YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN
TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (kolmas jaosto)

14 päivänä heinäkuuta 2006 *

Asiassa T-417/05,

Endesa, SA, kotipaikka Madrid (Espanja), edustajinaan J. Flynn, QC, solicitor S. Baxter sekä asianajajat M. Odriozola Alén, M. Muñoz de Juan, M. Merola, J. García de Enterría Lorenzo-Velázquez ja J. Varcárcel Martínez,

kantajana,

vastaan

Euroopan yhteisöjen komissio, asiamiehinään F. Castillo de la Torre, É. Gippini Fournier, A. Whelan ja M. Schneider,

vastaajana,

jota tukevat

Espanjan kuningaskunta, asiamiehenään abogado del Estado N. Díaz Abad,

* Oikeudenkäyntikieli: espanja.

ja

Gas Natural SDG, SA, kotipaikka Barcelona (Espanja), edustajinaan asianajajat F. González Díaz, J. Jiménez de la Iglesia ja A. Leis García,

väliintulijoina,

jossa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta vaaditaan kumoamaan komission 15.11.2005 tehty päätös, jossa todetaan, ettei keskittymä ole yhteisönlaajuinen (asia COMP/M.3986 – Gas Natural/Endesa),

EUROOPAN YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIN (kolmas jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja M. Jaeger sekä tuomarit V. Tiili ja O. Czúcz,
kirjaaja: johtava hallintovirkamies J. Palacio González,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 9.3.2006 pidetyssä istunnossa esitetyn,

on antanut seuraavan

tuomion

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Yrityskeskittymien valvontaa koskevat asetukset

1 Yrityskeskittymien valvonnasta 20 päivänä tammikuuta 2004 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 139/2004 (EUVL L 24, s. 1) (jäljempänä asetus) 1 artiklassa säädetään seuraavaa:

"1. Tätä asetusta sovelletaan kaikkiin tässä artiklassa tarkoitettuihin yhteisönlaajuisiin keskittymiin, sanotun kuitenkaan rajoittamatta 4 artiklan 5 kohdan ja 22 artiklan soveltamista.

2. Keskittymä on yhteisönlaajuinen keskittymä, jos:

a) kaikkien siihen osallistuvien yritysten yhteenlaskettu koko maailmasta kertynyt kokonaisliikevaihto on yli 5 miljardia euroa; ja

b) ainakin kahden siihen osallistuvan yrityksen yhteisön alueelta kertynyt kokonaisliikevaihto on erikseen yli 250 miljoonaa euroa;

ellei jokaisen keskittymään osallistuvan yrityksen omasta yhteisön alueelta kertyneestä kokonaisliikevaihdosta yli kaksi kolmasosaa ole kertynyt yhdestä ja samasta jäsenvaltiosta.

_ _"

2 Asetuksen 5 artiklassa, jonka otsikko on "Liikevaihdon laskeminen", säädetään seuraavaa:

"1. Tässä asetuksessa tarkoitettu kokonaisliikevaihto käsittää tuotot, jotka keskittymään osallistuville yrityksille ovat edellisen tilikauden aikana kertyneet niiden tavanomaiseen toimintaan kuuluvasta tuotteiden myynnistä ja palvelujen tarjoamisesta, kun niistä on vähennetty myyntialennukset, arvonlisävero ja muut suoraan liikevaihdosta määrättävät maksut. Keskittymään osallistuvan yrityksen kokonaisliikevaihtoon ei sisälly 4 kohdassa tarkoitettujen yritysten välinen tuotteiden myynti tai palvelujen tarjoaminen.

Liikevaihto yhteisössä tai jäsenvaltiossa käsittää tuotteiden myynnin ja palvelujen tarjoamisen yrityksille ja kuluttajille yhteisössä tai kyseisessä jäsenvaltiossa.

_ _"

3 Asetuksen 19 artiklassa säädetään seuraavaa:

"1. Komissio toimittaa jäsenvaltioiden toimivaltaisille viranomaisille jäljennökset ilmoituksista kolmen työpäivän kuluessa ja jäljennökset tärkeimmistä komissiolle toimitetuista tai komission tämän asetuksen mukaan laatimista asiakirjoista niin pian kuin mahdollista. – –

2. Komissio toimii tässä asetuksessa säädetyissä menettelyissä läheisessä ja jatkuvassa yhteydessä jäsenvaltioiden toimivaltaisten viranomaisten kanssa, jotka voivat esittää huomautuksensa näistä menettelyistä. – –"

4 Asetuksen 21 artiklassa säädetään seuraavaa:

"2. Ainoastaan komissiolla on toimivalta tehdä tässä asetuksessa tarkoitettuja päätöksiä yhteisöjen tuomioistuimen valvonnassa.

3. Jäsenvaltio ei saa soveltaa kansallista kilpailulainsäädäntöään yhteisönlaajuiseen keskittymään."

5 Asetuksen 22 artiklassa säädetään seuraavaa:

"1. Yksi tai useampi jäsenvaltio voi pyytää komissiota tutkimaan 3 artiklassa tarkoitetun keskittymän, joka ei ole 1 artiklassa tarkoitettu yhteisönlaajuinen keskittymä mutta vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja uhkaa vaikuttaa

merkittävästi kilpailuun pyynnön esittävän jäsenvaltion tai pyynnön esittävien jäsenvaltioiden alueella.

Tällainen pyyntö on esitettävä viimeistään 15 työpäivän kuluessa keskittymän ilmoittamispäivästä, tai jos ilmoitus ei ole välttämätön, siitä päivästä, jona jäsenvaltio sai muulla tavoin tiedon siitä.

2. Komissio ilmoittaa jäsenvaltioiden toimivaltaisille viranomaisille ja keskittymään osallistuville yrityksille viipymättä kaikista 1 kohdan nojalla saamistaan pyynnöistä.

Muilla jäsenvaltioilla on oikeus yhtyä alkuperäiseen pyyntöön 15 työpäivän kuluessa siitä kun ne ovat vastaanottaneet komission toimittaman alkuperäisen pyynnön.

Kaikkia keskittymää koskevia kansallisia määräaikoja lykätään, kunnes tässä artiklassa säädetyn menettelyn mukaisesti on päätetty, missä keskittymää tutkitaan. Jäsenvaltion kansallisten määräaikojen lykkääminen päättyy heti, kun se on ilmoittanut komissiolle ja asianomaisille yrityksille, ettei se halua liittyä pyyntöön.

3. Komissio voi 10 työpäivän kuluessa 2 kohdassa vahvistetun määräajan päättymisestä päättää tutkia keskittymää, jos se katsoo, että keskittymä vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja uhkaa vaikuttaa merkittävästi kilpailuun pyynnön esittäneen jäsenvaltion tai pyynnön esittäneiden jäsenvaltioiden alueella. Jos komissio ei tee päätöstä tässä määräajassa, sen katsotaan päättäneen tutkia keskittymä pyynnön mukaisesti.

Komissio antaa päätöksensä tiedoksi kaikille jäsenvaltioille ja keskittymään osallistuville yrityksille. Se voi vaatia ilmoituksen tekemistä 4 artiklan mukaisesti.

Pyynnön esittänyt jäsenvaltio tai esittäneet jäsenvaltiot eivät saa tämän jälkeen jatkaa kansallisen kilpailulainsäädäntönsä soveltamista kyseiseen keskittymään.

_ _"

6 Asetuksen täytäntöönpanosta 7.4.2004 annetun komission asetuksen N:o 802/2004 (EUVL L 133, s. 1) 17 artiklan 3 kohdassa säädetään seuraavaa:

"Oikeutta tutustua asiakirja-aineistoon ei myönnetä luottamuksellisiin tietoihin tai komission ja jäsenvaltioiden toimivaltaisten viranomaisten sisäisiin asiakirjoihin. Komission ja jäsenvaltioiden toimivaltaisten viranomaisten välinen tai eri jäsenvaltioiden viranomaisten välinen kirjeenvaihto ei myöskään kuulu tutustumisoikeuden piiriin."

7 Kansainvälisten tilinpäätösstandardien soveltamisesta 19 päivänä heinäkuuta 2002 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EY) N:o 1606/2002 (EYVL L 243, s. 1) 1 artiklassa säädetään seuraavaa:

"Tämän asetuksen tavoitteena on kansainvälisten tilinpäätösstandardien hyväksyminen ja soveltaminen Euroopan yhteisössä, jotta voidaan yhdenmukaistaa 4 artiklassa tarkoitettujen yhtiöiden esittämät tilinpäätöstiedot ja varmistaa

tilinpäätösten läpinäkyvyyden ja vertailtavuuden korkea taso ja turvata näin yhteisön pääomamarkkinoiden ja sisämarkkinoiden tehokas toiminta."

Yhtiöiden kirjanpitoa koskeva lainsäädäntö

8 Asetuksen N:o 1606/2002 4 artiklassa (jonka otsikko on "Julkisesti noteerattujen yhtiöiden konsolidoidut tilinpäätökset") säädetään seuraavaa:

"Jäsenvaltion lainsäädännön alaisten yhtiöiden on 1 päivänä tammikuuta 2005 tai sen jälkeen alkavilta tilikausilta laadittava konsolidoidut tilinpäätöksensä kansainvälisten tilinpäätösstandardien mukaisesti, jotka on hyväksytty 6 artiklan 2 kohdassa säädettyä menettelyä noudattaen, jos niiden arvopapereita on otettu kaupankäynnin kohteeksi kyseisten yhtiöiden tilinpäätöspäivänä sijoituspalveluista arvopaperimarkkinoilla 10 päivänä toukokuuta 1993 annetun neuvoston direktiivin 93/22/ETY 1 artiklan 13 kohdassa tarkoitetuilla jäsenvaltion säännellyillä markkinoilla."

9 Tiettyjen kansainvälisten tilinpäätösstandardien hyväksymisestä Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EY) N:o 1606/2002 mukaisesti 29 päivänä syyskuuta 2003 annetussa komission asetuksessa (EY) N:o 1725/2003 (EUVL L 261, s. 1) säädetään seuraavaa:

"1 artikla

Hyväksytään liitteessä mainitut kansainväliset tilinpäätösstandardit.

_ _"

10 Asetuksen N:o 1725/2003 liitteenä olevassa kansainvälisessä tilinpäätösstandardissa IAS 18, jonka otsikko on "Tuotot", säädetään seuraavaa:

"Määritelmät

7. Tässä standardissa käytetään seuraavia termejä seuraavassa merkityksessä:

Tuotoilla tarkoitetaan yrityksen tavanomaisesta toiminnasta tilikaudella koituvan taloudellisen hyödyn bruttomäärää, joka johtaa oman pääoman lisäykseen muutoin kuin omistajien tekemistä oman pääoman sijoituksista johtuen.

Käypä arvo on rahamäärä, johon omaisuuserä voitaisiin vaihtaa tai jolla velka voitaisiin suorittaa asiaa tuntevien, liiketoimeen halukkaiden, toisistaan riippumattomien osapuolten kesken.

8. Tuotot sisältävät vain sen taloudellisen hyödyn bruttomäärän, jonka yritys saa tai tulee saamaan omaan lukuunsa. Ulkopuolisten puolesta perityt määrät kuten liikevaihtovero, tavara- ja palveluverot ja arvonlisäverot eivät ole yrityksen hyväksi koituvaa taloudellista hyötyä, eivätkä ne kasvata omaa pääomaa. Tämän vuoksi niitä ei sisällytetä tuottoihin. Samoin agenttisuhteessa taloudellisen hyödyn kokonaismäärä sisältää päämiehen puolesta perittyjä määriä, jotka eivät kasvata yrityksen omaa pääomaa. Päämiehen puolesta perityt määrät eivät ole tuottoja. Tuottoa on sen sijaan palkkion määrä."

11 Asetuksen N:o 1725/2003 muuttamisesta 6.4.2004 annetussa komission asetuksessa (EY) N:o 707/2004 (EUVL L 111, s. 3) säädetään seuraavaa:

”1 artikla

Asetuksen (EY) N:o 1725/2003 liitteessä oleva – – ’SIC-8: IAS:n soveltaminen ensimmäistä kertaa tilinpäätöksen ensisijaisena perustana’ korvataan tämän asetuksen liitteessä olevalla tekstillä.

2 artikla

Tämä asetus tulee voimaan kahdentenakymmenentenä päivänä sen jälkeen, kun se on julkaistu Euroopan unionin virallisessa lehdessä.

– –”

12 Asetuksen N:o 707/2004 liitteessä, jonka otsikko on ”IFRS 1 – Ensimmäinen IFRS-standardien käyttöönotto”, täsmennetään seuraavaa:

”36. IAS 1:n Tilinpäätöksen esittäminen noudattaminen edellyttää, että yhteisön ensimmäisen IFRS-tilinpäätöksen on sisällettävä IFRS-standardien mukaiset vertailutiedot vähintään yhdeltä vuodelta.

– –

47. Yhteisön on sovellettava tätä IFRS-standardia, jos sen ensimmäinen IFRS-tilinpäätös laaditaan 1. tammikuuta 2004 tai sen jälkeen alkavalta tilikaudelta. Aikaisempi soveltaminen on suositeltavaa. – –"

Tiedonanto liikevaihdon laskemisesta

13 Liikevaihdon laskemisesta yrityskeskittymien valvonnasta annetun neuvoston asetuksen (ETY) N:o 4064/89 mukaan annetun komission tiedonannon (EYVL 1998, C 66, s. 25) (jäljempänä tiedonanto) 26 kohdan sisältö on seuraava:

"Komissio pyrkii hankkimaan mahdollisimman tarkat ja luotettavat tiedot päätöstensä perustaksi. Tämän vuoksi komissio käyttää pääsääntöisesti vahvistettuja tai muita lopullisia tilinpäätöksiä. Komissio voi kuitenkin katsoa tarpeelliseksi oikaista muussa kuin yhteisön jäsenvaltiossa laaditun tilinpäätöksen tietoja, jos kyseinen tilinpäätös on laadittu sellaisten standardien mukaisesti, jotka eroavat yhteisössä noudatetuista liikevaihdon laskemisstandardeista. Komission suhtautuminen yrityksen johdon laatimien tai muiden väliaikaisten laskelmien käyttöön on poikkeuksellisia olosuhteita lukuun ottamatta varauksellista (katso seuraava kohta). Kun keskittymä syntyy vuoden ensimmäisten kuukausien aikana eikä viimeksi päättyneeltä tilikaudelta ole vielä vahvistettua tilinpäätöstä, liikevaihdon laskemisessa käytetään tätä edeltävän tilikauden vahvistettua tilinpäätöstä. Jos näiden kahden viimeksi päättyneen tilikauden luvut eroavat toisistaan huomattavasti, komissio voi päätyä käyttämään viimeisimmän tilikauden vahvistamattomia tilinpäätöstietoja, jos ne ovat saatavilla ja laskelmat ovat lopullisia."

14 Tiedonannon 27 kohdan sanamuoto on seuraava:

"Edellä 26 kohdassa sanotusta huolimatta tietoja on aina mukautettava, jos tilinpäätöksen vahvistamisen jälkeen ostetaan tai myydään yrityksiä tai niiden osia.

