

RETTENS DOM (Tredje Afdeling)

14. juli 2006 *

I sag T-417/05,

Endesa, SA, Madrid (Spanien), ved advokaterne J. Flynn, QC, solicitor S. Baxter, M. Odriozola Alén, M. Muñoz de Juan, M. Merola, J. García de Enterría Lorenzo-Velázquez og J. Varcárcel Martínez,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved F. Castillo de la Torre, É. Gippini Fournier, A. Whelan og M. Schneider, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

støttet af:

Kongeriget Spanien ved abogado del Estado N. Díaz Abad,

* Processprog: spansk.

og af

Gas Natural SDG, SA, Barcelona (Spanien), ved advokaterne F. González Díaz,
J. Jiménez de la Iglesia og A. Leis García,

intervenienter,

hvor der er nedlagt påstand om annullation af Kommissionens beslutning af
15. november 2005, hvorved det blev fastslået, at fusionen ikke havde fællesskabs-
dimension (sag COMP/M.3986 — Gas Natural/Endesa),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Jaeger, og dommerne V. Tiili og O. Czúcz,

justitssekretær: ekspeditionssekretær J. Palacio González,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 9. marts 2006,

afsagt følgende

Dom

Retsforskrifter

Forordninger om kontrol med fusioner

- ¹ Artikel 1 i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT L 24, s. 1) (herefter »forordningen«) bestemmer:

»1. Denne forordning finder anvendelse på alle fusioner med fællesskabsdimension som defineret i denne artikel, jf. dog artikel 4, stk. 5, og artikel 22.

2. En fusion har fællesskabsdimension, når

- a) alle de deltagende virksomheder tilsammen har en samlet omsætning på verdensplan, der overstiger 5 mia. EUR og

- b) mindst to af de deltagende virksomheders samlede omsætning i Fællesskabet hver især overstiger 250 mio. EUR,

medmindre hver af de deltagende virksomheder har over to tredjedele af deres samlede omsætning på fællesskabsplan i én og samme medlemsstat.

[...]«

- 2 Forordningens artikel 5, som vedrører »[b]eregning af omsætningen«, bestemmer:

»1. Den i denne forordning omhandlede samlede omsætning omfatter de deltagende virksomheders provenu fra salg af varer og præstering af tjenesteydelser i sidste regnskabsår i forbindelse med deres ordinære drift, med fradrag af prisnedslag herpå samt af merværdiafgift og anden skat, der er direkte forbundet med salget. Den samlede omsætning i en af de deltagende virksomheder omfatter ikke salg af varer og tjenesteydelser mellem nogen af de virksomheder, der er omhandlet i stk. 4.

I omsætningen henholdsvis på fællesskabsplan og i en medlemsstat medregnes provenuet af salg af varer og tjenesteydelser til virksomheder eller forbrugere henholdsvis i Fællesskabet og i denne medlemsstat.

[...]«

3 Forordningens artikel 19 bestemmer:

»1. Kommissionen sender inden tre arbejdsdage medlemsstaternes kompetente myndigheder kopi af anmeldelser og hurtigst muligt kopi af de vigtigste dokumenter, som indsendes til Kommissionen eller udstedes af denne i henhold til denne forordning [...]

2. Kommissionen gennemfører de i denne forordning nævnte procedurer i snæver og vedvarende forbindelse med medlemsstaternes kompetente myndigheder, som har ret til at fremsætte deres bemærkninger til procedurerne [...]«

4 Forordningens artikel 21 bestemmer:

»2. Med forbehold af Domstolens prøvelsesret har alene Kommissionen beføjelse til at vedtage de i denne forordning omhandlede beslutninger.

3. Medlemsstaterne anvender ikke deres nationale konkurrencelovgivning på fusioner af fællesskabsdimension.«

5 Forordningens artikel 22 bestemmer:

»1. En eller flere medlemsstater kan anmode Kommissionen om at behandle enhver fusion som defineret i artikel 3, der ikke har fællesskabsdimension som omhandlet i artikel 1, men som påvirker samhandelen mellem medlemsstater, og hvor der er fare

for, at den vil påvirke konkurrencen betydeligt i den medlemsstat eller de medlemsstater, der har fremsat anmodningen.

En sådan anmodning fremsættes senest 15 arbejdsdage efter den dato, hvor fusionen blev anmeldt, eller, hvis den ikke er anmeldelsespligtig, efter den dato, hvor den pågældende medlemsstat på anden vis blev gjort bekendt med den.

2. Kommissionen underretter omgående medlemsstaternes kompetente myndigheder og de deltagende virksomheder om enhver anmodning modtaget i henhold til stk. 1.

Enhver anden medlemsstat har ret til at slutte sig til den oprindelige anmodning inden for en frist på 15 arbejdsdage efter at være blevet underrettet af Kommissionen om den oprindelige anmodning.

Alle nationale tidsfrister vedrørende fusionen suspenderes, indtil det efter proceduren i denne artikel er besluttet, hvor fusionen skal undersøges. Så snart en medlemsstat har underrettet Kommissionen og de deltagende virksomheder om, at den ikke ønsker at slutte sig til anmodningen, hæves suspensionen af dens nationale tidsfrister.

3. Kommissionen kan inden for en frist på ti arbejdsdage efter udløbet af den i stk. 2 fastsatte frist beslutte at behandle en fusion, hvis den vurderer, at fusionen påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne, og at der er fare for, at den vil påvirke konkurrencen betydeligt i den eller de medlemsstater, der har fremsat anmodningen. Træffer Kommissionen ikke beslutning inden for denne frist, anses den for at have besluttet at behandle fusionen i overensstemmelse med anmodningen.

Kommissionen underretter samtlige medlemsstater og de deltagende virksomheder om sin beslutning. Den kan kræve anmeldelse i overensstemmelse med artikel 4.

Den eller de medlemsstater, der har fremsat anmodningen, ophører med at anvende deres nationale konkurrencelovgivning på fusionen.

[...]«

- 6 Artikel 17, stk. 3, i Kommissionens forordning (EF) nr. 802/2004 af 7. april 2004 om forordningens gennemførelse (EUT L 133, s. 1) bestemmer:

»Retten til aktindsigt omfatter ikke fortrolige oplysninger eller Kommissionens eller medlemsstaternes kompetente myndigheds interne arbejdsdokumenter. Retten til aktindsigt omfatter heller ikke korrespondance mellem Kommissionen og medlemsstaternes kompetente myndigheder eller mellem sidstnævnte indbyrdes.«

- 7 Artikel 1 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1606/2002 af 19. juli 2002 om anvendelse af internationale regnskabsstandarde (EFT L 243, s. 1) bestemmer:

»Formålet med denne forordning er vedtagelse og anvendelse af internationale regnskabsstandarde i Fællesskabet med henblik på at harmonisere de i artikel 4 anførte selskabers finansielle oplysninger for at opnå en høj grad af gennemsigtighed

og sammenlignelighed i forbindelse med årsregnskaber og at sikre, at Fællesskabets kapitalmarked og det indre marked fungerer effektivt.«

Bestemmelser om selskabsregnskaber

- 8 Artikel 4 i forordning nr. 1606/2002, hvilken bestemmelse vedrører »koncernregnskaber for børsnoterede selskaber«, bestemmer:

»For hvert regnskabsår, der starter den 1. januar 2005 eller senere, udarbejder selskaber, der reguleres af en medlemsstats lovgivning, deres koncernregnskaber i overensstemmelse med de internationale regnskabsstandarder, der vedtages efter proceduren i artikel 6, stk. 2, hvis deres værdipapirer på balancetidspunktet omsættes på et reguleret marked i en medlemsstat som defineret i artikel 1, nr. 13, i Rådets direktiv 93/22/EØF af 10. maj 1993 om investeringservice i forbindelse med værdipapirer.«

- 9 Kommissionens forordning (EF) nr. 1725/2002 af 29. september 2003 om vedtagelse af visse internationale regnskabsstandarder i overensstemmelse med forordning nr. 1606/2002 (EFT L 261, s. 1) bestemmer:

»Artikel 1

De internationale regnskabsstandarder, der er anført i bilaget, vedtages hermed.

[...]«

- 10 Den internationale regnskabsstandard IAS 18 vedrørende »Omsætning«, som er indeholdt i bilaget til forordning nr. 1725/2003, bestemmer:

»Definitioner

7. Nedenstående udtryk anvendes i denne standard med følgende betydning:

Omsætning er bruttotilgangen af økonomiske fordele i regnskabsåret, der opstår som led i en virksomheds ordinære drift, når disse tilgange resulterer i vækst i egenkapitalen, bortset fra forøgelser som følge af indbetalinger fra ejere.

Dagsværdi er det beløb, et aktiv kan omsættes til, eller en forpligtelse kan indfries til, ved en handel mellem kvalificerede, villige, indbyrdes uafhængige parter.

8. Omsætning omfatter udelukkende bruttotilgang af modtagne eller tilgodehavende økonomiske fordele til virksomheden for egen risiko og vinding. Beløb, der opkræves på vegne af tredjepart, eksempelvis salgsafgifter, afgifter på varer og tjenesteydelser og merværdiafgifter, er ikke økonomiske fordele, som tilgår virksomheden, og medfører ikke vækst i egenkapitalen. Derfor udelades de fra omsætningen. Ligeledes omfatter bruttotilgangen af økonomiske fordele i et agenturforhold beløb inddrevet på vegne af agenturgiver, og medfører ikke vækst i virksomhedens egenkapital. Beløb inddrevet på vegne af agenturgiver er ikke omsætning. I stedet udgøres omsætningen af provisionsbeløbet.»

- 11 Kommissionens forordning (EF) nr. 707/2004 af 6. april 2004 om ændring af forordning nr. 1725/2003 (EUT L 111, s. 3) bestemmer:

»Artikel 1

Bilaget til forordning (EF) nr. 1725/2003, SIC-8: Førstegangsanvendelse af IAS som det primære grundlag for regnskabsaflæggelse, erstattes af teksten i bilaget til nærværende forordning.

Artikel 2

Denne forordning træder i kraft på tyvendedagen for offentliggørelsen i *Den Europæiske Unions Tidende*.

[...]«

- 12 Bilaget til forordning nr. 707/2004, hvis overskrift er »IFRS 1: Førstegangsanvendelse af International Financial Reporting Standards«, indeholder følgende bestemmelser:

»36. For at overholde IAS 1 Præsentation af årsregnskaber skal en virksomheds første IFRS-årsregnskab indeholde mindst ét års sammenligningstal i henhold til IFRS-standarderne.

[...]

47. En virksomhed skal anvende denne IFRS, hvis virksomhedens første IFRS-årsregnskab dækker en periode, der begynder den 1. januar 2004 eller derefter. Det tilskyndes, at standarden anvendes før dette tidspunkt [...]

Meddelelse om beregning af omsætning

- 13 Punkt 26 i Kommissionens meddelelse om beregning af omsætning efter Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT 1998 C 66, s. 25) (herefter »meddelelsen«) bestemmer:

»Kommissionen søger at anvende de mest nøjagtige og pålidelige tal, der foreligger, og vil derfor generelt lægge reviderede eller andre endelige regnskaber til grund. I tilfælde, hvor der konstateres større forskelle mellem de regnskabsstandarde, der anvendes i EF, og dem, der anvendes i et land uden for EF, kan Kommissionen dog finde det nødvendigt at genopstille disse regnskaber i overensstemmelse med EF-standarden med hensyn til omsætningen. Kommissionen er under alle omstændigheder tilbageholdende med at anvende interne regnskaber eller enhver anden form for foreløbige regnskaber, medmindre der er tale om ekstraordinære omstændigheder (jf. næste punkt). Hvis en fusion finder sted i årets første måneder, og der endnu ikke foreligger reviderede regnskaber for det seneste regnskabsår, anvendes tallene for det foregående år. Når der er større uoverensstemmelser mellem de to sæt regnskaber, og især når det endelige regnskabsudkast for det seneste år foreligger, kan Kommissionen beslutte at anvende dette udkast.«

- 14 Meddelelsens punkt 27 bestemmer:

»På trods af hvad der er anført i det foregående punkt, skal der altid foretages en justering på grund af erhvervelse eller afhændelse efter tidspunktet for de reviderede

regnskaber. Dette er nødvendigt, hvis det skal kunne fastslås, hvor store ressourcer der rent faktisk indgår i fusionen. Hvis et selskab således afhænder en del af sin virksomhed på et hvilket som helst tidspunkt, før fusionen opstår gennem undertegnelsen af den endelige aftale, bekendtgørelsen af det offentlige bud eller erhvervelsen af en kontrollerende interesse, eller hvis en sådan afhændelse eller lukning er en forudsætning for transaktionen, skal den del af omsætningen, der tilregnes den del af virksomheden, fratrækkes i den anmeldende parts omsætning, som fremgår af de seneste reviderede regnskaber. Derimod skal omsætning, der tilregnes aktiver, hvormed der er erhvervet kontrol efter udarbejdelsen af de seneste reviderede regnskaber, lægges til selskabets omsætning i forbindelse med anmeldelsen.«

Sagens faktiske omstændigheder

- 15 Sagsøgeren, Endesa SA, er en handelsselskab, som bl.a. er noteret på børsen i Madrid. Det er det ledende selskab i Endesa-koncernen, som er den største elektricitetskoncern i Spanien, og har også afdelinger i Italien, Frankrig, Portugal, Polen og Latinamerika.
- 16 Gas Natural SDG, SA (herefter »Gas Natural«), er et handelsselskab, som er noteret på børsen i Madrid. Det er det ledende selskab i Gas Natural-koncernen, der er en gruppe af virksomheder, som opererer inden for energisektoren, hovedsagelig med forsyning, distribution og salg af naturgas i Spanien, Italien og Latinamerika. Selskabet driver også virksomhed inden for elektricitetssektoren, hovedsagelig med fremstilling og salg af elektricitet, hvilken virksomhed det først har påbegyndt for nylig.
- 17 Den 5. september 2005 tilkendegav Gas Natural at ville fremsætte et offentligt tilbud om køb af samtlige aktier i Endesa, som ville medføre en fusion i forordningens artikel 3's forstand. Endesas administrerende organer betegnede det offentlige tilbud om overtagelse som fjendtligt.

- 18 Den 12. september 2005 anmeldte Gas Natural fusionen til de spanske konkurrencemyndigheder.
- 19 Kort efter, at Gas Natural havde fremsat det offentlige tilbud om overtagelse, rettede Endesa en henvendelse til Kommissionen, hvori selskabet gjorde gældende, at fusionen efter dets opfattelse havde en fællesskabsdimension i forordningens artikel 1's forstand. Efter Endesas opfattelse burde fusionen derfor dels anmeldes til Kommissionen i henhold til forordningens artikel 4, dels havde de spanske konkurrencemyndigheder ikke kompetence til at træffe afgørelse om fusionen.
- 20 Den 19. september 2005 anmodede Endesa Kommissionen om at udtale sig vedrørende dens kompetence til at vurdere fusionens fællesskabsdimension.
- 21 Endesa angav navnlig i sine meddelelser, for det første, at de tal, der skulle lægges til grund ved beregningen af omsætningen for 2004, var dem, som var udregnet på grundlag af de nye internationale regnskabsstandarder (International Financial Reporting Standards, »IFRS«), og ikke de tal, som fremgik af de reviderede regnskaber, og for det andet, at der burde foretages visse justeringer af disse tal af hensyn til overholdelsen af bestemmelserne i Kommissionens meddelelse om beregning af omsætningen. På grundlag af den angivne beregning af omsætningen fandt Endesa ikke, at selskabet i 2004 havde over to tredjedele af sin samlede omsætning på fællesskabsplan i Spanien.
- 22 Den 20. september 2005 anmodede de portugisiske konkurrencemyndigheder Kommissionen om at acceptere at behandle fusionen i henhold til bestemmelsen om henvisning i forordningens artikel 22. Den 22. september 2005 underrettede Kommissionen de øvrige medlemsstater om denne anmodning og gav dem mulighed for at tilslutte sig den. Den 28. september 2005 meddelte de spanske konkurrencemyndigheder Kommissionen, at de ikke ønskede at tilslutte sig den

portugisiske anmodning. Den 27. oktober 2005 meddelte de italienske myndigheder Kommissionen, at de ønskede at tilslutte sig den portugisiske anmodning. Den 27. oktober 2005 afslog Kommissionen anmodningerne om, at den behandlede fusionen i henhold til forordningens artikel 22 med den begrundelse, at de nationale myndigheder ikke havde godtgjort, i hvilket omfang fusionen påvirkede samhandelen mellem medlemsstater og konkurrencen, og konkluderede, at den ikke var den myndighed, som var bedst placeret til at behandle sagen.

- 23 Den 26. september 2005 skrev Kommissionen til Gas Natural og bad selskabet præcisere, på hvilket grundlag det havde anmeldt fusionen til de spanske konkurrencemyndigheder, og at meddele den sine bemærkninger vedrørende Endesas argumenter. Gas Natural besvarede denne skrivelse den 3. oktober 2005, hvori selskabet angav, at det ved bestemmelsen af, hvem der var den kompetente konkurrencemyndighed, havde anvendt de tal, som var offentliggjort i Endesas reviderede regnskaber for 2004. Ifølge Gas Natural viste disse regnskaber, at Endesa (ligesom Gas Natural) i 2004 havde haft over to tredjedele af sin samlede omsætning på fællesskabsplan i Spanien.
- 24 Samme dag skrev Kommissionen også til Endesa og udbad sig nogle præciseringer vedrørende selskabets skrivelser. Endvidere tilsendte Kommissionen den 4. oktober 2005 Endesa en kopi af Gas Natural's bemærkninger vedrørende Endesas første skrivelse, som Kommissionen bad Endesa kommentere. Endesa besvarede disse opfordringer henholdsvis den 5. og den 7. oktober 2005.
- 25 Den 6. oktober 2005 meddelte de spanske konkurrencemyndigheder Kommissionen, at de var uenige i de argumenter, Endesa havde fremført, og erklærede, at de mente at være kompetente til at vurdere fusionen.
- 26 Den 25. oktober 2005 tilsendte Kommissionen Gas Natural en kopi af Endesas skrivelser af 5. og 7. oktober 2005 og gav selskabet mulighed for at besvare dem. Den 26. oktober 2005 opfordrede Kommissionen Gas Natural, Endesa og de spanske konkurrencemyndigheder til at meddele den deres opfattelse vedrørende fortolk-

ningen af artikel 5 i fusionsforordningen, henset til punkt 40 i Kommissionens meddelelse om omsætningens beregning. Samtidig tilsendte Kommissionen de spanske konkurrencemyndigheder en kopi af Endesas skrivelser af 5. og 7. oktober 2005 og gav selskabet mulighed for at udtale sig om alle de pågældende spørgsmål.

27 Den 27. oktober 2005 meddelte de spanske konkurrencemyndigheder Kommissionen, at de ikke havde yderligere bemærkninger til justeringerne og tilkendegav deres opfattelse vedrørende fortolkningen af artikel 5 i fusionsforordningen, henset til punkt 40 i Kommissionens meddelelse. Den 2. november 2005 tilkendegav Gas Natural og Endesa deres opfattelse på dette punkt. Gas Natural fremsatte derudover nye kommentarer til de af Endesa foreslåede justeringer under henvisning til Endesas skrivelser af 5. og 7. oktober 2005. I sine kommentarer foreslog Gas Natural en række nye justeringer, som det mente, at Endesa havde glemt. Den 4. november 2005 blev en kopi af disse forslag til justeringer tilsendt Endesa, der fremsatte sine bemærkninger hertil den 9. november 2005.

28 Den 15. november 2005 vedtog Kommissionen en beslutning, hvorved den fastslog, at den fusion, som den foreliggende sag vedrører (sag COMP/M.3986 — Gas Natural/Endesa), ikke havde fællesskabsdimension (herefter »beslutningen«).

29 Hvad angår den nationale procedure for kontrol med fusioner besluttede den spanske økonomiminister den 7. november 2005 at lancere den »anden fase« af proceduren, idet han indbragte den ved Servicio de Defensa de la Competencia (de spanske konkurrencemyndigheder, herefter »SDC«) behandlede sag for Tribunal de Defensa de la Competencia (konkurrencedomstol, herefter »TDC«).

- 30 Den 20. december 2005 afgav Comisión Nacional de la Energía (det nationale energiudvalg, herefter »CNE«) en udtalelse vedrørende fusionen, hvori udvalget anbefalede, at fusionen blev godkendt på visse betingelser.
- 31 Den 5. januar 2006 afgav TDC en udtalelse, som indeholdt en anbefaling om at forbyde fusionen.
- 32 Den 3. februar 2006 godkendte det spanske ministerråd fusionen på visse betingelser.
- 33 Den 21. marts 2006 suspenderede Juzgado de lo Mercantil n° 3 de Madrid (retten for handelssager i Madrid, tredje afdeling) fusionen.

