

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (andra avdelningen)
den 21 september 2005 *

I mål T-87/05,

EDP – Energias de Portugal, SA, Lissabon (Portugal), företrätt av advokaterna
C. Botelho Moniz, R. García-Gallardo, A. Weitbrecht och J. Ruiz Calzado,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av A. Bouquet och
M. Schneider, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

med stöd av

Gas Natural SDG, SA, Barcelona (Spanien), företrätt av advokaterna J. Perez-
Bustamante Köster och P. Suárez Fernández,

intervenient,

* Rättegångspråk: engelska.

angående en begäran om ogiltigförklaring av kommissionens beslut K(2004) 4715 slutlig, av den 9 december 2004, genom vilket den koncentration som följde av att EDP – Energias de Portugal, SA, och Eni Portugal Investment, SpA, föreslog att de skulle förvärva gemensam kontroll över Gás de Portugal SGPS, SA, förklarades vara oförenlig med den gemensamma marknaden (ärende COMP/M.3440 – EDP/ENI/GDP),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN
(andra avdelningen),

sammansatt av ordföranden J. Pirrung, samt domarna N. J. Forwood och S. Papasavvas,

justitiesekreterare: byrådirektören J. Plingers,

efter det skriftliga förfarandet och efter förhandlingen den 5 juli 2005,

följande

Dom

Tillämpliga bestämmelser

- 1 Artikel 2.3 i rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 395, s. 1; svensk specialutgåva, annex,

s. 16) såsom den rättats i EGT L 257, 1990, s. 13, och i dess lydelse enligt rådets förordning (EG) nr 1310/97 av den 30 juni 1997 (EGT L 180, s. 1) (nedan kallad förordning nr 4064/89) har följande lydelse:

”En koncentration som skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas skall förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden.”

- 2 I artikel 18.2 i kommissionens förordning (EG) nr 447/98 av den 1 mars 1998 om anmälningar, tidsfrister och förhör enligt förordning nr 4064/89 (EGT L 61, s. 1) föreskrivs följande:

”Åtaganden som har föreslagits kommissionen av de berörda företagen enligt artikel 8.2 i [förordning nr 4064/89], vilka av parterna är avsedda att utgöra grunden för ett beslut enligt den artikeln skall lämnas till kommissionen senast tre månader från den dag förfarandena inleddes. Kommissionen får under exceptionella förhållanden förlänga denna period.”

- 3 Punkt 43 i kommissionens tillkännagivande om korrigerande åtgärder som kan godtas enligt förordning nr 4046/89 och förordning nr 447/98 (EGT C 68, 2001, s. 3) (nedan kallat tillkännagivandet om korrigerande åtgärder) har följande lydelse:

”Om parterna senare ändrar de föreslagna åtagandena, kan kommissionen godta dessa ändrade åtaganden endast om den — på grundval av sin bedömning av de uppgifter som redan mottagits under loppet av undersökningen, inklusive resultaten

av pågående marknadsundersökningar och utan att det finns behov av någon annan marknadsundersökning — klart kan avgöra att sådana åtaganden, när de väl har genomförts löser konkurrensproblemen och ger tillräckligt med tid för ett grundligt samråd med medlemsstaterna.”

- 4 I artikel 3.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/55/EG av den 26 juni 2003 om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas och om upphävande av direktiv 98/30/EG (EGT L 176, s. 57) (nedan kallat andra gasdirektivet) föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna skall ... på grundval av sin institutionella organisation och med vederbörlig hänsyn till subsidiaritetsprincipen, se till att naturgasföretag drivs i enlighet med principerna i detta direktiv för att uppnå en konkurrensutsatt, säker och miljömässigt hållbar naturgasmarknad, och de får inte göra någon diskriminerande åtskillnad mellan dessa företag när det gäller rättigheter eller skyldigheter.”

- 5 I artikel 1.31 i andra gasdirektivet definieras framväxande marknad som ”en medlemsstat i vilken den första kommersiella leveransen enligt det första långsiktiga avtalet för naturgasleveranser genomfördes för kortare tid än 10 år sedan”.

- 6 Artikel 28.2 och 28.3 i andra gasdirektivet har följande lydelse:

”2. En medlemsstat som uppfyller villkoren för att betecknas som en framväxande marknad och som på grund av genomförandet av detta direktiv skulle få allvarliga problem får göra undantag från artiklarna 4, 7, 8.1 och 8.2, 9, 11, 12.5, 13, 17, 18,

23.1 och/eller 24 i detta direktiv. Detta undantag skall upphöra automatiskt när medlemsstaten inte längre uppfyller villkoren för att betecknas som en framväxande marknad. Varje sådant undantag skall anmälas till kommissionen.

3. Den dag då undantaget som avses i punkt 2 löper ut skall definitionen av berättigade kunder resultera i en öppning av marknaden som motsvarar minst 33 % av den totala årliga gasförbrukningen på den nationella gasmarknaden. Två år senare skall artikel 23.1 b tillämpas, och tre år senare artikel 23.1 c. Fram till dess att artikel 23.1 b börjar tillämpas får den medlemsstat som avses i punkt 2 besluta att inte tillämpa artikel 18 när det gäller stödtjänster och tillfällig lagring för återförgasningsprocessen och efterföljande leverans till överföringssystemet.”

Bakgrund till tvisten

7 Sökanden EDP — Energias de Portugal, SA (nedan kallat EDP eller sökanden), är det traditionella elbolaget i Portugal. Dess verksamhet består främst i produktion, distribution och leverans av el i Portugal. EDP är noterat på börsen Euronext i Lissabon (Portugal). Den portugisiska staten är den största aktieägaren med direkt eller indirekt innehav av 30 procent av aktierna medan övriga aktier innehas av många olika ägare. EDP kontrollerar företaget Hydrocantaábrico som är verksamt inom sektorerna för gas och el i Spanien. EDP innehar aktier i företagen Turbogás (20 procent) och Tejo Energia (10 procent) som båda producerar el i Portugal. EDP äger även 30 procent av Rede Eléctrica Nacional, SA, som är systemansvarigt för det portugisiska elnätet.

8 Eni, SpA, är ett italienskt företag som är närvarande i alla led vad gäller leverans och distribution av energi.

- 9 Gás de Portugal SGPS, SA (nedan kallat GDP), är det traditionella gasbolaget i Portugal. GDP är till 100 procent ett dotterbolag till det portugisiska företaget Galp Energia SGPS, SA (nedan kallat Galp). Galp kontrolleras för närvarande av den portugisiska staten och av Eni, och företaget har intressen såväl i petroleumsektorn som i gassektorn. GDP och dess dotterbolag täcker hela distributions- och leveranskedjan för gas i Portugal. GDP importerar naturgas till Portugal via sitt dotterbolag Transgás genom en rörledning och en LNG-anläggning ("Liquefied Natural Gas", kondenserad naturgas) i Sinès samt ansvarar för överföring, lagring, distribution och leverans genom högtrycksrörledningar (nedan kallat gasnätet). GDP är även verksam inom naturgasleveranser till större industrikunder och utveckling och framtida drift av den första underjordiska lagringsanläggningen för naturgas. GDP kontrollerar genom sitt dotterbolag GDP Distribuição Energia, SA, även fem eller sex lokala företag som distribuerar gas.
- 10 Rede Eléctrica Nacional, SA (nedan kallat REN) är ett portugisiskt företag som är ett resultat av avregleringen (spin-off) år 1994 av det portugisiska elnätet, vilket tidigare tillhörde EDP. REN förvaltar för närvarande det portugisiska elnätet och agerar som "enda köpare" i den mening som avses i gemenskapsdirektiven, när det köper el av producenterna och säljer den vidare till distributörer/leverantörer för att levereras till "icke berättigade" kunder, det vill säga kunder som inte kan välja sina leverantörer. Den portugisiska staten kontrollerar direkt eller indirekt 70 procent av REN.
- 11 År 2003 fastställde den portugisiska regeringen sin politik för omstrukturering av energisektorn i Portugal med avseende på den kommande fullständiga liberalisering av denna sektor som krävs enligt de relevanta gemenskapsdirektiven. Såsom ursprungligen föreskrevs av den portugisiska regeringen skulle denna omstrukturering bestå av följande etapper:
- Uppdelning av Galps verksamhet inom gas och petroleum i tre skilda delar:
a) gasöverföring (Transgás), b) distribution och leveranser av gas (GDP) och
c) raffinering och distribution av petroleumprodukter (Petrogal).

- Främjande av integrering av gas- och elverksamheten i samma koncern.

 - REN:s förvärv av gasöverföringsverksamheten (särskilt gasnätet och möjligen andra delar som är föremål för reglering).
- 12 I enlighet med ett köpeavtal avseende aktier av den 31 mars 2004 skulle EDP, Eni (genom det till 100 procent ägda dotterbolaget Eni Portugal Investment, SpA) och REN gemensamt köpa hela GDP:s kapital av Galp. Ett annat avtal ingicks samma dag avseende REN:s tillfälliga aktieinnehav i GDP och den framtida försäljningen av gasnätet till REN i utbyte mot dess aktier i GDP. Avslutandet av hela transaktionen villkorades av att den i sin helhet tilläts av de berörda konkurrensmyndigheterna.
- 13 Kommissionen mottog den 9 juli 2004 en anmälan av hela transaktionen i enlighet med artikel 4 i förordning nr 4064/89. Med beaktande av att hela transaktionen ledde till två olika operationer, nämligen dels REN:s exklusiva kontroll av gasnätet, dels EDP:s och Enis (nedan kallade parterna) gemensamma förvärv av GDP genom köp av aktier, ansåg kommissionen att den sistnämnda operationen (nedan kallad koncentrationen) hade en gemenskapsdimension (EGT C 185, s. 3).
- 14 Samma dag anmäldes REN:s exklusiva förvärv av gasnätet till den portugisiska konkurrensmyndigheten.
- 15 Efter en inledande undersökning fann kommissionen att koncentrationen gav upphov till allvarliga tvivel i fråga om förenligheten med den gemensamma marknaden. Följaktligen inledde kommissionen den 12 augusti 2004 ett förfarande angående koncentrationen i enlighet med artikel 6.1 c i förordning nr 4064/89.

- 16 Kommissionen översände den 12 oktober 2004 ett meddelande om anmärkningar till parterna i vilket det tills vidare angavs att koncentrationen var oförenlig med den gemensamma marknaden.
- 17 Parterna besvarade meddelandet om anmärkningar den 27 oktober 2004.
- 18 Den 28 oktober 2004 föreslog parterna åtgärder avsedda att lösa de konkurrensproblem som kommissionen tagit upp i meddelandet om anmärkningar.
- 19 Den 29 oktober och den 4 november 2004 skickade kommissionen ut ett frågeformulär i enlighet med artikel 11 i förordning nr 4064/89 till den fusionerade enhetens potentiella konkurrenter, de spanska och portugisiska regleringsmyndigheterna samt det spanska gasnätets förvaltare (nedan kallat marknadsundersökningen).
- 20 Den 17 november 2004 ingav parterna ändringar avseende sina tidigare åtaganden.
- 21 Den 26 november 2004 ingav parterna nya ändringar i sina åtaganden inom elsektorn och uppgav att nya ändringar hade gjorts i deras åtaganden inom gassektorn. Den 3 november 2004 på kvällen delgav parterna kommissionen den slutliga versionen av ändringarna avseende gassektorn.

- 22 Genom beslut av den 9 december 2004 (ärende COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP K (2004) 4715 slutlig) (nedan kallat det omtvistade beslutet) förklarade kommissionen att koncentrationen var oförenlig med den gemensamma marknaden.
- 23 Det omtvistade beslutet kan för de behov som finns i detta mål sammanfattas på följande sätt.
- 24 Kommissionen identifierade för det första följande åtta marknader som kunde beröras av koncentrationen:

— Vad gäller el:

— Marknaden för gasleveranser i grossistledet i Portugal.

— Marknaden för elleveranser i detaljhandelsledet till större företagskunder i Portugal.

— Marknaden för elleveranser i detaljhandelsledet till mindre industri- och företagskunder samt hushåll i Portugal.

— Marknaden för anpassning mellan utbud och efterfrågan på el ("balancing power") (nedan kallad utjämningskraft) och stödtjänster i Portugal.

— Vad gäller gas:

— Marknaden för gasleveranser till elproducerande kombikraftverk ("Combined Cycle Gas Turbine") i Portugal.

— Marknaden för gasleveranser till lokala distributionsbolag ("Local Distribution Companies") i Portugal.

— Marknaden för gasleveranser till större företagskunder i Portugal.

— Marknaden för gasleveranser till mindre industri- och företagskunder samt hushåll i Portugal eller på lokal nivå.

25 För det andra ansåg kommissionen vid sin konkurrensbedömning att koncentrationen skulle få följande konsekvenser:

— På elmarknaderna skulle koncentrationen

— undanröja den betydande potentiella konkurrensen från GDP på grossistmarknaden för el (horisontell effekt),

- undanröja den betydande potentiella konkurrensen från GDP på varje detaljhandelsmarknad för el (horisontell effekt),

- undanröja den betydande potentiella konkurrensen från GDP på marknaden för utjämningskraft och stödtjänster (horisontell effekt),

- ge EDP kännedom om dess aktuella kunders inköpskostnader och dagliga behov av gas och verka avskräckande eller försena marknadsinträdet för de potentiella konkurrenter som skulle vilja starta ett nytt kombikraftverk (vertikal effekt),

- ge EDP privilegierad tillgång till de naturgastillgångar som finns i Portugal (vertikal effekt),

- ge EDP möjlighet och incitament till att på ett påtagligt sätt utestänga sina konkurrenter genom att höja prisnivån på gas och/eller genom att sänka kvaliteten på gasleveranserna (vertikal effekt), samt

- låsa efterfrågan på marknaden för gasleveranser till elproducenter (vertikal effekt),

- På gasmarknaderna skulle koncentrationen

- låsa efterfrågan på marknaden för gasleveranser till lokala distributionsbolag (vertikal effekt),

- undanröja den betydande potentiella konkurrensen från GDP på marknaden för gasleveranser till större kunder (horisontell effekt), samt

- undanröja den påtagliga potentiella konkurrensen från EDP på marknaden för gasleveranser till mindre kunder (horisontell effekt).

26 Såsom ovan har angetts förelade parterna kommissionen flera förslag till åtaganden, den 28 oktober 2004 (A–P), den 17 november 2004 (EDP.1–EDP.5, ENI.II–ENI.XIV), den 26 november 2004 och den 3 december 2004. Dessa åtaganden innehöll följande korrigerande åtgärder:

- Försäljning av återförgasningsanläggningen i Sinès till REN (A/ENI.II).

- Försäljning av den underjordiska lagringsanläggningen i Carriço till REN (B/ENI.III).

- Förtida försäljning av gasnätet till REN (ENI.IV).

- Garantier om tillträde till gasnätet i avvaktan på att koden för tillträde till nätet för tredje part offentliggörs eller att nätet säljs till REN (C/ENI.V).

- Frigörande av gaskapacitet i Campo Maior, det vill säga terminalen till rörledningen i Portugal som för närvarande är reserverad för men inte används av Transgás (D/ENI.VI).

- Åtagande att inte reservera ytterligare kapacitet i Campo Maior (E/ENI.VII).

- Åtagande att inte reservera ytterligare kapacitet av rörledningen i Extremadura (F/ENI.VIII).

- Åtagande att på vissa villkor göra kapacitet tillgänglig av rörledningen i Extremadura och/eller i Campo Maior (ENI.IX).

- Ändring av köpeavtalet av den 31 mars 2004 angående GDP:s rättigheter, den så kallade "mekanismen för anpassning till det bästa erbjudandet" såvitt avser anbuden om kortfristig försörjning av gas från EDP på marknaden (G/ENI.X).

- Åtgärder avsedda att undanröja problemen med möjlig privilegierad tillgång till information om priser (H/ENI.XI).

- Åtgärder avsedda att på ett effektivt sätt säkerställa större kunders möjlighet att välja leverantör (I/ENI.XII).

- Åtagande att sälja ett eller flera lokala distributionsbolag som kontrolleras av endera parten (J/ENI.XIV).

- Åtagande att inte samtidigt erbjuda både gas och el till större och mindre kunder förrän dessa marknader har liberaliserats (K/ENI.XIII).

- Minskning av EDP:s ägande i REN:s kapital med 30 procent till omkring 5 procent (L/EDP.1).

- Moratorium avseende uppförandet av nya kombikraftverk (M/EDP.3).

- Åtagande att tillfälligt hyra kapacitet från ett av EDP:s tre kombikraftverk belägna i Ribatejo (nedan kallade TER) (N/EDP.4).

- Åtagande att sälja EDP:s aktier i Tejo Energia (O/EDP.2).

- Åtagande att tillfälligt upphäva vissa av EDP:s rösträttigheter i Turbogás och att utse oberoende ledamöter i företagsledningen (P/EDP.5).

27 För det tredje bedömde kommissionen verkningarna av serien med åtaganden av den 28 oktober 2004, sedan verkningarna av serien med åtaganden av den 17 november 2004 och drog därefter slutsatsen att inte något av åtagandena kunde lösa de av kommissionen identifierade konkurrensproblemen. Kommissionen ansåg att den serie med ändrade åtaganden som föreslogs den 26 november 2004 inte helt och hållet och inte utan tvetydighet undanröjde konkurrensproblemen, utom vad beträffar marknaden för gasleveranser till lokala distributionsbolag och att nämnda åtaganden delvis enbart var en avsiktsförklaring. Kommissionen godtog inte heller den serie med ändrade åtaganden som föreslogs den 3 december 2004 vilka var en

bekräftelse av ändringarna av den 26 november 2004. Kommissionen hade två motiveringar härtill, nämligen dels att dessa ändringar hade förelagts kommissionen för sent, dels att de endast innebar ett genomförande av de åtaganden som hade lämnats in den 26 november 2004.

- 28 Av ovan angivna skäl, betraktade var och ett för sig eller sammantagna, fann kommissionen slutgiltigt att koncentrationen trots de av parterna föreslagna åtagandena skulle förstärka EDP:s dominerande ställning på grossistmarknaderna för el, marknaderna för utjämningskraft och stödtjänster, samt detaljhandelsmarknaderna för el i fråga om större och mindre kunder i Portugal. Även GDP:s dominerande ställning på marknaderna för gasleveranser till olika kombikraftverk samt till större och mindre kunder skulle förstärkas med följderna att konkurrensen på ett påtagligt sätt skulle hämmas inom en väsentlig del av den gemensamma marknaden. Koncentrationen måste följaktligen förklaras vara oförenlig med den gemensamma marknaden i enlighet med artikel 2.3 i förordning nr 4046/89.

Förfarande och parternas yrkanden

- 29 Genom ansökan som registrerades hos förstainstansrättens kansli den 25 februari 2005 har sökanden väckt denna talan mot det omtvistade beslutet.
- 30 Genom särskild handling som inkom samma dag begärde sökanden även skyndsamt handläggning i enlighet med artikel 76a i förstainstansrättens rättegångsregler.
- 31 Inom ramen för de åtgärder för processledning som anges i artikel 64 i rättegångsreglerna anmodades sökanden och svaranden att delta i ett informellt möte den 6 april 2005 med referenten för att undersöka om det var möjligt att

bevilja ansökan om skyndsam handläggning. Efter detta informella möte åtog sig sökanden att inkomma med en förkortad version av sin ansökan i överensstämmelse med kraven i förstainstansrättens praktiska anvisningar till parterna och kommissionen begärde att få tidsfristen förlängd för att kunna förbereda sitt försvar. Referenten tillhandahöll en preliminär tidsplan för förfarandet. Den 22 april 2005 inkom sökanden med sin förkortade ansökan som skiljer sig från originalet främst genom att sökanden avstått från att åberopa den första och den andra grunden. Kommissionen ingav sitt svaromål den 14 maj 2005.

- 32 Den 25 maj 2005 beviljade förstainstansrättens andra avdelning, som hade tilldelats målet, skyndsam handläggning i detta mål.
- 33 Genom beslut av ordföranden på förstainstansrättens andra avdelning av den 13 juni 2005 erhöll Gas Natural, efter att parterna hade hörts, tillåtelse att intervensera i enlighet med artikel 76a i rättegångsreglerna till stöd för kommissionens yrkanden vid förhandlingen i detta mål. Parternas ansökan om konfidentiell behandling beviljades också med förbehåll för intervenientens synpunkter. Gas Natural bekräftade att bolaget inte hade några invändningar mot denna ansökan om konfidentiell behandling.
- 34 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten att inleda det muntliga förfarandet. Som en åtgärd för processledning anmodades intervenienten att i förväg tillhandahålla en detaljerad plan för sin intervention vid förhandlingen. På sökandens begäran anmodade förstainstansrätten kommissionen och intervenienten att förete protokollet från ett möte mellan dessa båda parter som hade ägt rum i Madrid den 27 augusti 2004, vilket de gjorde. Slutligen ställde förstainstansrätten några skriftliga frågor till parterna och anmodade dem att besvara dem vid förhandlingen. Sökanden tillhandahöll ett skriftligt svar på alla frågor dagen före förhandlingen (nedan kallat det skriftliga svaret inför förhandlingen). Detta svar delgavs övriga parter samma dag.

