

ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer)

21 september 2005*

In zaak T-87/05,

EDP — Energias de Portugal SA, gevestigd te Lissabon (Portugal), vertegenwoordigd door C. Botelho Moniz, R. García-Gallardo, A. Weitbrecht en J. Ruiz Calzado, advocaten,

rekwirant,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door A. Bouquet en M. Schneider, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

Verweerster,

ondersteund door

Gas Natural SDG SA, gevestigd te Barcelona (Spanje), vertegenwoordigd door J. Perez-Bustamante Köster en P. Suárez Fernández, advocats,

interveniënte,

* Procestaal: Engels.

betreffende een beroep tot nietigverklaring van beschikking C (2004) 4715 def. van de Commissie van 9 december 2004, waarbij de concentratie waardoor EDP — Energias de Portugal SA en Eni Portugal Investment SpA gezamenlijk de controle over Gás de Portugal SGPS SA beogen te verkrijgen, onverenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt (zaak COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG

(Tweede kamer),

samengesteld als volgt: J. Pirrung, president, N. J. Forwood en S.S. Papasavvas, rechters,

griffier: J. Plingers, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 5 juli 2005

het navolgende

Arrest

Het rechtskader

- 1 Artikel 2, lid 3, van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 395, blz. 1),

zoals gerectificeerd (PB 1990, L 257, blz. 13) en zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997 (PB L 180, blz. 1) (hierna: „verordening nr. 4064/89”), bepaalt:

„Concentraties die een machtspositie in het leven roepen of versterken die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan wordt belemmerd, worden onverenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt.”

- 2 Artikel 18, lid 2, van verordening (EG) nr. 447/98 van de Commissie van 1 maart 1998 betreffende de aanmeldingen, de termijnen en het horen van betrokkenen overeenkomstig verordening nr. 4064/89 (PB L 61, blz. 1) bepaalt:

„Verbintenissen die door de betrokken ondernemingen overeenkomstig artikel 8, lid 2, van verordening [...] nr. 4064/89 aan de Commissie worden voorgesteld met het doel een beschikking op grond van dat artikel te verkrijgen, moeten binnen drie maanden na de dag waarop de procedure is ingeleid, bij de Commissie worden ingediend. De Commissie kan in uitzonderlijke gevallen deze termijn verlengen.”

- 3 Punt 43 van de mededeling van de Commissie betreffende op grond van verordening nr. 4064/89 en verordening nr. 447/98 aanvaardbare corrigerende maatregelen (PB 2001, C 68, blz. 3; hierna: „mededeling corrigerende maatregelen”) luidt:

„[...] Wanneer de partijen nadien de voorgestelde verbintenissen wijzigen, kan de Commissie deze aangepaste verbintenissen enkel accepteren indien zij duidelijk kan uitmaken — op basis van haar beoordeling van de inlichtingen die zij in de loop van

het onderzoek heeft ontvangen, met inbegrip van de uitkomsten van eerdere marktonderzoeken, en zonder dat verder marktonderzoek moet plaatsvinden — of met de uitvoering van deze verbintenissen de mededingingsbezwaren worden weggenomen die waren vastgesteld, en of voldoende tijd wordt gelaten voor passend overleg met lidstaten.”

- 4 Artikel 3, lid 1, van richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van richtlijn 98/30/EG (PB L 176, blz. 57; hierna: „tweede gasrichtlijn”) bepaalt:

„De lidstaten waarborgen op basis van hun institutionele organisatie en met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel dat aardgasbedrijven [...] volgens de beginselen van deze richtlijn worden geëxploiteerd met het oog op de totstandbrenging van een concurrerende, zekere en ecologisch duurzame aardgasmarkt en wat de rechten en plichten betreft, mogen zij deze bedrijven niet verschillend behandelen.”

- 5 In artikel 1, lid 31, van de tweede gasrichtlijn wordt het begrip „opkomende markt” omschreven als „lidstaat waar de eerste commerciële levering in het kader van het eerste langlopende aardgasleveringscontract hoogstens tien jaar tevoren heeft plaatsgevonden”.

- 6 Artikel 28, leden 2 en 3, van de tweede gasrichtlijn bepaalt:

„2. Een lidstaat die als opkomende markt kan worden aangemerkt en die als gevolg van de uitvoering van deze richtlijn aanzienlijke problemen ondervindt, mag afwijken van artikel 4, artikel 7, artikel 8, leden 1 en 2, artikel 9, artikel 11, artikel 12,

lid 5, artikel 13, artikel 17, artikel 18, artikel 23, lid 1, en/of artikel 24 van deze richtlijn. Deze ontheffing komt automatisch te vervallen zodra de betrokken lidstaat niet langer als opkomende markt kan worden aangemerkt. De Commissie wordt van een dergelijke ontheffing in kennis gesteld.

3. Op de dag waarop de in lid 2 bedoelde ontheffing komt te vervallen, resulteert de omschrijving van in aanmerking komende afnemers in de openstelling van de markt die gelijk is aan ten minste 33 % van het totale jaarlijkse gasverbruik van de nationale gasmarkt. Twee jaar later is artikel 23, lid 1, onder b), van toepassing, en drie jaar later artikel 23, lid 1, onder c). Tot de toepassing van artikel 23, lid 1, onder b), kan de in lid 2 bedoelde lidstaat besluiten artikel 18 niet toe te passen op ondersteunende diensten en installaties voor tijdelijke opslag voor de hervergassing en de daaropvolgende toelevering aan het transmissiesysteem.”

Antecedenten van het geding

7 Verzoekster, EDP — Energias de Portugal, SA (hierna: „EDP” of „verzoekster”), is de traditionele Portugese elektriciteitsmaatschappij, met als voornaamste activiteiten de productie, distributie en levering van elektriciteit in Portugal. EDP is genoteerd aan de Euronextbeurs te Lissabon, haar voornaamste aandeelhouder is de Portugese staat die, al dan niet rechtstreeks, 30 % van de aandelen in handen heeft; de rest van de aandelen is sterk verspreid. EDP controleert Hydrocántábrico, een vennootschap die in Spanje in de sectoren elektriciteit en gas actief is. EDP bezit voorts deelnemingen in de vennootschappen Turbogás (20 %) en Tejo Energia (10 %), die in Portugal actief zijn in de elektriciteitsproductie, alsmede een deelneming van 30 % in Rede Eléctrica Nacional, SA, de beheerder van het Portugese elektriciteitsnet.

8 Eni SpA is een Italiaanse vennootschap die op alle niveaus van de levering en distributie van energie werkzaam is.

- 9 Gás de Portugal SGPS, SA (hierna: „GDP”) is de traditionele Portugese gasmaatschappij. Zij is een 100 %-dochteronderneming van de Portugese vennootschap Galp Energia SGPS, SA (hierna: „Galp”). Galp is thans in handen van de Portugese staat en van Eni en heeft belangen zowel in de olie- als in de gassector. GDP en haar dochterondernemingen verzorgen op alle niveaus de gaslevering in Portugal. Door haar dochteronderneming Transgás importeert GDP in Portugal aardgas via een pijpleiding en vloeibaar aardgas („Liquified Natural Gas”, LNG) via de terminal te Sinès en zij is verantwoordelijk voor het transport, de opslag, de distributie en de levering via hogedrukpijpleidingen (hierna: „gasnet”). GDP levert ook aardgas aan grote industriële afnemers en houdt zich bezig met de ontwikkeling en het toekomstige beheer van de eerste ondergrondse opslagfaciliteit voor aardgas. Via haar dochteronderneming GDP Distribuição Energia, SA beheerst GDP tevens vijf van de zes plaatselijke gasdistributiebedrijven.
- 10 Rede Eléctrica Nacional, SA (hierna: „REN”) is een Portugese vennootschap, ontstaan door de verzelfstandiging („spin-off”) in 1994 van het voordien aan EDP toebehorende Portugese elektriciteitsnet. Dit net wordt thans beheerd door REN, die de „enige koper” in de zin van de gemeenschapsrichtlijnen is: zij koopt elektriciteit van de producenten en verkoopt ze aan de distributeurs/leveranciers voor levering aan „niet in aanmerking komende”afnemers, dat wil zeggen afnemers die niet zelf hun leverancier kunnen kiezen. De Portugese staat heeft, al dan niet rechtstreeks, 70 % van REN in handen.
- 11 In 2003 bepaalde de Portugese regering haar beleid voor de herstructurering van de energiesector in Portugal met het oog op de toekomstige volledige liberalisering van die sector in overeenstemming met de communautaire richtlijnen. In de oorspronkelijke planning van de Portugese regering zou die herstructurering de volgende fasen omvatten:
- splitsing van de activiteiten van Galp met betrekking tot gas en aardolie in drie afzonderlijke takken: a) gastransport (Transgás), b) distributie en levering van gas (GDP), en c) raffinage en distributie van aardolieproducten (Petrogal):

- bevordering van de integratie van de activiteiten met betrekking tot gas en elektriciteit in één economische groep;

 - overname door REN van de activiteiten met betrekking tot het gastransport (in het bijzonder het gasnet en, potentieel, andere gereguleerde activiteiten).
- 12 Volgens een akkoord over de aankoop van aandelen van 31 maart 2004 zouden EDP, Eni (via haar 100 %-dochter Eni Portugal Investment, SpA) en REN tezamen het gehele kapitaal van GDP van Galp overnemen. Dezelfde dag werd een tweede akkoord gesloten over de tijdelijke deelneming van REN in GDP en de latere verkoop van het gasnet aan REN in ruil voor haar aandelen in GDP. De doorvoering van de gehele transactie was afhankelijk van de toestemming van de bevoegde mededingingsautoriteiten.
- 13 Op 9 juli 2001 werd de gehele transactie overeenkomstig artikel 4 van verordening nr. 4064/89 bij de Commissie aangemeld. Van mening dat de transactie twee verschillende verrichtingen omvatte — waarvan de ene ertoe leidde dat het gasnet uitsluitend in handen van REN kwam, terwijl de andere EDP en Eni (hierna: „de partijen”) door aandelenkoop de gezamenlijke zeggenschap over GDP gaf —, concludeerde de Commissie dat deze laatste verrichting (hierna: „de concentratie”) een communautaire dimensie had (PB C 185, blz. 3).
- 14 Op dezelfde datum werd het feit dat REN de uitsluitende zeggenschap over het gasnet zou verkrijgen, bij de Portugese mededingingsautoriteit aangemeld.
- 15 Na een voorlopig onderzoek kwam de Commissie tot de conclusie, dat er ernstige twijfel bestond over de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt. Daarom leidde zij op 12 augustus 2004 een procedure dienaangaande in overeenkomstig artikel 6, lid 1, sub c, van verordening nr. 4064/89.

- 16 Op 12 oktober 2004 zond de Commissie de partijen een mededeling van punten van bezwaar, die uitliep op de voorlopige conclusie, dat de concentratie onverenigbaar was met de gemeenschappelijke markt.
- 17 Op deze mededeling werd door de partijen op 27 oktober 2004 geantwoord.
- 18 Op 28 oktober 2004 stelden de partijen bepaalde verbintenissen voor, die de door de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar gesignaleerde mededingingsbezwaren zouden moeten wegnemen.
- 19 Op 29 oktober en 4 november 2004 zond de Commissie overeenkomstig artikel 11 van verordening nr. 4064/89 een vragenlijst aan de potentiële concurrenten van de gefuseerde eenheid, aan de Spaanse en Portugese reguleringsautoriteiten en aan de beheerder van het Spaanse gasnet (hierna: „marktonderzoek”).
- 20 Op 17 november 2004 dienden de partijen wijzigingen in hun eerdere verbintenissen in.
- 21 Op 26 november 2004 dienden de partijen nieuwe wijzigingen in hun verbintenissen betreffende de elektriciteitssector in en kondigden zij nieuwe wijzigingen aan in hun verbintenissen betreffende de gassector. Op 3 december 's avonds zonden zij de Commissie de definitieve versie van de wijzigingen betreffende de gassector.

- 22 Bij beschikking van 9 december 2004 [zaak COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP C (2004) 4715 def.] (hierna: „bestreden beschikking”) verklaarde de Commissie de concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt.
- 23 In het kader van deze zaak kan de bestreden beschikking worden samengevat als volgt.
- 24 Om te beginnen identificeert de Commissie de acht markten waarvoor de concentratie gevolgen kan hebben:

— bij elektriciteit:

— de markt van elektriciteitslevering en gros in Portugal;

— de markt van elektriciteitslevering en détail aan grote industriële afnemers in Portugal;

— de markt van elektriciteitslevering en détail aan kleine industrieën, winkelbedrijven en huishoudens in Portugal;

— de markt van „balancing power” (tot stand brengen van evenwicht tussen vraag naar en aanbod van elektriciteit) en van de ondersteunende diensten in Portugal;

— bij gas:

— de markt van gaslevering aan gasgestookte elektriciteitscentrales („Combined Cycle Gas Turbines”; hierna: „CCGT’s”) in Portugal;

— de markt van gaslevering aan lokale distributiemaatschappijen („Local Distribution Companies; hierna: „LDC’s”) in Portugal;

— de markt van gaslevering aan grote industriële afnemers in Portugal;

— de markt van gaslevering aan kleine industrieën, winkelbedrijven en huishoudens in Portugal, of op plaatselijke schaal.

25 In de tweede plaats meende de Commissie bij de beoordeling van de mededingingsaspecten, dat de concentratie:

— op de elektriciteitsmarkten:

— de aanzienlijke potentiële mededinging van GDP op de groothandelsmarkt van elektriciteit zou uitschakelen (horizontaal effect);

- de aanzienlijke potentiële mededinging van GDP op elke kleinhandelsmarkt van elektriciteit zou uitschakelen (horizontaal effect);

- de aanzienlijke potentiële mededinging van GDP op de markt van balancing power en van de ondersteunende diensten zou uitschakelen (horizontaal effect);

- EDP kennis zou verschaffen van de aankoopkosten en de dagelijkse gasbehoeften van zijn huidige concurrenten en de komst van potentiële concurrenten die een nieuwe CCGT willen bedrijven, zou tegenhouden of vertragen (niet-horizontaal effect);

- EDP voorrang en betere voorwaarden zou geven bij de toegang tot de aardgasvoorraden in Portugal (niet-horizontaal effect);

- EDP de mogelijkheid en de prikkel zou geven om haar concurrenten in aanzienlijke mate uit te sluiten door de aardgasprijzen te verhogen of de leveringskwaliteit te verlagen (niet-horizontaal effect);

- de vraag op de markt van gaslevering aan de elektriciteitsproducenten zou afgrendelen (niet-horizontaal effect);

- op de gasmarkten:
 - de vraag op de markt van gaslevering aan de LDC's zou afgrendelen (niet-horizontaal effect);

- de aanzienlijke potentiële mededinging van EDP op de markt van gaslevering aan grote afnemers zou uitschakelen (horizontaal effect);

- de aanzienlijke potentiële mededinging van EDP op de markt van gaslevering aan kleine afnemers zou uitschakelen (horizontaal effect).

26 Zoals eerder vermeld, hebben de partijen de Commissie verscheidene verbintenissen aangeboden, en wel op 28 oktober (A-P), 17 november (EDP.1-EDP.5; ENI.II-ENI.XIV), 26 november en 13 december 2004. Deze verbintenissen betreffen de volgende corrigerende maatregelen:

- verkoop van de hervergassingsterminal te Sinès aan REN (A/ENI.II);

- verkoop van de ondergrondse opslaginstallaties te Carriço aan REN (B/ENI.III);

- vervroegde verkoop van het gasnet aan REN (ENI.IV);

- waarborgen voor de toegang tot het gasnet in afwachting van de publicatie van de regeling inzake de toegang van derden tot het net of van de verkoop van het net aan REN (C/ENI.V);

- vrijgave van de thans voor Transgás gereserveerde, maar niet gebruikte gascapaciteiten te Campo Maior, waar de pijpleiding Portugal binnenkomt (D/ENI.VI);

- verbintenis om geen bijkomende capaciteiten te Campo Maior te reserveren (E/ENI.VII);

- verbintenis om geen bijkomende capaciteiten van de pijpleiding van Extremadura te reserveren(F/ENI.VIII);

- verbintenis om onder bepaalde voorwaarden capaciteiten van de pijpleiding van Extremadura en/of te Campo Maior ter beschikking te stellen (ENI.IX);

- wijziging van het aankoopakkoord van 31 maart 2004 met betrekking tot de rechten van GDP onder de noemer „aanpassing aan het beste bod” [...] ¹ (GNI.X);

- maatregelen om bezorgdheid over mogelijke voorrang bij de toegang tot informatie inzake prijzen weg te nemen (H/ENI.XI);

- maatregelen om een daadwerkelijke liberalisering van de vraag van grote afnemers te verzekeren (I/ENI.XII);

- verbintenis om een of meer van de LDC's die door een van de partijen worden beheerst, te verkopen (J/ENI.XIV);

¹ -- Weggelaten vertrouwelijke gegevens.

- verbintenis om geen gecombineerde aanbiedingen voor aardgas en elektriciteit aan grote en kleine afnemers te doen, zolang de markten niet zijn geliberaliseerd (K/ENI.XIII);
- vermindering van de deelneming van EDP in het kapitaal van REN van 30 % tot ongeveer 5 % (L/EDP.1);
- moratorium voor de bouw van nieuwe CCGT's (M/EDP.3);
- verbintenis om de capaciteit van een van de drie CCGT's van EDP te Ribatejo („TER”) tijdelijk te verhuren (N/EDP.4);
- verbintenis om de deelneming van EDP in Tejo Energia af te stoten (O/EDP.2);
- verbintenis om bepaalde stemrechten van EDP bij Turbogás tijdelijk niet uit te oefenen en onafhankelijke directieleden te benoemen (P/EDP.5).

²⁷ In de derde plaats beoordeelde de Commissie de effecten van de verbintenissen van 28 oktober 2004 en vervolgens die van de gewijzigde serie verbintenissen van 17 november 2004. Zij kwam tot de conclusie, dat geen van die verbintenissen een oplossing bood voor de door haar vastgestelde mededingingsproblemen. Met betrekking tot de op 26 november 2004 voorgestelde gewijzigde serie verbintenissen oordeelde de Commissie, dat deze, behalve op de markt van gaslevering aan de LDC's, de mededingingsbezwaren niet volledig en ondubbelzinnig wegnamen en dat zij deels niet meer dan intentieverklaringen waren. Ook de op 3 december 2004 voorgestelde gewijzigde serie verbintenissen wees zij af, enerzijds omdat zij te laat

waren ingediend, en anderzijds omdat zij slechts de uitvoering van de op 26 november 2004 voorgestelde verbintenissen betroffen.

- 28 Om bovengenoemde redenen, elk voor zich dan wel tezamen beschouwd, kwam de Commissie tot de slotsom, dat de concentratie ondanks de door de partijen voorgestelde verbintenissen zou leiden tot versterking van de machtspositie van EDP op de groothandelsmarkten van elektriciteit, van balancing power en de ondersteunende diensten, alsmede op de kleinhandelsmarkten van elektriciteit voor grote en kleine afnemers in Portugal, alsook van de machtspositie van GDP op de markt van gaslevering aan de CCGT's en aan grote en kleine afnemers, met als gevolg dat de mededinging op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt aanzienlijk zou worden belemmerd. Daarom moest de concentratie overeenkomstig artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 onverenigbaar worden verklaard met de gemeenschappelijke markt.

Procesverloop en conclusies van partijen

- 29 Bij verzoekschrift, op 25 februari 2005 ingeschreven ter griffie van het Gerecht, heeft verzoekster beroep tegen de bestreden beschikking ingesteld.
- 30 Bij op dezelfde dag neergelegde afzonderlijke akte heeft verzoekster verzocht om toepassing van de versnelde procedure overeenkomstig artikel 76 bis van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht.
- 31 In het kader van maatregelen tot organisatie van de procesgang, bedoeld in artikel 64 van het Reglement voor de procesvoering, zijn verzoekster en verweerster uitgenodigd voor een informele bijeenkomst met de rechter-rapporteur op 6 april

2005 om de mogelijkheid van een versnelde procedure te bespreken. Aan het einde van die informele bijeenkomst heeft verzoekster toegezegd haar verzoekschrift in verkorte vorm in te dienen, in overeenstemming met de vereisten van de Praktische aanwijzingen van het Gerecht voor partijen, en heeft de Commissie verzocht om een verlenging van de termijn voor het voorbereiden van haar verweer. De rechter-rapporteur heeft een voorlopig tijdschema voor de procedure voorgelegd. Op 22 april 2005 heeft verzoekster haar ingekort verzoekschrift ingediend, dat hoofdzakelijk hierin van het oorspronkelijke verschilt, dat het eerste en het tweede middel zijn weggelaten. De Commissie heeft haar verweerschrift op 14 mei 2005 ingediend.

- 32 Op 25 mei 2005 heeft de Tweede kamer van het Gerecht, waaraan de zaak was toegewezen, besloten de zaak volgens de versnelde procedure te behandelen.
- 33 Bij beschikking van 13 juni 2005 heeft de president van de Tweede kamer van het Gerecht, de partijen gehoord, Gas Natural toegestaan ter terechtzitting in de zaak te interveniëren, overeenkomstig artikel 76 bis van het Reglement van de procesvoering, ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie; tevens heeft hij het verzoek van partijen om vertrouwelijke behandeling ingewilligd, onder voorbehoud van de opmerkingen van interveniënte. Deze heeft verklaard geen bezwaar tegen vertrouwelijke behandeling te hebben.
- 34 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht besloten de mondelinge behandeling te openen en heeft het, bij wege van maatregel tot organisatie van de procesgang, interveniënte verzocht, vooraf een gedetailleerd overzicht van haar interventie ter terechtzitting over te leggen. Na een desbetreffend verzoek van verzoekster heeft het Gerecht de Commissie en interveniënte uitgenodigd het verslag van een bijeenkomst van deze twee partijen, op 27 augustus 2004 te Madrid, over te leggen, hetgeen zij hebben gedaan. Ten slotte heeft het Gerecht de Commissie en verzoekster schriftelijk vragen gesteld, met het verzoek deze ter terechtzitting te beantwoorden. Verzoekster heeft daags voor de terechtzitting een schriftelijk antwoord op alle gestelde vragen ingediend (hierna: „antwoord voor de terechtzitting”), dat op dezelfde dag aan de andere partijen is meegedeeld.