Retsforhandlinger

- 34 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 29. november 2005 har Endesa anlagt denne sag. Ved særskilt begæring indleveret samme dag har sagsøgeren anmodet om, at afgørelsen i sagen træffes efter en hasteprocedure i overensstemmelse med artikel 76a i Rettens procesreglement.
- 35 Ved særskilt dokument indleveret til Rettens Justitskontor den 29. november 2005 har sagsøgeren nedlagt påstand om, dels at Retten træffer bestemmelse om at udsætte gennemførelsen af beslutningen, dels at Kommissionen tilpligtes at give de spanske konkurrencemyndigheder pålæg om at suspendere alle nationale procedurer.

- 36 Ved skrivelser indleveret til Rettens Justitskontor henholdsvis den 2. og den 9. december 2005 har Gas Natural og Kongeriget Spanien i medfør af procesreglementets artikel 115, stk. 1 og 2, anmodet om at måtte intervenere i sagen til støtte for Kommissionen.
- 37 De to anmodninger om intervention er blevet forkyndt for parterne i henhold til procesreglementets artikel 116, stk. 1.
- 38 Ved skrivelse indleveret til Rettens Justitskontor den 15. december 2005 har sagsøgeren i medfør af procesreglementets artikel 116, stk. 2, andet punktum, anmodet om, at visse dele af procesdokumenterne ikke tilstilles eventuelle intervenienter.
- 39 Den 15. december 2005 har Rettens Tredje Afdeling, som sagen er blevet henvist til, besluttet at anvende en hasteprocedure i sagen.
- 40 Ved kendelser af 16. december 2005 har formanden for Rettens Tredje Afdeling taget Gas Naturals og Kongeriget Spaniens interventionsbegæringer til følge og udsat afgørelsen vedrørende anmodningen om fortrolig behandling.
- 41 Ved skrivelser indleveret til Rettens Justitskontor henholdsvis den 3. og den 4. januar 2006 har Gas Natural og Kongeriget Spanien rejst indsigelse mod, at visse dele af de procesdokumenter, som de har fået tilstillet, behandles fortroligt.

- 42 Ved skrivelse indleveret til Rettens Justitskontor den 11. januar 2006 har sagsøgeren trukket sin anmodning om, at den rapport, der er udarbejdet af Deloitte, SL, og som er bilagt stævningen, behandles fortroligt i forhold til Gas Natural, tilbage.
- 43 Gas Natural og Kongeriget Spanien har indgivet interventionsindlæg henholdsvis den 12. og den 13. januar 2006.
- 44 Den 19. januar 2006 har Kommissionen indgivet svarskrift.
- 45 Ved kendelse af 24. januar 2006 har formanden for Rettens Tredje Afdeling delvis imødekommet sagsøgerens begæring om fortrolig behandling, truffet bestemmelse om, at intervenienterne skal have tilstillet en ikke-fortrolig version af alle procesdokumenter, og opfordret intervenienterne til at afgive supplerende indlæg herom under den mundtlige forhandling. Endvidere har han udsat afgørelsen om sagens omkostninger.
- 46 Ved kendelse af 1. februar 2006, Endesa mod Kommissionen (sag T-417/05 R, ikke trykt i Samling af Afgørelser — j.f. dog Sml. 2006 II, s. 18*), har Rettens præsident bestemt, at begæringen om foreløbige forholdsregler ikke skal tages til følge med den begrundelse, at sagsøgeren ikke havde godtgjort, at selskabet risikerede at lide et alvorligt og uopretteligt tab, såfremt der ikke blev anordnet foreløbige forholdsregler. Endvidere har Rettens præsident udsat afgørelsen om sagens omkostninger.
- 47 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Tredje Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling og har som led i foranstaltningerne med henblik på sagens tilrettelæggelse opfordret parterne til at besvare en række skriftlige spørgsmål. Parterne har imødekommet opfordringen inden for de fastsatte frister.

48 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret de mundtlige spørgsmål i retsmødet den 9. marts 2006.

Parternes påstande

49 Endesa har nedlagt følgende påstande:

- Sagen fremmes til realitetsbehandling.
- Beslutningen annulleres.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

50 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse.
- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagernes omkostninger, herunder omkostningerne i sagen om foreløbige forholdsregler.

51 Kongeriget Spanien har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

52 Gas Natural har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

53 Til støtte for sine påstande har sagsøgeren fremført fem anbringender. De er for det første, at der foreligger proceduremangler, for det andet, at bevisbyrden er blevet vendt om og begrundelsespligten tilsidesat, for det tredje, at der ikke er anvendt regnskaber, som er udfærdiget i overensstemmelse med IAS/IFRS-regnskabsstandarderne, for det fjerde, at de foreslåede justeringer urigtigt er blevet forkastet, og for det femte, at kriterierne i Kommissionens meddelelse er tilsidesat, og at der hverken er foretaget nogen vurdering eller givet nogen begrundelse samt at der foreligger magtfordrejning.

Første anbringende om proceduremangler

Første led om de beslutninger, der blev truffet vedrørende anmodningerne om henvisning til Kommissionen, som blev indgivet inden vedtagelsen af den i sagen anfægtede beslutning

— Parternes argumenter

54 Endesa har gjort gældende, at det fremgår klart af forordningen, at alle beslutninger, som træffes på grundlag af forordningens artikel 22, skal vedrøre en fusion, som overholder de tærskelværdier, der er fastsat i én eller flere nationale retsforskrifter, og som ikke har nogen fællesskabsdimension. Ordningen efter artikel 22 giver nemlig Kommissionen mulighed for at have kompetence vedrørende fusioner, der ellers som udgangspunkt falder uden for dens kompetence.

55 Det er derfor ifølge forordningens artikel 22 en forudsætning for beslutningen om henvisning, at fusionen ikke har fællesskabsdimension. Når Endesa udtrykkeligt anmodede Kommissionen om at tage stilling til fusionens fællesskabsdimension, havde den følgelig valget mellem at afslå anmodningen uden at indlede nogen procedure under hensyn til, at den anså den for åbenbart ubegrundet, eller at indlede en procedure og udtrykkeligt udtale sig om, hvem der var den kompetente myndighed, før den traf afgørelse vedrørende anmodningerne om henvisning. Endesa tilføjer, at den omstændighed, at der er fastsat en frist i forordningen for afgørelsen vedrørende anmodningen om henvisning (ti arbejdsdage efter udløbet af den frist, der er fastsat for de nationale myndigheders adgang til at tilslutte sig én eller flere anmodninger), ikke kan begrunde en omvendning af den logiske rækkefølge, som Kommissionen skal følge ved behandlingen. Da forordningen ikke omhandler processuelle stridsspørgsmål vedrørende bestemmelsen af den kompetente myndighed, men stridsspørgsmål vedrørende den materielle kompetence (i kraft af reglerne i artikel 22 om henvisninger), bør fristen for de sidstnævnte stridsspørgsmål anvendes analogt på de førstnævnte. Hvis Kommissionen ikke råder over alle de nødvendige elementer til at træffe afgørelse, og hvis den var nødt til at anmode om supplerende oplysninger, burde dens anmodning om oplysninger

automatisk have suspenderet dens frist for at træffe afgørelse og dermed nødvendigvis også suspenderet fristerne for vedtagelse af alle de heraf følgende foranstaltninger, herunder en beslutning i henhold til artikel 22.

56 Ifølge Endesa forløb der i denne sag 38 dage mellem den første anmodning om henvisning og Kommissionens beslutning om at afslå Den Italienske Republiks og Den Portugisiske Republiks anmodninger. Med vedtagelsen af beslutningerne om henvisning, før det blev afgjort, om fusionen havde en national dimension eller fællesskabsdimension, foregreb Kommissionen resultatet af beslutningen, selv om den i beslutningen tilkendegav et rent formelt forbehold på dette punkt. Dette fremgår klart af begrundelsen for beslutningen vedrørende anmodningerne om henvisning, hvori navnlig angives, at Kommissionen ikke er den myndighed, som er bedst placeret til at træffe afgørelse om fusionen. Uanset hvad der er grundlaget for dette udsagn, er det klart, at der er tale om en anticiperet afgørelse vedrørende mindst én af de vurderinger, som det påhviler Kommissionen at foretage ved behandlingen af en fusion af fællesskabsdimension, nemlig vurderingen af de eventuelle anmodninger om henvisning, som støttes på forordningens artikel 9.

57 Kommissionen har med støtte fra intervenienterne gjort gældende, at anbringendet simpelthen er irrelevant, da der ikke er nogen analogi mellem den situation, hvor en medlemsstat indgiver en anmodning i henhold til artikel 22, og den situation, hvor en virksomhed anmoder Kommissionen om at træffe en afgørelse vedrørende dens egen kompetence, og at de trufne beslutninger vedrørende de anmodninger, som blev indgivet i henhold til artikel 22, ikke har foregrebet spørgsmålene vedrørende Fællesskabets kompetence, da Kommissionen udtrykkeligt udtalte sig om anmodningerne uden at foregribe disse spørgsmål.

— Rettens bemærkninger

58 Endesa har gjort gældende, at beslutningen burde være vedtaget, inden der blev truffet beslutning vedrørende anmodningerne om henvisning i henhold til forordningens artikel 22, da det er en væsentlig betingelse for en beslutning om henvisning, at fusionen ikke har fællesskabsdimension.

- 59 Forordningens artikel 22, stk. 1, bestemmer, at »[e]n eller flere medlemsstater kan anmode Kommissionen om at behandle enhver fusion [...], der ikke har fællesskabsdimension som omhandlet i artikel 1, men som påvirker samhandelen mellem medlemsstater, og hvor der er fare for, at den vil påvirke konkurrencen betydeligt i den medlemsstat eller de medlemsstater, der har fremsat anmodningen [...]«.
- 60 Det fremgår, at Endesa den 19. september 2005 anmodede Kommissionen om at udtale sig vedrørende sin kompetence til at vurdere fusionen. I en skrivelse af 20. september 2005 anmodede de portugisiske konkurrencemyndigheder Kommissionen om at acceptere at behandle fusionen på grundlag af forordningens artikel 22. Efter at Kommissionen havde viderebragt denne anmodning om henvisning til de øvrige medlemsstater, meddelte de italienske konkurrencemyndigheder den 7. oktober 2005 Kommissionen, at de ønskede at tilslutte sig de portugisiske konkurrencemyndigheders anmodning. Kommissionen afslog disse anmodninger om henvisning den 27. oktober 2005 ud fra den opfattelse, at det ikke var godtgjort, at fusionen indebar en fare for at påvirke konkurrencen i Portugal og i Italien, og at Kommissionen var bedst placeret til at vurdere sådanne virkninger.
- 61 I denne forbindelse bemærkes for det første, at den af sagsøgeren hævdede mangel ikke vedrører selve beslutningen, men kun beslutningerne af 27. oktober 2005 vedrørende anmodningerne om henvisning, som ikke er genstand for denne sag. Anbringendet har derfor under alle omstændigheder ingen betydning for sagen.
- 62 I øvrigt skal det påpeges, som anført af Kommissionen, at det ikke fremgår klart, hvad der er de retlige konsekvenser af de argumenter, sagsøgeren har fremført. Hvis argumenterne blev taget til følge, ville enhver beslutning — herunder en beslutning om, at fusionen har fællesskabsdimension — som vedtages efter beslutningerne af 27. oktober 2005 vedrørende anmodningerne om henvisning, nemlig blive påvirket af den påståede mangel og kunne dermed annulleres af de samme grunde som dem, sagsøgeren har påberåbt sig. Hermed måtte enhver beslutning, som Kommissionen træffer vedrørende Endesas anmodning efter denne dato, selv om anmodningen imødekommes, annulleres.

- 63 For det andet må det fastslås, at sagsøgeren ikke har godtgjort, på hvilken måde beslutningerne af 27. oktober 2005 vedrørende anmodningerne om henvisning skulle have foregrebet spørgsmålet om Fællesskabets kompetence, da disse beslutninger tværtimod udtrykkeligt angiver, at de blev vedtaget uden at foregribe vurderingen af den påtænkte fusions fællesskabsdimension.
- 64 I øvrigt kan Kommissionen ikke kritiseres for at have truffet afgørelse vedrørende anmodningerne om henvisning, før den traf afgørelse vedrørende fællesskabsdimensionen. Ifølge forordningens artikel 22, stk. 3, er Kommissionen nemlig forpligtet til at træffe afgørelse vedrørende en anmodning om henvisning inden for en frist på ti dage, og det er i samme bestemmelse fastsat, at Kommissionen anses for at have truffet en stiltiende beslutning om accept af henvisningen, hvis den ikke træffer afgørelse inden for denne frist. Kommissionen er derfor forpligtet til hurtigt at udtale sig vedrørende beslutningen om henvisning. Hvis Kommissionen skulle have udtalt sig om fællesskabsdimensionen på forhånd, skulle den derfor have gjort det inden for en frist på under ti dage, hvilket ikke gav den mulighed for at undersøge spørgsmålet vedrørende den påtænkte fusions fællesskabsdimension med den fornødne omhu.
- 65 Den omstændighed, at Kommissionen fortsatte behandlingen af spørgsmålet om fusionens fællesskabsdimension og ikke vedtog beslutningen før efter beslutningerne af 27. oktober 2005 vedrørende anmodningerne om henvisning, var derfor ingenlunde til skade for Endesas interesser, men gav tværtimod Kommissionen mulighed for at foretage en omhyggelig undersøgelse af alle de relevante forhold, inden den traf beslutningen vedrørende fællesskabsdimensionen.
- 66 Endvidere kan der ikke gives sagsøgeren medhold i argumentet om, at fristen for at tage stilling til de anmodninger, der var indgivet i henhold til forordningens artikel 22, blev suspenderet ud fra en analogi, indtil stridsspørgsmålet vedrørende fusionens fællesskabsdimension var afgjort. Forordningen indeholder ingen bestemmelser om, at fristen for at tage stilling til en anmodning indgivet i henhold til artikel 22 suspenderes under sådanne omstændigheder. Hvad angår frister, som er forbundet med retsvirkninger, skal der udtrykkeligt være truffet bestemmelse om enhver af de grunde, der kan medføre suspension. Der skal i den forbindelse

henvises til betydningen af at sikre, at fusionskontrollen gennemføres inden for tidsfrister, som både er forenelige med kravene til god forvaltningsskik og med erhvervslivets krav (Domstolens dom af 25.9.2003, sag C-170/02 P, Schlüsselverlag J.S. Moser m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 9889, præmis 34).

⁶⁷ Første led af første anbringende må derfor forkastes.

Andet led om manglende gennemskuelighed og tilsidesættelsen af kontradiktionsprincippet

— Parternes argumenter

⁶⁸ Endesa har gjort gældende, at forordningen ikke fastsætter en særlig procedure for vurderingen af en fusions fællesskabsdimension. Som svar på Endesas udtrykkelige anmodning om, at der blev truffet afgørelse vedrørende bestemmelsen af den myndighed, som var kompetent til at behandle fusionen, burde Kommissionen derfor klart have angivet, hvilken procedure den ville følge, hvilket ville have sikret et mindstemål af retssikkerhed. Helt fra begyndelsen af sagen anmodede Endesa udtrykkeligt Kommissionen om at informere parterne om, hvilke regler der gjaldt for proceduren, men Kommissionen negligerede anmodningen.

⁶⁹ Også den procedure, som Kommissionen fulgte, var uigennemskuelig, da Kommissionen ikke præcist angav over for Endesa, hvilke dokumenter der var bragt til Gas Naturals kundskab, ligesom Endesa ikke modtog fuldstændig meddelelse om de argumenter, Gas Natural havde fremført for Kommissionen. Navnlig modtog Endesa ikke meddelelse eller overhovedet underretning om SDC's indlæg, selv om denne intervenerede som part i proceduren, på trods af Endesas udtrykkelige og gentagne anmodninger herom i selskabets skrivelser af 23. september samt af 10. og 12. oktober 2005.

- 70 Uklarheden og den manglende gennemskuelighed i de anvendte procedureregler udgjorde en åbenbar tilsidesættelse af kontradiktionsprincippet. Det samme gjaldt de af Endesas dokumenter, som blev meddelt SDC, uden at der blev indhentet samtykke fra Endesa, bortset fra det første skriftlige indlæg, som sagsøgeren tilsendte SDC direkte på Kommissionens anmodning.
- 71 Kommissionen har med støtte fra intervenienterne gjort gældende, at det var tilstrækkeligt til sikring af Endesas interesser, at virksomheden deltog i proceduren.

— Rettens bemærkninger

- 72 Hvad for det første angår anbringendet om, at Kommissionen ikke informerede sagsøgeren om den anvendte procedure, bemærkes, at forordningen ikke fastsætter nogen særlig procedure til bestemmelse af, om en fusion har fællesskabsdimension. Sagsøgeren har dog heller ikke godtgjort, hvorledes den manglende information på dette punkt skulle berøre beslutningens lovlighed.
- 73 Under alle omstændigheder kan den omstændighed, at Kommissionen ikke oplyste sagsøgeren om den procedure, som den agtede at følge ved undersøgelsen af, om fusionen havde fællesskabsdimension eller ej, kun berøre lovligheden af den beslutning, der blev vedtaget ved afslutningen af proceduren, såfremt kontradiktionsprincippet er tilsidesat. Som det fremgår af de nedenstående betragtninger, er dette imidlertid ikke tilfældet.
- 74 Hvad for det andet angår sagsøgerens anbringende om, at Kommissionen ikke præcist oplyste denne om, hvilke dokumenter Gas Natural havde fået kendskab til, må det fastslås, at sagsøgeren ikke nærmere har angivet, hvorledes denne

omstændighed har kunnet berøre virksomhedens rettigheder eller påvirke beslutningens indhold. Det følger hverken af kontradiktionsprincippet eller af sagsøgerens ret til aktindsigt, at denne også skal informeres om andre personers aktindsigt i visse dele af sagsmaterialet. Anbringendet må derfor forkastes.

- 75 Hvad for det tredje angår anbringendet om, at Kommissionen ikke har givet sagsøgeren fuldstændige oplysninger om de argumenter, der blev fremført af Gas Natural, må det for det første fastslås, at Kommissionen har erkendt, at den udelod visse fortrolige oplysninger. Endvidere bemærkes, at sagsøgeren ikke, som anført af Kommissionen, har godtgjort at have anmodet om adgang til oplysninger, der blev anset for fortrolige. Endelig — og navnlig — har sagsøgeren ikke godtgjort, at disse oplysninger var hensigtsmæssige for dennes deltagelse i proceduren, enten fordi oplysningerne er nævnt i beslutningen, eller fordi de kunne godtgøre, at fusionen har fællesskabsdimension. Da uenigheden mellem Endesa og Kommissionen navnlig vedrørte bestemmelsen af Endesas og ikke Gas Naturals omsætning, findes de fortrolige oplysninger fra Gas Natural at være uden betydning for dette spørgsmål. Følgelig må anbringendet forkastes.

- 76 Hvad for det fjerde angår anbringendet om, at Kommissionen ikke fuldt ud oplyste sagsøgeren om de af SDC fremførte argumenter, fremgår det af retspraksis (jf. analogt Rettens dom af 1.4.1993, sag T-65/89, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, Sml. II, s. 389, præmis 33), at Kommissionens korrespondance med medlemsstaterne i princippet har karakter af interne dokumenter, som ikke bør meddeles de personer, der deltager i proceduren. I øvrigt omfatter retten til aktindsigt ifølge artikel 17, stk. 3, i forordning nr. 802/2004 ikke korrespondancen mellem Kommissionen og medlemsstaternes kompetente myndigheder. Under alle omstændigheder må det fastslås, at sagsøgeren ikke har angivet, hvilke af de oplysninger der blev fremlagt af SDC, som blev anvendt af Kommissionen, eller som kan have påvirket sagsøgerens rettigheder eller påvirket beslutningen. Følgelig er anbringendet ubegrundet.

- 77 Hvad for det femte angår sagsøgerens anbringende om, at Kommissionen tilsendte SDC dokumenter fra Endesa uden at indhente virksomhedens samtykke, bemærkes alene, at Kommissionen ifølge forordningens artikel 19, stk. 2, gennemfører de i forordningen nævnte procedurer i snæver og vedvarende forbindelse med medlemsstaternes kompetente myndigheder, og at Kommissionen ifølge samme artikels stk. 1 inden tre arbejdsdage skal tilsende medlemsstaternes kompetente myndigheder kopi af anmeldelser og hurtigst muligt kopi af de vigtigste dokumenter, som indsendes til Kommissionen eller udstedes af denne i henhold til forordningen. Sagsøgeren har dog under alle omstændigheder ikke godtgjort, hvorledes fremsendelsen af dokumenterne til SDC har kunnet påvirke beslutningens lovlighed. Anbringendet kan derfor ikke tages til følge.