Tämä on tarpeen, jotta keskittymään osallistuvat todelliset varat voidaan tunnistaa. Jos yritys myy osan liiketoiminnastaan milloin tahansa ennen lopullisen sopimuksen allekirjoittamista, julkisen ostotarjouksen tekemistä tai keskittymän synnyttävän päätösvallan tuottavan osuuden hankkimista tai jos edellä mainittu myynti tai sulkeminen on edellytys kaupan tekemiselle, kyseiselle liiketoiminnan osalle kuuluva osa liikevaihdosta on vähennettävä ilmoituksen tekevän osapuolen viimeisen vahvistetun tilinpäätöksen mukaisesta liikevaihdosta. Samoin on viimeisen vahvistetun tilinpäätöksen päiväyksen jälkeen hankitulle varallisuudelle kuuluva osa liikevaihdosta lisättävä yrityksen ilmoitettavaan liikevaihtoon."

Tosiseikat

15 Kantaja Endesa, SA on muun muassa Madridin pörssissä noteerattu yhtiö. Sillä on johtava asema Endesa-konsernissa, joka on Espanjan suurin sähkökonserni ja joka toimii myös Italiassa, Ranskassa, Portugalissa, Puolassa ja Latinalaisessa Amerikassa.

16 Gas Natural SDG, SA (jäljempänä Gas Natural) on Madridin pörssissä noteerattu yhtiö. Sillä on johtava asema Gas Natural -konsernissa, yritysryhmässä, joka tarjoaa energia-alan palveluja ja toimii pääasiallisesti maakaasun hankkijana, jakelijana ja myyjänä Espanjassa, Italiassa ja Latinalaisessa Amerikassa. Se kehittää myös toimintoja sähköalalla, etenkin sähköenergian tuotannossa ja myynnissä, millä alalla se on uusi tulokas.

17 Gas Natural ilmoitti 5.9.2005 aikomuksestaan esittää julkinen ostotarjous (jäljempänä julkinen ostotarjous), joka koski Endesan koko osakepääomaa ja sai aikaan asetuksen 3 artiklan mukaisen yrityskeskittymähankkeen. Endesan hallintoelimet julistivat julkisen ostotarjouksen vihamieliseksi.

18 Gas Natural ilmoitti 12.9.2005 yrityskeskittymähankkeesta Espanjan kilpailuviranomaisille.

19 Vähän Gas Naturalin julkista ostotarjousta koskevan ilmoituksen jälkeen Endesa kääntyi komission puoleen ja esitti, että sen mielestä yrityskeskittymähanke oli yhteisönlaajuinen asetuksen 1 artiklassa tarkoitetulla tavalla. Tästä seurasi Endesan mukaan yhtäältä, että yrityskeskittymähankkeesta olisi pitänyt ilmoittaa komissiolle asetuksen 4 artiklan mukaisesti, ja toisaalta, että Espanjan kilpailuviranomaiset eivät olleet toimivaltaisia ottamaan kantaa kyseiseen hankkeeseen.

20 Endesa vaati 19.9.2005 komissiota ottamaan kantaa siihen, oliko se toimivaltainen tutkimaan yrityskeskittymähankkeen ottaen huomioon sen yhteisönlaajuisen ulottuvuuden.

21 Näissä yhteyksissä Endesa esitti erikseen ensinnäkin, että vuoden 2004 liikevaihdon osalta huomioon otettavat luvut oli laskettu uusien kansainvälisten tilinpäätösstandardien (IFRS) perusteella pikemminkin kuin tilintarkastuksesta johtuvien lukujen perusteella, ja toiseksi, että näihin lukuihin oli syytä tehdä joitakin muita mukautuksia liikevaihdon laskemisesta annetun komission tiedonannon noudattamiseksi. Näin saatujen lukujen perusteella Endesa katsoo, ettei sen yhteisön alueelta kertyneestä kokonaisliikevaihdosta yli kaksi kolmasosaa ole kertynyt Espanjasta vuonna 2004.

22 Portugalin kilpailuviranomainen pyysi 20.9.2005 komissiota hyväksymään yrityskeskittymähankkeen siirtämisen komission käsiteltäväksi asetuksen 22 artiklan perusteella. Komissio ilmoitti tästä siirtopyynnöstä 22.9.2005 muille jäsenvaltioille ja antoi niille mahdollisuuden yhtyä siihen. Espanjan kilpailuviranomainen ilmoitti 28.9.2005 komissiolle, ettei se halunnut yhtyä Portugalin pyyntöön. Italian viranomainen

ilmoitti 7.10.2005 komissiolle, että se halusi yhtyä Portugalin pyyntöön. Komissio hylkäsi 27.10.2005 nämä siirtopyynnöt sillä perusteella, että kansalliset viranomaiset eivät olleet osoittaneet, missä määrin keskittymähanke vaikutti yhteisön sisäiseen kauppaan ja vapaaseen kilpailuun ja päätteli, ettei se ollut viranomainen, jolla on parhaat edellytykset käsitellä asia.

23 Komissio kirjoitti 26.9.2005 Gas Naturalille pyytäen sitä täsmentämään, millä perusteella se oli ilmoittanut yrityskeskittymähankkeesta Espanjan kilpailuviranomaiselle, ja ilmoittamaan komissiolle huomautuksensa Endesan argumenttien johdosta. Gas Natural vastasi tähän kirjeeseen 3.10.2005. Vastauksessaan se ilmoitti, että se oli käyttänyt Endesan vuoden 2004 vahvistetussa tilinpäätöksessä julkaistuja lukuja toimivaltaisen kilpailuviranomaisen tunnistamiseksi. Gas Naturalin mukaan tämä tilinpäätös osoitti, että vuonna 2004 Endesan (kuten Gas Naturalinkin) yhteisön alueelta kertyneestä kokonaisliikevaihdosta yli kaksi kolmasosaa oli kertynyt Espanjasta.

24 Komissio kirjoitti 26.9.2005 myös Endesalle pyytääkseen siltä useita täsmennyksiä sen kirjelmien johdosta. Lisäksi komissio lähetti 4.10.2005 Endesalle jäljennöksen Gas Naturalin huomautuksista, jotka koskivat sen ensimmäisiä kirjelmiä, pyytäen sitä esittämään niistä kommenttinsa. Endesa vastasi näihin pyyntöihin vastaavasti 5.10. ja 7.10.2005.

25 Espanjan kilpailuviranomainen ilmoitti 6.10.2005 komissiolle olevansa eri mieltä Endesan esittämistä argumenteista ja totesi, että se katsoi olevansa toimivaltainen arvioimaan kyseistä hanketta.

26 Komissio lähetti 25.10.2005 Gas Naturalille jäljennöksen Endesan 5.10. ja 7.10.2005 päivätyistä kirjelmistä antaen sille mahdollisuuden vastata niihin. Komissio pyysi 26.10.2005 Gas Naturalia, Endesaa ja Espanjan kilpailuviranomaista antamaan lausuntonsa yrityskeskittymäasetuksen 5 artiklan tulkinnasta edellä mainitun

komission tiedonannon 40 kohdan valossa. Samanaikaisesti se lähetti Espanjan kilpailuviranomaiselle jäljennöksen Endesan 5.10. ja 7.10.2005 päivätyistä ilmoituksista ja antoi tälle mahdollisuuden ilmaista mielipiteensä kaikista kyseessä olevista asioista.

27 Espanjan kilpailuviranomainen ilmoitti 27.10.2005 komissiolle, ettei sillä ollut mitään lisähuomautuksia mukautusten johdosta, ja se antoi lausuntonsa yrityskeskittymäasetuksen 5 artiklan tulkinnasta komission asiaa koskevan tiedonannon 40 kohdan valossa. Gas Natural ja Endesa ilmaisivat 2.11.2005 näkemyksensä tämän johdosta. Lisäksi Gas Natural esitti uusia huomautuksia Endesan ehdottamista mukautuksista Endesan 5.10. ja 7.10.2005 päivättyjen ilmoitusten perusteella. Huomautuksissaan Gas Natural ehdotti uusia mukautuksia, jotka Endesa oli sen mielestä unohtanut. Jäljennös näistä mukautusehdotuksista lähetettiin 4.11.2005 Endesalle, joka ilmoitti 9.11.2005 asiaa koskevat huomautuksensa.

28 Komissio teki 15.11.2005 käsiteltävänä olevan kanteen kohteena olevan päätöksen, jossa todetaan, ettei yrityskeskittymä ole yhteisönlaajuinen (asia COMP/M.3986 – Gas Natural/Endesa, jäljempänä päätös).

29 Mitä tulee kansalliseen yrityskeskittymien valvontamenettelyyn, Espanjan talousministeri päätti 7.11.2005 aloittaa kyseisen menettelyn "toisen vaiheen" siirtämällä asiakirjat Servicio de Defensa de la Competencialta (kilpailuasioita käsittelevä virasto, jäljempänä SDC) Tribunal de Defensa de la Competencialle (kilpailuasioita käsittelevä tuomioistuin, jäljempänä TDC).

30 Comisión Nacional de la Energía (kansallinen energiakomissio, jäljempänä CNE) antoi 20.12.2005 yrityskeskittymähankkeesta lausuntonsa, jossa se suositteli hankkeen hyväksymistä tietyin edellytyksin.

31 TDC antoi 5.1.2006 lausuntonsa, jossa se suositteli keskittymähankkeen kieltämistä.

32 Espanjan hallitus hyväksyi 3.2.2006 yrityskeskittymähankkeen tietyin edellytyksin.

33 Madridin kaupallisia asioita käsittelevä tuomioistuin nro 3 lykkäsi 21.3.2006 yrityskeskittymähankkeen.

Oikeudenkäyntimenettely

34 Endesa nosti nyt käsiteltävänä olevan kanteen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjaamoon 29.11.2005 toimittamallaan kannekirjelmällä. Samana päivänä toimitetussa erillisessä asiakirjassa kantaja esitti pyynnön kanteensa käsittelemiseksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 76 a artiklan mukaisessa nopeutetussa menettelyssä.

35 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjaamoon 29.11.2005 toimitetulla erillisellä asiakirjalla kantaja esitti pyynnön, jolla pyrittiin yhtäältä siihen, että päätöksen täytäntöönpanoa lykättäisiin, ja toisaalta siihen, että komissio velvoitettaisiin määräämään Espanjan kilpailuviranomaiset lykkäämään kaikkia kansallisia menettelyjä.

36 Gas Natural ja Espanjan kuningaskunta pyysivät ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjaamoon 2.12. ja 9.12.2005 toimittamillaan asiakirjoilla saada osallistua oikeudenkäyntiin vastaajan tukemiseksi työjärjestyksen 115 artiklan 1 ja 2 kohdan nojalla.

37 Nämä kaksi väliintulohakemusta annettiin tiedoksi asianosaisille työjärjestyksen 116 artiklan 1 kohdan mukaisesti.

38 Kantaja pyysi 15.12.2005 ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjaamoon toimittamallaan kirjeellä, että tiettyjä oikeudenkäyntiasiakirjoihin sisältyviä seikkoja ei ilmaistaisi työjärjestyksen 116 artiklan 2 kohdan toisen virkkeen nojalla mahdollisille väliintulijoille.

39 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kolmas jaosto, jonka käsiteltäväksi asia on annettu, päätti 15.12.2005 myöntää käsiteltävänä olevassa asiassa nopeutetun menettelyn.

40 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kolmannen jaoston puheenjohtaja hyväksyi Gas Naturalin ja Espanjan kuningaskunnan väliintulohakemukset 16.12.2005 antamillaan määräyksillä ja päätti, että luottamuksellista käsittelyä koskevan pyynnön aiheellisuudesta päätetään myöhemmin.

41 Gas Natural ja Espanjan kuningaskunta esittivät huomautuksensa tiettyjen niille ilmoitettuihin oikeudenkäyntiasiakirjoihin sisältyvien seikkojen luottamuksellisesta käsittelystä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen 3.1. ja 4.1.2006 toimittamillaan kirjelmillä.

42 Kantaja peruutti ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjaamoon 11.1.2006 toimittamallaan kirjelmällä luottamuksellista käsittelyä koskevan pyyntönsä Gas Naturalin suhteen kannekirjelmän liitteenä olevan Deloitte, SL:n valmisteleman raportin osalta.

43 Gas Natural toimitti väliintulokirjelmänsä 12.1.2006 ja Espanjan kuningaskunta 13.1.2006.

44 Komissio toimitti vastineensa 19.1.2006.

45 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kolmannen jaoston puheenjohtaja hyväksyi 24.1.2006 antamallaan määräyksellä kantajan esittämän luottamuksellista käsittelyä koskevan pyynnön osittain, määräsi kaikkien oikeudenkäyntiasiakirjojen ei-luottamuksellisen version toimittamisesta väliintulijoille ja kehotti niitä esittämään tähän liittyvät lisähuomautuksensa suullisen käsittelyn kuluessa. Lisäksi hän määräsi, että oikeudenkäyntikuluista päätetään myöhemmin.

46 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen presidentti hylkäsi 1.2.2006 antamallaan määräyksellä välitoimihakemuksen asiassa T-417/05 R, Endesa vastaan komissio (ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa), ja katsoi, että kantaja ei ollut osoittanut, että sille saattaisi aiheutua vakavaa ja korjaamatonta vahinkoa, ellei välitoimia määrätä, ja määräsi, että oikeudenkäyntikuluista päätetään myöhemmin.

47 Esittelevän tuomarin kertomuksen perusteella ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin (kolmas jaosto) päätti aloittaa suullisen käsittelyn ja kehotti prosessinjohtotoimena asianosaisia vastaamaan joukkoon kirjallisia kysymyksiä. Asianosaiset vastasivat näihin kysymyksiin asetetuissa määräajoissa.

48 Asianosaisten lausumat ja vastaukset suullisiin kysymyksiin kuultiin 9.3.2006 pidetyssä istunnossa.

Asianosaisten vaatimukset

49 Endesa vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

– ottaa sen kanteen tutkittavaksi

– kumoaa päätöksen

– velvoittaa komission korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

50 Komissio vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

– hylkää kanteen

– velvoittaa kantajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, mukaan lukien välitoimimenettelyyn liittyvät kulut.

51 Espanjan kuningaskunta vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

– hylkää kanteen

– velvoittaa kantajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

52 Gas Natural vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

– hylkää kanteen

– velvoittaa kantajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Oikeudellinen arviointi

53 Kantaja esittää kanteensa tueksi viisi kanneperustetta, jotka perustuvat ensinnäkin menettelyllisiin virheisiin, toiseksi todistustaakan siirtämiseen ja perustelujen puuttumiseen, kolmanneksi IAS/IFRS-tilinpäätösstandardien mukaisesti laaditun tilinpäätöksen käytön laiminlyöntiin, neljänneksi ehdotettujen mukautusten hylkäämiseen ja viidenneksi tiedonannossa esitettyjen kriteerien loukkaamiseen, analyysin ja perustelujen puuttumiseen sekä harkintavallan väärinkäyttöön.

Menettelyvirheisiin perustuva ensimmäinen kanneperuste

Kanneperusteen ensimmäinen osa, jonka mukaan siirtopyyntöjä koskevat päätökset on tehty ennen päätöstä

– Asianosaisten lausumat

54 Endesa väittää, että asetuksesta ilmenee selvästi, että jokaisen sen 22 artiklaan perustuvan päätöksen on liityttävä keskittymähankkeeseen, jossa noudatetaan yhdessä tai useammassa kansallisessa säännössä asetettuja raja-arvoja ja joka ei ole yhteisönlaajuinen. Näin ollen 22 artiklan mekanismi mahdollistaa sen mukaan komission toimivallan sellaisten hankkeiden osalta, joiden pitäisi ensi näkemältä jäädä sen ulkopuolelle.