35 Partijen hebben ter terechtzitting van 5 juli 2005 pleidooi gehouden en vragen van het Gerecht beantwoord. De stukken die verzoekster op de terechtzitting heeft overgelegd, zijn niet in het dossier van de zaak opgenomen.

36 Verzoekster verzoekt het Gerecht:

- de bestreden beschikking nietig te verklaren;
- de Commissie in de kosten te verwijzen.

37 De Commissie verzoekt het Gerecht:

- het beroep te verwerpen;
- verzoekster in de kosten te verwijzen.

38 Intervenïente concludeert tot verwerping van het beroep.

Ten gronde

39 Om te beginnen merkt het Gerecht op, dat wegens de beperkingen die de in casu, overigens in overleg met partijen, toegepaste versnelde procedure oplegt, in principe enkel de kern van de argumenten van de partij die op het betrokken punt in het

ongelijk wordt gesteld, wordt weergegeven en dan nog uitsluitend voorzover dit noodzakelijk is. Wel zijn alle argumenten van partijen die voor de beslechting van het geschil van belang kunnen zijn, inclusief die welke niet uitdrukkelijk in het door partijen met enkele kleine wijzigingen goedgekeurde rapport ter terechtzitting zijn weergegeven, in aanmerking genomen. De uiteenzetting van de redenering van het Gerecht blijft dus beperkt tot de motivering die voor een volledige en integrale ondersteuning van de uitspraak noodzakelijk is (in deze zin, arrest Hof van 15 juni 2000, Dorsch Consult/Raad en Commissie, C-237/98 P, Jurispr. blz. I-4549, punt 51).

40 In ruil voor de toepassing van de versnelde procedure en om bij te dragen tot de snelle totstandkoming van een rechterlijke uitspraak, heeft verzoekster er uitdrukkelijk mee ingestemd, afstand te doen van de eerste twee middelen en het derde onderdeel van het derde middel van haar oorspronkelijke verzoekschrift. De reden van deze afstand was, dat in het geval van nietigverklaring van de bestreden beschikking op grond van die eerste twee formele middelen — geen toegang tot het dossier en ontbreken van motivering — of op grond van het derde onderdeel van het derde middel — schending van het beginsel van goed bestuur — de Commissie niet bij voorbaat verplicht zou zijn geweest, de mededingingsaspecten in een eventuele nieuwe beschikking anders te beoordelen dan zij in de bestreden beschikking had gedaan. Nu de versnelde procedure in casu wordt toegepast, neemt het Gerecht er akte van, dat verzoekster van die twee middelen en van het derde onderdeel van het derde middel heeft afgezien.

41 In het ingekorte verzoekschrift voert verzoekster vier middelen aan. In de eerste plaats, miskenning door de Commissie van de afwijking ten gunste van de Portugese Republiek ingevolge artikel 28, lid 2, van de tweede gasrichtlijn. In de tweede plaats, schending van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89, doordat de Commissie niet heeft aangetoond dat aan het tweede criterium van dat artikel is voldaan. In de derde plaats, formele en/of procedurele schendingen van artikel 8, leden 2 en 3, van verordening nr. 4064/89. In de vierde plaats, beoordelingsfouten van de Commissie met betrekking tot de overeenkomstig artikel 8, leden 2 en 3, van verordening nr. 4064/89 aangeboden verbintenissen.

- 42 Enkele middelen van algemene aard, dat wil zeggen zonder specifiek verband met een van de relevante markten, kunnen op zich tot nietigverklaring van de bestreden beschikking leiden. Daarom dienen eerst deze algemene middelen, namelijk het tweede en het derde, te worden onderzocht, vervolgens het eerste middel, dat hoofdzakelijk betrekking heeft op de gasmarkten, en ten slotte het vierde middel.
- 43 Ter terechtzitting heeft de Commissie enig voorbehoud gemaakt met betrekking tot het feit dat verzoekster haar antwoord voor de terechtzitting schriftelijk had verstrekt. Het Gerecht herinnert eraan, dat van de 23 aan de partijen gestelde vragen verzoekster er slechts twee schriftelijk hoefde te beantwoorden. Niettemin heeft zij daags vóór de terechtzitting al haar antwoorden schriftelijk verstrekt en tijdens de zitting eenvoudig naar dat stuk verwezen. Voorzover de Commissie wil betogen, dat de rechten van de verdediging daardoor zijn geschonden, wijst het Gerecht erop dat dat stuk haar daags voor de terechtzitting aan het eind van de middag is medegedeeld en dat het voor haar materieel mogelijk was er tijdens de zitting op te reageren. De tijd waarover de Commissie beschikte, was stellig kort, maar niettemin acceptabel in het kader van de versnelde procedure die de onderhavige zaak kenmerkt en waarin alle partijen, alsook het Gerecht zelf, aan uiterst korte termijnen gebonden waren. Dat de Commissie al daags vóór de terechtzitting, in plaats van op de dag zelf, kennis kon nemen van de inhoud van de antwoorden van verzoekster, was bovendien een waarborg voor een beter verloop van de contradictoire procedure.

I — *Het tweede middel: schending van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89*

- 44 In dit middel stelt verzoekster, kort samengevat, a) dat artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 twee onderscheiden criteria bevat, en b) dat de Commissie in de bestreden beschikking niet heeft beoordeeld, of aan het tweede van die criteria was voldaan.

- 45 Inderdaad noemt artikel 2, leden 2 en 3, van verordening nr. 4064/89 twee cumulatieve criteria, waarvan het eerste het in het leven roepen of versterken van een machtspositie betreft, en het tweede de omstandigheid dat door dat in het leven roepen of versterken van een machtspositie de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt aanzienlijk wordt belemmerd (in deze zin, arresten Gerecht van 19 mei 1994, *Air France/Commissie*, T-2/93, Jurispr. blz. II-323, punt 79; 27 november 1997, *Kaysersberg/Commissie*, T-290/94, Jurispr. blz. II-2137, punt 156, en 25 oktober 2002, *Tetra Laval/Commissie*, T-5/02, Jurispr. blz. II-4381, punt 146).
- 46 In sommige gevallen kan echter het in het leven roepen of versterken van een machtspositie zelf al een aanzienlijke belemmering van de mededinging tot gevolg hebben.
- 47 Wanneer bijvoorbeeld een onderneming met een machtspositie deze positie door het overnemen van een concurrent zozeer versterkt, dat de aldus verkregen marktmacht de mededinging wezenlijk belemmert, kan dit een misbruik van machtspositie opleveren (arrest Hof van 21 februari 1973, *Europemballage en Continental Can/Commissie*, 6/72, Jurispr. blz. 215, punt 26). Deze rechtspraak is temeer van belang, omdat de situatie die het Hof in dat arrest analyseerde, in een tijd toen verordening nr. 4064/89 niet bestond, sterk lijkt op de situatie die door een concentratie in de zin van die verordening kan ontstaan.
- 48 Ook wordt bij concentraties een machtspositie gekenmerkt door een situatie van economische kracht van een of meer ondernemingen, die hen in staat zou stellen het voortbestaan van een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt te verhinderen, doordat zij zich tegenover hun concurrenten, hun afnemers en, uiteindelijk, de consumenten verregaand onafhankelijk kunnen gedragen (arrest Gerecht van 25 maart 1999, *Gencor/Commissie*, T-102/96, Jurispr. blz. II-753, punt 200).

- 49 Het bewijs van het in het leven roepen of versterken van een machtspositie in de zin van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 kan in bepaalde gevallen dus samenvallen met het bewijs van een aanzienlijke belemmering van een daadwerkelijke mededinging. Dit betekent niet, dat het tweede criterium juridisch opgaat in het eerste, maar enkel dat uit een en dezelfde feitelijke analyse van een bepaalde markt volgt, dat aan beide criteria is voldaan.
- 50 Wanneer uit de overwegingen van een beschikking waarbij de onverenigbaarheid van een concentratie met de gemeenschappelijke markt wordt vastgesteld, daaronder begrepen de overwegingen die zich formeel bezighouden met de vraag of een machtspositie in het leven wordt geroepen of versterkt, blijkt dat die concentratie sterke mededingingsversturende effecten heeft, kan men die beschikking derhalve niet als onwettig beschouwen op de enkele grond dat de Commissie bij haar beschrijving van die gegevens niet uitdrukkelijk en specifiek heeft aangeknoopt bij het tweede criterium van artikel 2 van verordening nr. 4064/89, hetzij in verband met de in artikel 253 EG bedoelde motiveringsplicht, hetzij met betrekking tot de grond van de zaak. De tegenovergestelde zienswijze zou de Commissie immers een louter formele verplichting opleggen, die haar zou dwingen dezelfde overwegingen tweemaal te vermelden, eerst bij haar analyse van de vraag of een machtspositie op een bepaalde markt in het leven wordt geroepen of versterkt, en nogmaals in verband met de aanzienlijke belemmering van de mededinging op de gemeenschappelijke markt.
- 51 In casu moet om te beginnen het betoog van de Commissie worden afgewezen, dat het hier besproken middel op ontbreken van motivering is gebaseerd. Zou uit de bestreden beschikking blijken, dat de Commissie niet heeft onderzocht of aan het tweede criterium van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 was voldaan, of niet heeft aangetoond dat dat het geval was, dan zou de conclusie moeten luiden, dat zij zich niet aan die bepaling heeft gehouden. In het kader van deze verordening zou het ontbreken van motivering dienaangaande immers slechts kunnen betekenen dat het onderzoek of aan het tweede criterium is voldaan, niet of in onvoldoende mate is verricht, en niet dat dat onderzoek wel is verricht, maar in de beschikking niet is beschreven.

- 52 Wat verzoeksters voornaamste grief betreft, heeft de Commissie in de bestreden beschikking wel degelijk voor elk van de betrokken markten geconcludeerd, dat aan de twee criteria van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 was voldaan. Zo concludeerde zij ook nog na onderzoek van alle verbintenissen, dat de concentratie de bestaande machtsposities van EDP en GDP zou versterken, met als gevolg een aanzienlijke belemmering van een daadwerkelijke mededinging op de groothandelsmarkt van elektriciteit (punten 364, 379, 410, 428 en 429), de markt van balancing power en ondersteunende diensten (punt 432), de kleinhandelsmarkt van elektriciteit (punt 473), de markten van gaslevering aan elektriciteitsproducenten (punt 528), LDC's (punt 538), grote afnemers (punt 550), kleine afnemers (punt 602) en in het algemeen (punt 609).
- 53 Wel moet ook worden vastgesteld, dat de Commissie in de bestreden beschikking de gegevens op grond waarvan zij tot een versterking van de bestaande machtsposities van EDP en GDP concludeerde, heeft onderzocht tezamen en zonder onderscheid met de gegevens die haar tot de conclusie brachten, dat de concentratie bovendien een aanzienlijke belemmering van een daadwerkelijke mededinging tot gevolg zou hebben.
- 54 Aangezien echter de in de beschikking vermelde gegevens die op een aanzienlijke versterking van de machtsposities van EDP en GDP wezen, vaak dezelfde zijn als die welke een aanzienlijke belemmering van de mededinging door de concentratie aantonen, kan het enkele feit dat de Commissie geen aparte paragrafen aan de aanzienlijke mededingingsbelemmering heeft besteed, niet tot de conclusie leiden, dat zij het tweede criterium van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 heeft genegeerd. Zo gaan de meeste, zo niet alle overwegingen op grond waarvan de Commissie tot een versterking van de bestaande machtsposities concludeert, uit van een daadwerkelijke beperking van de mededinging die zonder de concentratie zou kunnen bestaan, en tonen zij dus tevens aan, dat aan het tweede criterium van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 is voldaan. Met name in zoverre als de concentratie niet, of slechts bijkomstig, leidt tot vergroting van de marktaandelen van de partijen op een van de relevante markten, komen de mededingingsversturende effecten van de concentratie volgens de Commissie hoofdzakelijk, zo niet nagenoeg geheel, voort uit de daadwerkelijke beperking van de mededinging op elk van de relevante markten. Zo berust het bewijs van de versterking van de

machtsposities van EDP en GDP door het verdwijnen van een belangrijke of gewichtige potentiële concurrent op het merendeel van de in de bestreden beschikking in aanmerking genomen markten, op het bewijs van een aanzienlijke beperking van de mededinging die volgens de Commissie daadwerkelijk zou hebben bestaan, als uitvloeisel van de concentratie (zie, bijvoorbeeld, betreffende de verdwijning van GDP als waarschijnlijkste belangrijke potentiële concurrent op de groothandelsmarkt van elektriciteit, punten 335-364, op de kleinhandelsmarkten van elektriciteit, punten 450-473, of, betreffende de verdwijning van EDP als belangrijkste potentiële concurrent op de kleinhandelsmarkt van gas, punten 559-599).

55 Hieruit volgt tevens dat, anders dan verzoekster betoogt, de Commissie de vraag of aan het tweede criterium van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 was voldaan, in de bestreden beschikking niet als een automatisch uitvloeisel van het eerste criterium heeft behandeld, maar omgekeerd haar redenering heeft gebaseerd op het feit dat de aanzienlijke belemmeringen van de mededinging de machtsposities van EDP en GDP versterkten.

56 Ook de op deze redenering gebaseerde analyse van de verbintenissen door de Commissie vertoont bijgevolg niet het gebrek dat verzoekster eraan toedicht. Wanneer de Commissie tot de conclusie komt dat de verbintenissen geen oplossing kunnen bieden voor de eerder vastgestelde mededingingsproblemen, dan is dat op grond van de overweging dat wegens het voortduren van de aanzienlijke belemmeringen van de mededinging de versterkte machtspositie van EDP en GDP blijft bestaan (zie, bijvoorbeeld, betreffende de verdwijning van GDP als waarschijnlijkste belangrijke potentiële concurrent op de groothandelsmarkt van elektriciteit, punten 650-675, op de kleinhandelsmarkten van elektriciteit, punten 708-714, of, betreffende de verdwijning van EDP als gewichtigste potentiële concurrent op de kleinhandelsmarkt van gas, punten 735-738).

- 57 Ten slotte merkt het Gerecht op, dat de grief van verzoekster niet boven een principiële kritiek uitkomt. In het bijzonder stelt verzoekster in dit middel niet, en zeker voert zij er geen bewijs voor aan, dat ten aanzien van een van de in aanmerking genomen markten de overwegingen van de Commissie betreffende de mededingingsaspecten geen materieel bewijs van een aanzienlijke belemmering van een daadwerkelijke mededinging opleveren.
- 58 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie het tweede criterium van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 niet heeft miskend. Dit middel moet derhalve worden afgewezen.

II — Het derde middel: schending van artikel 8, leden 2 en 3, van verordening nr. 4064/89

- 59 Verzoeksters middel betreffende de verbintenissen bestaat uit vier onderdelen, die respectievelijk betrekking hebben op miskennen van de bewijslast, miskennen van het algemene karakter van de verbintenissen, misbruik van bevoegdheid en overdreven voorstelling van de moeilijkheden bij het toezicht op de naleving van bepaalde gedragsverbintenissen.

A — Eerste onderdeel: de bewijslast

- 60 Volgens verzoekster is de Commissie er ten onrechte van uitgegaan, dat de partijen moeten bewijzen, dat hun verbintenissen de bezorgdheid van de Commissie omtrent de mededingingsaspecten kunnen wegnemen. Daarmee heeft de Commissie een in

punt 6 van de mededeling corrigerende maatregelen beschreven controlestandaard verkeerd toegepast.

- 61 Ingevolge artikel 2, lid 2, van verordening nr. 4064/89 „moet” de Commissie een concentratie die geen machtspositie in het leven roept of versterkt waardoor de mededinging aanzienlijk wordt belemmerd, verenigbaar verklaren met de gemeenschappelijke markt. Het is dus de Commissie die moet aantonen dat een concentratie niet verenigbaar kan worden verklaard.
- 62 Ingevolge artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89 geeft de Commissie een beschikking waarbij de concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard, wanneer zij vaststelt dat de aangemelde concentratie, „eventueel na door de betrokken partijen te zijn gewijzigd”, aan het criterium van artikel 2, lid 2, van verordening nr. 4064/89 voldoet. Voor een door verbintenissen gewijzigde concentratie geldt op het punt van de bewijslast derhalve hetzelfde als voor een ongewijzigde.
- 63 De Commissie is dus verplicht een concentratie zoals gewijzigd door de voorgestelde verbintenissen van de partijen, te onderzoeken (in deze zin, arrest Gerecht van 30 september 2003, ARD/Commissie, T-158/00, Jurispr. blz. II-3825, punt 280), en kan ze dan slechts onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaren, wanneer die verbintenissen onvoldoende zijn om het in het leven roepen of het versterken te verhinderen van een machtspositie die een daadwerkelijke mededinging aanzienlijk zou belemmeren. Daar het om ingewikkelde economische beoordelingen gaat, doet evenwel het feit dat de bewijslast bij de Commissie ligt,

niet af aan haar ruime beoordelingsvrijheid op dat gebied (in deze zin, arrest Gerecht van 3 april 2003, *Petrolessence en SG2R/Commissie*, T-342/00, Jurispr. blz. II-1161, punt 101, en aldaar aangehaalde rechtspraak, en arrest Hof van 15 februari 2005, *Commissie/Tetra Laval*, C-12/03 P, Jurispr. blz. I-987, punt 38).

- 64 Aan deze rechtssituatie wordt niet afgedaan door het feit, dat volgens punt 6 van de mededeling corrigerende maatregelen de partijen dienen te bewijzen dat het door de Commissie opgeworpen bezwaar van het ontstaan of versterken van een machtspositie door de voorgestelde verbintenissen wordt weggenomen. Ook al zou de Commissie zo de bewijslast inzake de doeltreffendheid van de voorgestelde verbintenissen bij de partijen bij een aangemelde concentratie willen leggen — met welk bewijs zij overigens hun eigen belang zouden dienen —, zij zou daaruit niet de conclusie kunnen trekken dat zij in geval van twijfel verplicht is de concentratie te verbieden. Integendeel, de Commissie is verplicht aan te tonen dat de concentratie, in voorkomend geval zoals door de verbintenissen gewijzigd, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt moet worden verklaard, omdat er nog steeds sprake is van in het leven roepen of versterken van een machtspositie die een daadwerkelijke mededinging aanzienlijk belemmert.
- 65 Het staat dus aan de Commissie om aan te tonen, dat de door de partijen voorgestelde verbintenissen de concentratie, zoals door deze verbintenissen gewijzigd, niet met de gemeenschappelijke markt verenigbaar maken.
- 66 Volgens de Commissie dient men te onderscheiden tussen verbintenissen die vóór en die welke na de in artikel 18, lid 2, van verordening nr. 447/98 bepaalde uiterste datum zijn voorgesteld. In casu hebben de partijen wijzigingen op hun oorspronkelijke reeks verbintenissen zowel vóór die uiterste datum ingediend, te weten op 17 november 2004, als erna, te weten op 26 november 2004 en zelfs nog op 3 december 2004. Punt 43 van de mededeling corrigerende maatregelen, gelezen in samenhang met de punten 41 en 42, maakt echter geen onderscheid naargelang het tijdstip — vóór of na de uiterste datum — waarop wijzigingen op verbintenissen zijn voorgesteld. Wel bepaalt punt 43, dat de Commissie aan de hand van de gewijzigde

verbintenissen duidelijk moet kunnen vaststellen, zonder dat verder onderzoek nodig is en mits voldoende tijd overblijft voor overleg met de lidstaten, dat met de uitvoering van die verbintenissen de vastgestelde mededingingsbezwaren worden weggelaten.

67 Daarbij bepaalt artikel 43 van de mededeling corrigerende maatregelen niet, dat de partijen bij een concentratie moeten bewijzen dat hun gewijzigde verbintenissen de vastgestelde mededingingsbezwaren duidelijk wegnemen. Maar terwijl de Commissie verplicht is gewijzigde verbintenissen onder bepaalde voorwaarden te accepteren, is zij niet bevoegd de bewijslast te wijzigen die bij verordening nr. 4064/89 is geregeld met het oog op de vaststelling van een definitieve beschikking krachtens artikel 8, lid 2 of lid 3, van deze verordening, op grond dat de concentratie voldoet aan de criteria van artikel 2, lid 2 of lid 3, van de verordening. Volgens de in punt 43 van de mededeling corrigerende maatregelen genoemde bijzondere voorwaarden staat het dus ook aan de Commissie om aan te tonen, dat de gewijzigde verbintenissen niet voldoende zijn om, zonder dat verder onderzoek noodzakelijk is of wanneer voldoende tijd voor overleg met de lidstaten ontbreekt, duidelijk te kunnen vaststellen dat zij de vastgestelde mededingingsproblemen zullen wegnemen.