- 78 På grundlag af de anførte betragtninger må andet led af det første anbringende forkastes.

Tredje led om, at den nationale procedure ikke blev suspenderet

— Parternes argumenter

- 79 Endesa har gjort gældende, at så længe proceduren om bestemmelse af den kompetente myndigheds stod på, burde Kommissionen have anmodet om en suspension af den nationale procedure, som verserede parallelt ved de spanske konkurrencemyndigheder og tilsynsmyndighederne i Spanien. Endesa finder, at det udgør en alvorlig proceduremangel, at Kommissionen ikke har anmodet om suspension heraf.

80 Endesa anfører, at en suspension var nødvendig som følge af forordningens artikel 21, stk. 3 — hvorefter medlemsstaterne ikke må anvende deres nationale konkurrencelovgivning på fusioner af fællesskabsdimension — og endvidere som følge af den generelle samarbejdspflicht i henhold til artikel 10 EF. Når det af hensyn til at undgå parallelle procedurer er fastsat i forordningens artikel 22, at de nationale frister skal suspenderes, indtil Kommissionen har truffet afgørelse vedrørende sin kompetence, burde der, så længe der findes en lakune i forordningen på dette punkt, være anvendt den samme betragtning vedrørende beslutningen om, hvorvidt fusionen har fællesskabsdimension eller ej. Kommissionen burde derfor have anmodet om en suspension af de nationale procedurer.

81 Videre anfører Endesa, at behandlingen af anmodningerne om henvisning automatisk burde have været suspenderet i medfør af forordningens artikel 22, indtil der var truffet afgørelse vedrørende den kompetente myndighed. Den omstændighed, at beslutningen blev vedtaget uden at respektere et af de generelle principper i ordningen med kontrol af fusioner, nemlig princippet om, at der kun er én myndighed ad gangen, der kan behandle en sag, hvilket gør det muligt at undgå parallelle procedurer på fællesskabsplan og nationalt plan, er denne beslutning en nullitet. Endvidere er det i strid med kontradiktionsprincippet, at Endesa blev nødt til at rette henvendelse såvel til Fællesskabets organer som de nationale myndigheder. En tilsidesættelse heraf udgør ifølge fast retspraksis en annullationsgrund (Domstolens dom af 27.9.1988, forenede sager 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 og 125/85-129/85, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 5193, og Rettens dom af 22.10.2002, sag T-310/01, Schneider Electric mod Kommissionen, Sml. II, s. 4071).

82 Kommissionen har med støtte fra intervenienterne gjort gældende, at uanset om den reelt har de beføjelser, som sagsøgeren tillægger den, har sagsøgeren på intet tidspunkt klart opfordret Kommissionen til at gøre brug af dem. I øvrigt kan der ikke udledes en forpligtelse til at suspendere en procedure alene på grundlag af en analogislutning. Desuden indebærer retten til at deltage i en administrativ procedure ikke en ret til udelukkende at deltage i én administrativ procedure.

— Rettens bemærkninger

- ⁸³ Hvad angår anbringendet om, at Kommissionen ikke har anmodet de kompetente spanske myndigheder om at suspendere den nationale procedure, behøver alene bemærkes, at anbringendet er helt irrelevant i denne sag. Sagsøgeren har i øvrigt ikke godtgjort, hvorledes det skulle kunne påvirke beslutningens lovlighed, at den nationale procedure ikke er suspenderet, selv om det forudsattes, at dette beror på en fejl fra Kommissionens side.
- ⁸⁴ I det omfang, sagsøgeren støtter sit anbringende om, at de nationale procedurer ikke er suspenderet, på forordningens artikel 21, stk. 3, samt den almindelige samarbejdspligt i henhold til artikel 10 EF, er det tilstrækkeligt at fremhæve, som anført af Kommissionen, at det i givet fald vil være Kongeriget Spanien og ikke Kommissionen, som har begået den retsstridige handling. En sådan retsstridig handling vil derfor i givet fald ikke skyldes Kommissionens beslutning, og den vil under alle omstændigheder ikke berøre beslutningens lovlighed.
- ⁸⁵ For det andet bemærkes, at i det omfang anbringendet er baseret på forordningens artikel 22, stk. 2, tredje afsnit, hvorefter de nationale tidsfrister skal suspenderes, indtil Kommissionen har truffet afgørelse vedrørende sin kompetence, er der ikke er nogen analogi mellem den situation, hvor en medlemsstat indgiver en anmodning om henvisning i henhold til artikel 22, og den situation, hvor en virksomhed anmoder Kommissionen om at træffe afgørelse vedrørende sin kompetence, og at der ikke kan udledes en forpligtelse til suspension alene på grundlag af en analogislutning.
- ⁸⁶ Hvad for det tredje angår sagsøgerens argument om, at beslutningen er truffet under tilsidesættelse af princippet om, at der kun er en myndighed ad gangen, der kan behandle en sag, og argumentet om, at det er i strid med kontradiktionsprincippet, at Endesa er blevet nødt til at rette henvendelse såvel til Fællesskabets organer som til de nationale myndigheder, er det tilstrækkeligt at bemærke, at sagsøgeren, som

selv anmodede Kommissionen om at intervenere, ikke har godtgjort, i hvilket omfang eller hvorfor selskabet skulle have vanskeligheder ved at forsvare sig over for flere instanser samtidigt, eller på hvilken måde denne omstændighed kan have påvirket beslutningen. I øvrigt bemærkes, at virksomheder ofte er nødt til at anmelde fusioner til flere nationale myndigheder, såfremt fusionen ikke har fællesskabsdimension.

87 Tredje led af det første anbringende må derfor forkastes.

88 Det følger af det anførte, at sagsøgerens første anbringende er ubegrundet.

Andet anbringende om omvending af bevisbyrden og begrundelsesmanglen

Parternes argumenter

89 Endesa har gjort gældende, at beslutningens begrundelse er mangelfuld, da Kommissionen ikke har overholdt forordningens artikel 1, 5 og 21. Selv om det ikke er udtrykkeligt angivet i nogen af forordningens bestemmelser, er Kommissionen forpligtet til at bestemme den kompetente myndighed som følge af sin enekompetence til at behandle fusioner med fællesskabsdimension (dommen i sagen Schlüsselerlag J.S. Moser m.fl. mod Kommissionen). Kommissionens enekompetence hertil forudsætter, at Kommissionen bestemmer, om forordningens artikel 1 finder anvendelse. Med henblik herpå påhviler det Kommissionen at præcisere og fastslå den omsætning, som de pågældende virksomheder har haft inden for det sidste regnskabsår, således som det fremgår af bestemmelserne i forordningens artikel 5.

90 Endesa anfører, at Kommissionen ikke kan vende bevisbyrden om hvad angår spørgsmålet om bestemmelsen af den kompetente myndighed. Da Kommissionen har enekompetence til at afgøre, hvem der er den kompetente myndighed til at behandle en fusion, påhviler det den alene at efterprøve og navnlig godtgøre de pågældende virksomheders omsætning.

91 Kommissionen har imidlertid baseret beslutningen på, at Endesa ikke har fremlagt tilstrækkelige beviser for, at det var nødvendigt at anvende regnskaber udfærdiget i overensstemmelse med IAS/IFRS-standarderne og at foretage en række justeringer i medfør af Kommissionens meddelelse. Denne begrundelse er uacceptabel på grund af selve karakteren af de bestemmelser, der regulerer bestemmelsen af den kompetente myndighed, som er præceptive. Begrundelsen er aldeles ulogisk og i strid med elementære principper for Fællesskabets retsorden, så meget mere som Kommissionen kunne regne med Endesas fulde medvirken og kunne have bedt selskabet om alle de supplerende oplysninger, som den fandt relevante. Reelt har Kommissionen anvendt næsten begge de to måneder, som proceduren varede, til at undersøge spørgsmål, som alligevel ikke i sidste ende blev behandlet i beslutningen.

92 Forudsætningen i beslutningen om, at det påhviler private at overbevise Kommissionen om, at den er enekompetent, udgør en alvorlig begrundelsesmangel, da det er Kommissionen, der er forpligtet til på foranledning af en klage eller af egen drift af fastslå med sikkerhed, hvilke områder der henhører under dens kompetence inden for rammerne af det ansvar, der påhviler den som traktatens vogter ifølge dennes bestemmelser.

93 I den forbindelse henviser Endesa til Rettens dom af 21. september 2005 i sag T-87/05, EDP mod Kommissionen (Sml. II, s. 3745), hvori Retten fastslog, at Kommissionen ikke var berettiget til ved anvendelsen af en anden meddelelse om fusioner, som vedrørte tilsagn, at omvende bevisbyrden ved at pålægge parterne en forpligtelse, der udelukkende var baseret på meddelelsen, og som ikke havde hjemmel i forordningen. Det påhviler den berørte part at give Kommissionen alle de

nødvendige oplysninger til vurdering af fusionen, men det påhviler Kommissionen at foretage vurderingen uden at vende bevisbyrden om.

94 Kommissionen har vigtige processuelle instrumenter til sin rådighed til at gennemføre denne vurdering korrekt, såsom begæringer om oplysninger. Kommissionen havde således haft mulighed for at støtte sig til uafhængige sagkyndige ved efterprøvelsen af Endesas regnskaber, hvis den havde fundet det nødvendigt, og den havde to måneder til at foretage en detaljeret og udtømmende analyse af den bedste måde at bestemme Endesas omsætning i 2004 på.

95 Endvidere findes der efter Endesas opfattelse ingen holdepunkter i de sagsakter, som blev forelagt Kommissionen, for at hævde, at de af Endesa afgivne oplysninger var utilstrækkelige, da Endesa under proceduren samarbejdede tættest muligt med Kommissionen.

96 Kommissionen har med støtte fra intervenienterne gjort gældende, at de drøftelser, der fandt sted under proceduren for den, hovedsageligt havde en juridisk karakter, og at den i beslutningen besvarede sagsøgerens argumenter ikke fordi den fandt, at sagsøgeren havde bevisbyrden, men fordi dens pligt til at begrunde sine beslutninger indbefatter en pligt til at besvare de argumenter, som er fremført af parterne, når argumenterne tilbagevises.

Rettens bemærkninger

97 Endesa har gjort gældende, at Kommissionen har vendt bevisbyrden om hvad angår spørgsmålet om bestemmelsen af den myndighed, som er kompetent til at

undersøge fusionen, idet den har baseret sin beslutning på, at Endesa ikke fremlagde tilstrækkelige beviser for, at det var nødvendigt at anvende regnskaber, der var udfærdiget i overensstemmelse med IAS/IFRS-standarderne, og at foretage en række justeringer.

⁹⁸ Det bemærkes, at en fusion anses for at have fællesskabsdimension, når de pågældende virksomheders samlede omsætning overskrider de i forordningen fastsatte tærskler. Ifølge forordningens 17. betragtning har Kommissionen enekompetence til at anvende forordningen med forbehold af Domstolens prøvelsesret. Ifølge artikel 1, stk. 1, finder forordningen anvendelse på alle fusioner med fællesskabsdimension. Når en fusion har fællesskabsdimension, har Kommissionen følgelig enekompetence til at undersøge den. Heraf følger dog ikke automatisk, at Kommissionen har enekompetence til at bestemme, om en fusion har fællesskabsdimension.

⁹⁹ Herom bemærkes, at det ifølge forordningens bestemmelser i første række påhviler de pågældende virksomheder at foretage en første vurdering af fusionens dimension og derefter bestemme, hvilke myndigheder den påtænkte fusion skal anmeldes til. Når en fusion ikke anmeldes til Kommissionen, således som det er tilfældet i denne sag, men til myndighederne i en eller flere medlemsstater, tilkommer det de nationale myndigheder navnlig under hensyn til den loyale samarbejdsforpligtelse, der følger af artikel 10 EF, og forordningens artikel 21 — hvorefter Kommissionen har enekompetence til at undersøge, om fusioner af fællesskabsdimension er forenelige med fællesskabsretten, og det heraf følgende forbud for medlemsstaterne mod at anvende deres nationale konkurrencelovgivning — at efterprøve, at den fusion, som de behandler, ikke har fællesskabsdimension. Kommissionen har dog i denne situation stadig mulighed for at bestemme, at fusionen i modsætning til, hvad medlemsstaternes myndigheder antager, har fællesskabsdimension og henhører under dens enekompetence.

¹⁰⁰ I øvrigt indeholder forordningen om kontrol med fusioner ingen særlig bestemmelse, der udtrykkeligt fastsætter en forpligtelse for Kommissionen til af egen drift

at sikre, at enhver fusion, som den ikke får anmeldt, ikke rent faktisk har fællesskabsdimension. Det fremgår dog af retspraksis, at Kommissionen, når den får forelagt en klage af en virksomhed, som er af den opfattelse, at en fusion, der ikke er anmeldt til Kommissionen, har fællesskabsdimension, er forpligtet til at tage stilling til det principielle spørgsmål om, hvorvidt den har kompetence som kontrolmyndighed (jf. dommen i sagen Schlüsselerlag J.S. Moser m.fl. mod Kommissionen, præmis 27 og 28). I denne forbindelse påhviler det principielt den klagende part at godtgøre berettigelsen af sin klage, idet Kommissionen dog i overensstemmelse med god forvaltningsskik skal foretage en omhyggelig og uvildig undersøgelse af de klager, den får forelagt, og at give en begrundet besvarelse af de argumenter, som klageren fremfører til støtte for, at fusionen henhører under Kommissionens enekompetence.

101 Det følger af det anførte, at Kommissionen principielt ikke, som hævdet af sagsøgeren, er forpligtet til at bevise, at den savner kompetence til at træffe afgørelse vedrørende en fusion, den ikke har fået anmeldt, og at godtgøre, at fusionen ikke har fællesskabsdimension, selv om den har fået forelagt en klage.

102 Under alle omstændigheder må det fastslås, at Kommissionen ikke, som hævdet af sagsøgeren, har nøjedes med at fastslå, at Endesa ikke havde fremlagt bevis for, at fusionen havde fællesskabsdimension, men faktisk foretog en detailundersøgelse af forholdene vedrørende fusionens dimension og konkluderede, at fusionen ikke havde fællesskabsdimension og derfor tilbageviste sagsøgerens argumenter på dette punkt.

103 Det fremgår således ved en gennemlæsning af beslutningen, at Kommissionen nærmere har forklaret grundene til, at den ikke anså det for hensigtsmæssigt at anvende IAS/IFRS-regnskaberne eller at foretage de foreslåede justeringer.

104 Før det første har Kommissionen vedrørende påstanden om nødvendigheden af at anvende regnskaber udfærdiget i overensstemmelse med IAS/IFRS-standarderne angivet i beslutningens punkt 20, at det fremgår af forordningens artikel 1 og af Kommissionens meddelelse, at det generelle princip er, at omsætningen skal beregnes på grundlag af reviderede regnskaber, og at Kommissionen kun kan fravige dette princip i undtagelsestilfælde. Kommissionen har derpå konkluderet, at da det er fastslået på grundlag af den omsætning, som er angivet i Endesas reviderede regnskaber for 2004, at selskabet havde mere end to tredjedel af sin omsætning i Fællesskabet inden for Spanien, påhviler det Endesa at fremlægge dokumentation for, at der foreligger ekstraordinære omstændigheder, som kan begrunde anvendelsen af andre tal for omsætningen end dem, der er angivet i de reviderede regnskaber (beslutningens punkt 21).

105 Ganske vist angiver Kommissionen derpå i beslutningen, at Endesa ikke har fremlagt en sådan dokumentation (beslutningens præmis 23). Kommissionen har dog forklaret grundene til, at der ikke her i sagen foreligger ekstraordinære omstændigheder og angivet grundene til, at de regnskaber, som var udarbejdet i overensstemmelse med almindeligt anerkendte regnskabsprincipper (herefter »GRP«), burde lægges til grund, hvorfor den tilbageviste sagsøgerens argumenter.

106 Således har Kommissionen for det første angivet i beslutningen, dels at Endesa var lovmæssigt forpligtet til at udarbejde sine officielle koncernregnskaber for 2004 på grundlag af GRP, dels at kravet herom var i overensstemmelse med de dagældende EU-regnskabsregler. Endvidere har Kommissionen angivet, at Endesa ikke var forpligtet til at udarbejde de reviderede koncernregnskaber i overensstemmelse med IAS/IFRS-standarderne før det år, som startede med den 1. januar 2005. Endesa var alene forpligtet til at udarbejde IAS/IFRS-regnskaberne for 2004 med henblik på en sammenligning af de nye IAS/IFRS-regnskaber for regnskabsåret 2005 med de regnskaber, som var udarbejdet for det foregående år, hvilket også forklarer, hvorfor Endesa ikke var forpligtet til at revidere sine IAS/IFRS-regnskaber for 2004. Disse regnskaber er ikke endelige, og de kan ændres, såfremt de IAS/IFRS-standarder, hvorefter regnskaberne for 2005 skal udarbejdes, ikke er helt tilendebragt.

- 107 For det andet har Kommissionen forklaret i beslutningen, at det tilsigtede formål om en bedømmelse af virksomhedernes økonomiske styrke hverken kræver eller giver Kommissionen mulighed for i et individuelt tilfælde vedrørende anvendelsen af forordningens artikel 1 og 5 at foretage en generel vurdering af fordelene ved de forskellige regnskabsmetoder, som er foreskrevet i fællesskabsretten eller i medlemsstaternes lovgivning, navnlig når der kun findes regnskaber, der er revideret på grundlag af en af de gældende regnskabsstandarde, og denne standard var den, som var foreskrevet såvel i national ret som i fællesskabsretten på det pågældende tidspunkt. Efter Kommissionens opfattelse ville dette være i strid med de mindst lige så relevante formål om anvendelse af enkle og objektive kriterier til bestemmelse af Kommissionens kompetence på fusionsområdet og sikring af, at det generelle retssikkerhedsprincip overholdes. Kommissionens rolle begrænser sig til at undersøge visse af de tilpasninger, som kræves efter forordningens artikel 5 (beslutningens punkt 25).
- 108 Endvidere angives det i beslutningen, at den omstændighed, at fællesskabslovgiver har antaget, at IAS/IFRS-standarde, som er vedtaget i forordning nr. 1606/2002, skulle gøre det muligt at give et pålideligt billede af en virksomheds finansielle situation, ikke uden videre indebærer, at disse regnskabsstandarde er teknisk overlegne, da kravet om et pålideligt billede også ligger til grund for fællesskabsbestemmelserne om de tidligere nationale regnskabsstandarde (beslutningens punkt 26).
- 109 Endelig har Kommissionen angivet i beslutningen, at den ikke er af den opfattelse, at anvendelsen af IAS/IFRS-standarde må foretrækkes i den foreliggende sag for at sikre en ensartet anvendelse af bestemmelserne om kontrol med fusioner. Anvendelsen af ureviderede IAS/IFRS-regnskaber i den foreliggende sag vil indebære en forskelsbehandling i forhold til alle de sager, hvor Kommissionen har baseret sig på reviderede regnskaber for regnskabsåret 2004, som er udarbejdet i medfør af nationale standarde.
- 110 På grundlag af det anførte må det fastslås, at Kommissionen ikke har lagt bevisbyrden for godtgørelsen af, at fusionen har fællesskabsdimension eller national dimension, over på sagsøgeren, men dels har undersøgt fusionens dimension og

angivet grundene til, at man i den foreliggende sag burde basere sig på de regnskaber, der var udarbejdet på grundlag af GRP (jf. analogt dommen i sagen EDP mod Kommissionen, præmis 73), dels fastslået, at sagsøgeren ikke havde fremført nogen argumenter, der kunne anfægte denne analyse.