55 Tästä seuraa kantajan mukaan, että asetuksen 22 artiklan mukaisesti yhteisönlaajuisen ulottuvuuden puuttuminen on olennainen ennakkoedellytys siirtopäätöksen tekemiselle. Tämän vuoksi Endesa katsoo, että koska se oli muodollisesti pyytänyt komissiota ottamaan kantaa keskittymän yhteisönlaajuiseen ulottuvuuteen, komissiolla oli mahdollisuus joko hylätä pyyntö aloittamatta menettelyä ja katsoa pyyntö ilmeisen perusteettomaksi, tai aloittaa menettely ja ottaa muodollisesti kantaa siihen, mikä oli toimivaltainen viranomainen, ennen siirtopyyntöjen ratkaisemista. Se lisää, että sillä, että asetuksessa säädetään määräaika siirtopyyntöjen ratkaisemiselle (kymmenen työpäivää sen määräajan päättymisestä, joka on säädetty kansallisten viranomaisten yhteen tai useampaan pyyntöön liittymistä varten), ei voida perustella sen loogisen järjestyksen muuttamista, joka koskee komission tutkimusta. Kun otetaan huomioon, että asetuksessa ei mainita viranomaisen määrittämiseen liittyviä menettelyllisiä seikkoja vaan aineellista toimivaltaa koskevat seikat (22 artiklan siirtoja koskevien sääntöjen kautta), viimeksi mainituille säädettyä määräaikaa olisi sovellettava analogisesti ensimmäisiin. Jos komission käytettävissä ei ollut kaikkia tarvittavia osatekijöitä päätöksen tekemiseksi ja sen piti pyytää lisätietoja, sen tietojensaantipyynnön olisi pitänyt keskeyttää automaattisesti määräaika, joka sillä

oli päätöksentekoa varten, samoin kuin välttämättä kaikkien siitä johtuvien toimenpiteiden, joihin kuuluu 22 artiklaan perustuva päätös, toteuttamista koskevat määräajat.

56 Endesa korostaa, että tässä tapauksessa ensimmäisen siirtopyynnön ja Italian tasavallan ja Portugalin tasavallan pyyntöjen hylkäämistä koskevan komission päätöksen välillä on kulunut 38 päivää. Tehdessään päätökset siirtämisestä ennen hankkeen kansallisen tai yhteisönlaajuisen ulottuvuuden määrittämistä komissio on kantajan mukaan ennakoinut päätöksen lopputuloksen, vaikka se onkin esittänyt puhtaasti muodollisen varauksen tässä suhteessa. Tämä käy selvästi ilmi siirtopyyntöjä koskevan päätöksen perusteluista, joissa kantajan mukaan todetaan erityisesti, että komissio ei ole parhaassa asemassa oleva viranomainen päättämään kyseessä olevasta hankkeesta. Riippumatta tämän väitteen perusteluista kantajan mukaan on ilmeistä, että siinä esitetään ennenaikainen mielipide ainakin yhdestä sellaisesta arvioinnista, jonka suorittaminen kuuluu komissiolle yhteisönlaajuisen hankkeen tutkimisen yhteydessä, eli asetuksen 9 artiklaan perustuvien mahdollisten siirtopyyntöjen arvioinnista.

57 Komissio, jota väliintulijat tukevat, korostaa, että kanneperuste on yksinkertaisesti tehoton, että 22 artiklan nojalla pyynnön esittävän jäsenvaltion tilanne ja tilanne, jossa yritys pyytää komissiota ottamaan kantaa omaan toimivaltaansa, eivät ole analogisia ja että 22 artiklan nojalla esitettyjä pyyntöjä koskevissa päätöksissä ei ole ennakolta päätetty kysymyksistä, jotka liittyvät yhteisön toimivaltaan, koska komissio on nimenomaisesti ottanut kantaa mainittuihin pyyntöihin ottamatta huomioon kyseistä näkökohtaa.

– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

58 Endesa väittää, että päätös olisi pitänyt tehdä asetuksen 22 artiklan nojalla ennen päätöstä siirtopyynnöistä, koska yhteisönlaajuisen ulottuvuuden puuttuminen on siirtopäätöksen olennainen ennakkoedellytys.

59 Asetuksen 22 artiklan 1 kohdassa säädetään, että "yksi tai useampi jäsenvaltio voi pyytää komissiota tutkimaan – – keskittymän, joka ei ole 1 artiklassa tarkoitettu yhteisönlaajuinen keskittymä mutta vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja uhkaa vaikuttaa merkittävästi kilpailuun pyynnön esittävän jäsenvaltion tai pyynnön esittävien jäsenvaltioiden alueella – –".

60 On huomautettava, että Endesa vaati 19.9.2005 komissiota ottamaan kantaa siihen, olisiko se toimivaltainen tutkimaan keskittymähanketta. Portugalin kilpailuviranomainen pyysi 20.9.2005, että komissio suostuisi tutkimaan keskittymän asetuksen 22 artiklan perusteella. Komission ilmoitettua tästä siirtopyynnöstä muille jäsenvaltioille Italian kilpailuviranomainen ilmoitti 7.10.2005 komissiolle, että se halusi liittyä Portugalin kilpailuviranomaisen pyyntöön. Komissio hylkäsi nämä siirtopyynnöt 27.10.2005 ja katsoi, ettei ollut osoitettu, että hanke uhkasi vaikuttaa kilpailuun Portugalissa ja Italiassa ja että komissio oli paremmassa asemassa arvioimaan tällaisia vaikutuksia.

61 Tältä osin on korostettava yhtäältä, että kantajan väittämä virhe ei koske päätöstä vaan ainoastaan siirtopyyntöjä koskevia 27.10.2005 tehtyjä päätöksiä, jotka eivät ole tämän kanteen kohteena. Väite on näin ollen joka tapauksessa tehoton.

62 Muutoin on huomattava, kuten komissio korostaa, että kantajan esittämien argumenttien oikeudellinen merkitys ei käy selvästi ilmi. Jos argumentit nimittäin hyväksyttäisiin, sama väitetty virheellisyys koskisi kaikkia päätöksiä, jotka on tehty siirtopyyntöjä koskevien 27.10.2005 tehtyjen päätösten jälkeen, mukaan lukien keskittymähankkeen yhteisönlaajuista ulottuvuutta koskeva päätös, ja ne voitaisiin puolestaan kumota samoilla perusteilla kuin ne, joihin kantaja vetoaa. Näin ollen kaikki kyseisen päivämäärän jälkeen tehdyt Endesan pyyntöä koskevat komission päätökset, myös tämän pyynnön kannalta suotuisat, olisi kumottava.

63 Toisaalta on todettava, että kantaja ei ole osoittanut, miltä osin siirtopyyntöjä koskevissa 27.10.2005 tehdyissä päätöksissä olisi ratkaistu ennakolta yhteisön toimivaltaa koskeva kysymys, koska siirtopyyntöjä koskevissa päätöksissä ilmoitettiin päinvastoin nimenomaisesti, että ne oli tehty ottamatta huomioon suunnitellun keskittymähankkeen yhteisönlaajuisen ulottuvuuden arviointia.

64 Toisaalta komissiota ei voida moittia siitä, että se on ratkaissut siirtopyynnöt ennen yhteisönlaajuista ulottuvuutta koskevan päätöksen tekemistä. Asetuksen 22 artiklan 3 kohdassa velvoitetaan nimittäin komissio ratkaisemaan kymmenen päivän määräajassa siirtopyyntö ja säädetään, että jos komissio ei tee päätöstä määräajassa, tästä on seurauksena implisiittinen siirron hyväksyminen. Komission on siis otettava nopeasti kantaa siirtopäätökseen. Näin ollen, jos sen olisi pitänyt ottaa kantaa etukäteen yhteisönlaajuiseen ulottuvuuteen, sen olisi pitänyt tehdä se alle kymmenen päivän kuluessa niin, että se ei olisi kyennyt tutkimaan kaikella vaadittavalla huolella suunnitellun hankkeen yhteisönlaajuista ulottuvuutta koskevaa kysymystä.

65 Sen sijaan, että se seikka, että komissio jatkoi yhteisönlaajuisen ulottuvuuden tutkimista ja teki päätöksen vasta siirtopyyntöjä koskevien 27.10.2005 tehtyjen päätösten jälkeen, olisi vahingoittanut Endesan etuja, se päinvastoin mahdollisti käsiteltävänä olevassa asiassa sen, että päätös yhteisönlaajuisesta ulottuvuudesta perustui kaikkien asiankuuluvien seikkojen tarkkaan tutkimiseen.

66 Lisäksi kantajan argumentti, jonka mukaan asetuksen 22 artiklan nojalla esitettyjä pyyntöjä koskevien päätösten tekemiselle säädettyä määräaikaa lykättäisiin analogisesti siihen saakka kunnes seikasta, joka liittyy keskittymähankkeen yhteisönlaajuisen ulottuvuuden määrittämiseen, on tehty päätös, on hylättävä. Mikään asetuksessa ei nimittäin osoita, että määräaikaa, joka on asetettu 22 artiklan nojalla esitettyä pyyntöä koskevan päätöksen tekemiselle, lykättäisiin näissä olosuhteissa. Kun kysymys on määräajoista, joista aiheutuu oikeusvaikutuksia, kaikista lykkäysperusteista olisi säädettävä nimenomaisesti. Tältä osin on muistutettava, että on

tärkeää varmistaa keskittymähankkeiden valvonta määräajoissa, jotka ovat yhteensoveltuvia sekä hyvän hallinnon että liike-elämän vaatimusten kanssa (asia C-170/02 P, Schlüsselverlag J. S. Moser ym. v. komissio, tuomio 25.9.2003, Kok. 2003, s. I-9889, 34 kohta).

67 Tästä seuraa, että ensimmäisen kanneperusteen ensimmäinen osa on hylättävä.

Toinen osa, joka perustuu avoimuuden puuttumiseen ja puolustautumisoikeuksien loukkaamiseen

– Asianosaisten lausumat

68 Endesa huomauttaa, että asetuksessa ei säädetä erityisestä menettelystä keskittymähankkeen yhteisönlaajuisen ulottuvuuden vahvistamiseksi. Tämän vuoksi vastauksena Endesan viralliseen pyyntöön siitä, että komissio ratkaisisi, mikä viranomainen on toimivaltainen käsittelemään keskittymää, komission olisi pitänyt ilmoittaa selvästi, mitä menettelyä se aikoi noudattaa, minkä avulla olisi varmistettu oikeusvarmuuden vähimmäistaso. Endesa katsoo, että se nimenomaisesti pyysi komissiota menettelyn alusta lähtien informoimaan osapuolia menettelyä koskevista säännöistä, mutta tätä pyyntöä ei otettu huomioon.

69 Kantajan mukaan komission noudattama menettely ei myöskään ollut avoin, sillä komissio ei ollut täsmentänyt Endesalle, mitkä tarkalleen olivat ne asiakirjat, jotka oli saatettu Gas Naturalin tietoon, eikä Endesa ollut myöskään saanut täydellisiä tietoja viimeksi mainitun komissiolle esittämistä argumenteista. Vaikka SDC tuli mukaan menettelyyn osapuolena, Endesalle ei ennen kaikkea annettu tiedoksi eikä edes ilmoitettu etukäteen sen esittämistä huomautuksista, huolimatta nimenomaisista ja toistuvista pyynnöistä, jotka se oli esittänyt 23.9. sekä 10.10. ja 12.10.2005 päivätyissä kirjeissään.

70 Sovellettujen menettelysääntöjen epäselvyys ja avoimuuden puute merkitsevät kantajan mielestä ilmeistä puolustautumisoikeuksien loukkaamista. Sama koskee Endesan asiakirjojen luovuttamista SDC:lle pyytämättä siltä lupaa, lukuun ottamatta alkuperäistä kannekirjelmää, jonka kantaja luovutti komission pyynnöstä suoraan SDC:lle.

71 Komissio, jota väliintulijat tukevat, korostaa, että Endesan osallistuminen menettelyyn on varmasti riittänyt turvaamaan sen edut.

– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

72 Väitteestä, jonka mukaan komissio ei ole informoinut kantajaa sovellettavasta menettelystä, on ensinnäkin huomautettava, että asetuksessa ei säädetä erityisestä menettelystä keskittymän yhteisönlaajuisen ulottuvuuden vahvistamisen osalta. On myös todettava, että kantaja ei ole osoittanut, miltä osin tämä tiedon puute olisi omiaan vaikuttamaan päätöksen laillisuuteen.

73 Joka tapauksessa se, että komissio ei informoinut kantajaa menettelystä, jota se aikoi noudattaa tutkiessaan, oliko keskittymä yhteisönlaajuinen vai ei, voisi vaikuttaa tämän menettelyn jälkeen tehdyn päätöksen laillisuuteen vain siinä tapauksessa, että sen seurauksena olisi puolustautumisoikeuksien loukkaaminen. Näin ei kuitenkaan ole asianlaita käsiteltävänä olevassa asiassa, kuten seuraavista seikoista ilmenee.

74 Mitä toiseksi tulee kantajan väitteeseen, jonka mukaan komissio ei olisi täsmentänyt sille, mitkä tarkalleen olivat ne asiakirjat, jotka oli saatettu Gas Naturalin tietoon, on todettava, että kantaja ei täsmennä, miltä osin tämä seikka olisi voinut vaikuttaa sen

oikeuksiin tai päätöksen sisältöön. Sitä paitsi kantajan puolustautumisoikeudet ja tämän oikeus tutustua asiakirjoihin eivät kumpikaan edellytä, että sitä informoidaan myös muiden henkilöiden oikeudesta tutustua asiakirjojen tiettyihin osiin. Tämän vuoksi väite on hylättävä.

75 Kolmanneksi väitteestä, jonka mukaan komissio ei olisi ilmoittanut kantajalle täydellisesti Gas Naturalin esittämiä argumentteja, on ensiksi todettava, että komissio myöntää, että tiettyjä luottamuksellisia tietoja on jätetty pois. Tämän jälkeen on huomattava, kuten komissio korostaa, että kantaja ei esitä todisteita siitä, että se olisi vaatinut oikeutta tutustua luottamuksellisina pidettyihin tietoihin. Lopuksi on ennen kaikkea todettava, että kantaja ei millään tavoin osoita, että kyseiset tiedot olisivat olleet hyödyllisiä sen menettelyyn osallistumisen kannalta joko sen vuoksi, että kyse on päätöksessä mainituista tiedoista, tai sen vuoksi, että kyse on tiedoista, jotka ovat omiaan vahvistamaan keskittymähankkeen yhteisönlaajuisen ulottuvuuden. Sitä paitsi Gas Naturalin luottamuksellisilla tiedoilla ei näytä olevan tässä suhteessa vaikutusta, koska Endesan ja komission välinen mielipide-ero koski erityisesti Endesan eikä Gas Naturalin liikevaihdon määrittämistä. Tämän vuoksi väite on hylättävä.

76 Mitä neljänneksi tulee väitteeseen, jonka mukaan komissio ei olisi ilmoittanut kantajalle täydellisesti SDC:n esittämiä argumentteja, oikeuskäytännöstä (ks. vastaavasti asia T-65/89, BPB Industries ja British Gypsum v. komissio, tuomio 1.4.1993, Kok. 1993, s. II-389, Kok. Ep. XIV, s. II-1, 33 kohta) ilmenee, että kirjeenvaihto jäsenvaltioiden kanssa koostuu pääsääntöisesti sisäisistä asiakirjoista, joita ei saa ilmaista menettelyyn osallistuville henkilöille. Lisäksi asetuksen N:o 802/2004 17 artiklan 3 kohdan mukaan oikeus tutustua asiakirja-aineistoon ei ulotu komission ja jäsenvaltioiden toimivaltaisten viranomaisten väliseen kirjeenvaihtoon. Joka tapauksessa on todettava, että kantaja ei osoita, mitä SDC:n luovuttamia tietoja komissio olisi käyttänyt tai mitkä tiedot olisivat voineet vaikuttaa sen oikeuksiin tai päätökseen. Tämän vuoksi väite ei ole perusteltu.