35 Parterna utvecklade sin talan och besvarade förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 5 juli 2005. De handlingar som sökanden föredde vid förhandlingen har inte bilagts handlingarna i målet.

36 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara det omtvistade beslutet, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

37 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

38 Intervenienten har yrkat att förstainstansrätten skall ogilla talan.

Saken

39 Det skall inledningsvis noteras att med hänsyn till kraven i samband med den skyndsamma handläggningen, som parterna för övrigt har godkänt, nämns endast vid behov innehållet i de argument som framförts av den tappande parten

beträffande anmärkningen i fråga. Härvidlag har alla argument från parternas sida som kan påverka lösningen av tvisten, inklusive sådana som inte uttryckligen återges i förhandlingsrapporten, beaktats. Redogörelsen för förstainstansrättens resonemang begränsas således till den motivering som krävs för att fullt ut stödda beslutsdelen i detta avgörande (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 15 juni 2000 i mål C-237/98 P, REG 2000, s. I-4549, punkt 51).

40 Förstainstansrätten konstaterar att sökanden uttryckligen, under förutsättning att skyndsamt handling beviljades, samtyckt till att avstå från att åberopa sina två första grunder för att bidra till ett snabbt avgörande. Avståendet motiverades av den omständigheten, för det fall att det omtvistade beslutet ogiltigförklarades på dessa båda första formella grunder avseende vägrad tillgång till handlingarna i ärendet och bristfällig motivering eller på den tredje grundens tredje del avseende åsidosättande av principen om god förvaltningssed, att kommissionen inte skulle vara skyldig att vid antagandet av ett eventuellt nytt beslut ha en annan uppfattning i konkurrensfrågan än den som framgår av det omtvistade beslutet. Eftersom det i detta mål har beviljats skyndsamt handläggning noterar förstainstansrätten att sökanden har avstått från att åberopa dessa båda grunder och den tredje grundens tredje del.

41 Sökanden har i den förkortade ansökan åberopat fyra grunder. För det första har sökanden åberopat att kommissionen underlåtit att beakta det undantag som Republiken Portugal åtnjuter enligt artikel 28.2 i andra gasdirektivet. För det andra har sökanden åberopat åsidosättande av artikel 2.3 i förordning nr 4046/89, såtillvida att kommissionen inte har visat att det andra kriteriet i denna artikel var uppfyllt. För det tredje har sökanden åberopat åsidosättande av formföreskrifter och/eller åsidosättanden av förfaranderegler i artikel 8.2 och 8.3 i förordning nr 4046/89. För det fjärde har sökanden åberopat att kommissionen har gjort en oriktig bedömning av de åtaganden som lämnats in i enlighet med artikel 8.2 och 8.3 i förordning nr 4064/89.

- 42 Förstainstansrätten framhåller inledningsvis att vissa allmänna grunder, det vill säga grunder som inte specifikt rör någon av de ifrågavarande marknaderna, i sig kan leda till att det omtvistade beslutet ogiltigförklaras. Följaktligen skall en prövning först ske av dessa allmänna grunder, nämligen den andra och den tredje grunden, därefter den första grunden som främst avser gasmarknaderna och slutligen den fjärde grunden.
- 43 Kommissionen har vid förhandlingen uttryckt tvivel om att sökanden hade tillhandahållit något skriftligt svar inför förhandlingen. Förstainstansrätten erinrar i detta avseende om att av de 23 frågor som ställdes till parterna, krävde förstainstansrätten skriftliga svar endast på två av dem. Inte desto mindre tillhandahöll sökanden alla sina svar skriftligen dagen före förhandlingen och har under förhandlingen endast hänvisat till denna skrivelse. Såvitt kommissionen har avsett att göra gällande att dess rätt till försvar har åsidosatts, bör det understrykas att skrivelsen överlämnades till kommissionen i slutet av eftermiddagen dagen före förhandlingen och att det faktiskt var möjligt för kommissionen att yttra sig angående det skriftliga svaret vid förhandlingen. Den mycket korta tidsfrist som kommissionen erhöll är nämligen acceptabel inom ramen för den skyndsamma handläggning som karaktäriserar detta mål, ett förfarande under vilket alla parter, även förstainstansrätten, har tilldelats extremt korta tidsfrister. Den möjlighet som kommissionen vidare fick att ta del av det väsentligaste i sökandens svar dagen före förhandlingen, i stället för samma dag som denna, säkerställde att tvistemålsförfarandet kunde genomföras på ett bättre sätt.

I — *Den andra grunden: Åsidosättande av artikel 2.3 i förordning nr 4064/89*

- 44 Genom denna grund har sökanden i huvudsak påstått för det första, att artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 innehåller två olika kriterier och för det andra, att kommissionen i det omtvistade beslutet inte har bedömt huruvida det andra av dessa kriterier var uppfyllt.

- 45 Förstainstansrätten erinrar om att det i artikel 2.2 och 2.3 i förordning nr 4064/89 uppställs två kumulativa villkor. Det första är att en dominerande ställning skapas eller förstärks och det andra att den effektiva konkurrensen hämmas inom den gemensamma marknaden till följd av att en sådan ställning skapas eller förstärks (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 19 maj 1994 i mål T-2/93, Air France mot kommissionen, REG 1994, s. II-323, punkt 79, beslut av den 27 november 1997 i mål T-290/94, Kaysersberg mot kommissionen, REG 1997, s. II-2137, punkt 156, och dom av den 25 oktober 2002 i mål T-5/02, Tetra Laval mot kommissionen, REG 2002, s. II-4381, punkt 146).
- 46 I vissa fall kan emellertid skapandet eller förstärkandet av en dominerande ställning i sig leda till att konkurrensen påtagligt hämmas.
- 47 Den omständigheten att ett företag i dominerande ställning stärker sin ställning så att graden av dominans påtagligt hämmar konkurrensen kan således utgöra missbruk av dominerande ställning (domstolens dom av den 21 februari 1973 i mål 6/72, Europemballage och Continental Can mot kommissionen, REG 1973, s. 215, punkt 26). Denna rättspraxis relevans förstärks av att den av domstolen i denna dom bedömda situationen, vid en tidpunkt då förordning nr 4064/89 inte existerade, visar sig ligga mycket nära den situation som kan uppkomma till följd av en koncentration i den mening som avses i nämnda förordning.
- 48 Likaledes kan en dominerande ställning på området för koncentrationer karaktäriseras av att ett eller flera företag har sådan ekonomisk makt att de kan förhindra bibehållandet av effektiv konkurrens på den ifrågavarande marknaden på grund av att de har möjlighet att i betydande omfattning uppträda utan att ta hänsyn till sina konkurrenter och kunder och, slutligen, till konsumenterna (förstainstansrättens dom av den 25 mars 1999 i mål T-102/96, Gencor mot kommissionen, REG 1999, s. II-753, punkt 200).

- 49 Härav följer att den omständigheten att det visas att en dominerande ställning skapas eller förstärks, i den mening som avses i artikel 2.3 i förordning nr 4064/89, i vissa fall kan vara detsamma som att det visas att den effektiva konkurrensen påtagligt hämmas. Detta konstaterande betyder på intet sätt att det andra kriteriet i rättsligt hänseende sammanfaller med det första utan endast att det kan framgå av samma bedömning av de faktiska omständigheterna på en given marknad att båda kriterierna är uppfyllda.
- 50 Härav följer att i den mån det framgår av skälen i ett beslut genom vilket det konstateras att en koncentration är oförenlig med den gemensamma marknaden, inklusive de skäl som enbart ägnas åt en bedömning av huruvida en dominerande ställning skapas eller förstärks, att denna koncentration kommer att ha påtagliga konkurrensbegränsande verkningar, kan detta beslut inte vara rättsstridigt enbart av det skälet att kommissionen inte uttryckligen och specifikt hänfört sin beskrivning av dessa omständigheter till det andra kriteriet i artikel 2 i förordning nr 4064/89, vare sig med avseende på motiveringsskyldigheten i artikel 253 EG, eller i sak. Ett motsatt synsätt skulle nämligen innebära att kommissionen ålades en rent formell skyldighet att två gånger lägga fram vissa identiska överväganden, en första gång i sin bedömning av det eventuella skapandet eller förstärkandet av en dominerande ställning på en given marknad och en andra gång i samband med besvarandet av frågan huruvida konkurrensen påtagligt hämmas inom den gemensamma marknaden.
- 51 Det finns i förevarande mål anledning att inledningsvis ta avstånd från kommissionens åsikt att denna grund baseras på en bristfällig motivering. Om det antas att det framgår av det omtvistade beslutet att kommissionen inte har prövat huruvida det andra kriteriet i artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 var uppfyllt eller att den inte har visat att det var uppfyllt, blir slutsatsen att kommissionen inte har iakttagit denna bestämmelse. Avsaknaden av motivering på denna punkt kan nämligen inom ramen för denna förordning endast tolkas som avsaknad av eller en ofullständig prövning av huruvida det andra kriteriet var uppfyllt och inte som att denna prövning har gjorts men att redogörelsen för den har utelämnats.

- 52 Vad gäller sökandens främsta anmärkning, konstaterar förstainstansrätten att kommissionen vinnlagt sig om att i det omtvistade beslutet beträffande var och en av de berörda marknaderna slå fast att de uppfyller de båda kriterierna i artikel 2.3 i förordning nr 4064/89. Således fann kommissionen att koncentrationen skulle förstärka EDP:s och GDP:s redan befintliga dominerande ställning med den konsekvensen att den effektiva konkurrensen skulle hämmas på grossistmarknaden för el (skälen 364, 379, 410, 428 och 429), marknaden för utjämningskraft och stödtjänster (skäl 432), detaljhandelsmarknaderna för el (skäl 473), samt marknaderna för gasleveranser till elproducenter (skäl 528), lokala distributionsbolag (skäl 538), större kunder (skäl 550), mindre kunder (skäl 602) och allmänt (skäl 609), inklusive efter det att alla åtaganden har undersökts (skäl 914).
- 53 Det bör förvisso även slås fast att kommissionen i det omtvistade beslutet sammantagna och utan att skilja dem åt undersökte de omständigheter som föranledde den att dra slutsatsen att EDP:s och GDP:s redan befintliga dominerande ställning skulle förstärkas och de omständigheter som föranledde kommissionen att anse att koncentrationen dessutom skulle leda till att den effektiva konkurrensen påtagligt skulle hämmas.
- 54 Emellertid är de i det omtvistade beslutet angivna omständigheter som visar att EDP:s och GDP:s redan befintliga dominerande ställning skulle förstärkas och de som visar att konkurrensen påtagligt skulle hämmas till följd av koncentrationen ofta identiska. Med hänsyn härtill kan enbart det faktum att kommissionen inte har ägnat specifika avsnitt åt bedömningen av det påtagliga hindret för konkurrensen, inte leda till slutsatsen att kommissionen har underlåtit att beakta det andra kriteriet i artikel 2.3 i förordning nr 4064/89. I förevarande mål har således de flesta eller till och med alla de överväganden från kommissionens sida som ledde till slutsatsen att de båda företagens redan befintliga dominerande ställning skulle förstärkas baserats på en effektiv konkurrensbegränsning som skulle kunna föreligga om koncentrationen inte ägde rum. I övervägandena har således kommissionen även haft för avsikt att visa att det andra kriteriet i artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 var uppfyllt. Eftersom koncentrationen nämligen inte leder till en ökning av parternas marknadsandelar, eller endast till en obetydlig sådan, på någon av ifrågavarande marknader är koncentrationens konkurrensbegränsande verkningar enligt kom-

missionen främst eller till och med väsentligen en följd av effektiva konkurrensbegränsningar på var och en av ifrågavarande marknader. För att det exempelvis skall kunna visas att EDP:s och GDP:s dominerande ställning skulle förstärkas på de flesta av de marknader som beaktas i det omtvistade beslutet, för det fall att en betydande eller påtaglig potentiell konkurrent försvann från dessa marknader, måste det styrkas att konkurrensen, som enligt kommissionen är effektiv, påtagligt skulle hämmas som en följd av koncentrationen (se exempelvis, beträffande försvinnandet av GDP som den mest sannolika betydande potentiella konkurrenten på grossistmarknaden för el, skälen 335–364, detaljhandelsmarknaderna för el, skälen 450–473, eller beträffande försvinnandet av EDP som den mest påtagliga potentiella konkurrenten på grossistmarknaden för gas, skälen 559–599).

55 Härav följer likaledes, i motsats till vad sökanden har anfört, att kommissionen i det omtvistade beslutet inte har behandlat frågan huruvida det andra kriteriet i artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 var uppfyllt som en automatisk följd av det första kriteriet utan att den tvärtom har byggt sitt resonemang på att de påtagliga konkurrenshindren förstärker EDP:s eller GDP:s dominerande ställning.

56 Följaktligen är inte heller kommissionens bedömning av åtagandena, vilken baseras på detta resonemang, behäftad med det fel som sökanden har gjort gällande. När kommissionen således har funnit att åtagandena var otillräckliga för att lösa de tidigare identifierade konkurrensproblemen, anser den att förstärkandet av EDP:s eller GDP:s dominerande ställning kvarstår på grund av att konkurrensen fortfarande påtagligt hämmas (se exempelvis, beträffande försvinnandet av GDP som den mest sannolika betydande potentiella konkurrenten på grossistmarknaden för el, skälen 650–675, detaljhandelsmarknaderna för el, skälen 708–714, och beträffande försvinnandet av EDP som den mest påtagliga potentiella konkurrenten på detaljhandelsmarknaden för gas, skälen 735–738).

57 Förstainstansrätten framhåller slutligen att sökandens anmärkning endast avser principiell kritik. Sökanden har inom ramen för denna grund således inte påstått, och än mindre styrkt, att kommissionen i sina överväganden angående konkurrensen på någon av berörda marknaderna i praktiken varit oförmögen att visa att den effektiva konkurrensen påtagligt hämmas.

58 Det följer av det ovan anförda att kommissionen inte har underlåtit att beakta det andra kriteriet i artikel 2.3 i förordning nr 4064/89. Följaktligen kan talan inte vinna bifall på denna grund.

II — Den tredje grunden: Åsidosättande av artikel 8.2 och 8.3 i förordning nr 4064/89

59 Sökanden har åberopat fyra delgrunder inom ramen för grunden avseende åtagandena. Dessa delgrunder är, för det första, åsidosättande av bevisbördereglerna, för det andra, underlåtenhet att beakta åtagandenas övergripande karaktär, för det tredje, maktmissbruk, och för det fjärde, att svårigheterna att kontrollera efterlevnaden av vissa beteendeenriktade åtaganden har överdrivits.

A — Den tredje grundens första del: Bevisbördan

60 Enligt sökanden har kommissionen felaktigt presumerat att det ankom på parterna att bevisa att deras åtaganden skulle undanröja de av kommissionen identifierade

konkurrensproblemen. Härvid använde kommissionen en felaktig kontrollnorm som anges i punkt 6 i meddelandet om korrigerande åtgärder.

- 61 Förstainstansrätten erinrar om att kommissionen enligt artikel 2.2 i förordning nr 4064/89 skall förklara en koncentration förenlig med den gemensamma marknaden som inte skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen påtagligt hämmas. Härav följer att det ankommer på kommissionen att visa att en koncentration inte kan förklaras vara förenlig med den gemensamma marknaden.
- 62 Enligt artikel 8.2 i förordning nr 4064/89 fattar kommissionen ett beslut genom vilket en koncentration förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden när den konstaterar att en anmäld koncentration "i förekommande fall sedan de berörda parterna vidtagit åtgärder" uppfyller kriteriet i artikel 2.2 i förordning nr 4064/89. Härav följer att en koncentration som har ändrats genom åtaganden omfattas av samma kriterier vad beträffar bevisbördan som en koncentration som inte har ändrats.
- 63 Följaktligen har kommissionen dels en skyldighet att undersöka en koncentration såsom den ändrats genom åtaganden som på ett giltigt sätt har föreslagits av parterna i koncentrationen (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 30 september 2003 i mål T-158/00, ARD mot kommissionen, REG 2003, s. II-3825, punkt 280), dels kan kommissionen endast förklara den oförenlig med den gemensamma marknaden om dessa åtaganden är otillräckliga för att förhindra att en dominerande ställning skapas eller förstärks som medför att den effektiva konkurrensen påtagligt hämmas. I det avseendet erinrar dock förstainstansrätten om att den bevisbördan som åvilar kommissionen i samband med komplicerade ekonomiska bedömningar inte har någon inverkan på dess stora utrymme för

skönsmässig bedömning (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 3 april 2003 i mål T-342/00, Petrolesence och SG2R mot kommissionen, REG 2003, s. II-1161, punkt 101 och där angiven rättspraxis, samt domstolens dom av den 15 februari 2005 i mål C-12/03 P, kommissionen mot Tetra Laval, REG 2005, s. I-987, punkt 38).

- 64 Den omständigheten att det anges i punkt 6 i tillkännagivandet om korrigerande åtgärder att "[d]et är parternas ansvar att påvisa att de föreslagna ändringarna ... förhindrar att en sådan dominerande ställning som konstaterats av kommissionen skapas eller stärks" kan inte ändra rättsläget. Även om det antas att kommissionen på så sätt avser att parterna i en anmäld koncentration åläggs ansvaret att visa att de föreslagna åtagandena är effektiva, vilket ligger i deras eget intresse, kan kommissionen om det föreligger tvivel härom inte dra slutsatsen att den måste förbjuda koncentrationen. Tvärtom är kommissionen till sist skyldig att visa att denna koncentration efter ändringar, i förekommande fall genom åtaganden, skall förklaras vara oförenlig med den gemensamma marknaden med anledning av att en dominerande ställning fortfarande kan skapas eller förstärkas som medför att den effektiva konkurrensen påtagligt hämmas.
- 65 Härav följer att det ankommer på kommissionen att visa att åtaganden som på ett giltigt sätt har förelagts kommissionen av parterna i en koncentration inte gör denna koncentration, såsom den ändrats genom dessa åtaganden, förenlig med gemensamma marknaden.
- 66 Kommissionen har påstått att det härvidlag är nödvändigt att skilja mellan åtaganden som förelagts kommissionen före, respektive efter, sista dagen i den tidsfrist som anges för ingivande av åtaganden i artikel 18.2 i förordning nr 447/98. Det är utrett i förevarande mål att parterna företog ändringar i deras första serie med åtaganden, såväl före tidsfristens utgång, det vill säga den 17 november 2004, som efter tidsfristens utgång, det vill säga den 26 november 2004 och den 3 december 2004. I punkt 43 i tillkännagivandet om korrigerande åtgärder, jämförd med punkterna 41 och 42, görs ingen åtskillnad i förhållande till om ändringen av åtagandena föreläggs kommissionen före eller efter tidsfristens utgång. Det anges

inte desto mindre i punkt 43 att de ändrade åtagandena bland annat måste göra det möjligt för kommissionen att, utan att det finns behov av någon annan marknadsundersökning, klart avgöra att sådana åtaganden, när de väl har genomförts, löser konkurrensproblemen och ger tillräckligt med tid för ett samråd med medlemsstaterna.

67 I detta avseende anges det för det första inte i punkt 43 i tillkännagivandet om korrigerande åtgärder att det ankommer på parterna i en koncentration att bevisa att deras ändrade åtaganden fullt ut löser de konstaterade konkurrensproblemen. För det andra saknar kommissionen inte desto mindre, efter det att den på vissa villkor nödgats godta ändrade åtaganden, en befogenhet att vända på den bevisbörderegeln som har införts genom förordning nr 4064/89 i fråga om ett slutligt beslut som antas i enlighet med artikel 8.2 eller 8.3 i denna förordning, med motiveringen att koncentrationen uppfyller kriterierna i artikel 2.2 eller 2.3 i förordningen. Enligt de särskilda villkor som har införts genom punkt 43 i tillkännagivandet om korrigerande åtgärder ankommer det följaktligen på kommissionen att även visa att de ändrade åtagandena inte är tillräckliga för att det, utan att det finns behov av någon annan marknadsundersökning eller utan att det finns tillräckligt med tid för ett samråd med medlemsstaterna, klart skall kunna avgöras att åtagandena löser konkurrensproblemen.