- 111 Det samme må — for det andet — anføres hvad angår den påståede nødvendighed af at foretage en række justeringer. Ganske vist har Kommissionen såvel hvad angår »pass through«-justeringen som hvad angår justeringen for gashandler, på ny anført i beslutningen (punkt 32 og 38), at Endesa ikke har fremlagt tilstrækkelig dokumentation for, at det var berettiget ifølge forordningens artikel 5 og meddelelsen at foretage sådanne justeringer i selskabets reviderede regnskaber. Det må dog fastslås, at Kommissionen ved tilbagevisningen af sagsøgerens argumenter har anført en række grunde til, at den ikke fandt det rigtigt at foretage de foreslåede justeringer, uden herved at vende bevisbyrden om.
- 112 Hvad således for det første angår »pass through«-justeringen har Kommissionen i beslutningen fremhævet (punkt 30-36), at meddelelsen ikke omhandler begrebet (delvis) »overvæltede indkomster« hidrørende fra salg af varer og præsteking af tjenesteydelser. Den har tilføjet, at de spanske el-distributionsvirksomheder ikke kan ligestilles med virksomheder, der kun opererer som mellemmand, og hvis omsætning alene består af de provisionsbeløb, de modtager. Kommissionen har i øvrigt anført, at risikoen for, at de endelige forbrugere ikke betaler den regulerede pris på elektricitet, bæres af distributionselskaberne og ikke af de selskaber, som administrerer transportnettene af el-producenterne eller af poolen.
- 113 Hvad for det andet angår justeringen vedrørende gashandler har Kommissionen i beslutningen erklæret (punkt 37-40), at disse handler må anses for transaktioner, hvorved Endesa sælger og køber en tilsvarende mængde gas, hvilket godtgøres af den omstændighed, at disse transaktioner faktureres særskilt. Kommissionen har

endvidere angivet, at den omstændighed, at salgs- og købsprisen er den samme, er uden betydning i denne forbindelse og alene betyder, at Endesa ikke har nogen fortjeneste af disse transaktioner som helhed.

114 Følgelig har Kommissionen heller ikke hvad angår disse justeringer skubbet bevisbyrden over på sagsøgeren. Tværtimod har den undersøgt de foreslåede justeringer og angivet sine grunde til, at de efter dens opfattelse ikke burde foretages.

115 I øvrigt bør det fremhæves, at Kommissionen ikke kan være forpligtet til i hvert enkelt tilfælde af egen drift at sikre sig, at de reviderede regnskaber, som den har fået forelagt, giver et pålideligt billede af de faktiske forhold, og til at undersøge alle tænkelige justeringer. Den er kun forpligtet hertil, når dens opmærksomhed henledes på særlige problemer, således som den har gjort i denne sag.

116 Endelig har sagsøgeren for det tredje gjort gældende, at der ikke i de sagsakter, som blev forelagt Kommissionen, findes noget holdepunkt for den antagelse, at de fremlagte oplysninger var utilstrækkelige. Sagsøgeren finder en sådan påstand grundløs efter gennemførelsen af en procedure, som varede næsten to måneder, og hvorunder selskabet samarbejdede tættest muligt med Kommissionen, som kunne have anmodet selskabet om alle de supplerende oplysninger, den fandt relevante.

117 Herom behøver alene bemærkes, at Kommissionen ikke begrænsede sig til at gøre gældende i beslutningen, at de af Endesa fremlagte oplysninger var utilstrækkelige. Hertil kommer, som anført af Kommissionen, at de drøftelser, der fandt sted mellem Endesa og Kommissionen under proceduren for denne, hovedsageligt havde en juridisk karakter og vedrørte fortolkningen af de bestemmelser, som fandt anvendelse. Det fremgår af beslutningens grunde til at afslå hensyntagen til

regnskaber, som var udarbejdet i overensstemmelse med IAS/IFRS-standarderne, og de foreslåede justeringer, at Kommissionen ikke har kritiseret sagsøgeren for at have forsømt at fremlægge de nødvendige faktiske oplysninger, men fastslog, at sagsøgerens argumenter ikke var overbevisende.

- 118 Under alle omstændigheder bemærkes, at Endesa hvad angår selskabets udsagn om, at dets reviderede regnskaber ikke burde anvendes, og at der burde foretages justeringer, som ikke var i overensstemmelse med sædvanlig praksis, indtog en stilling som klager i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i dommen i sagen Schlüsselerlag J.S. Moser m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 66. Når dette var tilfældet, var selskabet forpligtet til at præcisere sine argumenter og godtgøre disses berettigelse, navnlig henset til det bydende krav om en hurtig behandling, som kendetegner procedurer vedrørende kontrol med fusioner. Sagsøgeren har endnu mindre grundlag for at kritisere Kommissionen for at have vendt bevisbyrden om, når det tages i betragtning, at selskabet anfægtede sine egne regnskaber og derfor måtte have et præcist kendskab til alle relevante forhold.

- 119 Det følger af de anførte betragtninger, at det andet anbringende er ubegrundet.

Det tredje anbringende om, at der ikke er anvendt regnskaber udarbejdet i overensstemmelse med IAS/IFRS-regnskabsstandarderne

- 120 Sagsøgeren har opdelt anbringendet i tre led, for det første, at IAS/IFRS-standarderne, som var de eneste gældende regnskabsstandar, ikke er anvendt, for det andet, at der burde være givet IAS/IFRS-regnskabsstandarderne forrang, og for det tredje, at der er begået retlige fejl og anlagt en række åbenbare fejlskøn, som har påvirket afvisningen af de regnskaber, der blev udfærdiget i overensstemmelse med IAS/IFRS-regnskabsstandarderne.

Første led om, at der ikke er anvendt IAS/IFRS-standarderne, som var de eneste gældende regnskabsstandarder

— Parternes argumenter

- ¹²¹ Endesa har gjort gældende, at Kommissionen ikke har udtalt sig om den omstændighed, at de eneste gældende regnskabsstandarder på datoen for fremsættelsen af det offentlige tilbud om overtagelse, den 5. september 2005, var IAS/IFRS-standarderne. Når alle de nationale rammer for udarbejdelse af regnskaber var erstattet af IAS/IFRS-standarderne, var de eneste konsoliderede regnskaber, som kunne anvendes til bestemmelse af, om fusionen havde fællesskabsdimension, de regnskaber, der var udarbejdet i overensstemmelse med de gældende regnskabsstandarder.
- ¹²² Endesa anfører, at en fusions fællesskabsdimension må bestemmes på den dato, hvor anmeldelsespligten opstår. I den foreliggende sag opstod anmeldelsespligten på datoen for fremsættelsen af det offentlige tilbud om overtagelse. Ifølge forordningens artikel 5 omfatter omsætningen provenuet fra salg af varer og præstering af tjenesteydelser i forbindelse med de pågældende virksomheders ordinære drift inden for det sidste regnskabsår. Denne henvisning til driften inden for det sidste regnskabsår er kun en formel henvisning, som lovgiver anvender i en situation, hvor det er umuligt at tage hensyn til den aktuelle omsætning på tidspunktet for fusionens anmeldelse. Den omstændighed, at det er obligatorisk af praktiske grunde at henvise til det foregående regnskabsår, betyder ikke, at der skal eller kan anvendes retsregler, som er ophævet, eller tidligere gældende regnskabsstandarder.
- ¹²³ For at kunne bestemme omsætningen ved afgørelsen af, om en fusion har fællesskabsdimension, må det følgelig lægges til grund, at de eneste gyldige regnskabsstandarder var dem, som var gældende på den dato, da det offentlige tilbud om overtagelse af Gas Natural blev fremsat. Da der på denne dato fandtes

afstemte regnskaber, og da disse regnskaber endvidere var offentlige og endelige, burde Kommissionen kun have anvendt disse regnskaber ved vurderingen af fusionens fællesskabsdimension.

- 124 Beslutningen har ikke taget hensyn til, at bestemmelsen af omsætningen på europæisk niveau foretages efter principper, som er meget forskellige fra dem, der gælder i andre retssystemer, såsom retssystemet i De Forenede Stater. Også ifølge gældende ret i De Forenede Stater afgøres kompetencen på fusionsområdet på grundlag af resultaterne inden for det foregående regnskabsår, men uden hensyn til resultaterne efter dette regnskabsårs afslutning. Fællesskabslovgiver har derimod foretrukket at anvende kriteriet om de pågældende virksomheders faktiske økonomiske styrke på anmeldelsestidspunktet.
- 125 Kommissionen har med støtte fra intervenienterne gjort gældende, at påberåbelsen af den omstændighed, at de nye regnskabsbestemmelser var gældende i september 2005, alene har til formål at skjule, at det var obligatorisk at udarbejde regnskaberne for 2004 i overensstemmelse med GRP.

— Rettens bemærkninger

- 126 Endesa har gjort gældende, at Kommissionen ikke har taget hensyn til, at de eneste gældende regnskabsstandarder på datoen for fremsættelsen af det offentlige tilbud om overtagelse var IAS/IFRS-standarderne, hvilket gør beslutningen ugyldig.
- 127 Ifølge forordningens artikel 5 »[omfatter den] samlede omsætning [...] de deltagende virksomheders provenu fra salg af varer og præsteking af tjenesteydelser i sidste regnskabsår i forbindelse med deres ordinære drift [...]«.

- 128 Som sagsøgeren selv har erkendt, må forordningen nødvendigvis af praktiske grunde henvise til omsætningen i det foregående regnskabsår. Grunden hertil er, at der normalt kun findes reviderede regnskaber for hele det sidste regnskabsår, idet regnskaberne for senere perioder ikke udviser de garantier, som er knyttet til reviderede regnskaber.
- 129 Det er i den foreliggende sag ubestridt, at regnskaberne for det sidste regnskabsår i den i forordningens artikel 5 nævnte forstand er regnskaberne vedrørende regnskabsåret 2004. Endvidere skal bemærkes, at en virksomhed, som er forpligtet til at udarbejde årsregnskaber, som skal revideres, kun råder over én type officielle regnskaber, nemlig de regnskaber, som er udarbejdet og revideret i overensstemmelse med gældende lovgivning. Det kan ikke bestrides, at sagsøgerens årsregnskaber for regnskabsåret 2004, som var undergivet pligt til revision, skulle udarbejdes i overensstemmelse med de spanske GRP. Ganske vist fremlagde sagsøgeren regnskaber for regnskabsåret 2004, som var udarbejdet i overensstemmelse med IFRS-standarderne, men opfyldte ikke i øvrigt de lovmæssige forpligtelser i Spanien. Ifølge artikel 4 i forordning nr. 1606/2002 finder IFRS-standarderne først anvendelse og er først obligatoriske fra regnskabsåret 2005. Forordning nr. 707/2004 foreskriver alene, at regnskaberne for regnskabsåret 2004 skal »afstemmes med« IFRS-standarderne for at lette overgangen mellem de tidligere og nye standarder ved at give aktionærer og investorer en reference for sammenligning af regnskaberne for regnskabsåret 2005, som er de første regnskaber, der er udarbejdet i overensstemmelse med de nye standarder. I øvrigt udviser de »afstemte« regnskaber for regnskabsåret 2004, som alene er udfærdiget med henblik på en sammenligning, ikke de samme garantier som de officielle regnskaber, der er udarbejdet i overensstemmelse med GRP, og som er undergivet revisionspligt. Følgelig kan sagsøgerens argument om, at de nye IFRS-regnskabsbestemmelser var gældende på tidspunktet for fremsættelsen af det offentlige tilbud om overtagelse den 5. september 2005, ikke tillægges betydning.
- 130 Endvidere bemærkes, at sagsøgerens argumentation ville indebære, at man hver gang der sker forandringer i regnskabsbestemmelserne, måtte tilsidesætte de reviderede officielle regnskaber og kræve udarbejdet nye regnskaber i overensstemmelse med de principper, som er gældende på tidspunktet for anmeldelsespligtens opståen, hvilket hverken er rimeligt eller i overensstemmelse med et forsigtighedsprincip, da disse nye ureviderede regnskaber ikke udviser de samme garantier som de officielle revisionspligtige regnskaber.

131 Det er heller ikke korrekt, når sagsøgeren hævder, at Kommissionen har anvendt tidligere gældende regler, som siden hen er ophævet. Kommissionen har reelt ikke anvendt nogen regnskabsstandarde, men, som det er foreskrevet i forordningen, henvist til virksomhedernes regnskaber for sidste regnskabsår, som har karakter af fortidige omstændigheder, der bør vurderes i overensstemmelse med de dagældende standarder. Da sagsøgerens regnskaber for regnskabsåret 2004 i den foreliggende sag, som det er fastslået i det foregående, bør udarbejdes i overensstemmelse med GRP, kan sagsøgeren ikke med rette hævde, at Kommissionen har ladet hån om de pågældende bestemmelsers tidsmæssige anvendelsesområde. Da forordning nr. 1606/2002 først gjorde anvendelsen af IFRS-standarderne obligatorisk med hensyn til regnskaberne for regnskabsåret 2005, vil følgen af at give sagsøgeren medhold i virksomhedens opfattelse og anvende forordningen på regnskaberne for regnskabsåret 2004 tværtimod være, at forordningen får tilbagevirkende gyldighed. Hverken forordning nr. 1606/2002 eller forordning nr. 707/2004 indeholder i øvrigt grundlag for at antage, at fællesskabslovgiver har haft til hensigt, at de officielle regnskaber, som er udarbejdet i overensstemmelse med de gældende nationale regnskabsstandarde, ikke skulle finde anvendelse, men generelt skulle erstattes af de IFRS-afstemte regnskaber for regnskabsåret 2004, som udelukkende er udarbejdet i sammenlignende øjemed, eller erstattes heraf med henblik på anvendelsen af forordningen om kontrol med fusioner.

132 Hvad endelig angår argumentet om, at beslutningen ikke har taget hensyn til, at fastlæggelsen af omsætningen på europæisk plan sker efter andre principper end dem, der gælder efter andre retssystemer, bemærkes for det første, at det amerikanske system kun bekræfter nødvendigheden af en hurtig og forudsigelig afgørelse af, om en fusion skal anmeldes, og i bekræftende fald til hvilken myndighed. Endvidere bemærkes, at selv om det efter Fællesskabets ordning er muligt, i modsætning til hvad der gælder i De Forenede Stater, at tage hensyn til begivenheder, som er indtruffet i virksomheden efter afslutningen af det sidste regnskabsår, såsom overdragelse eller erhvervelse af virksomheder inden for det løbende regnskabsår, er det principielle formål hermed, som det fremgår af meddelelsen, at tage hensyn til ændringer, som er indtruffet i virksomhedens økonomiske situation, og ikke at foretage en fuldstændig revision af den regnskabsmæssige behandling af økonomiske forhold, som er uændrede. Det ville være i strid med de krav om retssikkerhed og hurtighed, som tilstræbes af fællesskabslovgiver, at lade fællesskabsforordningens anvendelighed på fusioner afhænge af, at Kommissionen foretog en fuldstændig nyvurdering af de pågældende virksomheders regnskabsmæssige situation.

133 Første led af det tredje anbringende må derfor forkastes.

Andet led vedrørende regnskabsstandarden IAS/IFRS' forrang

— Parternes argumenter

- 134 Endesa har gjort gældende, at Kommissionen i det mindste burde have fastslået, på grundlag af hvilke regnskabsstandarde — IAS/IFRS eller GRP — den faktiske omsætning for regnskabsåret 2004 kunne bestemmes med størst mulig præcision. Kommissionen burde i dette øjemed simpelthen have analyseret kendetegnene ved de forskellige regnskabsstandarde og de to regnskabsmetoder, som den havde til rådighed, hvoraf begge var gyldige, lovlige og endelige.
- 135 Hvis Kommissionen havde foretaget denne analyse, ville det efter Endesas opfattelse uvægerligt have resulteret i, at der måtte gives IAS/IFRS-regnskaberne forrang, da disse regnskaber tillægger substansen større betydning end formen i modsætning til, hvad der gælder med de standarde, som er fastlagt ved GRP, som er baseret på den modsatte fremgangsmåde, idet visse transaktioner, selv om de ikke har noget reelt økonomisk indhold, registreres i regnskaberne på grundlag af rent formelle elementer.
- 136 Endesa anfører, at beslutningens begrundelse (punkt 20) tager udgangspunkt i det generelle princip om, at omsætningen skal beregnes på grundlag af virksomhedens reviderede regnskaber, idet Kommissionen kun kan fravige dette princip i undtagelsestilfælde. Denne betragtning er åbenbart fejlagtig. Ikke blot antyder den, at Kommissionens forpligtelse til at fastslå fællesskabsdimensionen korrekt er begrænset til en simpel efterprøvelse af de pågældende virksomheders reviderede regnskaber, men hviler desuden på en klart ufuldstændig fortolkning af Kommissionens egen praksis og af Kommissionens meddelelser, idet den tillægger de reviderede regnskaber samme betydning som andre endelige regnskaber. Kommissionen henviser i beslutningen til meddelelsens punkt 26, men Kommissionen har i beslutningens begrundelse glemt, at der i meddelelsens punkt 26 tales om reviderede

regnskaber, men også om »andre endelige regnskaber«, hvorved forudsættes, at der kun i undtagelsestilfælde kan anvendes regnskaber, som ikke er endelige.

- 137 Ifølge Endesa gør Kommissionen sig skyldig i en uacceptabel tilsidesættelse af sine forpligtelser efter fællesskabsretten, hvorefter den har pligt til at udøve sin enekompetence uden at forskanse sig bag formodninger om de reviderede regnskabers overensstemmelse med fællesskabsretten. Sådanne formodninger, som Kommissionen har anlagt til formålet, har ingen støtte i nogen af forordningens bestemmelser, som dels ikke omhandler spørgsmålet, hvorvidt regnskaberne er reviderede eller ikke reviderede, men desuden indeholder en præcis og ubetinget forpligtelse for Kommissionen til i hvert enkelt tilfælde at bestemme de pågældende virksomheders reelle omsætning. Det er kun i Kommissionens meddelelse, at der tales om reviderede regnskaber, hvilket under ingen omstændigheder kan ændre forordningens indhold eller rækkevidde. Hvis der er konflikt mellem de to retsakter, skal der anvendes princippet om retsakters indbyrdes rangorden (Domstolens dom af 28.1.1992, sag C-266/90, Soba, Sml. I, s. 287, og af 16.6.1994, sag C-322/93 P, Peugeot mod Kommissionen, Sml. I, s. 2727, samt Rettens dom af 12.12.1996, sag T-380/94, AIUFFASS og AKT mod Kommissionen, Sml. II, s. 2169). I den foreliggende sag ligestiller meddelelsen imidlertid reviderede regnskaber og andre endelige regnskaber, dvs. regnskaber vedrørende et fuldstændigt og afsluttet skatteår.

- 138 Endvidere anfører Endesa, at Kommissionens opfattelse på dette punkt er i strid med dens egen praksis. Således har Kommissionen i en tidligere sag (M.705 Deutsche Telekom/SAP) accepteret, at der blev anvendt de seneste ureviderede regnskaber, fordi de udviste væsentlige forskelle i forhold til de reviderede regnskaber, og fordi kun disse regnskaber godtgjorde fusionens fællesskabsdimension. Også i sag M.2340 EDP/Cajastur/Caser/Hidroeléctrica del Cantábrico har Kommissionen accepteret, at der blev uanvendt ureviderede regnskaber.

- 139 Endesa gør gældende, at Kommissionen har begået en yderligere fejl ved at antage, at Endesas koncernregnskaber, som var udarbejdet i overensstemmelse med IAS/IFRS-standarderne, og som blev bekendtgjort fem måneder før fremsættelsen af det offentlige tilbud om overtagelse, ikke udgjorde endelige regnskaber. Kommissionen

har hverken taget hensyn til, at regnskaberne IAS/IFRS udgjorde en afstemning af de reviderede regnskaber for 2004 i forhold til de nye regnskabsstandarder, eller til, at alle de børsnoterede virksomheder fremlagde deres koncernregnskaber for 2004, som var blevet afstemt med IAS/IFRS-regnskabsstandarderne (herefter »de afstemte regnskaber«) for Comisión Nacional del Mercado de Valores (National Kommission for Aktiemarkedet, herefter »CNMV«), samt alle de periodiske oplysninger for regnskabsåret 2004, eller til, at det er de sidstnævnte regnskaber, som lægges til grund på markedet.

140 Hermed har Kommissionen ikke blot tilsidesat kompetencereglerne ved at anlægge en ugyldig formodning i forordningen til fordel for reviderede regnskaber, men har også anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at antage, at IAS/IFRS-regnskaberne ikke var endelige. Begrundelsen på dette punkt er endvidere selvmodsigende, da Kommissionen på den ene side gør gældende, at der ikke er taget hensyn til IAS/IFRS-regnskaberne, fordi de ikke er reviderede (hvorved Kommissionen har glemt henvisningen i meddelelsens punkt 26 til »andre endelige regnskaber«), og på den anden side hævder, at grunden til afslaget derpå er, at de ikke er endelige. Følgelig bør beslutningen annulleres på grund af disse mangler, i det omfang den ikke fastslår, hvilke af koncernregnskaberne for 2004 der bedst opfyldte kravene i forordningens artikel 5.

141 Kommissionen har med støtte fra intervenienterne gjort gældende, at sagsøgeren fejlagtigt er gået ud fra, at GRP og IAS/IFRS-regnskaberne for 2004 har samme status, og tilføjer, at de IAS/IFRS-regnskaber for 2004, som sagsøgeren har fremlagt, ikke kan betragtes som endelige.