77 Mitä lopuksi tulee kantajan viidenteen väitteeseen, jonka mukaan komissio olisi siirtänyt Endesan asiakirjat SDC:lle pyytämättä siltä lupaa, on riittävää muistuttaa, että asetuksen 19 artiklan 2 kohdassa säädetään, että komissio toimii asetuksessa tarkoitetuissa menettelyissä tiiviissä ja jatkuvassa yhteydessä jäsenvaltioiden toimivaltaisten viranomaisten kanssa ja että saman artiklan 1 kohdassa säädetään, että komissio toimittaa jäsenvaltioiden toimivaltaisille viranomaisille jäljennökset ilmoituksista kolmen työpäivän kuluessa ja jäljennökset tärkeimmistä komissiolle toimitetuista tai komission tämän asetuksen mukaan laatimista asiakirjoista niin pian kuin mahdollista. Joka tapauksessa on huomattava, että kantaja ei ole osoittanut, millä tavoin asiakirjojen siirtäminen SDC:lle olisi saattanut vaikuttaa päätöksen laillisuuteen. Tämän vuoksi väitettä ei voida hyväksyä.

78 Edellä esitetyn perusteella ensimmäisen kanneperusteen toinen osa on hylättävä.

Kanneperusteen kolmas osa, joka perustuu siihen, ettei kansallista menettelyä ole lykätty

– Asianosaisten lausumat

79 Endesa väittää, että komission olisi pitänyt toimivaltaisen viranomaisen määrittämistä koskevan menettelyn kuluessa pyytää lykkäämään kansallista menettelyä, joka oli meneillään samanaikaisesti Espanjan kilpailuviranomaisessa ja kyseisen maan sääntelyviranomaisessa. Se katsoo, että se, ettei kyseistä lykkäämistä vaadittu, on vakava menettelyvirhe.

80 Endesa korostaa, että lykkääminen oli välttämätön asetuksen 21 artiklan 3 kohdan nojalla, jossa säädetään jäsenvaltioiden velvollisuudesta pidättäytyä soveltamasta kansallista kilpailulainsäädäntöään yhteisönlaajuisiin keskittymiin, ja EY 10 artiklassa tarkoitetun yleisen yhteistyövelvoitteen vuoksi. Kantajan mukaan on lisäksi otettava huomioon se, että jos samanaikaisten menettelyjen välttämiseksi asetuksen 22 artiklassa säädetään kansallisten määräaikojen lykkäämisestä, kunnes komissio päättää, onko se toimivaltainen, samaa logiikkaa olisi pitänyt soveltaa sen jälkeen, kun oli todettu, että asetuksessa oli aukko, päätöksen osalta, joka koskee sitä, onko keskittymähanke yhteisönlaajuinen vai ei. Komission olisi pitänyt tämän vuoksi pyytää lykkäämään kansalliset menettelyt.

81 Endesa huomauttaa, että siirtopyyntöjen tutkimisen lykkäämisen toimivaltaista viranomaista koskevan päätöksen tekemiseen saakka olisi pitänyt olla automaattista asetuksen 22 artiklaa sovellettaessa. Se, että päätös on tehty noudattamatta yhtä yleistä keskittymien valvontajärjestelmää koskevaa periaatetta, nimittäin yhden luukun periaatetta, jonka avulla on mahdollista välttää samanaikainen yhteisön menettely ja kansallinen menettely, merkitsee kantajan mukaan päätöksen pätemättömyyttä. Lisäksi se, että Endesa on pakotettu toimimaan samanaikaisesti yhteisön viranomaisissa ja kansallisissa viranomaisissa, merkitsee sen puolustautumisoikeuksien loukkaamista. Näiden oikeuksien loukkaaminen on kumoamisperuste vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan (yhdistetyt asiat 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 ja 125/85–129/85, Ahlström Osakeyhtiö ym. v. komissio, tuomio 27.9.1988, Kok. 1988, s. 5193, Kok. Ep. IX, s. 671 ja asia T-310/01, Schneider Electric v. komissio, tuomio 22.10.2002, Kok. 2002, s. II-4071).

82 Komissio, jota väliintulijat tukevat, korostaa, että riippumatta siitä, onko komissiolla todella ne oikeudet, jotka kantaja katsoo sillä olevan, tämä ei milloinkaan selvästi pyytänyt komissiota käyttämään niitä. Toisaalta lykkäysvelvollisuutta ei voi olla pelkän analogian perusteella. Sitä paitsi oikeus osallistua hallinnolliseen menettelyyn ei komission mukaan tarkoita oikeutta olla osallistumatta muihin kuin yhteen ainoaan hallinnolliseen menettelyyn.

– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

83 Mitä tulee väitteeseen, jonka mukaan komissio ei pyytänyt Espanjan toimivaltaisia viranomaisia lykkäämään kansallista menettelyä, on riittävää todeta, että sillä ei ole merkitystä käsiteltävänä olevan kanteen yhteydessä. Kantaja ei ole sitä paitsi osoittanut, miltä osin se, että kansallista menettelyä ei ole lykätty, olisi voinut vaikuttaa päätöksen laillisuuteen, vaikka oletettaisiin, että se johtuu komission virheellisestä toiminnasta.

84 Ensinnäkin sikäli kuin kantaja perustaa väitteensä kansallisten menettelyjen lykkäämättä jättämisestä asetuksen 21 artiklan 3 kohtaan ja EY 10 artiklassa tarkoitettuun yleiseen yhteistyövelvoitteeseen, on riittävää korostaa, aivan kuten vastaaja tekee, että kysymyksessä olisi mahdollisesti lainvastaisuus, johon on syyllistynyt Espanjan kuningaskunta eikä komissio. Mikään komission päätös ei näin ollen olisi syynä tähän lainvastaisuuteen, ja tämä ei missään tapauksessa vaikuttaisi päätöksen laillisuuteen.

85 Toiseksi siltä osin kuin väite perustuu asetuksen 22 artiklan 2 kohdan kolmanteen alakohtaan, jossa säädetään kansallisten määräaikojen lykkäämisestä, kunnes komissio on tehnyt päätöksen toimivallastaan, on huomautettava, että tilanne, jossa jäsenvaltio esittää siirtopyynnön 22 artiklan nojalla, ja tilanne, jossa yritys pyytää komissiota ottamaan kantaa toimivaltaansa, eivät ole analogisia, ja että lykkäysvelvollisuus ei voi perustua pelkkään analogiaan.

86 Kolmanneksi kantajan argumentin osalta, jonka mukaan päätös on tehty noudattamatta yhden luukun periaatetta, ja sen argumentin osalta, jonka mukaan se, että Endesa on pakotettu toimimaan samanaikaisesti yhteisön viranomaisissa ja kansallisissa viranomaisissa, merkitsi puolustautumisoikeuksien loukkaamista, on riittävää huomauttaa, että kantaja, joka on itse pyytänyt komissiota puuttumaan

asiaan, ei ole osoittanut, miltä osin ja miksi sillä olisi ollut vaikeuksia puolustaa kantaansa samanaikaisesti useissa instansseissa eikä miltä osin tämä seikka olisi voinut vaikuttaa päätökseen. Lisäksi on huomattava, että yhteisönlaajuisen ulottuvuuden puuttuessa yritysten on usein ilmoitettava keskittymähankkeet useille kansallisille viranomaisille.

87 Näin ollen ensimmäisen kanneperusteen kolmas osa on hylättävä.

88 Edellä esitetystä seuraa, että kantajan ensimmäinen kanneperuste ei ole perusteltu.

Toinen kanneperuste, joka perustuu todistustaakan siirtämiseen ja perustelujen puuttumiseen

Asianosaisten lausumat

89 Endesa väittää, että päätöksen perustelut ovat puutteelliset, koska komissio ei ole noudattanut asetuksen 1, 5 ja 21 artiklaa. Komission on kantajan mukaan määritettävä toimivaltainen viranomainen, vaikka missään asetuksen säännöksessä ei sitä nimenomaan ilmaistakaan, koska sillä on yksinomainen toimivalta ottaa käsiteltäväkseen hankkeet, jotka ovat yhteisönlaajuisia (edellä 66 kohdassa mainittu asia Schlüsselverlag J. S. Moser ym. v. komissio). Tämä komission yksinomainen toimivalta edellyttää kantajan mukaan, että komissio ratkaisee, sovelletaanko asetuksen 1 artiklaa. Voidakseen tehdä tämän sen on täsmennettävä ja vahvistettava kyseessä olevien yritysten edellisen tilikauden aikana kertynyt liikevaihto asetuksen 5 artiklassa säädettyjen sääntöjen mukaisesti.

90 Endesa väittää, että komissio ei voi siirtää todistustaakkaa toimivaltaisen viranomaisen määrittämisen osalta. Koska komissiolla on yksinomainen toimivalta ratkaista, mikä on toimivaltainen viranomainen käsittelemään keskittymää, yksinomaan sen tehtävänä on kantajan mukaan vahvistaa ja ennen kaikkea osoittaa kyseessä olevien yritysten liikevaihto.

91 Komissio perustaa kantajan mukaan päätöksen tätä vastoin siihen, ettei Endesa ole esittänyt riittäviä todisteita sen osoittamiseksi, että on välttämätöntä käyttää IAS/IFRS-standardien mukaan laadittua tilinpäätöstä ja tehdä joukko mukautuksia tiedonannon mukaisesti. Tätä perustetta on kantajan mukaan mahdoton hyväksyä sovellettavien toimivaltaisen viranomaisen määrittämistä sääntelevien oikeusjärjestyksen perusteisiin liittyvien sääntöjen luonteen vuoksi. Kantaja katsoo, että kyseessä on perustelu, joka on vastoin kaikkea johdonmukaisuutta ja yhteisön oikeusjärjestyksen perusperiaatteita varsinkin, kun komissio olisi voinut luottaa Endesan täydelliseen yhteistyöhön ja kun se olisi voinut pyytää siltä kaikkia asiaankuuluviksi katsomiaan lisätietoja. Kantajan mukaan komissio oli todellisuudessa käyttänyt lähes kokonaisuudessaan ne kaksi kuukautta, jotka menettely oli kestänyt, sellaisten seikkojen tutkimiseen, joita ei loppujen lopuksi käsitelty päätöksessä.

92 Päätös sisältää vakavan perusteluvirheen, koska siinä katsotaan, että on yksityisten tehtävänä saada komissio vakuuttuneeksi siitä, että se on yksinomaan toimivaltainen, koska juuri komission on kantajan mukaan kantelun johdosta tai viran puolesta vahvistettava varmuudella asiat, jotka kuuluvat sen toimivaltaan niiden tehtävien puitteissa, jotka perustamissopimuksessa sille määrätään sopimuksen valvojana.

93 Tältä osin Endesa viittaa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen asiassa T-87/05, EDP vastaan komissio, 21.9.2005 antamaan tuomioon (Kok. 2005, s. II-3745), jossa tuomioistuin kantajan mukaan huomautti toisen keskittymistä annetun sitoumuksia koskevan tiedonannon soveltamisen yhteydessä, että komissio ei voinut kääntää todistustaakkaa määräämällä asianosaisille velvollisuuden, joka perustui ainoastaan tiedonantoon ja jolle ei ollut mitään oikeudellista perustaa asetuksessa. Endesa

katsoo, että kyseessä olevan asianosaisen tehtävänä on esittää komissiolle kaikki hankkeen arvioimiseksi tarpeelliset seikat ja komission tehtävänä on suorittaa tämä arviointi siirtämättä todistustaakkaa.

94 Tämän arvioinnin päätökseen viemiseksi komission käytettävissä oli kantajan mukaan tärkeitä prosessuaalisia välineitä, kuten tietopyyntö. Komissio olisi siis voinut turvautua riippumattomiin asiantuntijoihin Endesan tilinpäätöksen tarkastamiseksi, jos se olisi katsonut tämän tarpeelliseksi, ja sillä olisi ollut kaksi kuukautta aikaa viedäkseen päätökseen yksityiskohtaisen ja tyhjentävän analyysin parhaasta tavasta määrittää Endesan liikevaihto vuonna 2004.

95 Lisäksi minkään komissiolle esitetyistä asiakirjoista ilmenevän seikan perusteella ei voida Endesan mukaan väittää, että sen esittämät tiedot eivät olleet riittäviä. Menettelyn jälkeen, jonka kuluessa Endesa toimi mahdollisimman tiiviissä yhteistyössä komission kanssa, ei voida väittää, että esitetyt tiedot olivat puutteellisia.

96 Komissio, jota väliintulijat tukevat, korostaa, että keskustelu, joka käytiin menettelyn kuluessa komissiossa, oli pääasiassa oikeudellista ja että komissio vastasi päätöksessään kantajan argumentteihin, koska sen päätösten perusteluvelvollisuus sisältää velvoitteen vastata asianosaisten esittämiin argumentteihin silloin, kun ne hylätään, eikä sen vuoksi, että se olisi katsonut, että kantajalla oli todistustaakka.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

97 Endesa väittää, että komissio on siirtänyt todistustaakan keskittymähanketta tutkimaan toimivaltaisen viranomaisen määrittämisen osalta perustaessaan päätök-

sensä siihen, että Endesa ei ole esittänyt riittäviä todisteita, jotka osoittaisivat tarpeen käyttää IAS/IFRS-standardien mukaan laadittua tilinpäätöstä ja suorittaa joukko mukautuksia.

98 On syytä muistuttaa, että keskittymää pidetään yhteisönlaajuisena, kun kyseessä olevien yritysten kokonaisliikevaihto ylittää asetuksessa säädetyt raja-arvot. Asetuksen johdanto-osan 17 perustelukappaleen mukaisesti yksinomainen toimivalta soveltaa asetusta yhteisöjen tuomioistuimen valvonnassa on annettu komissiolle. Asetuksen 1 artiklan 1 kohdan mukaan sitä sovelletaan kaikkiin yhteisönlaajuisiin keskittymiin. Tästä seuraa, että kun keskittymähanke on yhteisönlaajuinen, komissiolla on yksinomainen toimivalta tutkia sitä. Tästä ei kuitenkaan automaattisesti seuraa, että komissiolla on yksinomainen toimivalta ratkaista, onko keskittymä yhteisönlaajuinen.

99 Tältä osin on korostettava, että asetuksen mukaan on ensisijaisesti kyseessä olevien yritysten tehtävänä suorittaa ensimmäinen arviointi keskittymän ulottuvuudesta ja ratkaista näin ollen, mille viranomaisille keskittymähankkeesta on ilmoitettava. Jos keskittymähankkeesta ei ole ilmoitettu komissiolle vaan yhden tai useamman jäsenvaltion viranomaisille, kuten käsiteltävänä olevassa asiassa, näiden asiana on tämän jälkeen vahvistaa, että niille esitetty keskittymä ei ole yhteisönlaajuinen, ottaen huomioon erityisesti EY 10 artiklasta johtuva lojaalin yhteistyön velvoite ja asetuksen 21 artikla, jossa säädetään komission yksinomaisesta toimivallasta tutkia yhteisönlaajuisten keskittymien yhteensoveltuvuutta ja kielletään jäsenvaltioita vastaavasti soveltamasta kansallista kilpailulainsäädäntöään mainittuihin keskittymiin. Tosin tässä tilanteessa komissiolla on aina mahdollisuus päättää jäsenvaltioiden viranomaisten mielipiteen vastaisesti, että keskittymä on yhteisönlaajuinen ja kuuluu sen yksinomaiseen toimivaltaan.