68 Förstainstansrätten understryker slutligen att kommissionen, i enlighet med den ordning som följer av det administrativa förfarandet på området för koncentrationer, provisoriskt identifierar de konkurrensproblem som koncentrationen enligt kommissionen ger upphov till. Detta sker genom att kommissionen först förklarar varför den anser att det är nödvändigt att inleda ett förfarande i enlighet med artikel 6.1 i förordning nr 4064/89 och sedan genom att den riktar ett meddelande om anmärkningar till parterna i koncentrationen. På detta stadium kan parterna i koncentrationen konstatera att det verkligen finns konkurrensproblem och/eller erbjuda åtaganden som kan lösa dem, antingen i samband med att de besvarar meddelandet om anmärkningar eller på ett senare stadium i diskussionerna. Det är således uppenbart att parterna i koncentrationen genom att föreslå åtaganden avser att övertyga kommissionen om att dessa åtaganden fullt ut löser de tidigare identifierade konkurrensproblemen. När kommissionen tvärtom betraktar åtagan-

dena som otillräckliga, anser den med nödvändighet att parterna i koncentrationen inte har övertygat kommissionen om att deras åtaganden kan tjäna till att undanröja de konkurrensbegränsningar som ifrågasvarande koncentration ger upphov till.

- 69 Härav följer att den omständigheten att kommissionen anser att de åtaganden var otillräckliga som har lagts fram på ett giltigt sätt, det vill säga antingen som ett första förslag eller i enlighet med punkt 43 i tillkännagivandet om korrigerande åtgärder som en ändring av de första åtagandena, innebär att kommissionen på ett felaktigt sätt har vänt på bevisbördan endast när kommissionen inte baserar denna slutsats om de första åtagandenas otillräcklighet på en utvärdering av dessa åtaganden som grundas på objektiva och verifierbara kriterier utan snarare på ett påstående om att parterna inte har försett kommissionen med tillräckliga bevis för att den skall kunna göra en bedömning i sak. I det sistnämnda fallet är tvivlen nämligen inte till fördel för parterna i koncentrationen och slutsatsen blir att det har skett en överföring av bevisbördan så att en sådan koncentration är förenlig med den gemensamma marknaden.
- 70 Sökanden har i förevarande fall valt ett enda exempel från skäl 833 i det omtvistade beslutet rörande de åtaganden av den 17 november 2004 som hade förelagts kommissionen dagen före tidsfristens utgång enligt vilket "det kvarstår avsevärda tvivel och stor osäkerhet om huruvida den kombinerade effekten [av de föreslagna åtagandena] i tillräcklig mån kommer att kompensera försvinnandet av EDP som betydande potentiell konkurrent" på marknaden för gasleveranser till större kunder. I det omtvistade beslutet baserar kommissionen uttryckligen denna bedömning på meddelandet om korrigerande åtgärder.
- 71 Förstainstansrätten finner att kommissionen har avslutat ifrågasvarande skäl genom att mycket bestämt hävda att de åtgärder som parterna hade föreslagit inte skulle förhindra att GDP:s dominerande ställning förstärktes på den berörda marknaden som ett resultat av koncentrationen. Således har kommissionen konstaterat att ifrågasvarande åtaganden var otillräckliga för att koncentrationen skulle kunna tillåtas.

- 72 Kommissionens uttalade tvivel och osäkerhet gäller därefter huruvida åtagandena är ovillkorliga och säkra. Kommissionen har i skäl 832 i det omtvistade beslutet angett fem skäl till att den anser att ifrågavarande åtaganden är otillräckliga för att säkerställa att ytterligare gaskapacitet verkligen skulle kunna göras tillgänglig för tredje part (de spanska filialerna hade undantagits av parterna från åtagandet att inte reservera ytterligare kapacitet; obligatoriskt godkännande saknades från den spanska tillsynsmyndigheten avseende koden för tillträde till gasnätet för tredje part; parterna hade rätt att reservera så kallad strategisk kapacitet; effektiviteten var reducerad i fråga om åtagandet att frigöra kapacitet i Campo Maior på grund av rörledningens för närvarande begränsade kapacitet och de negativa följderna härav för den tillgängliga kapaciteten i LNG-anläggningen i Sinès; parterna hade särskilda rättigheter i förhållande till denna anläggnings operatör och möjlighet att bygga en lagringsanläggning för naturgas). De tvivel som uttalats avser följaktligen inte den eventuella konkurrens som skulle bli en följd av koncentrationen utan det faktum att det enligt kommissionen är omöjligt att försäkra sig om att ifrågavarande åtaganden är verksamma fullt ut. Kommissionen har dock rätt att avstå från att godta icke bindande åtaganden eller, vilket går på ett ut, åtaganden vars verkningar kan minskas eller undanröjas av parterna. Kommissionen har inte genom sitt agerande överfört bevisbördan på parterna, men den har förnekat att åtagandena skulle vara säkra och mätbara såsom sökanden har hävdad. Det bör slutligen noteras att sökanden inför förstainstansrätten inte har bestridit att ifrågavarande åtagandens verkningar är osäkra.
- 73 Mot bakgrund av det ovan anförda anser inte förstainstansrätten att kommissionen har vänt på bevisbördan i det omtvistade beslutet vad gäller dess skyldighet att visa att koncentrationen var oförenlig med den gemensamma marknaden. Kommissionen har tvärtom sökt visa varför koncentrationen inte kunde tillåtas trots de föreslagna åtagandena.
- 74 Härav följer att talan inte kan vinna bifall på den tredje grundens första del.

B — *Den tredje grundens andra del: Övergripande bedömning av den ändrade koncentrationen*

- 75 Sökanden har i huvudsak påstått att kommissionen inte har satt den situation som skulle uppstå efter koncentrationen, med beaktande av åtagandena, i relation till hur situationen skulle te sig om koncentrationen inte förverkligades. Sökanden har i sitt skriftliga svar inför förhandlingen preciserat sitt argument och därvid kritiserat kommissionen för att ha bedömt de svagheter som kunde tillskrivas åtagandena, snarare än de sannolika verkningarna av den ändrade koncentrationen på en given marknad, vilket skulle ha lett till ett annat resultat. Kommissionen har dessutom bedömt åtagandena vart och ett för sig. Sökanden har i sitt skriftliga svar som exempel valt den särskilda undersökningen av de åtaganden som syftade till att lösa det horisontella problemet på grossistmarknaden för el och de åtaganden som rörde de vertikala problemen på denna marknad.
- 76 Det bör noteras att det omtvistade beslutet är formellt uppställt på ett sådant sätt att det görs en presentation av hur de av den anmälda koncentrationen framkallade konkurrensproblemen har identifierats på var och en av marknaderna (skälen 280–609), därefter sker en konkurrensbedömning av åtagandena av den 28 oktober 2004 (skälen 650–738), åtagandena av den 17 november 2004 (skälen 741–841) och slutligen åtagandena av den 26 november 2004 (skälen 860–912). Kommissionen undersökte vid sin bedömning successivt vart och ett av de åtaganden som ansågs relevanta för varje ifrågasvarande marknad. När flera konkurrensproblem identifierades på en marknad undersökte kommissionen successivt åtagandena inom ramen för vart och ett av dessa problem. Kommissionen har i alla dessa fall, utom beträffande marknaden för gasleveranser till lokala distributionsbolag, funnit att åtagandena är otillräckliga för att undanröja det identifierade konkurrensproblemet och/eller förstärkandet av den ifrågasvarande dominerande ställningen (se i fråga om grossistmarknaden för el, som sökanden har valt som exempel vad gäller horisontella problem, skälen 675, 767 och 868, och vad gäller vertikala problem skälen 700, 702, 703, 801, 874 och 875).

- 77 Förstainstansrätten erinrar om att kommissionen har en skyldighet att undersöka en koncentration såsom den har ändrats genom åtaganden som på ett giltigt sätt har föreslagits av parterna i koncentrationen (se punkt 63 ovan). Enligt vad sökanden emellertid har medgett vid förhandlingen, kan en sådan förutsättning inte utesluta en åtföljande undersökning av de konkurrensproblem som koncentrationen skapar och vidare av de åtaganden som parterna i koncentrationen har erbjudit i syfte att undanröja dessa problem. Den utesluter inte heller en åtföljande undersökning av vart och ett av de relevanta åtagandena med avseende på dessa problem, under förutsättning att kommissionen till slut når fram till en övergripande bedömning av den ändrade koncentrationen, det vill säga av denna koncentrations verkningar på var och en av de marknader som har identifierats med beaktande av alla relevanta åtaganden på denna marknad.
- 78 Det ankommer vidare på kommissionen att undersöka alla relevanta åtaganden med avseende på ett konkurrensproblem som har identifierats på en av ifrågavarande marknader, inklusive de konkurrensproblem som inte uttryckligen har utpekats som sådana av parterna i en koncentration. Kommissionen gör sig emellertid inte skyldig till felaktig rättstillämpning när den enbart bedömer åtaganden som är specifika för en enda marknad eller ett enda konkurrensproblem med avseende på den marknaden eller det problemet, om de övriga åtagandena är irrelevanta och inte har någon reell ekonomisk betydelse i detta sammanhang.
- 79 I förevarande mål grundar sökanden sin anmärkning på ett orealistiskt antagande och en felaktig tolkning av det omtvistade beslutet.
- 80 Förstainstansrätten erinrar för det första om att de åtaganden som parterna i en koncentration föreslår specifikt är avsedda att lösa tidigare identifierade konkurrensproblem. Det är därför oundvikligt att kommissionen, när den konfronteras med ett åtagande, först och främst försöker bedöma åtagandets räckvidd och särskilt vilka inneboende svagheter det kan ha och därefter kontrollerar om detta åtagande helt eller delvis duger till att lösa det identifierade problemet. Bedömningen av den ändrade koncentrationens sannolika verkningar förutsätter nämligen att det görs en inledande uppskattning av ändringens räckvidd. Det är härvidlag viktigt att notera att sökanden i sin ansökan och i bilagorna till denna likaledes gick successivt till

väga, vilket föranleder förstainstansrätten att göra detsamma. Det är vidare orealistiskt att föreställa sig att kommissionen under den begränsade tidsfrist som har fastställts i förordning nr 4064/89 skall göra en helt ny bedömning av en koncentration mot bakgrund av de föreslagna åtagandena som om koncentrationen på nytt hade anmälts i dess genom åtagandena ändrade form. Ett sådant tillvägagångssätt skulle strida mot kravet på skyndsamhet, vilket präglar den allmänna systematiken i förordning nr 4064/89 (förstainstansrättens dom av den 28 april 1999 i mål T-221/95, Endemol mot kommissionen, REG 1999, s. II-1299, punkt 68). Det orealistiska i det tillvägagångssätt som sökanden indirekt har föreslagit förstärks i förevarande mål av att tre eller till och med fyra på varandra följande serier med åtaganden föreslagits, varav den sista eller de sista inkom för sent och i förfarandets slutskede. Med hänsyn härtill kan inte sökandens argument att dessa på varandra följande serier endast utgör ändringar i de tidigare åtagandena och inte nya åtaganden påverka denna bedömning. Kommissionen är i en sådan situation skyldig att varje gång behandla de nya omständigheterna i sin bedömning för att överväga om dessa ändringar kan leda till att de tidigare slutsatserna mister sin giltighet.

- 81 För det andra har kommissionen i det omtvistade beslutet varit angelägen om att förklara på vilket sätt svagheterna hos vart och ett av åtagandena betyder att åtagandet i sig inte kan lösa ifrågakvarande konkurrensproblem. Kommissionen har emellertid systematiskt låtit denna punktvisa bedömning åtföljas av slutsatsen att de relevanta åtagandena i deras helhet, med avseende på konkurrensproblemet, likaledes var otillräckliga för att lösa detsamma. Vad angår åtagandena av den 18 oktober och den 17 november 2004, har kommissionen preciserat att ifrågakvarande dominerande ställning även fortsättningsvis skulle förstärkas (se exempelvis beträffande grossistmarknaden för el, vilken sökanden har åberopat, det horisontella problemet, skälen 675 och 767, och de vertikala problemen, skälen 700, 702, 703 och 801). När kommissionen ansåg att det behövdes undersökte den även andra åtaganden än dem som parterna specifikt hade föreslagit i syfte att lösa ett givet konkurrensproblem (skälen 809–812). På så sätt är kommissionens bedömning likvärdig med en bedömning av koncentrationen såsom den ändrats genom åtagandena. Även om kommissionen i fråga om åtagandena av den 26 november 2004 enbart har funnit att dessa åtaganden är otillräckliga för att lösa ifrågakvarande konkurrensproblem har den inte desto mindre gjort en övergripande bedömning av dessa åtaganden, med avseende på nämnda problem (se, angående det horisontella problemet på grossistmarknaden för el, skäl 868, och angående de vertikala

problemen på denna marknad, skälen 874 och 875). Eftersom undersökningen vidare uppfyller de speciella krav som finns angivna i tillkännagivandet om korrigerande åtgärder är det omöjligt att, av den omständigheten att kommissionen i de undersökta fallen av dominerande ställning inte uttryckligen fann att den dominerande ställningen skulle förstärkas, dra slutsatsen att kommissionen underlät att göra en övergripande bedömning av den ändrade koncentrationen.

- 82 Härav följer att kommissionen har gjort en övergripande bedömning av koncentrationen såsom den ändrats genom de av parterna föreslagna åtagandena.
- 83 Vad angår det isolerade exemplet med åtaganden avseende det horisontella problemet och de vertikala problem på grossistmarknaden för el som sökanden har åberopat, konstaterar förstainstansrätten att detta argument helt sammanfaller med det argument som har framförts inom ramen för den fjärde grunden. Enligt detta argument skulle åtagandena avseende de vertikala problemen möjliggöra marknadsinträdet för ett visst antal konkurrenter, medan GDP endast var en potentiell konkurrent. Även om det antogs att kommissionen felaktigt ansåg att den kunde underlåta att undersöka vissa åtagandens indirekta räckvidd med avseende på ett konkurrensproblem eller en marknad för vilken dessa inte var direkt relevanta, har kommissionen inte gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning utan till en oriktig bedömning. Kommissionen är skyldig att undersöka alla relevanta åtaganden med avseende på ett identifierat konkurrensproblem på någon av de ifrågavarande marknaderna, inklusive dem som inte uttryckligen har utpekats som sådana av parterna i en koncentration. Frågan huruvida det ena eller det andra åtagandet är relevant med avseende på ett specifikt problem som har uppstått genom en koncentration hänför sig dock till den ekonomiska bedömningen av ifrågavarande koncentration och skall därför undersökas i det sammanhanget.
- 84 Eftersom sökanden även har framfört detta argument inom ramen för den fjärde grunden avseende kommissionens oriktiga bedömning av den ändrade koncentrationen, skall detta argument behandlas vid prövningen av den grunden.

85 Mot bakgrund av det ovan anförda kan talan inte bifallas på den tredje grundens andra del.

C — Den tredje grundens tredje del: Huruvida det har förekommit maktmissbruk

86 Sökanden har i huvudsak påstått att kommissionen överskridit sina befogenheter enligt förordning nr 4064/89 när den krävde att åtagandena skulle avse liberaliseringen av el- och gasmarknaderna.

87 Enligt fast rättspraxis föreligger maktmissbruk när en nationell myndighet har utnyttjat sina befogenheter i syfte att uppnå andra mål än dem som myndigheten har tilldelats befogenheter för. Ett beslut är behäftat med maktmissbruk endast om det på grundval av objektiva, relevanta och samstämmiga uppgifter kan antas att det har fattats i detta syfte (domstolens dom av den 13 november 1990 i mål C-331/88, Fedesa m.fl., REG 1990, s. I-4023, punkt 24, och av den 10 maj 2005 i mål C-400/99, Italien mot kommissionen, REG 2005, s. I-3657, punkt 38). När fler än ett syfte eftersträvas är beslutet, även om det utöver de giltiga grunderna innehåller en oriktig grund, inte behäftat med maktmissbruk eftersom huvudsyftet kvarstår (se domstolens dom av den 21 december 1954 i mål 2/54, Italien mot Höga myndigheten, REG 1954, s. 73 och s. 103, och för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 8 juli 1999 i mål T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij mot kommissionen, REG 1999, s. II-2329, punkt 131).

88 Förstainstansrätten framhåller inledningsvis att det är utrett att koncentrationen omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 4064/89 (skälen 12 och 13 i det omtvistade beslutet). Det bör även uppmärksammas att sökanden inte har påstått att koncentrationen omöjligen kunde bli föremål för ett beslut om inledande av ett undersökningsförfarande i enlighet med artikel 6 i förordning nr 4064/89 och således för ett slutligt beslut i enlighet med artikel 8 i förordning nr 4064/89.

Sökanden har i detta avseende, i sitt skriftliga svar inför förhandlingen, särskilt vitsordat att den ändrade koncentrationen förstärker EDP:s dominerande ställning på elmarknaderna. Följaktligen var det oundvikligt för parterna att göra åtaganden för att erhålla ett beslut genom vilket koncentrationen skulle förklaras vara förenlig med den gemensamma marknaden.

- 89 Det måste således slås fast att kommissionen, när den beaktade de åtaganden som hade föreslagits inför antagandet av det omtvistade beslutet, fullt ut agerade inom ramen för förordning nr 4064/89. Kommissionen har således strävat efter att uppnå syftet med denna förordning, vilket är att förbjuda att en dominerande ställning skapas eller förstärks som medför att den effektiva konkurrensen påtagligt hämmas.
- 90 Sökanden har emellertid påstått att kommissionen hade större krav på åtagandena och därvid gick längre än vad som var nödvändigt för att säkerställa att EDP:s eller GDP:s dominanta ställning inte skulle förstärkas. Kommissionen hade särskilt krävt att marknaden skulle öppnas i högre grad än vad som behövdes för att lösa det genom koncentrationen uppkomna konkurrensproblemet.
- 91 De talrika exempel som sökanden har anfört – enligt vilka kommissionen i huvudsak fann att åtagandena var otillräckliga för att säkerställa nya konkurrenters inträde på ifrågasvarande marknader (se särskilt skälen 659, 665, 707, 714, 725, 749, 805, 812, 862, 879 och 888 i det omtvistade beslutet) – visar helt enkelt att syftet med förordning nr 4064/89, det vill säga att förhindra att en dominerande ställning skapas eller förstärks som medför att den effektiva konkurrensen påtagligt hämmas, har eftersträvats av kommissionen. Nya konkurrenters inträde på marknader där det är utrett att EDP och GDP innehar en mycket stark dominerande ställning utgör nämligen ett väsentligt konkurrensproblem inom ramen för tillämpningen av artikel 2.3 i förordning nr 4064/89. Det huvudsakliga syfte som kommissionen eftersträvade med sin vägran att ändra ståndpunkt i fråga om åtagandena är helt i enlighet med förordning nr 4064/89.

- 92 Det bör härvidlag observeras att sökanden, inom ramen för grunden avseende konkurrensbedömningen av den ändrade koncentrationen, har åberopat att koncentrationen utgör ett betydande steg i riktning mot öppnandet av gas- och elmarknaderna för konkurrens. Följaktligen har sökanden, med risk för att motsäga sig själv, medgett att det är möjligt att med hjälp av åtaganden lösa de genom koncentrationen uppkomna konkurrensproblemen och samtidigt eftersträva att marknaderna skall öppnas för konkurrens.
- 93 Även om det, vilket kommer att undersökas nedan, antas att något av de föreslagna åtagandena konstateras vara otillräckligt eller att kommissionens krav beträffande ett särskilt åtagande anses överdrivet för att lösa de av kommissionen i det omtvistade beslutet konstaterade konkurrensproblemen, utgör ett sådant fel inte maktmissbruk utan åsidosättande av artikel 2.3 i förordning nr 4064/89.
- 94 Sökanden anser vidare att kommissionen verkar ha tilltalats av den uppfattning som kommer till uttryck i en rapport sammanställd av Cambridge Economic Policy Associates på begäran av den portugisiska konkurrensmyndigheten med titeln "Rapport angående el- och gasmarknaderna i Portugal" i vilken det enligt sökanden hävdas att kommissionen aktivt borde använda sig av koncentrationen för att förbättra konkurrensvillkoren. Förstainstansrätten konstaterar emellertid att kommissionen i de avsnitt i det omtvistade beslutet där rapporten omnämns (se särskilt skälen 137, 172, 133 och 573) inte på något sätt har tagit fasta på det syfte som föreslås i den, utan kommissionen har på grundval av rapporten endast gjort vissa objektiva ekonomiska bedömningar. Hänvisningarna till rapporten kan således inte utgöra en indikation på maktmissbruk.
- 95 De övriga omständigheter som sökanden har åberopat, bland annat uttalanden av den dåvarande kommissionsledamoten med ansvar för konkurrensfrågor, Mario Monti, och andra beslut av kommissionen inom energisektorn (kommissionens beslut av den 7 februari 2001, ärende COMP/M.1853 — EDF/EnBW, och kommissionens beslut av den 19 mars 2002, ärende COMP/M.2684.1853 — EnBW/EDP/Gastajur/Hidrocantábrico), kan inte utgöra relevanta indikationer på

att det förekommit maktmissbruk i förevarande mål eftersom dessa omständigheter inte ligger till grund för det omtvistade beslutet. Även om dessa båda beslut på området för koncentrationer innehöll det av sökanden påstådda felet, nämligen kravet på att marknaderna skulle öppnas, som inte var nödvändigt med hänsyn till de i dessa beslut identifierade konkurrensproblemen, betyder detta inte att det omtvistade beslutet som grundas på en för ärendet specifik konkurrenssituation är behäftat med samma fel.