68 Ten slotte moet worden bedacht, dat volgens de logica van de administratieve concentratieprocedure de Commissie de mededingingsproblemen die de concentratie volgens haar veroorzaakt, op voorlopige wijze vaststelt, eerst in haar uiteenzetting waarom zij het nodig acht de in artikel 6, lid 1, van verordening nr. 4064/89 bedoelde procedure in te leiden, en vervolgens in de mededeling van punten van bezwaar die zij aan de partijen bij de concentratie stuurt. In deze fase kunnen de partijen het bestaan van die mededingingsproblemen betwisten en/of verbintenissen aanbieden die die problemen zouden kunnen oplossen, hetzij in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar hetzij in een later stadium van de discussie. Het is dus duidelijk, dat wanneer de partijen verbintenissen voorstellen, zij de Commissie ervan willen overtuigen, dat die verbintenissen de eerder vastgestelde mededingingsbezwaren geheel en al zullen wegnemen. Door van haar kant de verbintenissen als onvoldoende te kwalificeren, oordeelt de Commissie

noodzakelijkerwijs, dat de partijen haar niet hebben overtuigd van de waarde van hun verbintenissen voor de oplossing van de door de concentratie veroorzaakte mededingingsproblemen.

- 69 Hieruit volgt, dat wanneer de Commissie de verbintenissen die geldig zijn voorgelegd, dat wil zeggen als eerste voorstel dan wel, overeenkomstig punt 43 van de mededeling corrigerende maatregelen, als wijziging van het eerste voorstel, als onvoldoende kwalificeert, dit slechts een ontoelaatbare omkering van de bewijslast is wanneer de Commissie die kwalificatie niet baseert op een beoordeling van de verbintenissen op basis van objectieve en controleerbare criteria, maar op de bewering dat de partijen in gebreke zijn gebleven om voldoende bewijs te leveren om een beoordeling ten gronde mogelijk te maken. In dit laatste geval werkt de twijfel niet in het voordeel van de partijen bij de concentratie en moet men concluderen, dat de bewijslast met betrekking tot de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt is omgekeerd.
- 70 In casu noemt verzoekster één enkel voorbeeld, dat zij ontleent aan punt 833 van de bestreden beschikking, betreffende de verbintenissen die op 17 november 2004, dus vóór de uiterste datum, zijn voorgesteld. Dienaangaande heet het, dat het nog steeds zeer twijfelachtig en onzeker is, of de werking van alle voorgestelde maatregelen tezamen voldoende compensatie zal bieden voor het verdwijnen van EDP als belangrijkste potentiële concurrent op de markt van gaslevering aan grote afnemers. In de bestreden beschikking baseert de Commissie deze beoordeling uitdrukkelijk op de mededeling corrigerende maatregelen.
- 71 De Commissie sluit genoemd punt 833 af door met grote stelligheid te verklaren, dat de door de partijen voorgestelde maatregelen de uit de concentratie voortvloeiende versterking van de machtspositie van GDP op de betrokken markt niet zouden verhinderen. Daarmee stelde de Commissie in wezen dus vast, dat de betrokken verbintenissen onvoldoende waren om de concentratie te kunnen goedkeuren.

72 De twijfel en onzekerheid waarvan de Commissie gewaagt, betreffen bovendien de vraag of de verbintenissen wel onvoorwaardelijk en zeker waren. In punt 832 van de bestreden beschikking noemt zij vijf redenen waarom zij meende, dat de betrokken verbintenissen onvoldoende waarborgen boden dat de bijkomende gascapaciteiten daadwerkelijk ter beschikking van derden zouden worden gesteld (de verbintenis om geen aanvullende capaciteiten te reserveren, geldt niet voor de Spaanse dochtermaatschappijen van de partijen; geen verplichting om de regels inzake de toegang van derden door de Spaanse reguleringsautoriteit te doen goedkeuren; het recht van de partijen om zich zogenoemde „strategische” capaciteiten voor te behouden; gering effect van de verbintenis om capaciteiten te Campo Maior vrij te geven, wegens de thans beperkte capaciteit van de pijpleiding en de negatieve gevolgen voor de bij de LNG-terminal te Sinès beschikbare capaciteiten; bijzondere rechten van de partijen tegenover de beheerder van die terminal en mogelijkheid om een opslaginstallatie voor aardgas te bouwen). De twijfels van de Commissie betreffen dus niet de eventuele aantasting van de mededinging als gevolg van de concentratie, maar de onmogelijkheid om te verzekeren dat de betrokken verbintenissen volle werking zouden krijgen. De Commissie nu heeft het recht niet-dwingende verbintenissen of, wat op hetzelfde neerkomt, verbintenissen waarvan de werking door de partijen verzwakt of zelfs tenietgedaan kan worden, af te wijzen. Daarmee heeft de Commissie niet de bewijslast bij de partijen gelegd, maar het zekere en meetbare karakter dat de verbintenissen moeten bezitten, ontkend. Het Gerecht wijst er nog op, dat verzoekster in het kader van dit middel voor het Gerecht niet heeft betwist, dat de effecten van de betrokken verbintenissen onzeker zijn.

73 Gelet op het voorgaande moet worden vastgesteld, dat de Commissie in de bestreden beschikking de bewijslast die ingevolge haar verplichting om de onverenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt aan te tonen, op haar rustte, niet heeft omgekeerd. Zij heeft integendeel trachten aan te tonen, waarom de concentratie ondanks de voorgestelde verbintenissen moest worden verboden.

74 Het eerste onderdeel van het derde middel moet derhalve worden afgewezen.

B — *Tweede onderdeel: beoordeling van de gewijzigde concentratie in haar geheel*

75 Verzoekster stelt, kort samengevat, dat de Commissie de situatie zoals die, rekening houdend met de verbintenissen, na de concentratie zou bestaan, niet heeft vergeleken met die welke zal bestaan als de concentratie niet doorgaat. In haar schriftelijk antwoord voor de terechtzitting heeft verzoekster haar betoog aldus gepreciseerd, dat zij de Commissie verwijt de mogelijke zwakke punten van de verbintenissen te hebben beoordeeld in plaats van de waarschijnlijke effecten van de gewijzigde concentratie op een gegeven markt, wat een heel andere uitkomst zou hebben gegeven. Verder zou de Commissie bij de beoordeling van de verbintenissen elk ervan afzonderlijk hebben beschouwd. In haar schriftelijk antwoord geeft zij als voorbeeld het gescheiden onderzoek van, enerzijds, de verbintenissen die het horizontale probleem op de groothandelsmarkt van elektriciteit beoogden op te lossen, en anderzijds, de verbintenissen die de niet-horizontale problemen op die markt betroffen.

76 De bestreden beschikking is formeel zo opgebouwd, dat eerst de door de concentratie in de aanvankelijk aangemelde vorm veroorzaakte mededingingsproblemen op elke markt worden gesignaleerd (punten 280-609), gevolgd door de beoordeling, uit mededingingsoogpunt, van de verbintenissen van 28 oktober 2004 (punten 650-738) en van 17 november 2004 (punten 741-841) en, ten slotte, die van 26 november 2004 (punten 860-912). Daarbij onderzoekt de Commissie achtereenvolgens elk van de verbintenissen die zij voor elk van de betrokken markten relevant acht. Wanneer op een bepaalde markt verscheidene mededingingsproblemen zijn vastgesteld, onderzoekt de Commissie die verbintenissen achtereenvolgens in het kader van elk van die problemen. In alle gevallen, behalve voor de markt van gaslevering aan de LDC's, komt zij tot de conclusie, dat de verbintenissen geen oplossing bieden voor het vastgestelde mededingingsprobleem en/of voor de versterking van de betrokken machtspositie (zie, met betrekking tot de door verzoekster als voorbeeld gekozen groothandelsmarkt van elektriciteit, voor het horizontale probleem de punten 657, 767 en 868, en voor de niet-horizontale problemen de punten 700, 702, 703, 801, 874 en 875).

- 77 De Commissie is verplicht een concentratie te onderzoeken in de vorm die zij heeft gekregen door de wijzigingen welke de partijen geldig hebben voorgesteld (zie punt 63 supra). Maar zoals verzoekster ter terechtzitting heeft erkend, dit uitgangspunt verbiedt niet om eerst de door de concentratie veroorzaakte mededingingsproblemen te onderzoeken en vervolgens de verbintenissen die de partijen aanbieden om die problemen op te lossen, noch verbiedt het om achtereenvolgens elk van de voor die problemen relevante verbintenissen te onderzoeken, zolang de Commissie aan het eind van de rit maar komt tot een algemene beoordeling van de concentratie in haar gewijzigde vorm, dat wil zeggen van de effecten van die concentratie op elk van de relevante markten, met inaanmerkingneming van alle verbintenissen die voor die markt van belang zijn.
- 78 Verder dient de Commissie alle relevante verbintenissen te onderzoeken in relatie tot een mededingingsprobleem dat op een van de relevante markten, daaronder begrepen die welke door de partijen bij een concentratie niet als zodanig zijn aangewezen, is vastgesteld. Er is echter geen sprake van verkeerde rechtstoepassing wanneer de Commissie enkel de verbintenissen die voor één markt of voor één mededingingsprobleem specifiek zijn, in relatie tot die markt of dat probleem onderzoekt, indien de andere verbintenissen niet relevant zijn en in dat kader geen echte economische betekenis hebben.
- 79 In casu berust verzoeksters grief op een niet realistisch uitgangspunt en een verkeerde lezing van de bestreden beschikking.
- 80 In de eerste plaats zijn de door de partijen bij een concentratie aangeboden verbintenissen specifiek bedoeld als oplossing voor de eerder vastgestelde mededingingsproblemen. Het is dus onvermijdelijk dat de Commissie, wanneer haar een verbintenis wordt voorgelegd, eerst onderzoekt welke draagwijdte die verbintenis heeft en, in het bijzonder, wat de eventuele intrinsieke zwakheden ervan zijn, en vervolgens nagaat of de verbintenis geschikt is om het vastgestelde probleem geheel of gedeeltelijk op te lossen. Immers, de analyse van de waarschijnlijke gevolgen van de gewijzigde concentratie onderstelt dat eerst en vooral de draagwijdte van de wijziging wordt beoordeeld. In dit verband wijst het Gerecht erop, dat ook

verzoekster in haar verzoekschrift en de bijlagen daarvan deze stapsgewijze methode heeft gebruikt, wat voor het Gerecht aanleiding is geweest om hetzelfde te doen. Verder is het onrealistisch te denken, dat de Commissie binnen het korte tijdsbestek dat verordening nr. 4064/89 haar laat, haar analyse van een concentratie na de aanbidding van verbintenissen van voren af aan overdoet, alsof de concentratie in de door de verbintenissen gewijzigde vorm opnieuw is aangemeld. Een dergelijke aanpak zou niet te verenigen zijn met het vereiste van snelheid, dat de gehele verordening kenmerkt (arrest Gerecht van 28 april 1999, Endemol/Commissie, T-221/95, Jurispr. blz. II-1299, punt 68). Dat de door verzoekster impliciet voorgestelde aanpak onrealistisch is, blijkt in casu nog duidelijker uit de omstandigheid dat achtereenvolgens drie, ja zelfs vier reeksen verbintenissen zijn voorgesteld, de laatste of de twee laatste zeer laat, toen de procedure ten einde liep. Het argument van verzoekster, dat die successieve reeksen slechts wijzigingen van de eerdere verbintenissen waren en geen nieuwe verbintenissen, doet daaraan niet af. In die situatie moet de Commissie de nieuwe elementen telkens weer in haar analyse verwerken, om te verifiëren of haar eerdere conclusies door die wijzigingen worden ontzenuwd.

- 81 In de tweede plaats heeft de Commissie in de bestreden beschikking zorgvuldig uiteengezet, waarom de zwakke punten van elk van de verbintenissen op zich een oplossing van het betrokken mededingingsprobleem verhinderden. Deze puntsgewijze analyse heeft zij echter steeds laten volgen door de conclusie, dat ook alle voor dat probleem relevante verbintenissen tezamen onvoldoende waren om het probleem op te lossen. Met betrekking tot de verbintenissen van 18 oktober en 17 november 2004 preciseerde zij, dat de versterking van de machtspositie bleef bestaan (zie bijvoorbeeld met betrekking tot de groothandelsmarkt van elektriciteit, waarnaar verzoekster verwijst, voor het horizontale probleem punten 675 en 767, of voor de niet-horizontale problemen punten 700, 702, 703 en 801). Wanneer zij dat noodzakelijk achtte, heeft zij ook andere verbintenissen onderzocht dan die welke de partijen ter oplossing van een gegeven mededingingsprobleem specifiek hadden voorgesteld (punten 809-812). Door deze aanpak kwam de analyse van de Commissie dus volledig overeen met een analyse van de concentratie zoals gewijzigd door de verbintenissen. Hoewel de Commissie zich met betrekking tot de verbintenissen van 26 november 2004 beperkte tot de conclusie dat zij geen oplossing konden bieden voor de betrokken mededingingsproblemen, heeft zij ze niettemin alle tezamen beoordeeld in relatie tot bedoelde problemen (zie voor het horizontale probleem op de groothandelsmarkt van elektriciteit, punt 868, of voor

de niet-horizontale problemen op die markt, punten 874 en 875). Daar voorts het onderzoek van de te laat voorgestelde verbintenissen aan in de mededeling corrigerende maatregelen gestelde bijzondere voorwaarden voldoet, kan uit de omstandigheid dat de Commissie niet uitdrukkelijk heeft geconcludeerd dat de onderzochte machtsposities werden versterkt, niet worden afgeleid dat zij de concentratie in haar gewijzigde vorm niet in haar geheel heeft beoordeeld.

82 Hieruit volgt, dat de Commissie de concentratie zoals door de door de partijen voorgestelde verbintenissen gewijzigd, wel degelijk in haar geheel heeft beoordeeld.

83 Met betrekking tot het door verzoekster als voorbeeld genoemde afzonderlijke onderzoek van de verbintenissen betreffende het horizontale en de niet-horizontale problemen op de groothandelsmarkt van elektriciteit, stelt het Gerecht vast, dat dit argument volledig samenvalt met het in het kader van het vierde middel aangevoerde argument, dat ingevolge de verbintenissen betreffende de niet-horizontale problemen de markt voor een aantal concurrenten open zou worden gesteld, terwijl GDP slechts een potentiële concurrent was. Zo de Commissie ten onrechte had aangenomen dat zij de indirecte draagwijdte van bepaalde verbintenissen voor een mededingingsprobleem of een markt waarvoor zij niet rechtstreeks relevant waren, niet behoefde te onderzoeken, zou dat geen verkeerde rechtstoepassing zijn geweest, maar een beoordelingsfout. Hoewel de Commissie verplicht is alle verbintenissen te onderzoeken die voor een op een van de betrokken markten vastgesteld mededingingsprobleem relevant zijn, daaronder begrepen die welke door de partijen bij een concentratie niet uitdrukkelijk als zodanig zijn aangeduid, maakt de vraag of deze of gene verbintenis voor een door een concentratie veroorzaakt specifiek probleem relevant is, deel uit van de economische beoordeling van de concentratie en moet zij in dat kader worden onderzocht.

84 Daar verzoekster dit argument ook in het kader van haar vierde middel, betreffende beoordelingsfouten van de Commissie ten aanzien van de concentratie in haar gewijzigde vorm, heeft aangevoerd, moet het bij de bespreking van dat middel worden onderzocht.

- 85 Gezien het voorgaande moet het tweede onderdeel van het derde middel worden afgewezen.

C — Derde onderdeel: misbruik van bevoegdheid

- 86 Verzoekster betoogt, kort samengevat, dat de Commissie de haar bij verordening nr. 4064/89 verleende bevoegdheden heeft geschonden door te eisen dat de verbintenissen erop gericht zijn, de gas- en elektriciteitsmarkten te liberaliseren.
- 87 Volgens vaste rechtspraak houdt het begrip misbruik van bevoegdheid in, dat de administratieve overheid haar bevoegdheden heeft gebruikt voor een ander doel dan waarvoor zij zijn verleend. Van misbruik van bevoegdheid is slechts sprake wanneer uit objectieve, ter zake dienende en onderling overeenstemmende aanwijzingen blijkt dat een besluit met een dergelijk doel is genomen (arresten Hof van 13 november 1990, Fedesa e.a., C-331/88, Jurispr. blz. I-4023, punt 24, en 10 mei 2005, Italië/Commissie, C-400/99, Jurispr. blz. I-0000, punt 38). Wanneer het besluit meer doelen heeft, is er ook indien naast de geldige beweegredenen een niet gerechtvaardigde wordt aangevoerd, geen sprake van misbruik van bevoegdheid, zolang het wezenlijke doel niet wordt opgeofferd (arrest Hof van 21 december 1954, Italië/Hoge Autoriteit, 2/54, Jurispr. blz. 81; in dezelfde zin, arrest Gerecht van 8 juli 1999, Vlaamse Televisie Maatschappij/Commissie, T-266/97, Jurispr. blz. II-2329, punt 131).
- 88 Vaststaat dat de concentratie binnen het toepassingsgebied van verordening nr. 4064/89 valt (punten 12 en 13 van de bestreden beschikking). Ook stelt verzoekster niet, dat de concentratie geen voorwerp kon zijn van een beschikking tot inleiding van de onderzoeksprocedure bedoeld in artikel 6 van verordening nr. 4064/89, en dus van een eindbeschikking krachtens artikel 8 van die verordening. Dienaangaande erkent verzoekster met name in haar schriftelijk antwoord voor de

terechtstelling, dat de concentratie in haar gewijzigde vorm de machtspositie van EDP op de elektriciteitsmarkten versterkte. Om een beschikking te verkrijgen waarbij de concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt werd verklaard, zat er voor de partijen dan ook niets anders op dan de Commissie verbintenissen aan te bieden.

- 89 Door de voorgestelde verbintenissen bij de vaststelling van de bestreden beschikking in aanmerking te nemen, is de Commissie dus volledig binnen het kader van verordening nr. 4064/89 gebleven. Zij heeft gehandeld overeenkomstig de doelstelling van die verordening, te weten het in het leven roepen of versterken van een machtspositie die een aanzienlijke belemmering van een daadwerkelijke mededinging tot gevolg heeft, te verbieden.
- 90 Verzoekster stelt evenwel, dat de Commissie van die verbintenissen meer heeft verlangd dan wat noodzakelijk was om te verzekeren dat de machtsposities van EDP of GDP niet zouden worden versterkt. In het bijzonder zou de Commissie een verdergaande openstelling van de markt hebben verlangd dan nodig was om het door de concentratie veroorzaakte mededingingsprobleem op te lossen.
- 91 Uit de vele door verzoekster genoemde voorbeelden — die erop neerkomen, dat de Commissie de verbintenissen onvoldoende heeft geacht om de toegang van nieuwe concurrenten tot de relevante markten zeker te stellen (zie, onder meer, punten 659, 665, 707, 714, 725, 749, 805, 812, 862, 879 en 888 van de bestreden beschikking) — blijkt zonder meer, dat de Commissie het doel van verordening nr. 4064/89, te weten verhinderen dat machtsposities in het leven worden geroepen of versterkt die tot gevolg hebben dat een daadwerkelijke mededinging door een concentratie aanzienlijk wordt belemmerd, steeds voor ogen heeft gehouden. Immers, de toegang van nieuwe concurrenten tot de markten waar EDP en GDP onbetwist zeer sterke machtsposities bezitten, is een wezenlijk punt van zorg bij de toepassing van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89. Het wezenlijke doel dat de Commissie voor ogen had bij haar weigering om haar standpunt na kennisneming van de verbintenissen te wijzigen, ligt dus geheel in de lijn van die verordening.

- 92 Daarbij moet worden opgemerkt, dat verzoekster in het kader van haar middel betreffende de beoordeling van de mededingingsaspecten van de concentratie in haar gewijzigde vorm, zich erop beroept dat de concentratie een belangrijke stap was naar de openstelling van de gas- en elektriciteitsmarkten voor de mededinging. Tenzij zij zichzelf tegenspreekt, erkent verzoekster dus, dat de oplossing van de door de concentratie veroorzaakte mededingingsproblemen door middel van verbintenissen kan samengaan met het streven naar openstelling van de markten voor de mededinging.
- 93 Zelfs indien — wat hierna zal worden onderzocht — de vaststelling dat een van de voorgestelde verbintenissen onvoldoende is, of een door de Commissie verlangde bijzondere verbintenis veel verder gaat dan voor de oplossing van de door de Commissie in de bestreden beschikking vastgestelde mededingingsproblemen noodzakelijk is, zou dat schending van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 opleveren en niet misbruik van bevoegdheid.
- 94 Verder meent verzoekster, dat de Commissie zich lijkt te hebben laten leiden door de uiteenzetting in een rapport, getiteld „Report on Electricity and Gas Markets in Portugal”, dat door Cambridge Economic Policy Associates op verzoek van de Portugese mededingingsautoriteit is opgesteld en volgens hetwelk, aldus verzoekster, de Commissie de concentratie actief zou moeten aangrijpen om de mededingings-situatie te verbeteren. Het Gerecht stelt echter vast dat in de passages van de bestreden beschikking waarin dat rapport wordt aangehaald (zie met name punten 137, 172, 333 en 573), de Commissie zich het door dat rapport als mogelijkheid voorgestelde doel geenszins eigen heeft gemaakt, maar er enkel objectieve economische beoordelingen aan heeft ontleend. De verwijzingen naar dat rapport kunnen dus geen aanwijzing voor misbruik van bevoegdheid zijn.
- 95 Wat de andere door verzoekster aangevoerde elementen betreft, met name de verklaringen van de heer Monti, toenmalig lid van de Commissie belast met mededingingszaken, of andere beschikkingen van de Commissie betreffende mededinging in de energiesector (beschikking van 7 februari 2001, zaak COMP/M.1853 — EDF/EnBW; beschikking van 19 maart 2002, zaak COMP/M.2684.1853 — EnBW/EDP/Gastajur/Hidrocantábrico), deze kunnen geen relevante aanwijzin-

gen voor misbruik van bevoegdheid opleveren, aangezien zij niet aan de bestreden beschikking ten grondslag liggen. Bovendien, zelfs indien deze twee beschikkingen op mededingingsgebied het door verzoekster gestelde gebrek vertoonden, te weten dat zij een openstelling van de markten verlangen die voor de in die beschikkingen vastgestelde mededingingsproblemen niet noodzakelijk is, zou dat niet betekenen dat de thans bestreden beschikking, die gebaseerd is op een voor deze zaak typische mededingingssituatie, aan hetzelfde euvel lijdt.