100 Toisaalta keskittymien valvontaa koskeva asetus ei sisällä erityistä säännöstä, jossa asetettaisiin nimenomaisesti komissiolle velvoite varmistaa viran puolesta, että

keskittymähanke, jota ei ole ilmoitettu sille, ei todellakaan ole yhteisönlaajuinen. Oikeuskäytännöstä kuitenkin ilmenee, että jos yritys tekee kantelun komissiolle ja katsoo, että keskittymä, jota ei ole ilmoitettu komissiolle, on yhteisönlaajuinen, komission on annettava ratkaisu sen toimivaltaa valvontaviranomaisena koskevasta periaatteesta (edellä 66 kohdassa mainittu asia Schlüsselverlag J. S. Moser ym. v. komissio, tuomion 27 ja 28 kohta). Tässä yhteydessä kantelijan on pääsääntöisesti osoitettava kantelunsa aiheellisuus, kun taas komission tehtävänä on hyvän hallintotavan mukaisesti tutkia huolellisesti ja puolueettomasti sille tehdyt kantelut ja vastata perustellusti kantelijan esittämiin argumentteihin, joilla pyritään osoittamaan, että keskittymä kuuluu komission yksinomaiseen toimivaltaan.

101 Edellä esitetystä seuraa, että päinvastoin kuin kantaja väittää, komissio ei ole pääsääntöisesti velvollinen osoittamaan, ettei se ole toimivaltainen tekemään päätöstä keskittymästä, jota ei ole ilmoitettu sille, ja osoittamaan, että kyseinen hanke ei ole yhteisönlaajuinen, ja asia on näin, vaikka sille tehtäisiin kantelu.

102 Joka tapauksessa on todettava, että päinvastoin kuin kantaja väittää, komissio ei tyytynyt toteamaan, että Endesa ei ollut esittänyt todisteita siitä, että keskittymä oli yhteisönlaajuinen, vaan tutki todellakin yksityiskohtaisesti keskittymän ulottuvuuteen liittyvät seikat ja päätteli, että hanke ei ollut yhteisönlaajuinen, ja hylkäsi kantajan argumentit.

103 Päätöstä luettaessa käy nimittäin ilmi, että komissio on kyllä selittänyt syyt, joiden vuoksi se ei katsonut sopivaksi käyttää IAS/IFRS-tilinpäätöstä eikä suorittaa ehdotettuja mukautuksia.

104 Mitä ensinnäkin tulee väitettyyn tarpeeseen käyttää IAS/IFRS-standardien mukaan laadittua tilinpäätöstä, komissio ilmoitti aluksi päätöksen 20 perustelukappaleessa, että asetuksen 1 artiklasta ja tiedonannosta seuraa, että yleisperiaatteena on, että liikevaihto on laskettava vahvistettujen tilinpäätösten perusteella ja että komissio voi poiketa tästä periaatteesta ainoastaan poikkeuksellisissa olosuhteissa. Tämän jälkeen komissio päätteli, että koska oli osoitettu, että Endesan vuoden 2004 vahvistetussa tilinpäätöksessä ilmoitetun liikevaihdon perusteella yli kaksi kolmasosaa yhtiön yhteisön alueelta kertyneestä liikevaihdosta oli kertynyt Espanjasta, oli näin ollen Endesan tehtävänä esittää riittävästi seikkoja, jotka osoittavat, että kysymys on poikkeuksellisista olosuhteista, joiden vuoksi on perusteltua vedota muuhun kuin sen vahvistetussa tilinpäätöksessä olevaan liikevaihtoon (päätöksen 21 perustelukappale).

105 Komissio ilmaisi selvästi tämän jälkeen, että Endesa ei ollut esittänyt tällaisia riittäviä seikkoja (päätöksen 23 perustelukappale). Komissio selitti kuitenkin syyt, joiden vuoksi tällaisia poikkeuksellisia olosuhteita ei ollut käsiteltävänä olevassa asiassa, ja esitti syyt, joiden vuoksi oli annettava etusija yleisten tilinpäätösperiaatteiden mukaan laaditulle tilinpäätökselle, ja hylkäsi kantajan esittämät argumentit.

106 Näin ollen komissio totesi päätöksessä ensiksi yhtäältä, että Endesalla oli lain mukaan velvollisuus laatia virallinen konsolidoitu tilinpäätöksensä vuodelta 2004 yleisten tilinpäätösperiaatteiden perusteella, ja toisaalta, että tämä vaatimus oli tuolloin sovellettujen yhteisön tilinpäätössääntöjen mukainen. Lisäksi komissio ilmoittaa, ettei Endesa ollut velvollinen laatimaan IAS/IFRS-standardien mukaisesti tarkastettua konsolidoitua tilinpäätöstä ennen 1.1.2005 alkavaa vuotta. Se lisää, että Endesa oli velvollinen laatimaan IAS/IFRS-standardien mukaisen tilinpäätöksen vuodelta 2004 ainoastaan tilikauden 2005 uuden IAS/IFRS-tilinpäätöksen vertailemiseksi edellisen vuoden tilinpäätökseen, mikä selittää myös sen, että Endesa ei ollut velvollinen tarkastuttamaan vuoden 2004 IAS/IFRS-tilinpäätöstään. Lisäksi komissio korostaa, että kyseinen tilinpäätös ei ole lopullinen ja että sitä voidaan muuttaa siltä osin kuin IAS/IFRS-standardeja, joiden mukaan vuoden 2005 tilinpäätös on laadittava, ei ole vielä täysin viimeistelty.

107 Toiseksi komissio selitti päätöksessä, että yritysten taloudellisen voiman arviointia koskeva tavoite ei edellytä eikä salli sen asetuksen 1 ja 5 artiklan soveltamista koskevassa yksittäistapauksessa ryhtyä arvioimaan yleisesti yhteisön oikeudessa tai jäsenvaltioiden lainsäädännössä säädettyjen tilinpäätöksiä koskevien erilaisten lähestymistapojen ansioita erityisesti silloin, kun on olemassa ainoastaan tilinpäätöksiä, jotka on vahvistettu yhden ainoan tilinpäätösstandardin mukaan, ja kun tätä edellytettiin sekä kansallisessa että yhteisön oikeudessa kyseessä olevana ajankohtana. Komissio totesi, että tämä olisi ristiriidassa niiden aivan yhtä hyväksyttävien tavoitteiden kanssa, joita ovat yksinkertaisten ja objektiivisten kriteerien soveltaminen komission toimivallan määrittämiseksi keskittymäasioissa ja oikeusvarmuutta koskevan yleisperiaatteen noudattaminen. Se ilmaisi selvästi, että sen tehtävä rajoittuu tiettyjen asetuksen 5 artiklassa edellytettyjen mukautusten tutkimiseen (päätöksen 25 perustelukappale).

108 Päätöksessä täsmennetään kaiken lisäksi, että se seikka, että yhteisön lainsäätäjä on katsonut, että asetuksella N:o 1606/2002 hyväksyttyjen IAS/IFRS-standardien olisi mahdollistettava luotettavan kuvauksen saaminen yrityksen taloudellisesta tilanteesta, ei tarkoita itsestäänselvästi kyseisten tilinpäätösstandardien teknistä paremmuutta, koska tämä luotettavaa kuvausta koskeva vaatimus esiintyy myös yhteisön lainsäädännössä, joka koskee entisiä kansallisia tilinpäätösstandardeja (päätöksen 26 perustelukappale).

109 Lopuksi komissio ilmaisi päätöksessä, että se ei ole käsiteltävänä olevassa asiassa sitä mieltä, että IAS/IFRS-tilinpäätösten käyttö olisi suotavampaa keskittymähankkeiden valvontaa koskevien sääntöjen yhtenäisen soveltamisen varmistamiseksi. Se toteaa, että vahvistamattomien IAS/IFRS-tilinpäätösten käyttö tässä tapauksessa aiheuttaisi kohtelun erilaisuutta kaikkiin niihin asioihin nähden, joissa komissio on nojautunut kansallisten standardien mukaisesti laadittuihin vuoden 2004 vahvistettuihin tilinpäätöksiin.

110 Edellä esitetty huomioon ottaen on todettava, että komissio ei ole siirtänyt kantajalle todistustaakkaa keskittymähankkeen yhteisönlaajuisen tai kansallisen ulottuvuuden osoittamisesta vaan se on yhtäältä tutkinut kyseisen hankkeen ulottuvuutta ja

esittänyt syyt, joiden vuoksi käsiteltävänä olevassa asiassa oli syytä nojautua yleisten tilinpäätösperiaatteiden mukaan laadittuun tilinpäätökseen (ks. samoin edellä 93 kohdassa mainittu asia EDP v. komissio, tuomion 73 kohta), ja että se on toisaalta todennut, että kantaja ei ollut esittänyt sellaisia argumentteja, jotka olisivat omiaan saattamaan tämän analyysin kyseenalaiseksi.

111 Mitä toiseksi tulee väitettyyn tarpeeseen suorittaa joukko mukautuksia, asian laita on samoin. Tosin sekä "pass through" -mukautuksen että kaasukauppaa koskevan mukautuksen osalta komissio on tähdentänyt uudelleen päätöksessä (32 ja 38 perustelukappale), ettei Endesa ole esittänyt riittävästi seikkoja saadakseen sen vakuuttuneeksi siitä, että sen vahvistetun tilinpäätöksen tällaiset mukautukset olivat oikeutettuja asetuksen 5 artiklan ja tiedonannon nojalla. Joka tapauksessa on todettava, että hylätessään kantajan argumentit komissio esitti syyt, joiden vuoksi se ei katsonut sopivaksi suorittaa ehdotettuja mukautuksia siirtämättä todistustaakkaa.

112 Näin ollen mitä ensinnäkin tulee "pass through" -mukautukseen, komissio korosti päätöksessä (30–36 perustelukappale), että tiedonannossa ei viitata tuotteiden myynnistä ja palvelujen tarjoamisesta peräisin olevien (osittain) vyörytettyjen tulojen käsitteeseen. Se lisäsi, että espanjalaisia sähkönjakeluyrityksiä ei voida rinnastaa yrityksiin, jotka rajoittuvat välitystoimintaan ja joiden liikevaihto muodostuisi pelkästään niiden perimistä välityspalkkioista. Lisäksi komissio huomautti, että riski siitä, että loppukäyttäjät jättävät maksamatta sähkötoimitusten säännellyn hinnan, on sähkönjakeluyhtiöillä, ei siirtoverkkojen hallinnoijilla, sähköntuottajilla tai poolilla.

113 Mitä toiseksi tulee kaasukauppaa koskevaan mukautukseen, komissio katsoi päätöksessä (37–40 perustelukappale), että tätä kauppaa olisi pidettävä toimintana, jolla Endesa myy ja ostaa vastaavan määrän kaasua, minkä osoittaisi se seikka, että kyseiset toimet laskutetaan erikseen. Lisäksi se totesi, että se, että myynti- ja

ostohinta on sama, ei ole merkityksellinen tässä suhteessa ja merkitsee vain sitä, että Endesalle ei kerry lainkaan voittomarginaalia näistä toimista kokonaisuutena tarkasteltuna.

114 Tästä seuraa, että komissio ei myöskään siirtänyt kantajalle todistustaakkaa kyseisten mukautusten osalta. Sitä vastoin se tutki ehdotetut mukautukset ja esitti syyt, joiden vuoksi se katsoi, ettei niitä pidä suorittaa.

115 Lisäksi on korostettava, että komissiota ei voida pitää velvollisena varmistumaan viran puolesta kaikissa tapauksissa siitä, että sille esitetyt vahvistetut tilinpäätökset kuvastavat luotettavasti todellisuutta, ja tutkimaan kaikkia ajateltavissa olevia mukautuksia. Ainoastaan silloin, kun komissio kiinnittää huomionsa erityisiin ongelmiin, sen on tutkittava nämä, kuten se on tehnyt käsiteltävänä olevassa asiassa.

116 Lopuksi ja kolmanneksi kantaja väittää, että minkään komissiolle esitettyihin asiakirjoihin sisältyvän seikan perusteella ei voida väittää, että sen esittämät tiedot olivat puutteellisia. Lisäksi se korostaa, että lähes kaksi kuukautta kestäneen menettelyn jälkeen, jonka kuluessa se on toiminut mahdollisimman tiiviissä yhteistyössä komission kanssa ja jonka kuluessa komissio olisi voinut pyytää siltä mitä tahansa lisätietoja, joita se piti asiaankuuluvina, ei voida väittää, että esitetyt tiedot olivat puutteellisia.

117 Tältä osin on riittävää huomauttaa, että komissio ei ole päätöksessään millään tavoin tyytynyt väittämään, että Endesan esittämät tiedot olivat puutteellisia. Lisäksi, kuten komissio huomauttaa, menettelyn aikana komissiossa käyty keskustelu oli pääasiassa oikeudellista ja koski sovellettavien säännösten tulkintaa. Perusteista, jotka on otettu

päätöksessä huomioon IAS/IFRS-standardien mukaan laaditun tilinpäätöksen huomioon ottamisen ja ehdotettujen mukautusten hylkäämiseksi, ilmenee, että komissio ei moittinut kantajaa siitä, että se ei ollut toimittanut tarvittavia tosiasiatietoja, vaan totesi, että kantajan argumentit eivät olleet vakuuttavia.

118 Joka tapauksessa sikäli kuin Endesa väitti, ettei ollut syytä käyttää sen vahvistettua tilinpäätöstä ja että oli suoritettava mukautuksia, jotka eivät vastanneet tavanomaista käytäntöä ja joista ei säädetty missään sovellettavassa säännössä, se oli edellä 66 kohdassa mainitussa asiassa Schlüsselverlag J. S. Moser ym. vastaan komissio annetussa tuomiossa tarkoitetulla tavalla kantelijan asemassa. Näissä olosuhteissa sen tehtävänä oli täsmentää argumenttinsa ja osoittaa niiden aiheellisuus, kun otetaan huomioon erityisesti keskittymien valvontamenettelyille ominainen nopeusvaatimus. Kantaja voi vielä vähemmän arvostella väitettyä todistustaakan siirtämistä, koska se itse aikoi riitauttaa oman kirjanpitonsa ja koska sillä oli näin ollen oltava täsmälliset tiedot kaikista asian kannalta merkityksellisistä seikoista.

119 Edellä esitetystä seuraa, että toinen kanneperuste ei ole perusteltu.

Kolmas kanneperuste, joka perustuu IAS/IFRS-tilinpäätösstandardien mukaisesti laaditun tilinpäätöksen käyttämättä jättämiseen

120 Kantaja jakaa kanneperusteensa kolmeen osaan, jotka perustuvat vastaavasti IAS/IFRS-standardien käyttämättä jättämiseen ainoina voimassa olevina tilinpäätösstandardeina, IAS/IFRS-tilinpäätösstandardien ensisijaiseen asemaan ja lopuksi oikeudellisiin virheisiin ja ilmeisiin arviointivirheisiin, jotka vaikuttavat IAS/IFRS-tilinpäätösstandardien mukaisesti laaditun tilinpäätöksen hylkäämiseen.

