskapande i sig eller inte. Kommissionen har vidare ansett att denna slags verksamhet är vanlig, eller åtminstone inte exceptionell. Slutsatsen hänvisar även här till artikel 5.1 i förordningen. Sökandens kritik vad avser justeringen som undersöks i punkterna 58 och 59 är inte heller välgrundad. I dessa punkter anges att Endesa inte har visat tillräckligt tydligt att inkomsterna i fråga verkligen avsåg tidigare år. Sökandens kritik avseende justeringen som undersöks i punkterna 60–64 i beslutet som har avslagits med stöd av försiktighetsprincipen och

förordningen själv är inte heller grundad. Även vad slutligen gäller den justering som undersöks i punkterna 65–68 i beslutet hänvisar kommissionens slutsats till artikel 5 i förordningen.

- 250 Av detta följer att sökandens invändning avseende de övriga justeringar som avslagits i beslutet inte kan godtas.
- 251 Sökanden kan för övrigt inte förbehålla sig rätten att senare anföra nya grunder eller argument. Beslutet skall följaktligen anses vara slutgiltigt vad gäller de övriga justeringar som Endesa föreslagit och som kommissionen har analyserat i beslutet.
- 252 Vad avser invändningen beträffande de justeringar som kommissionen inte har tagit ställning till, har sökanden hävdatt att kommissionen skulle ha förklarat utifrån vilka kriterier den valt att analysera vissa och inte andra justeringar. Sökanden anser att detta val är fullständigt omotiverat och leder till att beslutet saknar grund för det fall att förstainstansrätten bifaller talan på en av, eller på båda, huvudgrunderna, avseende vilka redovisningsstandarder som skall tillämpas respektive "pass through"-justeringen och justeringen avseende handeln med gas.
- 253 Denna invändning kan inte godtas. Det är nämligen utrett att koncentrationen inte skulle ha en gemenskapsdimension även om alla justeringar godtogs som kommissionen inte har tagit ställning till. Detta skulle nämligen kunna komma i fråga endast om antingen de IFRS-räkenskaper som sökanden upprättat eller de två justeringarna avseende vidareföring och handeln med gas också godtogs. Eftersom kommissionen i beslutet avsåg både IFRS-räkenskaperna och de två justeringarna fanns det följaktligen ingen anledning för den att undersöka övriga justeringar som Endesa föreslagit.

- 254 Sökanden kan inte heller klandra kommissionen för bristande motivering i detta avseende. Motiveringsskyldigheten innebär nämligen, i synnerhet inom ramen för kontroll av koncentrationer som kräver att beslut fattas skyndsamt, inte att kommissionen måste ta ställning till justeringar som inte skulle medföra någon ändring även om de godtogs, i den mån det redan framgår med tillräcklig säkerhet av de justeringar som redan avslagits att koncentrationen inte har en gemenskapsdimension.
- 255 Av samma skäl kan vare sig argumentet att kommissionen inte har utvärderat någon av justeringarna som Gas Natural föreslagit (med undantag för den som är till nackdel för Endesa) eller argumentet avseende icke-konsoliderade bolag, i synnerhet Ergon Energia, godtas. Skälet till att kommissionen godtog en av de justeringar Gas Naturals föreslog är att sökanden själv medgav att denna var välgrundad. Slutligen är sökandens kritik att kommissionen inte har undersökt Gas Naturals föreslagna justeringar meningslös, eftersom "kontrajusteringarna" som Gas Natural föreslagit skulle leda till att öka andelen av sökandens omsättning i Spanien.
- 256 Vad avser sökandens påstående att en noggrann läsning av beslutet tyder på att kommissionen haft som enda mål att begränsa risken för att förstainstansrätten skall ogiltigförklara beslutet, är det tillräckligt att påpeka att kommissionen inte med framgång kan klandras för att förvissa sig om lagenligheten av sina beslut så att de inte ogiltigförklaras av förstainstansrätten.
- 257 Vad avser invändningen att sökanden gavs en tidsfrist på endast 24 timmar för att svara på en begäran om upplysningar som skickades 50 dagar efter att förfarandet inletts och som skulle vara avgörande för beslutets motivering, är det tillräckligt att påpeka att sökanden inte begärde någon förlängning av fristen och svarade inom föreskriven tid.