- 96 De door verzoekster gestelde omstandigheid, dat de Commissie in werkelijkheid de doelstellingen van de tweede gasrichtlijn wilde realiseren, terwijl deze richtlijn gebaseerd is op artikel 47, lid 2, EG (recht van vestiging), artikel 55 EG (vrijheid van dienstverrichting) en artikel 95 EG (harmonisatie van wetgevingen), bewijst niet dat de Commissie te onpas die doelstellingen wilde nastreven. In de eerste plaats wijst de rechtsgrondslag van die richtlijn er eerder op, dat de Commissie de doelen van die richtlijn slechts zeer indirect kon nastreven door de toegang van met name binnenlandse nieuwe concurrenten tot de relevante markten te begunstigen. In de tweede plaats hebben richtlijn 98/30/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas (PB L 204, blz. 1; hierna: „eerste gasrichtlijn”) en de tweede gasrichtlijn met name tot gevolg, zo niet tot doel, het invoeren van mededinging in een sector waarin traditioneel geen mededinging bestond [zie overwegingen 2, 6, 21, 22, 26 en, in het bijzonder, 31 van richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van richtlijn 96/92/EG (PB L 176, blz. 37; hierna: „tweede elektriciteitsrichtlijn”), en overwegingen 2, 7, 19, 21, 25, 27 en, in het bijzonder, 30 van de tweede gasrichtlijn; zie ook, met betrekking tot richtlijn 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit (PB 1997, L 27, blz. 20), arrest Hof van 7 juni 2005, VEMW e.a., C-17/03, Jurispr. blz. I-0000, punt 62]. Hieruit volgt, dat een van de doelstellingen van de tweede gasrichtlijn duidelijk de mededinging betreft. Het is dus niet verwonderlijk, dat de mededingingsdoelstelling van verordening nr. 4064/89 ook te vinden is onder de doelstellingen van de tweede elektriciteitsrichtlijn en de tweede gasrichtlijn. Dat de Commissie naar de verwezenlijking van de tweede gasrichtlijn streefde, kan derhalve niet een aanwijzing voor misbruik van bevoegdheid zijn, nu de doelstelling van deze richtlijn ook die is met het oog waarop de verordening de Commissie bevoegdheden heeft verleend.

- 97 Verzoekster stelt ten slotte, dat de liberalisering van de energiesectoren door toepassing van artikel 86 EG had moeten worden bewerkstelligd. Het is niet nodig in te gaan op de vraag, of de Commissie ondanks het bestaan van de tweede elektriciteitsrichtlijn en de tweede gasrichtlijn de haar bij dat artikel verleende bevoegdheden nog kon gebruiken, want verzoeksters argument is in het kader van dit onderdeel hoe dan ook irrelevant. Zelfs indien artikel 86 EG de liberalisering van de betrokken markten mogelijk zou maken, kan deze onderstelling immers slechts tot de conclusie leiden, dat deze mededingingsbepaling en verordening nr. 4064/89, waarvan de doelstellingen door de Commissie correct zijn nagestreefd zoals is gebleken, naast elkaar kunnen worden toegepast.
- 98 Gezien het voorgaande moet het derde onderdeel van het derde middel worden afgewezen.

D — Vierde onderdeel: controleproblemen bij bepaalde gedragsverbintenissen

- 99 Verzoekster voert aan, dat de Commissie bepaalde verbintenissen heeft afgewezen omdat zij gedragingen betroffen en er achteraf controle op moest worden uitgeoefend. Dusdoende zou zij in strijd met de rechtspraak en haar eigen recente bestuurspraktijk hebben gehandeld en de mogelijkheid om die controle achteraf aan de bevoegde Portugese instanties over te laten, buiten beschouwing hebben gelaten.
- 100 Vooraf merkt het Gerecht op, dat gedragsverbintenissen niet naar hun aard onvoldoende zijn om het in het leven roepen of versterken van een machtspositie te verhinderen, en dat zij evenals de structuurverbintenissen stuk voor stuk moeten worden beoordeeld (arresten Gencor/Commissie, punt 319, en Tetra Laval/Commissie, punt 161, bevestigd bij arrest Hof van 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval, punt 85, alle reeds aangehaald).

- 101 Verzoeksters grief berust evenwel op een verkeerde lezing van de bestreden beschikking, want in de drie gevallen die zij als voorbeeld noemt, heeft de Commissie de betrokken verbintenissen niet uitsluitend afgewezen omdat zij gedragingen betroffen of omdat het toezicht erop moeilijk was, maar omdat zij alle tezamen ten opzichte van de vastgestelde mededingingsproblemen onvoldoende waren.
- 102 Zo concludeert de Commissie in punt 663 weliswaar, dat de verbintenis om de met één CCGT van de TER overeenkomende productiecapaciteit te verhuren, lang niet de voordelen van een structuurverbintenis opleverde en omvangrijke latere controles door de Commissie noodzakelijk maakte, maar daarmee wilde de Commissie beklemtonen, dat de partijen in de vervroegde beëindiging van die verbintenis hadden voorzien zodra aan gecompliceerde voorwaarden was voldaan, en dat zij hadden gevraagd dat de Commissie zou verifiëren of een van die voorwaarden daadwerkelijk was vervuld. De Commissie was dus hoofdzakelijk van oordeel, dat die voorwaarden de verbintenis met ernstige onzekerheden omringden. In de eerste plaats is derhalve de afwijzing van de verbintenis door de Commissie niet gebaseerd op de omstandigheid dat zij een gedraging betrof. In de tweede plaats was de controle van die voorwaarden moeilijk omdat zij gecompliceerd en ongeschikt waren, en niet omdat de Commissie niet bereid was controles achteraf te verrichten. In de derde plaats ten slotte worden in de punten 662 en 664 verscheidene andere factoren genoemd die volgens de Commissie eveneens de afwijzing van die verbintenis rechtvaardigden, zoals het feit dat de huurder de CCGT niet zelfstandig zou kunnen beheren, dat hij afhankelijk zou worden van EDP, en dat de voorwaarden voor een vervroegde beëindiging van de verbintenis op transnationale overwegingen waren gebaseerd, terwijl de markt nationaal bleef.
- 103 Slechts als marginale bijkomstige reden noemt de Commissie in punt 678 de omstandigheid, dat de verbintenis betreffende de verkoop van de LNG-terminal te Sinès een uitgebreide latere controle door de Commissie zou vergen. Zij baseert zich geenszins op het feit dat deze verbintenis een gedraging betreft, en deze paragraaf heeft bijna geheel betrekking op andere redenen, zoals het tijdstip van de verkoop, de zwakke punten met betrekking tot de toegang van derden tot de gascapaciteiten en het handhaven van een minderheidsdeelneming van GDP in de beheerder van de terminal, hetgeen de Commissie in de volgende paragraaf deed besluiten, dat aan de positieve effecten van deze verbintenis ernstig dreigde te worden afgedaan.

- 104 In punt 719 overweegt de Commissie weliswaar dat de verbintenis betreffende de opschorting van de stemrechten van EDP in het bestuur van Turbogás bij vragen verband houdend met gaslevering en investeringen en betreffende de benoeming van onafhankelijke bestuursleden bij Turbogás uitsluitend een gedraging betrof en moeilijk te controleren was, maar dit aspect wordt slechts als bijkomstigheid genoemd na de drie hoofdredenen waarom de Commissie deze verbintenis als onvoldoende beschouwde, te weten dat de onafhankelijkheid van de benoemde leden niet gewaarborgd was, dat EDP haar stemrechten over belangrijke onderwerpen behield en indirect druk zou kunnen uitoefenen bij de keuze van de gasleverancier, en dat de stemrechten slechts voor drie jaar werden opgeschort.
- 105 Wat ten slotte het verwijt betreft, dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met de mogelijkheid de bevoegde Portugese autoriteiten de nodige controles te laten verrichten om te verifiëren of de voorwaarden waaronder de hier bedoelde verbintenissen vervroegd worden beëindigd, zijn ingetreden, moet in de eerste plaats worden opgemerkt, dat de partijen zelf uitdrukkelijk hebben bepaald dat de Commissie zou worden gevraagd het intreden van die voorwaarden te verifiëren. Tenzij zijzelf de voorgestelde verbintenis zou wijzigen, iets waartoe zij niet bevoegd is, kon de Commissie die controle dus niet aan de Portugese autoriteiten opdragen. Wat de twee andere door verzoekster genoemde verbintenissen betreft, was de Commissie niet verplicht, ook al had zij dat in overleg met de partijen kunnen doen, een bijzondere methode van toezicht in te stellen, bijvoorbeeld door delegatie aan de bevoegde nationale autoriteiten. Het stond juist aan de partijen om volledige en in alle opzichten doeltreffende verbintenissen voor te stellen, in het bijzonder indien die gedragsverbintenissen wezenlijke zwakke punten hadden ten aanzien van hun dwingend karakter, die een controle achteraf rechtvaardigden.
- 106 Gezien het voorgaande moet het vierde onderdeel van het derde middel worden afgewezen.
- 107 Een en ander betekent, dat het derde middel in zijn geheel moet worden afgewezen.

III — Het eerste middel: de afwijking ten gunste van de Portugese Republiek ingevolge de tweede gasrichtlijn

- 108 Verzoekster is, kort samengevat, van mening dat de Commissie, door de mededingingssituatie op niet voor de mededinging opengestelde markten te beoordelen, geen rekening heeft gehouden met het feit dat Portugal ingevolge de tweede gasrichtlijn tijdelijk kan afwijken van het voor de liberalisering bepaalde tijdschema, noch met artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 door haar analyse van de mededinging op de situatie meer dan vijf jaar na de concentratie te projecteren.

A — Opmerkingen vooraf

- 109 Door het bestaan van nationale monopolies in sommige lidstaten waren de elektriciteits- en gasmarkten in de Gemeenschap vóór de vaststelling van de eerste en de tweede gasrichtlijn in feite markten die niet verplicht openstonden voor mededinging. Bij gelegenheid heeft het Hof er evenwel aan herinnerd, dat de mededingingsvoorschriften van het EG-Verdrag van toepassing waren op de besluiten van ondernemingen in die sectoren (arrest Hof van 27 april 1994, Almelo e.a., C-393/92, Jurispr. blz. I-1477, punten 34-51). De eerste, en vervolgens de tweede gasrichtlijn, waardoor het in de eerste richtlijn bepaalde tijdschema werd versneld, gaan er echter van uit, dat de lidstaten niet verplicht zijn meteen bij het toepasselijk worden van die richtlijnen de gasmarkten voor de mededinging open te stellen. Vóór de in de tweede gasrichtlijn bepaalde data zijn de diverse gasmarkten dus niet verplicht aan mededinging onderworpen.
- 110 De tweede richtlijn beoogt een binnenmarkt van gas tot stand te brengen, waarop een loyale mededinging heerst (overweging 30 van de tweede gasrichtlijn), dat wil zeggen dat de verbruikers zelf vrij hun leverancier kunnen kiezen, en de leveranciers hun product vrij aan hun afnemers kunnen leveren (overweging 4 van de tweede gasrichtlijn). Een van de hoofdpunten van deze liberalisering van de gasmarkten is de opstelling van een tijdschema voor de geleidelijke openstelling van die markten,

door een geleidelijke uitbreiding van het aantal „in aanmerking komende” afnemers, dat wil zeggen afnemers die vrij zijn gas te kopen bij de leverancier van hun keuze. Volgens de tweede richtlijn moesten alle afnemers niet zijnde huishoudens op 1 juli 2004 in aanmerking komen, terwijl op 1 juli 2007 alle afnemers in aanmerking moeten komen.

- 111 Ingevolge artikel 28, lid 2, van de tweede gasrichtlijn evenwel gold voor de lidstaten die de status van opkomende markt hebben, een afwijkend tijdschema. Tot de in dit tijdschema bepaalde tijdstippen konden de betrokken lidstaten van de volgende verplichtingen afwijken: niet-discriminerende goedkeuring voor de bouw of exploitatie van gasinstallaties, aanwijzing van netbeheerders, taakomschrijving van die beheerders, juridische zelfstandigheid van de transportnetbeheerders, aanwijzing van de beheerders van het distributienet, omschrijving van de taak van de netbeheerder op het punt van balancing, juridische zelfstandigheid van de distributienetbeheerders, scheiding van boekhoudingen, totstandbrenging van de toegang van derden tot het aardgasnet en de LNG-installaties, opstelling van het tijdschema van de liberalisering en invoering van een regeling voor directe leidingen (zie punt 6 supra).
- 112 Hieruit blijkt duidelijk, dat deze afwijking de betrokken lidstaat ontslaat van de verplichting toepassing te geven aan de voornaamste bepalingen van de tweede gasrichtlijn, die de openstelling van de verschillende markten voor de mededinging verzekeren en een daadwerkelijke mededinging waarborgen. De conclusie moet dus zijn dat, ingevolge deze afwijking, de betrokken gasmarkten niet voor mededinging ontstaan zolang de betrokken lidstaat ze daar niet voor open heeft gesteld.

B — Eerste onderdeel: miskenning van de afwijking ten gunste van de Portugese Republiek

- 113 In het eerste onderdeel van dit middel stelt verzoekster dat de Commissie, door de gevolgen van de concentratie op niet voor de mededinging opengestelde markten te

beoordelen, het recht van de Portugese Republiek om de gasector gedurende het door de afwijking van artikel 28 van de tweede gasrichtlijn toegestane tijdsverloop te herstructureren, heeft geschonden. Daartegenover betoogt de Commissie in de eerste plaats, dat de concentratie uitsluitend het resultaat is van besluiten van ondernemingen en dat zij vóór alles aan verordening nr. 4064/89 moet worden getoetst. In de tweede plaats meent zij de noodzakelijke samenhang tussen deze verordening en de tweede gasrichtlijn te hebben geëerbiedigd door de gevolgen van de concentratie gedurende de geldingsperiode van de afwijking niet te beoordelen. In de derde plaats meent zij, dat een lidstaat niet het recht heeft een concentratie die na afloop van de geldingsperiode van de afwijking aanzienlijke ongunstige gevolgen voor de mededinging zal hebben, te bevorderen.

- 114 Vaststaat dat de in artikel 28, lid 2, van de tweede gasrichtlijn bedoelde afwijking van toepassing is op de Portugese Republiek en dat de gelding van deze afwijking in 2007 zal eindigen, op welk moment het tijdschema voor de geleidelijke openstelling van de gasmarkten voor de mededinging van toepassing zal worden.
- 115 De Portugese Republiek heeft de afwijking aangegrepen om een nationaal gasbedrijf in het leven te roepen, dat in alle sectoren (vervoer, opslag, distributie, levering) een monopolie heeft. Tegen de instelling van die monopolies is de Commissie nooit op mededingingsgronden opgekomen. Evenzo heeft de Portugese regering nog geen van de betrokken markten officieel voor de mededinging opengesteld. Volgens de Commissie was de opening van de markt van gaslevering aan de elektriciteitsproducenten voorzien voor 2004 en dan tot 2005 uitgesteld (punt 211 van de bestreden beschikking). Uit niets blijkt echter dat die markt daadwerkelijk is opengesteld. Overigens zegt de Commissie zelf, dat die markt bij de vaststelling van de bestreden beschikking nog niet voor de mededinging was geopend. Verder wijst de Commissie erop, dat de Portugese Republiek serieus de mogelijkheid onderzoekt de liberalisering van alle gasmarkten te vervroegen. Maar zelfs in het geval van een vervroeging van het tijdschema van de liberalisering in Portugal, vóór elke daadwerkelijke liberalisering, blijft de afwijking voor alle betrokken gasmarkten gelden. Bovendien wijst niets erop, dat de Portugese Republiek bereid zou zijn het tijdschema van de liberalisering te vervroegen wanneer de concentratie niet doorgaat.

- 116 Bij de vaststelling van de bestreden beschikking waren de gasmarkten in Portugal dus nog niet voor de mededinging opengesteld, een omstandigheid die onvermijdelijk rechtstreeks gevolgen heeft voor de toepassing van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 op die markten.
- 117 Om te beginnen kan het eerste criterium van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 — in het leven roepen of versterken van een machtspositie — niet toepasselijk zijn, omdat GDP thans monopolist is op de markten van gaslevering aan elektriciteitsproducenten, LDC's en grote afnemers (punt 475 van de bestreden beschikking). Een monopolie op een bepaalde markt komt immers overeen met een absolute machtspositie, die per definitie op die markt niet sterker kan worden. De enige markt waarop de machtspositie van GDP kan worden versterkt, is die van de gaslevering door de LDC's aan kleine afnemers, daar GDP slechts vijf van de zes bestaande LDC's bezit. Elk van die LDC's heeft echter een territoriaal monopolie, dat thans elke onderlinge mededinging verhindert.
- 118 Wat vervolgens het tweede criterium van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 betreft — aanzienlijke belemmering van een daadwerkelijke mededinging — waarvan hiervóór is gezegd dat het een autonoom criterium is, ook hieraan kan in het geval van een markt zonder mededinging niet worden voldaan. Waar elke mededinging ontbreekt, kan de concentratie op het tijdstip van vaststelling van de bestreden beschikking immers geen enkele daadwerkelijke mededinging in aanzienlijke mate belemmeren.
- 119 Deze analyse wordt door de algemene rechtspraak op het gebied van de mededinging ten volle bevestigd. Zo is met betrekking tot ondernemersafspraken en misbruik van machtspositie beslist, dat wanneer een nationale wettelijke regeling een juridisch kader schept waarin de ondernemingen geen enkele mogelijkheid hebben zich als concurrent te gedragen, de artikelen 81 EG en 82 EG niet van toepassing zijn (arresten Hof van 16 december 1975, Suiker Unie e.a./Commissie, 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, punten 71 en 72, en 11 november 1997, Commissie en Frankrijk/Ladbroke Racing,

C-359/95 P en C-379/95 P, Jurispr. blz. I-6265, punt 33; arrest Gerecht van 30 september 2003, Atlantic Container Line e.a./Commissie, T-191/98, T-212/98-T-214/98, Jurispr. blz. II-3275, punt 1130). Zo ook heeft het Gerecht met betrekking tot staatssteun beslist, dat „een steunregeling op een markt die aanvankelijk niet openstond voor concurrentie, [...] bij de liberalisering van die markt als een bestaande steunregeling [moet] worden aangemerkt, aangezien zij ten tijde van de instelling ervan niet viel binnen de werkingssfeer van artikel 92, lid 1, van het Verdrag, dat gelet op de in die tekst gestelde voorwaarden betreffende de ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten en de weerslag op de mededinging, enkel van toepassing is op sectoren die openstaan voor concurrentie” (arrest Gerecht van 15 juni 2000, Alzetta e.a./Commissie, T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97-T-607/97, T-1/98, T-3/98-T-6/98 en T-23/98, Jurispr. blz. II-2319, punt 143, in hogere voorziening indirect bevestigd door arrest Hof van 29 april 2004, Italië/Commissie, C-298/00 P, Jurispr. blz. I-4087, punten 66-68).

- 120 Deze situatie heeft enkel gevolgen voor de vraag of de voorwaarden van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 zijn vervuld, en niet voor de toepassing van dat artikel of de toepasselijkheid van de gehele verordening op de concentratie. Wanneer immers een concentratie overeenkomstig artikel 1 binnen de werkingssfeer van de verordening valt, zijn de bepalingen van de verordening op de concentratie van toepassing, behalve dat zij niet kan worden verboden wegens de effecten ervan op markten waarop geen mededinging bestaat.
- 121 De Commissie betoogt, dat zij de afwijking heeft geëerbiedigd door haar analyse van de mededingingsaspecten in de bestreden beschikking te projecteren op een tijdstip waarop de gasmarkten zouden moeten openstaan voor de mededinging, hetzij volgens het tijdschema dat de Portugese autoriteiten voor ogen staat, hetzij volgens het — latere, maar dwingende — tijdschema van de afwijkingsbepaling. Gedeeltelijk bevestigt de Commissie hiermee de bovenstaande analyse van de onmogelijkheid om in het geval van markten die niet voor de mededinging openstaan, aan de criteria van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 te voldoen.
- 122 Het betoog van de Commissie faalt. Wanneer men immers de analyse van de mededingingsaspecten richt op een tijdstip dat na het einde van de afwijkings-

periode ligt, wil dat nog niet zeggen dat men met die afwijking rekening heeft gehouden. Door de monopolist op de gasmarkt te verbieden nu reeds economische transacties te verrichten die tot wijziging van zijn concurrentiepositie leiden, ofschoon de Portugese Republiek krachtens de voor haar geldende afwijking is vrijgesteld van de gemeenschappelijke mededingingsvoorschriften, miskent de Commissie de mogelijkheid van die staat om zijn gasmarkt tijdens de geldingsduur van de afwijking naar believen te structureren. Met andere woorden, de Commissie heeft de partijen verboden de effecten van de concentratie op de gasmarkten te benutten gedurende de periode waarin de concentratie niet krachtens verordening nr. 4064/89 en de tweede gasrichtlijn verboden kon worden.