Kanneperusteen ensimmäinen osa, jonka mukaan IAS/IFRS-standardeja ei ole käytetty ainoina voimassa olevina tilinpäätösstandardeina

– Asianosaisten lausumat

121 Endesa korostaa, että komissio ei ole ottanut kantaa siihen, että julkisen ostotarjouksen ilmoittamispäivänä 5.9.2005 ainoat voimassa olevat tilinpäätösstandardit olivat IAS/IFRS-standardit. Sen jälkeen kun kaikki kansalliset tilinpäätössäännöstöt on korvattu IAS/IFRS-standardeilla, ainoa konsolidoitu tilinpäätös, joka voitiin ottaa huomioon määritettäessä keskittymän yhteisönlaajuista ulottuvuutta, oli kantajan mukaan voimassa olevien tilinpäätösstandardien mukaisesti laadittu tilinpäätös.

122 Endesa huomauttaa, että hankkeen yhteisönlaajuinen ulottuvuus on määritettävä ajankohtana, jolloin ilmoitusvelvollisuus syntyy. Tässä tapauksessa ilmoitusvelvollisuus on syntynyt julkisen ostotarjouksen ilmoittamispäivänä. Asetuksen 5 artiklan mukaan liikevaihto käsittää edellisen tilikauden aikana tavanomaiseen toimintaan kuuluvasta tuotteiden myynnistä ja palvelujen tarjoamisesta kertyneet tuotot. Kantaja katsoo, että tämä viittaus edellisen tilikauden toimintaan on ainoastaan muodollinen sopimus, johon lainsäätäjä turvautuu, koska on mahdotonta ottaa huomioon sen tilikauden liikevaihtoa, joka on meneillään hankkeesta ilmoitettaessa. Se seikka, että on pakollista viitata käytännön syistä edelliseen tilikauteen, ei kantajan mukaan tarkoita sitä, että kumottuja oikeusnormeja tai entisiä tilinpäätösstandardeja on sovellettava tai voidaan soveltaa.

123 Liikevaihdon määrittämiseksi hankkeen yhteisönlaajuisen ulottuvuuden vahvistamista varten olisi tämän vuoksi välttämätöntä katsoa, että ainoat hyväksyttävät tilinpäätösstandardit olivat ne, jotka olivat voimassa ajankohtana, jolloin Gas Naturalin julkisesta ostotarjouksesta ilmoitettiin. Kun otetaan huomioon, että

yhteensovitettu tilinpäätös oli olemassa kyseisenä ajankohtana ja että se oli lisäksi julkinen ja lopullinen, komission olisi pitänyt käyttää yksinomaan kyseistä tilinpäätöstä, kun se arvioi keskittymän yhteisönlaajuista ulottuvuutta.

124 Päätöksessä ei ole kantajan mukaan otettu huomioon sitä, että liikevaihdon määrittämisessä Euroopan tasolla noudatetaan periaatteita, jotka eroavat hyvin paljon muissa oikeusjärjestelmissä, kuten Yhdysvalloissa, voimassa olevista periaatteista. Yhdysvaltojen järjestelmässä toimivalta keskittymäasioissa määritetään myös edellisen tilikauden aikana saatujen tulosten perusteella ottamatta kuitenkaan huomioon, mitä on tapahtunut kyseisen tilikauden päättymisen jälkeen. Yhteisön lainsäätäjä on sitä vastoin pitänyt parempana käyttää kriteerinä asianomaisten yritysten todellista taloudellista voimaa ilmoittamisajankohtana.

125 Komissio, jota väliintulijat tukevat, korostaa, että vetoamalla siihen, että uusi tilinpäätöslainsäädäntö oli voimassa syyskuussa 2005, pyrittiin vain peittämään se, että vuoden 2004 tilinpäätökset oli välttämättä laadittava yleisten tilinpäätösperiaatteiden mukaisesti.

– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

126 Endesa väittää, että komissio ei ole ottanut huomioon sitä, että julkisen ostotarjouksen ilmoittamispäivänä ainoat voimassa olevat tilinpäätösstandardit olivat IAS/IFRS-standardit, minkä vuoksi päätös on sen mukaan pätemätön.

127 On muistutettava, että asetuksen 5 artiklan mukaan "kokonaisliikevaihto käsittää tuotot, jotka keskittymään osallistuville yrityksille ovat edellisen tilikauden aikana kertyneet niiden tavanomaiseen toimintaan kuuluvasta tuotteiden myynnistä ja palvelujen tarjoamisesta".

128 Kuten kantaja myöntää, asetuksessa viitataan välttämättä käytännön syistä edellisen tilikauden tilinpäätökseen. Syynä tähän on se, että normaalisti vahvistettuja tilinpäätöksiä ei ole olemassa kuin edelliseltä täydeltä tilikaudelta, koska tuoreempia ajanjaksoja koskevilta tilinpäätöksiltä puuttuvat vahvistettujen tilinpäätösten tarjoamat takeet.

129 Käsiteltävänä olevassa asiassa on selvää, että edellisen vuoden tilinpäätös asetuksen 5 artiklassa tarkoitetussa merkityksessä on tilikautta 2004 koskeva tilinpäätös. On myös huomautettava, että yrityksellä, jolla on velvollisuus laatia tilinpäätös, joka on vahvistettava, on vain yhdentyyppisiä virallisia tilinpäätöksiä, nimittäin niitä, jotka on laadittu ja vahvistettu sovellettavan lainsäädännön mukaisesti. Ei kuitenkaan voida kiistää sitä, että kantajan tilinpäätös vuodelta 2004, jota koski vahvistamisvelvollisuus, oli ehdottomasti laadittava Espanjan yleisten tilinpäätösperiaatteiden mukaisesti. Kantaja ei olisi sitä paitsi noudattanut lainmukaisia velvoitteitaan Espanjassa, jos se olisi esittänyt tilikaudelta 2004 IFRS-standardien mukaan laaditun tilinpäätöksen. Asetuksen N:o 1606/2002 4 artiklan mukaan IFRS-standardit ovat sovellettavissa ja pakollisia vasta tilikaudesta 2005 lähtien. Tilikauden 2004 tilinpäätösten "yhteensovittamisesta" IFRS-periaatteiden kanssa säädetään asetuksella N:o 707/2004 ainoastaan entisten ja uusien standardien välisen ylimenokauden helpottamiseksi esittämällä osakkeenomistajille ja sijoittajille viite, johon voidaan verrata tilikauden 2005 tilinpäätöksiä, jotka ovat ensimmäiset uusien standardien mukaan laaditut tilinpäätökset. Sitä paitsi tilikauden 2004 "yhteensovitetut" tilinpäätökset, jotka on laadittu ainoastaan vertailutarkoituksessa, eivät tarjoa samoja takeita kuin viralliset tilinpäätökset, jotka on laadittu yleisten tilinpäätösperiaatteiden mukaisesti ja jotka on vahvistettava. Tästä seuraa, että kantajan argumentti, joka perustuu siihen, että uusi IFRS-tilinpäätöslainsäädäntö oli voimassa julkisen ostotarjouksen ilmoittamisajankohtana 5.9.2005, ei ole merkityksellinen.

130 Lisäksi on huomattava, että kantajan argumentaatio johtaisi joka kerta, kun tilinpäätöslainsäädännössä tapahtuu muutoksia, siihen, että viralliset vahvistetut tilinpäätökset syrjäytetään ja vaaditaan, että nämä tilinpäätökset laaditaan uudelleen niiden periaatteiden mukaisesti, jotka ovat tulleet sovellettaviksi ajankohtana, jolloin ilmoitusvelvollisuus syntyy, mikä ei ole järkevää eikä varovaista siltä osin kuin nämä uudet vahvistamattomat tilinpäätökset eivät tarjoa samoja takeita kuin viralliset vahvistetut tilinpäätökset.

131 Kantaja väittää myös syyttä, että komissio on soveltanut kumottuja oikeussääntöjä. Todellisuudessa komissio ei sovella mitään tilinpäätösstandardia vaan viittaa asetuksessa velvoitetulla tavalla yritysten edellisen tilikauden tilinpäätöksiin, jotka muodostavat menneisyyteen sijoittuvan tosiseikan ja joita on arvioitava niihin sovellettujen standardien mukaisesti. Koska käsiteltävänä olevassa asiassa kantajan tilinpäätös vuodelta 2004 oli, kuten edellä on todettu, laadittava yleisten tilinpäätösperiaatteiden mukaisesti, kantaja ei voi väittää, että komissio olisi jättänyt huomiotta kyseessä olevien standardien ajallisen soveltamisalan. Koska asetuksessa N:o 1606/2002 tehtiin IFRS-standardien soveltaminen pakolliseksi vasta tilikauden 2005 tilinpäätöksistä lähtien, kantajan väite päinvastoin johtaisi taannehtivan vaikutuksen antamiseen sille sovellettaessa sitä tilikauden 2004 tilinpäätökseen. Sitä paitsi asetus N:o 1606/2002 eikä myöskään asetus N:o 707/2004 anna mahdollisuutta olettaa, että yhteisön lainsäätäjän tarkoituksena olisi ollut syrjäyttää voimassa olevien kansallisten tilinpäätösstandardien mukaan laaditut viralliset tilinpäätökset ja korvata ne yleisesti tai keskittymien valvontaa koskevan asetuksen tarkoitusperiä varten vuoden 2004 yhteensovitetulla IFRS-tilinpäätöksellä, joka on laadittu ainoastaan vertailua varten.

132 Mitä lopuksi tulee argumenttiin, jonka mukaan päätöksessä ei olisi otettu huomioon sitä, että liikevaihdon määrittämisessä Euroopan tasolla noudatetaan periaatteita, jotka eroavat muissa oikeusjärjestelmissä vallitsevista periaatteista, on ensinnäkin huomattava, että amerikkalaisessa järjestelmässä ainoastaan vahvistetaan, että on välttämätöntä kyetä ratkaisemaan nopeasti ja ennustettavasti, onko keskittymästä ilmoitettava, ja tarvittaessa, mille viranomaiselle. Tämän jälkeen on huomattava, että vaikka yhteisön järjestelmässä, toisin kuin Yhdysvaltojen järjestelmässä, sallitaan ottaa huomioon yrityksen toiminnassa edellisen tilikauden päättämisen jälkeen tapahtuneet seikat, kuten yritysten luovutukset tai hankinnat kuluvan tilikauden aikana, tällä oletuksella pyritään pääsääntöisesti, kuten tiedonannosta seuraa, ottamaan huomioon yrityksen taloudellisessa asemassa tapahtuneet muutokset eikä suorittamaan vakaana pysyneiden taloudellisten tosiasioiden kirjanpidollisen käsittelyn täydellistä tarkastusta. Se, että yhteisön keskittymäasetuksen sovellettavuus riippuisi kaikissa tapauksissa komission suorittamasta asianomaisten yritysten kirjanpidon täydellisestä uudelleentarkastelusta, olisi vastoin oikeusvarmuuden ja nopeuden vaatimuksia, joihin yhteisön lainsäätäjä pyrkii.

133 Tästä seuraa, että kolmannen kanneperusteen ensimmäinen osa on hylättävä.

Kolmannen kanneperusteen toinen osa, joka perustuu IAS/IFRS-tilinpäätösstandardien ensisijaiseen asemaan

– Asianosaisten lausumat

134 Endesa väittää, että komission olisi pitänyt ainakin vahvistaa, mitkä olivat ne tilinpäätösstandardit, IAS/IFRS-standardit tai yleiset tilinpäätösperiaatteet, joiden avulla oli mahdollista määrittää mahdollisimman tarkasti tilikautta 2004 vastaava todellinen liikevaihto. Se lisää, että tässä tarkoituksessa komission olisi pitänyt pelkästään analysoida eri tilinpäätösstandardien ominaispiirteitä ja kahta tilinpäätöstä, jotka olivat sen käytettävissä ja jotka molemmat olivat hyväksyttäviä, laillisia ja lopullisia.

135 Endesa katsoo, että jos kyseinen analyysi olisi toteutettu, se olisi väistämättä johtanut etusijan antamiseen IAS/IFRS-tilinpäätökselle siltä osin kuin tässä tilinpäätöksessä annetaan etusija sisällölle pikemmin kuin muodolle, päinvastoin kuin yleisissä tilinpäätösperiaatteissa hyväksytyissä standardeissa, joissa toimitaan täsmälleen päinvastoin: tietyt liiketoimet kirjataan tilinpäätökseen pelkästään muodollisten seikkojen perustella, vaikka niillä ei ole todellista taloudellista sisältöä.

136 Endesa korostaa, että päätöksen perustelujen (20 perustelukappale) lähtökohtana on ilmoitus, että yleisperiaatteena on, että liikevaihto on laskettava yrityksen vahvistetun tilinpäätöksen perusteella, koska komissio ei voi syrjäyttää tätä periaatetta kuin poikkeuksellisissa olosuhteissa. Tämä perustelu on kantajan mukaan ilmeisen virheellinen. Siinä ei ainoastaan anneta ymmärtää, että komission velvollisuus määrittää asianmukaisesti yhteisönlaajuinen ulottuvuus rajoittuu pelkkään asianomaisten yritysten vahvistettujen tilinpäätösten tarkistamiseen, vaan siinä nojaudutaan lisäksi komission omien käytäntöjen ja tiedonannon tarkoituksellisesti epätäydelliseen tulkintaan antamalla vahvistetulle tilinpäätökselle ja muille lopullisille tilinpäätöksille sama merkitys. Komissio muistuttaa päätöksessä tiedonannon 26 kohdasta mutta unohtaa kantajan mukaan perusteluissaan, että siinä

viitataan vahvistettujen tilinpäätösten lisäksi myös "muihin lopullisiin tilinpäätöksiin", koska on selvää, että muita kuin lopullisia tilinpäätöksiä voidaan käyttää vain poikkeuksellisissa tapauksissa.

137 Endesa väittää, että päätös merkitsee sitä, että komissio kieltäytyy tavalla, jota on mahdoton hyväksyä, velvoitteista, jotka sille on asetettu yhteisön oikeudessa, jossa se velvoitetaan käyttämään yksinomaista toimivaltaansa linnoittautumatta vahvistettujen tilinpäätösten oletettua yhteensopivuutta koskevien oletusten taakse. Tätä oletusta, joka kantajan mukaan on komission tilapäinen luomus, eivät tue mitkään asetuksen säännökset, joissa ei ainoastaan vältetä viittaamasta tilinpäätösten tarkastettuun tai tarkastamattomaan luonteeseen, vaan jotka sisältävät lisäksi komissiolle kuuluvan täsmällisen ja ehdottoman velvollisuuden määrittää kussakin tapauksessa asianomaisten yritysten todellinen liikevaihto. Viittaus vahvistettuihin tilinpäätöksiin esiintyy Endesan mukaan ainoastaan komission tiedonannossa, jolla ei voida missään tapauksessa muuttaa asetuksen sisältöä tai soveltamisalaa. Näiden kahden välistä pienintäkin ristiriitaa koskee kantajan mukaan normihierarkian periaate (asia C-266/90, Soba, tuomio 28.1.1992, Kok. 1992, s. I-287; asia C-322/93 P, Peugeot v. komissio, tuomio 16.6.1994, Kok. 1994, s. I-2727 ja asia T-380/94, AIUFFASS ja AKT v. komissio, tuomio 12.12.1996, Kok. 1996, s. II-2169). Mutta tässä tapauksessa tiedonannossa asetetaan samalle tasolle vahvistetut tilinpäätökset ja muut lopulliset tilinpäätökset, toisin sanoen tilinpäätökset, jotka koskevat täyttä ja päättynyttä verovuotta.