- 258 Vad slutligen avser invändningen avseende maktmissbruk skall det påpekas att en rättsakt innebär maktmissbruk endast om det på grundval av objektiva, relevanta och samstämmiga uppgifter kan antas att den har antagits uteslutande, eller åtminstone huvudsakligen, för att uppnå andra mål än dem som angivits eller för att kringgå ett förfarande som särskilt föreskrivs i fördraget för att bemöta svårigheter i det enskilda fallet (domstolens dom av den 21 juni 1984 i mål 69/83, Lux mot revisionsrätten, REG 1984, s. 2447, punkt 30, av den 13 november 1990 i mål C-331/88, Fedesa m.fl., REG 1990, s. I-4023, punkt 24, av den 13 juli 1995 i mål C-156/93, parlamentet mot kommissionen, REG 1995, s. I-2019, punkt 31, av den 14 maj 1998 i mål C-48/96 P, Windpark Groothusen mot kommissionen, REG 1998, s. I-2873, punkt 52, och av den 22 november 2001 i mål C-110/97, Nederländerna mot rådet, REG 2001, s. I-8763, punkt 137). Det finns inte någon grund för någon av de brister eller något av de fel som sökanden har gjort gällande, vare sig inom ramen för denna grund eller för de andra grunderna som åberopats till stöd för talan. Invändningen kan således inte godtas. Även om det antogs att de påstådda felen förelegat kan de under alla omständigheter inte utgöra bevis för maktmissbruk.
- 259 Talan kan således inte vinna bifall på den femte grunden.
- 260 Av vad som har anförts ovan följer att talan skall ogillas.

Rättegångskostnader

- 261 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen och intervenienterna har yrkat att sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökanden har tappat målet skall den bära sin rättegångskostnad och ersätta kommissionens och Gas Naturals rättegångskostnader, inbegripet kostnaderna i samband med det interimistiska förfarandet.

262 Med tillämpning av artikel 87.4 i rättegångsreglerna skall medlemsstater som har intervenerat i målet bära sina rättegångskostnader. Följaktligen skall Konungariket Spanien bära sin rättegångskostnad.

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen)

följande:

- 1) **Talan ogillas.**
- 2) **Sökanden skall bära sin rättegångskostnad samt de rättegångskostnader som har uppkommit för kommissionen och Gas Natural SDG, SA, inbegripet rättegångskostnaderna i samband med det interimistiska förfarandet.**
- 3) **Konungariket Spanien skall bära sin rättegångskostnad.**

Jaeger

Tiili

Czúcz

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 14 juli 2006.

E. Coulon

M. Jaeger

Justitiesekreterare

Ordförande

Innehållsförteckning

Tillämpliga bestämmelser	II - 2543
Förordningarna om kontroll av företagskoncentrationer	II - 2543
Bestämmelser avseende bolagsredovisning	II - 2548
Tillkännagivande om beräkning av omsättning	II - 2551
Bakgrund till tvisten	II - 2552
Förfarandet	II - 2556
Parternas yrkanden	II - 2559
Rättslig bedömning	II - 2560
Den första grunden: Förfarandefel	II - 2561
Den första delgrunden: Besluten avseende begäran om hänskjutande antogs innan beslutet fattades	II - 2561
— Parternas argument	II - 2561
— Förstainstansrättens bedömning	II - 2562
Den andra delgrunden: Avsaknad av insyn och åsidosättande av rätten till försvar	II - 2565
— Parternas argument	II - 2565
— Förstainstansrättens bedömning	II - 2566
Den tredje delgrunden: Det nationella förfarandet vilandeförklarades inte	II - 2568
— Parternas argument	II - 2568
— Förstainstansrättens bedömning	II - 2570
Den andra grunden: Omkastning av bevisbördan och bristfällig motivering	II - 2571
Parternas argument	II - 2571
Förstainstansrättens bedömning	II - 2573
	II - 2625

Den tredje grunden: Underlåtenhet att beakta de räkenskaper som upprättats i enlighet med IAS/IFRS-redovisningsstandarderna	II - 2580
Den första delgrunden: Underlåtenhet att beakta IAS/IFRS-standarderna såsom enda gällande redovisningsstandarder	II - 2581
— Parternas argument	II - 2581
— Förstainstansrättens bedömning	II - 2582
Den andra delgrunden: IAS/IFRS-redovisningsstandardernas överlägsenhet ...	II - 2585
— Parternas argument	II - 2585
— Förstainstansrättens bedömning	II - 2587
Den tredje delgrunden: Felaktig rättstillämpning och uppenbart oriktiga bedömningar som påverkade att de avstämda räkenskaperna avvisades	II - 2591
— Parternas argument	II - 2591
— Förstainstansrättens bedömning	II - 2598
Den fjärde grunden: Avslag på "pass through"-justeringen och justeringen avseende handel med gas	II - 2602
— Parternas argument	II - 2603
— Förstainstansrättens bedömning	II - 2606
Den femte grunden: Åsidosättande av kriterierna i tillkännagivandet, bristande bedömning, bristande motivering och maktmissbruk	II - 2616
Parternas argument	II - 2616
Förstainstansrättens bedömning	II - 2619
Rättegångskostnader	II - 2623