- 123 Bovendien, door uitsluitend de toekomstige effecten van de concentratie op de gasmarkten te beoordelen vanaf het tijdstip waarop deze markten zullen moeten voldoen aan de voorwaarden van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89, dat wil zeggen wanneer zij geopend zullen zijn voor de mededinging, heeft de Commissie er bewust van afgezien, de onmiddellijke effecten van de concentratie op die markten in aanmerking te nemen.
- 124 Wanneer de Commissie echter in het kader van de toepassing van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 een concentratie onderzoekt, moet zij bepalen, of het in het leven roepen of versterken van een machtspositie die de daadwerkelijke mededinging op de relevante markt of markten duurzaam aanzienlijk kan belemmeren, een rechtstreeks en onmiddellijk gevolg van de concentratie is. Doet een dergelijke wijziging van de bestaande mededinging zich niet voor, dan moet de concentratie zonder meer worden goedgekeurd (arrest Gerecht van 6 juni 2002, *Airtours/Commissie*, T-342/99, Jurispr. blz. II-2585, punt 58, en aldaar aangehaalde rechtspraak). Weliswaar kan de Commissie in voorkomend geval de effecten van een concentratie in een nabije toekomst in aanmerking nemen (arrest Gerecht van 25 oktober 2002, *Tetra Laval/Commissie*, T-5/02, Jurispr. blz. II-4381, punt 153), of zelfs haar verbod van een concentratie op dergelijke toekomstige effecten baseren, maar dat betekent niet dat zij zich ervan mag onthouden, de eventuele onmiddellijke effecten te analyseren en bij haar beoordeling van de concentratie in haar geheel mee te wegen.

- 125 In casu heeft de Commissie de periode tussen het tijdstip van de concentratie en dat waarop de gasmarkten voor de mededinging zullen worden opengesteld, dat wil zeggen een periode van, naargelang van de markt, drie tot zes jaar na de concentratie, niet in haar onderzoek betrokken. In haar door de verbintenissen gewijzigde vorm zou de concentratie echter belangrijke onmiddellijke effecten op de gasmarkten hebben, in het bijzonder een ten opzichte van het in de afwijkingsbepaling voorziene tijdschema met twee of drie jaar vervroegde openstelling van die markten. Terwijl immers de wettelijke openstelling van die markten voor de mededinging door de Portugese regering moest worden bewerkstelligd overeenkomstig haar toezeggingen desbetreffend, werd de effectiviteit van die openstelling, in het bijzonder wat de toegang van derden tot de gascapaciteiten betreft, door vele van de verbintenissen gewaarborgd. Dit verzuim van de Commissie is vanuit het gezichtspunt van de mededinging verre van neutraal, aangezien de vervroegde overgang van een monopoliesituatie naar een situatie die het bestaan van concurrenten mogelijk maakt, met name door de niet of althans minder discriminerende toegang van derden tot de gasvoorraden en de mogelijkheid van deze derden om op voorheen gesloten markten door te dringen, niet volledig genegeerd kan worden.
- 126 In deze samenhang moet het betoog van de Commissie, dat de betrokken ondernemingen uitsluitend onder de regeling van verordening nr. 4064/89 vallen en niet kunnen profiteren van de afwijking waarop de betrokken lidstaat zich krachtens de tweede gasrichtlijn kan beroepen, van de hand worden gewezen. Stellig hebben die verordening en die richtlijn een verschillende rechtsgrondslag en zijn zij tot verschillende adressaten gericht, en het is ook een feit dat de concentratie het resultaat van ondernemingsbesluiten is, ook al blijkt uit het dossier dat de Portugese staat er belang bij heeft, in zoverre als hij er duidelijk op heeft gerekend of ze zelfs heeft georganiseerd (zie punt 11 supra). Maar anders dan de Commissie vooropstelt, kunnen verordening nr. 4064/89 en de tweede gasrichtlijn niet afzonderlijk worden geanalyseerd. Zoals eerder opgemerkt, belet de omstandigheid dat ingevolge de afwijkingsbepaling van de tweede gasrichtlijn mededinging op de gasmarkten ontbreekt, de toepassing van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 niet. Men kan ondernemingen immers niet verwijten een daadwerkelijke mededinging aanzienlijk te beperken, wanneer er op grond van nationale en communautaire regelingen geen mededinging bestaat.
- 127 In de bestreden beschikking (punten 210-214) wijst de Commissie er echter op, dat als zij de toekomstige mededingingseffecten op de nu nog voor de mededinging

gesloten markten niet mag beoordelen, dit haar volledig belet de effecten van de concentratie op de gasmarkten te beoordelen. Ofschoon die markten overeenkomstig de tweede gasrichtlijn volgens een dwingend strikt tijdschema voor de mededinging moeten worden opengesteld, kan zij in het bijzonder niet beoordelen, of de concentratie de introductie van een daadwerkelijke mededinging in het kader van dat tijdschema verhindert.

128 Indien de consequentie van deze analyse is dat, zoals de Commissie betoogt, ondernemingen niet volledig vallen onder de gewone mededingingsregels inclusief die welke door de tweede gasrichtlijn worden ondersteund, vlak voordat deze op hen van toepassing worden, dan is dat in het onderhavige geval het gevolg van de wil van de wetgever zoals tot uiting komend in de afwijkingsbepaling van artikel 28, lid 2, van die richtlijn.

129 Verder kan de Commissie uit het feit dat de partijen de concentratie hebben aangemeld, niet de conclusie trekken dat zij daarmee de toepasselijkheid van verordening nr. 4064/89 hebben erkend. In de eerste plaats gaat het in deze zaak niet om de toepasselijkheid van de verordening in haar geheel, maar om die van haar voornaamste verbodsbepaling op een gedeelte van de concentratie. In de tweede plaats is die aanmelding verplicht ingevolge artikel 1 van de verordening. Bovendien kan het niet van de wil van de partijen bij een concentratie afhangen, of verordening nr. 4064/89 toepasselijk is.

130 De conclusie moet dus zijn dat de Commissie, door het verbod van de concentratie te baseren op een versterking van machtsposities leidend tot een aanzienlijke belemmering van de mededinging op gasmarkten die ingevolge de afwijkingsbepaling van artikel 28, lid 2, van de tweede gasrichtlijn voor de mededinging gesloten zijn, de gevolgen en dus de draagwijdte van die afwijking heeft miskend.

- 131 Deze fout van de Commissie is echter uitsluitend gelegen in haar vaststelling, dat met betrekking tot voor de mededinging gesloten markten aan de voorwaarden voor toepassing van verordening nr. 4064/89 was voldaan. Haar op deze verordening gebaseerde beoordelingen met betrekking tot de mededingingssituatie op de gasmarkten vóór de concentratie, de situatie op de gasmarkten op het vermoedelijke tijdstip waarop die markten zullen worden opengesteld, en de situatie op de elektriciteitsmarkten vóór en na de concentratie, worden niet door die fout beïnvloed. Immers, de mededingingssituatie op het tijdstip van vaststelling van de bestreden beschikking of op het tijdstip waarop de betrokken markten voor de mededinging worden opengesteld, is immers een objectief gegeven, dat niet staat of valt met de omstandigheid dat een juridisch criterium niet toepasselijk is.
- 132 De onmogelijkheid om aan de voorwaarden van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 te voldoen, geldt bovendien uitsluitend voor de sector waarin mededinging ontbreekt, en de bepaling blijft dus volledig van toepassing op de andere sectoren waarvoor de aangemelde concentratie eventueel gevolgen heeft. Voor verordening nr. 4064/89 gaat het om de analyse van een of meer machtsposities op de markt of markten waarvoor de concentratie gevolgen heeft. Het is goed mogelijk, en het gebeurt ook vaak, dat een concentratie slechts op een of enkele relevante markten mededingingsproblemen veroorzaakt, maar niet op de andere markten. In een dergelijk geval moet de concentratie overeenkomstig artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 toch worden verboden. De met betrekking tot de gasmarkten gemaakte fout heeft derhalve geen gevolgen voor de toepassing van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 op de elektriciteitsmarkten.
- 133 Gezien het voorgaande moet worden geoordeeld, dat er sprake is van verkeerde rechtstoepassing waar in de bestreden beschikking wordt geconcludeerd dat de bestaande machtsposities van GDP op de markten van gaslevering aan elektriciteitsproducenten, aan grote en aan kleine afnemers worden versterkt, met het gevolg dat een daadwerkelijke mededinging aanzienlijk wordt belemmerd.

C — Tweede onderdeel: te ver gaande projectie in de toekomst

- 134 Verzoekster stelt, dat de Commissie artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 heeft geschonden door haar analyse van de mededinging op de gasmarkten te projecteren op de situatie meer dan vijf jaar na de concentratie.
- 135 Het Gerecht heeft reeds geoordeeld dat de bestreden beschikking op een verkeerde rechtstoepassing is gebaseerd in zoverre als artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 op de gasmarkten wordt toegepast. Voorzover het de versterking van de machtsposities van GDP op die markten betreft, behoeft daarom op dit onderdeel van het eerste middel niet meer te worden beslist.
- 136 Bij haar analyse van de elektriciteitsmarkten gaat de Commissie echter uit van haar analyse van de mededinging op de gasmarkten, een benadering die door de hierboven geconstateerde fout niet wordt beïnvloed. Gevraagd welke wisselwerkingen tussen de gas- en de elektriciteitsmarkten in de bestreden beschikking worden besproken, heeft verzoekster naar een aantal punten van de considerans verwezen die alle de gaslevering aan de CCGT's betreffen, hetzij direct (punten 336, 340, 365 en 506) hetzij indirect in het kader van de niet-horizontale effecten van de concentratie, te weten de mogelijkheid van de gefuseerde eenheid om zijn nieuwe sterke positie bij het gas te gebruiken om concurrerende elektriciteitsproducenten te schaden (punten 367-429).
- 137 Wat de beoordelingen van de Commissie van de mededingingsaspecten betreft, behoeft op dit onderdeel van het eerste middel dus niet te worden beslist ten aanzien van andere markten dan de markt van gaslevering aan de CCGT's, te weten de markten van gaslevering aan de LDC's en aan grote en kleine afnemers.

- 138 Volgens de besluiten van de Portugese ministerraad nrs. 63/2003 en 68/2003 moest de markt van gaslevering aan de CCGT's in 2004 worden opengesteld, wat vervolgens tot 2005 zou zijn opgeschort (punten 203 en 505). Dit laatste tijdstip is door verzoekster niet betwist. Hoe dan ook, wegens zijn omvang en aard was deze markt, die thans bijna de helft van het totale verbruik in Portugal vertegenwoordigt en een industriële markt is, een van de eerste die ingevolge de afwijkingsbepaling in 2007, dat wil zeggen hoogstens drie jaar na de concentratie, moest worden opengesteld voor de mededinging.
- 139 Het enige wat verzoekster de Commissie verwijt, is dat zij de gebruikelijke onderzoeksperiode van drie tot vijf jaar na de concentratie zou hebben overschreden.
- 140 Dit betekent, dat ook wat de markt van gaslevering aan de CCGT's betreft, dit onderdeel van het eerste middel niet meer hoeft te worden onderzocht.
- 141 Gezien het voorgaande hoeft op het tweede onderdeel van het eerste middel niet te worden beslist.

IV — Het vierde middel: beoordelingsfouten met betrekking tot de verbintenissen

A — Opmerkingen vooraf

- 142 Vooraf herinnert het Gerecht eraan, dat wat de gasmarkten betreft, de voorwaarden van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 niet konden worden vervuld. Er

behoeft dus niet meer te worden beslist op het tweede onderdeel van het vierde middel, betreffende mogelijke beoordelingsfouten bij de vaststelling dat de verbintenissen ten aanzien van de in de gassector vastgestelde mededingingsproblemen onvoldoende waren.

- 143 Om de bestreden beschikking te kunnen handhaven, volstaat het volgens de Commissie, dat slechts een van de in die beschikking vastgestelde mededingingsproblemen door een van de verbintenissen van 26 november 2004 niet wordt opgelost.
- 144 Het is vaste rechtspraak dat, wanneer bepaalde gronden van een beschikking op zich beschouwd de beschikking rechtens genoegzaam kunnen dragen, eventuele gebreken in andere onderdelen van de motivering van de beschikking hoe dan ook geen gevolg hebben voor het beschikkend gedeelte (in overeenkomstige zin, arrest Hof van 12 juli 2001, Commissie en Frankrijk/TF1, C-302/99 P en C-308/99 P, Jurispr. blz. I-5603, punten 26-29; arrest Gerecht van 8 juli 2004, Dalmine/Commissie, T-50/00, Jurispr. blz. II-0000, punten 134 en 146).
- 145 Krachtens de concentratiewetgeving is de Commissie gehouden een concentratie te verbieden wanneer, ook al is het maar op een van de relevante markten, aan de criteria van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 is voldaan.
- 146 Overeenkomstig vaste rechtspraak kan een beschikking waarbij de onverenigbaarheid van een concentratie met de gemeenschappelijke markt wordt vastgesteld, dus slechts nietig worden verklaard indien de eventuele onderdelen van de motivering die geen gebreken vertonen, in het bijzonder die welke een van de relevante markten betreffen, het beschikkend gedeelte niet kunnen dragen (arrest Gerecht van 22 oktober 2002, Schneider Electric/Commissie, T-310/01, Jurispr. blz. II-4071, punt 412).

- 147 Niettemin neemt dit niet de noodzaak weg om bij het onderzoek van een bepaalde markt ook de mededingingssituatie op de andere markten te onderzoeken, indien de beschikking hetzij in algemene zin gebaseerd is op de gevolgen van de concentratie voor de mededinging op de diverse relevante markten, hetzij op het feit dat bepaalde mededingingseffecten van de concentratie op die diverse markten elkaar versterken.
- 148 In de bestreden beschikking besluit de Commissie haar analyse van elk van de onderzochte markten met de vaststelling dat de concentratie tot versterking van de machtspositie op die markt zou leiden, zonder naar de andere markten te verwijzen. Daar echter de Commissie zich voor haar vaststelling dat er op deze of gene elektriciteitsmarkt mededingingsproblemen bestaan, baseert op de mededingingssituatie op verschillende elektriciteitsmarkten en die op verschillende gasmarkten, dient zo nodig de gegrondheid van al die beoordelingen van de mededinging op de betrokken markten te worden onderzocht. Daarbij herinnert het Gerecht eraan, dat overeenkomstig punt 131 supra, de beoordeling van de mededingingssituatie op de gasmarkten op zich niet wordt beïnvloed door de omstandigheid dat niet aan de criteria van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 kan worden voldaan.
- 149 In het bijzonder moet het betoog van de Commissie, dat het onderhavige middel moet worden afgewezen op de enkele grond dat verzoekster niet serieus heeft betwist dat de machtsposities van EDP op de elektriciteitsmarkten van balancing power of van de ondersteunende diensten en op de kleinhandelsmarkten zou worden versterkt, zelf worden afgewezen op grond dat de motivering van de bestreden beschikking met betrekking tot die markten inderdaad, zoals verzoekster stelt, althans ten dele berust op de beoordelingen van de mededinging op de groothandelsmarkt van elektriciteit en dat, zo de beoordeling betreffende deze laatste markt ongeldig zou worden verklaard, dit tot gevolg kan hebben dat de beoordeling betreffende die andere markten hetzelfde lot ondergaat.
- 150 Afgewezen moet ook worden het betoog van de Commissie, dat verzoekster zelf heeft erkend dat de verbintenissen van 28 oktober en 17 november 2004 niet volstonden om de door de Commissie vastgestelde mededingingsproblemen op te lossen. Hoewel verzoekster in haar verzoekschrift in het kader van het thans

besproken middel heeft erkend, dat de concentratie zoals oorspronkelijk aangemeld de machtsposities van GDP zou versterken, en in haar antwoord voor de terechtzitting, dat de concentratie in haar gewijzigde vorm de machtsposities van EDP zou versterken, heeft zij daarentegen niet erkend, dat de op 28 oktober dan wel 17 november aangeboden verbintenissen niet volstonden om de vastgestelde mededingingsproblemen op te lossen.

- 151 Volgens vaste rechtspraak moet de gemeenschapsrechter bij het toezicht op de ingewikkelde economische beoordelingen die de Commissie in het kader van de haar bij verordening nr. 4064/89 toegekende beoordelingsvrijheid verricht, enkel nagaan of de procedure- en motiveringsvoorschriften zijn nageleefd, of de feiten materieel juist zijn, en of er geen sprake is van kennelijke beoordelingsfouten dan wel van misbruik van bevoegdheid (zie arrest *Petrolessence* en *SG2R/Commissie*, reeds aangehaald, punt 101 en aldaar aangehaalde rechtspraak; in dezelfde zin, arrest *Commissie/Tetra Laval*, reeds aangehaald, punt 38).
- 152 De Commissie beklemtoont dat verzoekster zich nooit op een kennelijke beoordelingsfout heeft beroepen, en lijkt daarmee te impliceren dat deze omissie het middel ondeugdelijk maakt. Deze stelling moet worden afgewezen. Wanneer verzoekster zich op een beoordelingsfout beroept, terwijl de rechtspraak vereist dat het om een kennelijke fout gaat, zou het onredelijk zijn een dergelijke formele onnauwkeurigheid aan te grijpen als reden om een voor het beroep essentieel middel af te wijzen. Het Gerecht meent er daarom van uit te moeten gaan, dat verzoekster zich op kennelijke beoordelingsfouten heeft willen beroepen. Dit belet niet, dat de door verzoekster gestelde fouten wel degelijk kennelijke fouten moeten zijn, willen zij tot nietigverklaring van de bestreden beschikking kunnen leiden.
- 153 Ten slotte verwijst verzoekster in haar verzoekschrift herhaaldelijk naar een op haar verzoek door Lexecon opgesteld economisch rapport van februari 2005 (hierna: „rapport Lexecon”), getiteld „EDP-Eni/GDP: an economic assessment of the argument in favour of the prohibition of the concentration as modified”.
- 154 Dienaangaande is het Gerecht het eens met de kritiek van de Commissie, dat bepaalde algemene verwijzingen naar het rapport Lexecon niet-ontvankelijk moeten worden verklaard.

- 155 Om de rechtszekerheid en een goede rechtsbedeling te waarborgen, is voor de ontvankelijkheid van een beroep vereist, dat de wezenlijke feitelijke en juridische omstandigheden waarop het is gebaseerd, tenminste summier, maar coherent en begrijpelijk in de tekst van het verzoekschrift te vinden zijn (in deze zin, arrest Hof van 15 december 1961, *Société Fives Lille Cail e.a./Hoge Autoriteit*, 19/60, 21/60, 2/61 en 3/61, Jurispr. blz. 593, en arrest Gerecht van 16 maart 2004, *Danske Busvognmænd/Commissie*, T-157/01, Jurispr. blz. I-917, punt 45). Ofschoon de tekst van een verzoekschrift op specifieke punten door verwijzingen naar passages in bijgevoegde stukken kan worden gestaafd en aangevuld, kan een algemene verwijzing naar andere schrifturen, ook wanneer dit bijlagen bij het verzoekschrift zijn, het ontbreken van wezenlijke elementen van de juridische argumentatie, die ingevolge de toepasselijke bepalingen in het verzoekschrift zelf moeten voorkomen, niet goedmaken (beschikking Gerecht van 21 mei 1999, *Asia Motor France e.a./Commissie*, T-154/98, Jurispr. blz. II-1703, punt 49; in dezelfde zin, arrest Hof van 28 juni 2005, *Dansk Rørindustri e.a./Commissie*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P-C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr. blz. I-5425, punten 94-101).
- 156 Voorzover verzoekster niet specifiek naar een bepaald punt van het rapport Lexecon verwijst, in het bijzonder wanneer zij verwijst naar de algemene conclusie van dat rapport of naar een passage die inhoudelijk niet in het verzoekschrift is overgenomen, moeten de verwijzingen naar dat rapport dus niet-ontvankelijk worden verklaard.
- 157 Wegens hun beknoptheid en de moeilijkheden die de verwijzing naar het rapport Lexecon meebrengt, worden de argumenten die verzoekster in het kader van het vierde middel met betrekking tot de fouten in de economische beoordeling van de Commissie aanvoert, nagenoeg integraal weergegeven.
- 158 Met betrekking tot het rapport Lexecon kan de Commissie zich ten slotte niet in het algemeen beroepen op de rechtspraak volgens welke de wettigheid van de bestreden handeling moet worden beoordeeld naar de feitelijke en juridische omstandigheden op de dag van vaststelling van de handeling (arrest *Kaysersberg/Commissie*, reeds aangehaald, punt 140). Het opstellen van een lijst van argumenten na de vaststelling

van de bestreden beschikking, met het doel onjuiste economische beoordelingen in die beschikking door het Gerecht te doen vaststellen, is immers niet meer dan het uitoefenen van de rechten van de verdediging, en niet een poging tot wijziging van het juridisch en feitelijk kader dat voordien door de Commissie met het oog op de vaststelling van de beschikking is beoordeeld. De Commissie is evenwel gerechtigd, op welbepaalde punten als verweer aan te voeren dat dat rapport geen rekening houdt met uitdrukkelijke verklaringen of omissies van de partijen tijdens de administratieve procedure.

