

WYROK SĄDU PIERWSZEJ INSTANCJI (druga izba)
z dnia 21 września 2005 r.¹

W sprawie T-87/05

EDP — Energias de Portugal, SA, z siedzibą w Lizbonie (Portugalia),
reprezentowana przez adwokatów C. Botelha Moniza, R. Garcíę-Gallarda,
A. Weitbrechta oraz J. Ruiza Calzada,

strona skarżąca,

przeciwko

Komisji Wspólnot Europejskich, reprezentowanej przez A. Bouqueta oraz
M. Schneidera, działających w charakterze pełnomocników, z adresem do doręczeń
w Luksemburgu,

strona pozwana,

popieranej przez

Gas Natural SDG, SA, z siedzibą w Barcelonie (Hiszpania), reprezentowaną przez
adwokatów J. Perea-Bustamantego Köstera oraz P. Suáreza Fernández,

interwenient,

¹ Język postępowania: angielski.

mającej za przedmiot wnioszek o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji C (2004) 4715 wersja ostateczna z dnia 9 grudnia 2004 r. uznającej za niezgodną ze wspólnym rynkiem koncentrację, w której ramach EDP — Energias de Portugal, SA i Eni Portugal Investment, SpA zaoferowały przejęcie wspólnej kontroli nad Gás de Portugal SGPS, SA (sprawa COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP),

SĄD PIERWSZEJ INSTANCJI WSPÓLNOT EUROPEJSKICH (druga izba),

w składzie: J. Pirrung, prezes, N.J. Forwood i S. Papasavvas, sędziowie,

sekretarz: J. Plingers, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 5 lipca 2005 r.,

wydaje następujący

Wyrok

Ramy prawne

- 1 Artykuł 2 ust. 3 rozporządzenia Rady (EWG) nr 4064/89 z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. L 395, str. 1) sprostowanego

(Dz.U. 1990, L 257, str. 13) i zmienionego rozporządzeniem Rady (WE) nr 1310/97 z dnia 30 czerwca 1997 r. (Dz.U. L 180, str. 1) (zwanego dalej „rozporządzeniem nr 4064/89”) stanowi:

„Koncentrację, która stwarza lub umacnia pozycję dominującą, w wyniku czego skuteczna konkurencja na wspólnym rynku lub jego znaczącej części zostałaaby znacząco utrudniona, uznaje się za niezgodną ze wspólnym rynkiem”.

- 2 Artykuł 18 ust. 2 rozporządzenia Komisji (WE) nr 447/98 z dnia 1 marca 1998 r. w sprawie zgłoszeń, terminów i przesłuchań przewidzianych w rozporządzeniu nr 4064/89 (Dz.U. L 61, str. 1) stanowi:

„Zobowiązania proponowane Komisji przez zainteresowane przedsiębiorstwa na podstawie [...] art. 8 ust. 2 rozporządzenia (EWG) nr 4064/89, które w zamiarze stron mają tworzyć podstawę dla decyzji na podstawie tego artykułu, są przedstawiane Komisji w ciągu nie więcej niż trzech miesięcy od daty wszczęcia postępowania. Komisja może w wyjątkowych okolicznościach przedłużyć ten okres [termin]”.

- 3 Punkt 43 komunikatu Komisji w sprawie środków zaradczych dopuszczalnych na mocy rozporządzenia nr 4064/89 i rozporządzenia nr 447/98 (Dz.U. 2001, C 68, str. 3, zwanego dalej „komunikatem w sprawie środków zaradczych”) stanowi:

„[...] Jeżeli strony następnie zmodyfikują proponowane zobowiązania, Komisja może je przyjąć, jedynie gdy można będzie jednoznacznie ustalić — na podstawie oceny informacji już otrzymanych w trakcie analizy [dochodzenia], w tym wyników

wcześniejszych testów rynkowych, oraz bez konieczności przeprowadzania kolejnego testu rynkowego — że zobowiązania takie po ich wdrożeniu rozstrzygną wskazane problemy dla konkurencji [że zobowiązania takie, gdy zostaną już wykonane, doprowadzą do wyeliminowania stwierdzonych problemów w zakresie konkurencji] oraz że jest dostatecznie dużo czasu na należyte konsultacje z państwami członkowskimi”.

- 4 Artykuł 3 ust. 1 dyrektywy 2003/55/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylającej dyrektywę 98/30/WE (Dz.U. L 176, str. 57, zwanej dalej „drugą dyrektywą gazową”), stanowi:

„Państwa członkowskie powinny zapewnić, w oparciu o swe struktury instytucjonalne i przy należytym uwzględnieniu zasady pomocniczości, aby [...] przedsiębiorstwa gazownicze działały zgodnie z zasadami niniejszej dyrektywy, mając na celu stworzenie konkurencyjnego, bezpiecznego i zrównoważonego pod względem ochrony środowiska rynku gazu ziemnego, i aby nie stosowały dyskryminacji wobec żadnego z tych przedsiębiorstw, tak jeśli chodzi o prawa, jak i obowiązki”.

- 5 Artykuł 2 ust. 31 drugiej dyrektywy gazowej określa rynek wschodzący jako „państwo członkowskie, w którym pierwsza dostawa handlowa w ramach jego pierwszego długoterminowego kontraktu na dostawy gazu ziemnego miała miejsce później aniżeli 10 lat temu”.

- 6 Artykuł 28 ust. 2 i 3 drugiej dyrektywy gazowej stanowi:

„2. Państwo członkowskie zaliczające się do rynków wschodzących, które z powodu wdrożenia niniejszej dyrektywy napotkałyby na znaczące problemy, może odstąpić od stosowania art. 4, 7, 8 ust. 1 i 2, art. 9, 11, 12 ust. 5, art. 13, 17, 18, 23 ust. 1 i/lub

art. 24 niniejszej dyrektywy. Odstępstwo to wygasa automatycznie z chwilą, gdy państwo członkowskie nie kwalifikuje się dłużej jako rynek wschodzący. Każde takie odstępstwo jest zgłaszane Komisji.

3. W dniu wygaśnięcia odstępowania, o którym mowa w ust. 2, zdefiniowanie uprawnionych odbiorców powinno doprowadzić do otwarcia rynku wynoszącego co najmniej 33% całkowitego rocznego zużycia gazu na krajowym rynku. Dwa lata potem powinien zostać zastosowany art. 23 ust. 1 lit. b), a trzy lata później art. 23 ust. 1 lit. c). Do czasu zastosowania art. 23 ust. 1 lit. b) dane państwo członkowskie, o którym mowa w ust. 2, może podjąć decyzję o niestosowaniu art. 18, jeżeli chodzi o instalacje pomocnicze i tymczasowe magazynowanie dla procesu regazyfikacji i w następstwie dostawę do systemu przesyłowego”.

Okoliczności powstania sporu

- 7 Skarżąca EDP — Energias de Portugal, SA (zwana dalej „EDP” lub „skarżącą”) jest istniejącym od lat portugalskim przedsiębiorstwem energetycznym. Zajmuje się ona głównie wytwarzaniem, dystrybucją i dostawą energii elektrycznej w Portugalii. EDP jest notowana na lizbońskiej giełdzie Euronext (Portugalia). Państwo portugalskie jest największym akcjonariuszem EDP, posiadającym, w pośredni lub bezpośredni sposób, 30% jej akcji, podczas gdy pozostałe akcje są bardzo rozproszone. EDP sprawuje kontrolę nad Hydrocántábrico, przedsiębiorstwem prowadzącym działalność w sektorach energii elektrycznej i gazowniczym w Hiszpanii. EDP posiada udziały w przedsiębiorstwach Turbogás (20%) oraz Tejo Energia (10%), zajmujących się wytwarzaniem energii elektrycznej w Portugalii. EDP posiada także 30% Rede Eléctrica Nacional, SA, zarządzającej portugalską siecią energetyczną.
- 8 Eni SpA (zwana dalej „Eni”) jest włoskim przedsiębiorstwem obecnym we wszystkich ogniwach łańcucha dostaw i dystrybucji energii.

- 9 Gás de Portugal SGPS, SA (zwana dalej „GDP”) jest istniejącym od lat portugalskim przedsiębiorstwem gazowniczym. GDP jest spółką w 100% zależną od portugalskiej spółki Galp Energia SGPS, SA (zwanej dalej „Galp”). Obecnie kontrola nad Galp jest sprawowana wspólnie przez państwo portugalskie oraz Eni; spółka ta jest zainteresowana zarówno sektorem ropy naftowej, jak i gazowniczym. GDP i jej spółki są obecne we wszystkich ogniwach łańcucha dostaw gazu w Portugalii. GDP, za pośrednictwem swej spółki córki Transgás, importuje do Portugalii gaz ziemny za pomocą gazociągu oraz terminalu LNG („Liquefied Natural Gas”, płynny gaz ziemny) w Sinès oraz jest odpowiedzialna za przesył, magazynowanie, dystrybucję i dostawy za pomocą gazociągów wysokociśnieniowych (zwanymi dalej „systemem gazowniczym”). GDP zajmuje się także dostawami gazu ziemnego do dużych odbiorców przemysłowych oraz rozwojem pierwszych w Portugalii podziemnych instalacji do magazynowania gazu ziemnego, a w przyszłości będzie nimi zarządzać. GDP, za pośrednictwem swej spółki córki Distribuição Energia, SA sprawuje także kontrolę nad pięcioma z sześciu lokalnych przedsiębiorstw zajmujących się dystrybucją gazu.
- 10 Rede Eléctrica Nacional SA (zwana dalej „REN”) jest portugalskim przedsiębiorstwem powstałym wskutek wydzielenia („spin-off”) w 1994 r. z portugalskiej sieci elektrycznej należącej uprzednio do EDP. REN obecnie zarządza portugalską siecią elektryczną i ma status „jedynego nabywcy” w rozumieniu dyrektyw wspólnotowych, nabywającego energię elektryczną od producentów i odsprzedającego ją dystrybutorom/dostawcom w celu dostawy odbiorcom „nieuprawnionym”, czyli niemającym swobody wyboru swego dostawcy. Państwo portugalskie sprawuje, w pośredni lub bezpośredni sposób, kontrolę nad 70% REN.
- 11 W 2003 r., w kontekście wymaganej przez odpowiednie dyrektywy wspólnotowe przyszłej całkowitej liberalizacji portugalskiego sektora energetycznego, rząd portugalski ustalił zasady polityki restrukturyzacyjnej tego sektora. Rząd portugalski początkowo przewidział, że restrukturyzacja ta winna składać się z następujących etapów:
- podział prowadzonej przez Galp działalności w sektorze gazowniczym i ropy naftowej na trzy osobne części: (a) przesył gazu (Transgás), (b) dystrybucja i dostawa gazu (GDP) oraz (c) rafinacja i dystrybucja produktów naftowych (Petrogal);

- promowanie prowadzenia działalności dotyczącej gazu i energii elektrycznej w ramach tej samej grupy przedsiębiorstw;
- przejmowanie przez REN działalności związanej z przesyłem gazu (w szczególności sieci gazowniczej oraz, ewentualnie, innych obszarów działalności stanowiących przedmiot regulacji).

12 Zgodnie z porozumieniem w przedmiocie nabycia akcji z dnia 31 marca 2004 r. EDP, Eni (za pośrednictwem w 100% zależnej spółki Eni Portugal Investment, SpA) i REN miały nabyć wspólnie całość należących do GDP akcji w Galp. Tego samego dnia zawarto inne porozumienie dotyczące ograniczonego czasowo udziału REN w GDP oraz przyszłej sprzedaży sieci gazowniczej na rzecz REN w zamian za jej akcje w GDP. Przeprowadzenie całej transakcji było uzależnione od uzyskania na nią zezwolenia od władz właściwych ds. konkurencji.

13 W dniu 9 lipca 2004 r. Komisja otrzymała, zgodnie z art. 4 rozporządzenia nr 4064/89, zgłoszenie całości transakcji. Uznając, że na całość transakcji składają się dwie odrębne operacje: pierwsza zmierzająca do wyłącznej kontroli nad siecią gazowniczą przez REN, a druga — do przejęcia przez EDP i Eni (zwane dalej „stronami”) wspólnej kontroli nad GDP poprzez nabycie akcji, Komisja doszła do wniosku, iż ta ostatnia operacja (zwana dalej „koncentracją”) ma wymiar wspólnotowy (Dz.U. C 185, str. 3).

14 W tym samym dniu portugalskiemu organowi ds. konkurencji zgłoszono przejęcie przez REN wyłącznej kontroli nad systemem gazowniczym.

15 Po wstępnej analizie Komisja doszła do wniosku, że istnieją poważne wątpliwości co do zgodności koncentracji ze wspólnym rynkiem. W dniu 12 sierpnia 2004 r. Komisja wszczęła zatem postępowanie w tym względzie, zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. c) rozporządzenia nr 4064/89.

- 16 W dniu 12 października 2004 r. Komisja skierowała do stron pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, w którym wstępnie stwierdzono, że koncentracja jest niezgodna ze wspólnym rynkiem.
-
- 17 W dniu 27 października 2004 r. strony odpowiedziały na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów.
- 18 W dniu 28 października 2004 r. strony zaproponowały zobowiązania zmierzające do rozwiązania problemów w zakresie konkurencji stwierdzonych przez Komisję w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów.
- 19 W dniach 29 października i 4 listopada 2004 r. Komisja, zgodnie z art. 11 rozporządzenia nr 4064/89, wysłała do podmiotów konkurencyjnych względem łączącego się podmiotu, portugalskiego i hiszpańskiego organu regulacyjnego oraz operatora hiszpańskiego systemu gazowniczego kwestionariusz (zwany dalej „badaniem rynkowym”).
- 20 W dniu 17 listopada 2004 r. strony przedstawiły zmiany swoich wcześniej podjętych zobowiązań.
- 21 W dniu 26 listopada 2004 r. strony przedstawiły kolejne zmiany swoich zobowiązań dotyczących sektora energii elektrycznej i zapowiedziały nowe zmiany swoich zobowiązań dotyczących sektora gazowniczego. Wieczorem w dniu 3 grudnia 2004 r. podały one do wiadomości Komisji ostateczną wersję zmian dotyczących sektora gazowniczego.

- 22 Decyzją z dnia 9 grudnia 2004 r. [sprawa COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP C (2004) 4715 wersja ostateczna] (zwaną dalej „zaskarżoną decyzją”) Komisja uznała koncentrację za niezgodną ze wspólnym rynkiem.
- 23 Dla potrzeb niniejszego przypadku zaskarżoną decyzję można streścić w następujący sposób.
- 24 Po pierwsze, Komisja stwierdziła istnienie ośmiu następujących rynków, na które koncentracja może mieć wpływ:
- w sektorze energii elektrycznej:
 - rynek hurtowych dostaw energii elektrycznej w Portugalii;
 - rynek detalicznych dostaw energii elektrycznej do dużych odbiorców przemysłowych w Portugalii;
 - rynek detalicznych dostaw energii elektrycznej do małych odbiorców przemysłowych i komercyjnych oraz gospodarstw domowych w Portugalii;
 - rynek bilansowania podaży i popytu na energię elektryczną („balancing power” zwany dalej „bilansowaniem energii”) oraz usług pomocniczych w Portugalii;

— w sektorze gazowniczym:

- rynek dostaw gazu do producentów energii elektrycznej w elektrowniach gazowych typu „Combined Cycle Gas Turbine” (zwanymi dalej „elektrowniami typu CCGT”) w Portugalii;
- rynek dostaw gazu do lokalnych przedsiębiorstw dystrybucyjnych („Local Distribution Companies”, zwany dalej „LDC”) w Portugalii;
- rynek dostaw gazu do dużych odbiorców przemysłowych w Portugalii;
- rynek dostaw gazu do małych odbiorców przemysłowych i komercyjnych oraz gospodarstw domowych w Portugalii lub na skalę lokalną.

²⁵ Po drugiej, w ocenie dokonanej z punktu widzenia prawa konkurencji Komisja stwierdziła, że koncentracja:

— na rynkach energii elektrycznej:

- doprowadziły do wyeliminowania potencjalnej znaczącej konkurencji ze strony GDP na hurtowym rynku energii elektrycznej (skutek horyzontalny);

- doprowadziłyby do wyeliminowania potencjalnej znaczącej konkurencji ze strony GDP na wszystkich detalicznych rynkach energii elektrycznej (skutek horyzontalny);
- doprowadziłyby do wyeliminowania potencjalnej znaczącej konkurencji ze strony GDP na rynku bilansowania energii oraz usług pomocniczych (skutek horyzontalny);
- udostępniłyby EDP informacje o kosztach zakupu gazu ponoszonych przez aktualnie konkurujące z nią podmioty oraz o ich dziennym zapotrzebowaniu na ten produkt, a także zniechęcałyby lub opóźniałyby wejście na rynek potencjalnych podmiotów konkurencyjnych, chcących zarządzać nową elektrownią typu CCGT (skutek niehoryzontalny);
- dawałyby EDP uprzywilejowany i preferencyjny dostęp do zasobów gazu ziemnego, które mogą być eksploatowane w Portugalii (skutek niehoryzontalny);
- dawałyby EDP możliwość wyłączenia w znacznym stopniu z rynku konkurujących z nią podmiotów (i dostarczałyby bodźca do tego) poprzez podniesienie cen gazu lub pogorszenie jakości dostaw (skutek niehoryzontalny);
- spowodowałyby wstrzymanie popytu na rynku dostaw gazu do producentów energii elektrycznej (skutek niehoryzontalny);
- na rynkach gazu:
 - spowodowałyby wstrzymanie popytu na rynku dostaw gazu do LCD (skutek niehoryzontalny);

— doprowadziłyby do wyeliminowania potencjalnej znaczącej konkurencji ze strony EDP na rynku dostaw gazu do dużych odbiorców (skutek horyzontalny);

— doprowadziłyby do wyeliminowania potencjalnej znaczącej konkurencji ze strony EDP na rynku dostaw gazu do małych odbiorców (skutek horyzontalny).

26 Tak jak stwierdzono powyżej, strony zaproponowały Komisji, że podejmą wiele zobowiązań; miało to miejsce w dniach 28 października 2004 r. (A — P), 17 listopada 2004 r. (EDP.1 — EDP.5; ENI.II — ENI.XIV), 26 listopada 2004 r. oraz 3 grudnia 2004 r. Zobowiązania te obejmowały następujące środki zaradcze:

— sprzedaż na rzecz REN terminalu w Sinès służącego do regazyfikacji (A/ENI.II);

— sprzedaż podziemnych instalacji do magazynowania gazu w Carriço na rzecz REN (B/ENI.III);

— wcześniejsza sprzedaż systemu gazowniczego na rzecz REN (ENI.IV);

— zapewnienie dostępu do systemu gazowniczego do czasu ogłoszenia odpowiednich kodów dostępu dla podmiotów trzecich lub sprzedaży tego systemu na rzecz REN (C/ENI.V);

— uwolnienie przepustowości gazu w Campo Maior, punkcie dostępowym do gazociągu w Portugalii, obecnie zastrzeżonej dla Transgás, lecz przezeń nieużywanej (D/ENI.VI);

- zobowiązanie się do niezastrzegania dodatkowych przepustowości w Campo Maior (E/ENI.VII);

- zobowiązanie się do niezastrzegania dalszych przepustowości gazociągu „Extremadura” (F/ENI.VIII);

- zobowiązanie się do udostępnienia, pod pewnymi warunkami, przepustowości gazociągu „Extremadura” lub punktu dostępowego do gazociągu w Campo Maior (ENI.IX);

- zmiana do porozumienia w przedmiocie nabycia akcji z dnia 31 marca 2004 r. dotycząca przysługujących GDP uprawnień zwanych „mechanizmem wyboru najlepszej oferty” w odniesieniu do ofert krótkoterminowego zaopatrzenia w gaz EDP na rynku (G/ENI.X);

- środki zmierzające do wyeliminowania problemów związanych z ewentualnym uprzywilejowanym dostępem do informacji o cenach (H/ENI.XI);

- środki zmierzające do zapewnienia rzeczywistej liberalizacji popytu ze strony dużych odbiorców (I/ENI.XII);

- zobowiązanie się do sprzedaży jednego lub kilku LDC kontrolowanych przez jedną ze stron (J/ENI.XIV);

- zobowiązanie się do nieskładania łączonych ofert na gaz ziemny i energię elektryczną dużym i małym odbiorcom, zanim rynki gazu i energii nie zostaną zliberalizowane (K/ENL.XIII);

- zmniejszenie udziału EDP w kapitale REN z 30% do około 5% (L/EDP.1);
- moratorium na budowę nowych elektrowni typu CCGT (M/EDP.3);
- zobowiązanie się do ograniczonej czasowo dzierżawy mocy jednej z trzech należących do EDP elektrowni typu CCGT znajdujących się w Ribatejo („TER”) (N/EDP.4);
- zobowiązanie się do sprzedaży akcji EDP w Tejo Energia (O/EDP.2);
- zobowiązanie się do ograniczonego czasowo zawieszenia niektórych praw głosu EDP w Turbogás oraz do powoływania niezależnych członków zarządu Turbogás (P/EDP.5).

²⁷ Po trzecie, Komisja dokonała oceny skutków zobowiązań z dnia 28 października 2004 r., a następnie skutków zmienionych zobowiązań z dnia 17 listopada 2004 r., i doszła do wniosku, że żadne z tych zobowiązań nie rozwiązuje stwierdzonych przez nią problemów w zakresie konkurencji. Komisja uznała, że zmienione zobowiązania, które zaproponowano w dniu 26 listopada 2004 r., nie prowadzą do całkowitego i niepozostawiającego wątpliwości wyeliminowania problemów w zakresie konkurencji, z wyjątkiem rynku dostaw gazu do LDC, a także, że zobowiązania te częściowo mają jedynie charakter intencji. Komisja nie zaakceptowała też zmienionych zobowiązań, które zaproponowano w dniu 3 grudnia 2004 r., mających stanowić potwierdzenie zobowiązań z dnia 26 listopada 2004 r., ze względu na to, że

po pierwsze, przedstawiono je zbyt późno oraz, po drugie, że stanowią one jedynie wykonanie zobowiązań przedstawionych w dniu 26 listopada 2004 r.

- 28 Zatem z powyższych względów, rozważonych z osobna lub łącznie, Komisja doszła ostatecznie do wniosku, że pomimo zaproponowanych przez strony zobowiązań koncentracja umocni pozycje dominujące EDP na hurtowym rynku energii elektrycznej, rynku bilansowania energii i usług pomocniczych, a także detalicznym rynku energii elektrycznej dla dużych i małych odbiorców w Portugalii, jak również pozycje dominujące GDP na rynku dostaw gazu do elektrowni typu CCGT, a także do dużych i małych dostawców, co skutkowałoby zapobieżeniem w znaczącym stopniu konkurencji na znacznej części wspólnego rynku. Należy zatem uznać koncentrację za niezgodną ze wspólnym rynkiem, zgodnie z art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89.

Przebieg postępowania i żądania stron

- 29 Pismem zarejestrowanym w sekretariacie Sądu w dniu 25 lutego 2005 r. skarżąca wniosła skargę na zaskarżoną decyzję.
- 30 Osobnym pismem złożonym tego samego dnia skarżąca wniosła także o rozpoznanie sprawy w trybie przyspieszonym, zgodnie z art. 76a regulaminu Sądu.
- 31 W ramach środków organizacji postępowania przewidzianych w art. 64 regulaminu skarżąca i pozwana zostały zaproszone na dzień 6 kwietnia 2005 r. na nieoficjalne spotkanie z sędzią sprawozdawcą w celu przeanalizowania możliwości uwzględnie-

nia wniosku o rozpoznanie sprawy w trybie przyśpieszonym. W efekcie tego spotkania skarżąca zobowiązała się do złożenia swej skargi w formie skróconej zgodnie z wymogami praktycznych instrukcji dla stron wydanych przez Sąd, a Komisja zwróciła się o przedłużenie terminu na przygotowanie swej obrony. Sędzia sprawozdawca przedstawił tymczasowy terminarz postępowania. W dniu 22 kwietnia 2005 r. skarżąca złożyła skargę w formie skróconej, różniącą się od pierwotnej wersji przede wszystkim tym, że zrezygnowano w niej z zarzutów pierwszego i drugiego. Komisja złożyła swą odpowiedź na skargę w dniu 14 maja 2005 r.