138 Endesa huomauttaa lisäksi, että komission kanta tässä asiassa on ristiriidassa sen oman käytännön kanssa. Näin ollen aikaisemmassa asiassa (M.705 Deutsche Telekom/SAP) komissio on Endesan mukaan hyväksynyt vahvistamattoman viimeisimmän tilinpäätöksen käytön, sillä se sisälsi merkittäviä eroja vahvistettuun tilinpäätökseen nähden ja ainoastaan se vahvisti hankkeen yhteisönlaajuisen ulottuvuuden. Kantaja katsoo, että komissio on myös hyväksynyt vahvistamattoman tilinpäätöksen käytön asiassa M.2340 EDP/Cajastur/Caser/Hidroelectrica del Cantabrico.

139 Endesa korostaa, että komissio on tehnyt lisävirheen katsoessaan, että Endesan IAS/IFRS-standardien mukaan laadittu konsolidoitu tilinpäätös, joka on annettu markkinoille tiedoksi viisi kuukautta ennen julkisen ostotarjouksen ilmoittamista, ei ollut lopullinen tilinpäätös. Komissio ei ole ottanut huomioon sitä, että IAS/IFRS-

tilinpäätös oli vuoden 2004 vahvistetun tilinpäätöksen ja uusien tilinpäätösstandardien täsmäytyslaskelma, eikä sitä, että kaikki pörssissä noteeratut yritykset esittivät Comisión Nacional del Mercado de Valoresille (kansallinen arvopaperimarkkinakomissio, jäljempänä CNMV) vuoden 2004 konsolidoidut tilinpäätöksensä, joita oli lähennetty IAS/IFRS-tilinpäätösstandardeihin (jäljempänä yhteensovitetut tilinpäätökset), sekä kaikki määräaikaistiedotuksensa tilikaudelta 2004, eikä sitä, että markkinoilla pidetään relevantteina näitä viimeisimpiä tilinpäätöksiä.

140 Komissio ei ole näin ollen pelkästään rikkonut toimivaltasääntöjä ottamalla käyttöön asetukseen sisältymättömän olettamuksen vahvistetun tilinpäätöksen eduksi vaan on myös tehnyt ilmeisen arviointivirheen katsoessaan, että IAS/IFRS-tilinpäätös ei ollut lopullinen. Lisäksi perustelut ovat tässä suhteessa ristiriitaisia, koska komissio antaa ymmärtää yhtäältä, että IAS/IFRS-tilinpäätöstä ei oteta huomioon, sillä sitä ei ole vahvistettu (unohtaen tiedonannon 26 kohtaan sisältyvän "muita lopullisia tilinpäätöksiä" koskevan viittauksen), ja väittää toisaalta, että syy sen hylkäämiseen on se, että se ei ole lopullinen. Näin ollen päätös olisi kumottava kyseisten virheiden vuoksi sikäli kuin siinä ei määritetä, mikä on se vuoden 2004 konsolidoitu tilinpäätös, joka on lähimpänä asetuksen 5 artiklan vaatimuksia.

141 Komissio, jota väliintulijat tukevat, korostaa, että kantaja lähtee virheellisestä olettamasta, jonka mukaan yleiset tilinpäätösperiaatteet ja IAS/IFRS-tilinpäätökset vuodelta 2004 ovat samassa asemassa, ja lisää, että kantajan esittämää IAS/IFRS-tilinpäätöstä vuodelta 2004 ei voida pitää lopullisena.

– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

142 Mitä ensiksi tulee siihen, että kantajan yhteensovitetun tilinpäätöksen väitetään olevan luonteeltaan tarkoituksenmukaisempi, on aluksi muistutettava, että komissio on esittänyt päätöksen 19–27 perustelukappaleessa syyt, joiden vuoksi kantajan

liikevaihto oli määritettävä yleisten tilinpäätösperiaatteiden mukaisesti laaditun virallisen tilinpäätöksen perusteella pikemmin kuin yhteensovitetun tilinpäätöksen perusteella. Kuten edellä on todettu, komissio korostaa perustellusti tältä osin, että Endesalla oli lain mukaan velvollisuus laatia virallinen konsolidoitu tilinpäätöksensä tilikaudelta 2004 yleisten tilinpäätösperiaatteiden mukaisesti, että tämä vaatimus oli kyseisenä ajankohtana sovellettujen yhteisön tilinpäätössääntöjen mukainen ja että yhteensovitettu tilinpäätös oli laadittava ainoastaan vertailutarkoituksessa.

143 Tämän jälkeen on todettava, kuten päätöksen 25 ja 26 perustelukappaleessa esitetään, että kantajan argumenttia, jonka mukaan IFRS-tilinpäätösperiaatteet kuvastaisivat täsmällisemmin yritysten taloudellista vahvuutta, ei voida hyväksyä.

144 Yhtäältä tavoitteena oleva yritysten taloudellisen vahvuuden arviointi ei velvoita komissiota suorittamaan asetuksen 1 ja 5 artiklan yksittäisessä soveltamistapauksessa yhteisön oikeuden mukaisten tilinpäätöksiä koskevien erilaisten lähestymistapojen ansioiden yleistä arviointia erityisesti, kun on olemassa tilinpäätös, joka on vahvistettu yhden ainoan tällaisen standardin mukaan, ja kun nimenomaan kyseistä standardia edellytettiin sekä kansallisessa oikeudessa että yhteisön oikeudessa, joita sovellettiin kyseisenä ajankohtana.

145 Toisaalta kantajan väitettä, jonka mukaan IFRS-standardit kuvastavat paremmin taloudellista todellisuutta sen vuoksi, että niissä annetaan etusija sisällölle muotoon nähden toisin kuin yleisissä tilinpäätösperiaatteissa, ei ole lainkaan näytetty toteen. Kuten päätöksen 26 perustelukappaleessa esitetään, se seikka, että yhteisön lainsäätäjä on katsonut, että asetuksella N:o 1606/2002 hyväksyttyjen kansainvälisten tilinpäätösstandardien avulla pitäisi saada luotettava kuva yritysten taloudellisesta tilanteesta, ei merkitse itsestäänselvästi kyseisten standardien teknistä paremmuutta keskittymäasetuksen 5 artiklaa sovellettaessa verrattuna tilinpäätösstandardeihin, joita sovellettiin jäsenvaltioiden lainsäädännön nojalla 1.1.2005 saakka. Asetus N:o 1606/2002, joka on annettu EY 95 artiklan 1 kohdan perusteella, on yhdenmukaistamistoimenpide eikä sisällä mitään erilaisten kansallisten standardien arvoa koskevaa arviointia. Sitä paitsi, kuten Gas Natural on korostanut, lukuisissa Espanjan tilinpäätösstandardeissa, joissa sovelletaan yleisiä tilinpäätöspe-

riaatteita, määrätään, että sisällön on aina oltava etusijalla muotoon nähden, ja kirjanpitoa koskevassa yleissuunnitelmassa pannaan paino ajatukselle "luotettavasta kuvasta", joka on välitön seuraus "mekanismista, jolla voidaan ilmaista toteutettujen liiketoimien taloudellinen todellisuus".

146 Mitä toiseksi tulee kantajan argumenttiin, jonka mukaan yhteensovitettua tilinpäätöstä olisi pidettävä "muuna lopullisena tilinpäätöksenä" tiedonannon 26 kohdassa tarkoitetussa merkityksessä, on huomautettava, kuten tiedonannosta ilmenee, että asianomaisten yritysten liikevaihto on laskettava luotettavien, objektiivisten ja helposti tunnistettavien lukujen perusteella. Vaikka tiedonannon 26 kohdassa täsmennetään, että komissio "käyttää pääsääntöisesti vahvistettuja tai muita lopullisia tilinpäätöksiä – – " ja että komission "suhtautuminen yrityksen johdon laatimien tai muiden väliaikaisten laskelmien käyttöön on poikkeuksellisia olosuhteita lukuun ottamatta varauksellista", tämä ei kuitenkaan tarkoita, että tiedonannossa asetetaan vahvistetut tilinpäätökset ja "muut lopulliset tilinpäätökset" samalle tasolle. Tiedonannon 26 kohtaa ei voida tulkita siten, että siinä esitettäisiin useita vaihtoehtoja, joiden joukosta olisi mahdollista vapaasti valita, vaan siten, että siinä pyritään kattamaan erityistilanteet, joissa vahvistettu tilinpäätös edelliseltä tilikaudelta puuttuu. Tiedonannon 27 kohdassa viitataan sitä paitsi ainoastaan viimeisen tilikauden vahvistettuun tilinpäätökseen eikä "muuhun lopulliseen tilinpäätökseen". Käsiteltävänä olevassa asiassa ei kuitenkaan kiistetä sitä, että tilikauden 2004 vahvistettu tilinpäätös on olemassa, eikä näin ollen ole syytä ottaa huomioon muuta lopullista tilinpäätöstä.

147 Joka tapauksessa on todettava, että kantaja ei ole onnistunut osoittamaan, että yhteensovitettu tilinpäätös, jonka se on esittänyt komissiolle, on hyväksytty tai lopullinen tilinpäätös.

148 Tältä osin on riittävää palauttaa mieleen niiden Endesan kommenttien sisältö, jotka olivat yhteensovitetun tilinpäätöksen mukana, kun se annettiin tiedoksi CNMV:lle 5.4.2005. Osassa "Yleisiä huomioita" Endesa myöntää, että "vuoden 2004 konsolidoidut taseet ja tuloslaskelmat, jotka on laadittu IAS/IFRS-arviointikriteerien ja -luokittelukriteerien mukaisesti, ovat pro forma -selvityksiä, joita käytetään

ainoastaan vertailutarkoituksessa vuoden 2005 taseisiin ja tuloslaskelmiin nähden, joka on ensimmäinen tilikausi, jonka osalta tilinpäätökset laaditaan IFRS-standardien mukaan" (s. 3, 1 kohta). Endesa mainitsee lisäksi, että IAS/IFRS-standardeja ensimmäistä kertaa sovellettaessa esiintyy useita poikkeuksia (s. 13). Lopuksi oikeudellisessa huomautuksessa II (s. 34) Endesa selittää, että kansainvälisiä tilinpäätösstandardeja käsittelevä elin (IASB) saattaisi julkaista uusia 1.1.2005 lähtien sovellettavia standardeja, ettei vielä ole standardien asianmukaista soveltamista valvovaa toimivaltaista viranomaista, jolta voitaisiin pyytää neuvoja tässä kohdin, että edellä esitetystä sekä alan käytännön kehityksestä mahdollisesti seuraavat muutokset voivat myös vaikuttaa tapaan, jolla se tulkitsee standardeja, ja että tämän vuoksi toimitettuihin tietoihin tehdään mahdollisesti muutoksia ennen niiden julkaisemista (vuonna 2006) vertailutarkoituksessa tilikauden 2005 tilinpäätöksessä.

149 Näissä olosuhteissa on todettava, että Endesan esittämää yhteensovitettua tilinpäätöstä ei voida pitää "lopullisena" tilinpäätöksenä tiedonannossa tarkoitetussa merkityksessä.

150 Mitä tulee kahteen asiaan, joihin kantaja on vedonnut ja joissa komissio on kantajan mukaan hyväksynyt viimeisimpien vahvistamattomien tilinpäätösten käytön, on riittävää todeta, että näissä kahdessa asiassa keskittymähankkeesta oli ilmoitettu vuoden alussa (ensimmäisestä helmikuussa 1996 ja toisesta helmikuussa 2001) ja että kyseessä olevilla yrityksillä ei vielä ollut vahvistettuja tilinpäätöksiä edelliseltä tilikaudelta. Näin ollen oli päätettävä käyttää joko edellisen tilikauden (vastaavasti 1994 ja 1999) vahvistettuja tilinpäätöksiä tai viimeksi päättyneen tilikauden tilinpäätöksiä, vaikka niitä ei ollut vielä vahvistettu. Sitä paitsi näissä kahdessa tapauksessa vanhemmat tilinpäätökset eivät olisi kuvanneet yritysten taloudellisen toiminnan huomattavia muutoksia, jotka olivat tapahtuneet edellisen tilikauden aikana, ja niitä käyttämällä olisi rikottu asetuksen 5 artiklaa. Näille kahdelle asialle ominaiset tosiseikat eroavat siis ratkaisevasti käsiteltävänä olevan asian olosuhteista.

151 Edellä esitetystä ilmenee, että Endesan esittämää IAS/IFRS-standardien mukaan laadittua tilinpäätöstä ei voida pitää lopullisena, joten argumentteja, joiden mukaan komission olisi pitänyt antaa sille etusija, ei voida missään tapauksessa hyväksyä.

152 Edellä esitetyistä seikoista seuraa, että kolmannen kanneperusteen toinen osa on hylättävä.

Kolmas osa, joka perustuu oikeudellisiin virheisiin ja ilmeisiin arviointivirheisiin, jotka vaikuttavat yhteensovitetun tilinpäätöksen hylkäämiseen

– Asianosaisten lausumat

153 Endesa vetoaa ensiksi niiden perusteiden ilmeiseen virheellisyyteen, jotka komissio on ottanut huomioon sen yhteensovitetun tilinpäätöksen käytön mahdollisuutta koskevien argumenttien hylkäämiseksi, toiseksi poikkeuksellisiin olosuhteisiin, jotka oikeuttaisivat joka tapauksessa yhteensovitetun tilinpäätöksen käytön käsiteltävänä olevassa asiassa, ja kolmanneksi päätöksen ilmeisen virheellisiin perusteluihin, jotka liittyvät yhteensovitetun tilinpäätöksen käytön väitettyyn yhteensoveltumattomuuteen yksinkertaisuutta koskevan tavoitteen, yleisen oikeusvarmuusperiaatteen ja asetuksen yhdenmukaista soveltamista koskevan vaatimuksen kanssa.

154 Endesa väittää aluksi, että päätöksen 24 perustelukappaleeseen sisältyvä päättely on epätäydellistä, sillä siinä ei oteta huomioon, että asetuksella N:o 707/2004 hyväksytyn IFRS-1-standardin mukaan IAS/IFRS-standardeihin siirtymisen ajankohta on 1.1.2004. Tarkemmin sanoen yhteisön lainsäätäjä on kantajan mukaan säätänyt pörssissä noteeratuille yrityksille velvollisuuden valmistella konsolidoidut ja yhteensovitetut tilinpäätökset ainakin vuodelta 2004. Espanjassa CNMV vahvisti kantajan mukaan tilikauden 2004 yhteensovitettujen tilinpäätösten esittämisen

aikarajaksi 31.8.2005. Endesa noudatti tätä 5.4.2005. Näin ollen, päinvastoin kuin komission toteuttaman osittaisen tulkinnan avulla, yhteisön lainsäätäjän tarkoituksen johdonmukaisen ja täydellisen tulkinnan avulla on mahdollista päätellä, että tilikausi 2004 oli siirtymäkausi, jonka aikana oli samanaikaisesti voimassa kaksi tilinpäätösstandardia lakiin perustuvan vaatimuksen vuoksi.