B — Eerste onderdeel: de verbintenissen van 26 november 2004

- 159 Met het oog op het onderzoek van de wettigheid van de wijze waarop de Commissie de concentratie in haar gewijzigde vorm heeft beoordeeld, geeft verzoekster een beschrijving van de concentratie zoals gewijzigd door de verbintenissen van 26 november 2004, en stelt zij dat deze verbintenissen tijdig genoeg zijn voorgesteld om bij de vaststelling van de bestreden beschikking in aanmerking te worden genomen. De Commissie betwist dat die verbintenissen te rechter tijd zijn aangeboden, en is van mening dat zij zonder nader onderzoek geen duidelijke oplossing voor alle vastgestelde mededingingsproblemen bieden. Daarom zou het hier besproken middel moeten worden afgewezen.
- 160 Vooraf moet worden opgemerkt, dat de verbintenissen deels op 26 november 2004 aan de Commissie zijn voorgelegd, dat wil zeggen na de uiterste datum van 17 november 2004.
- 161 Blijkens artikel 8 van verordening nr. 4064/89, gelezen in samenhang met artikel 18 van verordening nr. 447/98, is de Commissie krachtens de verordeningen inzake concentraties niet verplicht na de uiterste datum aangeboden verbintenissen te accepteren. Dit hangt vooral samen met het vereiste van snelheid, dat voor de gehele verordening nr. 4064/89 kenmerkend is (arrest Endemol/Commissie, reeds aangehaald, punt 68).

- 162 In de mededeling corrigerende maatregelen heeft de Commissie zich evenwel vrijwillig verbonden gewijzigde verbintenissen te onderzoeken, ook wanneer zij haar na de in verordening nr. 447/98 bepaalde uiterste datum worden aangeboden, „indien zij duidelijk kan uitmaken — op basis van haar beoordeling van de inlichtingen die zij in de loop van het onderzoek heeft ontvangen, met inbegrip van de uitkomsten van eerdere marktonderzoeken, en zonder dat verder markt-onderzoek moet plaatsvinden — of met de uitvoering van deze verbintenissen de mededingingsbezwaren worden weggenomen die waren vastgesteld, en of voldoende tijd wordt gelaten voor passend overleg met lidstaten” (punt 43).
- 163 De partijen bij een aangemelde concentratie mogen dus verwachten dat te laat voorgestelde verbintenissen in aanmerking worden genomen, op voorwaarde dat, in de eerste plaats, die verbintenissen, zonder dat nader onderzoek nodig is, duidelijk een oplossing voor de eerder vastgestelde mededingingsproblemen bieden, en in de tweede plaats, dat er voldoende tijd blijft voor overleg met de lidstaten over die verbintenissen.
- 164 In casu hebben de partijen de betrokken verbintenissen voorgelegd in de ochtend van 26 november 2004, de dag waarop het raadgevend comité 's middags zou bijeenkomen. Van de verbintenissen betreffende de gassector waren die van 26 november 2004 bovendien niet meer dan een intentieverklaring van de partijen om hun eerder aangeboden verbintenissen te wijzigen (punt 859 van de bestreden beschikking). De definitieve tekst van de aangekondigde verbintenissen betreffende de gassector werd pas op 3 december 2004 's avonds overgelegd.
- 165 Met betrekking tot de verbintenissen van 26 november 2004 betreffende de elektriciteitssector stelt de Commissie in de bestreden beschikking niet, dat zij moeten worden afgewezen omdat voldoende tijd voor overleg met de lidstaten ontbrak. Zij was integendeel bereid deze verbintenissen te onderzoeken onder verwijzing naar de eerste voorwaarde van punt 43 van de mededeling corrigerende maatregelen (punten 855-881). Waar de Commissie in de bestreden beschikking

zich bereid heeft verklaard die verbintenissen in aanmerking te nemen, moet het onderzoek van het Gerecht zich richten op de concentratie zoals door die verbintenissen gewijzigd, behoudens de bijzondere eisen waaraan zij ingevolge genoemd punt 43 moeten voldoen.

166 De verbintenissen van 26 november 2004 betreffende de gassector, bedoeld om bepaalde mededingingsproblemen zowel op de gasmarkten als op de elektriciteitsmarkten op te lossen, kregen pas op 3 december 2004 hun complete en onvoorwaardelijke vorm. Als hun effectieve datum moet dus 3 december 2004 worden aangenomen. In de bestreden beschikking geeft de Commissie een summier analyse van de voorlopige tekst van 26 november 2004 van deze verbintenissen en beklemtont zij, dat hun voorlopig karakter voldoende reden is om ze af te wijzen (punt 882). Verder vermeldt zij uitdrukkelijk, dat de definitieve versie van deze verbintenissen te laat is overgelegd om voor de eindbeschikking in aanmerking te worden genomen (punt 913). Het Gerecht is van oordeel, dat de Commissie de verbintenissen van 3 december 2004 mocht afwijzen op de enkele grond dat zij veel te laat waren ingediend. In de eerste plaats werden zij zeven dagen na de raadpleging van het raadgevend comité voorgesteld en slechts drie werkdagen vóór de vaststelling van de eindbeschikking. In de tweede plaats bevat de mededeling corrigerende maatregelen geen garantie dat verbintenissen die na de raadpleging van het raadgevend comité worden ingediend, nog in aanmerking kunnen worden genomen. Behalve in uitzonderlijke omstandigheden, die in casu niet zijn gesteld, moet de Commissie immers de datum van de bijeenkomst van het raadgevend comité twee weken tevoren bepalen (artikel 19, lid 5, van verordening nr. 4064/89). Aangezien het comité had aanvaard dat de Commissie het de verbintenissen niet zou voorleggen indien zij ze als onvoldoende beschouwde, was de Commissie tot niets verplicht en had zij, gezien het voorgaande, materieel ook niet de tijd om het comité opnieuw bijeen te roepen.

167 Verzoeksters argument dat de laatste verbintenissen slechts een gewijzigde versie van de eerdere waren en volledig aansluiten bij het intensieve overleg met de Commissie, kan aan die conclusie niet afdoen. Zelfs indien de verbintenissen van 3 december 2004 slechts geringe wijzigingen ten opzichte van de eerdere verbintenissen hadden bevat, blijft het feit dat zij niet tijdig genoeg waren ingediend om aan het raadgevend comité te worden voorgelegd.

- 168 Alleen de verbintenissen van 26 november 2004 betreffende de elektriciteitssector moeten in het kader van deze procedure dus in aanmerking worden genomen.
- 169 Met betrekking tot de toetsing van deze laatste verbintenissen aan de eerste van de voorwaarden van punt 43 van de mededeling corrigerende maatregelen, wijst verzoekster op het verschil tussen de mededeling en de weergave ervan in de bestreden beschikking, volgens welke de te laat voorgestelde verbintenissen „volledig en ondubbelzinnig, dat wil zeggen rechtstreeks, antwoord moeten geven op de tijdens het onderzoek vastgestelde mededingingsproblemen” (punt 859 van de bestreden beschikking). Verzoekster beperkt zich echter ertoe, dit verschil vast te stellen zonder er consequenties aan te verbinden, en te stellen dat de verbintenissen van 26 november 2004 de eerder vastgestelde mededingingsproblemen volledig oplossen. Er hoeft dus niet te worden onderzocht of die verandering van de formulering in casu reële consequenties heeft.
- 170 Overigens moet in dit stadium het betoog van de Commissie worden verworpen, dat nu de verbintenissen haar te laat waren aangeboden en niet duidelijk een oplossing voor de eerder vastgestelde mededingingsproblemen boden, verzoeksters vierde middel alleen al om die reden moet worden afgewezen. De tweede premisse van de Commissie, te weten dat de laatste verbintenissen onvoldoende waren, kan immers enkel in het kader van het laatste onderdeel van het vierde middel worden onderzocht.

C — Derde onderdeel: fouten in de beoordeling van de concentratie zoals gewijzigd ten aanzien van de elektriciteitssector

- 171 In de bestreden beschikking stelt de Commissie vast, dat EDP sterke tot zeer sterke machtsposities heeft op de vier problematische markten van de levering van elektriciteit en gros, de balancing power en de ondersteunende diensten, en de levering van elektriciteit en détail aan grote en kleine afnemers.

172 In de eerste plaats heeft EDP volgens de bestreden beschikking een machtspositie op de groothandelsmarkt van elektriciteit door haar positie aan de aanbodkant [70 % van de totale productiecapaciteit; de rest is in handen van Turbogás (8,6 %), waarin EDP een minderheidsaandeel van 20 % bezit, Tejo Energia (5,1 %), waarin EDP een minderheidsaandeel van 10 % bezit, en enkele onbetekenende producenten die onder de bijzondere regeling voor, onder meer, hernieuwbare energie vallen; punten 283-289] en aan de vraagkant (90-100 % van het totale nationale verbruik; punten 299-301 en 433-443), door het CMEC-systeem, dat het verdwijnen van de onder het niet-geliberaliseerde systeem gesloten gewaarborgde inkoopovereenkomsten moet compenseren (punten 294-298), door het aantal en de diversiteit van haar productiemiddelen (punten 292 en 293), door haar toekomstige productiecapaciteiten [drie CCGT-eenheden (TER); punten 302-304], doordat de bouw van voor 2007 geplande nieuwe onafhankelijke CCGT's onzeker is en in elk geval pas drie jaar na de concentratie zal plaatsvinden (punten 305-331), en doordat er onvoldoende koppelingsmogelijkheden tussen het Spaanse en het Portugese net zijn om de invoer van voldoende hoeveelheden elektriciteit zeker te stellen (punten 332-334). In de tweede plaats heeft EDP een machtspositie op de opkomende markt of markten van balancing power en van ondersteunende diensten die slechts door een elektriciteitsproducent in Portugal kunnen worden verricht. EDP is de enige die die diensten kan aanbieden (punten 430-432). In de derde plaats heeft EDP een machtspositie op de kleinhandelsmarkt voor grote afnemers, die in 2003 voor de mededinging is opengesteld, met een marktaandeel van 90-100 %, en op die voor kleine afnemers. Deze machtsposities zijn ook het gevolg van de volgende omstandigheden: EDP vindt slechts twee kleinere concurrenten tegenover zich, die voor hun behoeften geheel afhankelijk zijn van de wisselvalligheden van de invoer uit Spanje; in het gereguleerde publieke systeem zal zij de vaste leverancier blijven; 70-80 % van de afnemers die van het publiek naar het vrije systeem overstappen, blijven bij EDP; zij is concessiehouder voor het secundaire elektriciteitsnet (laagspanning), en als oud-monopolist beschikt zij over alle gegevens betreffende het verbruikspatroon van de afnemers (punten 433-443).

173 Naar het oordeel van de Commissie in de bestreden beschikking zou de concentratie de machtsposities van EDP versterken, wat zou leiden tot een aanzienlijke belemmering van een daadwerkelijke mededinging, enerzijds door een horizontaal effect op de vier elektriciteitsmarkten, te weten het verdwijnen van GDP als de waarschijnlijkste belangrijke potentiële concurrent (punten 335-364, in het bijzonder punt 363; punten 431 en 450-473), en anderzijds door niet-horizontale

effecten op de groothandelsmarkt van elektriciteit, te weten toegang tot vertrouwelijke informatie van haar concurrenten, voorrang en betere voorwaarden bij de toegang tot de in Portugal beschikbare gasbronnen, alsmede de mogelijkheid én de bedoeling om de productiekosten van haar concurrenten te verhogen (punten 365-428).

- 174 Om te beginnen betwist verzoekster de definitie van de elektriciteitsmarkten (zie punt 24 supra) niet. In haar schriftelijk antwoord voor de terechtzitting erkent zij ook het bestaan van de op die markten vastgestelde mededingingsproblemen, ook al ontkent zij de ernst ervan.
- 175 Verzoekster voert twee argumenten aan om aan te tonen dat, gezien de aangeboden verbintenissen, zowel het horizontale effect als de niet-horizontale effecten op de elektriciteitsmarkten niet van blijvende aard zullen zijn. Dwars door die twee argumenten heen stelt zij voorts, dat de concentratie in haar gewijzigde vorm een positieve invloed op de Portugese elektriciteitsmarkten zal hebben. In dit kader heeft zij het bijna uitsluitend over de groothandelsmarkt van elektriciteit.
- 176 Deze argumenten moeten in de eerste plaats worden onderzocht in relatie tot het horizontale effect van de concentratie op de elektriciteitsmarkten.
- 177 Volgens de bestreden beschikking bestaat het enige horizontale effect van de concentratie op alle elektriciteitsmarkten in het verdwijnen van GDP als de waarschijnlijkste belangrijke potentiële concurrent van EDP. Wat in de eerste plaats de groothandelsmarkt van elektriciteit betreft, noemt de Commissie verscheidene algemene factoren waaruit blijkt, dat het voor een gasleverancier economisch rationeel en interessant is om zich op de groothandelsmarkt van elektriciteit te begeven (punten 335-344). Dat deze algemene prikkel bestaat, wordt bevestigd door het marktonderzoek en het voorbeeld van andere lidstaten waar de liberalisering van die markten dat resultaat heeft gehad, in het bijzonder Spanje en het Verenigd Koninkrijk. Voorts heeft de Commissie in de procedure voor het Gerecht gegevens

overgelegd die in de bestreden beschikking om redenen van vertrouwelijkheid onleesbaar waren gemaakt en waaruit blijkt, waarom GDP zelf er belang bij heeft om zich op de markt van de elektriciteitsproductie te begeven (punten 345-361). Wat in de tweede plaats de opkomende markt of markten van balancing power en ondersteunende diensten betreft, meent de Commissie, dat het verdwijnen van GDP als potentiële nieuwkomer op de groothandelsmarkt tevens leidt tot het verdwijnen van een potentiële belangrijke nieuwkomer op die markten, terwijl de komst van GDP op de groothandelsmarkt de positie van EDP op die markten zou verzwakken (punten 430-432). Met betrekking tot, in de derde plaats, de kleinhandelsmarkten van elektriciteit overweegt de Commissie, dat GDP de belangrijke potentiële concurrent was door haar huidige commerciële aanwezigheid, de reputatie van haar nationaal merk en haar vermogen gecombineerde aanbiedingen (elektriciteit + gas) te doen. De Commissie baseert zich hiervoor in sterke mate op het marktonderzoek en op voorbeelden van de situatie in andere lidstaten (punten 449-473).

- 178 Verzoekster erkent, dat de concentratie in haar aangemelde vorm de machtsposities van EDP op de relevante markten zou versterken en zou leiden tot een aanzienlijke belemmering van een daadwerkelijke mededinging. Van de andere kant betoogt zij, in de eerste plaats, dat het uitermate twijfelachtig is of GDP zonder de concentratie sterk geneigd zou zijn om zich op de groothandelsmarkt van elektriciteit te begeven, en in de tweede plaats, dat de gunstige gevolgen voor de mededingingsstructuur, die de aangeboden verbintenissen naar alle waarschijnlijkheid hebben, elk verlies aan mededinging van de zijde van GDP meer dan zullen compenseren.
- 179 Hoewel de Commissie op diverse plaatsen in de bestreden beschikking over het verdwijnen van „GDP” als waarschijnlijke belangrijke potentiële concurrent op de elektriciteitsmarkten spreekt, blijkt uit de beschikking in haar geheel en in het bijzonder uit het gedeelte met de bewijsvoering inzake het bijzondere belang van GDP bij deelneming aan de groothandelsmarkt van elektriciteit (punten 345-364), dat de Commissie van mening was dat dit laatste zou gebeuren „via de groep Galp”, begrepen als economische eenheid van GDP en andere dochtermaatschappijen van Galp, zonder dat zij het nodig vond precies aan te geven welke dochtermaatschappij van Galp welke activiteit verrichtte. In de hierna volgende analyse zal het Gerecht slechts wanneer dat noodzakelijk is, uitdrukkelijk verwijzen naar Galp of naar de groep Galp inclusief GDP (dan aangeduid als „Galp/GDP”).

1. Het verdwijnen van GDP als waarschijnlijkste belangrijke potentiële concurrent

- 180 Wat de prikkel voor GDP betreft om zich op de groothandelsmarkt van elektriciteit te begeven, spreekt verzoekster twijfel uit aan de relevantie van de voorbeelden uit andere lidstaten, het belang van GDP's deelneming in twee cogeneratiecentrales (verkort verzoekschrift, punt 119, voetnoot 105), het buiten beschouwing laten van de structurele banden tussen EDP en GDP en het ontbreken van een belang van GDP om met EDP te concurreren (verkort verzoekschrift, punt 127). Wat de prikkel voor GDP betreft om zich op de markt van balancing power en de kleinhandelsmarkt van elektriciteit te begeven, stelt verzoekster enkel, dat deze markten zullen profiteren van de verbetering van de mededingingssituatie op de groothandelsmarkt van elektriciteit (verkort verzoekschrift, punt 129).
- 181 In het met het oog op de versnelde procedure verkorte verzoekschrift, dat op dit punt inhoudelijk identiek is met het oorspronkelijke verzoekschrift, verwijst verzoekster in de voetnoten naar enkele gedeelten van het rapport Lexecon, getiteld „The prospect of strong competition materialising in electricity from GDP is overstated” en „A formal model of investment incentives in the wholesale electricity market in Portugal”. De Commissie beperkt zich derhalve tot een verwijzing naar het rapport van haar chefeconoom, waarin de stellingen van het rapport Lexecon worden weerlegd.
- 182 Het Gerecht herinnert eraan, dat een algemene verwijzing naar bijlagen bij partijmemories niet-ontvankelijk moet worden verklaard wanneer die verwijzing niet dient ter ondersteuning van argumenten die in de memories zelf te vinden zijn (zie in punt 155 supra aangehaalde rechtspraak). In eerste instantie was het verzoekster die in haar verzoekschrift met argumenten moest aantonen dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout had gemaakt. De enige argumenten aanvoert voor haar stelling dat de komst van GDP op de markt twijfelachtig was, zijn die welke in punt 180 supra worden genoemd. Het rapport Lexecon daarentegen bevat verscheidene andere argumenten voor het ontbreken van een prikkel voor

GDP om zich op de elektriciteitsmarkten te begeven, waarvan in het verzoekschrift geen spoor te vinden is. De verwijzing naar het rapport Lexecon is dus slechts aanvaardbaar voor de argumenten die in het verzoekschrift voorkomen, met uitsluiting van de andere.

- 183 De omstandigheid dat het onderhavige beroep in een versnelde procedure wordt behandeld, versterkt in plaats van verzwakt juist de relevantie van de in punt 155 supra aangehaalde rechtspraak. Een versnelde procedure, waarin geen plaats is voor een tweede memoriewisseling, onderstelt immers dat de argumenten van verzoekster meteen in het verzoekschrift, of in voorkomend geval in de verkorte versie daarvan, duidelijk en definitief worden uiteengezet. Bovendien mag de noodzakelijke beperking van de omvang van de partijmemories, overeenkomstig de Praktische aanwijzingen van het Gerecht voor partijen (punt VI, paragrafen 2 en 3) en, impliciet, dus ook de beperking van het aantal en de ingewikkeldheid van de aangevoerde argumenten, niet worden omzeild door systematische verwijzingen naar omvangrijke en/of ingewikkelde rapporten.
- 184 Wat om te beginnen de relevantie van het Spaanse en het Britse liberaliseringsvoorbeeld betreft, betoogt verzoekster dat de Commissie de relevantie van die voorbeelden voor de Portugese markt had moeten aantonen en ook het Duitse en het Franse voorbeeld had moeten noemen, die in een andere richting wijzen.
- 185 Die voorbeelden moesten aantonen dat een belangrijke gasleverancier in het algemeen er belang bij heeft, een verticale integratie tot stand te brengen door zijn eigen CCGT's in te brengen. In de eerste plaats heeft verzoekster echter geen enkele reden gegeven waarom deze voorbeelden voor Portugal niet relevant zouden zijn. Evenmin heeft zij duidelijk gemaakt, waarom de aan de Franse en de Duitse markt ontleende tegengestelde voorbeelden voor Portugal wel relevant zouden zijn. Verder baseert het rapport Lexecon zich in tegenstelling tot het verzoekschrift op die nationale voorbeelden om te laten zien, dat nieuwkomers op de groothandelsmarkt van elektriciteit heel weinig centrales hebben gebouwd [rapport Lexecon, 3.3 (b)]. Bovendien wordt dat algemene belang van de gasleveranciers bevestigd door de antwoorden op het marktonderzoek, waarin van het Britse en vooral van het Spaanse voorbeeld wordt uitgegaan.