- 32 W dniu 25 maja 2005 r. druga izba Sądu, której przydzielono tę sprawę, zadecydowała o jej rozpoznaniu w trybie przyśpieszonym.
- 33 Postanowieniem prezesa drugiej izby Sądu z dnia 13 czerwca 2005 r., po wysłuchaniu głównych stron sporu, dopuszczono Gas Natural — zgodnie z art. 76a regulaminu Sądu — do sprawy w charakterze interwenienta popierającego w trakcie rozprawy żądania Komisji, a także uwzględniono, z zastrzeżeniem uwag ze strony interwenienta, złożony przez główne strony sporu wniosek o poufne traktowanie. Gas Natural potwierdziła swój brak zastrzeżeń wobec tego wniosku.
- 34 Na podstawie sprawozdania sędziego sprawozdawcy Sąd postanowił otworzyć procedurę ustną oraz w ramach środków organizacji postępowania wezwał interwenienta do wcześniejszego dostarczenia mu szczegółowego planu jego wystąpienia na rozprawie. Na wniosek skarżącej Sąd wezwał Komisję i interwenienta do przedstawienia protokołu ze spotkania, w którym wzięły one udział w Madrycie w dniu 27 sierpnia 2004 r., co też uczyniły. Wreszcie Sąd zadał głównym stronom sporu pytania na piśmie, wzywając je do udzielenia na nie odpowiedzi w trakcie rozprawy. W przededniu rozprawy skarżąca przedłożyła odpowiedź na piśmie na wszystkie zadane pytania (zwaną dalej „odpowiedzią na potrzeby rozprawy”). Odpowiedź ta została tego samego dnia podana do wiadomości innych uczestników postępowania.

35 Wystąpienia stron oraz ich odpowiedzi na pytania Sądu zostały wysłuchane na rozprawie w dniu 5 lipca 2005 r. Dokumenty przedstawione przez skarżącą podczas rozprawy nie zostały włączone do akt sprawy.

36 Skarżąca wnosi do Sądu o:

- stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji;
- obciążenie Komisji kosztami postępowania.

37 Komisja wnosi do Sądu o:

- oddalenie skargi;
- obciążenie skarżącej kosztami postępowania.

38 Interwenient wnosi do Sądu o oddalenie skargi.

Co do istoty sprawy

39 Tytułem wstępu należy zauważyć, że ze względu na ograniczenia właściwe postępowaniu w trybie przyspieszonym, o którego zastosowaniu zadecydowano w niniejszym przypadku, zresztą za zgodą głównych stron sporu, co do zasady

w wyroku zawarte zostaje jedynie sedno argumentów strony, której zarzutu nie uwzględniono, i to jedynie w zakresie, w jakim jest to konieczne. W tym względzie wzięto pod uwagę wszelkie argumenty stron mogące mieć wpływ na rozstrzygnięcie sporu, w tym także te, które nie zostały w wyraźny sposób zawarte w sprawozdaniu na rozprawę, przyjętym przez strony z zastrzeżeniem drobnych zmian. Rozważania Sądu sprowadzają się zatem do koniecznego uzasadnienia w pełni sentencji niniejszego orzeczenia (zob. podobnie wyrok Trybunału z dnia 15 czerwca 2000 r. w sprawie C-237/98 P Dorsch Consult przeciwko Radzie i Komisji, Rec. str. I-4549, pkt 51).

- 40 Sąd stwierdza, że skarżąca wyraźnie zgodziła się — pod warunkiem że sprawa zostanie rozpoznana w trybie przyspieszonym — na rezygnację z zawartych w jej pierwotnej skardze dwóch pierwszych zarzutów, a także z trzeciej części zarzutu trzeciego, aby ułatwić szybkie wydanie orzeczenia sądowego. Rezygnacja ta została uzasadniona faktem, że w przypadku stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji z powodu uwzględnienia tych dwóch pierwszych zarzutów formalnych, opartych na braku dostępu do akt sprawy oraz braku uzasadnienia, lub też z powodu uwzględnienia trzeciej części zarzutu trzeciego, opartej na naruszeniu zasady dobrej administracji, Komisja nie byłaby a priori zobowiązana, przy wydawaniu ewentualnej nowej decyzji, do zajęcia w przedmiocie konkurencji stanowiska odmiennego od tego, które zajęła w zaskarżonej decyzji. Uwzględniając, że w niniejszym przypadku zadecydowano o rozpoznaniu sprawy w trybie przyspieszonym, Sąd przyjmuje do wiadomości rezygnację z tych dwóch zarzutów, a także trzeciej części zarzutu trzeciego.

- 41 Zgodnie ze skargą w formie skróconej skarżąca podnosi cztery zarzuty. Po pierwsze, skarżąca zarzuca nieuwzględnienie przez Komisję odstępstwa, z którego Republika Portugalska korzysta na podstawie art. 28 ust. 2 drugiej dyrektywy gazowej. Po drugie, skarżąca zarzuca naruszenie art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89 w zakresie, w jakim Komisja nie wykazała, że zostało spełnione drugie kryterium ustanowione w tym artykule. Po trzecie, skarżąca zarzuca formalne lub proceduralne naruszenia art. 8 ust. 2 i 3 rozporządzenia nr 4064/89. Po czwarte, skarżąca zarzuca Komisji popełnienie błędów w ocenie zobowiązań złożonych na podstawie art. 8 ust. 2 i 3 rozporządzenia nr 4064/89.

- 42 Tytułem wstępu należy stwierdzić, że niektóre zarzuty o charakterze ogólnym, czyli niezwiązane konkretnie z jednym z rynków właściwych, mogą samodzielnie doprowadzić do stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji. Należy zatem w pierwszej kolejności przeanalizować te zarzuty o charakterze ogólnym, a mianowicie zarzuty drugi i trzeci, a następnie zarzut pierwszy dotyczący przede wszystkim rynków gazu oraz wreszcie zarzut czwarty.
- 43 W trakcie rozprawy Komisja wyraziła wątpliwości co do faktu, iż skarżąca przedstawiła swoją odpowiedź na potrzeby rozprawy na piśmie. W tym względzie należy przypomnieć, że z 23 pytań zadanych głównym stronom sporu Sąd zażądał od skarżącej odpowiedzi na piśmie na jedynie dwa pytania. Tymczasem skarżąca przedstawiła całość swych odpowiedzi na piśmie w przededniu rozprawy, a w trakcie rozprawy ograniczyła się jedynie do powołania się na to pismo. W zakresie, w jakim Komisja podnosi, iż naruszono jej prawa do obrony, należy podkreślić, że pismo to zostało jej przekazane pod koniec popołudnia dnia poprzedzającego rozprawę oraz że miała ona faktyczną możliwość ustosunkowania się do tego pisma na rozprawie. Choć niewątpliwie krótki, czas przyznany w ten sposób Komisji jest jednak do przyjęcia w ramach mającego zastosowanie w niniejszej sprawie postępowania w trybie przyśpieszonym, postępowania, w ramach którego wyjątkowo krótkie terminy dotyczą zarówno jego uczestników, jak i Sądu. Ponadto dana Komisji możliwość poznania sedna odpowiedzi skarżącej w przededniu — zamiast w dniu rozprawy — zapewniła sprawny przebieg postępowania kontradyktoryjnego.

I — *W przedmiocie zarzutu drugiego dotyczącego naruszenia art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89*

- 44 W tym zarzucie skarżąca w istocie podnosi, że po pierwsze, art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89 zawiera dwa odrębne kryteria oraz, po drugie, że Komisja w zaskarżonej decyzji nie stwierdziła, iż drugie z tych kryteriów zostało spełnione.

- 45 Sąd przypomina, że art. 2 ust. 2 i 3 rozporządzenia nr 4064/89 ustanawia dwa kumulatywne kryteria, z których pierwsze dotyczy stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej, a drugie — faktu, że skuteczna konkurencja na wspólnym rynku lub jego znacznej części zostanie wskutek stworzenia lub umocnienia takiej pozycji znacząco utrudniona (zob. podobnie wyroki Sądu: z dnia 19 maja 1994 r. w sprawie T-2/93 Air France przeciwko Komisji, Rec. str. II-323, pkt 79; z dnia 27 listopada 1997 r. w sprawie T-290/94 Kaysersberg przeciwko Komisji, Rec. str. II-2137, pkt 156 oraz z dnia 25 października 2002 r. w sprawie T-5/02 Tetra Laval przeciwko Komisji, Rec. str. II-4381, pkt 146).
- 46 W każdym razie w pewnych przypadkach samo stworzenie czy też samo umocnienie pozycji dominującej może skutkować znaczącym utrudnieniem konkurencji.
- 47 Zatem fakt, że przedsiębiorstwo mające pozycję dominującą umacnia ją w drodze przejścia podmiotu z nim konkurującego do tego stopnia, iż osiągnięta dominacja znacznie ogranicza konkurencję, może stanowić nadużycie pozycji dominującej (wyrok Trybunału z dnia 21 lutego 1973 r. w sprawie 6/72 Europemballage i Continental Can przeciwko Komisji, Rec. str. 215, pkt 26). Orzecznictwo to jest tym bardziej właściwe w przypadku niniejszej sprawy, że sytuacja analizowana przez Trybunał w tym wyroku — w momencie kiedy rozporządzenie nr 4064/89 jeszcze nie zostało wydane — jest bardzo podobna do sytuacji mogącej stanowić następstwo koncentracji w znaczeniu tego rozporządzenia.
- 48 Podobnie w dziedzinie koncentracji dla pozycji dominującej charakterystyczna jest sytuacja, w której siła gospodarcza jednego lub kilku przedsiębiorstw umożliwia im stanowienie przeszkód w utrzymaniu skutecznej konkurencji na rynku właściwym poprzez ich działania w dużej mierze niezależne od podmiotów z nimi konkurujących, ich klientów i wreszcie konsumentów (wyrok Sądu z dnia 25 marca 1999 r. w sprawie T-102/96 Gencor przeciwko Komisji, Rec. str. II-753, pkt 200).

- 49 Wynika z tego, że dowód stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej w rozumieniu art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89 może w niektórych przypadkach stanowić dowód znaczącego utrudnienia skutecznej konkurencji. Stwierdzenie to nie oznacza wcale, że drugie kryterium jest z prawnego punktu widzenia zbieżne z kryterium pierwszym, lecz jedynie, że na podstawie jednej i tej samej analizy stanu faktycznego danego rynku można wyciągnąć wniosek, iż obydwa kryteria zostały spełnione.
- 50 Wypływa z tego wniosek, że w zakresie, w jakim z motywów decyzji stwierdzającej niezgodność koncentracji ze wspólnym rynkiem — w tym także tych formalnie poświęconych analizie stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej — wynika, iż ta koncentracja będzie miała znaczące skutki antykonkurencyjne, nie można uznać takiej decyzji za sprzeczną z prawem jedynie ze względu na to, że Komisja nie powiązała w wyraźny i konkretny sposób swego opisu tych okoliczności z drugim kryterium zawartym w art. 2 rozporządzenia nr 4064/89, czy to z punktu widzenia ustanowionego w art. 253 WE obowiązku uzasadnienia, czy też z punktu widzenia istoty sprawy. Przyjęcie przeciwnego stanowiska sprowadzałoby się bowiem do nałożenia na Komisję czysto formalnego obowiązku polegającego na zmuszeniu jej do powoływania się na te pewne identyczne rozważania dwukrotnie, pierwszy raz — przy analizie stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej na danym rynku, a po raz drugi — w odniesieniu do znaczącego utrudnienia konkurencji na wspólnym rynku.
- 51 W niniejszym przypadku należy na wstępie odrzucić twierdzenie Komisji, zgodnie z którym zarzut ten opiera się na braku uzasadnienia. Gdyby z zaskarżonej decyzji wynikało, iż Komisja nie przeanalizowała, czy zostało spełnione drugie kryterium zawarte w art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/98, lub też nie wykazała, że zostało ono spełnione, należałoby stwierdzić, iż nie zastosowała się ona do tego przepisu. W ramach tego rozporządzenia brak uzasadnienia w tym względzie świadczy bowiem jedynie o braku lub niedostateczności analizy tego, czy to drugie kryterium zostało spełnione, a nie o tym, że taką analizę w rzeczywistości przeprowadzono, choć pominięto wyjaśnienia w tej kwestii.

- 52 W odniesieniu do podniesionego przez skarżącą zarzutu głównego Sąd jest zdania, że Komisja zatroszczyła się o to, aby w zaskarżonej decyzji stwierdzić, w stosunku do każdego z rozpatrywanych rynków, spełnienie obu kryteriów zawartych w art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89. Komisja doszła bowiem do wniosku, że koncentracja umocni uprzednio istniejące pozycje dominujące EDP i GDP, skutkując tym, że skuteczna konkurencja zostałaby znacząco utrudniona na hurtowym rynku energii elektrycznej (motywy 364, 379, 410, 428 i 429), na rynku bilansowania energii oraz usług pomocniczych (motyw 432), na detalicznych rynkach energii elektrycznej (motyw 473), na rynkach dostaw gazu do producentów energii elektrycznej (motyw 528), do LDC (motyw 538), do dużych odbiorców (motyw 550), do małych odbiorców (motyw 602) oraz ogółem (motyw 609), także po przeanalizowaniu wszystkich zobowiązań (motyw 914).
- 53 Co prawda należy także stwierdzić, że w zaskarżonej decyzji Komisja przeanalizowała łącznie i bez wprowadzania rozróżnienia okoliczności, które skłoniły ją do wniosku, iż umocnione zostałyby uprzednio istniejące pozycje dominujące EDP i GDP, oraz okoliczności, które skłoniły ją do wniosku, że skutkiem koncentracji byłoby ponadto znaczące utrudnienie skutecznej konkurencji.
- 54 Zważywszy jednak, że podane w zaskarżonej decyzji okoliczności świadczące o znaczącym umocnieniu pozycji dominujących EDP i GDP oraz te świadczące o znaczącym utrudnieniu konkurencji wskutek koncentracji są często takie same, sam fakt, że Komisja nie poświęciła znaczącemu utrudnieniu konkurencji konkretnych części decyzji, nie prowadzi do wniosku, iż nie uwzględniła ona drugiego kryterium zawartego w art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89. W niniejszym zaś przypadku większość — a wręcz całość — rozważań Komisji prowadzących do stwierdzenia umocnienia uprzednio istniejących pozycji dominujących opiera się na rzeczywistym ograniczeniu konkurencji, która mogłaby występować, gdyby koncentracja nie miała miejsca, a zatem celem tych rozważań jest także wykazanie, że drugie kryterium zawarte w art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89 zostało spełnione. W szczególności w zakresie, w jakim koncentracja nie prowadzi do zwiększenia udziałów stron w jednym z rynków właściwych lub zwiększenie to jest tylko jej skutkiem ubocznym, antykonkurencyjne skutki

koncentracji wynikają w pierwszym rzędzie, a w opinii Komisji — nawet w istocie, z rzeczywistego ograniczenia konkurencji na każdym z rynków właściwych. Na przykład wykazanie, że pozycje dominujące EDP i GDP ulegną umocnieniu wskutek wykluczenia ważnego lub znaczącego potencjalnego podmiotu konkurencyjnego na większości rynków rozważanych w zaskarżonej decyzji, polega na dowiedzeniu, że konkurencja, która w opinii Komisji byłaby skuteczna, została znacząco utrudniona na skutek koncentracji (zob. na przykład, w odniesieniu do wykluczenia GDP jako najbardziej prawdopodobnego ważnego potencjalnego podmiotu konkurencyjnego na hurtowym rynku energii elektrycznej, motywy 335–364, na detalicznych rynkach energii elektrycznej, motywy 450–473 lub, w odniesieniu do wykluczenia EDP jako najbardziej znaczącego potencjalnego podmiotu konkurencyjnego na detalicznym rynku gazu, motywy 559–599).

55 Wynika z tego także, że — wbrew temu, co podnosi skarżąca — Komisja w zaskarżonej decyzji nie rozważyła kwestii, czy spełnienie kryterium zawartego w art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89 jest automatycznym następstwem pierwszego kryterium, lecz, przeciwnie, oparła swe rozumowanie na fakcie, że znaczące utrudnienia konkurencji umacniają pozycje dominujące EDP lub GDP.

56 Zatem dokonana przez Komisję i oparta na tym rozumowaniu analiza zobowiązań także nie miała zarzucanych jej przez skarżącą braków. Skoro zatem Komisja stwierdziła, że te zobowiązania nie były wystarczające, aby rozwiązać uprzednio stwierdzone problemy w zakresie konkurencji, doszła ona do wniosku, iż pozycje dominujące EDP lub GDP będą się nadal umacniać z powodu utrzymujących się znaczących utrudnień konkurencji (zob. na przykład, w odniesieniu do wykluczenia GDP jako najbardziej prawdopodobnego ważnego potencjalnego podmiotu konkurencyjnego na hurtowym rynku energii elektrycznej, motywy 650–675, na detalicznych rynkach energii elektrycznej, motywy 708–714 lub, w odniesieniu do wykluczenia EDP jako najbardziej znaczącego potencjalnego podmiotu konkurencyjnego na detalicznym rynku gazu, motywy 735–738).

57 Należy wreszcie stwierdzić, że zarzut skarżącej nie wychodzi poza krytykę ogólnej natury. W szczególności w ramach tego zarzutu skarżąca ani nie twierdzi, ani tym bardziej nie wykazuje, że — w odniesieniu do któregośkolwiek z rozpatrywanych rynków — przeprowadzone przez Komisję rozważania w przedmiocie konkurencji nie byłyby w stanie wykazać istnienia znaczącego utrudnienia skutecznej konkurencji.

58 Z powyższego wynika, że Komisja nie naruszyła drugiego kryterium zawartego w art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89. Należy zatem oddalić ten zarzut.

II — W przedmiocie zarzutu trzeciego dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 2 i 3 rozporządzenia nr 4064/89

59 Podniesiony przez skarżącą zarzut dotyczący zobowiązań dzieli się na cztery części dotyczące, po pierwsze, nieuwzględnienia kwestii ciężaru dowodu, po drugie, nieuwzględnienia ogólnego charakteru tych zobowiązań, po trzecie, nadużycia władzy i, po czwarte, nadania nadmiernego znaczenia trudnościom związanym z kontrolą przestrzegania niektórych zobowiązań dotyczących zachowań.

A — W przedmiocie pierwszej części zarzutu trzeciego dotyczącej ciężaru dowodu

60 W opinii skarżącej Komisja błędnie oparła się na domniemaniu, że ciężar udowodnienia, iż zobowiązania doprowadzą do wyeliminowania stwierdzonych przez Komisję problemów w zakresie konkurencji, spoczywa na stronach. Czyniąc

takie założenie, Komisja zastosowała niewłaściwą normę kontrolną, przedstawioną w pkt 6 komunikatu w sprawie środków zaradczych.

- 61 Należy przypomnieć, że na podstawie art. 2 ust. 2 rozporządzenia nr 4064/89 Komisja „uznaje” za zgodną ze wspólnym rynkiem koncentrację, która nie stwarza lub nie umacnia pozycji dominującej, w wyniku której skuteczna konkurencja na wspólnym rynku zostałaby znacząco utrudniona. Wynika z tego, że do Komisji należy wykazanie, iż koncentracja nie może zostać uznana za zgodną ze wspólnym rynkiem.
- 62 Następnie, na podstawie art. 8 ust. 2 rozporządzenia nr 4064/89, Komisja wydaje decyzję uznającą koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem, w przypadku gdy stwierdza, że zgłaszana koncentracja „po niezbędnych zmianach przeprowadzonych przez dane przedsiębiorstwa” spełnia kryterium ustanowione w art. 2 ust. 2 rozporządzenia nr 4064/89. Wynika z tego, że koncentracja, w której wprowadzono zmiany w drodze zobowiązań, podlega tym samym zasadom ciężaru dowodu co koncentracja bez wprowadzonych zmian.
- 63 Zatem, z jednej strony, na Komisji spoczywa obowiązek zbadania koncentracji w formie zmienionej w drodze zobowiązań skutecznie złożonych przez jej strony (zob. podobnie wyrok Sądu z dnia 30 września 2003 r. w sprawie T-158/00 ARD przeciwko Komisji, Rec. str. II-3825, pkt 280) oraz, z drugiej strony, może ona uznać taką koncentrację za niezgodną ze wspólnym rynkiem jedynie wtedy, gdy te zobowiązania nie wystarczają, aby zapobiec stworzeniu lub umocnieniu pozycji dominującej, w wyniku której skuteczna konkurencja zostałaby znacząco utrudniona. W tym względzie należy jednak przypomnieć, że w przypadku złożonych ocen ekonomicznych ciężar dowodu spoczywający na Komisji pozostaje bez wpływu na jej szeroki zakres swobodnego uznania w tej dziedzinie (zob. podobnie wyrok Sądu

z dnia 3 kwietnia 2003 r. w sprawie T-342/00 *Petrolessence i SG2R przeciwko Komisji*, Rec. str. II-1161, pkt 101 i powołane tam orzecznictwo oraz wyrok Trybunału z dnia 15 lutego 2005 r. w sprawie C-12/03 P *Komisja przeciwko Tetra Laval*, Zb.Orz. str. I-987, pkt 38).

- 64 Nie może ponadto zmienić tego stanu prawnego okoliczność, że pkt 6 komunikatu w sprawie środków zaradczych stanowi, iż „obowiązkiem stron jest wykazanie, że proponowane środki zaradcze [...] wyeliminują możliwość stworzenia lub wzmocnienia danej pozycji dominującej wskazan[ej] przez Komisję”. Nawet gdyby Komisja miała w ten sposób zamiar nałożyć na strony zgłoszonej koncentracji obowiązek wykazania skuteczności zaproponowanych zobowiązań — które to wykazanie jest zgodne z ich interesami — nie mogłaby ona wyciągnąć z tego wniosku, że w przypadku wątpliwości winna zakazać tej koncentracji. Wręcz przeciwnie, ostatecznie to Komisja winna wykazać, że ta koncentracja — ewentualnie w formie zmienionej w drodze zobowiązań — nadal powinna zostać uznana za niezgodną ze wspólnym rynkiem ze względu na stworzenie lub umocnienie pozycji dominującej znacząco utrudniającej skuteczną konkurencję.
- 65 Wynika z tego, że do Komisji należy wykazanie, iż zobowiązania skutecznie przedstawione przez strony koncentracji nie czynią tej koncentracji w formie zmienionej w drodze tych zobowiązań zgodną ze wspólnym rynkiem.
- 66 Komisja twierdzi, że należy w tym względzie odróżnić zobowiązania przedstawione przed upływem terminu końcowego ustanowionego w art. 18 ust. 2 rozporządzenia nr 447/89 na przedstawienie zobowiązań od zobowiązań przedstawionych po upływie terminu. W niniejszym przypadku nie ulega wątpliwości, że strony przedstawiły zmiany swoich pierwszych zobowiązań zarówno przed upływem tego terminu — w dniu 17 listopada 2004 r. — jak i po jego upływie, w dniu 26 listopada 2004 r., a nawet w dniu 3 grudnia 2004 r. Jednak pkt 43 komunikatu w sprawie środków zaradczych w związku z pkt 41 i 42 tego samego komunikatu nie wprowadza rozróżnienia w zależności od tego, czy zmiany tych zobowiązań zostały przedstawione przed upływem terminu końcowego, czy po nim. Niemniej punkt 43 stanowi, iż zmienione zobowiązania powinny w szczególności umożliwić Komisji

jednoznaczne ustalenie — bez konieczności przeprowadzania dodatkowego dochodzenia i dając jej dostatecznie dużo czasu na konsultacje z państwami członkowskimi — że zobowiązania takie, po ich wprowadzeniu w życie, wyeliminują stwierdzone problemy w zakresie konkurencji.