— Rettens bemærkninger

142 Hvad for det første angår påstanden om, at sagsøgerens afstemte regnskaber er mere adækvate, bemærkes først, at Kommissionen i beslutningens punkt 19-27 har angivet grundene til, at sagsøgerens omsætning burde bestemmes på grundlag af de

officielle regnskaber, som var udarbejdet i overensstemmelse med GRP og ikke på grundlag af de afstemte regnskaber. Som anført ovenfor har Kommissionen på dette punkt med rette gjort gældende, at Endesa var lovmæssig forpligtet til at udarbejde sine officielle koncernregnskaber for regnskabsåret 2004 i overensstemmelse med GRP, at dette krav var i overensstemmelse med de dagældende regnskabsregler i Fællesskabet, og at de afstemte regnskaber kun skulle udarbejdes i sammenlignende øjemed.

¹⁴³ Det skal endvidere fastslås, som det er angivet i beslutningens punkt 25 og 26, at der ikke kan gives sagsøgeren medhold i argumentet om, at IFRS-regnskabsprincipperne giver et mere nøjagtigt billede af virksomhedernes økonomiske styrke.

¹⁴⁴ For det første forpligter formålet om en bedømmelse af virksomhedernes økonomiske styrke ikke Kommissionen til i et individuelt tilfælde for anvendelse af forordningens artikel 1 og 5 til at foretage en generel vurdering af de fordele, som er knyttet til de forskellige regnskabsmetoder, som er foreskrevet i fællesskabsretten, navnlig ikke, når der findes regnskaber, som er revideret i overensstemmelse med én af disse regnskabsstandarde, og denne netop var den standard, som var foreskrevet såvel i national ret som i den på daværende tidspunkt gældende fællesskabsret.

¹⁴⁵ For det andet er der intet grundlag for sagsøgerens udsagn om, at IFRS-standarde bedst afspejler de økonomiske realiteter, fordi de i højere grad bygger på substansen end på formen i modsætning til, hvad der gælder efter GRP-standarde. Som det er anført i beslutningens punkt 26, indebærer den omstændighed, at fællesskabslovgiver fandt, at de internationale regnskabsstandarde, som blev vedtaget ved forordning nr. 1606/2002, burde give mulighed for at opnå et pålideligt billede af virksomhedernes finansielle situation, ikke uden videre, at disse standarde er teknisk overlegne ved anvendelsen af artikel 5 i fusionsforordningen i forhold til de regnskabsstandarde, som var gældende ifølge medlemsstaternes lovgivning indtil den 1. januar 2005. Forordning nr. 1606/2002, som er vedtaget på grundlag af artikel 95, stk. 1, EF, udgør en harmoniseringsforanstaltning og indeholder ingen værdidom vedrørende de forskellige nationale standarde. Desuden er det, som

anført af Gas Natural, foreskrevet i de mange spanske regnskabsstandards, som anvender GRP, at der altid bør tillægges substansen større betydning end formen, og den generelle regnskabsplan lægger vægt på, at regnskaberne skal give et »pålideligt billede«, dvs. en »mekanisme, der kan udtrykke de økonomiske realiteter bag de foretagne transaktioner«.

146 Hvad for det andet angår sagsøgerens argument om, at virksomhedens afstemte regnskaber måtte anses for »andre endelige regnskaber« i meddelelsens punkt 26's forstand, bemærkes, at de pågældende virksomheders omsætning, som det fremgår af meddelelsen, skal beregnes på grundlag af pålidelige, objektive og let identificerbare tal. Selv om det angives i meddelelsens punkt 26, at Kommissionen »derfor generelt [vil] lægge reviderede eller alle andre endelige regnskaber til grund [...]«, og at Kommissionen »under alle omstændigheder [er] tilbageholdende med at anvende interne regnskaber eller enhver anden form for foreløbige regnskaber, medmindre der er tale om ekstraordinære omstændigheder«, er dette ikke ensbetydende med, at meddelelsen ligestiller reviderede regnskaber og »andre endelige regnskaber«. Meddelelsens punkt 26 kan ikke fortolkes således, at den indeholder flere valgmuligheder, som der kan vælges frit imellem, men at den har til formål at dække de særlige situationer, hvor der ikke findes reviderede regnskaber for det sidste regnskabsår. Meddelelsens punkt 27 omhandler i øvrigt kun de senest reviderede regnskaber og ikke »andre endelige regnskaber«. I den foreliggende sag er det ubestridt, at der findes reviderede regnskaber for regnskabsåret 2004, hvorfor der ikke er grundlag for at tage hensyn til andre endelige regnskaber.

147 Under alle omstændigheder må det konstateres, at sagsøgeren ikke har kunnet godtgøre, at de afstemte regnskaber, som virksomheden har fremlagt for Kommissionen, er endelige regnskaber.

148 Det er herom tilstrækkeligt at henvise til ordlyden af Endesas bemærkninger vedrørende selskabets afstemte regnskaber, som det meddelte CNMV den 5. april 2004. I den del af bemærkningerne, som vedrører »generelle betragtninger«, anfører Endesa, at »opgørelserne vedrørende status og de konsoliderede resultatopgørelser for regnskabsåret 2004, som blev udarbejdet i overensstemmelse med IAS/IFRS-

kriterierne for vurdering og klassificering, er pro forma-opgørelser, der udelukkende skal anvendes til en sammenligning med opgørelserne for 2005, det første regnskabsår, hvor regnskaberne blev udarbejdet i overensstemmelse med IFRS« (s. 3, punkt 1). I øvrigt mener Endesa, at der findes flere undtagelser i forbindelse med den første anvendelse af IAS/IFRS-standarderne (s. 13). Endelig forklarer Endesa i den juridiske kommentar II (s. 34), at Rådet for Internationale Regnskabsstandarder (International Accounting Standard Board; IASB) kan tænkes at offentliggøre nye regnskabsstandarder, som finder anvendelse fra den 1. januar 2005, at der endnu ikke findes nogen kompetent myndighed til at føre tilsyn med overholdelsen af standarderne, og som kan rådspørges derom, at de heraf følgende ændringer og udviklingen af gældende praksis inden for denne sektor også kan påvirke den måde, standarderne fortolkes på, og at oplysningerne følgelig kan tænkes at blive ændret, inden de offentliggøres (i 2006) i sammenlignende øjemed i årsregnskaberne for regnskabsåret 2005.

149 Det må derfor antages, at de afstemte regnskaber, som er fremlagt af Endesa, ikke kan anses for »endelige regnskaber« i meddelelsens forstand.

150 Hvad angår de to sager, som sagsøgeren har påberåbt sig, og hvori Kommissionen accepterede, at der blev anvendt de seneste ureviderede regnskaber, er det tilstrækkeligt at anføre, at fusionen i disse to sager blev anmeldt i begyndelsen af året (den første i februar 1996 og den anden i februar 2001), og at de pågældende virksomheder endnu ikke rådede over reviderede regnskaber for sidste regnskabsår. Det var derfor nødvendigt enten at anvende de reviderede regnskaber for det foregående regnskabsår (henholdsvis 1994 og 1999) eller at anvende regnskaberne for sidste regnskabsår, som allerede var afsluttet, selv om de endnu ikke var revideret. I øvrigt afspejlede de ældste regnskaber i de to sager ikke de væsentlige ændringer, som var sket i virksomhedernes økonomiske aktivitet inden for det sidste regnskabsår, hvorfor en anvendelse heraf ville have været i strid med forordningens artikel 5. Følgelig adskiller omstændighederne i de to sager sig afgørende fra omstændighederne i den foreliggende sag.

151 Det følger af det anførte, at de af Endesa fremlagte regnskaber, som er udarbejdet i overensstemmelse med IAS/IFRS-standarderne, ikke kan anses for endelige, hvorfor argumentet om, at Kommissionen burde have givet dem forrang, under alle omstændigheder ikke kan tages til følge.

152 Det følger af de anførte betragtninger, at andet led af det tredje anbringende må forkastes.

Tredje led om, at der er begået retsvildfarelser og åbenbare fejlskøn, som berører afvisningen af de afstemte regnskaber

— Parternes argumenter

153 Endesa har for det første gjort gældende, at Kommissionens grunde til at afvise selskabets argumenter vedrørende hensigtsmæssigheden af at anvende de afstemte regnskaber er åbenbart fejlagtige, for det andet, at der i denne sag foreligger ekstraordinære omstændigheder, som i hvert fald begrunder anvendelsen af de afstemte regnskaber, og for det tredje, at beslutningens grunde, hvorefter det er uforeneligt med formålet om enkelhed, det generelle retssikkerhedsprincip og kravet om en ensartet anvendelse af forordningen at anvende de afstemte regnskaber, åbenbart er fejlagtige.

154 Endesa anfører for det første, at betragtningerne i beslutningens punkt 24 er ufuldstændige, da de ikke tager hensyn til, at datoen for overgangen til IAS/IFRS-standarderne, som det er fastsat i IFRS-1, der er vedtaget ved forordning nr. 707/2004, er den 1. januar 2004. Nærmere bestemt har fællesskabslovgiver gjort det obligatorisk for børsnoterede virksomheder at udarbejde konsoliderede og afstemte regnskaber i det mindste for året 2004. I Spanien fastsatte CNMV den

31. august 2005 som sidste dato for fremlæggelse af de afstemte regnskaber for regnskabsåret 2004. Dette efterkom Endesa den 5. april 2005. Det fremgår, såfremt der anlægges en sammenhængende og fuldstændig fortolkning af fællesskabslovgivers hensigt — i modsætning til den ufuldstændige fortolkning, Kommissionens har anlagt — at regnskabsåret 2004 var en overgangsperiode, hvorunder der var to forskellige regnskabsstandarder i kraft samtidig som følge af lovgivningens krav herom.

155 Endesa har endvidere fremhævet, at Kommissionen har angivet i beslutningen, ligeledes i punkt 24, at IAS/IFRS-regnskaberne for regnskabsåret 2004 kunne ændres og alene var udarbejdet i sammenlignende øjemed, hvilket godtgjordes af, at Endesa ikke var lovmæssigt forpligtet til at lade disse regnskaber revidere. Kommissionen er imidlertid tilsyneladende ikke bekendt med, at alle en virksomheds regnskaber er udarbejdet i sammenlignende øjemed, og at IAS/IFRS-regnskaberne for regnskabsåret 2004 er udarbejdet til opfyldelse af en fællesskabsretlig forpligtelse. Begrundelsen for, at der ikke består nogen forpligtelse til at revidere disse regnskaber, er de særlige omstændigheder, som gælder under en overgangsperiode. Det ville være absurd, såfremt fællesskabslovgiver eller den nationale lovgiver ud over den forøgelse af omkostningerne, der er forbundet med at overgå til en anden regnskabsmetode, forøgede omkostningerne yderligere ved et krav om udarbejdelse af dobbelte regnskaber for samme regnskabsår, da IAS/IFRS-regnskaberne for regnskabsåret 2004 udgør en tilnærmelse til de afstemte regnskaber for samme regnskabsår og har samme regnskabsmæssige og retlige værdi.

156 Påstanden om, at IAS/IFRS-standarderne kan tænkes at blive ændret indtil slutningen af regnskabsåret 2005 — hvilket ifølge beslutningen udelukker, at regnskaberne kan betragtes som endelige — beror på et ukendskab til de regnskabsstandarder, som er foreskrevet af fællesskabslovgiver, og de gennemførelsesforordninger, som Kommissionen selv har vedtaget i de sidste måneder. For det første finder det nye regnskabssystem anvendelse fra den 1. januar 2005, og den omstændighed, at Kommissionen har vedtaget visse regnskabsbestemmelser inden for det nye system efter fremsættelsen af det offentlige tilbud om overtagelse, påvirker ikke regnskabernes endelige karakter, da Endesas afstemte regnskaber blev udarbejdet på grundlag af sikre og endelige data under anvendelse af de regnskabsregler, som blev anvendt indtil da ved gennemførelsen af IAS/IFRS-standarderne. Opfattelsen om, at disse regnskaber ikke er endelige, fordi der

efterfølgende er tilføjet andre bestemmelser inden for de nye retlige rammer, er ligeså absurd som at påstå, at der aldrig findes nogen endelige regnskaber, fordi tilpasningen og udviklingen af et regnskabssystem er en vedvarende proces.

157 For det andet berører de nyligt og med tilbagevirkende kraft vedtagne regler under ingen omstændigheder Endesas regnskaber, da reglerne vedrører finans- og forsikringssektoren og ikke elektricitetssektoren. I øvrigt påvirker ændringerne vedrørende IAS 39 ikke fastsættelsen af omsætningen, da de kun angår den regnskabsmæssige behandling af finansielle instrumenter. Desuden er der ikke siden den dato, hvor Gas Natural fremsatte sit offentlige tilbud om overtagelse af Endesa, foretaget nogen ændringer i IAS/IFRS-standarderne, som påvirker bogføringen af indkomsterne for regnskabsåret 2004 eller 2005 og kan ikke længere foretages sådanne ændringer.

158 Ingen af Kommissionens argumenter giver derfor støtte for antagelse, at de konsoliderede regnskaber for regnskabsåret 2004, som er udarbejdet i overensstemmelse med IAS/IFRS-standarderne, ikke er endelige regnskaber. Det er klart i strid med fællesskabslovgivers hensigt at udskyde anvendelsen af IAS/IFRS-regnskaberne for 2004 indtil afslutningen af regnskabsåret 2005. Fællesskabslovgiver har foreskrevet, at Fællesskabets regnskabsstandards skal anvendes fra den 1. januar 2005 og ikke fra den 1. januar 2006. Følgelig skal alle de regnskabsoplysninger, som børsnoterede selskaber skal offentliggøre i 2005, uanset om de vedrører regnskabsåret 2005 eller 2004, alene afgives i overensstemmelse med IAS/IFRS-standarderne.

159 Heraf konkluderer Endesa, at selv om der foretages ændringer i standarderne, da en fuldstændiggørelse af regnskabssystemet er en vedvarende proces, ændrer dette, som Kommissionen selv gentagne gange har erkendt, intet ved, at det »[i] henhold til forordning [...] nr. 1606/2002 er [...] en målsætning for Kommissionen at have en stabil platform af internationale regnskabsstandards, der kan gælde fra den 1. januar 2005« (fjerde betragtning til Kommissionens forordning (EF) nr. 2086/2004 af 19.11.2004 om ændring af forordning nr. 1725/2003 (EUT L 363, s. 1) og anden betragtning til Kommissionens forordning nr. 2238/2004 af 29.12.2004 om ændring af forordning nr. 1725/2003 (EUT L 394, s. 1)).

- 160 Vedrørende beslutningens punkt 25 bemærker Endesa, at beslutningen ikke angiver nogen grunde til, at Kommissionen ikke skulle kunne vurdere de forskellige regnskabsmetoder, som står til rådighed. Kommissionens opfattelse på dette punkt er klart i strid med meddelelsens punkt 60, hvori Kommissionen selv angiver, at det er muligt »at tage hensyn til de forskellige regnskabsregler, navnlig reglerne for opstilling af konsoliderede regnskaber, der i en vis grad er harmoniseret, men ikke identiske, i EF«, og at »[d]ette gælder for alle typer virksomheder, der er omfattet af fusionsforordningen [...]«. Selv om dette punkt i meddelelsen hovedsageligt sigter til holdingselskaber, angiver det dog, at muligheden for at tage hensyn til forskellige regnskabsstandarder gælder for alle virksomheder, uanset hvilken sektor de tilhører.
- 161 Endesa rejser også indvendinger over for erklæringen i beslutningens punkt 25, hvorefter »Kommissionens rolle, som denne er detaljeret beskrevet i meddelelsen om beregningen af omsætningen, begrænser sig til en undersøgelse af de særlige justeringer, som skal foretages ifølge forordningens artikel 5 [...]«, og er tværtimod af den opfattelse, at forpligtelsen efter forordningens artikel 5 af hensyn til fastsættelsen af de pågældende virksomheders faktiske omsætning også omfatter en undersøgelse af ækvivalensen i virksomhedernes regnskaber.
- 162 Også på dette punkt er udsagnene i beslutningen efter Endesas opfattelse i klar modstrid med meddelelsen, ifølge hvis punkt 26 »Kommissionen søger at anvende de mest nøjagtige og pålidelige tal, der foreligger«. I det foreliggende tilfælde fandtes der som følge af det harmoniseringsarbejde, som er udført af Fællesskabets institutioner, to konsoliderede regnskaber for regnskabsåret 2004, og det var nødvendigt at afgøre, hvilket af dem der var det mest nøjagtige og pålidelige. Når man tager rapporterne fra virksomhedens eksterne revisorer i betragtning, som Kommissionen ikke har nævnt en eneste gang i beslutningen, fremgår det klart, at de konsoliderede regnskaber, som er udarbejdet i overensstemmelse med de spanske regnskabsstandarder, i væsentlig grad giver et falsk billede af driftsindtægterne for en virksomhed, som er aktiv inden for elektricitetssektoren.

163 Hvad angår Fællesskabets regnskabsstandards tekniske fortrin frem for de nationale standarder, som Kommissionen har betvivlet i beslutningens punkt 26, anfører Endesa, at Kommissionen i de forberedende arbejder til forordning nr. 1606/2002 udtrykkeligt har henvist til nødvendigheden af at forbedre, harmonisere og gøre de finansielle oplysninger mere pålidelige end foreskrevet i Rådets fjerde direktiv 78/660/EØF af 25. juli 1978, som er udstedt på grundlag af traktatens artikel 54, stk. 3, litra g), og som vedrører årsregnskaberne for visse selskabsformer (EFT L 222, s. 11). Hvis det sidstnævnte direktiv havde skabt sikkerhed for, at der afgives lige så klare og pålidelige oplysninger som dem, der kræves efter det nye regnskabssystem, havde det været overflødigt at indføre dette, i hvilken forbindelse Endesa tilføjer, at Kommissionen ikke har taget hensyn til udtalelserne fra Endesas eksterne revisorer, som giver en præcis forklaring på forskellene mellem resultaterne i de regnskaber, som udarbejdes i overensstemmelse med de forskellige regnskabsstandarder.

164 De grunde, der er angivet i beslutningen, og hvorefter såvel Fællesskabets nuværende regnskabsstandarder som de tidligere standarder har til formål at give et pålideligt billede af virksomhedernes faktiske økonomiske forhold, tager ikke hensyn til de konkrete forskelle mellem en delvis og fuldstændig harmonisering af standarderne og til fællesskabsrettens grundlæggende principper og almindelig sund fornuft. Kommissionen har i øvrigt selv fastslået, at de tidligere regnskabsdirektiver »ikke længere opfyldte behovet hos virksomheder, som ønsker at skaffe kapital på europæisk eller internationalt niveau« (jf. punkt 9 i Kommissionens meddelelse til Rådet og Europa-Parlamentet af 13.6.2000, KOM(2000) 359 endelig) og har endvidere erkendt, at »IAS-standarderne udgør [...] et udtømmende og begrebsmæssigt solidt regelsæt vedrørende finansoplysningerne, som burde opfylde det internationale erhvervslivs behov«.

165 Videre anfører Endesa, at det også var en fejl, når Kommissionen antog, at der kun kan anvendes ureviderede regnskaber i undtagelsestilfælde. Denne fortolkning fremgår hverken udtrykkeligt eller stiltiende af forordningen, som er den eneste præceptive forordning på området, og er heller ikke i overensstemmelse med indholdet af meddelelsens punkt 26, hvorefter det alene er nødvendigt at godtgøre,

at der foreligger ekstraordinære omstændigheder, såfremt der påtænkes anvendt interne regnskaber eller regnskaber, som ikke er endelige.

166 Selv om der gives Kommissionen medhold i dens opfattelse, må der i den foreliggende sag antages rent faktisk at foreligge ekstraordinære omstændigheder. For det første er spørgsmålet om, hvorvidt der skal anvendes den ene eller anden regnskabsstandard, i sig selv ekstraordinær. For det andet udviser Endesas indtægter en forskel på 4,4 mia. EUR ved anvendelse af forskellige regnskabssystemer, hvilket er et sjældent fænomen, der forekommer på meget få markeder, hvorfor anvendelsen af et andet regnskabssystem i sig selv må anses for et ekstraordinært element, som har stor betydning for det spanske elektricitetsmarked, hvor den omstændighed, at der er oprettet en obligatorisk pool, finansielt set medfører en kunstig fordobling af transaktionerne, hvis ikke der foretages en udligning af de pågældende konti, således som det kræves efter det nye regnskabssystem.