- 186 In de tweede en voornaamste plaats heeft de Commissie in de bestreden beschikking aan de hand van het marktonderzoek duidelijk gemaakt, welke economische voordelen een gasleverancier bij verticale integratie in de elektriciteitsproductie heeft, omdat nieuwgebouwde elektriciteitscentrales meestal gasgestookt zijn, die leverancier derhalve van zijn gunstige economische voordelen bij de toegang tot gas kan profiteren, de traditionele gasmaatschappij nieuwe markten zoekt om de verkleining van zijn marktaandeel in de gasector na de liberalisering hiervan te compenseren, en ten slotte, omdat de leverancier die integratie kan voortzetten door zich op de kleinhandelsmarkten van elektriciteit te begeven. Met betrekking tot deze bijkomende prikkels heeft verzoekster niet van enige, laat staan van een kennelijke beoordelingsfout gewaagd.
- 187 Wat vervolgens het belang van GDP bij toegang tot de elektriciteitsmarkten betreft, zet de Commissie in de bestreden beschikking uiteen, dat Galp, die het gehele kapitaal van GDP bezit, al sinds 2000 op de markt van elektriciteitsproductie actief is door middel van een dochteronderneming, Galp Power, en deelneemt in twee projecten voor warmte/krachtcentrales met een vermogen van 44 respectievelijk 30 MW (punt 347 van de bestreden beschikking, voetnoot 236). Zoals de Commissie beklemtoont, bewijst deze deelneming Galp's belang, al vóór de concentratie, bij de elektriciteitsproductie. Wat verzoekster in het verzoekschrift daartegen inbrengt — dat Galp niet als concurrent van EDP, maar in samenwerking met haar, in deze projecten deelneemt — kan niet afdoen aan het bewijs van het in deze deelneming tot uiting komende belang van Galp bij de productie van elektriciteit. Verder verwijst de Commissie naar een verklaring van de bestuursvoorzitter van Galp, weergegeven in een persbericht van AFX News, inhoudende dat zijn onderneming zich op de elektriciteitsmarkten, vooral op die van de productie, wilde begeven, een verklaring die door zijn aandeelhouders, waaronder EDP, niet is tegengesproken. Dat artikel bevestigt de conclusie van de Commissie dienaangaande in de bestreden beschikking. De tegenwerping van verzoekster verliest ten slotte elke betekenis in het licht van de hierna besproken projecten.
- 188 Uit de bestreden beschikking blijkt dat de projecten van Galp/GDP in de elektriciteitsproductie meer omvatten dan de enkele deelneming in de twee warmte/krachtcentrales van 44 en 30 MW. Via haar dochter Galp Power heeft Galp in 2002 officieel een vergunning aangevraagd voor de bouw van CCGT's van elk 400

MW in Sinès. Dit project voor de opwekking van elektriciteit uit gas is veel ambitieuzer dan de deelneming in de twee warmte/krachtcentrales en bewijst een duidelijke interesse om vaste voet te krijgen op de stroomproductiemarkt. Bovendien is volgens de bestreden beschikking in een haalbaarheidsstudie over de bouw van de CCGT in de Galp-groep diepgaand onderzocht welke mogelijkheden er voor GDP bestaan om op de groothandelsmarkt van elektriciteit actief te zijn en/of een deel van de centrale te exploiteren. Naar de mening van de Commissie is dit project niet gerealiseerd vanwege de door de Portugese regering aangekondigde concentratie. Niettemin zou GDP in geval van realisering van het project een van de eerste nieuwkomers op de groothandelsmarkt van elektriciteit worden. In dit verband wordt opgemerkt dat na de terechtzitting thans vaststaat dat Galp Power inderdaad een vergunning heeft verkregen voor de bouw van een CCGT van 500 MW. Ten slotte blijkt uit de door Eni gevraagde — en in de onderhavige procedure opgeheven — vertrouwelijke behandeling jegens EDP van de passage over deze projecten in de beschikking, dat dit project zonder medewerking van EDP wordt uitgevoerd. Galp/GDP hebben dus zeer serieuze plannen om door te dringen tot de stroomproductiemarkt door middel van de CCGT's, het op dit moment effectiefste type centrale.

189 Ter terechtzitting heeft verzoekster erop gewezen dat deze vergunningen waren aangevraagd door Galp Power, die als rechtstreekse dochtermaatschappij van Galp niet betrokken was bij de concentratie. Deze omstandigheid heeft geen werkelijke betekenis voor de analyse van de Commissie. Toen de vergunningen werden aangevraagd, behoorden Galp Power en GDP tot dezelfde groep. Het doel van een verticale integratie van gas en elektriciteit was daarmee binnen de Galp-groep/GDP te verwezenlijken. Zonder de concentratie behielden hun vergunningen en de mogelijkheid om EDP te beconcurreren. Kwam de concentratie wel tot stand, dan betekende een eventueel verlies van de vergunningen geen moeilijkheid voor de fusie-entiteit, die zich door het moratorium reeds had verplicht tot een bepaald tijdstip geen CCGT's te bouwen. Ter terechtzitting heeft verzoekster ook gesteld dat Galp Power met haar vergunningen een potentiële concurrent voor de fusie-entiteit was. Hoewel de Commissie in de bestreden beschikking niet expliciet heeft onderzocht of na de concentratie Galp via Galp Power de groothandelsmarkt van elektriciteit nog wel wilde en kon betreden, levert dit punt geen kennelijke beoordelingsfout op aangezien het geen belangrijke consequenties heeft voor de beoordeling van de mededingingssituatie na de concentratie. Enerzijds blijft het

hypothetisch of Galp ondanks het wegvallen van de belangrijk prikkel van de verticale integratie geïnteresseerd zou blijven in het betreden van deze markt. Anderzijds zou Galp, zelfs indien die veronderstelling juist was, een heel andere concurrent zijn dan in de tijd waarin zij nog binnen de Galp-groep met GDP was gelieerd. Verzoekster heeft dus niet aangetoond, dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door aan te nemen dat de concentratie zou leiden tot het verdwijnen van GDP, via Galp, als waarschijnlijke belangrijkste potentiële concurrent van EDP.

- 190 Wat in de derde plaats verzoeksters argument betreft, dat de uitgangspositie van GDP minder goed was dan die van andere potentiële concurrenten van EDP, wegens haar structurele banden met EDP als aandeelhouder in Galp die weer het gehele kapitaal van GDP bezit, terwijl de Portugese staat aandeelhouder is in zowel EDP als GDP, moet worden bedacht, dat volgens de bestreden beschikking (punt 7, voetnoot 6) de Portugese staat 30 % van het kapitaal van Galp rechtstreeks en 18,3 % indirect controleert, terwijl Eni 33,34 % en EDP 14 % ervan bezit. Volgens deze cijfers heeft EDP niet de controle over GDP. Daarbij wijst de Commissie er terecht op, dat EDP steeds heeft beweerd dat de 20 % die zij van Turbogás bezit, haar niet de controle over deze onderneming geeft. Het argument kan echter volledig worden omgedraaid, omdat de Commissie harerzijds steeds heeft gemeend dat EDP ondanks haar verbintenis om op bepaalde gebieden geen gebruik te maken van haar stemrecht en onafhankelijke bestuursleden van Turbogás te benoemen, het gedrag van Turbogás negatief kon blijven beïnvloeden. Volgens de Commissie heeft EDP steeds beweerd, dat de staat niet de controle over EDP had. Het Gerecht stelt evenwel vast, dat de Portugese regering de ware architect van de concentratie lijkt te zijn. Dit wordt wel bewezen door de omstandigheid dat de concentratie zowel wat EDP als wat GDP betreft, precies past in het door de Portugese regering in 2003 aangekondigde scenario (zie punt 11 supra).

- 191 Maar ook in de veronderstelling dat EDP, al dan niet via de Portugese staat, nog invloed op GDP heeft, zou deze invloed door de concentratie tot controle zonder meer uitgroeien, met uiteindelijk 51 % van de aandelen. Zonder concentratie kan het economisch belang van GDP, zoals de bestreden beschikking aantoont, haar aandeelhouders, en in het bijzonder de Portugese staat en Eni die de meerderheid van de aandelen bezitten, ervan overtuigen een strategie tot bescherming van EDP's belangen op te geven en voorrang te geven aan de belangen van GDP.

- 192 Dienaangaande herinnert de Commissie er terecht aan, dat Galp/GDP reeds besloten tot de bouw van twee CCGT's en reeds een vergunning had. De verklaring van de president van Galp — dat geen enkele aandeelhouder ook maar het minst bezwaar had gemaakt tegen het voornemen om op de elektriciteitsmarkten actief te worden, hoewel Galp daarmee een concurrent van haar 14 % aandeelhouder EDP werd — bevestigt de bestreden beschikking op dit punt nadrukkelijk.
- 193 Wat in de vierde plaats het argument betreft, dat er voor GDP maar een geringe prikkel bestond om zich op de markt van elektriciteitsproductie te begeven of de toegang van nieuwkomers te vergemakkelijken, teneinde haar winsten te handhaven door EDP als enige afnemer te begunstigen, dit argument gaat uit van de veronderstelling dat GDP, door de mededinging op de markt van elektriciteitsproductie te vergroten, op de markt van levering van gas aan EDP of aan onafhankelijke producenten meer zou verliezen dan zij op de productiemarkt zou kunnen winnen [rechtstreeks rapport Lexecon, 3.3 (d) en, indirect, 3.3 (c)]. Hieraan ligt de premisse ten grondslag, dat indien EDP's machtspositie op die markt door de komst van hetzij GDP hetzij andere nieuwkomers zwakker zou worden, de bereidheid („willingness”) van EDP om haar leveranciers een zo hoog tarief te betalen als thans het geval is, zou afnemen.
- 194 Afgezien van het feit dat de juistheid van deze premisse geenszins is aangetoond, verwijst de Commissie terecht naar het argument van haar chefeconoom, dat de premisse geen rekening houdt met de structuur van gasleveringscontracten, met name het beginsel van „take or pay” en de lange looptijd van die contracten. En zelfs indien dit argument enkel de kortetermijnbehoeften van EDP zou betreffen en de mededinging op de groothandelsmarkt van elektriciteit de prijzen van gas als grondstof onder druk zou zetten, weet noch verzoekster noch het rapport Lexecon te verklaren, hoe of in hoeverre het verschil tussen de door GDP toegepaste verkoopprijs van gas en haar interne kosten bij zelflevering kleiner zou zijn dan een eventueel verlies op de markt van gaslevering.

- 195 Verzoekster heeft derhalve niet aangetoond dat de Commissie een kennelijke fout heeft gemaakt door te oordelen, dat er sterke prikkels voor GDP waren om zich op de groothandelsmarkt van elektriciteit te begeven, en dat door de concentratie de waarschijnlijkste belangrijke potentiële concurrent van EDP op die markt zou verdwijnen (punten 344 en 868).
- 196 Wat ten slotte het horizontale effect op de markt van balancing power en de kleinhandelsmarkt van elektriciteit betreft, stelt verzoekster eenvoudig, dat de verbetering van de mededinging op de groothandelsmarkt van elektriciteit zich ook op de afgeleide markten zal doen gevoelen. Waar de juistheid van deze premisse niet is bewezen en de door de Commissie genoemde factoren die het bestaan van het horizontale effect op die markten aannemelijk maken, niet zijn betwist, moet worden vastgesteld, dat verzoekster geen kennelijke beoordelingsfouten met betrekking tot die markten heeft aangetoond. Bijgevolg moet het bestaan van een horizontaal effect op de markt van balancing power en de kleinhandelsmarkt van elektriciteit worden aanvaard. Het bestaan van dit effect betekent, dat de prikkel voor GDP om zich op die markten, in het bijzonder de kleinhandelsmarkten, te begeven, tot een aanzienlijke versterking kan leiden van haar belang om zich tevens op de markt van elektriciteitsproductie te begeven, daar zij haar een rechtstreekse afzetmarkt voor de geproduceerde elektriciteit bieden.
- 197 Het Gerecht stelt dan ook vast, dat verzoekster geen kennelijke beoordelingsfouten van de Commissie heeft aangetoond met betrekking tot het bestaan van sterke prikkels voor GDP om zich op alle elektriciteitsmarkten te begeven, daaronder begrepen de markten van balancing power en van de ondersteunende diensten en de kleinhandelsmarkten van elektriciteit (punten 432, 473, 876 en 881), en met betrekking tot het verdwijnen van GDP als de waarschijnlijkste belangrijke potentiële concurrent van EDP op die markten.

2. De verbintenissen als bron van compensatie voor mededingingsverliezen

- 198 Zoals eerder uiteengezet, is de Commissie verplicht een concentratie te verbieden wanneer voor ten minste een van de relevante markten aan de criteria van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 is voldaan (zie punten 144-146 supra).

- 199 Verzoekster is van mening, dat de gevolgen van alle verbintenissen betreffende de elektriciteitssector tezamen het verlies van de potentiële mededinging van GDP meer dan compenseren. Zij stelt voorts, dat de verbintenissen betreffende de gasmarkten tevens de mededingingssituatie op de groothandelsmarkt van elektriciteit verbeteren.
- 200 Zo de verbintenissen op een van de relevante markten een overcompensatie van de door de concentratie in haar aangemelde vorm veroorzaakte aanzienlijke belemmering van de mededinging zouden bewerkstelligen, dan zou de mededingingsbalans van de concentratie op de betrokken markt positief uitvallen. Voor die markt zou de concentratie dan niet op grond van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 verboden kunnen worden.
- 201 In haar schriftelijk antwoord voor de terechtzitting en tijdens die zitting heeft verzoekster met klem betoogd, dat wegens de sterke onderlinge samenhang tussen de gas- en de elektriciteitssector en tussen de verschillende markten van elk van die sectoren een correcte beoordeling van de mededinging op elk van die markten slechts mogelijk is wanneer men tegelijkertijd naar de mededingingssituatie op de andere markten ziet. De Commissie van haar kant is van mening, dat wanneer slechts een van de in de bestreden beschikking vastgestelde mededingingsproblemen op een van de relevante markten door de voorgestelde verbintenissen niet wordt opgelost, dit volstaat om de beschikking in stand te laten.
- 202 Deze twee standpunten sluiten elkaar niet uit. Ter terechtzitting heeft verzoekster immers erkend, dat het niet mogelijk is om voor de concentratie in haar gewijzigde vorm een totale mededingingsbalans op te stellen, waarin de mededingingswinst op een van de markten het tekort op een andere markt zou kunnen compenseren. Bovendien heeft de Commissie niet beweerd, dat de mededingingssituatie op een van de relevante markten volstrekt onafhankelijk was van die op de andere markten.

- 203 Wanneer een concentratie meerdere onderscheiden, maar samenhangende markten raakt en de mededingingssituatie op een of meer van die markten de situatie op een andere markt beïnvloedt, dient men met die andere markten rekening te houden om correct en volledig te kunnen beoordelen, of de concentratie op een van de betrokken markten een machtspositie in het leven roept of versterkt die tot gevolg heeft dat de mededinging aanzienlijk wordt belemmerd. Daarentegen is het voor een verbod van de concentratie niet noodzakelijk, dat een dergelijk gevolg zich op elk van de betrokken markten voordoet.
- 204 In casu is het evident, dat de mededingingssituatie op elk van de elektriciteitsmarkten samenhangt met die op de andere markten, ook al zijn zij niet uitsluitend van elkaar afhankelijk. Zo wordt de prikkel om zich op de groothandelsmarkt van elektriciteit te begeven, aldus de Commissie in de bestreden beschikking, versterkt door de omstandigheid dat de onderneming op de kleinhandelsmarkt van elektriciteit actief is (punten 338, 342, 343 en 362), en vice-versa (punten 456 en 472). Evenzo overweegt de Commissie, dat enkel de elektriciteitsproducenten in Portugal deel konden hebben aan de markt van balancing power en ondersteunende diensten (punten 430 en 431).
- 205 Ook blijkt de mededingingssituatie op elk van de elektriciteitsmarkten samen te hangen met die op de gasmarkten. Zo hangt bijvoorbeeld de toegang van concurrenten tot de groothandelsmarkt van elektriciteit deels af van de mogelijkheid een eigen onafhankelijke gasvoorziening op te bouwen, zulks wegens de drempels bij de toegang tot de gasmarkt, zoals door de Commissie uiteengezet bij haar beschrijving van de niet-horizontale effecten van de concentratie (punten 365-428). Zo ook berust de prikkel voor GDP om zich op de markt van elektriciteitsproductie te begeven, deels op de gasprijzen die zij als leverancier weet te verkrijgen (punten 340, 341 en 343). Voorts meent de Commissie, dat een van de sterkste prikkels voor GDP om zich op de kleinhandelsmarkt van elektriciteit te begeven, gelegen was in de mogelijkheid gecombineerde aanbiedingen te doen (punten 453-458), wat noodzakelijkerwijs onderstelt dat zij invloed heeft op de mogelijkheid van concurrenten om gelijksoortige aanbiedingen te doen, en dus op de liberalisering van de gasmarkten.

206 Bij de beoordeling van de mededingingsproblemen op de elektriciteitsmarkten is men dus verplicht rekening te houden met de mededingingssituatie op de andere elektriciteits- of gasmarkten, die het gevolg is van de concentratie zoals door de verbintenissen gewijzigd.

a) De verbintenissen betreffende de elektriciteitssector

207 Met betrekking tot de gevolgen van de alle verbintenissen betreffende de elektriciteitssector tezamen, verwijst verzoekster naar de verkoop van EDP's aandelen in REN en Tejo Energia, het moratorium bij de bouw van nieuwe CCGT's, de verhuur van de TER en de opschorting van de stemrechten in Turbogás; daarbij beroept zij zich voornamelijk op het onderdeel van het rapport Lexecon met het opschrift „The remedies likely improve incentives for third party entry into electricity”. In het kader van haar kritiek met betrekking tot de niet-horizontale effecten op de groothandelsmarkt van elektriciteit, voert zij voorts argumenten aan betreffende het moratorium, de verhuur van de TER en Turbogás. De Commissie signaleert het ontbreken van argumenten en feitelijke gegevens met betrekking tot de gevolgen van al die verbintenissen tezamen, en verwijst eveneens naar twee gedeelten van het rapport van haar chefeconoom. Zij draagt echter zorg voor een gedetailleerde weerlegging van de argumenten van het verzoekschrift.

208 Zoals eerder gezegd, is de verwijzing naar het rapport Lexecon slechts aanvaardbaar voorzover het argumenten betreft die in het verzoekschrift zijn uiteengezet, en moeten de overige argumenten worden afgewezen.

209 Met betrekking tot het moratorium en de verbintenis de TER te verhuren, moet worden opgemerkt, dat zonder de concentratie EDP haar TER-project zou voltooien en drie CCGT's zou bouwen — waarvan de laatste in 2006 in productie zou moeten gaan — met een totale productie van [1000 à 1500] MW, overeenkomend met bijna 20 % van het huidige verbruik in Portugal (punt 302 van de bestreden beschikking).

Mét de concentratie verbinden de partijen zich geen andere CCGT's te bouwen en de productiecapaciteit van een van de twee CCGT's van de TER te verhuren tot 30 juni 2010 of zoveel eerder als de opschortende voorwaarden intreden, waarvan de voornaamste de afgifte door de regering betreft van bouwvergunningen voor CCGT's aan een of twee niet door EDP gecontroleerde entiteiten.

- 210 In de bestreden beschikking stelt de Commissie in de eerste plaats vast, dat alleen de bouw van CCGT's tot een merkelijke opening van de groothandelsmarkt van elektriciteit kan leiden, zulks wegens de structurele beperkingen van de invoer, de achterstand van de Iberische markt en het voordeel dat de CMEC's aan de bestaande producenten bezorgen (overwegingen 292-334). In de tweede plaats beklemtoont de Commissie de beperkte duur van het moratorium en de verhuur, de omstandigheid dat de verhuur vervroegd kan worden beëindigd nog voordat nieuwe CCGT's zijn gebouwd of in gebruik genomen, de omstandigheid dat deze vervroegde beëindiging wegens aan niet door EDP gecontroleerde entiteiten verleende vergunningen, EDP niet belet banden met die entiteiten te hebben, en de omstandigheid dat die verbintenissen EDP niet verhinderen vergunningen voor zichzelf aan te vragen. Wat de verhuur van de TER betreft, overweegt de Commissie verder, dat de daaraan klevende onzekerheden zwaar zouden wegen voor de huurder, dat deze geen eigen productiebevoegdheid zou krijgen, en dat EDP essentiële informatie over de huurder zou verkrijgen, aangezien deze slechts de capaciteit huurt zonder enige zeggenschap over de productiemiddelen (zie, met betrekking tot de verbintenissen van 17 november 2004, punten 743-753, en met betrekking tot die van 26 november 2004, punt 868). De Commissie komt tot de conclusie, dat het verre van zeker is dat deze verbintenissen daadwerkelijk nieuwe producenten op de markt zullen lokken.
- 211 In haar verzoekschrift heeft verzoekster geen serieuze kritiek geleverd met betrekking tot de factoren op grond waarvan de Commissie concludeert, dat die twee verbintenissen niet volstaan om het vastgestelde mededingingsbezwaar weg te nemen.
- 212 Het Gerecht komt dan ook tot de slotsom, dat de Commissie geen kennelijke fout heeft gemaakt door te oordelen dat het moratorium en de verhuur van CCGT's van de TER op zichzelf geen geschikte middelen waren om het horizontale probleem op de groothandelsmarkt van elektriciteit op te lossen.

- 213 Verzoekster betoogt voorts, dat EDP zonder de concentratie de mogelijkheid zou behouden nieuwe CCGT's te bouwen (geen moratorium), wat maar zeer weinig plaats zou laten voor de komst van derden op de markt.
- 214 Zeker is dat, wanneer de concentratie niet tot stand komt, het voornemen en het vermogen van EDP om nieuwe centrales in een reeds verzadigde markt te bouwen, de komst van nieuwe elektriciteitsproducenten daadwerkelijk zal afremmen. Zonder de concentratie evenwel kon dat GDP of de groep Galp duidelijk niet tegenhouden, want de Commissie heeft zonder een kennelijke beoordelingsfout te maken (zie punten 184-196 supra), aangetoond dat GDP of de groep Galp van plan was de markt van elektriciteitsproductie te betreden. Mét de concentratie nu heeft de Commissie zonder een kennelijke beoordelingsfout te maken (zie punten 210-212 supra), geoordeeld dat de verbintenissen onvoldoende waren om de waarschijnlijke komst van nieuwe concurrenten op de groothandelsmarkt van elektriciteit mogelijk te maken, ofschoon GDP als waarschijnlijkste belangrijke potentiële concurrent zou verdwijnen. Verzoekster kan dus niet waarmaken, dat de Commissie een kennelijke fout heeft gemaakt met betrekking tot het horizontale effect van de concentratie in haar gewijzigde vorm op de groothandelsmarkt van elektriciteit.
- 215 Verzoekster betoogt, dat door de verkoop van haar aandelenpakket in Tejo Energia de structurele band tussen EDP en een concurrerende elektriciteitsproducent zou zijn verbroken, wat stellig een positief structureel effect op de mededinging zou hebben, terwijl de komst van GDP verre van zeker was [rapport Lexecon, 4.4 (c)].
- 216 In de bestreden beschikking geeft de Commissie volmondig toe, dat de terugtrekking van EDP uit Tejo Energia een positief gegeven is. Zij verklaart echter, zonder op tegenspraak te stuiten, dat er tal van andere factoren zijn die Tejo Energia beletten een CCGT te bouwen, in het bijzonder de tegengestelde opvattingen dienaangaande onder de aandeelhouders en het feit dat de voornaamste aandeelhouders, International Power en Endesa, aan EDP gebonden zijn door andere overeenkomsten ter zake van elektriciteitsproductie in Portugal (punten 669, 756-758 en 867 van de bestreden beschikking). Nu verzoekster niet heeft weten aan te tonen dat Tejo

Energia een even belangrijke concurrent zou zijn als GDP, moet de conclusie zijn, dat de verbintenis inzake Tejo Energia op zich onvoldoende is om het op de groothandelsmarkt vastgestelde horizontale probleem op te lossen.