67 W tym względzie, po pierwsze, pkt 43 komunikatu w sprawie środków zaradczych nie stanowi, że do stron koncentracji należy dowiedzenie, iż zmienione zobowiązania jednoznacznie wyeliminują stwierdzone problemy w zakresie konkurencji. Po drugie, wprawdzie Komisja zobowiązała się do przyjęcia, pod pewnymi warunkami, zmienionych zobowiązań, ale nie może jednak przesunąć ciężaru dowodu określonego w rozporządzeniu nr 4064/89 dla potrzeb wydania decyzji ostatecznej na podstawie art. 8 ust. 2 lub 3 tego samego rozporządzenia ze względu na to, że koncentracja spełnia kryteria określone w art. 2 ust. 2 lub 3 tego rozporządzenia. Zgodnie zatem ze szczególnymi warunkami określonymi w pkt 43 komunikatu w sprawie środków zaradczych do Komisji należy także wykazanie, że zmienione zobowiązania nie umożliwiają jej jednoznacznego ustalenia — bez konieczności przeprowadzania dodatkowego dochodzenia lub w braku dostatecznej ilości czasu na konsultacje z państwami członkowskimi — iż wyeliminują one stwierdzone problemy w zakresie konkurencji.

68 Należy wreszcie podkreślić, że — zgodnie z logiką postępowania administracyjnego w dziedzinie konkurencji — Komisja tymczasowo określa powstałe jej zdaniem w związku z koncentracją problemy w zakresie konkurencji, po pierwsze, wyjaśniając, dlaczego uważa za konieczne wszczęcie postępowania na podstawie art. 6 ust. 1 rozporządzenia nr 4064/89, a następnie, po drugie, kierując do stron koncentracji pismo w sprawie przedstawienia zarzutów. Na tym etapie strony koncentracji mogą podważyć sam fakt występowania tych problemów w zakresie konkurencji lub zaproponować zobowiązania mogące je rozwiązać, bądź w odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, bądź na późniejszym etapie dyskusji. Jest oczywiste, że proponując przyjęcie zobowiązań, strony koncentracji mają zamiar przekonać Komisję, iż te zobowiązania w pełni rozwiązują stwierdzone wcześniej problemy w zakresie konkurencji. Z drugiej strony, jeśli Komisja uzna te zobowiązania za niewystarczające, niewątpliwie oznacza to, że nie

jest ona przekonana o wartości tych zobowiązań z punktu widzenia możliwości wyeliminowania spowodowanych przez daną koncentrację problemu lub problemów w zakresie konkurencji.

- 69 Wynika z tego, że okoliczność, iż Komisja uważa skutecznie przedstawione zobowiązania — to znaczy przedstawione w ramach pierwszej propozycji lub zgodnie z pkt 43 komunikatu w sprawie środków zaradczych jako zmianę tych pierwszych zobowiązań — za niewystarczające, stanowi nieprawidłowe przesunięcie ciężaru dowodu jedynie w sytuacji, kiedy Komisja opiera swoją ocenę, iż te zobowiązania są niewystarczające, nie na obiektywnych i sprawdzalnych kryteriach, lecz na swym stwierdzeniu, że strony koncentracji nie przedstawiły wystarczających dowodów, aby dokonać oceny istoty sprawy. W tym drugim przypadku wątpliwości nie przesądzałyby bowiem na korzyść stron koncentracji i należałoby dojść do wniosku, że ciężar dowodu zgodności takiej koncentracji ze wspólnym rynkiem został przesunięty.
- 70 W niniejszym przypadku skarżąca podaje tylko jeden przykład oparty na motywie 833 zaskarżonej decyzji dotyczącym zobowiązań z dnia 17 listopada 2004 r. przedstawionych przed upływem terminu końcowego. Zgodnie z tym motywem „nadal istnieją znaczne wątpliwości i brak pewności co do kwestii, czy łączny skutek [zaproponowanych środków] w wystarczający sposób zrekompensuje wykluczenie EDP jako głównego potencjalnego podmiotu konkurencyjnego” [tłumaczenie nieoficjalne] na rynku dostaw gazu do dużych odbiorców. W zaskarżonej decyzji Komisja wyraźnie opiera tę ocenę na komunikacie w sprawie środków zaradczych.
- 71 Należy stwierdzić, że Komisja podsumowała ten motyw w bardzo stanowczy sposób, twierdząc, że zaproponowane przez strony środki nie zapobiegną umocnieniu pozycji dominującej GDP na danym rynku jako skutkowi koncentracji. Komisja uznała zatem, że zobowiązania te nie wystarczają, aby zezwolić na koncentrację.

72 Ponadto Komisja podniosła kwestię wątpliwości i braku pewności w szczególności wobec bezwarunkowości i pewności tych zobowiązań. W motywie 832 zaskarżonej decyzji wyliczyła ona pięć przyczyn, dla których doszła do wniosku, że zobowiązania te nie wystarczają, aby zapewnić, iż dodatkowe przepustowości gazu zostaną rzeczywiście udostępnione podmiotom trzecim (wyłączenie hiszpańskich spółek córek stron ze zobowiązania do niezastrzegania dodatkowych przepustowości; brak wyrażenia przez hiszpański organ regulacyjny obowiązkowej zgody na kody dostępu; prawo stron do zastrzeżenia przepustowości określonych jako „strategiczne”, ograniczona skuteczność zobowiązania do uwolnienia przepustowości w Campo Maior ze względu na ograniczoną aktualną przepustowość gazociągu oraz negatywne skutki dla dostępnej przepustowości terminalu LNG w Sinès; szczególne uprawnienia stron wobec operatora tego terminalu oraz możliwość zbudowania magazynu gazu ziemnego). W tej sytuacji wyrażone wątpliwości odnoszą się nie do ewentualności naruszeń konkurencji wynikających z koncentracji, lecz do niemożliwości zapewnienia, że te zobowiązania zostaną w pełni wykonane. Komisja ma zaś prawo nie przyjąć zobowiązań, które nie są wiążące lub — co sprowadza się do tego samego — których skuteczność może zostać przez strony zmniejszona, a wręcz wyłączona. Postępując w ten właśnie sposób, Komisja nie przeniosła ciężaru dowodu na strony, lecz zanegowała pewny i wymierny charakter zobowiązań, jaki powinny były one mieć. Należy wreszcie stwierdzić, że w ramach tego zarzutu skarżąca nie podważyła przed Sądem niepewnego charakteru skutków tych zobowiązań.

73 W świetle powyższego należy stwierdzić, że w zaskarżonej decyzji Komisja nie przeniosła ciężaru dowodu ciążącego na niej w zakresie obowiązku wykazania, iż koncentracja jest niezgodna ze wspólnym rynkiem. Przeciwnie, usiłowała ona wykazać, dlaczego, pomimo zaproponowanych zobowiązań, należy zakazać tej koncentracji.

74 Należy zatem oddalić pierwszą część zarzutu trzeciego.

B — W przedmiocie drugiej części zarzutu trzeciego dotyczącej ogólnej oceny koncentracji w zmienionej formie

- 75 Skarżąca w istocie twierdzi, że Komisja nie dokonała oceny sytuacji, która istniałaby po koncentracji — z uwzględnieniem zobowiązań — w odniesieniu do sytuacji, która istniałaby, gdyby koncentracja nie miała miejsca. W pisemnej odpowiedzi na potrzeby rozprawy skarżąca wyjaśniła swoją argumentację w ten sposób, że zarzuca ona Komisji, iż dokonała ona raczej oceny słabych stron, które można przypisać zobowiązaniom, niż oceny prawdopodobnych skutków koncentracji w zmienionej formie na danym rynku, co — zdaniem skarżącej — prowadziłyby do odmiennych rezultatów. Ponadto — jej zdaniem — Komisja dokonała oceny każdego zobowiązania z osobna. W swej pisemnej odpowiedzi skarżąca przytoczyła tytułem przykładu analizę zobowiązań, których celem jest rozwiązanie problemu horyzontalnego na hurtowym rynku energii elektrycznej, przeprowadzoną odrębnie od analizy zobowiązań dotyczących niehoryzontalnych problemów na tym rynku.
- 76 Należy stwierdzić, że zaskarżona decyzja została formalnie skonstruowana w następujący sposób: najpierw określono w niej problemy w zakresie konkurencji spowodowane przez koncentrację w zgłoszonej formie na każdym z rynków (motywy 280–609), następnie zawarto ocenę z punktu widzenia prawa konkurencji zobowiązań z dnia 28 października 2004 r. (motywy 650–738), następnie zobowiązań z dnia 17 listopada 2004 r. (motywy 741–841) oraz wreszcie zobowiązań z dnia 26 listopada 2004 r. (motywy 860–912). W swej ocenie Komisja przeanalizowała kolejno każde z zobowiązań uznanych za mające znaczenie dla właściwych rynków. W sytuacji gdy Komisja ustaliła, że na danym rynku istnieje kilka problemów w zakresie konkurencji, przeanalizowała ona następnie zobowiązania w kontekście każdego z tych problemów. We wszystkich przypadkach poza rynkiem dostaw gazu do LDC, Komisja stwierdziła, że zobowiązania nie wystarczały, aby wyeliminować stwierdzony problem w zakresie konkurencji lub rozpatrywane umocnienie pozycji dominującej (zob. w kwestii wybranego przez skarżącą jako przykład hurtowego rynku energii elektrycznej, w zakresie dotyczącym problemu horyzontalnego, motywy 675, 767 i 868 lub w zakresie dotyczącym problemów niehoryzontalnych — motywy 700, 702, 703, 801, 874 i 875).

- 77 Należy przypomnieć, że na Komisji spoczywa obowiązek zbadania koncentracji w formie zmienionej w drodze zobowiązań skutecznie złożonych przez jej strony (zob. pkt 63 powyżej). Jednakże — jak przyznała na rozprawie skarżąca — postulat ten nie oznacza zakazu sukcesywnego badania spowodowanych przez tę koncentrację problemów w zakresie konkurencji, następnie zobowiązań zaproponowanych przez strony tej koncentracji, mających na celu wyeliminowanie tych problemów, ani też nie wyłącza sukcesywnego badania każdego z zobowiązań mających znaczenie z punktu widzenia tych problemów, pod warunkiem że Komisja dojdzie w końcu do ogólnej oceny koncentracji w zmienionej formie, czyli skutków tej koncentracji na każdym z określonych rynków z punktu widzenia całości zobowiązań mających znaczenie na tym rynku.
- 78 Do Komisji ponadto należy zbadanie wszystkich zobowiązań mających znaczenie z punktu widzenia problemu w zakresie konkurencji stwierdzonego na jednym z rynków właściwych, w tym także tych, które nie zostały wyraźnie wskazane jako takie przez strony koncentracji. Komisja nie narusza jednak prawa, dokonując jedynie oceny szczególnych zobowiązań dotyczących tylko jednego rynku lub jednego problemu w zakresie konkurencji z punktu widzenia tego rynku lub tego problemu, jeśli inne zobowiązania nie są istotne ani też nie mają rzeczywistego znaczenia ekonomicznego w tym kontekście.
- 79 W niniejszym przypadku skarżąca opiera się na nierealistycznym postulatcie oraz błędnej interpretacji zaskarżonej decyzji.
- 80 W pierwszej kolejności należy przypomnieć, że celem zobowiązań zaproponowanych przez strony koncentracji jest w szczególności rozwiązanie wcześniej stwierdzonych problemów w zakresie konkurencji. W tej sytuacji, w obliczu zaproponowanego zobowiązania, Komisja nie może nie zadać sobie w pierwszej kolejności pytania o zakres tego zobowiązania i, w szczególności, jego istotnych ewentualnych słabych punktów, a następnie nie sprawdzić, czy to zobowiązanie jest właściwe, aby rozwiązać stwierdzony problem w całości lub części. Analiza możliwych skutków koncentracji w zmienionej formie zakłada bowiem dokonanie

w pierwszej kolejności oceny zakresu tej zmiany. W tym względzie należy zauważyć, że skarżąca w swej skardze i załącznikach do niej zdecydowała się na poczynienie tych kolejnych kroków, co skłoniło zresztą Sąd do zastosowania takiego samego podejścia. Nierealistyczne jest ponadto przyjmowanie, że Komisja mogłaby, przy narzuconych jej w rozporządzeniu nr 4064/89 ograniczeniach czasowych, rozpocząć — po przedstawieniu zobowiązań — całą analizę koncentracji od nowa, tak jakby ta koncentracja została jej na nowo zgłoszona w formie zmienionej w drodze zobowiązań. Takie podejście stałoby w sprzeczności z wymogiem szybkości postępowania, typowym dla ogólnej struktury rozporządzenia nr 4064/89 (wyrok Sądu z dnia 28 kwietnia 1999 r. w sprawie T-221/95 Endemol przeciwko Komisji, Rec. str. II-1299, pkt 68). Zaproponowane pośrednio przez skarżącą podejście jest nierealistyczne, tym bardziej że w niniejszym przypadku zaproponowano kolejno trzy, a wręcz cztery, grupy zobowiązań, z których ostatnia lub ostatnie zostały przedstawione zbyt późno, gdy postępowanie było niemal zakończone. W tym względzie nie ma wpływu na tę analizę argument skarżącej, zgodnie z którym te zaproponowane kolejno zobowiązania są jedynie zmianami wcześniejszych zobowiązań i nie stanowią nowych zobowiązań. W tej sytuacji Komisja jest za każdym razem zobowiązana do dokonania zestawienia tych nowych okoliczności z wcześniejszą analizą, aby zbadać, czy te zmiany mogą podważyć wyciągnięte przez nią wcześniej wnioski.

- 81 Po drugie, w zaskarżonej decyzji Komisja wyjaśniła dokładnie, dlaczego poszczególne zobowiązania nie pozwalają same z siebie — z uwagi na swoje słabe punkty — na rozwiązanie danego problemu w zakresie konkurencji. Doszła ona jednak w drodze tej szczególnej analizy do wniosku, zgodnie z którym także całość zobowiązań mających znaczenie z punktu widzenia tego problemu nie wystarcza, aby ten problem rozwiązać. W odniesieniu do zobowiązań z dnia 18 października i 17 listopada 2004 r. Komisja wyjaśniła, że pozycja dominująca byłaby nadal umacniana (zob. na przykład w odniesieniu do przywołanego przez skarżącą hurtowego rynku energii elektrycznej, w zakresie dotyczącym problemu horyzontalnego, motywy 675 i 767 lub w zakresie dotyczącym problemów niehoryzontalnych motywy 700, 702, 703 i 801). Gdy uznała to za konieczne, zbadała także zobowiązania inne niż te zaproponowane przez strony w celu rozwiązania danego problemu w zakresie konkurencji (motywy 809–812). W ten sposób dokonana przez Komisję analiza była równoważna analizie koncentracji w formie zmienionej w drodze zobowiązań. Choć w odniesieniu do zobowiązań z dnia 26 listopada 2004 r. Komisja ograniczyła się do stwierdzenia, że te zobowiązania nie wystarczają do rozwiązania rozpatrywanych problemów w zakresie konkurencji, dokonała jednak ogólnej oceny tych zobowiązań z punktu widzenia tych problemów (zob.

w odniesieniu do problemu horyzontalnego na hurtowym rynku energii elektrycznej motyw 868 lub w odniesieniu do niehoryzontalnych problemów na tym rynku motywy 874 i 875). Ponadto — uwzględniając, że analiza zbyt późno przedstawionych zobowiązań spełnia szczególne wymogi ustanowione w komunikacie w sprawie środków zaradczych — z faktu, iż Komisja nie stwierdziła w wyraźny sposób umocnienia badanych pozycji dominujących, nie można wyciągnąć wniosku, że nie dokonała ona ogólnej analizy koncentracji w zmienionej formie.

82 Wynika z tego, że Komisja rzeczywiście dokonała ogólnej analizy koncentracji w formie zmienionej w drodze zobowiązań zaproponowanych przez strony.

83 W odniesieniu do przywołanego przez skarżącą przykładu przeprowadzonej osobno analizy zobowiązań dotyczących problemu horyzontalnego i problemów niehoryzontalnych na hurtowym rynku energii elektrycznej, należy stwierdzić, że ten argument jest całkowicie zbieżny z argumentem przedstawionym w ramach zarzutu czwartego, zgodnie z którym zobowiązania dotyczące problemów niehoryzontalnych mają umożliwić wejście na rynek pewnej liczby podmiotów konkurencyjnych, podczas gdy GDP była tylko jednym potencjalnym podmiotem konkurencyjnym. Zakładając, że Komisja niesłusznie uznałaby, że może sobie pozwolić na pominięcie badania pośredniego znaczenia pewnych zobowiązań z punktu widzenia jakiegoś problemu w zakresie konkurencji lub rynku, które to zobowiązania nie są bezpośrednio istotne dla danego problemu lub rynku, nie naruszyłaby ona prawa, lecz popełniłaby błąd w ocenie. Komisja jest bowiem zobowiązana do badania wszystkich zobowiązań mających znaczenie z punktu widzenia problemu w zakresie konkurencji stwierdzonego na jednym z rynków właściwych — w tym także tych, które nie zostały wyraźnie wskazane jako takie przez strony koncentracji — jednakże kwestia, czy takie zobowiązanie ma znaczenie dla szczególnego problemu spowodowanego koncentracją wchodzi w zakres oceny ekonomicznej tej koncentracji i powinna być analizowana w tych właśnie ramach.

84 Uwzględniając, że skarżąca podniosła ten argument także w ramach zarzutu czwartego, dotyczącego popełnionych przez Komisję błędów w ocenie koncentracji w zmienionej formie, należy go rozpatrzyć w trakcie analizy tego zarzutu.

85 W świetle powyższego należy oddalić drugą część zarzutu trzeciego.

C — W przedmiocie trzeciej części zarzutu trzeciego dotyczącej nadużycia władzy

86 Skarżąca twierdzi, że Komisja przekroczyła zakres kompetencji przyznanych jej w rozporządzeniu nr 4064/89, żądając, aby zobowiązania miały na celu liberalizację rynków energii elektrycznej i gazu.

87 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem pojęcie nadużycia władzy odnosi się do sytuacji, w której organ administracyjny użył swoich uprawnień w celu odmiennym niż ten, w którym uprawnienia te zostały mu przyznane. Decyzja jest wadliwa z powodu nadużycia władzy tylko wtedy, gdy obiektywne, właściwe dla danej sprawy i zgodne przesłanki pozwalają stwierdzić, że została ona przyjęta w takim odmiennym celu (wyroki Trybunału: z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-331/88 Fedesa i in., Rec. str. I-4023, pkt 24 oraz z dnia 10 maja 2005 r. w sprawie C-400/99 Włochy przeciwko Komisji, Zb.Orz. str. I-3657, pkt 38). W przypadku gdy decyzja ma służyć realizacji wielu celów, nawet jeśli obok uzasadnionych motywów decyzji występuje nieuzasadniony motyw, to decyzja nie stanowi z tego względu nadużycia władzy, jeżeli nie zrezygnowano w niej z osiągnięcia celu głównego (wyrok Trybunału z dnia 21 grudnia 1954 r. w sprawie 2/54 Włochy przeciwko Wysokiej Władzy, Rec. str. 73, 103 oraz podobnie wyrok Sądu z dnia 8 lipca 1999 r. w sprawie T-266/97 Vlaamse Televisie Maatschappij przeciwko Komisji, Rec. str. II-2329, pkt 131).

88 Należy tytułem wstępu stwierdzić, że nie ulega wątpliwości, iż koncentracja będąca przedmiotem niniejszego sporu wchodzi w zakres stosowania rozporządzenia nr 4064/89 (motywy 12 i 13 zaskarżonej decyzji). Należy także stwierdzić, że skarżąca nie twierdzi, iż koncentracja nie może stanowić przedmiotu decyzji o wszczęciu dochodzenia na podstawie art. 6 rozporządzenia nr 4064/89, a zatem — decyzji ostatecznej na podstawie art. 8 rozporządzenia nr 4064/89. W tym względzie

skarżąca przyznaje, w szczególności w swej pisemnej odpowiedzi na potrzeby rozprawy, że koncentracja, w takiej formie, w jakiej została zgłoszona, umacniałaby pozycje dominujące EDP na rynkach energii elektrycznej. W tej sytuacji nie można było uniknąć przedstawienia przez strony tej koncentracji zobowiązań mających na celu uzyskanie decyzji uznającej koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem.

89 Należy zatem stwierdzić, że Komisja, biorąc pod uwagę zobowiązania zaproponowane celem wydania zaskarżonej decyzji, działała w całkowitej zgodności z rozporządzeniem nr 4064/89. Komisja osiągnęła w ten sposób jego cel, polegający na zakazie stwarzania lub umacniania pozycji dominującej, która znacząco utrudniałaby skuteczną konkurencję.

90 Skarżąca twierdzi jednak, że Komisja zażądała, aby zaproponowano dalsze zobowiązania, wychodząc w ten sposób poza to, co niezbędne, aby zapewnić, iż pozycje dominujące EDP lub GDP nie będą umacniane. W szczególności Komisja miała zażądać otwarcia rynku do tego stopnia, że wychodziłoby to poza rozwiązanie wywołane przez koncentrację problemu w zakresie konkurencji.

91 Liczne przykłady powołane przez skarżącą — zgodnie z którymi Komisja uznała w istocie zobowiązania za niewystarczające, aby zapewnić wejście nowych podmiotów konkurencyjnych na rynki właściwe (zob. w szczególności motywy 659, 665, 707, 714, 725, 749, 805, 812, 862, 879 i 888 zaskarżonej decyzji) — wykazują jedynie, że Komisja dążyła do realizowania celu rozporządzenia nr 4064/89, polegającego na zapobieganiu stworzeniu lub umacnianiu pozycji dominujących, które prowadzą do znaczącego utrudnienia skutecznej konkurencji przez koncentrację. Wejście nowych podmiotów konkurencyjnych na rynki, na których EDP i GDP zajmują niewątpliwie bardzo silne pozycje dominujące, stanowi bowiem w ramach stosowania art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89 główny cel z punktu widzenia konkurencji. Główny cel realizowany przez Komisję poprzez odmowę zmiany swego stanowiska w świetle zaproponowanych zobowiązań pozostaje zatem w całkowitej zgodności z rozporządzeniem nr 4064/89.

- 92 W tym względzie należy zauważyć, że w ramach swego zarzutu dotyczącego oceny koncentracji w zmienionej formie z punktu widzenia prawa konkurencji, skarżąca powołuje się na okoliczność, iż ta koncentracja stanowi znaczący postęp w kierunku otwarcia rynków gazu i energii elektrycznej na konkurencję. Skarżąca przyznaje zatem — inaczej zaprzeczałaby sama sobie — że rozwiązanie, w drodze zobowiązań, problemów w zakresie konkurencji wynikłych z koncentracji może współistnieć z dążeniem do otwarcia rynków na konkurencję.
- 93 Nawet przy założeniu — co zostanie przeanalizowane poniżej — że stwierdzenie przez Komisję, iż jedno z zaproponowanych zobowiązań jest niewystarczające lub że wymaganie przez nią szczególnego zobowiązania należałoby uznać za nadmierne z punktu widzenia rozwiązania problemów w zakresie konkurencji stwierdzonych przez Komisję w zaskarżonej decyzji, taki błąd stanowiłby naruszenie art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89, a nie nadużycie władzy.
- 94 Skarżąca twierdzi ponadto, że Komisja zdaje się skłaniać ku stanowisku przedstawionemu w sprawozdaniu sporządzonym przez Cambridge Economic Policy Associates na wniosek portugalskiego organu właściwego ds. konkurencji i zatytułowanym „Sprawozdanie na temat rynków energii elektrycznej i gazu w Portugalii”, zgodnie z którym, w opinii skarżącej, Komisja powinna czynnie wykorzystać będącą przedmiotem sporu koncentrację do poprawy warunków konkurencji. Należy jednak stwierdzić, że we fragmentach zaskarżonej decyzji przytaczających to sprawozdanie (zob. w szczególności motywy 137, 172, 333 i 573) Komisja w żaden sposób nie uznała za swój cel zaproponowanego w sprawozdaniu, lecz ograniczyła się do dokonania obiektywnych ocen ekonomicznych na jego podstawie. Odwołania do tego sprawozdania nie mogą zatem stanowić przesłanki nadużycia władzy.
- 95 Jeśli chodzi o inne przytaczane przez skarżącą okoliczności, w szczególności oświadczenia Maria Montiego, członka Komisji właściwego ds. konkurencji, oraz inne wydane przez Komisję decyzje z zakresu koncentracji w sektorze energetycznym (decyzja Komisji z dnia 7 lutego 2001 r. w sprawie COMP/M.1853 — EDF/EnBW; decyzja Komisji z dnia 19 marca 2002 r. w sprawie COMP/M.2684.1853 — EnBW/EDP/Gastajur/Hidrocantábrico), nie mogą one stanowić

właściwych przesłanek, aby przesądzić o nadużyciu władzy w niniejszym przypadku, skoro nie stanowią one podstaw zaskarżonej decyzji. Ponadto, nawet jeśli te dwie decyzje dotyczące koncentracji miały zarzucane jej przez skarżącą braki, polegające na tym, że obie wymagały otwarcia rynków, które nie było konieczne z punktu widzenia stwierdzonych w tych decyzjach problemów w zakresie konkurencji, nie musi to oznaczać, iż zaskarżona decyzja, oparta na sytuacji konkurencyjnej charakterystycznej dla danej sprawy, ma te same braki.