- 96 Den av sökanden påstådda omständigheten att kommissionen i realiteten eftersträvade att uppnå målen i andra gasdirektivet medan detta direktiv baseras på artikel 47.2 EG (etableringsfrihet), artikel 55 EG (fri rörlighet för tjänster) och artikel 95 EG (tillnärmning av lagstiftning) visar inte att det var fel av kommissionen att vilja förverkliga nämnda mål. Dels förefaller direktivets rättsliga grund snarare visa att kommissionen endast indirekt kunde fullfölja direktivets mål genom att underlätta nya, särskilt inhemska, konkurrenters inträde på ifrågavarande marknader. Dels bör det slås fast att Europaparlamentets och rådets direktiv 98/30/EG av den 22 juni 1998 om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas (EGT L 204, s. 1) (nedan kallat första gasdirektivet) och andra gasdirektivet har till följd, om inte till syfte, att åstadkomma konkurrens inom en sektor som hittills av tradition inte har präglats av någon sådan (se skälen 2, 6, 21, 22, 26 och särskilt 31, i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/54/EG av den 26 juni 2003 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 96/92/EG (EGT L 176, s. 37) (nedan kallat andra eldirektivet) samt skälen 2, 7, 19, 21, 25, 27 och särskilt 30 i andra gasdirektivet), se även beträffande Europaparlamentets och rådets direktiv 96/92/EG av den 19 december 1996 (EGT L 176, s. 37) om gemensamma regler för den inre marknaden för el (EGT L 27, s. 20), domstolens dom av den 7 juni 2005 i mål C-17/03, VEMW m.fl., REG 2005, s. I-4983, punkt 62). Härav följer att ett tydligt syfte i gasdirektivet är främjandet av konkurrensen. Följaktligen är det inte förvånande att konkurrenssyftet i förordning nr 4064/89 även omfattas av ett av syftena i andra eldirektivet och andra gasdirektivet. Härav följer även att eftersträvandet av syftet i andra gasdirektivet inte kan utgöra en indikation på maktmissbruk eftersom dess syfte även är det syfte för vars förverkligande kommissionen har tillerkänts befogenheter i förordningen.

97 Sökanden har slutligen påstått att liberaliseringen av energisektorerna borde ha genomförts med tillämpning av artikel 86 EG. Utan att det finns anledning att avgöra frågan om huruvida kommissionen fortfarande kunde använda sig av de befogenheter som den tillerkänns enligt denna artikel, oberoende av andra eldirektivet och andra gasdirektivet, saknar sökandens argument relevans inom ramen för denna delgrund. Även om artikel 86 EG skulle göra det möjligt att förverkliga liberaliseringen av de berörda marknaderna, kan ett sådant antagande endast leda till konstaterandet att denna konkurrensbestämmelse och förordning nr 4064/89, vars syften det har visats att kommissionen på ett korrekt sätt har eftersträvat, kan tillämpas samtidigt.

98 Mot bakgrund av det ovan anförda kan talan inte bifallas på den tredje grundens tredje del.

D — Den tredje grundens fjärde del: Svårigheterna att kontrollera vissa beteendeinriktade åtaganden

99 Sökanden har anfört att kommissionen inte godtog vissa åtaganden därför att de var beteendeinriktade och krävde en efterföljande utvärdering. Härigenom åsidosatte kommissionen domstolens rättspraxis och sin egen nyare administrativa praxis och beaktade inte möjligheten att låta de portugisiska myndigheterna utföra den efterföljande granskningen.

100 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om att beteendeinriktade åtaganden inte till sin karaktär är otillräckliga för att förhindra att en dominerande ställning skapas eller förstärks och att varje fall av sådana åtaganden måste bedömas för sig, på samma sätt som vid strukturella åtaganden (domen i det ovan i punkt 48 nämnda målet Gencor mot kommissionen, punkt 319, i det ovan i punkt 45 nämnda målet Tetra Laval mot kommissionen, punkt 161, bekräftad i detta avseende av domstolens dom av den 15 februari 2005 i det ovan i punkt 63 nämnda målet kommissionen mot Tetra Laval, punkt 85).

- 101 Förstainstansrätten konstaterar att sökandens anmärkning emellertid härrör från en felaktig tolkning av det omtvistade beslutet, eftersom kommissionen i de exempel som den har framfört inte avstod från att godta ifrågasvarande åtaganden enbart på grund av att de var beteendeinriktade eller på grund av att det var svårt att kontrollera dem, utan på grund av att åtagandena som helhet inte var tillräckliga med avseende på de identifierade konkurrensproblemen.
- 102 Kommissionen finner således i skäl 663 att åtagandet om att hyra produktionskapacitet som motsvarar ett av TER:s kombikraftverk inte tillnärmelsevis kan medföra samma fördelar som ett strukturellt åtagande och att det kräver omfattande granskning i efterhand från kommissionens sida. Emellertid var kommissionens avsikt härvid enbart att understryka att parterna hade förutsett att detta åtagande skulle upphöra i förtid så snart vissa komplicerade villkor var uppfyllda och att parterna hade begärt att kommissionen skulle kontrollera om ett av villkoren verkligen var uppfyllt. I realiteten ansåg kommissionen främst att dessa villkor gjorde åtagandet mycket osäkert. För det första var det således inte åtagandets beteendeinriktade karaktär som var skälet till att det inte godtogs av kommissionen. För det andra berodde svårigheterna att kontrollera villkoren på att de var komplexa och inadekvata och inte på att kommissionen hade vägrat att kontrollera dem i efterhand. För det tredje tas flera andra faktorer upp i skälen 662 och 664, såsom bland annat den omständigheten att rättighetsinnehavaren var i stånd att driva kombikraftverket på egen hand, att han skulle bli beroende av EDP och att villkoren för åtagandets förtida upphörande grundades på gränsöverskridande överväganden, medan marknaden kommer att förbli nationell, vilka enligt kommissionen också gjorde det berättigat att inte godta detta åtagande.
- 103 Kommissionen har i skäl 678, som en ytterligare och marginell orsak, anfört att åtagandet om försäljningen av LNG-anläggningen i Sinès kräver omfattande granskning i efterhand från kommissionens sida. Kommissionen har inte på något sätt grundat sig på åtagandets beteendeinriktade karaktär och nästan hela skälet ägnas åt andra orsaker, såsom bland annat dagen för avhändandet, svagheter vad gäller tillgång till gaskapacitet för tredje part och bibehållandet av GDP:s minoritetsägande i det bolag som ansvarar för anläggningens drift, vilka leder till kommissionens slutsats i följande skäl att de positiva verkningarna av detta åtagande riskerar att minska betydligt.

104 I skäl 719 anser kommissionen visserligen att åtagandet om att upphäva EDP:s rösträttigheter i Turbogás styrelse i frågor om gasleveranser och investeringar och att utse oberoende ledamöter i Turbogás företagsledning är rent beteendeariktade och svåra att kontrollera. Denna aspekt betonas emellertid endast som ett tillägg och åtföljs av tre huvudsakliga orsaker till att kommissionen anser detta åtagande vara otillräckligt, nämligen att de utsedda ledamöternas oberoende inte garanteras, att EDP skulle behålla sina rösträttigheter i viktiga frågor och indirekt kunna påverka gasleverantörens val samt att upphävandet av rösträttigheterna skulle begränsas till tre år.

105 Sökanden har slutligen kritiserat kommissionen för att den underlät att beakta den möjligheten att de behöriga portugisiska myndigheterna kan utföra de nödvändiga kontrollerna för att fastställa huruvida de villkor är uppfyllda som leder till att ifrågavarande åtaganden upphör i förtid. Det bör härvidlag framhållas, för det första, att det var parterna själva som beträffande hyran av TER uttryckligen planerade att begära av kommissionen att den skulle kontrollera om dessa villkor var uppfyllda. Kommissionen hade således inte möjlighet, utan att själv ändra det föreslagna åtagandet vilket inte ingår i dess behörighet, att anförtro denna granskning åt de nationella myndigheterna. På samma sätt var kommissionen inte heller i fråga om de två övriga åtaganden som sökanden har åberopat skyldig att, även om den hade möjlighet härtill i samband med diskussionerna med parterna, införa en särskild metod för övervakning delegerad till behöriga nationella myndigheter. Det ankom i gengäld på parterna att föreslå åtaganden som var fullständiga och effektiva i alla avseenden, särskilt för det fall att dessa beteendeariktade åtaganden hade inneboende svagheter avseende deras bindande karaktär som motiverade en granskning i efterhand.

106 Mot bakgrund av det ovan anförda kan talan inte bifallas på den tredje grundens fjärde del.

107 Följaktligen skall den tredje grunden underkännas i sin helhet.

III — *Den första grunden: Undantaget för Republiken Portugal enligt andra gasdirektivet*

108 Sökanden anser i huvudsak att kommissionen, när den bedömde konkurrenssituationen på marknader som inte hade öppnats för konkurrensen, för det första, åsidosatte det tillfälliga undantag från tidsplanen för liberalisering som Republiken Portugal åtnjuter enligt andra gasdirektivet och för det andra, artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 genom att lägga fram sin konkurrensbedömning mer än fem år efter koncentrationen.

A — *Inledande anmärkningar*

109 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om att el- och gasmarknaderna inom gemenskapen inte med självklarhet var öppna för konkurrensen före antagandet av första och andra gasdirektivet, eftersom det förekom statliga monopol i vissa EGländer. Domstolen har emellertid haft tillfälle att erinra om att konkurrensbestämmelserna i EG-fördraget var tillämpliga på beslut som fattades av företag verksamma inom dessa sektorer (domstolens dom av den 27 april 1994 i mål C-393/92, Almelo m.fl., REG 1994, s. I-1477; svensk specialutgåva, volym 15, s. 189, punkterna 34–51). Första gasdirektivet och därefter andra gasdirektivet, som ledde till att den tidsplan som hade föreskrivits i det förstnämnda direktivet påskyndades, har dock grundats på förutsättningen att medlemsstaterna, inte omedelbart på dagen för genomförandet av dessa direktiv, var skyldiga att öppna gasmarknaderna för konkurrens. Det måste därför medges att de olika gasmarknaderna inte måste konkurrensutsättas innan de i det andra gasdirektivet fastställda tidsfristerna har löpt ut.

110 Målet för andra gasdirektivet är att skapa en inre marknad för gas där rättvis konkurrens råder (skäl 30 i andra gasdirektivet), det vill säga att ge konsumenterna möjlighet att fritt välja leverantör och leverantörerna möjlighet att fritt leverera till sina kunder (skäl 4 i andra gasdirektivet). En av de viktigaste riktlinjerna i denna liberalisering av gasmarknaderna är att det upprättas en tidsplan för ett successivt öppnande av dessa marknader baserad på en successiv ökning av antalet berättigade

kunder, det vill säga kunder som är fria att köpa gas hos valfri leverantör. Enligt andra gasdirektivet skall från och med den 1 juli 2004 samtliga kunder som inte är hushållskunder vara berättigade, och från och med den 1 juli 2007 skall samtliga kunder vara berättigade.

- 111 Enligt artikel 28.2 i andra gasdirektivet får emellertid en medlemsstat som betecknas som en framväxande marknad göra undantag från den ordinarie tidsplanen. Medlemsstaterna får till och med de dagar som anges i den avvikande tidsplanen göra undantag från följande skyldigheter: icke diskriminerande tillstånd för uppförande eller drift av naturgasanläggningar, utseende av systemansvariga för gasnätet, definition av de systemansvarigas uppgifter, åtskillnad i juridiskt hänseende mellan systemansvariga för överföringssystemet, utseende av systemansvariga för distributionssystemet, definition av de systemansvarigas uppgifter i samband med balanseringen av gasdistributionssystemet, åtskillnad i juridiskt hänseende mellan systemansvariga för distributionssystemet, särredovisning, införande av tillträde till naturgasnätet och LNG-anläggningar för tredje part, införande av en tidsplan för liberalisering samt införande av ett system för direktledningar (se punkt 6 ovan).
- 112 Det är uppenbart att den berörda medlemsstaten genom detta undantag befrias från skyldigheten att tillämpa de viktigaste bestämmelserna i andra gasdirektivet genom vilka öppnandet av de olika marknaderna för konkurrensen och den effektiva konkurrensen säkerställs. Förstainstansrätten finner således att de berörda gasmarknaderna inte är öppna för konkurrens så länge den berörda medlemsstaten inte har öppnat dessa marknader.

B — Den första grundens första del: Underlåtenhet att beakta undantaget för Republiken Portugal

- 113 Sökanden har i den första delgrunden påstått att kommissionen, när den bedömde koncentrationens verkningar på de marknader som inte hade öppnats för

konkurrensen, åsidosatte Republiken Portugals rätt att omstrukturera gassektorn under den tidsperiod som medgavs genom undantaget i artikel 28 i andra gasdirektivet. Kommissionen anser däremot för det första, att koncentrationen enbart är en följd av beslut som har fattats av företag och att den framför allt skall studeras med avseende på förordning nr 4064/89. För det andra, anser kommissionen att den bevarade den nödvändiga samstämmigheten mellan denna förordning och andra gasdirektivet genom att den inte bedömde koncentrationens verkningar under den period som omfattades av undantaget. För det tredje, anser kommissionen att undantaget inte ger en medlemsstat rätt att främja en koncentration som på ett påtagligt sätt kommer att inverka på konkurrensen efter det att undantaget har upphört att gälla.

114 Det är utrett att Republiken Portugal åtnjuter det undantag som finns föreskrivet i artikel 28.2 i andra gasdirektivet och att detta undantag kommer att upphöra år 2007, vilket medför att det upprättas en tidsplan för ett successivt öppnande av gasmarknaderna för konkurrens.

115 Republiken Portugal drog nytta av detta undantag för att bygga upp en nationell gasindustri med monopol i alla gassektorer (överföring, lagring, distribution och leverans). Det bör uppmärksammas att den omständigheten att dessa monopol skapades inte har blivit föremål för någon anmärkning i konkurrenshänseende från kommissionens sida. Likaledes har den portugisiska regeringen i förevarande mål ännu inte officiellt öppnat någon av de berörda marknaderna för konkurrens. Kommissionen har bland annat påstått att öppnandet av marknaden för gasleveranser till elproducenter hade planerats till år 2004 men har skjutits upp till år 2005 (skäl 211 i det omtvistade beslutet). Emellertid har det inte lagts fram något bevis för att denna marknad i realiteten har öppnats. Vidare var denna marknad enligt vad kommissionen själv har anfört inte öppen för konkurrens den dag då det omtvistade beslutet antogs. Kommissionen har vidare baserat sig på den omständigheten att Republiken Portugal har allvarliga planer på att påskynda liberaliseringen av alla gasmarknader. Även om det antas att tidsplanen för liberalisering i Portugal påskyndas, fortsätter de berörda gasmarknaderna att omfattas av undantaget innan det sker någon faktisk liberalisering. Dessutom finns det inte något som tyder på att Republiken Portugal skulle godta att tidsplanen för liberalisering påskyndas utan att koncentrationen förverkligas.

116 Härav följer att gasmarknaderna i Portugal inte var öppna för konkurrens den dag då det omtvistade beslutet antogs. Denna omständighet påverkar direkt och oundvikligen tillämpningen av artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 på dessa marknader.

117 Det första kriteriet i artikel 2.3 i förordning nr 4064/89, nämligen att en dominerande ställning skapas eller förstärks, är inte tillämpligt eftersom GDP för närvarande innehar en monopolställning på marknaderna för gasleveranser till elproducenter, lokala distributionsbolag och större kunder (skäl 475 i det omtvistade beslutet). På en enskild marknad innebär nämligen monopolet en absolut dominerande ställning som därför inte kan förstärkas på denna marknad. Den enda marknad på vilken GDP:s dominerande ställning skulle kunna förstärkas är marknaden för de lokala distributionsbolagens gasleveranser till mindre kunder, eftersom GDP endast äger fem av de sex befintliga distributionsbolagen. Det bör dock framhållas att vart och ett av dessa distributionsbolag har ett geografiskt monopol som för närvarande förhindrar all konkurrens dem emellan.

118 Det andra kriteriet i artikel 2.3 i förordning nr 4064/89, nämligen att konkurrensen påtagligt skulle hämmas, utgör enligt vad ovan demonstrerats ett självständigt kriterium som inte heller kan vara uppfyllt på en marknad där det inte råder någon konkurrens. I avsaknad av all effektiv konkurrens kan nämligen inte någon konkurrens påtagligt hämmas genom koncentrationen på dagen för antagandet av det omtvistade beslutet.

119 Denna bedömning stöds fullt ut av rättspraxis på det konkurrensrättsliga området. Vad angår karteller och missbruk av dominerande ställning har domstolen således funnit att om nationell lagstiftning ger upphov till ett rättsligt ramverk som möjliggör ett konkurrensmässigt agerande från företagets sida är artiklarna 81 EG och 82 EG inte tillämpliga (domstolens dom av den 16 december 1975 i de förenade målen 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, Suiker Unie m.fl. mot kommissionen, REG 1975, s. 1663, punkterna 71 och 72, och av den 11 november 1997 i de förenade målen C-359/95 P och C-379/95 P, kommissionen

och Frankrike mot Ladbroke Racing, REG 1997, s. I-6265, punkt 33, förstainstansrättens dom av den 30 september 2003, i de förenade målen T-191/98, T-212/98–T-214/98, Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen, REG 2003, s. II-3275, punkt 1130). Förstainstansrätten har likaledes i fråga om statligt stöd funnit att "[ä]ven en stödordning som införts på en marknad som inledningsvis var stängd för konkurrensen skall vid liberaliseringen av marknaden anses utgöra en befintlig stödordning eftersom stödordningen då den infördes inte omfattades av tillämpningsområdet för artikel 92.1 i fördraget. Artikel 92.1 i fördraget är nämligen endast tillämplig på sektorer som är öppna för konkurrens med hänsyn till villkoren i denna artikel, som avser inverkan på handeln mellan medlemsstaterna och inverkan på konkurrensen" (förstainstansrättens dom av den 15 juni 2000, i de förenade målen 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 och T-23/98), Alzetta m.fl. mot kommissionen, punkt 143, vilken fastställdes indirekt efter överklagande genom domstolens dom av den 29 april 2004 i mål C-298/00 P, Italien mot kommissionen, REG 2004, s. I-4087, punkterna 66–68).

- 120 Förstainstansrätten framhåller att denna situation endast påverkar frågan huruvida de villkor som har uppställts i artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 är uppfyllda och inte artikelns tillämpning eller hela nämnda förordnings tillämplighet på koncentrationen. Så snart en koncentration omfattas av tillämpningsområdet för förordningen i enlighet med dess artikel 1, är koncentrationen föremål för nämnda förordning men kan inte förbjudas med anledning av sina verkningar på marknader där det inte råder någon konkurrens.
- 121 Förstainstansrätten konstaterar härvidlag att kommissionen har påstått att den iakttog undantaget när den uppsköt sin konkurrensbedömning i det omtvistade beslutet till en dag då gasmarknaderna skulle vara öppna för konkurrens, antingen enligt den av de portugisiska myndigheterna upprättade tidsplanen eller enligt den senare men bindande tidsplanen för undantaget. Härigenom har kommissionen delvis bekräftat den ovan utförda bedömningen av det omöjliga i att uppfylla kriterierna i artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 vad gäller marknader som inte är öppna för konkurrens.
- 122 Kommissionens argument kan inte godtas. Den omständigheten att föremålet för konkurrensbedömningen uppskötts till en senare dag än dagen för undantagets

upphörande betyder inte att detta undantag har beaktats. Genom att förbjuda en aktör med monopol på gasmarknaden att omedelbart utföra ekonomiska transaktioner som leder till att hans konkurrensmässiga ställning förändras, när det undantag som Republiken Portugal har tillerkänts innebär att medlemsstaten befrias från tillämpningen av de gemensamma konkurrensreglerna, har kommissionen bortsett från att Republiken Portugal hade möjlighet att fritt strukturera sin gasmarknad så länge undantaget gällde. Med andra ord förbjöd kommissionen parterna att dra nytta av koncentrationens verkningar på gasmarknaden under den period då koncentrationen inte kunde förbjudas med tillämpning av förordning nr 4064/89 och andra gasdirektivet.