167 I øvrigt bestrider Endesa de grunde, der er angivet i beslutningens præmis 25, og hvorefter anvendelsen af IAS/IFRS-regnskaberne er i strid med et andet »lige så legitimt formål, som er at anvende enkle og objektive kriterier for bestemmelse af Kommissionens kompetence i fusionssager og i strid med det generelle retssikkerhedsprincip«.

168 Hvad angår spørgsmålet om objektivitet anfører Endesa, at Kommissionen ikke har forklaret grundene til, at IAS/IFRS-regnskaberne skulle være mindre objektive end andre regnskaber, og at den har overset, at Endesas eksterne revisorer har bekræftet, at de var baseret på korrekte og reviderede data, og at også afstemningsmetoden var korrekt.

- 169 Hvad angår spørgsmålet om enkelthed har alle børsnoterede virksomheder i Fællesskabet for flere år siden modtaget oplysning om, at der ville blive indført nye kriterier, og været bekendt med, at 2004 ville blive et overgangsår. Endesa tilføjer, at betragtningen, hvorefter kravet om enkelthed i fortolkningsreglerne er et formål af lige så stor retlig værdi som forpligtelsen til at afgrænse Kommissionens kompetence korrekt, er vanskeligt foreneligt med tilkendegivelsen i meddelelsens punkt 60 og 61 af, at det er nødvendigt at foretage en minutøs, stringent og om nødvendigt bekostelig undersøgelse af regnskaberne, når omsætningen ligger tæt op ad forordningens tærskelværdier (sag IV/M.213 — Hong Kong and Shangai Bank/ Midland).
- 170 Hvad angår retssikkerhedsprincippet fremgår det af Domstolens praksis, at dette princip skal sikre, at reguleringen er »klar og utvetydig, for at borgerne ikke skal være i tvivl om deres rettigheder og pligter og kan handle derefter« (Domstolens dom af 9.7.1981, sag 169/80, Gondrand Frères og Garancini, Sml. s. 1931, af 13.2.1996, sag C-143/93, van Es Douane Agenten, Sml. I, s. 431, præmis 27, og af 14.4.2005, sag C-110/03, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 2801). Det betyder ikke, at det i alle tilfælde er »let« at fastslå omsætningen, og gør det ikke berettiget at undlade at tage hensyn til alle forhåndenværende oplysninger. Endesa erindrer om, at en afstemning af regnskaberne udgør en forpligtelse ifølge Fællesskabets regler, som enhver påpasselig erhvervsdrivende har måttet være bekendt med igennem flere år, og at de erhvervsdrivende ikke har krav på beskyttelse, »[n]år forudseende og påpasselige erhvervsdrivende kan påregne gennemførelsen af en fællesskabsforanstaltning« (Domstolens dom af 15.7.2004, forenede sager C-37/02 og C-38/02, Di Lenardo og Dilexport, Sml. I, s. 6911, præmis 70). I den foreliggende sag var IAS/ IFRS-standarderne klare, præcise og velkendte for enhver forudseende og påpasselig erhvervsdrivende på tidspunktet for fremsættelsen af det offentlige tilbud om overtagelse, hvorfor retssikkerhedsprincippet ikke er tilsidesat.
- 171 Hvad angår den sidstnævnte grund, som er nævnt i beslutningens punkt 27, hvorefter »anvendelsen af ureviderede IFRS-tal i den foreliggende sag vil medføre en forskelsbehandling i forhold til alle de øvrige sager, hvor Kommissionen har baseret sig på tal, som i de reviderede regnskaber for 2004 blev beregnet på grundlag af nationale standarder«, anfører Endesa, at Kommissionen ikke har taget hensyn til gældende retspraksis, hvorefter der foreligger en forskelsbehandling ikke blot, når to ens situationer behandles forskelligt, men også, når to forskellige situationer

behandles ens. Endesa har fremlagt flere rapporter under den administrative procedure, som forklarer den særlige regnskabsmæssige behandling, som anvendes over for virksomheder inden for den spanske elektricitetssektor, og som ikke gælder for andre spanske virksomheder eller for virksomheder inden for samme sektor eller andre sektorer, der er hjemmehørende i andre medlemsstater.

172 Når henses til karakteren af de tidligere regnskabsstandarder, der ikke indeholdt mulighed for udligning af konti, medfører den omstændighed, at etableringen af en pool i Spanien er obligatorisk, bl.a. at transaktioner mellem virksomheder inden for samme koncern, eller transaktioner, som i sidste ende kun beror på en enkelt økonomisk transaktion, regnskabsføres to gange. Det er derfor reelt selve beslutningen, som medfører en forskelsbehandling. Hvis samme transaktion var blevet foretaget mellem virksomheder af samme størrelse som Gas Natural og Endesa, men inden for andre økonomiske sektorer eller i andre lande inden for Fællesskabet, ville de pågældende virksomheders omsætning være blevet beregnet således, at dobbelte konti blev undgået.

173 Af samtlige disse grunde er Endesa af den opfattelse, at Kommissionen dels har fejlvurderet de af Endesa fremlagte oplysninger, hvilket indebærer, at beslutningens begrundelse er helt ufuldstændig, dels har gjort sig skyldig i et åbenbart fejlskøn ved ikke at anvende de principper, som fremgår af forordningens artikel 5 og meddelelsen.

174 Kommissionen har med støtte fra intervenienterne gjort gældende, at samtlige sagsøgerens argumenter er ubegrundede.

— Rettens bemærkninger

175 Hvad for det første angår sagsøgerens argumenter om, at Kommissionen har begået en fejl ved at afvise muligheden af at anvende afstemte regnskaber, er det

tilstrækkeligt at henvise til gennemgangen af de to første led af anbringendet. Det er allerede anført i det foregående, at de eneste af Endesas regnskaber, som gyldigt kunne lægges til grund for vurderingen af, om fusionen har fællesskabsdimension eller national dimension, er de regnskaber for regnskabsåret 2004, som er udarbejdet i overensstemmelse med de spanske lovbestemmelser, som var i kraft på tidspunktet for fremsættelsen af det offentlige tilbud om overtagelse, der var efterprøvet af revisorerne og godkendt af aktionærene, og at de afstemte regnskaber, som sagsøgeren fremlagde for Kommissionen, og som alene var udarbejdet i sammenlignende øjemed, i hvert fald ikke kunne anses for endelige. I øvrigt bekræftes den omstændighed, at sagsøgerens afstemte regnskaber ikke var endelige, af den omstændighed, at sagsøgeren den 19. september 2005 ændrede disse regnskaber for at foretage visse justeringer, som indebar, at omsætningen i Spanien udgjorde 111 mio. EUR mindre i forhold til de regnskaber, som var udarbejdet i overensstemmelse med IFRS-standarderne og forelagt for CNMV den 5. april 2005. Endelig ændrer den omstændighed, at de justeringer i IAS/IFRS-standarderne, som blev foretaget efterfølgende, ikke vedrørte elektricitetssektoren, ikke ved, at de IAS/IFRS-standarder, som skulle anvendes i regnskabsåret i 2005, endnu ikke var faste og endegyldige i september 2005, og i særdeleshed ved, at der endnu ikke fandtes nogen myndighed, som kunne fortolke disse nye standarder. I øvrigt må det fastslås, at Endesas egen revisor selv har erklæret, at han ikke kunne udtale sig om gyldigheden af de anvendte afstemningsmetoder.

- 176 Hvad for det andet angår de ekstraordinære omstændigheder, som skulle begrunde anvendelsen af afstemte regnskaber, bemærkes, at ingen af de fremførte omstændigheder kan anses for ekstraordinære. Hvad for det første angår de særlige forhold inden for elektricitetssektoren i Spanien, er det tilstrækkeligt at konstatere, at poolen har eksisteret i Spanien siden 1998, og at hverken Endesa eller nogen andre virksomheder inden for sektoren har angivet, at det var nødvendigt at foretage en justering af deres GRP-regnskaber inden for nogen af de procedurer for kontrol med nationale eller fællesskabsfusioner, som de har deltaget i. Endvidere skal bemærkes, at de af sagsøgeren påståede særegenheder og alvorlige fordrejninger af regnskaberne for virksomhederne inden for elektricitetssektoren i Spanien heller ikke har karakter af ekstraordinære omstændigheder. Muligheden for at foretage eventuelle justeringer for at tage hensyn hertil kan nemlig undersøges uafhængigt af regnskabssystemet. I den foreliggende sag har Kommissionen i øvrigt undersøgt de væsentligste justeringer, som sagsøgeren har foreslået på dette punkt.

- 177 For det andet kunne den omstændighed, at IAS/IFRS-standarderne var tiltænkt at skulle afløse GRP fra regnskabsåret 2005, ikke anses for ekstraordinært, og det samme gælder nødvendigheden af at udarbejde afstemte regnskaber for 2004 i et sammenlignende øjemed. Ganske vist udgør en ændring af regnskabsreglerne en hændelse af betydning, som forekommer sjældent i en virksomheds aktiviteter, men sagsøgeren har ikke fremført nogen omstændigheder med grundlag i forordningens ordlyd og formål, som kan gøre denne ændring til en ekstraordinær omstændighed. I øvrigt indebærer en obligatorisk anvendelse af de nye regnskabsstandarde ikke nødvendigvis, at de regnskabsregler, som gjaldt tidligere, var upålidelige eller upræcise.
- 178 For det tredje kan den omstændighed, at anvendelsen af forskellige regnskabs-systemer medfører en forskel på 4,4 mia. EUR i Endesas indkomster, heller ikke anses for en ekstraordinær omstændighed. Denne forskel skyldes nemlig justeringer, hvis berettigelse kan undersøges uafhængigt af regnskabssystemet.
- 179 Under alle omstændigheder må det fremhæves, at de ekstraordinære omstændigheder, som er omhandlet i meddelelsens punkt 26 og 27, når bortses fra forskellene i de regnskabsstandarde, som anvendes i stater uden for Fællesskabet, alene vedrører nødvendigheden af at tage hensyn til væsentlige og vedvarende ændringer af betydning for de pågældende virksomheders faktiske økonomiske situation (erhvervelse og overdragelser, som er foretaget efter revisionen af regnskaberne, lukning af en fabrik). Sagsøgeren har imidlertid ikke i den foreliggende sag påberåbt sig, at der er sket sådanne ændringer.
- 180 Hvad for det tredje angår anbringendet om tilsidesættelsen af retssikkerheds-princippet er det tilstrækkeligt at bemærke, at reviderede regnskaber frembyder større objektive garantier, da virksomheden og revisoren er ansvarlig derfor. Derimod vil anvendelsen af regnskaber, som hverken er godkendt af aktionærerne eller bekræftet af en ekstern revisor, være i strid med formålet om anvendelse af enkle og objektive kriterier for bestemmelse af en fusions dimension. Selve grundlaget for den ordning med tærskelværdier, som er fastsat i forordningens

artikel 1, er at tilvejebringe en enkel og effektiv metode til bestemmelse af den kompetente myndighed. Som Kommissionen med rette har gjort gældende, er anvendelsen af officielle og reviderede regnskaber — og den principielle begrænsning af justeringen i disse regnskaber til, hvad der er strengt nødvendigt som følge af forordningens artikel 5 — væsentlige elementer i en sådan enkel, forudsigelig og effektiv metode.

181 En godtagelse af Endesas opfattelse ville i øvrigt indebære, at Kommissionens først skulle foretage en regnskabsmæssig gennemgang af alle fusioner for at efterprøve, om de pågældende virksomheders regnskaber er i overensstemmelse med principperne i forordningens artikel 5.

182 Hvad angår Endesas argument om, at anvendelsen af afstemte regnskaber ikke strider mod retssikkerhedsprincippet, da enhver velinformeret erhvervsdrivende var i stand til at forudse ikrafttrædelsen af det nye regnskabssystem, bemærkes, at en velinformeret og betænksom erhvervsdrivende ikke kunne forudse, at Kommissionen ville fravige de eneste officielle regnskaber, som var revideret. I øvrigt bemærkes, at IAS/IFRS-regnskabsstandarderne og fortolkningen heraf endnu ikke var endeligt fastlagt i september 2005.

183 Under alle omstændigheder skal det på ny bemærkes, at de afstemte regnskaber, som sagsøgeren forelagde for Kommissionen, ikke kan anses for endelige.

184 Hvad endelig angår anbringendet om, at der foreligger en forskelsbehandling i forhold til fusioner inden for andre sektorer eller i andre medlemsstater, savner dette anbringende ethvert grundlag. Herom bemærkes for det første, at det er baseret på grundløse påstande og en ikke godtgjort formodning om, at Endesas officielle og reviderede regnskaber for regnskabsåret 2004 ikke afspejler de faktiske økonomiske

forhold. For det andet bemærkes, at da Kommissionens praksis er at basere sig på de officielle reviderede regnskaber, kunne fravigelsen af denne praksis, så længe der ikke forelå ekstraordinære omstændigheder, tværtimod anses for en forskelsbehandling. Endelig kan de reviderede regnskaber, som anvendes til vurdering af fusionens dimension, eventuelt justeres for at tage hensyn til særegenheder inden for den pågældende sektor eller i det pågældende land. I den forbindelse skal der erindres om, at Kommissionen undersøgte de af sagsøgeren foreslåede justeringer.

185 Det fremgår af det anførte, at tredje led af det tredje anbringende ikke kan tages til følge.

186 Det tredje anbringende må derfor forkastes.

Det fjerde anbringende vedrørende afvisningen af »pass through«-justeringen og justeringen vedrørende gashandler

187 I forbindelse med dette anbringende anfægter Endesa, at Kommissionen har afvist de to justeringer, som selskabet rejste krav om, den ene vedrørende distributionsaktiviteter (»pass through«-justeringen) og den anden vedrørende gashandler. Herom bemærkes indledningsvis, at de af sagsøgerens årsregnskaber, som er udarbejdet i overensstemmelse med GRP for 2004, viser, at selskabets omsætning i Spanien udgjorde 80,07% af dets omsætning i Fællesskabet. Hvis man gav Endesa medhold i de to justeringer, selskabet har rejst krav om, ville procentsatsen af dets omsætning i Spanien falde til 73,94% af dets omsætning i Fællesskabet. Selv om dette anbringende blev taget til følge, ville det altså ikke uden videre betyde, at den pågældende fusion har fællesskabsdimension, men kun, at Kommissionen måtte undersøge de øvrige justeringer, sagsøgeren har foreslået, tillige med dem, som Gas Natural har foreslået, og som Kommissionen ikke har taget stilling til i beslutningen, da kun en kombination af flere justeringer gjorde det muligt at komme under tærskelværdien på to tredjedele.

- 188 Da »pass through«-justeringen under alle omstændigheder er nødvendig for, at fusionen kan have fællesskabsdimension, skal anbringendets første led, der vedrører denne justering, først undersøges.

— Parternes argumenter

- 189 Endesa har gjort gældende, at forordningens artikel 5, stk. 1, har samme ordlyd som § 23 i den tyske konkurrencelov (GWB), hvis § 29 bestemmer, at »der kun i undtagelsestilfælde skal tages hensyn til indkomster fra virksomhed, som ikke vedrører den ordinære drift«. Ved beregningen af distributionsvirksomhedens omsætning skal der derfor kun tages hensyn til den del af indkomsterne, som hidrører fra distributionsaktivitet, dvs. provisionen fra denne aktivitet.
- 190 Endesa kritiserer i den forbindelse den vurdering, som Kommissionen har anlagt vedrørende meddelelsens juridiske værdi og den omstændighed, at Kommissionen undlod at undersøge de foreslåede justeringer i overensstemmelse med forordningen. Endesa fremhæver, at Kommissionen i beslutningens punkt 33 udtaler, at »det skal i så henseende bemærkes, at meddelelsen [...] intetsteds omhandler begrebet (delvis) »overvæltet« provenu fra virksomhedens salg af varer og præstering af tjenesteydelser«. Ifølge Endesa er det kun forordningen, der kan anvendes som retsgrundlag for beregningen af omsætningen, og meddelelsen har alene værdi som en retsakt, der uddyber Kommissionens fortolkning heraf. Enhver anden fortolkning vil være i strid med princippet om retsreglers indbyrdes rangorden. Da distributionsvirksomhedens aktivitet inkluderer omkostninger, som svarer til beløb, der blot er »overvæltet«, kan kun provenuet fra disse aktiviteter anses for provenu fra den »ordinære drift« i forordningens artikel 5's forstand.
- 191 Endesa tilføjer, at Kommissionen i overensstemmelse med den fejlagtige fremgangsmåde, den har fulgt, og som består i at basere begrundelsen på meddelelsen,

har henvist til meddelelsens punkt 7, 11 og 13 og angivet, at »i betragtning af de særlige omstændigheder i sagen kan de spanske el-distributionsvirksomheder ikke ligestilles med virksomheder, der kun indtager stilling som mellemhandlere, og hvis omsætning kun består af det provenu, de modtager«. Kommissionen har således beskrevet distributionsselskabernes og poolens virksomhed i Spanien uden at begrunde, hvorfor distributionsselskaberne ikke i den foreliggende sag blot anses for mellemhandlere. Kommissionen har ikke undersøgt, om distributionsvirksomhederne faktisk har haft nogen fortjeneste af denne aktivitet ud over vederlaget for deres tjenesteydelser, som er reguleret ved tariffer. Kommissionen har således ikke taget i betragtning, at det vederlag, som distributionsselskaberne oppebærer for udøvelsen af deres virksomhed inden for den pågældende periode, er reguleret ved det kongelige dekret, hvori er fastsat el-tarifferne for hvert år. Dette vederlag er uafhængig af den mængde strøm, distributionsselskaberne sælger, og dermed også af den strøm, der leveres til dem.

- 192 Distributionsselskabernes virksomhed tilfører ikke transaktionen nogen merværdi, da vederlaget for distributionsvirksomheden er fastsat på forhånd uafhængig af den indkøbte og solgte mængde strøm. Disse transaktioner er derfor neutrale for beregningen af omsætningen. Distributionsselskabernes status som mellemhandlere fremgår udtrykkeligt af artikel 4 i det kongelige dekret nr. 2017/1997 af 26. september 1997, der indeholder bestemmelser vedrørende proceduren for afregning af transportomkostninger, distribution og markedsføring ifølge gældende tariffer, de faste omkostninger ifølge ordningen samt omkostninger for diversificeringen og sikkerheden i forsyningen. En distributør, som har modtaget det til tariffen svarende beløb, beholder derfor kun, i modsætning til hvad der gælder inden for den liberaliserede sektor, vederlaget for den præsterede tjenesteydelse og giver overskuddet fra det beløb, forbrugeren har betalt, videre til de øvrige erhvervsdrivende. Et eventuelt underskud betales af producenten.

- 193 Hvad angår begrundelsen i beslutningen om, at distributionsselskaberne bærer den finansielle risiko for beløb, som ikke betales, hvorfor de ikke er mellemhandlere, anfører Endesa, at Kommissionen har fejlfortolket dels de oplysninger, selskabet har afgivet på dette punkt, dels begrebet »mellemmænd« i meddelelsens punkt 13.

194 Endesa anfører i denne forbindelse dels, at distributionsselskaberne ikke bærer nogen finansiell risiko for ubetalte regninger, som ikke udlignes af et af elementerne i tarifferne, da den regulerede ordning (og ikke den erhvervsdrivende ensidigt) indeholder en garantimekanisme, der giver mulighed for at undgå sådanne risici. For det andet er det — afhængig af, om der består en finansiell risiko eller ej — muligt at sondre mellem agenter og uafhængige kommissionærer. Efter Endesas opfattelse har Kommissionens fortolkning af begrebet »mellemmand« ikke juridisk grundlag, da den indebærer, at begrebet kun omfatter agenter, mens man må se på, hvilken form for virksomhed der faktisk udøves af agenten.

195 Betegnelsen af distributionsvirksomhederne som mellemmand er i overensstemmelse med den almindelige praksis inden for energisektoren i Spanien. Det er her tilstrækkeligt at henvise til, at også Gas Natural foretager en »pass through«-justering ikke blot i sine IAS/IFRS-regnskaber, men også i de regnskaber, som dette selskab udarbejder i overensstemmelse med de spanske regnskabsstandarder. Med sin afvisning af at foretage en »pass through«-tilpasning for Endesas vedkommende har Kommissionen således hindret selskabet i at anvende ensartede standarder for bestemmelsen af omsætningen for selskabets distributionsvirksomhed og omsætningen for det opkøbende selskab.