96 Powoływana przez skarżącą okoliczność, zgodnie z którą Komisja dążyła w rzeczywistości do osiągnięcia celów określonych przez drugą dyrektywą gazową, choć dyrektywa ta ma za podstawę art. 47 ust. 2 WE (prawo przedsiębiorczości), art. 55 WE (swobodne świadczenie usług) oraz art. 95 WE (zbliżanie ustawodawstw), nie dowodzi tego, że Komisja niesłusznie zamierzała realizować te cele. Po pierwsze, podstawa prawna tej dyrektywy wykazuje raczej, że Komisja mogła realizować cele tej dyrektywy jedynie w bardzo pośredni sposób, popierając wejście nowych podmiotów konkurencyjnych, w szczególności krajowych, na rynki właściwe. Po drugie, należy stwierdzić, że skutkiem, jeśli nie celem, dyrektywy 98/30/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. dotyczącej wspólnych zasad w odniesieniu do rynku wewnętrznego gazu (Dz.U. L 204, str. 1, zwanej dalej „pierwszą dyrektywą gazową”) oraz drugiej dyrektywy gazowej jest w szczególności wprowadzenie reguł konkurencji w sektorze, który dotąd nie podlegał tym regułom [zob. motywy 2, 6, 21, 22, 26, a w szczególności — motyw 31 dyrektywy 2003/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylającej dyrektywę 96/92/WE (Dz.U. L 176, str. 37, zwanej dalej „drugą dyrektywą energetyczną”) oraz motywy 2, 7, 19, 21, 25, 27, a w szczególności — motyw 30 drugiej dyrektywy gazowej; zob. także, w odniesieniu do dyrektywy 96/92/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 19 grudnia 1996 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej (Dz.U. L 27, str. 20), wyrok Trybunału z dnia 7 czerwca 2005 r. w sprawie C-17/03 VEMW i in., Zb.Orz. str. I-4983, pkt 62]. Wynika z tego, że jeden z celów drugiej dyrektywy gazowej ma wyraźnie konkurencyjny charakter. Nie stanowi zatem zaskoczenia fakt, że mający konkurencyjny charakter cel rozporządzenia nr 4064/89 także został przejęty z drugiej dyrektywy energetycznej i drugiej dyrektywy gazowej. W konsekwencji fakt, iż Komisja dążyła do wykonania drugiej dyrektywy gazowej, nie może stanowić przesłanki nadużycia władzy, skoro ze względu na ten cel rozporządzenie to przyznało Komisji jej kompetencje.

97 Skarżąca twierdzi wreszcie, że liberalizacja sektora energetycznego powinna była zostać przeprowadzona w drodze zastosowania art. 86 WE. Nie rozstrzygając kwestii, czy Komisja mogła jeszcze skorzystać z uprawnień przyznanych jej w tym artykule ? pomimo istnienia drugiej dyrektywy energetycznej i drugiej dyrektywy gazowej ? argument skarżącej jest w ramach niniejszej części zarzutu pozbawiony znaczenia. Zakładając bowiem, że art. 86 WE umożliwi zliberalizowanie danych rynków, założenie takie może prowadzić jedynie do stwierdzenia, iż to dotyczące konkurencji postanowienie traktatowe i rozporządzenie nr 4064/89, którego cele — jak przedstawiono powyżej — Komisja prawidłowo realizowała, mogą być stosowane łącznie.

98 W świetle powyższego należy oddalić trzecią część zarzutu trzeciego.

D — W przedmiocie czwartej części zarzutu trzeciego dotyczącej trudności związanych z kontrolą niektórych zobowiązań dotyczących zachowań

99 Skarżąca twierdzi, że Komisja nie uwzględniła niektórych zobowiązań ze względu na to, że dotyczyły one zachowań oraz konieczności przeprowadzania ich kontroli ex post. Postępując w ten sposób, Komisja naruszyła — zdaniem skarżącej — zasady wynikające z orzecznictwa i swą niedawną praktykę administracyjną oraz nie uwzględniła możliwości przeprowadzenia tej kontroli ex post przez właściwe władze portugalskie.

100 Tytułem wstępu należy przypomnieć, że zobowiązania dotyczące zachowań nie są ze swej natury niewłaściwe, aby zapobiec stworzeniu lub umocnieniu pozycji dominującej, i że winny być one oceniane w każdym indywidualnym przypadku tak samo jak zobowiązania natury strukturalnej (wyrok w sprawie Gencor przeciwko Komisji, przywołany w pkt 48 powyżej, pkt 319 oraz wyrok w sprawie Tetra Laval przeciwko Komisji, przywołany w pkt 45 powyżej, pkt 161, utrzymany w tym względzie w mocy wyrokiem Trybunału z dnia 15 lutego 2005 r. w sprawie Komisja przeciwko Tetra Laval, przywołanym w pkt 63 powyżej, pkt 85).

- 101 Zarzut skarżącej opiera się jednak na błędnej interpretacji zaskarżonej decyzji, ponieważ w trzech przedstawionych przez nią przykładach Komisja nie uwzględniła danych zobowiązań dotyczących zachowań ze względu na to, że są one generalnie niewystarczające, aby rozwiązać stwierdzone problemy w zakresie konkurencji, a nie tylko z powodu tego, iż dotyczą one zachowań lub też z powodu trudności z kontrolą tych zobowiązań.
- 102 W motywie 663 Komisja stwierdziła wprawdzie, że zobowiązanie dotyczące dzierżawy mocy produkcyjnej odpowiadającej mocy produkcyjnej jednej elektrowni typu CCGT w ramach TER jest dalekie od zobowiązania natury strukturalnej — wraz z charakterystycznymi dlań korzyściami — oraz wymaga późniejszej pogłębionej kontroli z jej strony. Komisja zamierzała jednak w ten sposób jedynie podkreślić, że strony koncentracji przewidziały wcześniejsze wygaśnięcie tego zobowiązania w przypadku spełnienia pewnych złożonych przesłanek oraz zwróciły się do niej o sprawdzenie, czy jedna z tych przesłanek jest spełniona. I tak Komisja uważała przede wszystkim, że przesłanki te budzą poważne wątpliwości wiążące się z tym zobowiązaniem. Po pierwsze więc, fakt, że zobowiązanie dotyczy zachowań, nie przesądził o odrzuceniu przez Komisję tego zobowiązania. Po drugie, trudności związane z kontrolą tych przesłanek wynikały z ich złożoności oraz ich niewłaściwego charakteru, a nie z odmowy Komisji przeprowadzenia ich kontroli ex post. Po trzecie wreszcie, w motywach 662 i 664 zostały wskazane inne czynniki — takie jak w szczególności okoliczność, że dzierżawca nie będzie w stanie samodzielnie zarządzać elektrownią typu CCGT, że uzależni się on od EDP lub że przesłanki wcześniejszego wygaśnięcia zobowiązania opierają się na względach natury transgranicznej, podczas gdy rynek pozostanie rynkiem krajowym — które także, zdaniem Komisji, uzasadniają odrzucenie tego zobowiązania.
- 103 W motywie 678 Komisja przedstawiła jedynie jako dodatkową i marginalną przyczynę okoliczność, że zobowiązanie dotyczące sprzedaży terminalu LNG w Sinès wymaga późniejszej pogłębionej kontroli z jej strony. Zupełnie nie oparła się ona na okoliczności, że to zobowiązanie dotyczy zachowań i niemal całość tego motywu jest poświęcona innym przyczynom, takim jak w szczególności moment wycofania się z inwestycji, słabe punkty dostępu podmiotów trzecich do przepustowości gazu oraz zachowanie mniejszościowego udziału GDP w spółce będącej operatorem zarządzającym terminalem, które doprowadziły Komisję w następnym motywie do wniosku, iż pozytywne skutki tego zobowiązania mogą być znacznie ograniczone.

104 W motywie 719 Komisja stwierdziła wprawdzie, iż przedmiotem zobowiązania dotyczącego zawieszenia prawa głosu EDP w zarządzie Turbogás w kwestiach dotyczących dostaw gazu i inwestycji oraz mianowania niezależnych członków zarządu Turbogás są jedynie zachowania oraz że trudno by je było kontrolować, niemniej ten aspekt podkreślono jedynie tytułem uzupełniającym i stanowi on następstwo trzech podstawowych przyczyn, dla których Komisja uznała to zobowiązanie za niewystarczające, a mianowicie okoliczności, że niezależność mianowanych członków nie jest zagwarantowana, okoliczności, że EDP zachowa prawo głosu w ważnych kwestiach i będzie mogła pośrednio wpływać na wybór dostawców gazu, oraz okoliczności, że okres zawieszenia prawa głosu został ograniczony do trzech lat.

105 W odniesieniu wreszcie do zastrzeżenia, zgodnie z którym Komisja nie uwzględniła możliwości dokonywania przez właściwe władze portugalskie kontroli niezbędnych do sprawdzenia, czy zostały spełnione przesłanki wcześniejszego wygaśnięcia spornych zobowiązań, należy stwierdzić, po pierwsze, że w odniesieniu do dzierżawy TER, same strony wyraźnie zdecydowały zwrócić się do Komisji, aby ta sprawdziła, czy te przesłanki są spełnione. Komisja nie była zatem w stanie powierzyć tej kontroli władzom krajowym, chyba że sama zmieniałaby zaproponowane zobowiązanie, do czego nie jest uprawniona. Tak samo w odniesieniu do dwóch innych zobowiązań przywołanych przez skarżącą Komisja nie miała obowiązku — nawet jeśli miała taką możliwość w ramach prowadzonej ze stronami dyskusji — ustanowienia szczególnej metody nadzoru, w szczególności nadzoru powierzonego właściwym władzom krajowym. Obowiązkiem stron było natomiast zaproponowanie pełnych i skutecznych pod każdym względem zobowiązań, w szczególności, jeśli te dotyczące zachowań zobowiązania miały słabe punkty z punktu widzenia ich wiążącego charakteru, które uzasadniały ich kontrolę ex post.

106 W świetle powyższego należy oddalić czwartą część zarzutu trzeciego.

107 Zarzut czwarty musi zatem zostać oddalony w całości.

III — *W przedmiocie zarzutu pierwszego dotyczącego odstępstwa, z którego Republika Portugalska korzysta na podstawie drugiej dyrektywy gazowej*

- 108 Skarżąca w istocie twierdzi, że Komisja, oceniając sytuację konkurencyjną na rynkach nieotwartych na konkurencję, nie uwzględniła, po pierwsze, czasowego odstępstwa od terminarza liberalizacji z którego korzysta Republika Portugalska na podstawie drugiej dyrektywy gazowej i, po drugie, naruszyła art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89, rozciągając swą analizę z punktu widzenia prawa konkurencji na ponad pięć lat od koncentracji.

A — *Uwagi wstępne*

- 109 Tytułem wstępu należy przypomnieć, że wspólnotowe rynki energii elektrycznej i gazu nie musiały w praktyce być otwarte na konkurencję, zanim — ze względu na istnienie w niektórych państwach członkowskich monopoli państwowych — nie wydano pierwszej i drugiej dyrektywy gazowej. Trybunał miał jednak sposobność przypomnieć, że postanowienia traktatu WE dotyczące konkurencji mają zastosowanie do decyzji przedsiębiorstw prowadzących działalność w tych sektorach (wyrok Trybunału z dnia 27 kwietnia 1994 r. w sprawie C-393/92 *Almelo i in., Rec. str. I-1477, pkt 34–51*). Niemniej zarówno pierwsza, jak i druga dyrektywa gazowa, przyspieszająca terminarz liberalizacji przewidziany w pierwszej dyrektywie, zostały oparte na założeniu, zgodnie z którym państwa członkowskie nie były natychmiast, z chwilą wejścia w życie tych dyrektyw, zobowiązane do otwarcia rynków gazu na konkurencję. Należy zatem uznać, że różne rynki gazu nie muszą zostać otwarte na konkurencję, zanim nie upłyną terminy określone w drugiej dyrektywie gazowej.
- 110 Celem drugiej dyrektywy gazowej jest utworzenie wewnętrznego rynku gazu, na którym panuje uczciwa konkurencja (motyw 30 drugiej dyrektywy gazowej), czyli umożliwienie odbiorcom swobodnego wyboru dostawców, a dostawcom — swobodnej realizacji dostaw do swych odbiorców (motyw 4 drugiej dyrektywy gazowej). Jedną z istotnych części składowych tej liberalizacji rynków gazu stanowi ustalenie terminarza stopniowego otwierania tych rynków, opierającego się na

stopniowym zwiększaniu liczby odbiorców uprawnionych, czyli mających swobodę zakupu gazu u wybranego przez siebie dostawcy. Na podstawie drugiej dyrektywy gazowej wszyscy odbiorcy niebędący gospodarstwami domowymi powinni stać się odbiorcami uprawnionymi w dniu 1 lipca 2004 r., podczas gdy wszyscy odbiorcy — w dniu 1 lipca 2007 r.

- 111 Jednak na podstawie art. 28 ust. 2 drugiej dyrektywy gazowej dla państw członkowskich zaliczających się do rynków wschodzących obowiązuje terminarz przewidujący odstępstwa. Przed upływem przewidzianych w nim terminów dane państwa członkowskie mogą korzystać z odstępstw w zakresie następujących obowiązków: niedyskryminacyjnego udzielania zezwoleń na budowę albo eksploatację instalacji gazowych, wyznaczania operatorów systemu, określania zadań tych operatorów, wydzielenia operatorów systemu przesyłowego, wyznaczania operatorów systemu dystrybucyjnego, określania zadań polegających na bilansowaniu systemu dystrybucyjnego przez operatorów systemu, wydzielenia operatorów systemu dystrybucyjnego, rozdzielania księgowości, wprowadzenia dostępu podmiotów trzecich do systemu gazu ziemnego i instalacji LNG, sporządzenia terminarza liberalizacji oraz ustanowienia systemu gazociągów bezpośrednich (zob. pkt 6 powyżej).
- 112 Wynika z tego wyraźnie, że odstępstwo to zwalnia dane państwo członkowskie z obowiązku stosowania podstawowych przepisów drugiej dyrektywy gazowej, która zapewnia otwarcie różnych rynków na konkurencję oraz gwarantuje skuteczność tej konkurencji. Należy zatem dojść do wniosku, że na podstawie tego odstępstwa rynki gazu dopóty nie są otwarte na konkurencję, dopóki nie otworzy ich dane państwo członkowskie.

B — W przedmiocie pierwszej części zarzutu pierwszego dotyczącej nieuwzględnienia odstępstwa przyznanego Republice Portugalskiej

- 113 W pierwszej części swego zarzutu skarżąca twierdzi, że dokonując oceny skutków koncentracji na rynkach, które nie są otwarte na konkurencję, Komisja naruszyła

przysługujące Republice Portugalskiej prawo do dokonania restrukturyzacji sektora gazowniczego w okresie przyznanym w drodze odstępstwa udzielonego w art. 28 drugiej dyrektywy gazowej. Natomiast Komisja jest zdania, po pierwsze, że ta koncentracja jest wyłącznie skutkiem decyzji przedsiębiorstw i że powinna ona zostać przeanalizowana przede wszystkim z punktu widzenia rozporządzenia nr 4064/89. Po drugie, Komisja, nie dokonując oceny skutków koncentracji w okresie objętym tym odstępstwem, zachowała w swej opinii konieczną spójność pomiędzy tym rozporządzeniem a drugą dyrektywą gazową. Po trzecie, Komisja jest zdania, że to odstępstwo nie uprawnia państwa członkowskiego do sprzyjania koncentracji, która będzie miała znaczący wpływ na konkurencję po wygaśnięciu tego odstępstwa.

114 Nie ulega wątpliwości, że Republika Portugalska korzysta z odstępstwa ustanowionego w art. 28 ust. 2 drugiej dyrektywy gazowej oraz że odstępstwo to wygaśnie w 2007 r., tak iż od tego momentu obowiązywać będzie terminarz stopniowego otwierania rynków gazu na konkurencję.

115 Republika Portugalska skorzystała z tego odstępstwa, aby stworzyć krajowy przemysł gazowniczy działający w formie monopolu we wszystkich sektorach tego przemysłu (przesył, magazynowanie, dystrybucja i dostawa). Należy zauważyć, że Komisja w żaden sposób nie kwestionuje, z punktu widzenia konkurencji, utworzenia monopolu. Natomiast rząd portugalski w niniejszym przypadku nie otworzył jeszcze oficjalnie żadnego z rozpatrywanych rynków na konkurencję. Komisja twierdzi w szczególności, że otwarcie rynku dostaw gazu do producentów energii elektrycznej zostało przewidziane na 2004 r., lecz zostało przesunięte na 2005 r. (motyw 211 zaskarżonej decyzji). Nie przedstawiono jednak żadnego dokumentu stanowiącego dowód na to, że rynek ten rzeczywiście został otwarty. Co więcej, jak przyznała sama Komisja, rynek ten nie był otwarty na konkurencję w dniu wydania zaskarżonej decyzji. Komisja opiera się ponadto na fakcie, że Republika Portugalska bardzo poważnie rozważa dokonanie wcześniejszej liberalizacji wszystkich rynków gazu. Nawet jednak zakładając, że takie przyśpieszenie realizacji terminarza liberalizacji będzie miało miejsce w Portugalii, do czasu rzeczywistej liberalizacji wszystkie rozpatrywane rynki gazu pozostaną objęte odstępstwem. Ponadto nic nie wskazuje na to, że Republika Portugalska zaakceptowałaby przyśpieszenie realizacji terminarza liberalizacji, gdyby będąca przedmiotem sporu koncentracja nie doszła do skutku.

- 116 Wynika z tego, że w dniu wydania zaskarżonej decyzji rynki gazu w Portugalii nie były otwarte na konkurencję. Okoliczność ta zaś bezpośrednio i w nieunikniony sposób ma wpływ na zastosowanie art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89 do tych rynków.
- 117 Po pierwsze, nie może znaleźć zastosowania pierwsze kryterium zawarte w art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89, a mianowicie stworzenie lub umocnienie pozycji dominującej, ponieważ GDP jest obecnie monopolistą na rynkach dostaw gazu do producentów energii elektrycznej, do LDC oraz do dużych odbiorców (motyw 475 zaskarżonej decyzji). Na konkretnym rynku monopol stanowi absolutną pozycję dominującą, która z tego powodu nie może zostać na tym rynku umocniona. Jedynym rynkiem, na którym dominująca pozycja GDP może zostać umocniona, jest rynek dostaw gazu do małych odbiorców poprzez LDC, ze względu na to, że GDP posiada jedynie pięć z sześciu istniejących LDC. Należy jednak stwierdzić, że każde z tych LDC ma monopol geograficzny, co uniemożliwia jakkolwiek rzeczywistą konkurencję pomiędzy nimi.
- 118 Po drugie, na rynku, na którym nie rządzą reguły konkurencji, nie może także zostać spełnione drugie kryterium zawarte w art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89, a mianowicie znaczące utrudnienie skutecznej konkurencji, które — jak wykazano powyżej — stanowi odrębne kryterium. W braku bowiem — w dniu wydania zaskarżonej decyzji — jakiegokolwiek konkurencji, koncentracja nie może w znaczący sposób utrudnić skutecznej konkurencji.
- 119 Analizę tę potwierdza w pełni ogólne orzecznictwo z zakresu konkurencji. W dziedzinie kartelu oraz nadużycia pozycji dominującej rozstrzygnięto bowiem, że w przypadku gdy ustawodawstwo krajowe stwarza ramy prawne, które wykluczają jakkolwiek możliwość konkurencyjnego zachowania po stronie przedsiębiorstw, art. 81 WE i art. 82 WE nie mają zastosowania (wyroki Trybunału: z dnia 16 grudnia 1975 r. w sprawach połączonych od 40/73 do 48/73, 50/73, od 54/73 do 56/73, 111/73, 113/73 i 114/73 Suiker Unie i in. przeciwko Komisji, Rec. str. 1663, pkt 71 i 72 oraz z dnia 11 listopada 1997 r. w sprawach połączonych C-359/95 P i C-379/95 P Komisja i Francja przeciwko Ladbroke Racing, Rec. str. I-6265, pkt 33; wyrok Sądu z dnia 30 września 2003 r. w sprawach połączonych T-191/98, od

T-212/98 do T-214/98 *Atlantic Container Line i in. przeciwko Komisji*, Rec. str. II-3275, pkt 1130). Tak samo w dziedzinie pomocy państwa Sąd orzekł, że „system pomocy ustanowiony na rynku początkowo zamkniętym na konkurencję powinien w chwili liberalizacji tego rynku zostać uznany za system istniejący, ponieważ w chwili jego ustanowienia nie był on objęty zakresem stosowania art. 92 ust. 1 traktatu, który — ze względu na postawione w nim wymogi dotyczące wpływu na wymianę handlową między państwami członkowskimi oraz następstwa dla konkurencji — ma zastosowanie jedynie do sektorów otwartych na konkurencję” (wyrok Sądu z dnia 15 czerwca 2000 r. w sprawach połączonych T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, od T-600/97 do T 607/97, T-1/98, od T-3/98 do T-6/98 i T-23/98 *Alzetta i in. przeciwko Komisji*, Rec. str. II-2319, pkt 143, utrzymany pośrednio w mocy w postępowaniu odwoławczym wyrokiem Trybunału z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-298/00 P *Włochy przeciwko Komisji*, Rec. str. I-4087, pkt 66–68).

120 Należy stwierdzić, że sytuacja ta ma wpływ jedynie na to, czy spełnione zostały warunki postawione w art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89, pozostaje natomiast bez wpływu na zastosowanie lub możliwość zastosowania całości tego rozporządzenia do koncentracji. Skoro bowiem koncentracja jest objęta zakresem stosowania tego rozporządzenia zgodnie z jego art. 1, podlega ona ustanowionym w nim wymogom, lecz nie może zostać zakazana ze względu na jej skutki na rynkach, którymi nie rządzą reguły konkurencji.

121 W tym względzie należy stwierdzić, że Komisja utrzymuje, iż uwzględniła odstępstwo, rozciągając w zaskarżonej decyzji swą analizę z punktu widzenia prawa konkurencji aż do momentu, w którym rynki gazu powinny być otwarte na konkurencję bądź to zgodnie z terminarzem przewidzianym przez władze portugalskie, bądź zgodnie z — ustalającym późniejsze terminy, lecz wiążącym — terminarzem przewidującym odstępstwa. W ten sposób Komisja w części potwierdza dokonaną powyżej analizę braku możliwości spełnienia — w przypadku rynków, które nie są otwarte na konkurencję — kryteriów zawartych w art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89.

122 Argument Komisji należy odrzucić. Przeniesienie bowiem przedmiotu analizy z punktu widzenia prawa konkurencji na moment późniejszy niż data wygaśnięcia

odstępstwa nie oznacza, iż odstępstwo to uwzględniono. Zakazując podmiotowi zajmującemu na rynku gazu pozycję monopolistyczną podjęcia natychmiastowych działań gospodarczych prowadzących do zmiany jego pozycji konkurencyjnej, podczas gdy odstępstwo przyznane Republice Portugalskiej zwalnia ją ze stosowania wspólnych reguł konkurencji, Komisja nie uwzględniła przysługującej temu państwu członkowskiemu możliwości swobodnej restrukturyzacji swego rynku gazu w trakcie obowiązywania odstępstwa. Innymi słowy, Komisja zakazała stronom koncentracji korzystania ze skutków koncentracji na rynkach gazu w okresie, w którym koncentracja ta nie mogła zostać zakazana na podstawie rozporządzenia nr 4064/89 oraz drugiej dyrektywy gazowej.