123 Genom att vidare enbart bedöma koncentrationens framtida verkningar på gasmarknaderna den dag då de skulle kunna motsvara villkoren i artikel 2.3 i förordning nr 4064/89, nämligen när dessa marknader kommer att vara öppna för konkurrens, har kommissionen avsiktligt undvikit att ta hänsyn till koncentrationens omedelbara verkningar på dessa marknader.

124 När kommissionen vid tillämpningen av förordning nr 4064/89 undersöker en eventuell dominerande ställning skall den emellertid avgöra om skapandet eller förstärkandet av en sådan ställning, som medför att den effektiva konkurrensen på marknaden påtagligt och varaktigt hämmas, är en direkt och omedelbar konsekvens av koncentrationen. Om ingen betydande förändring av den rådande konkurrensen sker, skall koncentrationen tillåtas (förstainstansrättens dom av den 6 juni 2002 i mål T-342/99, *Airtours mot kommissionen*, REG 2002, s. II-2585, punkt 58, och där angiven rättspraxis). Kommissionen kan visserligen vid behov ta hänsyn till en koncentrations verkningar i en nära framtid (förstainstansrättens dom av den 25 oktober 2002 i mål T-5/02, *Tetra Laval mot kommissionen*, REG 2002, s. II-4381, punkt 153), eller till och med basera sitt förbud av en koncentration på sådana framtida verkningar. Det sagda innebär dock inte att kommissionen har rätt att avstå från att bedöma de omedelbara verkningarna av en koncentration, om den har några sådana, eller att ta hänsyn till dem i sin övergripande bedömning av koncentrationen.

125 Kommissionen har i förevarande mål inte undersökt perioden mellan den dag då koncentrationen skulle äga rum och den dag då gasmarknaderna skulle öppnas för konkurrens, det vill säga en period som beroende på marknad skulle vara från tre till sex eller åtta år efter koncentrationen. Emellertid får koncentrationen såsom den ändrats genom åtagandena omedelbara påtagliga verkningar på gasmarknaderna som främst består i att öppnandet av dessa marknader uppskjuts med omkring två till tre år i förhållande till den tidsplan som föreskrevs genom undantaget. Även om den portugisiska regeringen måste öppna dessa marknader för konkurrens på ett rättsenligt sätt i överensstämmelse med dess försäkringar i detta avseende, garanterade talrika åtaganden att själva öppnandet av marknaderna skulle ske på ett effektivt sätt, särskilt tillgången till gaskapacitet för tredje part. Kommissionens underlåtenhet att beakta nämnda period är långt ifrån neutral i konkurrenshänseende. Det är nämligen inte möjligt att helt och hållet bortse ifrån att det sker en förtida övergång från en monopolsituation till en situation där konkurrenter får förekomma, bland annat genom den mer eller mindre diskriminerande tillgången till gastillgångar för tredje part och möjligheten för tredje part att få tillträde till marknader som tidigare hade varit stängda.

126 Förstainstansrätten kan inte godta kommissionens argument enligt vilket ifrågavarande företag enbart faller under förordning nr 4064/89 och inte kan dra nytta av det undantag som den berörda medlemsstaten har enligt andra gasdirektivet. Det är tydligt att förordningen och direktivet inte har samma rättsliga grund och inte riktar sig till samma krets. Det skall även medges att koncentrationen är en följd av beslut som har fattats av företag, även om det framgår av handlingarna i målet att den portugisiska staten är part i denna koncentration såtillvida att den synbarligen påskyndade den, om inte arrangerade den (se punkt 11 ovan). I motsats till vad kommissionen har antagit, kan förordning nr 4064/89 och andra gasdirektivet dock inte bedömas var för sig. Såsom har erinrats om ovan, förhindrar avsaknaden av konkurrens på gasmarknaderna, enligt det undantag som beviljades i överensstämmelse med andra gasdirektivet, tillämpningen av artikel 2.3 i förordning nr 4064/89. Företag kan nämligen inte klandras för att de på ett påtagligt sätt begränsar konkurrensen när det inte finns någon konkurrens till följd av nationella eller gemenskapsrättsliga bestämmelser.

127 Det är sant, vilket kommissionen har betonat i det omtvistade beslutet (skälen 210–214), att om kommissionen inte kan bedöma koncentrationens framtida kon-

kurrensmässiga verkningar på marknader som ännu inte har öppnats för konkurrensen, är det fullständigt omöjligt för den att bedöma koncentrationens verkningar på gasmarknaderna. I synnerhet då ifrågavarande marknader måste öppnas för konkurrens enligt en strikt och bindande tidsplan i enlighet med andra gasdirektivet är det omöjligt för kommissionen att bedöma om koncentrationen förhindrar att det uppstår effektiv konkurrens inom ramen för denna tidsplan.

- 128 Om konsekvensen av denna bedömning, i likhet med vad kommissionen har framhållit, verkligen är att företag inte fullt ut omfattas av de ordinarie konkurrensreglerna, inklusive dem som främjas genom andra gasdirektivet, omedelbart innan dessa regler är tillämpliga på dem, blir resultatet i förevarande mål en följd av lagstiftarens vilja som den har kommit till uttryck i det genom artikel 28.2 i andra gasdirektivet skapade undantaget.
- 129 Kommissionen kan vidare inte åberopa den omständigheten att parterna anmälde koncentrationen till stöd för slutsatsen att de på så sätt erkände att förordning nr 4064/89 var tillämplig. Det är inte förordningens tillämplighet i sin helhet utan tillämpningen av dess viktigaste förbudsbestämmelse som är aktuell i förevarande mål. Vidare fortsatte denna anmälan att vara obligatorisk enligt artikel 1 i förordning nr 4064/89. Dessutom kan tillämpligheten av förordning nr 4064/89 inte vara beroende av parternas vilja i samband med en koncentration.
- 130 Det måste således slås fast att kommissionen, när den baserade förbudet av koncentrationen på att en dominerande ställning förstärks som medför att konkurrensen på de gasmarknader som i enlighet med undantaget i artikel 28.2 i andra gasdirektivet inte har öppnats för konkurrens, underlät att beakta verkningarna och därmed räckvidden av detta undantag.

- 131 Förstainstansrätten finner inte desto mindre att kommissionens misstag uteslutande består i att den ansåg att villkoren för tillämpning av det undantag som medges genom artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 var uppfyllda i fråga om marknader som inte har öppnats för konkurrens. Däremot berör detta misstag varken den på förordning nr 4064/89 baserade konkurrensbedömningen av den rådande situationen den förutsebara dagen för öppnandet av dessa marknader eller bedömningen av situationen på elmarknaderna före och efter koncentrationen. Den rådande konkurrenssituationen på dagen för antagandet av det omtvistade beslutet eller på dagen för öppnandet av ifrågakvarande marknader är nämligen en objektiv omständighet som inte påverkas av huruvida ett rättsligt kriterium är uppfyllt.
- 132 Förstainstansrätten noterar även att för det fall de villkor som uppställs i artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 inte kan uppfyllas är denna omöjlighet enbart begränsad till den sektor i vilken konkurrensen är obefintlig och denna artikel är fortfarande fullt tillämplig på övriga sektorer som eventuellt berörs av den anmälda koncentrationen. Det skall härvidlag erinras om att förordning nr 4064/89 avser en bedömning av ett eller flera företags dominerande ställning på den eller de marknader som berörs av en koncentration. Det är fullt möjligt, eller till och med ofta förekommande att en koncentration endast får påtagliga konkurrensbegränsande verkningar på en eller flera av ifrågakvarande marknader utan att orsaka sådana på andra marknader. I en sådan situation måste koncentrationen dock förbjudas i enlighet med artikel 2.3 i förordning nr 4064/89. Följaktligen berörs inte tillämpningen av artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 på elmarknaderna av kommissionens misstag i fråga om gasmarknaderna.
- 133 Mot bakgrund av vad som ovan har anförts finner förstainstansrätten att det i det omtvistade beslutet har skett en felaktig rättstillämpning såtillvida att det har fastställts i beslutet att GDP:s redan befintliga dominerande ställning förstärks på marknaderna för gasleveranser till elproducenter och till större och mindre kunder med följderna att konkurrensen påtagligt hämmas.

C — Den första grundens andra del: Överdrivet långsiktig bedömning

- 134 Sökanden anser att kommissionen har åsidosatt artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 genom att i sin konkurrensbedömning av gasmarknaderna sträcka sig längre fram i tiden än fem år efter koncentrationen.
- 135 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om att den har funnit att det har gjorts en felaktig rättstillämpning i det omtvistade beslutet såvitt gäller tillämpningen av artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 på gasmarknaderna. Följaktligen saknas anledning att pröva den delen av grunden såvitt avser förstärkandet av GDP:s dominerande ställning på dessa marknader.
- 136 Kommissionen har emellertid i sin bedömning av elmarknaderna baserat sig på sin konkurrensbedömning av gasmarknaderna utan att detta förfaringsätt har påverkats av den ovan konstaterade felaktiga rättstillämpningen. Sökanden har som svar på frågan angående den i det omtvistade beslutet beskrivna interaktionen mellan gas- och elmarknaderna angett ett stort antal skäl som alla rör gasleveranser till kombikraftverk antingen direkt (skälen 336, 340, 365 och 506) eller indirekt inom ramen för koncentrationens vertikala verkningar, det vill säga den fusionerade enhetens möjligheter att använda sin nya styrkeposition på gasmarknaden för att skada konkurrerande elproducenter (skälen 367–429).
- 137 Följaktligen saknas anledning att pröva denna del av den första grunden såvitt avser kommissionens konkurrensbedömning av andra marknader än marknaden för gasleveranser till kombikraftverk, nämligen marknaderna för gasleveranser till lokala distributionsbolag och till större och mindre kunder.

- 138 Marknaden för gasleveranser till kombikraftverk skulle öppnas för konkurrens år 2004 enligt det portugisiska ministerrådets resolutioner nr 63/2003 och nr 68/2003 men öppnandet av marknaden uppsköts till år 2005 (skälen 203 och 505). Det sistnämnda datumet har inte bestridits av sökanden. Med anledning av marknadens storlek och karaktär, som för närvarande omfattar nästan hälften av den totala konsumtionen i Portugal och som har ett industriellt syfte, är den en av de marknader som är föremål för skyldigheten att öppnas för konkurrens år 2007 i enlighet med undantaget, det vill säga senast tre år efter koncentrationen.
- 139 Sökanden har dock endast klandrat kommissionen för att den överskred den ordinarie maximitiden för undersökningar, vilken är tre till fem år efter en koncentration.
- 140 Följaktligen saknas även anledning att pröva denna del av den första grunden såvitt avser marknaden för gasleveranser till kombikraftverk.
- 141 Mot bakgrund av det ovan anförda saknas anledning att pröva denna del av den första grunden.

IV — *Den fjärde grunden: Huruvida bedömningen av åtagandena var oriktig*

A — *Inledande anmärkningar*

- 142 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om att de i artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 uppställda villkoren inte kunde uppfyllas vad beträffar gasmarknaderna.

Det finns följaktligen inte längre någon anledning att pröva den fjärde grundens andra del angående eventuella misstag vid bedömningen att åtagandena var otillräckliga med avseende på de konkurrensproblem som har identifierats inom gasssektorn.

- 143 Kommissionen har hävdats att det är tillräckligt att ett enda av de konkurrensproblem som har identifierats i det omtvistade beslutet kvarstår utan att kunna lösas genom något av åtagandena av den 26 november 2004 för att det omtvistade beslutet skall fortsätta att vara giltigt.
- 144 Det följer av fast rättspraxis att eftersom vissa domskäl i ett beslut i sig är tillräckliga för att i erforderlig utsträckning rättfärdiga beslutet, saknar de fel som andra domskäl i rättsakten skulle kunna vara behäftade med under alla förhållanden inverkan på domslutet (se analogt, domstolens dom av den 12 juli 2001 i de förenade målen C-302/99 P och C-308/99 P, kommissionen och Frankrike mot TFI, REG 2001, s. I-5603, punkterna 26–29, och förstainstansrättens dom av den 8 juli 2004 i mål T-50/00, Dalmine mot kommissionen, REG 2004, s. II-2395, punkterna 134 och 146, vilken har överklagats).
- 145 Kommissionen är på området för koncentrationer skyldig att förbjuda en koncentration så snart kriterierna i artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 är uppfyllda, även om de enbart är uppfyllda på en av ifrågakvarande marknader.
- 146 Det skall följaktligen i överensstämmelse med fast rättspraxis slås fast att ett beslut på området för koncentrationer i vilket det konstateras att en koncentration är oförenlig med den gemensamma marknaden endast kan ogiltigförklaras om förstainstansrätten anser att de skäl som inte är behäftade med fel, i synnerhet dem som rör någon av ifrågakvarande marknader, är otillräckliga för att rättfärdiga beslutdelen (förstainstansrättens dom av den 22 oktober 2002 i mål T-310/01, Schneider Electric mot kommissionen, REG 2002, s. II-4071, punkt 412).

- 147 Detta konstaterande gör det inte desto mindre nödvändigt, när en särskild marknad undersöks, att även undersöka konkurrenssituationen på andra marknader om ifrågavarande beslut baseras antingen på en övergripande bedömning av koncentrationens verkningar på de olika ifrågavarande marknaderna, eller på en bedömning av hur vissa konkurrensverkningar förstärker varandra på de olika marknaderna.
- 148 Kommissionen har i förevarande mål avslutat sin bedömning i det omtvistade beslutet av var och en av berörda marknaderna genom att förklara att koncentrationen skulle leda till att ifrågavarande dominerande ställning förstärks på den aktuella marknaden, utan att nämna övriga marknader. Eftersom kommissionen emellertid baserade sig på konkurrenssituationen på olika elmarknader och konkurrenssituationen på olika gasmarknader när den konstaterade att det fanns konkurrensproblem på den ena eller den andra av elmarknaderna skall förstainstansrätten pröva, i den mån det behövs, huruvida alla dessa konkurrensbedömningar var välgrundade på de berörda marknaderna. Det bör härvidlag erinras om, såsom anförts ovan i punkt 131, att bedömningen av konkurrenssituationen på gasmarknaderna inte i sig påverkas av att kriterierna i artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 inte kan uppfyllas vad beträffar dessa marknader.
- 149 Förstainstansrätten godtar inte kommissionens påstående att talan inte kan vinna bifall på denna grund, enbart av det skälet att sökanden inte på allvar har bestridit att EDP:s dominerande ställning förstärks på elmarknaderna i fråga om utjämningskraft eller stödtjänster och på detaljhandelsmarknaderna. Såsom sökanden har gjort gällande baseras nämligen motiveringen i det omtvistade beslutet avseende dessa marknader, åtminstone delvis, på konkurrensbedömningar av grossistmarknaden för el och för det fall att bedömningen av den sistnämnda marknaden anses sakna giltighet blir slutsatsen densamma när det gäller bedömningen av de berörda marknaderna.
- 150 Vidare kan kommissionens uppfattning att sökanden har medgett att åtagandena av den 28 oktober och den 17 november 2004 var otillräckliga för att lösa de av kommissionen identifierade konkurrensproblemen inte godtas. Även om sökanden i sin ansökan inom ramen för denna grund har medgett att koncentrationen såsom

den anmäls förstärker GDP:s dominerande ställning och i sitt svar inför förhandlingen att koncentrationen såsom den anmäls förstärker EDP:s dominerande ställning, har den emellertid inte medgett att vare sig de åtaganden som föreslogs den 26 oktober eller den 17 november 2004 var otillräckliga för att lösa de identifierade konkurrensproblemen.

- 151 Enligt fast rättspraxis skall den prövning, som gemenskapsdomstolarna företar av kommissionens komplicerade ekonomiska bedömningar vid utövandet av det utrymme för skönsmässig bedömning som den har enligt förordning nr 4064/89, endast avse en kontroll av att reglerna för handläggning och motivering har följts, att de faktiska omständigheterna är materiellt riktiga, att bedömningen av dessa omständigheter inte är uppenbart oriktig och att det inte förekommit maktmissbruk (se domen i det ovan i punkt 63 nämnda målet SG2R mot kommissionen, punkt 101, och där citerad rättspraxis, samt för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 63 citerade målet kommissionen mot Tetra Laval, punkt 38).
- 152 Genom att understryka att sökanden aldrig uttryckligen har påstått att kommissionen gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning, har kommissionen indirekt påstått att denna underlåtelse leder till att grunden är verkningslös. Denna uppfattning kan inte godtas. Eftersom sökanden har gjort gällande att det finns fel i bedömningen och att det enligt rättspraxis krävs att felet är uppenbara skulle det vara orimligt att med anledning av en sådan formell otydlighet anse att talan inte kan vinna bifall på en i denna talan väsentlig grund. Förstainstansrätten anser således att sökanden avsåg att åberopa att det hade skett en uppenbart oriktig bedömning. Inte desto mindre måste de av sökanden åberopade felet till sin karaktär vara uppenbara för att kunna leda till att det omtvistade beslutet ogiltigförklaras.
- 153 Sökanden har slutligen i sin ansökan gjort talrika hänvisningar till en ekonomisk rapport som Lexecon sammanställde på sökandens begäran (nedan kallad Lexeconrapporten), med titeln "EDP-Eni/GDP: En ekonomisk bedömning av argumenten till förmån för förbudet av den ändrade koncentrationen", från februari 2005.
- 154 Förstainstansrätten godtar härvidlag kommissionens kritik enligt vilken vissa allmänna hänvisningar till Lexeconrapporten inte kan tas upp till sakprövning.

- 155 Enligt fast rättspraxis krävs det i syfte att garantera rättssäkerheten och en god rättskipning för att en talan skall kunna tas upp till sakprövning att de väsentligaste faktiska och rättsliga omständigheter som talan grundas på åtminstone kortfattat, men på ett konsekvent och begripligt sätt framgår av innehållet i själva ansökan (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 15 december 1961 i de förenade målen 19/60, 21/60, 2/61 och 3/61, Société Fives Lille Cail m.fl. mot Höga myndigheten, REG 1961, s. 561 och s. 588, och förstainstansrättens dom av den 16 mars 2004 i mål T-157/01, Danske Busvognmæen mot kommissionen, REG 2004, II-917, punkt 45). Ansökan kan visserligen stödjas och kompletteras på särskilda punkter genom hänvisningar till bestämda avsnitt i handlingar som bifogas ansökan, men en allmän hänvisning till andra skrivelser kan inte avhjälpa det faktum att grundläggande uppgifter vilka enligt de ovannämnda bestämmelserna skall finnas med i själva ansökan saknas (se förstainstansrättens beslut av den 21 maj 1999 i mål T-154/98, Asia Motor France m.fl. mot kommissionen, REG 1999, s. II-1703, punkt 49, och för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 28 juni 2005 i de förenade målen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P och C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, REG 2005, s. I-5425, punkterna 94–101).
- 156 Eftersom sökanden inte specifikt har åberopat en särskild punkt i Lexeconrapporten, exempelvis där den övergripande slutsatsen i rapporten åberopades, eller har hänvisat till ett avsnitt som inte återfinns i ansökan, kan hänvisningarna till Lexeconrapporten således inte tas upp till sakprövning.
- 157 Med anledning av att sökandens argument är kortfattade och att det har uppstått problem genom hänvisningarna till Lexeconrapporten, skall sökandens argument inom ramen för den fjärde grunden och angående kommissionens felaktiga ekonomiska bedömningar återges praktiskt taget i sin helhet.
- 158 Kommissionen kan slutligen inte med avseende på Lexeconrapporten med framgång allmänt åberopa rättspraxis enligt vilken rättsaktens lagenlighet skall bedömas i förhållande till de faktiska och rättsliga omständigheter som rådde den dag då rättsakten antogs (beslutet i det ovan i punkt 45 nämnda målet Kayzersberg mot kommissionen, punkt 140). Att upprätta en förteckning över argument efter det att

det omtvistade beslutet antogs i syfte att förmå förstainstansrätten att konstatera att det har gjorts felaktiga ekonomiska bedömningar i nämnda beslut, innebär enbart ett tillvaratagande av rätten till försvar och inte ett försök att ändra de rättsliga och faktiska omständigheter som förelades kommissionen inför antagandet av nämnda beslut. Kommissionen är berättigad att till sitt försvar på specifika punkter åberopa att det i rapporten inte tas hänsyn till parternas uttryckliga uttalanden eller utelämnanden under det administrativa förfarandet.