196 Endesa finder endvidere, at afvisningen af at tage hensyn til den af selskabet foreslåede justering er behæftet med en alvorlig mangel i vurderingen af et element, som Kommissionen i sidste ende har anset for at være afgørende. Hermed har Kommissionen gjort sig skyldig i magtfordrejning og givet en utilstrækkelig begrundelse. Kommissionen ytrede på dette punkt pludselig tvivl i den afsluttende fase af proceduren, selv om den ikke på noget tidligere tidspunkt havde bedt selskabet om nogen forklaringer i så henseende. Nærmere bestemt angiver Endesa, at Kommissionen ikke ytrede nogen tvivl eller bad om nogen forklaringer mellem den 19. september og den 8. november 2005, men på den sidstnævnte dato gav Endesa en frist på 24 timer til at besvare en række spørgsmål, som senere viste sig at være afgørende for beslutningens begrundelse.

197 Desuden er vurderingen af denne justering også på andre punkter ufuldstændig og beslutningens begrundelse åbenbart selvmodsigende. Hvis det lægges til grund, at distributionsselskaberne ikke er mellemmand, må det efter Endesas opfattelse

undersøges, om en del af distributionstransaktionerne udgør transaktioner inden for koncernen, og navnlig, om den samme transaktion ikke bogføres to gange, da den strøm, som Endesa Distribución distribuerer, erhverves af denne via poolen fra Endesa Generación.

198 Endesa anfører i den forbindelse, at Kommissionen den 10. november 2005 bad selskabet om mundtlige forklaringer vedrørende dette aspekt af justeringen. I to e-mails af 11. og 12. november 2005 fremhævede Endesa udtrykkeligt, at begrundelsen for denne justering gik videre end blot at udelukke det, som kun anses for en transaktion inden for koncernen, idet selskabet dog foreslog at afgive oplysninger vedrørende transaktionerne inden for koncernen. Kommissionen besvarede ikke på noget tidspunkt disse e-mails og har ikke udtalt sig om dette spørgsmål i beslutningen.

199 Kommissionens vurdering er ifølge Endesa selvmodsigende, da den på den ene side angiver i beslutningen, at den ikke vil tage stilling til den foreslåede justering vedrørende faktureringen inden for koncernen, men samtidig afviser »pass through«-justeringen, som indbefatter en væsentlig del af salgene inden for koncernen. Endvidere henviser Kommissionen i beslutningen udtrykkeligt til, at de eventuelle transaktioner inden for koncernen ikke har stor betydning, samtidig med at den hævder, at Endesa ikke har afgivet oplysninger om disse transaktioners procentvise andel på trods af de e-mails, som Kommissionen ikke har besvaret.

200 Kommissionen har med støtte fra intervenienterne gjort gældende, at distributions-selskaberne ikke blot er mellemmand eller kommissionærer, hvorfor sagsøgerens argumenter ikke kan tages til følge.

— Rettens bemærkninger

201 Over for Kommissionens afvisning af at foretage en justering af de pågældende distributionsvirksomheders indkomster med henblik på at fradrage indkomster

oppebåret på tredjemands vegne, har sagsøgeren fremført forskellige argumenter, der vedrører beslutningens begrundelse og sagens realitet. Sagsøgeren anfører herom i det væsentlige, at de spanske virksomheder, som distribuerer elektricitet, er forpligtet til at oppebære visse beløb fra deres kunder, som de efterfølgende overvælter på el-producenterne og el-leverandørerne, hvorfor disse beløb skal fradrages i de indkomster, der er angivet i Endesas regnskaber, eftersom de ikke beror på »de deltagende virksomheders provenu fra salg af varer og præstering af tjenesteydelser [...] i forbindelse med deres ordinære drift« i forordningens artikel 5, stk. 1's forstand.

202 Hvad for det første angår sagsøgerens argument om, at Kommissionen har begået en fejl ved at støtte sin vurdering alene på den omstændighed, at meddelelsen ikke indeholder bestemmelse om, at der skal foretages justering ved overvæltninger, bemærkes for det første, at sagsøgeren ikke har anfægtet meddelelsens lovlighed, men gjort gældende, at Kommissionen har tillagt den for stor betydning, selv om den alene har værdi som et fortolkningsdokument, og selv om Kommissionen burde have undersøgt den foreslåede justering på grundlag af forordningens bestemmelser, som udgør det eneste retsgrundlag for beregningen af omsætningen.

203 Herom bemærkes, at Kommissionen er forpligtet til at anvende meddelelsen, i det omfang denne ikke strider mod forordningen, og at det er fastsat i meddelelsen, at der under visse ekstraordinære omstændigheder skal foretages en række justeringer. Da sagsøgeren under den administrative procedure har tilstræbt at knytte de foreslåede justeringer til de kategorier af justeringer, som er nævnt i meddelelsen, kan Kommissionen ikke kritiseres for, at den i beslutningen har henvist til meddelelsens punkt 7, 11 og 13 til støtte for at tilbagevise de argumenter, som sagsøgeren har fremført vedrørende disse punkter under den administrative procedure.

204 Dernæst bemærkes, at selv om det angives i beslutningen, at meddelelsen intetsteds omhandler begrebet »overvæltede« beløb hidrørende fra virksomhedens provenu fra salg af varer og præstering af tjenesteydelser, er den omstændighed, at meddelelsen ikke foreskriver, at der skal foretages justering i tilfælde af, at omkostningerne er overvæltet, dog ikke den eneste grund til, at Kommissionen ikke har foretaget en

sådan justering. Kommissionen har nemlig også fremhævet i beslutningen (punkt 33 in fine, 34 og 35), at de spanske el-distributionsvirksomheder ikke kan ligestilles med virksomheder, som kun er mellemhandlere, og hvis omsætning kun består af den provision, som de får udbetalt. Grundene hertil er ifølge Kommissionen følgende: el-distributionsselskaberne er ikke blot forpligtet til at viderelede strøm ad deres distributionsnet, men også at forsyne de kunder med strøm, som beslutter at forblive i det regulerede system; el-distributionen medfører salg til endelige forbrugere af varer, som tidligere er erhvervet af distributørerne; udgifterne i forbindelse med køb af elektricitet må betragtes som omkostninger for distributionsselskaberne, og distributionsselskaberne bærer risikoen for, at de endelige forbrugere ikke betaler for den leverede strøm, mens distributøren har ansvaret for en tilsidesættelse af forpligtelserne i henhold til de kontrakter, som indgås med de endelige forbrugere.

205 Der kan derfor ikke gives sagsøgeren medhold i anbringendet om, at Kommissionen har begået en fejl ved at basere sin vurdering alene på den omstændighed, at meddelelsen ikke indeholder nogen bestemmelse om, at der skal foretages en »pass through«-justering.

206 Hvad for det andet angår anbringendet om, at begrundelsen er utilstrækkelig, behøver alene — som grundlag for at fastslå, at anbringendet ikke kan tages til følge — henvises til beslutningens punkt 30-36, som angiver Kommissionens grunde til at afvise en »pass through«-justering, og som i korthed er resumeret ovenfor.

207 Det skal herefter undersøges, om Kommissionen med rette har antaget i beslutningen, at der ikke var grundlag for at foretage en »pass through«-justering.

208 Herom bemærkes for det første, at det omsætningsbegreb, der er omhandlet i forordningens artikel 5, udtrykkeligt omfatter »provenu fra salg af varer og

præstening af tjenesteydelser«, således som det er angivet i meddelelsens punkt 9. Hovedkriteriet for fastlæggelse af omsætningen såvel hvad angår varer som præstening af tjenesteydelser er derfor virksomhedens salg, som afspejler dens aktivitet.

209 I øvrigt følger det af de krav til retssikkerhed og hurtighed, som gælder på fusionsområdet, at såvel virksomhederne som konkurrencemyndighederne principielt skal kunne basere sig på et forudsigeligt og umiddelbart anvendeligt kriterium. Den omsætning, der lægges til grund ved bestemmelsen af, hvilken myndighed der er kompetent til at træffe afgørelse vedrørende en fusion, må derfor fastsættes på grundlag af de offentliggjorte årsregnskaber. Det er således kun i undtagelsestilfælde, og når det er begrundet i særlige omstændigheder, at der bør foretages visse justeringer, som bedre afspejler de pågældende virksomheders økonomiske situation.

210 Det skal endvidere fremhæves, at forordningens artikel 5 vedrører omsætningen som helhed og ikke blot en del af denne. Meddelelsen indeholder mulighed for i visse undtagelsestilfælde at bestemme omsætningen på anden måde end på grundlag af det samlede provenu fra salg af varer og præstening af tjenesteydelser. Herom indeholder meddelelsens punkt 13 følgende præciseringer:

»Da servicesektoren er meget kompleks, vil dette generelle princip kunne tilpasses efter de særlige forhold, der gør sig gældende i de enkelte tilfælde. Inden for visse erhvervssektorer (turisme, reklamevirksomheder osv.) kan tjenesteydelsen således sælges gennem mellemmand. Da disse sektorer er meget forskelligartede, kan der opstå mange forskellige situationer: f.eks. kan omsætningen i en servicevirksomhed, der optræder som mellemmand, kun være det samlede provisionsbeløb, den modtager.«

- 211 Det bemærkes for det første, at dette punkt i meddelelsen vedrører en særlig kategori af mellemmand, som alene henhører under servicesektoren, og hvis eneste vederlag består i det provenu, de modtager. Der er derfor tale om en undtagelse fra hovedreglen om, at den relevante omsætning skal bestemmes på grundlag det samlede provenu. Følgelig må begrebet mellemmand fortolkes indskrænkende.
- 212 Endvidere bemærkes, at sagsøgeren ikke har gjort gældende, at selskabets virksomhed ifølge spansk ret udføres inden for rammerne af en agentaftale, en aftale om kommission eller en anden lignende aftale. Det må således fastslås, at sagsøgeren ikke sælger elektricitet til den endelige forbruger på vegne af el-producenter eller el-leverandører og for disses regning.
- 213 Desuden må det bestående retsforhold mellem Endesa og de endelige forbrugere, så længe Endesa ikke har angivet nogen retlige omstændigheder til støtte for det modsatte, betegnes som en aftale vedrørende salg af elektricitet. Dette salg er en handelsmæssig transaktion, som medfører overførsel af ejendomsret.
- 214 Det samme gælder retsforholdet mellem Endesa og de el-producenter, som leverer elektricitet til virksomheden, uanset om det sker via el-børsen OMEL eller på anden måde. Artikel 41, stk. 2, i den spanske lov nr. 54/1997 om el-produktions- og el-distributionssystemet bestemmer, at el-distributørerne bl.a. har ret til at købe den nødvendige mængde strøm, som er nødvendig for at sikre forsyningen af deres kunder, og at oppebære et vederlag for udøvelsen af distributionsvirksomhed. Samme lovs artikel 45, stk. 1, litra h), bestemmer, at distributionselskaberne ved levering af elektricitet er forpligtet til at købe den energi, som er nødvendig til udvikling af deres virksomhed og at betale købet herfor i overensstemmelse med den fastsatte procedure for betalingen.

- 215 I betragtning af disse bestemmelser kan der ikke gives sagsøgeren medhold i de argumenter, virksomheden har fremført under den mundtlige forhandling, og hvorefter distributøren ikke er ejer af energien, fordi kunden straks erhverver ejendomsretten hertil på det tidspunkt, hvor producenten leder elektriciteten ud i systemet. I øvrigt bestemmer artikel 11, stk. 4, i lov nr. 54/1997 tillige, at overgangen af ejendomsretten til elektricitet, medmindre andet er bestemt, antages at ske på det tidspunkt, hvor den ledes ud i køberens anlæg.
- 216 Følgelig kan distributørernes virksomhed, som bl.a. består i at opkøbe elektricitet eller gas hos deres leverandører og at distribuere og sælge den til den endelige forbruger, ikke betegnes som præsteking af tjenesteydelser, der begrænser sig til levering af et produkt for producenters og andre erhvervsdrivendes regning. Juridisk set kan Endesa derfor ikke alene anses for en mellemmand i den i meddelelsens punkt 13 anvendte forstand og er principielt ikke omfattet af den heri omhandlede undtagelse, da de indkomster, som selskabet modtager som følge af distributionen, beror på dets ordinære drift i den forstand, hvori dette udtryk anvendes i forordningens artikel 5, stk. 1. Følgelig kan den pågældende justering ikke begrundes med distributionsselskabets ekstraordinære karakter, således som det hævdes.
- 217 Det skal i øvrigt bemærkes, at artikel 20 i lov nr. 54/1997 ikke indeholder særlige bestemmelser, der tager hensyn til en særegenhed ved en virksomhed som sagsøgerens. Det bestemmes således i denne artikels stk. 2, tredje afsnit, at »[...] selskaber, hvis formål er at udføre reguleret virksomhed i overensstemmelse med bestemmelserne i denne lovs artikel 11, stk. 2, skal i deres regnskaber angive særskilte konti for de indkomster og omkostninger, som direkte vedrører transport- og distributionsvirksomhed og i givet fald markedsførings- og salgsvirksomhed til kunder til faste priser«. Som Kommissionen med rette har gjort gældende, vedrører denne bestemmelse ikke de spanske GRP, der finder anvendelse på kommissionærer.

- 218 Endesa hævder imidlertid, at Kommissionen ikke har undersøgt, om distributionsvirksomhederne faktisk havde større fortjeneste for denne virksomhed end det vederlag, de modtog for de af deres tjenesteydelser, som er reguleret ved tariffer.
- 219 Herom skal for det første bemærkes, at den omstændighed, at vederlaget for distributionsvirksomhed er reguleret i større eller mindre omfang, ikke i sig selv giver grundlag for at konkludere, at distributørernes vederlag må anses for en provision i forordningens forstand.
- 220 Herooverfor hævder Endesa imidlertid, at distributionsvirksomhedernes status som mellemmand udtrykkeligt fremgår af artikel 4 i kongeligt dekret nr. 2017/1997 af 26. december 1997 om proceduren for afregning af omkostninger til transport, distribution og markedsføring ifølge gældende tariffer samt de faste omkostninger ifølge ordningen tillige med omkostninger til diversificering og sikkerheden i forsyningen.
- 221 Det fremgår imidlertid ikke af denne artikel, at distributionsvirksomhed udgør en virksomhed som mellemmand. Navnlig bestemmer denne artikel ikke, at et distributionsselskab kun beholder vederlaget for sin tjenesteydelse og overfører det overskydende beløb til andre erhvervsdrivende, men artiklen indeholder en fortegnelse over de indkomster og omkostninger, som kan afregnes i overensstemmelse med det kongelige dekret.
- 222 Hvad angår den af sagsøgeren hævdede omstændighed, at distributionsselskabernes aktiviteter ikke tilfører transaktionen nogen værdi, bemærkes, som anført af Kommissionen, at distributionen omfatter en række aktiviteter ud over den blotte levering af energi. Således anvender distributøren bl.a. sit varemærke, præsterer en komplet tjenesteydelse over for kunderne, inklusive kundeservice, udsender

anbefalinger vedrørende sikkerheden, inspicerer anlæg, aflæser målere, udsteder regninger og foretager inkasso. Endvidere skal bemærkes, at den omstændighed, at en sektor er reguleret, ikke giver grundlag for den antagelse, at der foreligger en økonomisk fiktion, hvorefter distributionen ikke medfører nogen merværdi og ikke skaber nogen indkomster.

223 Hvad angår sagsøgerens argumenter om dels, at distributionsselskabernes vederlag fastsættes hvert år uanset køb og salg af energi, dels, at disse selskaber ikke bærer nogen risiko for ubetalte regninger, bemærkes først, at artikel 15 i det kongelige dekret nr. 2819/1998 om regulering af transportaktiviteter og el-distribution fastsætter de faktorer, der indgår i vederlaget for distributionsvirksomheden, nemlig omkostninger til investering, drift og vedligeholdelse af anlæg, omkostninger til transport af elektricitet, omkostninger til den model, som er kendetegnende for distributionsområderne, omkostninger for incitamenter til forbedringen af den leverede ydelses kvalitet og formindskelse af tab samt de øvrige omkostninger, som er nødvendige til udøvelse af distributionsvirksomhed, herunder omkostningerne til administrationen af driften.

224 Da en af de faktorer, der indgår i vederlaget for distributionsvirksomheden, er omkostningerne til transport af elektricitet, er sagsøgerens påstand om, at vederlaget til distributionsvirksomhederne er helt uafhængig af den mængde elektricitet, de sælger, og dermed også den mængde elektricitet, der leveres til virksomheden, ubegrundet.

225 Endvidere skal bemærkes, at distributionsvirksomhedens samlede vederlag ganske vist ifølge artikel 20 i kongeligt dekret nr. 2819/1998 forudberegnes på årsbasis, men at distributørerne selv bærer risikoen for deres egen drift navnlig hvad angår prognoserne vedrørende efterspørgslen. Distributøren køber nemlig elektriciteten af poolen til markedsprisen, men som det fremgår af artikel 4, litra e), i det kongelige dekret nr. 2017/1997 beregnes distributørens vederlag på grundlag af den vægtede gennemsnitspris. Ved betalingen af omkostningerne til erhvervelse af energi i henhold til bilag I.6 til kongeligt dekret nr. 2017/1997 er det således ikke den omkostning, distributøren faktisk har betalt på markedet, som påhviler ham, men

den vægtede gennemsnitspris for distributørernes indkøb af elektricitet inden for afregningsperioden. En distributør, som betaler en højere pris end gennemsnitsprisen, mister således differencen, da hans faktiske omkostninger er større end hans faktiske vederlag. En distributør, som betaler en lavere pris end gennemsnitsprisen, opnår derimod en gevinst. Den gældende ordning sikrer derfor kun, som sagsøgeren i øvrigt selv har erkendt i sin besvarelse af et skriftligt spørgsmål fra Retten, et teoretisk vederlag af distributionsvirksomheden, mens det faktiske vederlag afhænger af distributørernes effektivitet ved indkøb af elektricitet.

²²⁶ Hvad i øvrigt angår distributørernes salg af elektricitet til de endelige forbrugere, bemærkes, at sagsøgeren ikke har godtgjort urigtigheden af erklæringen i beslutningens 35. betragtning, hvorefter distributionsselskaberne bærer risikoen for, at de endelige forbrugere ikke betaler prisen (den regulerede pris) på elektricitet. Selv om der findes en mekanisme, som i et vist omfang giver mulighed for at tage hensyn til den generelle risiko for ubetalte regninger, er det distributøren, som bærer risikoen herfor, som det fremgår af artikel 4, litra a), sidste punktum, i det kongelige dekret nr. 2017/1997, hvorefter »der ved afregningen tages hensyn til de indkomster, som er erhvervet herfor på grundlag af angivelserne i fakturaerne, uanset opkrævningen«. Da denne bestemmelse taler om faktureringen og ikke om de faktisk indkasserede beløb, må risikoen for, at kunden ikke betaler fakturaen, antages at bæres af distributionsvirksomheden.

²²⁷ Den omstændighed, at det er fastsat i artikel 79, stk. 7, i det kongelige dekret nr. 1955/2000 om regulering af transport-, distributions-, markedsførings- og leveringsvirksomhed samt procedurerne for godkendelse af el-anlæg, at el-virksomhederne kan kræve en garantistillelse, afkræfter ikke denne vurdering. For det første er dette garantibeløb nemlig begrænset til en månedlig fakturering for 50 timers anvendelse af den installerede el-styrke. For det andet foreskriver denne bestemmelse endvidere, at visse grupper af forbrugere i bestemte geografiske områder kan fritages for betalingen af denne sikkerhed. Endelig kan denne sikkerhed ifølge den sjette overgangsbestemmelse til dette kongelige dekret ikke opkræves af forbrugere, der allerede på tidspunktet for dekretets ikrafttræden aftog elektricitet til en reguleret tarif. Som anført af Kommissionen, hvilket ikke bestrides af sagsøgeren,

havde langt størstedelen af de forbrugere, som aftog elektricitet til en reguleret tarif, indgået deres el-aftale før 2000. Beløbene for de nævnte sikkerhedsstillelser vedrører derfor kun en begrænset del af de tilfælde, hvor der er risiko for ubetalte regninger.

228 Hvad angår udsagnet om, at det er i overensstemmelse med den almindelige praksis inden for el-sektoren i Spanien at anse distributionsvirksomheder for mellemmand, skal dog bemærkes — også selv om denne omstændighed ikke er afgørende — at det fremgår af det skriftlige spørgsmål, som er stillet af Retten, og de bemærkninger herom, som parterne har fremsat under den mundtlige forhandling, at der ikke er enighed mellem virksomhederne inden for sektoren om praksis for anvendelse af »pass through«-justeringen.