123 Ponadto, dokonując jedynie oceny przyszłych skutków, które koncentracja pociągnie za sobą na rynkach gazu w momencie, kiedy rynki te będą mogły spełnić przesłanki określone w art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89 — czyli wtedy, gdy zostaną one otwarte na konkurencję — Komisja świadomie nie uwzględniła natychmiastowych skutków, jakie pociągnie za sobą koncentracja na tych rynkach.

124 Badając zaś — w ramach stosowania art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89 — koncentrację, Komisja powinna ustalić, czy stworzenie lub umocnienie pozycji dominującej mogącej znacząco i trwale utrudnić skuteczną konkurencję istniejącą na rynku właściwym lub rynkach właściwych byłoby bezpośrednim i natychmiastowym następstwem koncentracji. Jeśli aktualna sytuacja konkurencyjna nie ulega takiej zmianie, należy a priori zezwolić na koncentrację (wyrok Sądu z dnia 6 czerwca 2002 r. w sprawie T-342/99 *Airtours przeciwko Komisji*, Rec. str. II-2585, pkt 58 i powołane tam orzecznictwo). Jest prawdą, że Komisja może w odpowiednim przypadku uwzględnić skutki koncentracji w najbliższej przyszłości (wyrok Sądu z dnia 25 października 2002 r. w sprawie T-5/02 *Tetra Laval przeciwko Komisji*, Rec. str. II-4381, pkt 153), a wręcz oprzeć swój zakaz koncentracji na takich przyszłych skutkach. Nie pozwala jej to jednak na pominięcie analizy natychmiastowych skutków takiej koncentracji — o ile takowe istnieją — oraz nieuwzględnienie ich w swej ogólnej ocenie tej koncentracji.

125 W niniejszym przypadku Komisja nie dokonała analizy okresu pomiędzy datą koncentracji a datą otwarcia rynków gazu na konkurencję, to jest okresu obejmującego, w zależności od rynku, od trzech do sześciu lub ośmiu lat od koncentracji. Tymczasem koncentracja w formie zmienionej w drodze zobowiązań wywarłaby znaczące natychmiastowe skutki na rynkach gazu, które to skutki polegałyby przede wszystkim na otwarciu tych rynków o około dwa do trzech lat wcześniej w stosunku do terminarza przewidzianego przez odstępstwo. Choć bowiem rząd portugalski powinien, zgodnie z udzielonymi zapewnieniami, otworzyć prawnie te rynki na konkurencję, skuteczność tego otwarcia gwarantują liczne zobowiązania, w szczególności w zakresie dotyczącym dostępu podmiotów trzecich do przepustowości gazu. To, że Komisja nie dokonała tej analizy, jest z punktu widzenia konkurencji istotne, ponieważ nie można całkiem pominąć wcześniejszego przejścia od monopolu do sytuacji rynkowej, w której możliwa jest obecność podmiotów konkurencyjnych, w szczególności ze względu na niedyskryminacyjny lub mniej dyskryminacyjny charakter dostępu podmiotów trzecich do zasobów gazu oraz możliwość prowadzenia przez te podmioty działalności na uprzednio zamkniętych rynkach.

126 Z tego powodu należy odrzucić argument Komisji, zgodnie z którym sporne przedsiębiorstwa podlegają jedynie przepisom rozporządzenia nr 4064/89 i nie mogą korzystać z odstępstwa przyznanego danemu państwu członkowskiemu w drugiej dyrektywie gazowej. Nie ulega wątpliwości, że to rozporządzenie i ta dyrektywa mają odmienne podstawy prawne oraz różnego rodzaju adresatów. Należy także zgodzić się z tym, że koncentracja jest wynikiem decyzji przedsiębiorstw, choć z akt sprawy wynika, że państwo portugalskie bierze w tej koncentracji udział w zakresie, w jakim liczy ono na nią, a wręcz ją organizuje (zob. pkt 11 powyżej). Jednak wbrew temu, co uważa Komisja, rozporządzenie nr 4064/89 i druga dyrektywa gazowa nie mogą być analizowane oddzielnie. Jak przypomniano powyżej, brak konkurencji na rynkach gazu z powodu odstępstwa przyznanego zgodnie z drugą dyrektywą gazową stoi na przeszkodzie zastosowaniu art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89. Nie można bowiem zarzucać przedsiębiorstwom znaczącego ograniczania skutecznej konkurencji, w sytuacji gdy ta konkurencja nie istnieje z powodów leżących po stronie ustawodawstw: krajowego i wspólnotowego.

127 Jak podkreśla Komisja w zaskarżonej decyzji (motywy 210–214), nie ulega wątpliwości, że skoro nie może ona dokonać oceny przyszłych skutków koncentracji

z punktu widzenia konkurencji na rynkach, które nie są obecnie otwarte na konkurencję, to stoi to na przeszkodzie dokonaniu całościowej oceny skutków koncentracji na rynkach gazu. W szczególności w sytuacji gdy rynki właściwe powinny zostać otwarte na konkurencję zgodnie z dokładnym i wiążącym terminarzem przewidzianym w drugiej dyrektywie gazowej, Komisja nie ma możliwości dokonania oceny, czy koncentracja stoi na przeszkodzie wprowadzeniu skutecznej konkurencji w ramach tego terminarza.

128 Skoro z tej analizy wynika, że — jak to podkreśla Komisja — przedsiębiorstwa nie podlegają w całości zwykłym regułom konkurencji — także tym, które wspiera druga dyrektywa gazowa — do czasu aż reguły te będą miały do nich zastosowanie, to sytuacja taka jest w niniejszym przypadku następstwem woli prawodawcy, której wyraz daje odstępstwo udzielone w art. 28 ust. 2 tej dyrektywy.

129 Ponadto Komisja nie może wywodzić z okoliczności, iż strony zgłosiły koncentrację, że uznały one w ten sposób, iż rozporządzenie nr 4064/89 ma zastosowanie. Po pierwsze, przedmiotem sporu w niniejszej sprawie nie jest możliwość zastosowania całości rozporządzenia, lecz zastosowanie zakazu zawartego w jego istotnym przepisie do jednej ze stron rozpatrywanej koncentracji. Po drugie, zgodnie z art. 1 tego rozporządzenia zgłoszenie takie jest obowiązkowe. Możliwość zastosowania rozporządzenia nr 4064/89 nie może być ponadto uzależniona od woli stron koncentracji.

130 Należy zatem stwierdzić, że opierając zakaz koncentracji na umocnieniu pozycji dominujących, w wyniku czego konkurencja zostałaby znacząco utrudniona na rynkach gazu nieotwartych na konkurencję na podstawie odstępstwa przyznanego w art. 28 ust. 2 drugiej dyrektywy gazowej, Komisja nie uwzględniła skutków, a zatem — zakresu tego odstępstwa.

- 131 Należy jednak stwierdzić, że popełniony przez Komisję błąd polega jedynie na tym, iż uznała ona za spełnione przesłanki zastosowania art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89 do rynków, które nie są otwarte na konkurencję. Błąd ten nie dotyczy natomiast dokonanych przez nią i opartych na rozporządzeniu nr 4064/89 ocen z punktu widzenia prawa konkurencji: sytuacji na rynkach gazu przed koncentracją, sytuacji na rynkach gazu w momencie przewidywanego otwarcia tych rynków oraz sytuacji na rynkach energii elektrycznej przed i po koncentracji. Sytuacja konkurencyjna istniejąca w dniu wydania zaskarżonej decyzji lub w dniu otwarcia na konkurencję rynków właściwych stanowi bowiem obiektywny fakt, na który nie ma wpływu spełnienie kryterium prawnego.
- 132 Należy także zauważyć, że brak możliwości spełnienia przesłanek ustanowionych w art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89 dotyczy jedynie sektora, którym nie rządzą reguły konkurencji. Artykuł ten można w pełni stosować do innych sektorów, których może dotyczyć zgłoszona koncentracja. W tym względzie należy przypomnieć, że rozporządzenie nr 4064/89 dotyczy analizy jednej lub wielu pozycji dominujących na rynku lub rynkach, na które wywiera wpływ koncentracja. Jest całkiem możliwe — a wręcz zdarza się często — że koncentracja wywiera znaczące skutki antykonkurencyjne jedynie na jednym lub kilku danych rynkach właściwych, nie wywierając takich skutków na innych rynkach. W takiej sytuacji koncentracja musi jednak zostać zakazana zgodnie z art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89. Zastosowanie art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89 do rynków energii elektrycznej nie jest zatem obarczone błędem, który dotyczy rynków gazu.
- 133 W świetle powyższego należy uznać, że zaskarżona decyzja narusza prawo w zakresie, w jakim stwierdza umocnienie uprzednio istniejących pozycji dominujących GDP na rynkach dostaw gazu do producentów energii elektrycznej oraz do dużych i małych odbiorców, którego skutkiem jest znaczące utrudnienie skutecznej konkurencji.

C — W przedmiocie drugiej części zarzutu pierwszego dotyczącej nadmiernego wybiegnięcia w przyszłość

- 134 Skarżąca twierdzi, że rozciągając swoją analizę rynków gazu z punktu widzenia prawa konkurencji na ponad pięć lat od koncentracji, Komisja naruszyła art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89.
- 135 W pierwszej kolejności należy przypomnieć, że stwierdzono, iż zaskarżona decyzja narusza prawo w zakresie zastosowania art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89 do rynków gazu. Nie ma zatem potrzeby rozstrzygać w przedmiocie tej części niniejszego zarzutu w zakresie dotyczącym umocnienia pozycji dominujących GDP na tych rynkach.
- 136 Tymczasem w swej analizie rynków energii elektrycznej Komisja oparła się na dokonanej przez siebie analizie rynków gazu z punktu widzenia prawa konkurencji i podejście takie nie stanowiło stwierdzonego powyżej naruszenia prawa. W odpowiedzi na pytanie, jakie wzajemne oddziaływania pomiędzy rynkami gazu i energii elektrycznej zostały przedstawione w zaskarżonej decyzji, skarżąca wskazała liczne motywy, które dotyczą dostaw gazu do elektrowni typu CCGT bądź bezpośrednio (motywy 336, 340, 365 i 506), bądź pośrednio, w ramach niehoryzontalnych skutków koncentracji, czyli możliwości wykorzystywania przez łączący się podmiot tej nowej silnej pozycji w dziedzinie gazu, aby szkodzić konkurującym producentom energii elektrycznej (motywy 367–429).
- 137 Nie ma zatem potrzeby rozstrzygać w przedmiocie tej części zarzutu pierwszego w zakresie dotyczącym oceny dokonanej przez Komisję z punktu widzenia prawa konkurencji w odniesieniu do rynków innych niż rynek dostaw gazu do elektrowni typu CCGT, czyli rynków dostaw gazu do LDC oraz małych i dużych odbiorców.

- 138 W odniesieniu do rynku dostaw gazu do elektrowni typu CCGT, zgodnie z uchwałami portugalskiej rady ministrów nr 63/2003 i nr 68/2003, jego otwarcie na konkurencję powinno być mieć miejsce w 2004 r., lecz zostało przesunięte na 2005 r. (motywy 203 i 505). Ta ostatnia data nie została zakwestionowana przez skarżącą. W każdym razie ze względu na rozmiary i charakter tego rynku, który stanowi obecnie niemal połowę całościowego portugalskiego zużycia gazu i jest ukierunkowany na przemysł, rynek ten byłby jednym z pierwszych rynków, które zgodnie z odstępstwem muszą otworzyć się na konkurencję w 2007 r., czyli najpóźniej w trzy lata po koncentracji.
- 139 Skarżąca zarzuca zaś Komisji jedynie przekroczenie zwyczajowego maksymalnego okresu badania, wynoszącego od trzech do pięciu lat od koncentracji.
- 140 Nie ma zatem także potrzeby rozstrzygać w przedmiocie niniejszej części zarzutu pierwszego w zakresie dotyczącym rynku dostaw gazu do elektrowni typu CCGT.
- 141 W świetle powyższego nie ma potrzeby rozstrzygać w przedmiocie niniejszej części zarzutu pierwszego.

IV — W przedmiocie zarzutu czwartego dotyczącego błędów w ocenie zobowiązań

A — Uwagi wstępne

- 142 Na wstępie należy przypomnieć, że przesłanki ustanowione w art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89 w zakresie dotyczącym rynków gazu nie mogły zostać

spełnione. Nie ma zatem potrzeby rozstrzygać w przedmiocie drugiej części zarzutu czwartego dotyczącej ewentualnych błędów w ocenie w odniesieniu do niewystarczającego charakteru zobowiązań z punktu widzenia problemów w zakresie konkurencji stwierdzonych w sektorze gazowniczym.

143 Komisja utrzymuje, że jeśli choć jeden z problemów w zakresie konkurencji stwierdzonych w zaskarżonej decyzji pozostaje nierozwiązany przez jedno z zobowiązań z dnia 26 listopada 2004 r., wystarczy to do utrzymania zaskarżonej decyzji w mocy.

144 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, w przypadku gdy pewne powody decyzji same w sobie uzasadniają ją w sposób wystarczający pod względem prawnym, błędy, którymi mogłyby być dotknięte inne powody tego aktu, w żadnym wypadku nie mają wpływu na jego sentencję (zob. analogicznie wyrok Trybunału z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawach połączonych C-302/99 P i C-308/99 P Komisja i Francja przeciwko TF1, Rec. str. I-5603, pkt 26–29; wyrok Sądu z dnia 8 lipca 2004 r. w sprawie T-50/00 Dalmine przeciwko Komisji, Zb.Orz. str. II-2395, pkt 134 i 146, wobec którego toczy się postępowanie odwoławcze).

145 W dziedzinie koncentracji Komisja powinna zakazać przeprowadzenia danej operacji, jeśli zawarte w art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89 kryteria są spełnione w odniesieniu do przynajmniej jednego z rynków właściwych.

146 Zgodnie zatem z utrwalonym już orzecznictwem należy dojść do wniosku, że można stwierdzić nieważność decyzji z dziedziny koncentracji uznającej niezgodność danej operacji ze wspólnym rynkiem, jedynie wtedy gdy należy stwierdzić, że ewentualne powody, które nie są dotknięte bezprawnością — w szczególności dotyczące jednego z rynków właściwych — nie wystarczają, aby uzasadnić sentencję tej decyzji (wyrok Sądu z dnia 22 października 2002 r. w sprawie T-310/01 Schneider Electric przeciwko Komisji, Rec. str. II-4071, pkt 412).

- 147 Wniosek ten jednak nie wyklucza konieczności przeanalizowania, w trakcie badania danego rynku, sytuacji konkurencyjnej na innych rynkach, jeżeli sporna decyzja powołuje się bądź ogólnie na skutki, jakie koncentracja może wywrzeć na różne rynki właściwe, bądź na dodatnie sprzężenie zwrotne pomiędzy niektórymi skutkami, które z punktu widzenia konkurencji wywiera ona na tych różnych rynkach.
- 148 W niniejszym przypadku w zaskarżonej decyzji Komisja zamknęła swoją analizę każdego z wziętych pod uwagę rynków stwierdzeniem, zgodnie z którym koncentracja prowadzi do umocnienia danej pozycji dominującej na tym rynku, nie odnosząc się do innych rynków. Zważywszy jednak, że w celu stwierdzenia problemów w zakresie konkurencji na tym czy innym rynku energii elektrycznej Komisja powołała się na sytuację konkurencyjną na różnych rynkach energii elektrycznej oraz na sytuację konkurencyjną na różnych rynkach gazu, należy przeanalizować, w miarę potrzeby, zasadność wszystkich dokonanych z punktu widzenia prawa konkurencji ocen na wszystkich rozpatrywanych rynkach. W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z pkt 131 powyżej okoliczność, iż kryteria zawarte w art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89 nie mogą zostać spełnione w odniesieniu do rynków gazu, nie ma — sama w sobie — wpływu na ocenę sytuacji konkurencyjnej na tych rynkach.
- 149 W szczególności żądanie Komisji, aby oddalić niniejszy zarzut jedynie ze względu na to, że skarżąca nie podważyła poważnie umocnienia pozycji dominujących EDP na rynkach energii elektrycznej związanych z bilansowaniem energii i usługami pomocniczymi oraz na rynkach detalicznych, należy oddalić ze względu na to, iż — jak twierdzi skarżąca — uzasadnienie zaskarżonej decyzji w odniesieniu do tych rynków opiera się w rzeczywistości, przynajmniej w części, na ocenach z punktu widzenia prawa konkurencji dotyczących hurtowego rynku energii elektrycznej oraz na tym, iż unieważnienie oceny dotyczącej tego ostatniego rynku mogłoby pociągnąć za sobą unieważnienie oceny dotyczącej rozpatrywanych rynków.
- 150 Należy ponadto odrzucić stanowisko Komisji, jakoby skarżąca uznała, że zobowiązania z dnia 28 października i 17 listopada 2004 r. były niewystarczające, by rozwiązać stwierdzone przez Komisję problemy w zakresie konkurencji. Choć w swej skardze, jak również w swej odpowiedzi na potrzeby rozprawy, skarżąca

przyznała, na potrzeby niniejszego zarzutu, że koncentracja w zgłoszonej formie umocniłaby pozycje dominujące EDP, nie przyznała ona jednak, że zobowiązania zaproponowane w dniach 28 października bądź 17 listopada, bądź 26 listopada 2004 r. nie wystarczają, aby rozwiązać stwierdzone problemy w zakresie konkurencji.

- 151 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wykonywana przez sąd wspólnotowy kontrola złożonych ocen gospodarczych dokonywanych przez Komisję w ramach swobodnego uznania, przyznanego jej przez rozporządzenie nr 4064/89, powinna ograniczać się do sprawdzenia, czy przestrzegano przepisów proceduralnych oraz czy akt został uzasadniony, a także czy dokonano prawidłowych ustaleń faktycznych, czy nie popełniono oczywistych błędów w ocenie oraz nie nadużyto władzy (zob. wyrok w sprawie *Petrolessence i SG2R przeciwko Komisji*, przywołany w pkt 63 powyżej, pkt 101 i powołane tam orzecznictwo oraz, podobnie, wyrok w sprawie *Komisja przeciwko Tetra Laval*, przywołany w pkt 63 powyżej, pkt 38).
- 152 W tym względzie, podkreślając okoliczność, że skarżąca nigdy jednoznacznie nie zarzuciła popełnienia oczywistego błędu w ocenie, Komisja pośrednio twierdzi, iż to zaniedbanie sprawiło, iż niniejszy zarzut jest bezskuteczny. Stanowisko to należy odrzucić. Skoro skarżąca zarzuca popełnienie błędu w analizie, a orzecznictwo stawia wymóg oczywistego charakteru takiego błędu, nieracjonalne byłoby opieranie powodu do oddalenia zarzutu istotnego dla niniejszej skargi na takiej nieścisłości formalnej, a zatem należy stwierdzić, że skarżąca zamierzała zarzucić popełnienie oczywistych błędów w ocenie. Jednakże zarzucane przez skarżącą błędy powinny mieć oczywisty charakter, aby doprowadzić do stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji.
- 153 Wreszcie skarżąca w swej skardze czyni liczne odwołania do sprawozdania gospodarczego sporządzonego na jej wniosek przez firmę Lexecon (zwanego dalej „sprawozdaniem Lexeconu”), zatytułowanego „EDP-Eni/GDP: gospodarcza ocena stanowiska przemawiającego za zakazem koncentracji w zmienionej formie” z lutego 2005 r.
- 154 Należy w tym względzie uwzględnić zastrzeżenie Komisji, zgodnie z którym pewne ogólne odwołania do sprawozdania Lexeconu powinny zostać uznane za niedopuszczalne.

155 Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecnictwem w celu zagwarantowania pewności prawa i prawidłowego administrowania wymiarem sprawiedliwości, aby skarga była dopuszczalna, istotne okoliczności faktyczne i prawne, na których się ona opiera, muszą wynikać, przynajmniej ogólnie, w spójny i zrozumiały sposób z treści samej skargi (zob. podobnie wyrok Trybunału z dnia 15 grudnia 1961 r. w sprawach połączonych 19/60, 21/60, 2/61 i 3/61 Société Fives Lille Cail i in. przeciwko Wysokiej Władzy, Rec. str. 561, 588 oraz wyrok Sądu z dnia 16 marca 2004 r. w sprawie T-157/01 Danske Busvognmænd przeciwko Komisji, Rec. str. II-917, pkt 45). W tym względzie, choć treść skargi co do poszczególnych punktów może być poparta i uzupełniona poprzez odwołania do załączonych do niej wyciągów z dokumentów, ogólne odwołanie do innych pism, także wówczas, gdy stanowią one załączniki do skargi, nie rekompensuje braku zasadniczych elementów argumentacji prawnej, które muszą być zawarte w skardze na podstawie właściwych przepisów prawnych (postanowienie Sądu z dnia 21 maja 1999 r. w sprawie T-154/98 Asia Motor France i in. przeciwko Komisji, Rec. str. II-1703, pkt 49 oraz, podobnie, wyrok Trybunału z dnia 28 czerwca 2005 r. w sprawach połączonych C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P Dansk Rørindustri i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. str. I-5425, pkt 94–101).

156 Zatem odwołania do sprawozdania Lexeconu należy uznać za niedopuszczalne ze względu na to, że skarżąca nie powołuje się na konkretny punkt tego sprawozdania, w szczególności czyniąc odwołanie do ogólnego wniosku z tego sprawozdania lub też powołując się na urywek, którego zasadniczych elementów nie można odszukać w skardze.

157 Ze względu na swą lakoniczność oraz trudności wynikłe z odwołania się do sprawozdania Lexeconu argumentacja skarżącej przedstawiona w ramach zarzutu czwartego i dotycząca błędów w dokonanej przez Komisję ocenie gospodarczej została powtórzona niemal w całości.

158 Wreszcie w odniesieniu do sprawozdania Lexeconu Komisja nie może powoływać się w ogólny sposób na orzecnictwo, zgodnie z którym zgodność z prawem zaskarżonego aktu powinna być oceniana na podstawie okoliczności prawnych i faktycznych, które istniały w chwili wydania aktu (zob. wyrok w sprawie Kaysersberg przeciwko Komisji, przywołany w pkt 45, pkt 140). Sporządzone już

po wydaniu zaskarżonej decyzji zestawienie argumentów, mające na celu uzyskanie od Sądu stwierdzenia, że w tej decyzji zostały popełnione błędy w ocenie gospodarczej, stanowi zwyczajne skorzystanie z prawa do obrony i nie zmierza do zmiany podanych uprzednio do wiadomości Komisji — w celu wydania tej decyzji — ram prawnych i okoliczności faktycznych. Komisja jest jednak uprawniona do podniesienia w swej obronie, w odniesieniu do poszczególnych punktów, okoliczności, że to sprawozdanie nie uwzględnia wyraźnych oświadczeń lub ich pominięcia przez strony w trakcie postępowania administracyjnego.

B — W przedmiocie pierwszej części zarzutu czwartego dotyczącej uwzględnienia zobowiązań z dnia 26 listopada 2004 r.

159 W celu przeanalizowania zgodności z prawem dokonanej przez Komisję oceny koncentracji w zmienionej formie skarżąca przedstawia tę koncentrację w formie zmienionej w drodze zobowiązań z dnia 26 listopada 2004 r. i twierdzi, że zostały one przedstawione w czasie odpowiednim, aby wziąć je pod uwagę przy wydawaniu ostatecznej decyzji. Komisja podważa twierdzenie, jakoby te zobowiązania zostały przedstawione we właściwym czasie i utrzymuje, że nie rozwiązały one jednoznacznie — bez konieczności przeprowadzenia dodatkowego dochodzenia — wszystkich stwierdzonych problemów w zakresie konkurencji. Z tych względów należy oddalić niniejszy zarzut.

160 Tytułem wstępnym należy stwierdzić, że część zobowiązań z dnia 26 listopada 2004 r. została przedstawiona po terminie końcowym, upływającym w dniu 17 listopada 2004 r.