B — *Den fjärde grundens första del: Beaktandet av åtagandena av den 26 november 2004*

- 159 Sökanden har presenterat denna koncentration, såsom den ändrats genom åtagandena av den 26 november 2004, för att förstainstansrätten skall pröva huruvida kommissionens bedömning av den ändrade koncentrationen var lagenlig och sökanden har hävdad att åtaganden lämnades in i tid för att kunna beaktas i samband med antagandet av det slutliga beslutet. Kommissionen har bestridit att dessa åtaganden lämnades in i rätt tid och den anser att de inte utan någon ytterligare marknadsundersökning kunde lösa alla de konkurrensproblem som hade identifierats. Av dessa skäl anser kommissionen att talan inte kan vinna bifall på denna grund.
- 160 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om att de åtaganden som delvis lämnades in den 26 november 2004, lämnades in efter det att tidsfristen hade löpt ut, det vill säga, efter den 17 november 2004.
- 161 Det följer av artikel 8 i förordning nr 4064/89 i förening med artikel 18 i förordning nr 447/98 att förordningarna på området för koncentrationer inte medför någon skyldighet för kommissionen att godta åtaganden som lämnas in efter det att tidsfristen har löpt ut. Denna tidsgräns förklaras främst av kravet på skyndsamhet, vilket präglar den allmänna systematiken i förordning nr 4064/89 (domen i det ovan i punkt 80 nämnda målet Endemol mot kommissionen, punkt 68).

- 162 Kommissionen har dock genom tillkännagivandet om korrigerande åtgärder, vilket innebär ett frivilligt åtagande för kommissionen, gått med på att undersöka ändrade koncentrationer även när de har förelagts kommissionen efter det att den i förordning nr 447/98 angivna tidsfristen har löpt ut "om den — på grundval av sin bedömning av de uppgifter som redan mottagits under loppet av undersökningen, inklusive resultaten av pågående marknadsundersökningar och utan att det finns behov av någon annan marknadsundersökning — klart kan avgöra att sådana åtaganden, när de väl har genomförts löser konkurrensproblemen och ger tillräckligt med tid för ett grundligt samråd med medlemsstaterna"(punkt 43).
- 163 Härav följer att parterna i en anmäld koncentration kan få åtaganden som har lämnats in för sent beaktade av kommissionen om två kumulativa villkor är uppfyllda, nämligen dels att åtagandena löser de konkurrensproblem som tidigare har identifierats utan att det finns behov av någon annan marknadsundersökning, dels att det finns tillräckligt med tid för att samråda med medlemsstaterna om dessa åtaganden.
- 164 I förevarande mål lämnade parterna in sina åtaganden på morgonen den 26 november 2004, det vill säga samma dag som rådgivande kommittén skulle hålla sitt sammanträde på eftermiddagen. Vad vidare gäller åtagandena inom gassektorn, var åtagandena av den 26 november 2004 enbart ett uttryck för parternas intention att ändra sina tidigare åtaganden (skäl 859 i det omtvistade beslutet). Den slutgiltiga lydelsen av de åtaganden som hade tillkännagetts rörande gassektorn tillhandahölls den 3 december 2004 på kvällen.
- 165 Kommissionen har i det omtvistade beslutet inte påstått att åtagandena av den 26 november avseende elsektorn inte kunde godtas på grund av att det inte fanns tid för samråd med medlemsstaterna. Kommissionen gick tvärtom med på att undersöka dessa åtaganden med avseende på det första villkoret i punkt 43 i tillkännagivandet om korrigerande åtgärder (skälen 855–881). Eftersom kommissionen i förevarande mål frivilligt gick med på att ta dessa åtaganden i beaktande

finner förstainstansrätten att koncentrationen skall undersökas såsom den ändrats genom åtagandena under förutsättning att dessa åtaganden emellertid har de särskilda egenskaper som krävs enligt punkt 43.

166 Åtagandena av den 26 november 2004 avseende gassektorn vilka syftade till att lösa, såväl vissa konkurrensproblem på gasmarknaderna, som vissa problem på elmarknaderna blev inte fullständiga och ovillkorliga förrän den 3 december 2004. Följaktligen skall det anses att det relevanta datumet är den 3 december. Kommissionen har i det omtvistade beslutet gjort en summarisk bedömning av förslaget av den 26 november 2004 avseende dessa åtaganden och därvid betonat att det var tillräckligt att de var tillfälliga för att de inte skulle kunna godtas (skäl 882). Kommissionen har dessutom uttryckligen åberopat att den slutliga versionen av dessa åtaganden lämnades in för sent för att kunna beaktas inför antagandet av det slutliga beslutet (skäl 913). Förstainstansrätten anser att kommissionen hade rätt att inte avslå åtagandena av den 3 december 2004 enbart av det skälet att de hade lämnats in orimligt sent. Dels lämnades nämligen åtagandena in sju dagar efter samrådet med rådgivande kommittén och endast tre vardagar före antagandet av det slutliga beslutet. Dels innebär tillkännagivandet om korrigerande åtgärder inte någon garanti för att åtaganden som lämnas in efter dagen för samrådet med rådgivande kommittén kan beaktas. Det skall härvidlag erinras om att kommissionen är skyldig att fastställa en dag för rådgivande kommitténs sammanträde fjorton dagar innan det skall äga rum, när det som i förevarande mål inte föreligger några exceptionella omständigheter (artikel 19.5 i förordning nr 4064/89). Eftersom rådgivande kommittén följaktligen godtog att kommissionen endast skulle förelägga den dessa åtaganden om kommissionen ansåg dem vara otillräckliga, hade kommissionen inte någon skyldighet, och mot bakgrund av det ovan anförda i realiteten inte tid, att på nytt kalla rådgivande kommittén.

167 Den av sökanden anförda omständigheten att de sistnämnda åtagandena endast innebar en ändring av tidigare åtaganden och hade varit föremål för intensiva diskussioner med kommissionen kan inte ändra denna slutsats. Även om åtagandena av den 3 december 2004 enbart medförde mindre ändringar i förhållande till tidigare åtaganden, tillhandahölls de inte i tid för att föreläggas rådgivande kommittén.

168 Följaktligen skall endast åtagandena av den 26 november 2004 avseende elsektorn beaktas inom ramen för detta förfarande.

169 Vad angår undersökningen av de sistnämnda åtagandena, med avseende på det första villkoret i punkt 43 i tillkännagivandet om korrigerande åtgärder, har sökanden betonat att det föreligger bristande överensstämmelse mellan ordalydelsen i tillkännagivandet och översättningen i det omtvistade beslutet, enligt vilket åtaganden som lämnats in för sent måste "fullständigt och utan tvetydighet, det vill säga direkt lösa de konkurrensproblem som har identifierats vid undersökningen" (skäl 859 i det omtvistade beslutet). Sökanden har emellertid endast konstaterat avvikelsen utan att dra några konsekvenser av den och har påstått att åtagandena av den 26 november 2004 till fullo löser de tidigare identifierade konkurrensproblemen. Det saknas således anledning att studera huruvida denna ändring av ordalydelsen i realiteten får några konsekvenser i förevarande mål.

170 På detta stadium finns det vidare anledning att förkasta kommissionens argument enligt vilket den av sökanden åberopade fjärde grunden inte kunde godtas enbart av det skälet att åtagandena ingavs till kommissionen för sent och att de inte kunde lösa de tidigare identifierade konkurrensproblemen. Kommissionens andra antagande enligt vilket de sistnämnda åtagandena är otillräckliga kan endast prövas inom ramen för fjärde grundens andra del.

C — Den fjärde grundens tredje del: Huruvida det har gjorts oriktiga bedömningar av den ändrade koncentrationen såvitt gäller elsektorn

171 Kommissionen har i det omtvistade beslutet konstaterat att EDP innehar en stark eller mycket stark ställning på fyra problematiska marknader som utgörs av grossistmarknaden för elleveranser, marknaden för utjämningskraft och stödtjänster, detaljhandelsmarknaden för elleveranser till större kunder samt detaljhandelsmarknaden för elleveranser till mindre kunder.

172

För det första, innehar EDP enligt det omtvistade beslutet en dominerande ställning på grossistmarknaden för el till följd av sin ställning på utbudssidan (med 70 procent av den totala produktionskapaciteten varav återstoden innehas av Turbogás (8,6 procent), i vilket EDP är minoritetsägare med 20 procent, Tejo Energia (5,1 procent) i vilket EDP är minoritetsägare med 10 procent samt av andra mindre betydande producenter som är verksamma inom ramen för ett speciellt system inrättat till förmån för förnyelsebar energi (skälen 283–289). I den dominerande ställningen ingår också EDP:s ställning på efterfrågesidan (90–100 procent av den totala nationella konsumtionen), skälen 299–301 och 433–443) med anledning av det så kallade CMEC-systemet som är avsett som kompensation för att avtalen om inköpsgaranti har sagts upp vilka ingicks inom ramen för det icke liberaliserade systemet (skälen 294–298), dess framtida produktionskapacitet (tre kombikraftverk (TER), skälen 302–304), det faktum att det är tveksamt om det kommer att uppföras några nya oberoende ångkraftverk år 2007 i enlighet med vad som har planerats och slutligen till följd av de otillräckliga förbindelserna mellan de spanska och portugisiska elnäten som syftar till att säkerställa att importen av el är tillfredsställande (skälen 305–331). För det andra, innehar EDP en dominerande ställning på den framväxande marknaden eller de framväxande marknaderna för utjämningskraft och stödtjänster som endast kan betjänas av en elproducent i Portugal. EDP är ensam om att kunna tillhandahålla dessa tjänster (skälen 430–432). För det tredje, innehar EDP en dominerande ställning på detaljhandelsmarknaden för större kunder, eftersom denna öppnades för konkurrensen år 2003, med en marknadsandel på 90–100 procent och på detaljhandelsmarknaden för mindre kunder. Dessa olika exempel på dominerande ställning är likaledes ett resultat av att EDP endast har två obetydliga konkurrenter som måste utstå den ovisshet som präglar deras möjligheter att få sina behov tillfredsställda genom import från Spanien, då EDP även fortsättningsvis kommer att vara den erkända leverantören i det reglerade statliga systemet, genom att 70–80 procent av de kunder som går över från det statliga systemet till det privata systemet stannar kvar hos EDP på grund av att EDP i egenskap av före detta monopol förfogar över all information om kundernas konsumtionsmönster (skälen 433–443).

173

Kommissionen anser i det omtvistade beslutet att koncentrationen förstärker EDP:s dominerande ställning med följden att den effektiva konkurrensen påtagligt hämmas på grund av en horisontell verkan på de fyra elmarknaderna vilken består i att GDP försvinner i sin egenskap av den betydande potentiella konkurrent som är mest sannolik (skälen 335–364, se särskilt skäl 363, och 450–473). EDP:s dominerande ställning förstärks även till följd av vertikala verkningar på grossistmarknaderna för

el vilka består i tillgång till konfidentiell information om dess kunder, privilegierad tillgång till disponibla gastillgångar i Portugal samt möjligheten och intentionen att öka konkurrenternas produktionskostnader (skälen 365–428).

174 Förstainstansrätten framhåller inledningsvis att sökanden inte har ifrågasatt definitionen av elmarknaderna (se ovan punkt 24). I sitt skriftliga svar inför förhandlingen har sökanden även vitsordat förekomsten av identifierade konkurrensproblem på dessa marknader även om sökanden har förnekat att de skulle vara svårartade.

175 Sökanden har anfört två klander med syftet att ifrågasätta såväl att den horisontella verkan, som att de vertikala verkningarna på elmarknaderna skulle kvarstå med avseende på åtagandena. Sökanden har vidare på ett inadekvat sätt i samband med dessa klander hävdade att den ändrade koncentrationen kommer att ha en positiv inverkan på de portugisiska elmarknaderna. Sökanden har härvidlag nästan uteslutande inriktat sig på att undersöka grossistmarknaderna för el.

176 Förstainstansrätten skall för det första pröva dessa argument med avseende på koncentrationens vertikala verkan på elmarknaderna.

177 Enligt det omtvistade beslutet består koncentrationens enda horisontella verkan på alla elmarknader i att GDP försvinner i sin egenskap av den betydande potentiella konkurrent som är mest sannolik. Vad för det första gäller grossistmarknaden för el, har kommissionen redogjort för flera faktorer av allmän art som visar att det är ekonomiskt rationellt och intressant för en gasleverantör att gå in på grossistmarknaden för el (skälen 335–344). Detta allmänna incitament bekräftas av marknadsundersökningen och av exempel från andra medlemsstater där liberaliseringen av dessa marknader har fått ett sådant resultat, särskilt i Spanien och Förenade kungariket. Kommissionen har vidare under förfarandet tillhandahållit de skäl som

av sekretesskäl är dolda i det omtvistade beslutet vilka visar att GDP har ett särskilt intresse av att gå in på marknaden för elproduktion (skälen 345–361). När det för det andra rör sig om den framväxande marknaden eller de framväxande marknaderna för utjämningskraft och stödtjänster, anser kommissionen att det förhållandet att GDP försvinner som potentiell ny aktör på grossistmarknaden även leder till att en betydande potentiell aktör försvinner från ifrågasvarande marknader, medan GDP:s inträde på grossistmarknaden skulle försvaga EDP:s ställning på dessa marknader (skälen 430–432). Vad för det tredje beträffar detaljhandelsmarknaderna för el, anser kommissionen att GDP är den betydande potentiella konkurrenten med anledning av dess befintliga kommersiella närvaro, dess nationella varumärkes renommé och dess kapacitet att samtidigt erbjuda både elektricitet och gas. Kommissionen har i detta avseende väsentligen baserat sig på marknadsundersökningen och de exempel som har hämtats från andra medlemsstater (skälen 449–473).

178 Sökanden har medgett att den ändrade koncentrationen förstärker EDP:s dominerande ställning på ifrågasvarande marknader, vilket medför att den effektiva konkurrensen påtagligt hämmas. Däremot hävdar den för det första att det är högst tveksamt om GDP, för det fall att koncentrationen inte ägde rum, skulle ha starka incitament till att gå in på grossistmarknaden för el. Sökanden har för det andra påstått att de gynnsamma konsekvenserna för konkurrensstrukturen som med största sannolikhet skulle bli följden av de föreslagna åtagandena mer än väl kompenserar all förlust av potentiell konkurrens från GDP.

179 Förstainstansrätten understryker att även om kommissionen på flera ställen i det omtvistade beslutet nämner att GDP kommer att försvinna som den mest sannolika betydande potentiella konkurrent till EDP på elmarknaderna, framgår det av beslutet i dess helhet och i synnerhet av den avdelning som ägnas åt att visa att GDP har ett särskilt intresse av att gå in på grossistmarknaden för el (skälen 345–364) att kommissionen anser att ett sådant marknadsinträde skulle genomföras "via Galp-koncernen", i dess egenskap av en enda ekonomisk enhet som omfattar GDP och andra dotterbolag till Galp, utan att kommissionen har funnit det nödvändigt att precisera vilka funktioner som de olika dotterbolagen i Galp-koncernen har. I den följande bedömningen kommer förstainstansrätten endast att uttryckligen omnämna Galp eller Galp-koncernen, inklusive GDP (nedan kallad Galp/GDP) i den mån det är nödvändigt.

1. GDP:s försvinnande som den mest sannolika betydande potentiella konkurrenten

180 Sökanden har angående frågan om huruvida GDP skulle ha incitament till att gå in på grossistmarknaden för el, kritiserat relevansen av de exempel som hämtats från andra medlemsstater, betydelsen av GDP:s nuvarande aktieinnehav i två kraftvärmeverk (förkortade ansökan, punkt 119, not 105) samt det underlåtna hänsynstagandet till de befintliga strukturella banden mellan EDP och GDP och GDP:s bristande intresse av att konkurrera med EDP (förkortade ansökan, punkt 127). Vad angår GDP:s incitament att gå in på marknaderna för utjämningskraft och på detaljhandelsmarknaderna, har sökanden endast hävdade att dessa marknader skulle dra nytta av de förbättrade konkurrensvillkoren på grossistmarknaden för el (förkortade ansökan, punkt 129).

181 I den förkortade ansökan till den skyndsamma handläggningen som på denna punkt till sitt innehåll är identisk med den ursprungliga ansökan har sökanden i fotnoter hänvisat till flera avsnitt i Lexeconrapporten med rubrikerna "Utsikterna till att det uppstår stark konkurrens inom elsektorn från GDP är överdrivna" och "En formell modell för investeringsincitament på grossistmarknaden för el i Portugal". Följaktligen har kommissionen endast hänvisat till sin chefsekonoms rapport i syfte att vederlägga påståendena i Lexeconrapporten.

182 Förstainstansrätten erinrar om att en generell hänvisning till bilagor till parternas skrivelser inte kan tas upp till sakprövning såvitt den inte baseras på argument som redan finns i parternas inlagor (se ovan i punkt 155 nämnda rättspraxis). Det ankommer nämligen i första hand på sökanden att i sin ansökan tillhandahålla de argument som visar att kommissionen har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning. De enda argument till stöd för att påståendet om att det förelåg tvivel beträffande GDP:s marknadsinträde fanns såväl i ansökan som i den förkortade ansökan är de som anges i punkt 180 ovan. Däremot innehåller Lexeconrapporten flera andra argument som är avsedda att visa att GDP saknade incitament att gå in

på elmarknaderna som inte återfinns i ansökan. Åberopandet av Lexeconrapporten är således endast godtagbart när det gäller de argument som finns i ansökan och de övriga argumenten kan inte prövas.

- 183 Det bör även påpekas att den omständigheten att denna talan handläggs skyndsamt snarare förstärker relevansen hos ovan i punkt 155 nämnda rättspraxis än försvagar den. En skyndsamt handläggning, utan någon andra omgång med skriftliga inlagor, förutsätter att sökandens argument är klara och slutgiltigt fastställda redan i den ursprungliga ansökan eller, i förekommande fall, i den förkortade versionen. Den nödvändiga begränsningen av antalet inlagor från parterna, i överensstämmelse med förstainstansrättens praktiska anvisningar till parterna (punkt VI, andra och tredje styckena), och således underförstått, en begränsning av antalet framförda argument och deras komplexitet, kan inte kringgås genom systematiska hänvisningar till omfångsrika och/eller komplexa rapporter.
- 184 Vad för det första gäller relevansen hos exemplen på spansk och brittisk liberalisering, har sökanden hävdade att kommissionen borde ha visat att dessa exempel var relevanta för den portugisiska marknaden och sökanden har även åberopat tyska och franska exempel som visar på motsatsen.
- 185 Förstainstansrätten framhåller att dessa exempel är avsedda att visa en betydande gasleverantörs allmänna intresse av att integrera sin verksamhet vertikalt genom att leverera till sina egna kombikraftverk. Emellertid har sökanden inte uppgett något skäl till att dessa exempel inte skulle vara relevanta för Portugal. Likaledes har sökanden inte tillhandahållit någon precis motivering till varför de motstridiga exempel som har hämtats från de franska och tyska marknaderna skulle vara mer relevanta än dem som rör Portugal. Dessutom och till skillnad från ansökan baseras Lexeconrapporten på de nationella exemplen med avsikten att visa hur liten andel av kraftverken som har uppförts av nya aktörer på grossistmarknaden för el (Lexeconrapporten, 3.3 (b)). Detta gasleverantörernas allmänna intresse bekräftas av svaren i marknadsundersökningen som grundas på de brittiska och särskilt på de spanska exemplen.