- 217 Verzoekster wijst ook op haar verbintenis inzake de beperking van haar stemrechten in Turbogás bij beslissingen over de aankoop van aardgas en nieuwe investeringen en de vervanging van EDP-vertegenwoordigers in het bestuur door onafhankelijke leden.
- 218 In de bestreden beschikking (punten 759-766 en 861) overweegt de Commissie, dat EDP invloed op Turbogás zou behouden door het voortbestaan van haar stemrechten op niet onder de verbintenis vallende gebieden en het tijdelijk karakter van die verbintenis. De Commissie beklemtoont voorts, dat EDP zich het recht heeft voorbehouden haar onafhankelijke vertegenwoordigers aanwijzingen te geven teneinde de waarde van haar deelneming veilig te stellen. Verder wijst zij op het belang van de andere aandeelhouders van Turbogás, met name International Power, bij een blijvende goede verstandhouding met EDP. Ten slotte signaleert de Commissie, dat EDP onlangs een optie heeft genomen op nog eens 20 % aandelen in Turbogás en op het beheer van haar gehele productiecapaciteit. In haar memories heeft de Commissie onweersproken uiteengezet, dat EDP [...]. Nu verzoekster niet heeft weten aan te tonen dat de Commissie een kennelijke fout heeft gemaakt door te oordelen dat Turbogás geen belangrijke concurrent was, moet de conclusie zijn, dat de verbintenis inzake Turbogás op zich onvoldoende is om het op de groothandelsmarkt vastgestelde horizontale probleem op te lossen.
- 219 Verzoekster betoogt eveneens, dat de vermindering van haar deelneming in REN, van 30 naar 5 %, een duidelijk positief effect op de mededinging zal hebben [rapport Lexecon, 4,4 (c)]. In de bestreden beschikking heeft de Commissie deze verbintenis

niet onderzocht in relatie tot het horizontale effect, maar in relatie tot de niet-horizontale effecten op de elektriciteitsmarkten, zoals door de partijen aangegeven in hun brief van 2 november 2004. Waar verzoekster naast het feit dat deze verbintenis bestaat, geen andere aanvullende gegevens aanvoert, heeft zij niet aangetoond dat de Commissie in verband daarmee een kennelijke fout heeft gemaakt.

- 220 Tot slot moet nog worden opgemerkt, dat verzoekster niet heeft aangetoond dat de Commissie een kennelijke fout heeft gemaakt door te oordelen, dat de concentratie zoals gewijzigd door alle rechtstreeks op het horizontale probleem betrekking hebbende verbintenissen tezamen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt moest worden verklaard wegens haar horizontaal effect op de elektriciteitsmarkten. Ofschoon het geheel van die verbintenissen ongetwijfeld de toegang tot de groothandelsmarkt van elektriciteit vergemakkelijkt, heeft verzoekster in het bijzonder niet de op het marktonderzoek gebaseerde conclusie van de Commissie weerlegd, dat al die verbintenissen tezamen geen mededingingsklimaat scheppen dat de komst van nieuwe concurrenten waarschijnlijk maakt. En ook indien de komst van een nieuwe concurrent op een van de elektriciteitsmarkten mocht worden verwacht, wijst niets erop dat deze de kracht en de voordelen zou bezitten waarover GDP voor haar toegang tot alle of bepaalde elektriciteitsmarkten beschikt (punten 362-364, 675, 767 en 868 van de bestreden beschikking).

b) De verbintenissen betreffende de gasector

- 221 Verzoekster beperkt zich tot de bewering, dat een nieuwkomer op de groothandelsmarkt van elektriciteit dankzij enkele van de verbintenissen betreffende de gasmarkten zich onafhankelijk van de gefuseerde eenheid met gas zal kunnen bevoorraden. Zij zegt echter niet, welke verbintenissen daarvoor relevant zijn, noch in hoeverre, maar verwijst in het algemeen naar het gedeelte van haar verzoekschrift waar de gasmarkten worden besproken. De Commissie signaleert dit verzuim en weet in het gedeelte van de memories van verzoekster dat op de gasmarkten betrekking heeft, slechts één bewering van algemene aard te vinden, namelijk dat „deze verbintenissen [betreffende de gasector] een kennelijk gunstiger mededingingsklimaat in de elektriciteitssector zullen scheppen”.

- 222 Blijkens het dossier kunnen de verbintenissen betreffende de gassector in twee groepen worden verdeeld: de ene beogen een oplossing te bieden voor de op de groothandelsmarkt van elektriciteit vastgestelde niet-horizontale problemen, in wezen door verbetering van de condities voor de gaslevering aan elektriciteitsproducenten die met de gefuseerde eenheid concurreren (A/ENI.II tot en met F/ENI.IX, H/ENI.XI en L/EDP.1), de andere trachten de horizontale en niet-horizontale problemen op de gasmarkten weg te nemen (G/ENI.X, I/ENI.XII en J/ENI.XIV).
- 223 In de bestreden beschikking heeft de Commissie het horizontale effect op alle elektriciteitsmarkten, alsook de verbintenissen die dit mededingingsprobleem rechtstreeks beoogden op te lossen, vastgesteld onafhankelijk van de niet-horizontale effecten op de groothandelsmarkt van elektriciteit en de verbintenissen die deze laatste mededingingsproblemen moesten oplossen (punten 362-364, 675, 767 en 868 van de bestreden beschikking). Zij kwam zo noodzakelijkerwijs tot de conclusie, dat de concentratie in haar gewijzigde vorm moest worden verboden, al was het maar om de enkele reden dat zij de machtspositie van EDP versterkte en een aanzienlijke belemmering van de mededingingen op de groothandelsmarkt van elektriciteit tot gevolg had door het verdwijnen van GDP als de waarschijnlijkste belangrijke potentiële concurrent. Het Gerecht dient dus na te gaan of, zoals verzoekster in het kader van het tweede onderdeel van haar derde middel (zie punt 84 supra) en in het kader van het onderhavige middel betoogt, de Commissie het geheel van de verbintenissen had moeten onderzoeken om te kunnen vaststellen dat de effecten van al die verbintenissen tezamen meer dan voldoende compensatie boden voor het verdwijnen van de potentiële mededinging van de zijde van GDP.
- 224 In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat de verbintenissen met betrekking tot de niet-horizontale effecten op de groothandelsmarkt van elektriciteit (A/ENI.II tot en met F/ENI.XI, H/ENI.XI en L/EDP.1) maar heel weinig invloed hebben op het op alle elektriciteitsmarkten vastgestelde horizontale probleem, te weten het door de concentratie in haar gewijzigde vorm veroorzaakte verdwijnen van GDP als de waarschijnlijkste belangrijke potentiële concurrent.

225 In de eerste plaats doen die verbintenissen niets toe of af aan de analyse van de Commissie inzake GDP. GDP had immers niets van doen met de niet-horizontale problemen waarom het bij die verbintenissen gaat, omdat zij zonder de concentratie voor zichzelf een bevoorrechte toegang tot haar eigen gas had. De verbintenissen veranderen dus niets aan GDP's eigen prikkel om zich op de elektriciteitsmarkt te begeven, noch aan de impact van haar komst op die markt.

226 In de tweede plaats hebben die verbintenissen slechts een marginale invloed op de analyse van de Commissie inzake de impact van de komst van GDP op de groothandelsmarkt van elektriciteit, vergeleken met die van de andere concurrenten van de gefuseerde entiteit. Naar het oordeel van de Commissie bezat GDP immers aanzienlijke voordelen ten opzichte van de andere potentiële concurrenten van de gefuseerde entiteit op de elektriciteitsmarkten, en wel vooral een verticale integratie van haar activiteiten op het gebied van gas en elektriciteit binnen de groep Galp, bevoorrechte toegang tot gas, een gerenommeerd handelsmerk en kennis van haar afnemers in Portugal. Zelfs indien de verbintenissen die de niet-horizontale problemen moesten oplossen, dat doel volledig zouden bereiken, zou de mededingingssituatie op de groothandelsmarkt van elektriciteit mét de concentratie niet gunstiger zijn dan zonder de concentratie. Om te beginnen beoogden de betrokken verbintenissen in wezen enkel het mededingingsprobleem weg te nemen dat door de concentratie zelf was geschapen, te weten dat de onderneming met een sterke machtspositie op de groothandelsmarkt van elektriciteit de machtspositie van de andere onderneming op de markt van gaslevering aan de elektriciteitsproducenten naar zich toe trok. Vervolgens, ook indien die verbintenissen de mededinging op de markt van elektriciteitsproductie door middel van CCGT's zouden kunnen bevorderen, uiteindelijk zouden zij de concurrenten van de gefuseerde eenheid slechts een minder discriminerende en meer vertrouwelijke toegang tot gas garanderen. De Commissie zag in de toegang tot gas, zonder de concentratie, echter geen echte belemmering voor de toegang tot de markt van andere concurrenten dan GDP, maar toonde op basis van haar marktonderzoek enkel aan, dat het weinig waarschijnlijk is dat bestaande of potentiële concurrenten werkelijk die markt betreden of er zich ontwikkelen (punten 305-331). Verzoekster heeft, ten slotte, niet betoogd — wat zij overigens bezwaarlijk had kunnen doen —, dat de verbintenissen de concurrenten een even gemakkelijke en economisch even gunstige toegang tot gas boden als die GDP zonder de concentratie had. Alle mededingingsvoordelen van GDP ten opzichte van de andere concurrenten van de fusie-entiteit werden dus bestendigd. Anders gezegd, de duidelijke verbetering op

het punt van de levering van gas aan de concurrenten van de gefuseerde entiteit was vanuit het gezichtspunt van de mededinging geen noemenswaardige compensatie voor het verdwijnen van GDP.

227 Uit het voorgaande volgt dat de verbintenissen die de niet-horizontale problemen op de groothandelsmarkt moesten oplossen, slechts een marginale invloed hadden op de analyse van de Commissie van het horizontale probleem op alle elektriciteitsmarkten. De Commissie kon dus met recht en zonder een kennelijke beoordelingsfout te maken, die verbintenissen buiten beschouwing laten bij haar conclusie, dat de concentratie in haar gewijzigde vorm de machtspositie van EDP versterkte, wat een aanzienlijke belemmering van de mededinging op de groothandelsmarkt van elektriciteit tot gevolg had door het verdwijnen van GDP als de waarschijnlijkste belangrijke potentiële concurrent.

228 Wat in de tweede plaats de verbintenissen betreft die geheel op de gassector betrekking hebben (G/ENI.X, I/ENI.XII en J/ENI.XIV), heeft verzoekster in het geheel niet aangegeven in hoeverre zij het concurrentievermogen van eventuele concurrenten van EDP zouden verbeteren. Het is echter niet de taak van de rechter om zelf uit te zoeken, welke effecten die verbintenissen op de elektriciteitsmarkten zouden kunnen hebben, en zeker niet om de kracht van die effecten te beoordelen, om dan te concluderen tot het bestaan van een kennelijke beoordelingsfout van de Commissie.

c) Conclusie over de totale mededingingsbalans van de gewijzigde concentratie op de elektriciteitsmarkten

229 Zoals hiervóór vastgesteld, heeft verzoekster niet aangetoond dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt met haar conclusie, dat GDP een zeer waarschijnlijke belangrijke potentiële concurrent op de elektriciteitsmarkten was.

- 230 Evenmin heeft verzoekster aangetoond dat de Commissie een kennelijke fout heeft gemaakt toen zij oordeelde, dat de verbintenissen die betrekking hadden op het horizontale probleem dat zij op de elektriciteitsmarkten had vastgesteld, ongeschikt waren om de komst van een andere belangrijke concurrent van EDP dan GDP te bevorderen.
- 231 Verder heeft verzoekster niet aangetoond dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door het effect van de verbintenissen die ter oplossing van de niet-horizontale mededingingsproblemen op de elektriciteitsmarkten of de mededingingsproblemen op de gasmarkten waren voorgesteld, niet in aanmerking te nemen bij de beoordeling van het horizontale effect op de groothandelsmarkt van elektriciteit na de concentratie in haar gewijzigde vorm.
- 232 In het bijzonder worden de mededingingsproblemen op de elektriciteitsmarkten niet weggenomen door de merkelijke verbetering van de mededingingssituatie op de gasmarkten in het gevolg van de concentratie in haar gewijzigde vorm.
- 233 De situatie op de gasmarkten zou door de concentratie in haar gewijzigde vorm er zeker duidelijk op vooruit gaan. In tegenstelling tot de huidige monopoliesituatie zouden derden dankzij de verbintenissen onmiddellijk na de concentratie op concurrentiebasis toegang tot gas krijgen, met echte, zij het volgens de Commissie nog onvolledige, garanties tegen discriminatie bij die toegang. Ook de voorstellen van de Portugese regering, met name betreffende een versnelde liberalisering van de gasmarkten, doen op die markten een nieuwe mededingingssituatie ontstaan, die kan leiden tot de komst van nieuwe concurrenten op de gasmarkten, die zich vervolgen, om dezelfde redenen als GDP, wellicht ook op de elektriciteitsmarkten zullen begeven. Deze situatie op de gasmarkten kan weer positieve gevolgen hebben

voor de mededinging op de afgeleide markt van elektriciteitsproductie in CCGT's, in zoverre als de potentiële concurrenten van EDP een meer concurrerende en niet althans minder discriminerende beleving kunnen verwachten.

234 De Commissie heeft evenwel geen kennelijke fout gemaakt door te oordelen, dat de voordelen die die verbintenissen en voorstellen zouden opleveren, op de elektriciteitsmarkten niet tot een zelfde of betere mededingingssituatie zouden leiden dan die welke, zonder de concentratie, het gevolg zou zijn van de potentiële komst van GDP op die markten. In de eerste plaats zou noch een eventuele nieuwkomer op de gasmarkten noch een eventuele nieuwkomer op de groothandelsmarkt van elektriciteit tenminste een tijd lang de impact kunnen hebben die GDP, zonder de concentratie, bij haar komst op de elektriciteitsmarkten kan uitoefenen. De Commissie wijst met name op de vele bijzondere voordelen van GDP, zoals toegang tot gas, de reputatie van haar handelsmerk, haar kennis van de afnemers, en haar vergevorderde plannen met betrekking tot elektriciteit. In de tweede plaats kunnen het zuiver potentiële karakter van de mededinging op de elektriciteitsmarkten en, bijgevolg, de dienovereenkomstige verzwakking van een van de toegangsbelemmeringen op de markt van elektriciteitsproductie geen argument opleveren om de analyse van de Commissie, dat het nog steeds weinig waarschijnlijk is dat andere concurrenten van hetzelfde gewicht als GDP die markt zullen betreden, van de hand te wijzen.

235 Ook al heeft de Commissie ten onrechte de voordelen van de concentratie op de gasmarkten niet in haar beoordeling betrokken (zie punt 123 supra), bij vergelijking van de thans, vóór de concentratie, bestaande mededingingssituatie op de elektriciteitsmarkten, voornamelijk gekenmerkt door het monopolie van GDP bij de levering van gas aan de elektriciteitsproducenten en de sterke machtspositie van EDP op alle elektriciteitsmarkten, en de mededingingssituatie na de concentratie, voornamelijk gekenmerkt door, enerzijds, een aanzienlijke opening van de markt van gaslevering aan de elektriciteitsproducenten en, anderzijds, het verdwijnen van een belangrijke potentiële concurrent — GDP — op alle elektriciteitsmarkten, blijkt niet

dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door te concluderen dat de mededingingsbalans op elk van de elektriciteitsmarkten na de concentratie negatief zou uitvallen.

- 236 Ten overvloede merkt het Gerecht op, dat nu de algemene verbetering van de mededingingssituatie op de gasmarkten na de concentratie in haar gewijzigde vorm, op de elektriciteitsmarkten geen gevolgen heeft van voldoende belang om de eerder op deze markten vastgestelde mededingingsbezwaren weg te nemen, de Commissie niet erin kan toestemmen, de concentratie wegens haar gunstige gevolgen voor de mededinging in een van de relevante sectoren verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te verklaren, in weerwil van de negatieve gevolgen in de andere sector. Daarbij moet worden bedacht, dat de meeste zo niet alle mededingingsvoordelen die de concentratie in de gasector zal opleveren, voordelen op korte of middellange termijn zijn, in zoverre als al deze voordelen, althans de meeste ervan, in alle geval binnen twee of drie jaar na het met de >concentratie beoogde tijdstip verkregen zullen worden, eenvoudig door vast te houden aan het tijdschema voor de liberalisering van de markt overeenkomstig de in de tweede gasrichtlijn neergelegde afwijking ten gunste van Portugal.
- 237 De conclusie moet dus zijn, dat verzoekster geen enkele kennelijke beoordelingsfout van de Commissie heeft aangetoond waar deze tot de slotsom is gekomen, dat de concentratie in haar gewijzigde vorm zou leiden tot een versterking van de machtspositie van EDP op de elektriciteitsmarkten, met een aanzienlijke belemmering van een daadwerkelijke mededinging als gevolg.

V — Conclusie

- 238 Zoals hierboven vastgesteld, is de bestreden beschikking gebrekkig wegens verkeerde toepassing van het recht, in zoverre als zij betrekking heeft op de gasmarkten in Portugal.

- 239 Daarentegen is de bestreden beschikking niet aangetast door verkeerde rechts-toepassing zoals gesteld in het kader van het tweede en het derde middel, noch door kennelijke beoordelingsfouten zoals gesteld in het kader van het tweede onderdeel van het vierde middel, betreffende de elektriciteitssector.
- 240 Overeenkomstig de in de punten 144-146 weergegeven rechtspraak stelt het Gerecht vast, dat de niet nietigverklaarde overwegingen van de bestreden beschikking voldoende steun bieden voor de beslissing dat de concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt moet worden verklaard.
- 241 Het beroep moet derhalve worden verworpen.

Kosten

- 242 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, indien dat is gevorderd. Daar verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten te worden verwezen.
- 243 Aangezien interveniënte niet heeft geconcludeerd tot verwijzing van verzoekster in de kosten, zal elk van de partijen haar eigen door de interventie veroorzaakte kosten dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede Kamer)

verklaart:

- 1) **Het beroep wordt verworpen.**
- 2) **Verzoekster wordt in de kosten verwezen.**
- 3) **Elk van de partijen zal haar eigen door de interventie veroorzaakte kosten dragen.**

Pirrung

Forwood

Papasavvas

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 21 september 2005.

De griffier

De president van de Tweede kamer

H. Jung

J. Pirrung

Inhoud

Het rechtskader	II - 3754
Antecedenten van het geding	II - 3757
Procesverloop en conclusies van partijen	II - 3767
Ten gronde	II - 3769
I — Het tweede middel: schending van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89	II - 3771
II — Het derde middel: schending van artikel 8, leden 2 en 3, van verordening nr. 4064/89	II - 3776
A — Eerste onderdeel: de bewijslast	II - 3776
B — Tweede onderdeel: beoordeling van de gewijzigde concentratie in haar geheel	II - 3782
C — Derde onderdeel: misbruik van bevoegdheid	II - 3786
D — Vierde onderdeel: controleproblemen bij bepaalde gedragsverbintenissen	II - 3790
III — Het eerste middel: de afwijking ten gunste van de Portugese Republiek ingevolge de tweede gasrichtlijn	II - 3793
A — Opmerkingen vooraf	II - 3793
B — Eerste onderdeel: miskenning van de afwijking ten gunste van de Portugese Republiek	II - 3794
C — Tweede onderdeel: te ver gaande projectie in de toekomst	II - 3802
	II - 3837

IV — Het vierde middel: beoordelingsfouten met betrekking tot de verbintenissen ..	II - 3803
A — Opmerkingen vooraf	II - 3803
B — Eerste onderdeel: de verbintenissen van 26 november 2004	II - 3808
C — Derde onderdeel: fouten in de beoordeling van de concentratie zoals gewijzigd ten aanzien van de elektriciteitssector	II - 3811
1. Het verdwijnen van GDP als waarschijnlijkste belangrijke potentiële concurrent	II - 3815
2. De verbintenissen als bron van compensatie voor mededingings- verliezen	II - 3821
a) De verbintenissen betreffende de elektriciteitssector	II - 3824
b) De verbintenissen betreffende de gassector	II - 3828
c) Conclusie over de totale mededingingsbalans van de gewijzigde concentratie op de elektriciteitsmarkten	II - 3831
V — Conclusie	II - 3834
Kosten	II - 3835