161 Z art. 8 rozporządzenia nr 4064/89 w związku z art. 18 rozporządzenia nr 447/98 wynika, że rozporządzenia w dziedzinie koncentracji nie nakładają na Komisję obowiązku zaakceptowania zobowiązań przedstawionych po upływie terminu końcowego. Przyczyną ustanowienia tego terminu końcowego jest przede wszystkim wymóg szybkości postępowania, który jest charakterystyczny dla ogólnej systematyki rozporządzenia nr 4064/89 (zob. wyrok w sprawie Endemol przeciwko Komisji, przywołany w pkt 80, pkt 68).

- 162 Jednakże w komunikacie w sprawie środków zaradczych, dobrowolnie uznanym przez Komisję za wiążący, wyraziła ona zgodę na przeanalizowanie zobowiązań w zmienionej formie także wtedy, gdy zostaną one jej przedstawione po upływie terminu końcowego przewidzianego w rozporządzeniu nr 447/98, „gdy może [ona] jednoznacznie ustalić — na podstawie oceny informacji już otrzymanych w trakcie analizy [dochodzenia], w tym wyników wcześniejszych badań rynkowych, oraz bez konieczności przeprowadzania kolejnego badania rynkowego — że zobowiązania takie po ich wdrożeniu rozstrzygną wskazane problemy dla konkurencji [że zobowiązania takie, gdy zostaną już wykonane, doprowadzą do wyeliminowania stwierdzonych problemów w zakresie konkurencji] oraz że jest dostatecznie dużo czasu na należyte konsultacje z państwami członkowskimi” (pkt 43).
- 163 Wynika z tego, że zobowiązania złożone zbyt późno przez strony zgłoszonej koncentracji mogą zostać uwzględnione pod dwoma kumulatywnymi warunkami, polegającymi — po pierwsze — na tym, iż zobowiązania te rozwiążą jednoznacznie i bez konieczności przeprowadzenia dodatkowego dochodzenia stwierdzone uprzednio problemy w zakresie konkurencji oraz — po drugie — że jest dostatecznie dużo czasu na konsultacje z państwami członkowskimi w przedmiocie tych zobowiązań.
- 164 W niniejszym przypadku strony koncentracji złożyły sporne zobowiązania w godzinach porannych przed spotkaniem komitetu doradczego, przewidzianego na godziny popołudniowe dnia 26 listopada 2004 r. Ponadto w odniesieniu do zobowiązań dotyczących sektora gazowniczego zobowiązania z dnia 26 listopada 2004 r. stanowiły jedynie zawiadomienie o zamiarze wprowadzenia przez strony zmian do ich wcześniejszych zobowiązań (motyw 859 zaskarżonej decyzji). Ostateczny tekst podanych do wiadomości zobowiązań dotyczących sektora gazowniczego został dostarczony wieczorem dnia 3 grudnia 2004 r.
- 165 W odniesieniu do zobowiązań z dnia 26 listopada 2004 r. dotyczących sektora energii elektrycznej Komisja w zaskarżonej decyzji nie twierdziła, że należy je odrzucić ze względu na to, iż nie miała ona dostatecznie dużo czasu na konsultacje z państwami członkowskimi. Przeciwnie, zgodziła się ona przeanalizować te zobowiązania z punktu widzenia pierwszego warunku zawartego w pkt 43 komunikatu w sprawie środków zaradczych (motywy 855–881). Uwzględniając, że

w niniejszym przypadku Komisja w zaskarżonej decyzji dobrowolnie wyraziła zgodę na uwzględnienie tych zobowiązań, należy przeanalizować koncentrację w formie zmienionej w drodze tych zobowiązań, z zastrzeżeniem jednak szczególnych wymogów, które zobowiązania te powinny spełniać z punktu widzenia ww. pkt 43.

166 Zobowiązania z dnia 26 listopada 2004 r. dotyczące sektora gazowniczego, których celem było rozwiązanie zarówno pewnych problemów w zakresie konkurencji na rynkach gazu, jak i pewnych problemów na rynkach energii elektrycznej, stały się pełne i bezwarunkowe dopiero w dniu 3 grudnia 2004 r. Za rzeczywistą datę ich złożenia należy zatem przyjąć dzień 3 grudnia 2004 r. W zaskarżonej decyzji Komisja przeanalizowała pokrótce projekt z dnia 26 listopada 2004 r. dotyczący tych zobowiązań, podkreślając, że ich tymczasowy charakter stanowi wystarczające uzasadnienie ich odrzucenia (motyw 882). Ponadto powołała się ona wyraźnie na okoliczność, że ostateczną wersję tych zobowiązań przedstawiono zbyt późno, aby je uwzględnić przy wydawaniu decyzji ostatecznej (motyw 913). Należy stwierdzić, że Komisja miała słusność, odrzucając zobowiązania z dnia 3 grudnia 2004 r. ze względu na samo ich bardzo późne złożenie. Po pierwsze bowiem, zobowiązania te zostały przedstawione siedem dni po konsultacji z komitetem doradczym i jedynie trzy dni robocze przed wydaniem decyzji ostatecznej. Po drugie, komunikat w sprawie środków zaradczych nie gwarantuje, że będzie można uwzględnić zobowiązania przedstawione po konsultacji z komitetem doradczym. W tym względzie należy przypomnieć, że na Komisji ciąży obowiązek — z zastrzeżeniem wyjątkowych okoliczności, których nie przedstawiono w niniejszej sprawie — ustalenia daty posiedzenia komitetu doradczego z czternastodniowym wyprzedzeniem (art. 19 ust. 5 rozporządzenia nr 4064/89). Zatem w sytuacji gdy komitet ten wyraził zgodę na to, aby Komisja nie przedstawiała mu tych zobowiązań, jeśli uzna je za niewystarczające, Komisja nie była zobowiązana ani — w kontekście powyższych stwierdzeń — nie miała czasu, aby zwołać ten komitet ponownie.

167 Wniosku tego nie może zmienić przedstawiona przez skarżącą okoliczność, zgodnie z którą ostatnie zobowiązania stanowią jedynie zmianę wcześniejszych zobowiązań i mieszczą się w ramach prowadzonych z Komisją intensywnych dyskusji. Zakładając bowiem, że zobowiązania z dnia 3 grudnia 2004 r. polegały jedynie na wprowadzeniu drobnych zmian — w porównaniu z poprzednimi zobowiązaniami — to nie zostały jednak dostarczone wystarczająco wcześnie, aby przedstawić je komitetowi doradczemu.

168 W ramach niniejszego postępowania należy zatem uwzględnić jedynie zobowiązania z dnia 26 listopada 2004 r. dotyczące sektora energii elektrycznej.

169 W odniesieniu do analizy tych ostatnich zobowiązań z punktu widzenia pierwszego z warunków zawartych w pkt 43 komunikatu w sprawie środków zaradczych skarżąca podkreśla rozbieżność pomiędzy tym komunikatem a jego tłumaczeniem w zaskarżonej decyzji, zgodnie z którym przedstawione zbyt późno zobowiązania powinny „całkowicie i jednoznacznie, czyli w bezpośredni sposób, odpowiadać na problemy w zakresie konkurencji stwierdzone w trakcie dochodzenia” (motyw 859 zaskarżonej decyzji). Skarżąca ogranicza się jednak do stwierdzenia tej różnicy, nie wyciągając z tego żadnych wniosków oraz do twierdzenia, że zobowiązania z dnia 26 grudnia 2004 r. prowadzą do całkowitego wyeliminowania uprzednio stwierdzonych problemów w zakresie konkurencji. Nie ma zatem potrzeby analizowania, czy ta zmiana brzmienia pociąga za sobą w niniejszym przypadku rzeczywiste konsekwencje.

170 Należy ponadto oddalić na tym etapie postępowania argument Komisji, zgodnie z którym — uwzględniając, że zobowiązania zostały jej przedstawione zbyt późno i nie rozwiązywały jednoznacznie stwierdzonych uprzednio problemów w zakresie konkurencji — zarzut czwarty skarżącej powinien zostać odrzucony jedynie z tego względu. Analizy drugiego twierdzenia Komisji — zgodnie z którym ostatnie zobowiązania były niewystarczające — można dokonać jedynie w ramach ostatniej części zarzutu czwartego.

C — W przedmiocie trzeciej części zarzutu czwartego dotyczącej popełnienia błędów w ocenie koncentracji w zmienionej formie w odniesieniu do sektora energii elektrycznej

171 W zaskarżonej decyzji Komisja stwierdziła, że EDP zajmuje silne lub bardzo silne pozycje dominujące na czterech budzących wątpliwości rynkach: hurtowym rynku dostaw energii elektrycznej, rynku bilansowania energii i usług pomocniczych, a także detalicznym rynku dostaw energii elektrycznej do dużych i małych odbiorców.

172 W pierwszej kolejności, zgodnie z zaskarżoną decyzją, EDP zajmuje pozycję dominującą na hurtowym rynku energii elektrycznej ze względu na zajmowane pozycje po stronie podaży [z 70% łącznej mocy produkcyjnej, przy czym reszta należy do Turbogás (8,6%), w której EDP posiada udział mniejszościowy w wysokości 20%, Tejo Energia (5,1%), w której EDP posiada udział mniejszościowy w wysokości 10%, oraz innych niewielkich producentów prowadzących działalność w ramach specjalnego systemu ustanowionego w szczególności w odniesieniu do energii odnawialnych; motywy 283–289] i po stronie popytu (90–100% łącznego krajowego zużycia; motywy 299–301 i 433–443) ze względu na system „CMEC”, mający na celu wyrównanie szkód wynikłych z wygaśnięcia zawartych w niezliberalizowanym systemie porozumień o gwarantowanym odbiorze (motywy 294–298), ze względu na liczbę i zróżnicowanie należących do niej środków produkcji energii elektrycznej (motywy 292 i 293), ze względu na jej przyszłą moc produkcyjną [trzy jednostki CCGT (TER); motywy 302–304], ze względu na to, że wybudowanie przewidzianych na 2007 r. nowych niezależnych CCGT jest wątpliwe i w żadnym przypadku nie nastąpi w ciągu trzech lat od koncentracji (motywy 305–331) oraz wreszcie ze względu na to, że połączenia pomiędzy systemami: hiszpańskim i portugalskim nie wystarczają, aby zapewnić wystarczający import energii elektrycznej (motywy 332–334). Po drugie, EDP zajmuje pozycję dominującą na rynku lub rynkach wschodzących bilansowania energii oraz usług pomocniczych, które mogą być świadczone jedynie przez producenta energii elektrycznej w Portugalii. EDP jest jedynym producentem będącym w stanie zapewnić świadczenie tych usług (motywy 430–432). Po trzecie, EDP zajmuje pozycje dominujące na detalicznym rynku dostaw energii elektrycznej do dużych odbiorców, który został otwarty na konkurencję w 2003 r., z udziałem w rynku wynoszącym 90–100% oraz na detalicznym rynku dostaw energii elektrycznej do małych odbiorców. Te pozycje dominujące są również następstwem tego, że EDP konkuruje jedynie z dwoma mniejszymi podmiotami, które muszą ponieść ryzyko związane z tym, iż ich zapotrzebowanie jest pokrywane importem z Hiszpanii; następstwem tego, że EDP pozostanie wyznaczonym dostawcą w reglamentowanym systemie publicznym, następstwem tego, że 70–80% klientów, którzy przechodzą z systemu publicznego do systemu, którym rządzi reguły konkurencji, pozostaje klientami EDP, następstwem tego, że jest ona koncesjonariuszem sieci niskiego napięcia, oraz następstwem tego, że jako dawny monopolista posiada ona wszelkie informacje dotyczące profilu konsumenckiego odbiorców (motywy 433–443).

173 Komisja w zaskarżonej decyzji oceniła, że koncentracja umocni pozycje dominujące EDP, w wyniku czego skuteczna konkurencja zostałaby znacząco utrudniona ze względu na, po pierwsze, horyzontalny skutek na czterech rynkach energii elektrycznej, polegający na wykluczeniu GDP jako najbardziej prawdopodobnego

ważnego potencjalnego podmiotu konkurencyjnego (motywy 335–364; zob. w szczególności motyw 363; motywy 431 i 450–473), oraz, po drugie, skutki niehoryzontalne na hurtowym rynku energii elektrycznej, polegające na dostępie do poufnych informacji dotyczących podmiotów konkurujących z EDP, uprzywilejowanym i preferencyjnym dostępie do zasobów gazu występujących w Portugalii, a także możliwości i zamiarze podniesienia kosztów produkcji podmiotów konkurujących z EDP (motywy 365–428).

174 Tytułem wstępu należy stwierdzić, że skarżąca nie zakwestionowała definicji rynków energii elektrycznej (zob. pkt 24 powyżej). W swej pisemnej odpowiedzi na potrzeby rozprawy uznaje ona także istnienie problemów w zakresie konkurencji stwierdzonych na tych rynkach, nawet jeśli zaprzecza ona intensywności, z jaką problemy te mają występować.

175 Skarżąca wysuwa dwa zastrzeżenia zmierzające do podważenia utrzymywania się zarówno skutku horyzontalnego, jak i skutków niehoryzontalnych na rynkach energii elektrycznej w świetle zobowiązań. W ramach tych dwóch zastrzeżeń twierdzi ona ponadto, że koncentracja w zmienionej formie wywrze pozytywny wpływ na portugalskie rynki energii elektrycznej. Skarżąca skupia się w tym względzie niemal wyłącznie na analizie hurtowego rynku energii elektrycznej.

176 W pierwszej kolejności należy przeanalizować tę argumentację z punktu widzenia horyzontalnego skutku koncentracji na rynkach energii elektrycznej.

177 Zgodnie z zaskarżoną decyzją jedyny horyzontalny skutek koncentracji na wszystkich rynkach energii elektrycznej polega na wykluczeniu GDP jako najbardziej prawdopodobnego ważnego potencjalnego podmiotu konkurencyjnego wobec EDP. W odniesieniu, po pierwsze, do hurtowego rynku energii elektrycznej Komisja przedstawiła kilka czynników natury ogólnej wskazujących na to, że wejście na hurtowy rynek energii elektrycznej jest racjonalne z ekonomicznego punktu widzenia i interesujące dla dostawcy gazu (motywy 335–344). Ten bodziec o ogólnym charakterze potwierdzają zarówno badanie rynkowe, jak i przykłady innych państw członkowskich, w których liberalizacja tych rynków doprowadziła do

takich rezultatów, w szczególności w Hiszpanii i Zjednoczonym Królestwie. Ponadto w trakcie postępowania przed Sądem Komisja przedstawiła nieujawnione w zaskarżonej decyzji ze względu na poufność przyczyny wskazujące na indywidualny interes GDP w wejściu na rynek wytwarzania energii elektrycznej (motywy 345–361). W odniesieniu do, po drugie, rynku lub rynków wschodzących bilansowania energii lub usług pomocniczych Komisja twierdzi, że wykluczenie GDP jako potencjalnego podmiotu wchodzącego na rynek hurtowy powoduje także wykluczenie znaczącego potencjalnego podmiotu wchodzącego na rynki właściwe, podczas gdy wejście GDP na rynek hurtowy osłabiłoby pozycję zajmowaną przez EDP na tych rynkach (motywy 430–432). W odniesieniu, po trzecie, do detalicznych rynków energii elektrycznej Komisja jest zdania, że GDP była znaczącym potencjalnym podmiotem konkurencyjnym ze względu na zajmowaną aktualnie pozycję gospodarczą, renomę, którą się cieszy jej krajowy znak towarowy, oraz zdolność do składania przez nią ofert o dwojakim charakterze (energia elektryczna + gaz). Komisja oparła się w tym względzie w dużej mierze na badaniu rynkowym oraz na przykładach wziętych z innych państw członkowskich (motywy 449–473).

178 Skarżąca przyznaje, że koncentracja w zgłoszonej formie umocniłaby pozycję dominującą EDP na rynkach właściwych i tym samym doprowadziłaby do znaczącego utrudnienia skutecznej konkurencji. Twierdzi ona natomiast, po pierwsze, że jest wysoce wątpliwe, czy GDP miałyby — gdyby koncentracja nie miała miejsca — silny bodziec do wejścia na hurtowy rynek energii elektrycznej. Po drugie, Komisja twierdzi, że korzystne skutki dla struktury konkurencji, które wynikałyby według wszelkiego prawdopodobieństwa z zaproponowanych zobowiązań, wychodzą poza wyrównanie wszelkich strat związanych z wykluczeniem potencjalnej konkurencji ze strony GDP.

179 Należy podkreślić, że choć w kilku miejscach w zaskarżonej decyzji Komisja powołuje się na wykluczenie „GDP” jako najbardziej prawdopodobnego ważnego potencjalnego podmiotu konkurencyjnego na rynkach energii elektrycznej, z decyzji — czytanej jako całość oraz, w szczególności, z jej części poświęconej wykazaniu szczególnego interesu GDP w wejściu na hurtowe rynki energii elektrycznej (motywy 345–364) — wynika, iż Komisja stwierdziła, że takie wejście miałyby miejsce „poprzez Galp” jako jedną jednostkę gospodarczą obejmującą GDP oraz inne spółki zależne Galp, przy czym Komisja nie uznała za konieczne dokonania szczegółowego rozróżnienia zadań, które będą wypełniać poszczególne spółki zależne grupy Galp. W dalszej analizie Sąd będzie czynił wyraźne odwołania do Galp lub też grupy Galp obejmującej GDP (zwanej dalej „Galp/GDP”) jedynie wtedy, gdy zajdzie taka konieczność.

1. W przedmiocie wykluczenia GDP jako najbardziej prawdopodobnego ważnego potencjalnego podmiotu konkurencyjnego

180 W odniesieniu do bodźca dla GDP do wejścia na hurtowy rynek energii elektrycznej skarżąca ujemnie ocenia znaczenie dla sprawy przykładów opartych na innych państwach członkowskich, znaczenie obecnego udziału GDP w dwóch elektrowniach wytwarzających energię w skojarzeniu (kogeneracji) (skarga w formie skróconej, pkt 119, przypis 105), nieuwzględnienie istniejących pomiędzy EDP i GDP związków strukturalnych oraz brak interesu GDP, aby konkurować z EDP (skarga w formie skróconej, pkt 127). W odniesieniu do bodźca dla GDP do wejścia na rynek bilansowania energii oraz detaliczny rynek energii elektrycznej skarżąca ograniczyła się do twierdzenia, że rynki te skorzystają z poprawy warunków konkurencji na hurtowym rynku energii elektrycznej (skarga w formie skróconej, pkt 129).

181 W skardze w formie skróconej dla celów postępowania w trybie przyśpieszonym — która w tym punkcie jest identyczna z oryginałem — skarżąca w przypisach powołuje się na pewne części sprawozdania Lexeconu zatytułowane „perspektywa pojawienia się w sektorze energii elektrycznej silnej konkurencji ze strony GDP jest przesadzona” oraz „oficjalny model bodźców do inwestowania na hurtowym rynku energii elektrycznej w Portugalii”. Komisja ograniczyła się zatem do odesłania do sprawozdania sporządzonego przez jej głównego ekonomistę, które miało podważyć stwierdzenia zawarte w sprawozdaniu Lexeconu.

182 Należy przypomnieć, że ogólne odesłanie do załączników pism stron należy uznać za niedopuszczalne, o ile nie uzasadnia ono argumentacji, która została już przedstawiona w głównych pismach stron (zob. orzecznictwo powołane w pkt 155 powyżej). W pierwszej bowiem kolejności na skarżącą spoczywał obowiązek przedstawienia w swej skardze argumentów na to, że Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie. Jedynymi zaś argumentami na poparcie twierdzenia, zgodnie z którym wejście GDP na rynek jest wątpliwe, zawartymi jednocześnie w oryginale skargi i jej formie skróconej, są argumenty przedstawione w pkt 180 powyżej. Sprawozdanie Lexeconu zawiera natomiast kilka innych argumentów mających

wykazać brak dla GDP bodźców do wejścia na rynki energii elektrycznej, które to argumenty nie znajdują żadnego odzwierciedlenia w skardze. Odesłanie do sprawozdania Lexeconu można zatem przyjąć jedynie w odniesieniu do argumentów zawartych w skardze, a pozostałe argumenty należy odrzucić.

183 Należy ponadto stwierdzić, że okoliczność, iż niniejsza skarga jest rozpatrywana w trybie przyśpieszonym, podkreśla raczej niż umniejsza znaczenie dla sprawy orzecznictwa powołanego w pkt 155 powyżej. Postępowanie w trybie przyśpieszonym, w którym nie ma drugiej wymiany pism procesowych, zakłada bowiem, że argumentacja skarżącej już od początku jest wyraźnie i ostatecznie określona w skardze lub, w odpowiednim przypadku, w skardze w formie skróconej. Nie można ponadto obejść nakazu koniecznego ograniczenia objętości pism stron, zgodnie z wydanymi przez Sąd praktycznymi instrukcjami dla stron (pkt VI, ust. 2 i 3) — a zatem wynikającego zeń ograniczenia liczby i złożoności przedstawionych argumentów — poprzez odwołanie do obszernych lub złożonych sprawozdań.

184 W pierwszej kolejności w odniesieniu do znaczenia dla sprawy przykładów liberalizacji brytyjskiej i hiszpańskiej skarżąca twierdzi, że Komisja powinna była wykazać znaczenie dla sprawy tych przykładów na rynku portugalskim oraz podnosi przykłady przeciwne: niemiecki i francuski.

185 Należy stwierdzić, że przykłady te zmierzały do wykazania ogólnego interesu ważnego dostawcy gazu w dokonaniu integracji pionowej przez zaopatrywanie swych własnych elektrowni typu CCGT. Po pierwsze bowiem, skarżąca nie przedstawiła żadnego względu przemawiającego za tym, że przykłady te nie mają znaczenia dla Portugalii. Tak samo nie przedstawiła ona żadnej konkretnej przyczyny, dla której przykłady przeciwne, oparte na sytuacji na rynkach francuskim czy niemieckim, miałyby mieć większe znaczenie w odniesieniu do Portugalii. Ponadto, wbrew temu, co zostało zawarte w skardze, sprawozdanie Lexeconu opiera się na przykładach z poszczególnych państw, aby pokazać niski odsetek elektrowni wybudowanych przez nowe podmioty wchodzące na hurtowy rynek energii elektrycznej [sprawozdanie Lexeconu, 3.3 (b)]. Ten ogólny interes dostawców gazu potwierdzają ponadto odpowiedzi na badanie rynkowe, opierające się na przykładach brytyjskim i — przede wszystkim — hiszpańskim.

186 Po drugie — i przede wszystkim — Komisja w zaskarżonej decyzji wykazała, opierając się na badaniu rynkowym, korzyści gospodarcze dla dostawcy gazu z dokonania integracji pionowej w wytwarzaniu energii elektrycznej ze względu na okoliczność, że nowo wybudowane elektrownie są, ogólnie rzecz biorąc, zasilane gazem, że dostawca taki będzie mógł zatem korzystać z dogodnych warunków gospodarczych w dostępie do gazu, że podmiot gospodarczy działający od lat w sektorze gazowniczym będzie usiłował zdobyć nowe rynki, aby wynagrodzić sobie zmniejszenie się jego udziałów na rynkach w sektorze gazowniczym po jego liberalizacji oraz wreszcie, że taka integracja będzie mogła poprzedzać wejście takiego dostawcy na detaliczne rynki energii elektrycznej. Skarżąca nie zarzuciła zaś popełnienia żadnego błędu, tym bardziej oczywistego, w odniesieniu do tych dodatkowych bodźców.

187 Po drugie, w odniesieniu do interesu GDP w wejściu na rynki energii elektrycznej Komisja w zaskarżonej decyzji wyjaśniła, że Galp, która posiada całość udziałów w GDP, weszła na rynek wytwarzania energii elektrycznej w 2000 r. za pośrednictwem swej spółki zależnej Galp Power, uczestnicząc w dwóch projektach dotyczących elektrowni wytwarzających energię w skojarzeniu o mocy 44 MW i 30 MW (motyw 347 zaskarżonej decyzji, przypis 236). Jak podkreśla Komisja, wskazuje to na interes, który Galp miała, jeszcze przed koncentracją, w wytwarzaniu energii elektrycznej. Podniesiona przez skarżącą w jej skardze okoliczność — zgodnie z którą uczestnictwo Galp w tych dwóch projektach ma opierać się nie na konkurencji z EDP, lecz na współpracy z nią — nie może podważyć wyrażającego się poprzez to uczestnictwo interesu Galp w wytwarzaniu energii elektrycznej. Komisja powołała się ponadto na przytoczone w artykule prasowym AFX News oświadczenie prezesa Galp, zgodnie z którym jego przedsiębiorstwo będzie chciało wejść na rynki energii elektrycznej, w szczególności rynki jej wytwarzania, czego nie podważyli jej akcjonariusze, w tym także EDP. Artykuł ten potwierdza zawarty w zaskarżonej decyzji wniosek Komisji w tym względzie. Wreszcie okoliczność ta nie ma znaczenia z punktu widzenia analizowanych dalej projektów.