- 186 Kommissionen har för övrigt i det omtvistade beslutet, i huvudsak genom att stödja sig på marknadsundersökningen, påvisat de ekonomiska fördelarna för en gasleverantör med vertikal integrering av elproduktionen. Med anledning av att nya elkraftverk i allmänhet drivs med gas skulle en gasleverantör på så sätt kunna dra nytta av de gynnsamma ekonomiska villkoren för tillgång till gas. Den traditionella gasaktören skulle försöka vinna nya marknader som kompensation för sina minskade marknadsandelar inom gassektorn efter liberaliseringen av denna. Slutligen skulle integreringen kunna fullföljas i och med en sådan leverantörs inträde på detaljhandelsmarknaderna för el. Sökanden har emellertid inte påstått att det har begåtts något fel, än mindre något uppenbart sådant, med avseende på dessa ytterligare incitament.
- 187 Vad för det andra gäller GDP:s intresse av att gå in på elmarknaderna, har kommissionen anført i det omtvistade beslutet att Galp som äger hela GDP:s kapital gick in på marknaden för elproduktion år 2000 via dotterbolaget Galp Power genom att delta i två projekt avseende kraftvärmeverk med en kapacitet på 44 MW respektive 30 MW (skäl 347 i det omtvistade beslutet, fotnot 236). Såsom kommissionen har betonat, visar detta deltagande att Galp var intresserad av elproduktion före koncentrationen. Den omständighet som sökanden har framhållit i sin ansökan — enligt vilken Galp inte deltar i dessa båda projekt i konkurrens med EDP, utan i samarbete med detta företag — kan inte leda till ett ifrågasättande av att det har visats att Galp före koncentrationen var intresserad av elproduktion vilket yttrade sig i nämnda deltagande. Kommissionen har vidare noterat uttalandet av Galps styrelseordförande i ett pressmeddelande i *AFX News* att hans bolag önskade gå in på elmarknaderna, särskilt produktionsmarknaderna utan att dess aktieägare, däribland EDP, hade något emot det. Denna artikel bekräftar kommissionens slutsats som redogörs för i det omtvistade beslutet. Slutligen har samma omständighet inte någon betydelse med avseende på de andra projekt som kommer att bedömas nedan.
- 188 Det följer av det omtvistade beslutet att Galp/GDP:s planer att producera elektricitet går längre än endast ett aktieinnehav i de två värmekraftverken på 44 och 30 MW. Galp ansökte år 2002 genom sitt dotterbolag Galp Power officiellt om ett administrativt tillstånd att i Sinès konstruera två elproducerande kombikraftverk

på vardera 400 MW. Dessa planer avseende elproducerande gaskraftverk är betydligt ambitiösare än bara ett aktieinnehav i två värmekraftverk och visar att det föreligger ett väsentligt intresse i att med kraft ta sig in på marknaden för elproduktion. Dessutom framgår det av det omtvistade beslutet att det i en genomförbarhetsstudie beträffande Galps konstruktion av elproducerande kombikraftverk i detalj analyserades vilka möjligheter det fanns för GDP att vara aktiv på grossistmarknaden för el och/eller driva en del av kraftverket. Kommissionen ansåg vidare att det förhållandet att planerna inte gick längre än till en genomförbarhetsstudie berodde på att den portugisiska regeringen anmälde koncentrationen. Om dessa planer genomfördes skulle det göra GDP till en av de främsta nya aktörerna på grossistmarknaden för el. Det skall härvidlag påpekas att det efter förhandlingen står klart att Galp Power faktiskt har erhållit ett administrativt tillstånd att konstruera ett elproducerande kombikraftverk på 500 MW. Slutligen tyder Enis begäran om sekretess i förhållande till EDP avseende de delar av beslutet som rör dessa planer, en sekretess som hävts i förevarande förfarande, på att dessa planer gjorts utan EDP:s medverkan. Av detta följer att Galp/GDP har mycket allvarliga planer på att gå in på marknaden för elproduktion genom de mest kraftfulla kraftverken som finns i dagsläget, nämligen elproducerande kombikraftverk.

- 189 Vid förhandlingen framhöll sökanden att tillstånden söktes av Galp Power, vilket i form av ett direktägt dotterbolag till Galp inte deltog i koncentrationen. Detta förhållande har ingen faktisk inverkan på kommissionens bedömning. Vid den tidpunkt då dessa tillstånd söktes ingick Galp Power och GDP i samma koncern. Syftet med att vertikalt integrera gas och elektricitet, såsom kommissionen anförde i det omtvistade beslutet, var således fullständigt säkerställt inom Galpkoncernen. Om koncentrationen inte genomfördes skulle Galp/GDP behålla sina tillstånd och möjligheten att konkurrensutsätta EDP. Om det antas att koncentrationen genomfördes, skulle en eventuell förlust av tillstånden inte medföra några problem för den sammanslagna enheten, vilken redan genom moratoriet förbundit sig att inte konstruera elproducerande kombikraftverk före ett visst datum. Vid förhandlingen anförde sökanden även att Galp Power, med sina tillstånd, var en potentiell konkurrent till den sammanslagna enheten. Även om kommissionen i det omtvistade beslutet inte uttryckligen bedömde Galps bibehållna kapacitet och intresse för att genom Galp Power gå in på grossistmarknaden för el efter koncentrationens genomförande, kan detta förhållande inte utgöra en uppenbart oriktig bedömning eftersom det inte har någon betydande inverkan på bedömningen av konkurrenssituationen efter koncentrationens genomförande. För det första är det fortfarande troligt att Galp behåller ett intresse för att gå in på marknaden trots

att det inte finns något större incitament i form av en vertikal integration. Även om detta antagande var riktigt skulle Galp Power vara en konkurrent som inte har några likheter med den konkurrent som detta bolag utgjorde när det stöddes av GDP inom ramen för Galpkoncernen. Följaktligen har sökanden inte kunnat visa att kommissionen gjorde sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning när den ansåg att koncentrationen skulle leda till att GDP försvann, via Galpkoncernen, som den mest sannolika betydande potentiella konkurrenten till EDP.

190 Vad för det tredje angår sökandens argument att GDP skulle ha sämre förutsättningar än andra potentiella konkurrenter till följd av sina strukturella band med detta företag genom EDP:s aktieinnehav i Galp som äger hela GDP:s kapital och portugisiska statens aktieinnehav i EDP och GDP, erinrar förstainstansrätten om att den portugisiska staten enligt det omtvistade beslutet (skäl 7, fotnot 6) direkt kontrollerar 30 procent och indirekt 18,3 procent av Galps kapital. Eni äger 33,3 procent härav och EDP 14 procent. Det kan konstateras att enligt dessa sifferuppgifter har EDP inte kontroll över GDP. I detta hänseende har kommissionen med rätta betonat att EDP alltid har hävdat att de 20 procent som företaget äger i Turbogás inte har medfört att det fått kontroll över sistnämnda företag. Argumentet går dock helt och hållet att vända på eftersom kommissionen, för sin del, alltid har ansett att trots EDP:s åtagande att inte använda sina rösträttigheter inom vissa områden och att utse oberoende ledamöter i Turbogás företagsledning, utgör detta inte något hinder mot att behålla ett visst negativt inflytande på Turbogás beteende. EDP har enligt kommissionen alltid påstått att staten inte hade kontroll över EDP. Förstainstansrätten konstaterar emellertid att den portugisiska regeringen förefaller vara den verkliga upphovsmannen till koncentrationen. Den omständigheten att koncentrationen exakt rättar sig efter det scenario som den portugisiska regeringen tillkännagav år 2003 (se punkt 11 ovan) för både EDP och GDP utgör bevis på detta.

191 Även om det antas att EDP ensam eller via den portugisiska staten behöll sitt inflytande över GDP skulle koncentrationen i sig förvandla detta inflytande till ren kontroll med ett aktieinnehav som till slut skulle uppgå till 51 procent. För det fall att koncentrationen inte äger rum kan såsom framgår av det omtvistade beslutet GDP:s ekonomiska intresse övertyga dess aktieägare, särskilt den portugisiska staten och Eni som båda är majoritetsägare, om att de bör överge den strategi som går ut på att skydda EDP:s intressen för att i stället favorisera GDP:s intressen.

- 192 Kommissionen erinrar härvidlag med rätta om att Galp/GDP redan har fattat beslut om att konstruera två elproducerande kombikraftverk och att bolaget redan har beviljats tillstånd för detta. Det uttalande som gjorts av ordföranden för Galp – enligt vilket ingen aktieägare har uttryckt några förbehåll mot idén att Galp skall gå in på elmarknaderna trots att detta innebär att bolaget måste konkurrera med en aktieägare som har ett innehav på 14 procent, det vill säga EDP – stöder tydligt det omtvistade beslutet på denna punkt.
- 193 Vad beträffar det fjärde argumentet att det inte finns några starka incitament för GDP till att gå in på marknaden för elproduktion eller till att underlätta marknadsinträdet för nya aktörer för att i stället kunna upprätthålla sin lönsamhet genom att gynna EDP, i dess egenskap av enda kund i nästa led, baseras på den hypotesen att GDP genom att öka konkurrensen på marknaden för elproduktion skulle förlora mer på marknaden för gasleveranser till EDP eller till oberoende producenter än det skulle vinna på produktionsmarknaden (direkt ur Lexeconrapporten, 3.3 (d), och indirekt 3.3 (c)). Argumentet vilar på antagandet att för det fall att EDP:s dominerande ställning försvagades på denna marknad, antingen med anledning av GDP:s marknadsinträde eller med anledning av att nya konkurrenter gick in på marknaden, skulle EDP:s beredvillighet (*willingness*) att erlægga betalning till sina gasleverantörer enligt en lika hög taxa som den aktuella minska betydligt.
- 194 Förutom att antagandet till stöd för argumentet inte på något sätt har kunnat bekräftas, har kommissionen med rätta åberopat ett argument som dess chefs-ekonom lade fram enligt vilket det i antagandet bortses från avtalsstrukturen på området för gasleveranser, nämligen att det rör sig om *take or pay*-avtal, det vill säga långsiktiga avtal. Även om detta argument endast skulle avse EDP:s kortsiktiga behov och konkurrensen på grossistmarknaden pressar priserna på gas i dess egenskap av råvara, har varken sökanden eller Lexeconrapporten tillhandahållit någon förklaring till i vilken mån och på vilket sätt differensen mellan GDP:s försäljningspris på gas och GDP:s interna självförsörjningskostnad skulle vara mindre än en eventuell förlust på marknaden för gasleveranser.

195 Sökanden har följaktligen inte kunnat visa att kommissionen gjorde sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning när den ansåg att GDP hade starka incitament till att gå in på grossistmarknaden för el och att koncentrationen skulle leda till att GDP försvann som den mest sannolika betydande potentiella konkurrenten till EDP på denna marknad (skälen 344 och 868).

196 När det slutligen gäller den horisontella verkan på marknaden för utjämningskraft och detaljhandelsmarknaden för el anser sökanden endast att konkurrensvillkorens förbättring på grossistmarknaden för el även skulle bli kännbara på dessa sekundärmarknader. Eftersom detta antagande inte har kunnat bekräftas och de omständigheter som kommissionen har beskrivit för att visa förekomsten av en horisontell verkan på dessa marknader inte har bestridits, konstaterar förstainstansrätten att sökanden inte har visat att det skett någon uppenbart oriktig bedömning i fråga om dessa marknader. Följaktligen skall det medges att koncentrationen får en horisontell verkan på marknaden för utjämningskraft och detaljhandelsmarknaden för el. Eftersom denna verkan vidare anses vedertagen på nämnda marknader måste det framhållas att GDP:s incitament till att gå in på dessa, i synnerhet på detaljhandelsmarknaderna, avsevärt kan förstärka dess intresse att gå in på produktionsmarknaden för el, såtillvida att detta skulle ge direkta avsättningsmöjligheter för dess elproduktion.

197 Det måste följaktligen konstateras att sökanden inte på något sätt har visat att kommissionen gjort en uppenbart oriktig bedömning vad beträffar GDP:s starka incitament till att gå in på alla elmarknader, inklusive marknaderna för utjämningskraft och stödtjänster och detaljhandelsmarknaderna för el (skälen 432, 473, 876 och 881) samt GDP:s försvinnande som den mest sannolika betydande potentiella konkurrenten på dessa marknader.

2. Konkurrensmässig kompensation i samband med åtagandena

198 Det bör erinras om att kommissionen är skyldig att förbjuda en koncentration så snart kriterierna i artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 är uppfyllda åtminstone på en av ifrågavarande marknader (se ovan punkterna 144–146).

- 199 Sökanden anser att den kombinerade verkan av olika åtaganden inom elsektorn mer än väl kompenserar den partiella förlusten av potentiell konkurrens från GDP. Sökanden har även påstått att åtagandena avseende gasmarknaderna dessutom har förbättrat konkurrensvillkoren på grossistmarknaderna för el.
- 200 Det skall härvidlag medges att om åtagandena på en av ifrågavarande marknader innebar större kompensation än vad som behövdes för att motverka att konkurrensen påtagligt hämmades till följd av den ändrade koncentrationen, om den övergripande konkurrensbedömningen skulle bli positiv. Följaktligen skulle koncentrationen inte kunna förbjudas enligt artikel 2.3 i förordning nr 4064/89.
- 201 I sitt skriftliga svar inför förhandlingen och vid densamma, har sökanden med eftertryck hävdad att med anledning av att det finns starka band mellan gas- och elmarknaderna och mellan de olika marknaderna inom var och en av dessa sektorer, förutsätter en korrekt bedömning av konkurrenssituationen på var och en av marknaderna att konkurrenssituationen på de övriga marknaderna beaktas. Kommissionen anser för sin del att det är tillräckligt att ett av de identifierade konkurrensproblemen på en av de marknader som behandlas i det omtvistade beslutet inte löses genom de föreslagna åtagandena för att detta beslut skall fastställas.
- 202 Förstainstansrätten konstaterar inledningsvis att de båda uppfattningarna inte är oförenliga. Sökanden har vid förhandlingen medgett att den ändrade koncentrationen inte kunde bli föremål för en övergripande konkurrensbedömning i vilken konkurrensfördelarna på en av marknaderna skulle kunna kompensera konkurrensbristen på en annan marknad. Kommissionen har vidare inte heller påstått att konkurrenssituationen på en marknad är helt oberoende av konkurrenssituationen på andra marknader.

203 Det måste slås fast att när en koncentration inbegriper ett antal marknader som är olika men ändå är förbundna med varandra och konkurrenssituationen på en eller flera av dessa marknader påverkar situationen på den ena eller den andra marknaden, dessa övriga marknader måste beaktas för att det på ett korrekt och fullständigt sätt skall kunna bedömas huruvida ifrågavarande koncentration skapar eller förstärker en dominerande ställning på en av de berörda marknaderna som medför att konkurrensen påtagligt hämmas. Det är däremot inte nödvändigt att konstatera att ifrågavarande koncentration kommer att få den konsekvensen på var och en av de inbegripna marknaderna för att dra slutsatsen att koncentrationen skall förbjudas.

204 Det är i förevarande mål uppenbart att elmarknaderna är förbundna med varandra i konkurrenshänseende, även om de inte uteslutande är beroende av varandra. Såsom kommissionen har konstaterat i det omtvistade beslutet förstärks incitamenten till att gå in på grossistmarknaderna för el av inträdet på detaljhandelsmarknaderna för el (skälen 338, 342, 343 och 362) och vice versa (skälen 456 och 472). Likaledes anser kommissionen att det endast är elproducenterna i Portugal som har kapacitet att delta på marknaderna för utjämningskraft och stödtjänster på elområdet (skälen 430 och 431).

205 Det visar sig likaledes att konkurrenssituationen på var och en av elmarknaderna är förbunden med den som råder på gasmarknaderna. Således beror konkurrenternas inträde på grossistmarknaderna för el delvis på möjligheterna till självförsörjning av gas till följd av de hinder för inträde på denna marknad som kommissionen har redogjort för när den har identifierat koncentrationens vertikala verkan (skälen 365–428). På samma sätt beror GDP:s incitament till att gå in på marknaden för elproduktion delvis på de gaspriser företaget kan ta ut i egenskap av leverantör (skälen 340, 341 och 343). Kommissionen anser vidare att ett av GDP:s främsta incitament till att gå in på detaljhandelsmarknaderna för el är dess kapacitet att samtidigt erbjuda både elektricitet och gas (skälen 453–458), vilket med nödvändighet förutsätter inflytande över konkurrenternas kapacitet att komma med liknande erbjudanden och därmed över liberaliseringen av gasmarknaderna.

206 Vid bedömningen av konkurrensproblemen på elmarknaderna måste följaktligen med nödvändighet hänsyn tas till det resultat koncentrationen, såsom den ändrats genom åtagandena, får för konkurrenssituationen på de övriga el- och gasmarknaderna.

a) Åtagandena inom elsektorn

207 Vad beträffar den kombinerade verkan av de olika åtagandena inom elsektorn, har sökanden nämnt EDP:s partiella avhändande av sitt ägande i REN och Tejo Energia, moratoriet avseende uppförandet av nya kombikraftverk, hyran av TER och upphävandet av rösträttigheterna i Turbogás samt framför allt hänvisat till avsnittet i Lexeconrapporten med rubriken "Åtagandena förbättrar troligen incitamenten för tredje part till att gå in på elmarknaden". Sökanden har vidare framfört argument angående moratoriet, hyran av TER och om Tejo Energia inom ramen för sin kritik av de vertikala verkningarna på grossistmarknaderna för el. Kommissionen har understrukit att det saknas argument och faktiska omständigheter till stöd för dessa åtagandens kombinerade verkan och den har även hänvisat till två avsnitt i rapporten från kommissionens chefsekonom. Kommissionen har vinnlagt sig om att på ett detaljerat sätt ta ställning till och sedan förkasta de argument som sökanden har framfört i sin ansökan.

208 Förstainstansrätten erinrar om att hänvisningen till Lexeconrapporten endast kan prövas med avseende på de argument som redan finns i ansökan och att de övriga argumenten inte kan tas upp till sakprövning.

209 Vad angår moratoriet och åtagandet att hyra TER, bör det framhållas att EDP för det fall att koncentrationen inte äger rum skall genomföra sitt Termprojekt, det vill säga uppföra tre kombikraftverk, varav det tredje skall tas i drift år 2006, med en total produktion på (1 000–1 500) MW vilket innebär nära 20 procent av den totala konsumtionen i Portugal (skäl 302 i det omtvistade beslutet). Parterna har inom

ramen för koncentrationen förbundet sig att inte uppföra fler kombikraftverk och att hyra produktionskapacitet till ett eller flera av TER:s kombikraftverk fram till den 30 juni 2010 eller tidigare, om vissa suspensiva villkor uppfylls varav det viktigaste är att regeringen ger tillstånd till uppförandet av kombikraftverk till en eller flera enheter som inte kontrolleras av EDP.

210 Kommissionen har för det första konstaterat att det endast är genom uppförandet av kombikraftverk som grossistmarknaden för el på ett påtagligt sätt kan öppnas, med anledning av de strukturella begränsningarna för importen, förseningarna på den iberiska marknaden och den fördel som CMEC innebär för de aktuella producenterna (skälen 292–334). Kommissionen har för det andra betonat att moratoriet och hyran gäller under en begränsad tidsperiod, att dessa kan upphöra i förtid till och med innan nya kombikraftverk i realiteten har uppförts eller tagits i drift, att detta förtida upphörande till följd av att tillstånd har beviljats av regeringen för uppförande av en eller två enheter som inte kontrollerades av EDP inte hindrade att EDP var förbundet med dessa enheter samt att dessa åtaganden inte utgjorde något hinder mot att EDP själv begärde tillstånd. Kommissionen anser vidare beträffande hyran av TER, att osäkerheten om dess varaktighet skulle belasta hyrestagaren, att hyrestagaren inte skulle förvärva någon kompetens vad gäller produktionen och att EDP skulle få kunskap om väsentlig information angående hyrestagaren eftersom denne endast skulle hyra kapacitet utan att styra produktionsmedlen (se, beträffande åtagandena av den 17 november 2004, skälen 743–753, och beträffande åtagandena av den 26 november 2004, skäl 868). Kommissionen har härav dragit slutsatsen att det är långt ifrån säkert att dessa åtaganden skulle leda till att nya producenter i realiteten skulle komma in på marknaden.

211 Sökanden har emellertid inte framfört någon allvarlig kritik mot de faktorer som kommissionen har identifierat vad gäller slutsatsen att dessa båda åtaganden är otillräckliga med avseende på det identifierade konkurrensproblemet.

212 Det måste således slås fast att kommissionen inte gjorde sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning när den fann att moratoriet och hyran av kombikraftverk från TER inte i sig kunde lösa det horisontella problemet på grossistmarknaden för el.