229 Hvad endelig angår sagsøgerens påstand om, at afslaget på at tage hensyn til »pass through«-justeringen er behæftet med et alvorligt fejlskøn, der må betegnes som udslag af magtmisbrug og en mangel i begrundelsen, idet Kommissionen pludselig ændrede tvivl om denne justering i den afsluttende fase af proceduren, selv om den ikke tidligere på noget tidspunkt havde bedt Endesa om forklaringer på dette punkt, er det tilstrækkeligt at fastslå, at den omstændighed, at der blev indhentet visse oplysninger ved afslutningen af proceduren, ikke i sig selv kan gøre beslutningen ulovlig. Desuden begrundes sagens komplicerede karakter, at Kommissionen, efter at have erhvervet et mere detaljeret kendskab til baggrunden, forsøgte at indhente visse supplerende oplysninger, selv om det først skete på et avanceret stadium af proceduren. I øvrigt indeholdt allerede den begæring om oplysninger, som Kommissionen fremsendte den 28. september 2005, en række spørgsmål om eventuelt fradrag af visse indkomster, som var oppebåret i Spanien (spørgsmål 2 og 3), og sagsøgeren foretog nogle klargørelser vedrørende »pass through«-justeringen i sin besvarelse heraf (skrivelse af 5.10.2005).

230 Af det anførte følger, at de argumenter, sagsøgeren har fremført til støtte for indsigelsen mod, at der ikke blev foretaget nogen »pass through«-justering, må forkastes.

231 På denne baggrund må Retten fastslå, at det ikke er nødvendigt at undersøge berettigelsen af sagsøgerens subsidiære anbringende, hvorefter det tillige må undersøges — selv om det antages, at distributionsselskaberne ikke handler som mellemmand — om en del af distributionstransaktionerne udgør transaktioner inden for koncernen. Det fremgår nemlig af sagsøgerens svar på Rettens skriftlige spørgsmål, at den hertil svarende justering udgør 1,51 mia. EUR. Som det fremgår af sagens akter, ville dette beløb ikke være tilstrækkeligt til, at fusionen har fællesskabsdimension, selv om alle de øvrige justeringer, som sagsøgeren foreslår, blev accepteret, og alle de »kontrajusteringer«, som Gas Natural foreslår, blev forkastet.

232 På grundlag af disse betragtninger må første led af det fjerde anbringende forkastes.

233 Da »pass through«-justeringen under alle forhold er nødvendig, hvis fusionen skal anses for at have en fællesskabsdimension, er det heller ikke nødvendigt at undersøge andet led af anbringendet om gashandler.

234 Det følger af det anførte, at det fjerde anbringende må forkastes.

Det femte anbringende, hvorefter kriterierne i meddelelsen er tilsidesat, der ikke er foretaget nogen undersøgelse og ikke givet en begrundelse samt at der er begået magtfordrejning

Parternes argumenter

235 Endesa har gjort gældende, at beslutningen af de grunde, som er nævnt i forbindelse med det andet, tredje og fjerde anbringende om annulation samt på grund af de procedurefejl, den er behæftet med, bør annulleres, uden at det er nødvendigt at tage

stilling til den åbenbart fejlagtige vurdering, som Kommissionen har anlagt vedrørende de øvrige foreslåede justeringer. Under hensyn til sin anmodning om, at sagen behandles som en hastesag, begrænser sagsøgeren sig på dette punkt til at gøre gældende, at beslutningen er utilstrækkeligt begrundet.

236 Endesa kritiserer den fremgangsmåde, som Kommissionen har fulgt, og hvorved den til støtte for at afvise at foretage flere justeringer har påberåbt sig, at der ikke er nogen hjemmel hertil i meddelelsen og på samme grundlag har afvist at undersøge visse tilpasninger, men ikke andre.

237 Hvad angår det første punkt har Kommissionen efter Endesas opfattelse på ny ladet hånt om, at retsgrundlaget for beregningen af de pågældende virksomheders omsætning er forordningens artikel 5 og ikke meddelelsen. Endesa finder, at det er en åbenbar fejl at antage, at kun de justeringer, som er foreskrevet i meddelelsen, eller som opfylder de heri angivne betingelser, er lovlige, uden at rejse spørgsmål om, hvorvidt justeringerne er i overensstemmelse med forordningen.

238 Vedrørende det andet punkt finder Endesa, at Kommissionen burde have forklaret, efter hvilke kriterier den fandt at burde tage visse justeringer op til vurdering, men se bort fra andre. Det er en uacceptabel begrundelse, når Kommissionen i beslutningens punkt 70 angiver, at »Kommissionen finder [...] det unødvendigt at tage stilling på dette punkt, da fusionen ikke har fællesskabsdimension, selv om disse justeringer blev accepteret«, da samme begrundelse kunne være givet for mange andre, men betydelig mindre vigtige justeringer, som ikke desto mindre er blevet undersøgt.

239 Endesa fremhæver en række andre omstændigheder, der alt i alt udgør klare og entydige indicier for magtfordrejning. Det må eksempelvis efter Endesas opfattelse mildt sagt betegnes som mærkværdigt, at Kommissionen ikke har vurderet nogen som helst af de justeringer, som er foreslået af Gas Natural, bortset fra en justering i

Endesas disfavør vedrørende »ikke-konsoliderede selskaber«, om end justeringen er af underordnet betydning. Endesa finder det endnu mere betegnende, at Kommissionen i beslutningen har undladt at nævne et andet ikke-konsolideret selskab (Ergon Energía), som Endesa nævnte i sit svar på Kommissionens begæring om oplysninger af 4. november 2005. Hvis man tog hensyn til alle de ikke-konsoliderede selskaber, ville det støtte opfattelsen om, at fusionen har fællesskabsdimension. Også Kommissionens begrundelse for punktet vedrørende Endesas supplerende indkomster i Italien (beslutningens punkt 60-64) må give anledning til undren, da Kommissionen omtaler to konti, men ikke udtaler sig om den, som økonomisk set er den vigtigste.

240 Efter Endesas opfattelse viser en nærlæsning af beslutningen, at Kommissionens eneste formål var at undgå risikoen for, at beslutningen blev annulleret af Retten, selv om Kommissionen var forpligtet til at anvende kompetencereglerne og navnlig at angive sine grunde til at afvise de foreslåede justeringer.

241 Endesa anfører, at Kommissionens fralæggelse af sit ansvar med hensyn til bestemmelsen af sin egen kompetence udgør magtfordrejning, i hvilken forbindelse Kommissionen desuden har tilsidesat Endesas ret til forsvar ved ikke at give en tilstrækkelig begrundelse, selv om Endesa under hele den administrative procedure samarbejdede aktivt ved at give en række af de oplysninger, som Kommissionen anmodede om.

242 Den frist på 24 timer, som blev indrømmet Endesa til at besvare en begæring om oplysninger, der først blev fremsendt 50 dage efter procedures begyndelse, og som skulle vise sig at være afgørende for beslutningens begrundelse, udgør et yderligere indicium for, at der er begået magtfordrejning, ligesom det udgør en tilsidesættelse af retten til forsvar.

243 Under hensyn til de nævnte omstændigheder, og navnlig den omstændighed, at udvælgelsen af de justeringer, som Kommissionen tog op til vurdering, var uberettiget, og den utilstrækkelige begrundelse, som den gav herfor, og når endvidere henses til Endesas argumenter vedrørende to hovedanbringender (dels vedrørende regnskabsstandarderne, dels »pass through«-justeringen og justeringen om gashandeler), finder Endesa det unødvendigt at uddybe sine argumenter til støtte for at bestride vurderingen af de forskellige justeringer, der er undersøgt i beslutningens punkt 37-72.

244 Kommissionen har med støtte fra intervenienterne gjort gældende, at anbringendet består af flere argumenter, som i det væsentlige blot afspejler sagsøgerens skepsis over for visse aspekter af beslutningen, og som tilsyneladende alene har til formål at udvirke, at de vurderinger af justeringerne, som sagsøgeren ikke udtrykkeligt har anfægtet, dog betragtes som værende anfægtet. Kommissionen anfører, at der ikke er nogen som helst støtte for denne kritik, som ikke præcist henviser til nogen af punkterne i beslutningen. Kommissionen finder derfor, at anbringendet må afvises, da det ikke opfylder formkravene i procesreglementets artikel 44. Selv om de påståede fejl måtte foreligge, udgør de ikke noget bevis for magtfordrejning.

Rettens bemærkninger

245 Sagsøgeren har som led i dette anbringende fremført en række forskellige argumenter vedrørende de øvrige justeringer, som Kommissionen har afvist at foretage i beslutningen, de justeringer, som Kommissionen ikke har taget stilling til i beslutningen, eller vedrørende fristen for besvarelse af en begæring om oplysninger. Endelig har sagsøgeren påberåbt sig, at der foreligger magtfordrejning.

246 Hvad for det første angår undersøgelsen af de øvrige justeringer, som er foreslået, og som er undersøgt i beslutningen, har sagsøgeren alene gjort gældende, at Kommissionen har afvist dem udelukkende af den grund, at de ikke er foreskrevet i meddelelsen.

247 Retten har ganske vist tidligere fastslået, som det er anført af Kommissionen, at en hasteprocedure, hvorunder parterne kun kan indgive skriftlige indlæg én gang, forudsætter, at sagsøgerens argumenter fremgår klart og er endeligt fastlagt i stævningen (dommen i sagen EDP mod Kommissionen, præmis 183). I den foreliggende sag må anbringendet imidlertid fremmes til realitetsbehandling da det, selv om det er meget kortfattet formuleret, og der er anført få omstændigheder til støtte for det, kan forstås således, at Kommissionen hævdes at have begået en fejl ved kun at anse de justeringer, som er foreskrevet i meddelelsen, for lovlige, uden at efterprøve, om disse justeringer var i overensstemmelse med forordningens bestemmelser.

248 Der kan dog ikke hvad angår realiteten gives sagsøgeren medhold i anbringendet. Det fremgår nemlig ved en gennemgang af beslutningen, at Kommissionen ikke, som hævdet af sagsøgeren, har afvist nogen af de omtvistede justeringer alene med den begrundelse, at de ikke var udtrykkeligt foreskrevet i meddelelsen.

249 Således er afvisningen af de justeringer, der er omhandlet i beslutningens punkt 41-44, ikke baseret på meddelelsen, men på den omstændighed, at der er tale om justeringer, som ikke havde gennemgået en revision, eller som var ubegrundede (beslutningens punkt 44). Heller ikke hvad angår den justering, som undersøges i beslutningens punkt 45-50, henvises der til meddelelsen. I øvrigt er afvisningen af den justering, som undersøges i beslutningens punkt 51-55, baseret på, at der er tale om omkostninger, som el-selskaberne selv må bære for at forblive aktive på markedet, og hvad angår dette punkt henvises der i konklusionen til forordningens artikel 5, stk. 1. Den justering, der undersøges i beslutningens punkt 56 og 57, afvises med den begrundelse, at overførslen af de pågældende aktiver ud fra et regnskabsmæssigt synspunkt i sig selv må betragtes som en indkomst, uanset om de overførte aktiver i sig selv er indkomstskabende eller ej. Desuden antog Kommissionen, at en sådan type praksis var normal eller i hvert fald ikke usædvanlig. Også hvad angår konklusionen på dette punkt henvises der til forordningens artikel 5, stk. 1. Heller ikke sagsøgerens kritik vedrørende den justering, som undersøges i punkt 58 og 59, er begrundet. Det angives heri, at Endesa ikke har dokumenteret tilstrækkeligt klart, at de pågældende indkomster faktisk vedrørte tidligere år. Det samme gælder den justering, der undersøges i

beslutningens punkt 60-64, og som Kommissionen afviser i medfør af forsigtighedsprincippet og selve forordningen. Hvad endelig angår den justering, der undersøges i beslutningens punkt 65-68, henviser konklusionen herom også til forordningens artikel 5.

250 Følgelig kan sagsøgerens anbringende vedrørende de øvrige justeringer, som blev afvist i beslutningen, ikke tages til følge.

251 I øvrigt skal det bemærkes, at sagsøgeren ikke kan forbeholde sig adgangen til at fremføre nye anbringender eller argumenter på et senere tidspunkt. Det må derfor antages, at beslutningen er endelig hvad angår de øvrige justeringer, som er foreslået af Endesa, og som Kommissionen har undersøgt i beslutningen.

252 Hvad for det andet angår anbringendet vedrørende de justeringer, som Kommissionen ikke har taget stilling til, anfører sagsøgeren, at Kommissionen burde have forklaret, efter hvilke kriterier den fandt at måtte tage visse justeringer under overvejelse, men se bort fra andre. Sagsøgeren finder, at denne udvælgelse er helt ubegrundet og må føre til, at beslutningen mister sit grundlag, såfremt Retten tager et eller begge de to hovedanbringender til følge vedrørende de regnskabsstandarde, som skal anvendes, og vedrørende »pass through«-justeringen og justeringen om gashandeler.

253 Dette anbringende kan ikke tages til følge. Det er ubestridt, at fusionen ikke ville have fællesskabsdimension, selv om alle de justeringer, som Kommissionen ikke har taget stilling til, blev accepteret. Fusionen ville kun kunne have fællesskabsdimension, såfremt enten også de af sagsøgeren fremlagte IFRS-regnskaber blev accepteret eller de to justeringer vedrørende overvæltningen og gashandelerne. Da Kommissionen konkluderede i beslutningen, at hverken IFRS-regnskaberne eller de to justeringer kunne godtages, var det overflødigt, at Kommissionen undersøgte de øvrige af Endesa foreslåede justeringer.

- 254 Sagsøgeren kan heller ikke med rette kritisere Kommissionen for at have givet en utilstrækkelig begrundelse på dette punkt. Begrundelsespligten indebærer ikke noget krav — og navnlig ikke ved kontrol med fusioner, som kræver hurtige beslutninger — om, at Kommissionen tager stilling til justeringer, som ikke ville have nogen betydning, selv om de blev accepteret, når det allerede klart fremgår af den forudgående afvisning af de øvrige justeringer, at fusionen ikke har fællesskabsdimension.
- 255 Af samme grunde kan der ikke gives sagsøgeren medhold i argumenterne om, at Kommissionen ikke har vurderet nogen af de justeringer, som er foreslået af Gas Natural (bortset fra justeringen i Endesas disfavør), eller justeringerne vedrørende de ikke-konsoliderede selskaber, navnlig Ergon Energía. Endvidere bemærkes, at når Kommissionen ikke desto mindre accepterede en af de justeringer, som blev foreslået af Gas Natural, var begrundelsen, at sagsøgeren selv erkendte berettigelsen heraf. Endelig er kritikken om, at Kommissionen ikke undersøgte de af Gas Natural foreslåede justeringer, irrelevant, eftersom de af Gas Natural foreslåede »kontrajusteringer« ville medføre en forhøjelse af den andel af omsætningen, som sagsøgeren erhverver i Spanien.
- 256 Hvad for det tredje angår sagsøgerens påstand om, at en nærlæsning af beslutningen viser, at Kommissionens eneste formål var at undgå risikoen for, at beslutningen blev annulleret af Retten, selv om Kommissionen var forpligtet til at anvende kompetencereglerne og navnlig at angive sine grunde til at afvise de foreslåede justeringer, er det tilstrækkeligt at bemærke, at Kommissionen ikke kan kritiseres for at sikre sig, at dens beslutninger er lovlige, for at undgå, at de annulleres af Retten.
- 257 Hvad for det fjerde angår anbringendet om, at sagsøgeren kun blev indrømmet en frist på 24 timer til at besvare en begæring om oplysninger, som først blev fremsendt 50 dage efter procedurens begyndelse, og som viste sig at være afgørende for beslutningens begrundelse, behøver det alene konstateres, at sagsøgeren ikke har anmodet om en forlængelse af fristen, men besvarede anmodningen inden for den fastsatte frist.

258 Hvad endelig for det femte angår anbringendet om, at der er begået magtfordrejning, skal det bemærkes, at en retsakt kun er behæftet med magtfordrejning, såfremt det på grundlag af objektive, relevante og samstemmende indicier fremgår, at den må antages at være truffet udelukkende eller dog i det mindste overvejende for at forfølge andre formål end dem, der er angivet, eller for at omgå en fremgangsmåde, der særligt er fastsat ved traktaten for at imødegå konkret foreliggende vanskeligheder (jf. Domstolens dom af 21.6.1984, sag 69/83, Lux mod Revisionsretten, Sml. s. 2447, præmis 30, af 13.11.1990, sag C-331/88, Fedesa m.fl., Sml. I, s. 4023, præmis 24, af 13.7.1995, sag C-156/93, Parlamentet mod Kommissionen, Sml. I, s. 2019, præmis 31, af 14.5.1998, sag C-48/96 P, Windpark Groothusen mod Kommissionen, Sml. I, s. 2873, præmis 52, og af 22.11.2001, sag C-110/97, Nederlandene mod Rådet, Sml. I, s. 8763, præmis 137). Da ingen af de mangler eller fejl, som sagsøgeren har påberåbt sig dels i forbindelse med dette anbringende, dels i forbindelse med de øvrige under sagen fremførte anbringender til støtte for sin påstand om, at der er begået magtfordrejning, har fornødent grundlag, må anbringendet forkastes. Selv om det imidlertid måtte antages, at der var begået de hævdede fejl, kunne de ikke tillægges værdi som bevis for magtfordrejning.

259 Følgelig må det femte anbringende forkastes.

260 Det følger af samtlige de anførte betragtninger, at Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber må frifindes.

Sagens omkostninger

261 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgeren har tabt sagen, og såvel Kommissionen som intervenienterne har nedlagt påstand om, at sagsøgeren tilpligtes at afholde sagens omkostninger, bør sagsøgeren ud over sine egne omkostninger betale Kommissionens og Gas Natural's omkostninger, herunder omkostningerne i sagen om foreløbige forholdsregler.

262 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 4, bærer medlemsstater, som er indtrådt i sagen, deres egne omkostninger. Kongeriget Spanien betaler således sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser
udtaler og bestemmer

RET TEN (Tredje Afdeling)

- 1) **Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.**
- 2) **Sagsøgeren bærer sine egne omkostninger og betaler de omkostninger, der er afholdt af Kommissionen og Gas Natural SDG, SA, herunder omkostningerne i sagen om foreløbige forholdsregler.**
- 3) **Kongeriget Spanien bærer sine egne omkostninger.**

Jaeger

Tiili

Czúcz

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 14. juli 2006.

E. Coulon

M. Jaeger

Justitssekretær

Afdelingsformand

Indhold

Retsforskrifter	II - 2543
Forordninger om kontrol med fusioner	II - 2543
Bestemmelser om selskabsregnskaber	II - 2548
Meddelelse om beregning af omsætning	II - 2551
Sagens faktiske omstændigheder	II - 2552
Retsforhandlinger	II - 2556
Parternes påstande	II - 2559
Retlige bemærkninger	II - 2560
Første anbringende om proceduremangler	II - 2561
Første led om de beslutninger, der blev truffet vedrørende anmodningerne om henvisning til Kommissionen, som blev indgivet inden vedtagelsen af den i sagen anfægtede beslutning	II - 2561
— Parternes argumenter	II - 2561
— Rettens bemærkninger	II - 2562
Andet led om manglende gennemskuelighed og tilsidesættelsen af kontradiktionsprincippet	II - 2565
— Parternes argumenter	II - 2565
— Rettens bemærkninger	II - 2566
Tredje led om, at den nationale procedure ikke blev suspenderet	II - 2568
— Parternes argumenter	II - 2568
— Rettens bemærkninger	II - 2570
Andet anbringende om omvending af bevisbyrden og begrundelsesmanglen	II - 2571
Parternes argumenter	II - 2571
Rettens bemærkninger	II - 2573
	II - 2625

Det tredje anbringende om, at der ikke er anvendt regnskaber udarbejdet i overensstemmelse med IAS/IFRS-regnskabsstandarderne	II - 2580
Første led om, at der ikke er anvendt IAS/IFRS-standarderne, som var de eneste gældende regnskabsstandarder	II - 2581
— Parternes argumenter	II - 2581
— Rettens bemærkninger	II - 2582
Andet led vedrørende regnskabsstandarderne IAS/IFRS' forrang	II - 2585
— Parternes argumenter	II - 2585
— Rettens bemærkninger	II - 2587
Tredje led om, at der er begået retsvildfarelser og åbenbare fejlskøn, som berører afvisningen af de afstemte regnskaber	II - 2591
— Parternes argumenter	II - 2591
— Rettens bemærkninger	II - 2598
Det fjerde anbringende vedrørende afvisningen af »pass through«-justeringen og justeringen vedrørende gashandler	II - 2602
— Parternes argumenter	II - 2603
— Rettens bemærkninger	II - 2606
Det femte anbringende, hvorefter kriterierne i meddelelsen er tilsidesat, der ikke er foretaget nogen undersøgelse og ikke givet en begrundelse samt at der er begået magtfordrejning	II - 2616
Parternes argumenter	II - 2616
Rettens bemærkninger	II - 2619
Sagens omkostninger	II - 2623