188 Z zaskarżonej decyzji [...] wynika, że projekty Galp/GDP w zakresie wytwarzania energii elektrycznej wychodzą poza zwykły udział w dwóch elektrowniach wytwarzających energię w skojarzeniu o mocy 44 MW i 30 MW. Galp, poprzez swoją spółkę zależną Galp Power, wystąpiła oficjalnie w 2002 r. z wnioskiem

o udzielenie pozwolenia administracyjnego na budowę w Sinès dwóch elektrowni typu CCGT o mocy 400 MW każda. Ten projekt elektrowni gazowych jest dużo bardziej ambitny niż zwykły udział w dwóch elektrowniach wytwarzających energię w skojarzeniu i świadczy o ważnym interesie w przeniknięciu z wysiłkiem na rynek wytwarzania energii elektrycznej. Ponadto, zgodnie z zaskarżoną decyzją, w studium wykonalności dotyczącym budowy elektrowni typu CCGT w ramach grupy Galp analizowano szczegółowo możliwość aktywnego udziału GDP na hurtowym rynku energii elektrycznej lub zarządzania częścią elektrowni. Komisja uznała również, że wprawdzie projekt ten nie wyszedł poza studium wykonalności, ale miało to miejsce z powodu ogłoszenia koncentracji przez rząd portugalski. W każdym razie na skutek realizacji tego projektu GDP byłaby jednym z pierwszych podmiotów wchodzących na hurtowy rynek energii elektrycznej. W tej kwestii należy zauważyć, że po rozprawie nie ulega już wątpliwości, iż Galp Power rzeczywiście uzyskała pozwolenie administracyjne na budowę elektrowni typu CCGT o mocy 500 MW. Wreszcie poufność fragmentu decyzji opisującego te projekty — o zachowanie poufności wobec EDP wystąpiła Eni — która to poufność została uchylona w niniejszym postępowaniu, świadczy o tym, że ten projekt nie jest prowadzony w jakiegokolwiek współpracy z EDP. Z tego wynika, że Galp/GDP ma poważne plany wejścia na rynek wytwarzania energii elektrycznej za pomocą obecnie najbardziej wydajnego typu elektrowni, tj. elektrowni typu CCGT.

189 W trakcie rozprawy skarżąca podkreśliła, że o te pozwolenia wystąpiła Galp Power, która — jako spółka bezpośrednio zależna od Galp — nie uczestniczyła w koncentracji. Ta okoliczność nie ma rzeczywistego wpływu na analizę Komisji. W momencie wystąpienia o udzielenie pozwolenia Galp Power i GDP wchodziły w skład tej samej grupy. Wobec tego cel polegający na dokonaniu integracji pionowej między gazem a energią elektryczną, co zostało przedstawione przez Komisję w zaskarżonej decyzji, był w pełni zapewniony w ramach grupy Galp. Gdyby koncentracja nie miała miejsca, Galp/GDP zachowałyby swoje pozwolenia i możliwość konkurowania z EDP. Przy założeniu, że koncentracja dojdzie do skutku, ewentualna utrata pozwolenia nie stanowiłaby problemu dla łączącego się podmiotu, gdyż zobowiązał się on już poprzez moratorium, że nie zbuduje elektrowni typu CCGT przed upływem określonego czasu. W trakcie rozprawy skarżąca oświadczyła również, że Galp Power ze swoimi pozwoleniami jest potencjalnym podmiotem konkurencyjnym wobec łączącego się podmiotu. Choć Komisja nie przeanalizowała wyraźnie w zaskarżonej decyzji utrzymania zdolności i interesu Galp — poprzez Galp Power — w wejściu na hurtowy rynek energii elektrycznej po dojściu do skutku koncentracji, okoliczność ta nie może stanowić oczywistego błędu w ocenie, gdyż nie pociąga za sobą żadnego ważnego skutku dla analizy sytuacji konkurencyjnej występującej po koncentracji. Z jednej strony zachowanie przez Galp interesu w wejściu na ten rynek mimo utraty głównego

bodźca w postaci integracji pionowej pozostaje w sferze możliwości. Z drugiej strony, nawet przy założeniu, że ta możliwość zostanie zrealizowana, Galp Power byłaby podmiotem konkurencyjnym, którego w żaden sposób nie można porównywać z podmiotem konkurencyjnym, jaki stanowiła, gdy była powiązana z GDP w ramach grupy Galp. Skarżąca nie wykazała zatem, że Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie przez stwierdzenie, iż koncentracja spowoduje wykluczenie GDP — poprzez grupę Galp — jako najbardziej prawdopodobnego ważnego podmiotu konkurencyjnego wobec EDP.

190 W odniesieniu, po trzecie, do argumentu skarżącej, zgodnie z którym GDP zajmuje mniej korzystną pozycję niż inne potencjalne podmioty konkurencyjne wobec EDP, ponieważ — ze względu na udział kapitałowy EDP w Galp, która posiada całość akcji w GDP oraz ze względu na akcje państwa portugalskiego w EDP i GDP — ma ona związki strukturalne z EDP, należy przypomnieć, że zgodnie z zaskarżoną decyzją (motyw 7, przypis 6), państwo portugalskie kontroluje bezpośrednio 30%, a pośrednio — 18,3% Galp, Eni posiada 33,34% jej akcji, a EDP — 14%. Należy stwierdzić, że zgodnie z tymi danymi EDP nie sprawuje kontroli nad GDP. W tym względzie Komisja słusznie podkreśla, że EDP zawsze twierdziła, iż posiadany przez nią udział w wysokości 20% w Turbogás nie daje jej kontroli nad tą ostatnią spółką. Argument ten jednak może też działać w drugą stronę, gdyż Komisja ze swej strony zawsze twierdziła, iż pomimo zobowiązania się przez EDP do niekorzystania z przysługującego jej prawa głosu w pewnych dziedzinach oraz do powoływania niezależnych członków zarządu Turbogás, nie będzie to stało na przeszkodzie zachowaniu przez EDP negatywnego wpływu na postępowanie Turbogás. W opinii Komisji EDP zawsze twierdziła, że państwo nie sprawuje kontroli nad EDP. Należy jednak stwierdzić, że rząd portugalski wydaje się być rzeczywistym architektem tej koncentracji. Dowodem na to jest bowiem okoliczność, że koncentracja odpowiada ściśle scenariuszowi podanemu do wiadomości przez rząd portugalski w 2003 r. (zob. pkt 11 powyżej) zarówno w odniesieniu do EDP, jak i GDP.

191 Nawet jednak zakładając, że EDP — sama lub poprzez państwo portugalskie — zachowa wpływ na GDP, koncentracja przekształciłaby ten wpływ w zwykłą kontrolę z ostatecznie 51% akcji. Jeśli zaś koncentracja nie będzie miała miejsca, tak jak zostało to wykazane w zaskarżonej decyzji, interes gospodarczy GDP może przekonać jej akcjonariuszy, w szczególności większościowych — państwo portugalskie i Eni — do porzucenia taktyki ochrony interesów EDP na rzecz uprzywilejowania interesów GDP.

192 W tym względzie Komisja słusznie przypomina, że Galp/GDP podjęła już decyzję w sprawie budowy dwóch elektrowni typu CCGT i uzyskała już pozwolenie. Oświadczenie prezesa Galp — zgodnie z którym żaden akcjonariusz nie wyraził najmniejszych wątpliwości co do wejścia Galp na rynki energii elektrycznej, choć na skutek tego spółka znajdzie się w stosunku konkurencji ze swoim akcjonariuszem posiadającym 14% jej akcji, to jest EDP — potwierdza stanowczo zaskarżoną decyzję w tej kwestii.

193 Po czwarte, w odniesieniu do argumentu o ograniczonym charakterze bodźca dla GDP do wejścia na rynek wytwarzania energii elektrycznej lub do ułatwienia wejścia nowych podmiotów, aby zachować swe zyski poprzez uprzywilejowanie EDP jako jedynej odbiorcy, opiera się on na założeniu, że zwiększając konkurencję na rynku wytwarzania energii elektrycznej, GDP odniosłaby na rynku dostaw gazu do EDP lub do niezależnych producentów straty przewyższające zyski, jakie mogłaby uzyskać na rynku wytwarzania energii [bezpośrednio sprawozdanie Lexeconu, 3.3 (d), a pośrednio — 3.3 (c)]. Argument ten opiera się na założeniu, zgodnie z którym w przypadku osłabienia pozycji dominującej EDP na tym rynku z powodu wejścia GDP lub też z powodu wejścia nowych podmiotów konkurencyjnych, EDP wykazywałaby znacznie mniej „dobrej woli” (willingness), aby płacić za swe dostawy gazu stawki tak wygórowane jak obecnie.

194 Oprócz tego, że nie wykazano w żaden sposób założenia, na którym opiera się ten argument, Komisja słusznie powołuje się na argument przedstawiony przez jej głównego ekonomistę, że założenie to nie uwzględnia struktury umów w zakresie dostawy gazu, w szczególności zasady „bierz lub płac” lub długoterminowego charakteru umów o dostawę gazu. Ponadto nawet przy założeniu, że argument ten dotyczy jedynie krótkoterminowego zapotrzebowania EDP oraz że konkurencja na hurtowym rynku energii elektrycznej wywiera presję na cenę gazu jako surowca, ani skarżąca, ani sprawozdanie Lexeconu nie wyjaśniają, dlaczego i w jakim zakresie różnica pomiędzy ceną sprzedaży gazu przez GDP a wewnętrznymi kosztami GDP z tytułu samozaopatrzenia miałyby być mniejsza od ewentualnej straty na rynku dostaw gazu.

195 Skarżąca nie wykazała zatem popełnienia przez Komisję żadnego oczywistego błędu, kiedy ta ostatnia uznała, że GDP ma silne bodźce, aby wejść na hurtowy rynek energii elektrycznej oraz że koncentracja doprowadzi do wykluczenia najbardziej prawdopodobnego ważnego potencjalnego podmiotu konkurencyjnego wobec EDP na tym rynku (motywy 344 i 868).

196 W odniesieniu wreszcie do skutku horyzontalnego na rynku bilansowania energii oraz detalicznym rynku energii elektrycznej, skarżąca ogranicza się do stwierdzenia, że poprawa warunków konkurencji na hurtowym rynku energii elektrycznej będzie także odczuwalna na tych rynkach pochodnych. Uwzględniając, po pierwsze, że to założenie nie zostało udowodnione oraz, po drugie, że nie zakwestionowano czynników przedstawionych przez Komisję w celu wykazania występowania skutku horyzontalnego na tych rynkach, należy stwierdzić, iż skarżąca nie wykazała popełnienia żadnego oczywistego błędu w ocenie w odniesieniu do tych rynków. Należy zatem uznać, że na rynku bilansowania energii i detalicznym rynku energii elektrycznej zachodzi skutek horyzontalny. Uwzględniając ponadto, że skutek utrzymuje się na tych rynkach, należy stwierdzić, iż bodziec dla GDP do wejścia na nie, w szczególności na rynek detaliczny, może znacznie zwiększyć jej interes w wejściu na rynek wytwarzania energii elektrycznej w zakresie, w jakim oferuje on bezpośredni zbyt produkowanej przez nią energii elektrycznej.

197 Należy zatem stwierdzić, że skarżąca w żaden sposób nie wykazała popełnienia przez Komisję oczywistego błędu w ocenie w odniesieniu do silnych bodźców dla GDP do wejścia na wszystkie rynki energii elektrycznej, w tym także rynki bilansowania energii i usług pomocniczych oraz detaliczne rynki energii elektrycznej (motywy 432, 473, 876 i 881), jak również w odniesieniu do wykluczenia GDP jako najbardziej prawdopodobnego ważnego potencjalnego podmiotu konkurencyjnego wobec EDP na tych rynkach.

2. W przedmiocie wyrównania warunków konkurencji wynikającego ze zobowiązań

198 Należy przypomnieć, że Komisja winna zakazać koncentracji, jeśli kryteria zawarte w art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89 są spełnione w odniesieniu do co najmniej jednego z rynków właściwych (zob. pkt 144–146 powyżej).

199 Skarżąca twierdzi, że łączny skutek różnego rodzaju zobowiązań dotyczących sektora energii elektrycznej wychodzi poza wyrównanie straty związanej z wykluczeniem potencjalnej konkurencji ze strony GDP. Twierdzi ona także, że zobowiązania dotyczące rynków gazu poprawiłyby także warunki konkurencji na hurtowym rynku energii elektrycznej.

200 W tym względzie należy przyznać, że jeśli zobowiązania zapewniłyby na jednym z rynków właściwych wyrównanie warunków konkurencji przewyższające spowodowane przez koncentrację w zgłoszonej formie znaczące utrudnienie konkurencji, bilans skutków tej koncentracji z punktu widzenia konkurencji na tym rynku właściwym byłby pozytywny. Nie można byłoby zatem zakazać koncentracji na tym rynku na podstawie art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89.

201 W swej pisemnej odpowiedzi na potrzeby rozprawy oraz w trakcie rozprawy skarżąca zdecydowanie potwierdziła, że — ze względu na silne powiązania istniejące pomiędzy rynkami gazu i energii elektrycznej oraz pomiędzy należącymi do tych dwóch sektorów różnego rodzaju rynkami — prawidłowa ocena sytuacji konkurencyjnej na każdym z tych rynków wymaga uwzględnienia sytuacji konkurencyjnej na innych rynkach. Komisja ze swej strony twierdzi, że do utrzymania zaskarżonej decyzji w mocy wystarczy, aby jeden z problemów w zakresie konkurencji stwierdzonych na jednym z tych rynków w tej decyzji nie został rozwiązany przez zaproponowanie zobowiązania.

202 Tytułem wstępnym należy stwierdzić brak sprzeczności pomiędzy tymi dwoma stanowiskami. Skarżąca w trakcie rozprawy przyznała bowiem, że koncentracja w zmienionej formie nie może stanowić przedmiotu ogólnego bilansu skutków z punktu widzenia konkurencji, w którym korzyści dla konkurencji na jednym z rynków będą mogły wyrównać niedostateczną konkurencję na innym rynku. Ponadto Komisja nie twierdziła także, że sytuacja konkurencyjna na jednym z rynków właściwych jest całkowicie niezależna od sytuacji na innych rynkach.

- 203 Należy stwierdzić, że w sytuacji gdy koncentracja dotyczy kilku odrębnych — lecz powiązanych ze sobą — rynków, a sytuacja konkurencyjna na jednym lub kilku takich rynkach wpływa na sytuację konkurencyjną na tym czy innym rynku, należy wziąć te inne rynki pod uwagę, aby móc właściwie i w pełni ocenić, czy dana koncentracja stwarza lub umacnia pozycję dominującą na jednym z rozpatrywanych rynków i tym samym prowadzi do znaczącego utrudnienia konkurencji. Aby natomiast zakazać tej koncentracji, nie ma konieczności stwierdzania, że pociągnie ona za sobą taki skutek na każdym z rynków, których dotyczy.
- 204 W niniejszym przypadku jest oczywiste, że sytuacje konkurencyjne na każdym z rynków energii elektrycznej są ze sobą powiązane, nawet jeśli nie są one od siebie w wyłączny sposób uzależnione. Jak stwierdza to Komisja w zaskarżonej decyzji, bodźce do wejścia na hurtowy rynek energii elektrycznej są pozytywnie sprzężone z wejściem na detaliczny rynek energii elektrycznej (motywy 338, 342, 343 i 362) i odwrotnie (motywy 456 i 472). Tak samo Komisja twierdzi, że jedynie producenci energii elektrycznej w Portugalii mają możliwość uczestniczenia w rynku bilansowania energii i rynku usług pomocniczych (motywy 430 i 431).
- 205 Okazuje się także, że sytuacje konkurencyjne na każdym z rynków energii elektrycznej są powiązane z sytuacjami konkurencyjnymi panującymi na rynkach gazu. W szczególności zaś wejście podmiotów konkurencyjnych na hurtowy rynek energii elektrycznej jest częściowo uzależnione od możliwości niezależnego zaopatrywania się w gaz ze względu na przeszkody w wejściu na ten rynek przedstawione przez Komisję przy stwierdzeniu niehoryzontalnych skutków koncentracji (motywy 365–428). Tak samo bodziec dla GDP do wejścia na rynek wytwarzania energii elektrycznej polega częściowo na cenach gazu uzyskiwanych przez GDP jako dostawcę (motywy 340, 341 i 343). Komisja uznała ponadto, że jednym z głównych bodźców dla GDP do wejścia na detaliczny rynek energii elektrycznej jest zdolność do składania przez nią ofert o dwojakim charakterze (motywy 453–458), co w nieunikniony sposób zakłada wpływ na zdolność składania podobnych ofert przez podmioty konkurencyjne, a zatem — na liberalizację rynków gazu.

206 Ocena problemów w zakresie konkurencji na rynkach energii elektrycznej powinna zatem koniecznie uwzględniać sytuację konkurencyjną na innych rynkach energii elektrycznej oraz gazu, która powstała na skutek koncentracji w formie zmienionej w drodze zobowiązań.

a) W przedmiocie zobowiązań dotyczących sektora energii elektrycznej

207 W odniesieniu do łącznego skutku różnego rodzaju zobowiązań związanych z sektorem energii elektrycznej skarżąca przytacza wycofanie się przez EDP z inwestycji w REN oraz Tejo Energia, moratorium na budowę nowych elektrowni typu CCGT, dzierżawę TER oraz zawieszenie prawa głosu w Turbogás, odwołując się przede wszystkim do części sprawozdania Lexeconu zatytułowanej „Zobowiązania dostarczają prawdopodobnie podmiotom trzecim większych bodźców do wejścia na rynek energii elektrycznej”. W ramach swojej ujemnej oceny dotyczącej skutków niehoryzontalnych na hurtowym rynku energii elektrycznej skarżąca przedstawia ponadto argumentację związaną z moratorium, dzierżawą TER a także Tejo Energia. Komisja podkreśla, że nie przedstawiono argumentacji ani okoliczności faktycznych dotyczących łącznego skutku tych zobowiązań i odsyła również do dwóch części sprawozdania sporządzonego przez jej głównego ekonomistę. Komisja dokłada jednak starań, osiągając przy tym duży stopień szczegółowości, aby odrzucić argumentację przedstawioną przez skarżącą w skardze.

208 Należy przypomnieć, że odesłanie do sprawozdania Lexeconu można przyjąć jedynie w odniesieniu do argumentów zawartych w skardze, a inne argumenty należy odrzucić.

209 W odniesieniu do moratorium i zobowiązania do wydzierżawienia TER należy stwierdzić, że gdyby koncentracja nie miała miejsca, EDP ukończyłyby swój projekt TER zbudowania trzech elektrowni typu CCGT, z których ostatnia powinna rozpocząć produkcję w 2006 r., wytwarzając [1000–1500] MW, co stanowi około 20% aktualnego zużycia w Portugalii (motyw 302 zaskarżonej decyzji). Wraz

z koncentracją jej strony zobowiązują się do niebudowania innych elektrowni typu CCGT oraz do wydzierżawienia mocy produkcyjnej jednej lub dwóch elektrowni typu CCGT w ramach TER do dnia 30 czerwca 2010 r. lub do wcześniejszej daty, jeśli spełnione zostaną warunki zawieszające, z których najważniejszy dotyczy udzielenia przez rząd jednemu lub dwóm podmiotom niekontrolowanym przez EDP pozwoleń na budowę elektrowni typu CCGT.

210 W zaskarżonej decyzji Komisja, po pierwsze, stwierdziła, że sama budowa elektrowni typu CCGT jest w stanie znacząco otworzyć hurtowy rynek energii elektrycznej ze względu na strukturalne ograniczenia importu, zapóźnienie rynku iberyjskiego oraz korzyści zapewnione obecnym producentom przez CMEC (motywy 292–334). Po drugie, Komisja podkreśliła ograniczony czas trwania moratorium oraz dzierżawy, okoliczność, że mogą one zostać przedwcześnie zakończone nawet przed faktyczną budową lub uruchomieniem nowych elektrowni typu CCGT, okoliczność, że takie przedwczesne zakończenie ze względu na udzielenie zezwoleń niekontrolowanym przez EDP podmiotom nie stoi na przeszkodzie temu, aby ta ostatnia była powiązana z tymi podmiotami, oraz okoliczność, że te zobowiązania nie stoją na przeszkodzie temu, aby EDP zażądała takich zezwoleń dla siebie. W odniesieniu do dzierżawy TER Komisja uznała ponadto, że brak pewności co do okresu jej trwania stanowi znaczne obciążenie dla dzierżawcy, że dzierżawca ten nie zdobędzie żadnego doświadczenia w wytwarzaniu energii oraz że EDP będzie posiadała istotne informacje o tym dzierżawcy, jeśli ten ostatni wydzierżawiłby jedynie moc, nie zarządzając jednocześnie środkami produkcji (zob. w odniesieniu do zobowiązań z dnia 17 listopada 2004 r. motywy 743–753, a w odniesieniu do zobowiązań z dnia 26 listopada 2004 r. — motyw 868). Komisja wyciągnęła z tego wniosek, że to, iż zobowiązania doprowadzą rzeczywiście do wejścia nowych producentów na rynek, jest bardzo niepewne.

211 Skarżąca w swej skardze nie zakwestionowała zaś w poważny sposób czynników, z których Komisja wywiodła, że te dwa zobowiązania nie są wystarczające w świetle stwierdzonego problemu w zakresie konkurencji.

212 Należy zatem stwierdzić, że Komisja nie popełniła oczywistego błędu w ocenie, uznając, że moratorium i dzierżawa elektrowni typu CCGT w ramach TER nie są w stanie, same w sobie, rozwiązać problemu horyzontalnego na hurtowym rynku energii elektrycznej.

- 213 Skarżąca twierdzi ponadto, że gdyby koncentracja nie miała miejsca, EDP nadal byłaby w stanie budować nowe elektrownie typu CCGT (brak moratorium), pozostawiając podmiotom trzecim jedynie bardzo wąskie wejście.
- 214 Nie ulega wątpliwości, że gdyby koncentracja nie miała miejsca, istniałaby rzeczywista przeszkoda w wejściu nowych producentów energii elektrycznej na rynek, wynikająca z zamiaru i możliwości EDP, aby budować nowe elektrownie na już nasyconym rynku. Gdyby jednak koncentracja nie miała miejsca, oczywiście ta przeszkoda w wejściu na rynek nie dotyczyłaby GDP czy grupy Galp, skoro Komisja wykazała, nie popełniając oczywistego błędu w ocenie (zob. pkt 184–196 powyżej), że GDP lub grupa Galp ma zamiar wejść na rynek wytwarzania energii elektrycznej. Jeśli zaś koncentracja miałaby miejsce, Komisja stwierdziła, nie popełniając oczywistego błędu w ocenie (zob. pkt 210–212 powyżej), że zobowiązania nie wystarczają, aby umożliwić prawdopodobne wejście nowych podmiotów konkurencyjnych na hurtowy rynek energii elektrycznej, podczas gdy GDP zostałaby wykluczona jako najbardziej prawdopodobny ważny potencjalny podmiot konkurencyjny. Argumentacja przedstawiona przez skarżącą nie dała zatem podstaw do stwierdzenia, że Komisja popełniła jakikolwiek oczywisty błąd w ocenie w odniesieniu do horyzontalnego skutku, jaki koncentracja w zmienionej formie wywarłaby na hurtowym rynku energii elektrycznej.
- 215 Skarżąca twierdzi, że zbycie jej akcji w Tejo Energia zerwałoby związek strukturalny istniejący pomiędzy EDP a konkurencyjnym producentem energii elektrycznej i miałyby z pewnością pozytywny skutek strukturalny dla konkurencji, podczas gdy wejście GDP jest bardzo niepewne [sprawozdanie Lexeconu, 4.4 (c)].
- 216 W zaskarżonej decyzji Komisja skwapliwie uznała wycofanie się przez EDP z inwestycji w Tejo Energia za okoliczność pozytywną. Komisja potwierdziła jednak, czemu skarżąca nie zaprzeczyła, że jest wiele innych czynników, które stoją na przeszkodzie wybudowaniu przez Tejo Energia elektrowni typu CCGT, w szczególności sprzeczne w tym względzie opinie akcjonariuszy oraz okoliczność, że główni akcjonariusze — International Power i Endesa — są związani z EDP innymi porozumieniami dotyczącymi wytwarzania energii elektrycznej w Portugalii

(motywy 669, 756–758 i 867 zaskarżonej decyzji). Ponieważ skarżąca nie wykazała, że Tejo Energia jest tak samo ważnym podmiotem konkurencyjnym jak GDP, należy stwierdzić, iż samo zobowiązanie dotyczące Tejo Energia nie wystarcza, aby rozwiązać stwierdzony na rynku hurtowym problem horyzontalny.