- 213 Sökanden har vidare påstått att EDP, för det fall att koncentrationen inte äger rum, skulle fortsätta att vara i position att uppföra nya kombikraftverk (avsaknad av moratorium) och lämna ytterst litet utrymme för tredje parts marknadsinträde.
- 214 Det är säkert att det för det fall att koncentrationen inte äger rum finns ett reellt hinder för nya elproducenters marknadsinträde som är en följd av EDP:s intention och kapacitet att bygga nya kraftverk på en marknad som redan i hög grad är mättad. Detta hinder för marknadsinträde påverkade tydligen inte GDP eller Galp-koncernen eftersom kommissionen, utan att göra någon uppenbart oriktig bedömning, har visat (se punkterna 184–196 nedan) att GDP eller Galp-koncernen, hade för avsikt att gå in på marknaden för elproduktion. Kommissionen anser emellertid, utan att göra någon uppenbart oriktig bedömning (se punkterna 210–212 nedan), att åtagandena är otillräckliga för att möjliggöra ett sannolikt marknadsinträde för nya konkurrenter på grossistmarknaderna för el när GDP försvinner som den mest sannolika betydande potentiella konkurrenten. Sökandens argument visar inte att kommissionen gjort en uppenbart oriktig bedömning av den ändrade koncentrationens horisontella verkan på grossistmarknaderna för el.
- 215 Sökanden har påstått att försäljningen av företagens aktier i Tejo Energia upplöste de strukturella band som förenade EDP och en konkurrerande elproducent och att den säkerligen hade en positiv inverkan på konkurrensens struktur, medan GDP:s marknadsinträde var långt ifrån säkert (Lexeconrapporten, 4.4 (c)).
- 216 Kommissionen har i det omtvistade beslutet villigt erkänt att avhändandet av EDP:s ägande i Tejo Energia är en positiv omständighet. Kommissionen har inte desto mindre, utan att motsägas, hävdad att många andra faktorer hindrar Tejo Energia från att bygga ett kombikraftverk, särskilt aktieägarnas motstridiga uppfattningar i frågan och den omständigheten att de främsta aktieägarna, International Power och Endesa, är bundna till EDP genom andra avtal om elproduktion i Portugal (skälen 669, 756–758 och 867 i det omtvistade beslutet). Eftersom sökanden inte har lyckats

visa att Tejo Energia utgör en lika betydande konkurrent som GDP, måste det konstateras att åtagandet avseende Tejo Energia i sig är otillräckligt för att kunna lösa de horisontella problem som har identifierats på grossistmarknaden.

217 Sökanden har även åberopat åtagandet avseende begränsningen av dess rösträttigheter i Turbogás såvitt avser beslut om förvärv av naturgas och nya investeringar samt att EDP:s företrädare i företagsledningen skulle ersättas av oberoende ledamöter.

218 Kommissionen anser i det omtvistade beslutet (skälen 759–766 och 861) att EDP behåller sitt inflytande över Turbogás på grund av att rösträttigheterna vidmakthålls på områden som inte omfattas av åtagandet och på grund av åtagandets tillfälliga karaktär. Kommissionen har även betonat att EDP har förbehållit sig rätten att ge instruktioner till sina oberoende företrädare för att upprätthålla aktieinnehavets värde. Sökanden har i det hänseendet nämnt intresset för övriga aktieägare i Turbogás, särskilt International Power, att behålla sina goda relationer till EDP. Kommissionen har slutligen anfört att EDP nyligen förvärvade en optionsrätt uppgående till 20 procent på en ytterligare andel av Turbogás och på driften av Turbogás hela produktionskapacitet. I sina inlagor har kommissionen utan att motsägas hävdad att EDP ...¹ Eftersom sökanden inte har kunnat visa att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den fann att Turbogás inte var en betydande konkurrent, måste det slås fast att åtagandet avseende Turbogás i sig är otillräckligt för att lösa det konkurrensproblem som har uppstått på grossistmarknaden.

219 Sökanden har även anfört att minskningen av dess aktieinnehav från 30 procent till 5 procent i REN har haft en tydlig positiv effekt på konkurrensen (Lexeconrapporten, 4.4 (c)). Kommissionen har i det omtvistade beslutet inte undersökt detta

1 — Dolda konfidentiella uppgifter.

åtagande med avseende på den horisontella verkan på elmarknaderna utan med avseende på de vertikala verkningarna på dessa marknader, såsom parterna har uppgett i sin skrivelse av den 2 november 2004. Sökanden har i avsaknad av andra ytterligare uppgifter om detta åtagande än dess existens inte visat att kommissionen gjort en uppenbart oriktig bedömning av åtagandet.

220 Avslutningsvis måste det även framhållas att sökanden inte har visat att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den fann att koncentrationen såsom den ändrats genom alla åtaganden sammantagna som direkt rörde det horisontella problemet, borde förklaras vara oförenlig med den gemensamma marknaden på grund av dess horisontella verkan på elmarknaderna. I synnerhet om dessa åtaganden i deras helhet otvivelaktigt förbättrar möjligheterna att gå in på grossistmarknaderna för el, har sökanden inte kullkastat kommissionens slutsats som grundas på en marknadsundersökning enligt vilken dessa åtaganden i deras helhet inte skapar en tillräckligt konkurrensutsatt miljö för att göra ett marknadsinträde sannolikt. Även om ett sådant marknadsinträde skulle kunna förutses på en av elmarknaderna finns det inte något som tyder på att denna nya konkurrent skulle ha samma styrka och fördelar som GDP inför dess inträde på alla eller vissa av elmarknaderna (skälen 362–364, 675, 767 och 868 i det omtvistade beslutet).

b) Åtagandena inom gassektorn

221 Sökanden har inskränkt sig till att hävda att ett visst antal åtaganden inom gassektorn kommer att göra det möjligt för en ny aktör på grossistmarknaden för el att förse sig med gas oberoende av den fusionerade enheten. Sökanden har emellertid varken angett vilka ifrågavarande åtagandena är eller i vilken mån de är relevanta, utan har rent allmänt hänvisat till det avsnitt i ansökan som ägnas åt gasmarknaderna. Kommissionen har understrukit denna brist och i den del av sökandens inlagor som ägnas åt undersökningen av gasmarknaderna omnämnt ett enda allmänt uttalande enligt vilket "dessa åtaganden [avseende gas] kommer att skapa en uppenbarligen mer konkurrensutsatt miljö inom elsektorn".

- 222 Det framgår av handlingarna i målet att de åtaganden som rör gassektorn är av två slag, beroende på om de i första hand syftar till att lösa vertikala problem som har identifierats på grossistmarknaden för el, i huvudsak genom att förbättra villkoren för gasleveranser för elproducenter som konkurrerar med den fusionerade enheten (A/ENI.II–F/ENI.IX, H/ENI.XI och L/EDP.1) eller genom att lösa de horisontella och vertikala problemen på gasmarknaderna (G/EN.X, I/ENI.XII och J/ENI.XIV).
- 223 Förstainstansrätten finner inledningsvis att kommissionen i det omtvistade beslutet har identifierat den horisontella verkan på alla elmarknaderna i likhet med de åtaganden som direkt syftar till att lösa detta konkurrensproblem oberoende av de vertikala verkningarna på grossistmarknaderna för el och de åtaganden som är avsedda att lösa de sistnämnda konkurrensproblemen (skälen 362–364, 675, 767 och 868 i det omtvistade beslutet). Kommissionen anser således med nödvändighet att den ändrade koncentrationen borde förbjudas, eventuellt enbart av det skälet att den förstärker en dominerande ställning som medför att konkurrensen på grossistmarknaderna för el påtagligt hämmas genom att GDP försvinner som den mest sannolika betydande potentiella konkurrenten. Förstainstansrätten skall härmed pröva om kommissionen, i enlighet med vad sökanden har hävdat inom ramen för den tredje grundens andra del (se punkt 84 ovan), och inom ramen för denna grund, borde ha undersökt åtagandena i deras helhet för att kunna slå fast att deras kombinerade verkningar mer än väl skulle kompensera försvinnandet av den potentiella konkurrensen från GDP.
- 224 Förstainstansrätten konstaterar inledningsvis att åtagandena avseende de vertikala verkningarna på grossistmarknaderna för el (A/ENI.II–F/ENI.IX, H/ENI.XI och L/EDP.1) får mycket liten inverkan på det horisontella problem som har identifierats på alla elmarknader, nämligen att GDP försvinner som den mest sannolika betydande potentiella konkurrenten till följd av den ändrade koncentrationen.

225

Dels påverkar dessa åtaganden inte kommissionens bedömning av GDP. Nämnade företag berörs nämligen inte av de vertikala problem som åsyftas i dessa åtaganden eftersom företaget för egen del, utan att någon koncentration äger rum, har privilegierad tillgång till gas. Härigenom förblir såväl GDP:s eget incitament till att gå in på elmarknaderna som detta marknadsinträdes styrka oförändrade med avseende på åtagandena.

226

Dels påverkar dessa åtaganden endast marginellt kommissionens bedömning av styrkan hos GDP:s inträde på grossistmarknaden för el i jämförelse med bedömningen av andra konkurrenter till den fusionerade enheten. Kommissionen anser nämligen att GDP har betydande konkurrensfördelar framför andra potentiella konkurrenter till den fusionerade enheten på elmarknaderna, det vill säga främst vertikal integrering mellan gas- och elverksamheterna inom Galp-koncernen, privilegierad tillgång till gas, varumärkets anseende och kunskap om kundkretsen i Portugal. Även om de åtaganden som är avsedda att lösa de vertikala konkurrensproblemen är effektiva fullt ut skulle emellertid konkurrenssituationen på grossistmarknaderna för el vara mindre gynnsam med koncentrationen än utan den. Först och främst syftar ifrågavarande åtaganden väsentligen endast till att få det konkurrensproblem som koncentrationen själv skapar att upphöra, det vill säga att ge det företag som har en stark dominerande ställning på grossistmarknaden för el tillgång till det andra företags dominerande ställning på marknaden för gasleveranser till elproducenter. Även om dessa åtaganden kan främja konkurrensen på marknaden för elproduktion i kombikraftverk, skulle de enbart leda till att tillgång till gas som är mindre diskriminerande och mer konfidentiell garanteras konkurrenter till den fusionerade enheten. Kommissionen har inte, för det fall att koncentrationen uteblir, i fråga om tillgången till gas skapat ett reellt hinder för marknadsinträde för andra konkurrenter än GDP utan den har baserat sig på sin marknadsundersökning för att visa att det är föga troligt att de aktuella eller potentiella konkurrenter som har identifierats verkligen går in eller utvecklas på denna marknad (se skälen 305–331). Slutligen har inte sökanden, vilket för övrigt skulle ha varit svårt, hävdats att dessa åtaganden ger konkurrenterna tillgång till gas på ett lika lätt och ekonomiskt fördelaktigt sätt som GDP har för det fall att koncentrationen inte äger rum. Följaktligen kvarstår alla GDP:s konkurrensfördelar i förhållande till övriga konkurrenter till den fusionerade enheten. Den tydliga förbättringen i fråga om gasleveranser till den fusionerade enhetens konkurrenter

kan inte på ett påtagligt sätt kompensera GDP:s försvinnande från konkurrenssynpunkt.

227 Det följer av det ovan anförda att de åtaganden som syftar till att lösa de vertikala konkurrensproblemen på grossistmarknaderna endast har en marginell inverkan på kommissionens bedömning av det horisontella problemet på alla elmarknader. Följaktligen var det med rätta som kommissionen utan att göra sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning kunde avstå från att beakta dessa åtaganden för att dra slutsatsen att den ändrade koncentrationen förstärker EDP:s dominerande ställning, vilket medför att konkurrensen påtagligt hämmas på grossistmarknaderna för el till följd av att GDP försvinner som den mest sannolika betydande potentiella konkurrenten.

228 För det andra har sökanden beträffande åtagandena inom gassektorn (G/ENI.X, I/ENI.XII och J/ENI.XIV) på intet sätt angett i vilken mån de skulle förbättra EDP:s eventuella konkurrenters konkurrensförmåga. Det ankommer dock inte på förstainstansrätten att själv utröna vilka verkningar dessa åtaganden skulle kunna få på elmarknaderna och i synnerhet inte att själv bedöma dessa verkningars intensitet i syfte att fastställa huruvida kommissionen har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning.

c) Slutsats om den övergripande konkurrensbedömningen av den ändrade koncentrationen på elmarknaderna

229 Förstainstansrätten erinrar om att sökanden inte har visat att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning såvitt gäller slutsatsen att GDP är högst sannolik som betydande konkurrent till EDP på elmarknaderna.

230 På samma sätt har sökanden inte visat att kommissionen gjorde sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning när den fann att åtagandena avseende det horisontella problem som hade identifierats inte kunde främja marknadsinträdet för någon annan betydande konkurrent till EDP än GDP.

231 Sökanden har vidare inte kunnat visa att kommissionen gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att inte beakta vilken inverkan de föreslagna åtagandena kunde få för lösandet av de vertikala konkurrensproblemen på gasmarknaderna eller för bedömningen av den horisontella verkan på grossistmarknaderna för el till följd av den ändrade koncentrationen.

232 Den märkbart förbättrade konkurrenssituationen på gasmarknaderna som en följd av den ändrade koncentrationen löser inte konkurrensproblemen på elmarknaderna.

233 Det är säkert att situationen på gasmarknaderna klart skulle förbättras av den ändrade koncentrationen. Omedelbart efter koncentrationen skulle det till följd av åtagandena, med hänsyn till GDP:s nuvarande ställning som monopol före koncentrationen, skapas konkurrensutsatt tillgång till gas för tredje part med reella garantier för icke diskriminerande tillgång till gas, även om garantierna enligt kommissionen fortfarande inte är fullständiga. De förslag som den portugisiska regeringen lade fram, bland annat att gasmarknadernas liberalisering borde påskyndas, ger upphov till en ny konkurrenssituation på gasmarknaderna. Denna situation kan förväntas leda till att nya aktörer går in på gasmarknaderna, nya aktörer som av samma skäl som GDP i sin tur kan tänkas gå in på elmarknaderna.

Denna situation på gasmarknaderna kan även förbättra konkurrenssituationen på sekundärmarknaden för elproduktion i kombikraftverk, så tillvida att EDP:s potentiella konkurrenter kan hoppas på en mer konkurrenskraftig eller åtminstone en mindre diskriminerande försörjning.

234 Kommissionen har emellertid inte gjort någon uppenbart oriktig bedömning genom att anse att de fördelar som dessa åtaganden och förslag medför inte skulle leda till en konkurrenssituation som är likvärdig med eller bättre än den som skulle följa av GDP:s potentiella inträde på dessa marknader, för det fall att koncentrationen inte ägde rum. Varken en eventuell ny aktör på gasmarknaderna eller en eventuell ny aktör på grossistmarknaderna för el skulle, åtminstone under en längre tid, kunna ha den styrka som GDP besitter, utan att det har skett någon koncentration, för att kunna ta sig in på elmarknaderna. Kommissionen har särskilt betonat GDP:s talrika fördelar som särskilt rör dess tillgång till gas, varumärkets anseende, kunskapen om kundkretsen och dess redan etablerade projekt på elområdet. Härtill kommer att enbart konkurrenspotentialen på gasmarknaderna och följaktligen den motsvarande minskningen av hindren för inträde på marknaden för elproduktion inte kan kullkasta kommissionens bedömning enligt vilken det inte är särskilt sannolikt att andra lika betydande konkurrenter som GDP skulle kunna ta sig in på denna marknad.

235 Även om kommissionen felaktigt försummade att bedöma de fördelar som koncentrationen skulle föra med sig på gasmarknaderna (se punkt 123 nedan), ger en jämförelse vid handen att den aktuella konkurrenssituationen före koncentrationen på elmarknaderna främst präglas av GDP:s monopol inom gasleveranser till elproducenter och EDP:s starka dominerande ställning på alla elmarknader och att konkurrenssituationen efter koncentrationen dels präglas av en påtaglig öppning av marknaden för gasleveranser till elproducenter, dels av att en betydande potentiell konkurrent försvinner från alla elmarknader, nämligen GDP, att kommissionen inte gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den fann att den

övergripande konkurrensbedömningens resultat skulle bli negativt på var och en av elmarknaderna till följd av koncentrationen.

- 236 Förstainstansrätten noterar för övrigt att eftersom den allmänna förbättringen av konkurrensen på gasmarknaderna till följd av den ändrade koncentrationen inte får tillräckligt påtagliga verkningar på elmarknaderna som kan leda till att de tidigare identifierade konkurrensproblemen undanröjs på sistnämnda marknader, kan kommissionen inte godta att förklara koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden med anledning av de gynnsamma verkningar för konkurrensen som kan förväntas inom en av ifrågavarande sektorer då de negativa verkningarna inom en annan sektor samtidigt ignoreras. Det är härvidlag viktigt att beakta den omständigheten att de flesta konkurrensfördelar som förväntas inom gassektorn med anledning av koncentrationen, eller till och med alla, är gynnsamma på kort eller medellång sikt eftersom alla dessa fördelar eller de flesta av dem i vart fall kommer att uppnås två eller tre år efter den planerade dagen för koncentrationen enbart genom att tidsplanen för liberaliseringen följs, vilken upprättades genom det undantag i andra gasdirektivet som Republiken Portugal tillämpar.
- 237 Det måste således slås fast att sökanden inte har visat att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den fann att den ändrade koncentrationen skulle få till verkan att EDP:s dominerande ställning förstärks på elmarknaderna, vilket medför att den effektiva konkurrensen påtagligt hämmas.

V — *Slutsats*

- 238 Förstainstansrätten erinrar om att det i det omtvistade beslutet har skett en felaktig rättstillämpning i den del av beslutet som rör gasmarknaderna i Portugal.

239 Däremot har det i det omtvistade beslutet inte skett någon felaktig rättstillämpning såsom påståtts inom ramen för den andra och den tredje grunden eller någon uppenbart oriktig bedömning som påståtts inom ramen för den fjärde grundens andra del avseende elsektorn.

240 I enlighet med ovan i punkterna 144–146 nämnda rättspraxis måste det konstateras att de skäl i det omtvistade beslutet som inte ogiltigförklaras är tillräckliga för att ligga till grund för beslutet enligt vilket koncentrationen skall förklaras vara oförenlig med den gemensamma marknaden.

241 Talan skall således ogillas.

Rättegångskostnader

242 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökanden har tappat målet, skall kommissionens yrkande bifallas.

243 Intervenienten har inte yrkat att sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna och vardera parten skall därför bära sin rättegångskostnad i samband med interventionen.

På dessa grunder beslutar,

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

följande dom:

- 1) **Talan ogillas.**
- 2) **Sökanden skall ersätta rättegångskostnaderna.**
- 3) **Vardera parten skall bära sin kostnad i samband med interventionen.**

Pirrung

Forwood

Papasavvas

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 21 september 2005.

H. Jung

Justitiesekreterare

J. Pirrung

Ordförande

Innehållsförteckning

Tillämpliga bestämmelser	II - 3754
Bakgrund till tvisten	II - 3757
Förfarande och parternas yrkanden	II - 3767
Saken	II - 3769
I — Den andra grunden: Åsidosättande av artikel 2.3 i förordning nr 4064/89	II - 3771
II — Den tredje grunden: Åsidosättande av artikel 8.2 och 8.3 i förordning nr 4064/89	II - 3776
A — Den tredje grundens första del: Bevisbördan	II - 3776
B — Den tredje grundens andra del: Övergripande bedömning av den ändrade koncentrationen	II - 3782
C — Den tredje grundens tredje del: Huruvida det har förekommit maktmissbruk	II - 3786
D — Den tredje grundens fjärde del: Svårigheterna att kontrollera vissa beteendecinriktade åtaganden	II - 3790
III — Den första grunden: Undantaget för Republiken Portugal enligt andra gasdirektivet	II - 3793
A — Inledande anmärkningar	II - 3793
B — Den första grundens första del: Underlåtenhet att beakta undantaget för Republiken Portugal	II - 3794
C — Den första grundens andra del: Överdrivet långsiktig bedömning	II - 3802
	II - 3837

IV — Den fjärde grunden: Huruvida bedömningen av åtagandena var oriktig	II - 3803
A — Inledande anmärkningar	II - 3803
B — Den fjärde grundens första del: Beaktandet av åtagandena av den 26 november 2004	II - 3808
C — Den fjärde grundens tredje del: Huruvida det har gjorts oriktiga bedömningar av den ändrade koncentrationen såvitt gäller elsektorn	II - 3811
1. GDP:s försvinnande som den mest sannolika betydande potentiella konkurrenten	II - 3815
2. Konkurrensmässig kompensation i samband med åtagandena	II - 3821
a) Åtagandena inom elsektorn	II - 3824
b) Åtagandena inom gassektorn	II - 3828
c) Slutsats om den övergripande konkurrensbedömningen av den ändrade koncentrationen på elmarknaderna	II - 3831
V — Slutsats	II - 3834
Rättegångskostnader	II - 3835