217 Skarżąca podnosi także swe zobowiązanie dotyczące ograniczenia jej prawa głosu w Turbogás w zakresie decyzji w sprawie nabywania gazu ziemnego i nowych inwestycji oraz zastępowania przedstawicieli EDP w zarządzie członkami niezależnymi.

218 W zaskarżonej decyzji (motywy 759–766 i 861) Komisja stwierdziła, że EDP zachowuje wpływ na Turbogás ze względu na zachowanie swojego prawa głosu w dziedzinach nieobjętych zobowiązaniem oraz ze względu na czasowy charakter tego zobowiązania. Komisja podkreśla także okoliczność, że EDP zastrzegła sobie prawo do udzielania instrukcji swoim niezależnym przedstawicielom, aby utrzymać wartość swojego udziału w tej spółce. W tym względzie wspomina ona o interesie innych akcjonariuszy Turbogás, w szczególności International Power, w utrzymaniu dobrych stosunków z EDP. Komisja twierdzi wreszcie, że EDP ostatnio nabyła opcje na dodatkowe 20% akcji w Turbogás oraz na zarządzanie całością mocy produkcyjnej Turbogás. W swych pismach Komisja podniosła, czemu skarżąca nie zaprzeczyła, że EDP [...] ². Ponieważ skarżąca nie wykazała, że Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie, uznając, iż Turbogás nie stanowi znaczącego podmiotu konkurencyjnego, należy stwierdzić, że samo zobowiązanie dotyczące Turbogás nie wystarcza, aby rozwiązać stwierdzony na rynku hurtowym problem horyzontalny.

219 Skarżąca twierdzi także, że zmniejszenie jej udziału w REN z 30 do 5% wywarłoby wyraźny pozytywny skutek na konkurencję [sprawozdanie Lexeconu, 4.4 (c)]. W zaskarżonej decyzji Komisja nie przeanalizowała tego zobowiązania z punktu

2 — Dane objęte poufnością.

widzenia skutku horyzontalnego na rynkach energii elektrycznej, lecz z punktu widzenia skutków niehoryzontalnych na tych rynkach, jak zostało to wskazane przez strony w ich piśmie z dnia 2 listopada 2004 r. Nie podnosząc żadnych argumentów poza złożeniem tego zobowiązania, skarżąca nie wykazała popełnienia przez Komisję oczywistego błędu w odniesieniu do tego zobowiązania.

220 Podsumowując, należy ponadto stwierdzić, że skarżąca nie wykazała, iż Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie, stwierdzając, że koncentrację w formie zmienionej w drodze wszystkich zobowiązań dotyczących bezpośrednio problemu horyzontalnego, traktowaną jako całość, należy uznać za niezgodną ze wspólnym rynkiem ze względu na jej skutek horyzontalny na rynkach energii elektrycznej. W szczególności, choć zobowiązania te jako całość niewątpliwie zwiększają prawdopodobieństwo wejścia na hurtowy rynek energii elektrycznej, skarżąca nie obaliła opartego na badaniu rynkowym wniosku Komisji, zgodnie z którym zobowiązania te jako całość nie stwarzają środowiska konkurencyjnego wystarczającego, aby uprawdopodobnić takie wejście. Ponadto, nawet przy założeniu, że można by było przewidzieć takie wejście na jeden z rynków energii elektrycznej, nic nie wskazuje na to, iż taki nowy podmiot konkurencyjny dysponowałby siłą rynkową i przewagą nad konkurencją, którymi dysponowałaby GDP w przypadku wejścia na wszystkie lub niektóre rynki energii elektrycznej (motywy 362–364, 675, 767 i 868 zaskarżonej decyzji).

b) W przedmiocie zobowiązań dotyczących sektora gazowniczego

221 Skarżąca ogranicza się do twierdzenia, że niektóre zobowiązania dotyczące rynków gazu umożliwią nowemu podmiotowi wchodzącemu na hurtowy rynek energii elektrycznej zaopatrywanie się w gaz w sposób niezależny od łączącego się podmiotu. Nie wskazuje ona jednak, jakie zobowiązania miałyby tutaj znaczenie, ani w jakim stopniu, lecz odnosi się ogólnie do tej części swej skargi, która została poświęcona analizie rynków gazu. Komisja podkreśla ten brak i odnajduje w poświęconych rynkom gazu pismach skarżącej jedynie jedno ogólne stwierdzenie, zgodnie z którym „te [dotyczące gazu] zobowiązania stwarzają w oczywisty sposób bardziej konkurencyjne środowisko w sektorze energii elektrycznej”.

- 222 Z akt sprawy wynika, że zobowiązania dotyczące sektora gazowniczego są dwójakiego rodzaju, w zależności od tego, czy ich celem jest, z jednej strony, rozwiązanie stwierdzonych na hurtowym rynku energii elektrycznej problemów niehoryzontalnych, polegające w istocie na poprawie warunków dostawy gazu do producentów energii elektrycznej konkurujących z łączącym się podmiotem (A/ENI.II–F/ENI.IX, H/ENI.XI i L/EDP.1) czy, z drugiej strony, rozwiązanie problemów horyzontalnych i niehoryzontalnych na rynkach gazu (G/ENI.X, I/ENI.XII i J/ENI.XIV).
- 223 Tytułem wstępnym należy stwierdzić, że Komisja w zaskarżonej decyzji stwierdziła istnienie skutku horyzontalnego na wszystkich rynkach energii elektrycznej, a także istnienie zobowiązań, których bezpośrednim celem jest rozwiązanie tego problemu w zakresie konkurencji — niezależnie od niehoryzontalnych skutków na hurtowym rynku energii i zobowiązań, których celem jest rozwiązanie tych ostatnich problemów w zakresie konkurencji (motywy 362–364, 675, 767 i 868 zaskarżonej decyzji). Musiało z tego nieuchronnie wynikać stwierdzenie, że należy zakazać koncentracji w zmienionej formie, choćby tylko z tego względu, iż umacnia ona pozycję dominującą EDP i poprzez wykluczenie GDP jako najbardziej prawdopodobnego ważnego potencjalnego podmiotu konkurencyjnego prowadzi do znaczącego utrudnienia konkurencji na hurtowym rynku energii elektrycznej. Należy zatem przeanalizować, czy — jak twierdzi skarżąca w drugiej części swego zarzutu trzeciego (zob. pkt 84 powyżej) oraz w ramach niniejszego zarzutu — Komisja, aby stwierdzić, że łączne skutki zobowiązań wychodzą poza wyrównanie wykluczenia potencjalnej konkurencji ze strony GDP, powinna była dokonać analizy tych zobowiązań jako całości.
- 224 W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że zobowiązania dotyczące niehoryzontalnych skutków na hurtowym rynku energii elektrycznej (A/ENI.II–F/ENI.IX, H/ENI.XI i L/EDP.1) wywierają jedynie bardzo słaby wpływ na problem horyzontalny stwierdzony na wszystkich rynkach energii elektrycznej, polegający na wykluczeniu, wskutek koncentracji w zmienionej formie, GDP jako najbardziej prawdopodobnego ważnego potencjalnego podmiotu konkurencyjnego.

225 Z jednej strony te zobowiązania nie mają wpływu na analizę Komisji dotyczącą GDP. Określone w nich problemy niehoryzontalne nie dotyczyły bowiem GDP, ponieważ dysponuje ona, gdyby koncentracja nie doszła do skutku, uprzywilejowanym dostępem do gazu. Z tego względu zarówno bodziec dla GDP do wejścia na rynki energii elektrycznej, jak i siła, z jaką by weszła, pozostają z punktu widzenia tych zobowiązań niezmienione.

226 Z drugiej strony zobowiązania te mają jedynie marginalny wpływ na dokonaną przez Komisję analizę siły wejścia GDP na hurtowy rynek energii elektrycznej w porównaniu z siłą wejścia innych podmiotów konkurencyjnych wobec łączącego się podmiotu. Komisja stwierdziła bowiem, że GDP dysponuje znaczną przewagą nad innymi potencjalnymi podmiotami konkurencyjnymi wobec łączącego się podmiotu na rynkach energii elektrycznej, polegającą w szczególności na integracji pionowej w ramach grupy Galp działalności dotyczącej gazu z działalnością dotyczącą energii elektrycznej, uprzywilejowanym dostępem do gazu, renomie, którą się cieszy jej znak towarowy, oraz znajomości odbiorców w Portugalii. Nawet zaś zakładając, że zobowiązania, których celem jest rozwiązanie problemów niehoryzontalnych, byłyby w pełni skuteczne, sytuacja konkurencyjna na hurtowym rynku energii elektrycznej byłaby mniej korzystna, gdyby koncentracja miała miejsce niż w przypadku przeciwnym. W pierwszej kolejności, rozpatrywane zobowiązania zmierzały w istocie jedynie do wyeliminowania stworzonego przez samą koncentrację problemu w zakresie konkurencji, polegającego na udostępnieniu przedsiębiorstwu mającemu silną pozycję dominującą na hurtowym rynku energii elektrycznej pozycji dominującej innego przedsiębiorstwa, zajmującego pozycję dominującą na rynku dostaw gazu do producentów energii elektrycznej. Następnie, nawet jeśli zobowiązania te są w stanie uprzywilejowywać konkurencję na rynku wytwarzania energii elektrycznej w elektrowniach typu CCGT, zdołałyby jedynie zagwarantować podmiotom konkurencyjnym wobec łączącego się podmiotu dostęp do gazu na mniej dyskryminacyjnych i bardziej poufnych warunkach. Komisja nie stwierdziła jednak, że dostęp do gazu, gdyby koncentracja nie miała miejsca, stanowiłby rzeczywistą przeszkodę w wejściu na rynek innych niż GDP podmiotów konkurencyjnych, lecz oparła się na swym badaniu rynkowym, aby wykazać, że jest mało prawdopodobne, iż zidentyfikowane obecne lub potencjalne podmioty konkurencyjne rzeczywiście wejdą i rozwiną swą działalność na tym rynku (zob. motywy 305–331). Skarżąca wreszcie nie twierdziła — co zresztą byłoby trudne — że

te zobowiązania dają tym podmiotom konkurencyjnym dostęp do gazu tak łatwy i gospodarczo tak korzystny jak dostęp, którym dysponuje GDP wtedy, gdy koncentracja nie ma miejsca. Cała przewaga GDP w stosunku do innych podmiotów konkurencyjnych wobec łączącego się podmiotu byłaby zatem zachowana. Innymi słowy, wyraźna poprawa warunków dostaw gazu podmiotów konkurencyjnych wobec łączącego się podmiotu nie byłaby w stanie znacząco wyrównać wykluczenia GDP z punktu widzenia konkurencji.

227 Z powyższego wynika, że zobowiązania, których celem jest rozwiązanie niehoryzontalnych problemów na rynku hurtowym, miały jedynie marginalny wpływ na dokonaną przez Komisję analizę problemu horyzontalnego na wszystkich rynkach energii elektrycznej. W tej sytuacji Komisja słusznie i nie popełniając oczywistego błędu w ocenie, mogła nie uwzględnić tych zobowiązań, aby stwierdzić, że koncentracja w zmienionej formie umacnia pozycję dominującą EDP i poprzez wykluczenie GDP jako najbardziej prawdopodobnego ważnego potencjalnego podmiotu konkurencyjnego prowadzi do znaczącego utrudnienia konkurencji na hurtowym rynku energii elektrycznej.

228 Po drugie, w odniesieniu do zobowiązań dotyczących w całości sektora gazowniczego (G/ENL.X, I/ENL.XII i J/ENL.XIV), skarżąca w żaden sposób nie wykazała, w jakim stopniu zwiększą one zdolność konkurencyjną ewentualnych podmiotów konkurujących z EDP. Nie jest zaś zadaniem sądu samodzielne badanie, jakie skutki zobowiązania te mogłyby wyrzucić na rynki energii elektrycznej ani, przede wszystkim, samodzielne rozstrzygnięcie o rozmiarach tych skutków, aby stwierdzić popełnienie przez Komisję oczywistego błędu w ocenie.

c) Wnioski w przedmiocie ogólnego bilansu skutków koncentracji w zmienionej formie z punktu widzenia konkurencji na rynkach energii elektrycznej

229 Przypomnieć należy, że skarżąca nie wykazała, iż Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie, dochodząc do wniosku, że GDP jest bardzo prawdopodobnym ważnym potencjalnym podmiotem konkurencyjnym wobec EDP na rynkach energii elektrycznej.

230 Tak samo skarżąca nie wykazała, że Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie, zgodnie z którą zobowiązania dotyczące stwierdzonego przez Komisję na rynkach energii elektrycznej problemu horyzontalnego nie są w stanie uprzywilejować wejścia innego niż GDP ważnego podmiotu konkurencyjnego wobec EDP.

231 Skarżąca nie wykazała ponadto, że Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie ze względu na to, iż nie uwzględniła ona skutku zobowiązań zaproponowanych w celu rozwiązania niehoryzontalnych problemów w zakresie konkurencji na rynkach energii elektrycznej lub w celu rozwiązania problemów w zakresie konkurencji na rynkach gazu, aby ocenić skutek horyzontalny na hurtowym rynku energii elektrycznej, będący następstwem koncentracji w zmienionej formie.

232 W szczególności, odczuwalna dzięki koncentracji w zmienionej formie poprawa sytuacji konkurencyjnej na rynkach gazu nie rozwiązuje problemów w zakresie konkurencji na rynkach energii elektrycznej.

233 Nie ulega wątpliwości, że koncentracja w zmienionej formie poprawiłaby znacznie sytuację na rynkach gazu. Natychmiast po koncentracji, w porównaniu z obecnym monopolem GDP, podmioty trzecie uzyskałyby dzięki zobowiązaniom dostęp do gazu na konkurencyjnych warunkach, a także rzeczywiste gwarancje dostępu do gazu na niedyskryminacyjnych warunkach — choć gwarancje te są w opinii Komisji niekompletne. Tak samo złożone przez władze portugalskie propozycje, w szczególności w zakresie dotyczącym przyśpieszenia liberalizacji rynków gazu, tworzą na rynkach gazu nową sytuację konkurencyjną. Sytuacja ta może spowodować pojawienie się nowych podmiotów wchodzących na rynki gazu, nowych podmiotów wchodzących, które — z tych samych przyczyn co GDP — mogą

ze swej strony wejść na rynki energii elektrycznej. Ta sytuacja na rynkach gazu może także poprawić sytuację na pochodnym rynku wytwarzania energii elektrycznej przez elektrownie typu CCGT w zakresie, w jakim potencjalne podmioty konkurujące z EDP mogą się spodziewać zaopatrzenia na bardziej konkurencyjnych i niedyskryminacyjnych lub mniej dyskryminacyjnych warunkach.

234 Komisja nie popełniła jednak oczywistego błędu, stwierdzając, że korzyści zapewnione przez te zobowiązania i propozycje nie spowodują powstania na rynkach energii elektrycznej sytuacji konkurencyjnej, która byłaby taka sama lub lepsza niż sytuacja będąca skutkiem potencjalnego wejścia GDP na te rynki, gdyby koncentracja nie miała miejsca. Z jednej strony ani ewentualny nowy podmiot wchodzący na rynki gazu, ani ewentualny nowy podmiot wchodzący na hurtowy rynek energii elektrycznej nie byłby w stanie — przynajmniej przez pewien czas — mieć takiej siły rynkowej, jakiej może użyć GDP przy wchodzeniu na rynki energii elektrycznej, gdyby koncentracja nie miała miejsca. Komisja podkreśla w szczególności znaczną szczególną przewagę GDP, związaną przede wszystkim z jej dostępem do gazu, renomą, którą się cieszy jej znak towarowy, jej znajomością odbiorców oraz z już zrealizowanymi przez nią w dziedzinie energii elektrycznej projektami. Z drugiej strony sama możliwość konkurencji na rynkach gazu — a zatem związane z nią pozbycie się jednej z przeszkód w wejściu na rynek wytwarzania energii elektrycznej — nie pozwalają na podważenie analizy Komisji, zgodnie z którą wejście na ten rynek innych, równie ważnych jak GDP, podmiotów konkurencyjnych jest mało prawdopodobne.

235 Zatem, nawet jeśli Komisja niesłusznie nie dokonała oceny korzyści spowodowanych przez koncentrację na rynkach gazu (zob. pkt 123 powyżej), porównanie aktualnej, przed koncentracją, sytuacji konkurencyjnej na rynkach energii elektrycznej, cechującej się przede wszystkim monopolistyczną pozycją GDP w dostawie gazu do producentów energii elektrycznej oraz silnymi pozycjami dominującymi EDP na wszystkich rynkach energii elektrycznej, z sytuacją konkurencyjną po koncentracji, cechującej się głównie, po pierwsze, znaczącym otwarciem rynku dostaw gazu do producentów energii elektrycznej oraz, po drugie, wykluczeniem ważnego potencjalnego podmiotu konkurencyjnego na wszystkich rynkach energii elektrycz-

nej, czyli GDP, nie wykazało, że Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie, stwierdzając, iż bilans skutków koncentracji z punktu widzenia konkurencji na każdym z tych rynków jest negatywny.

- 236 Należy ponadto zauważyć, że w sytuacji gdy ogólna poprawa — wskutek koncentracji w zmienionej formie — warunków konkurencji na rynkach gazu nie wywiera na rynkach energii elektrycznej skutków wystarczających, aby wyeliminować uprzednio stwierdzone na tych ostatnich rynkach problemy w zakresie konkurencji, Komisja nie może uznać koncentracji za zgodną ze wspólnym rynkiem ze względu na korzystne z punktu widzenia konkurencji skutki w jednym z rozpatrywanych sektorów, przy jednoczesnym nieuwzględnieniu negatywnych skutków w innym sektorze. W tym względzie należy wziąć pod uwagę okoliczność, że większość — a wręcz wszystkie — pozytywnych skutków dla konkurencji w sektorze gazowniczym spodziewanych na skutek koncentracji byłaby krótko- lub średnioterminowa, ponieważ wszystkie te korzyści — lub ich większość — zostaną w każdym razie osiągnięte w ciągu dwóch do trzech lat od daty przewidzianej wraz z koncentracją, ze względu na samo przestrzeganie terminarza liberalizacji ustanowionego w drodze odstępstwa przewidzianego w drugiej dyrektywie gazowej, z którego korzysta Republika Portugalska,

- 237 Należy zatem dojść do wniosku, że skarżąca nie wykazała, iż Komisja popełniła jakikolwiek błąd w ocenie, stwierdzając, że koncentracja w zmienionej formie umocni pozycję dominującą EDP na rynkach energii elektrycznej i tym samym doprowadzi to znaczącego utrudnienia skutecznej konkurencji.

V — *Wnioski*

- 238 Należy przypomnieć, że zaskarżona decyzja narusza prawo w zakresie, w jakim dotyczy rynków gazu w Portugalii.

239 Natomiast zaskarżona decyzja nie narusza prawa z żadnego ze względów, które skarżąca podniosła w ramach zarzutów drugiego i trzeciego, ani nie jest dotknięta żadnym z oczywistych błędów w ocenie podniesionych w ramach drugiej części zarzutu czwartego, dotyczącej sektora energii elektrycznej.

240 Na podstawie orzecznictwa przedstawionego w pkt 144–146 powyżej należy stwierdzić, że te powody zaskarżonej decyzji, których nieważności nie stwierdzono, wystarczają, aby uzasadnić jej sentencję, zgodnie z którą należy uznać koncentrację za niezgodną ze wspólnym rynkiem.

241 Należy zatem oddalić skargę.

W przedmiocie kosztów

242 Zgodnie z art. 87 § 2 regulaminu kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ skarżąca przegrała sprawę, zgodnie z żądaniem Komisji należy obciążyć ją kosztami postępowania.

243 Ponieważ interwenient nie wniósł o obciążenie skarżącej kosztami postępowania, należy orzec, że każdy z uczestników postępowania ponosi własne koszty związane z interwencją.

Z powyższych względów

SĄD (druga izba)

orzeka, co następuje:

- 1) Skarga zostaje oddalona.
- 2) Skarżąca zostaje obciążona kosztami postępowania.
- 3) Każdy z uczestników postępowania ponosi własne koszty związane z interwencją.

Pirrung

Forwood

Papasavvas

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 21 września 2005 r.

Sekretarz

Prezes

H. Jung

J. Pirrung

Spis treści

| | |
|--|-----------|
| Ramy prawne | II - 3754 |
| Okoliczności powstania sporu | II - 3757 |
| Przebieg postępowania i żądania stron | II - 3767 |
| Co do istoty sprawy | II - 3769 |
| I — W przedmiocie zarzutu drugiego dotyczącego naruszenia art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89 | II - 3771 |
| II — W przedmiocie zarzutu trzeciego dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 2 i 3 rozporządzenia nr 4064/89 | II - 3776 |
| A — W przedmiocie pierwszej części zarzutu trzeciego dotyczącej ciężaru dowodu | II - 3776 |
| B — W przedmiocie drugiej części zarzutu trzeciego dotyczącej ogólnej oceny koncentracji w zmienionej formie | II - 3782 |
| C — W przedmiocie trzeciej części zarzutu trzeciego dotyczącej nadużycia władzy | II - 3786 |
| D — W przedmiocie czwartej części zarzutu trzeciego dotyczącej trudności związanych z kontrolą niektórych zobowiązań dotyczących zachowań | II - 3790 |
| III — W przedmiocie zarzutu pierwszego dotyczącego odstępstwa, z którego Republika Portugalska korzysta na podstawie drugiej dyrektywy gazowej | II - 3793 |
| A — Uwagi wstępne | II - 3793 |
| B — W przedmiocie pierwszej części zarzutu pierwszego dotyczącej nieuwzględnienia odstępstwa przyznanego Republice Portugalskiej | II - 3794 |
| C — W przedmiocie drugiej części zarzutu pierwszego dotyczącej nadmiernego wybiegnięcia w przyszłość | II - 3802 |

| | |
|---|-----------|
| IV — W przedmiocie zarzutu czwartego dotyczącego błędów w ocenie zobowiązań . | II - 3803 |
| A — Uwagi wstępne | II - 3803 |
| B — W przedmiocie pierwszej części zarzutu czwartego dotyczącej uwzględnienia zobowiązań z dnia 26 listopada 2004 r. | II - 3808 |
| C — W przedmiocie trzeciej części zarzutu czwartego dotyczącej popełnienia błędów w ocenie koncentracji w zmienionej formie w odniesieniu do sektora energii elektrycznej | II - 3811 |
| 1. W przedmiocie wykluczenia GDP jako najbardziej prawdopodobnego ważnego potencjalnego podmiotu konkurencyjnego | II - 3815 |
| 2. W przedmiocie wyrównania warunków konkurencji wynikającego ze zobowiązań | II - 3821 |
| a) W przedmiocie zobowiązań dotyczących sektora energii elektrycznej | II - 3824 |
| b) W przedmiocie zobowiązań dotyczących sektora gazowniczego | II - 3828 |
| c) Wnioski w przedmiocie ogólnego bilansu skutków koncentracji w zmienionej formie z punktu widzenia konkurencji na rynkach energii elektrycznej | II - 3831 |
| V — Wnioski | II - 3834 |
| W przedmiocie kosztów | II - 3835 |