155 Seuraavaksi Endesa korostaa, että komissio toteaa myös päätöksen 24 perustelukappaleessa, että tilikauden 2004 IAS/IFRS-tilinpäätöksiin voitiin tehdä muutoksia ja että niillä oli pelkästään vertailuarvoa, minkä väitteen osoittaa oikeaksi lakiin perustuvan kyseisten tilinpäätösten tarkastusvelvollisuuden puuttuminen. Komissio näyttää kuitenkin jättävän huomiotta, että yrityksen kaikkien tilinpäätösten tavoitteena on vertailtavuus ja että tilikauden 2004 IAS/IFRS-tilinpäätökset on laadittu yhteisön oikeudessa säädetyn velvollisuuden mukaisesti. Kyseisten tilinpäätösten tarkastusvelvollisuuden puuttuminen liittyy kantajan mukaan siirtymäkauden erityispiirteisiin. Ei näet ole järkevää, että yhteisön lainsäätäjä tai kansallinen lainsäätäjä lisää tilinpäätöstä koskevasta muutoksesta aiheutuviin kustannuksiin saman tilikauden osalta toteutetun kaksinkertaisen tilintarkastuksen kustannukset, koska vuoden 2004 IAS/IFRS-tilinpäätökset muodostavat täsmäytyslaskelman saman tilikauden vahvistettuihin tilinpäätöksiin nähden ja niiden kirjanpitoarvo ja oikeudellinen arvo on sama.

156 Väite, jonka mukaan IAS/IFRS-standardit voisivat olla muutosten kohteena tilikauden 2005 loppuun saakka, mikä päätöksen mukaan estäisi niiden pitämisen lopullisina, osoittaa tietämättömyyttä yhteisön lainsäätäjän vahvistamista tilinpäätösstandardeista sekä soveltamisasetuksista, jotka komissio on itse antanut viimeisten kuukausien aikana. Yhtäältä uusi tilinpäätösjärjestelmä on sovellettavissa 1.1.2005 lähtien ja sillä, että komissio on hyväksynyt tiettyjä uuden järjestelmän tilinpäätössääntöjä julkisen ostotarjouksen esittämisen jälkeen, ei kantajan mukaan ole vaikutusta tilinpäätöksen lopullisuuteen, koska Endesan yhteensovitettu tilinpäätös on laadittu varmojen ja lopullisten tietojen perusteella soveltaen tilinpäätössääntöjä, joita käytettiin siihen saakka IAS/IFRS-standardien täytäntöönpanossa. Se, että katsottaisiin, että kyseinen tilinpäätös ei ole lopullinen, koska

uuteen oikeudelliseen säännöstöön on myöhemmin lisätty muita sääntöjä, on yhtä järjetöntä kuin väittää, että lopullista tilinpäätöstä ei ole koskaan olemassa, sillä tilinpäätösjärjestelmän mukauttaminen ja kehittäminen on jatkuva prosessi.

157 Toisaalta äskettäin hyväksytyt säännöt, joilla on taannehtiva vaikutus, eivät vaikuta missään tapauksessa Endesan tilinpäätökseen, koska ne koskevat kantajan mukaan rahoitus- ja vakuutusalaa eivätkä sähköalaa. IAS 39:ää koskevilla muutoksilla ei myöskään ole mitään vaikutusta liikevaihdon määrittämiseen sikäli kuin nämä koskevat ainoastaan rahoitusvälineiden käsittelyä tilinpäätöksessä. Sitä paitsi sen ajankohdan jälkeen, kun Gas Natural ilmoitti Endesaa koskevasta julkisesta ostotarjouksestaan, ei ole tapahtunut mitään IAS/IFRS-standardien muutoksia, jotka voisivat vaikuttaa tulojen merkitsemiseen kirjanpitoon tilikausien 2004 tai 2005 osalta, eikä muutoksia voi vastedes tapahtua.

158 Näin ollen minkään komission argumentin perusteella ei voida katsoa, että IAS/IFRS-standardien mukaan konsolidoitu tilikauden 2004 tilinpäätös ei olisi lopullinen tilinpäätös. Vuoden 2004 IAS/IFRS-tilinpäätösten käyttöönoton lykkääminen tilikauden 2005 päättymiseen saakka on kantajan mukaan selvästi yhteisön lainsäätäjän, joka on velvoittanut soveltamaan yhteisön tilinpäätösstandardeja 1.1.2005 lähtien eikä 1.1.2006 lähtien, tarkoituksen vastaista. Niin muodoin kaikki tilinpäätöstiedot, jotka pörssissä noteerattujen yritysten on ilmoitettava markkinoille vuoden 2005 kuluessa, riippumatta siitä, viitataanko tilikauteen 2005 vai 2004, on ilmoitettava yksinomaan IAS/IFRS-standardien mukaan.

159 Endesa päättelee, että vaikka muutoksia toteutetaan, sillä tilinpäätösjärjestelmän parantaminen on jatkuva prosessi, on kuitenkin totta, kuten komissio on useaan otteeseen myöntänyt, että "asetuksen N:o 1606/2002 mukaisesti komission tavoite on ottaa kansainvälisiin tilinpäätösstandardeihin perustuva vakaa kehys käyttöön 1 päivästä tammikuuta 2005" (asetuksen N:o 1725/2003 muuttamisesta 19.11.2004 annetun komission asetuksen (EY) N:o 2086/2004 (EUVL L 363, s. 1) johdanto-osan neljäs perustelukappale ja asetuksen N:o 1725/2003 muuttamisesta 29.12.2004 annetun komission asetuksen N:o 2238/2004 (EUVL L 394, s. 1) johdanto-osan toinen perustelukappale).

160 Päätöksen 25 perustelukappaleen osalta Endesa huomauttaa, että päätöksessä ei selitetä syitä, joiden vuoksi komissio ei voisi arvioida erilaisia käytettävissä olevia tilinpäätösmenetelmiä. Tämä komission kanta on kantajan mukaan selvästi ristiriidassa tiedonannon 60 kohdan kanssa, jossa komissio itse esittää, että on mahdollista "joutua ottamaan huomioon eri kirjanpitosäännöt, jotka ovat jossain määrin yhdenmukaisia, mutta eivät täysin samoja yhteisön alueella" ja että "tämä pätee kaikkiin – – asetuksen soveltamisalaan kuuluviin yrityksiin – –". Vaikka tässä tiedonannon kohdassa viitataan pääasiallisesti holding-yhtiöihin, siinä ilmaistaan kuitenkin, että mahdollisuus ottaa huomioon erilaisia tilinpäätösstandardeja ulottuu kaikkiin yrityksiin riippumatta niiden alasta.

161 Endesa vastustaa päätöksen 25 perustelukappaleen myös sisältyvää toteamusta siitä, että "komission tehtävä, sellaisena kuin se on esitetty yksityiskohtaisemmin liikevaihdon laskemista koskevassa tiedonannossa, rajoittuu asetuksen 5 artiklan nojalla vaadittujen erityisten mukautusten tutkimiseen – –" ja katsoo päinvastoin, että asetuksen 5 artiklaan sisältyvä velvollisuus käsittää asianomaisten yritysten tilinpäätösten vastaavuuden tutkimisen niiden todellisen liikevaihdon määrittämiseksi.

162 Tämä päätökseen sisältyvä väite on kantajan mukaan taas ilmeisessä ristiriidassa tiedonannon kanssa, jonka 26 kohdassa ilmoitetaan, että "komissio pyrkii hankkimaan mahdollisimman tarkat ja luotettavat tiedot päätöstensä perustaksi". Käsiteltävänä olevassa asiassa yhteisön toimielinten toteuttaman yhdenmukaistamistyön seurauksena oli olemassa kaksi konsolidoitua tilinpäätöstä, jotka vastasivat tilikautta 2004, ja olisi ollut tarpeen ratkaista, kumpi näistä kahdesta oli tarkin ja luotettavin. Ottaen huomioon yrityksen ulkopuolisten tilintarkastajien kertomukset, joita komissio ei mainitse päätöksessä kertaakaan, on kantajan mukaan selvää, että Espanjan tilinpäätösstandardien mukaan laadittu konsolidoitu tilinpäätös vääristelee merkittävästi sähköalalla toimivan yrityksen operatiivisia tuloja.

163 Mitä tulee yhteisön tilinpäätösstandardien paremmuuteen verrattuna kansallisiin standardeihin, mistä komissio lausuu epäilynsä päätöksen 26 perustelukappaleessa, Endesa huomauttaa, että asetuksen N:o 1606/2002 valmisteluasiakirjoissa komissio viittaa nimenomaan tarpeeseen parantaa, yhdenmukaistaa ja tehdä luotettavammiksi tilinpäätöstiedot menemällä yli sen, mitä on säädetty perustamissopimuksen 54 artiklan 3 kohdan g alakohdan nojalla, yhtiömuodoltaan tietynlaisten yhtiöiden tilinpäätöksistä 25 päivänä kesäkuuta 1978 annetussa neljännessä neuvoston direktiivissä 78/660/ETY (EYVL L 222, s. 11), ja että jos tässä direktiivissä olisi taattu yhtä selvät ja luotettavat tiedot kuin uudessa tilinpäätösjärjestelmässä vaaditut, olisi ollut hyödytöntä ottaa viimeksi mainittu käyttöön. Tältä osin komissio ei ole kantajan mukaan ottanut huomioon Endesan ulkopuolisten tilintarkastajien lausuntoa, jossa selitetään selkeästi eri tilinpäätösstandardien mukaan laadituissa tilinpäätöksissä ilmoitettujen tulosten välillä vallitsevat erot.

164 Endesa lisää, että päätöksen perusteluissa, joiden mukaan sekä yhteisön nykyisten tilinpäätösstandardien että entisten standardien tavoitteena on yritysten taloudellisen tilanteen luotettava esittäminen, vähätellään konkreettisia eroja, joita esiintyy standardien osittaisen yhdenmukaistamisen ja täydellisen yhdenmukaistamisen välillä, sekä yhteisön oikeuden että alkeellisimman logiikan perusperiaatteita. Sitä paitsi komissio on itse kantajan mukaan todennut, että entiset tilinpäätösdirektiivit ”eivät täytä sellaisten yritysten tarpeita, jotka haluavat hankkia pääomaa yleiseurooppalaisilta tai kansainvälisiltä arvopaperimarkkinoilta” (ks. komission 13.6.2000 antama tiedonanto neuvostolle ja Euroopan parlamentille, KOM(2000) 359 lopullinen, 9 kohta), ja myös myöntänyt, että ”IAS muodostaa – – kattavan ja käsitteellisesti vakaan säännöstön tilinpäätösraportoinnille, mikä palvelee myös kansainvälisen liike-elämän tarpeita”.

165 Endesa väittää, että komissio tekee virheen myös katsoessaan, että vahvistamattomien tilinpäätösten käyttö on mahdollista ainoastaan poikkeuksellisissa olosuhteissa. Tämä tulkinta ei tule näkyviin nimenomaisesti eikä implisiittisesti asetuksessa, joka on ainoa luonteeltaan velvoittava sovellettava säädös, eikä se myöskään vastaa

tiedonannon 26 kohdan sisältöä, jonka mukaan poikkeuksellisten olosuhteiden olemassaolo on osoitettava ainoastaan, jos aiotaan käyttää johdon laatimia laskelmia tai muita kuin lopullisia tilinpäätöksiä.

166 Vaikka komission väite hyväksyttäisiin, olisi katsottava, että olosuhteet todella ovat poikkeukselliset käsiteltävänä olevassa asiassa. Yhtäältä kysymys yhden tilinpäätösstandardin käytöstä toisen sijaan on jo sinänsä poikkeuksellinen. Toisaalta eri tilinpäätösjärjestelmien käyttö aiheuttaa kantajan mukaan 4 400 miljoonan euron eron Endesan tuloissa, mikä on poikkeuksellinen harvoja markkinoita koskeva tosiseikka, joten itse tilinpäätösjärjestelmän muutosta olisi pidettävä poikkeuksellisena ja erittäin tärkeänä seikkana Espanjan sähkömarkkinoiden kannalta, joilla pakollisen poolin olemassaolo kaksinkertaistaa keinotekoisesti liiketoimet taloudelliselta näkökannalta, jos erien tasaamista ei toteuteta, kuten uudessa kirjanpitojärjestelmässä edellytetään.

167 Endesa kiistää lisäksi päätöksen 25 kohtaan sisältyvät perusteet, joiden mukaan IAS/IFRS-tilinpäätösten käyttö olisi vastoin toista "yhtä hyväksyttävää tavoitetta, joka on yksinkertaisten ja objektiivisten kriteerien soveltaminen komission toimivallan määrittämiseksi keskittymäasioissa, sekä yleinen oikeusvarmuuden periaate".

168 Objektiivisuuden osalta Endesa väittää, että komissio ei selitä syitä, joiden vuoksi IAS/IFRS-tilinpäätös olisi vähemmän objektiivinen kuin muu tilinpäätös, ja unohtaa, että Endesan ulkopuolinen tilintarkastaja on vahvistanut, että se perustuu oikeille ja tarkastetuille tiedoille ja että myös vertailumenetelmä oli oikea.

169 Mitä yksinkertaisuuteen tulee, kantajan mukaan kaikkia yhteisössä toimivia pörssissä noteerattuja yrityksiä on informoitu jo vuosia uusien kriteerien käyttöönotosta ja ne tiesivät, että vuosi 2004 oli siirtymävuosi. Endesa lisää, että huomio, jonka mukaan tulkintasääntöjen yksinkertaisuus on tavoite, jolla on sama oikeudellinen arvo kuin velvollisuudella vahvistaa asianmukaisesti komission toimivalta, on vaikeasti yhteensovitettavissa tiedonannon kanssa, jonka 60 ja 61 kohdassa korostetaan, että on tarpeen suorittaa tilinpäätösten huolellinen, tarkka ja jopa kallis analyysi, jos liikevaihto on lähellä asetuksen raja-arvoja (asia IV/M.213 – Hong Kong ja Shanghai Bank/Midland).

170 Oikeusvarmuuden periaatteen osalta yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenee, että tällä periaatteella taataan, että säännökset ovat "selviä ja täsmällisiä, jotta oikeussubjektit voivat ilman epävarmuutta saada tiedon oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan ja ryhtyä asianmukaisiin toimenpiteisiin" (asia 169/80, Gondrand Frères ja Garancini, tuomio 9.7.1981, Kok. 1981, s. 1931; asia C-143/93, van Es Douane Agenten, tuomio 13.2.1996, Kok. 1996, s. I-431, 27 kohta ja asia C-110/03, Belgia v. komissio, tuomio 14.4.2005, Kok. 2005, s. I-2801). Tämä ei kantajan mukaan tarkoita, että liikevaihdon määrittämisen on oltava "helppoa" kaikissa tapauksissa, eikä sillä voida perustella sitä, ettei kaikkia käytettävissä olevia tietoja oteta huomioon. Endesa muistuttaa, että tilinpäätösten täsmäyttäminen on yhteisön säännöistä johtuva velvollisuus, jonka jokaisen huolellisen toimijan oletetaan tunteneen jo joitakin vuosia, ja ettei taloudellisten toimijoiden oikeuksien suojelu ole oikeutettua "silloin kun huolellinen ja järkevä taloudellinen toimija voi ennakoida – – yhteisön toimenpiteen toteuttamisen" (yhdistetyt asiat C-37/02 ja C-38/02, Di Lenardo ja Dilexport, tuomio 15.7.2004, Kok. 2004, s. I-6911, 70 kohta). Tässä tapauksessa IAS/IFRS-standardit olivat selviä, täsmällisiä ja huolellisten ja järkevien toimijoiden tiedossa julkisen ostotarjouksen esittämishetkellä, joten mitään oikeusvarmuuden periaatteen loukkaamista ei ole kantajan mukaan näytetty toteen.

171 Mitä tulee viimeiseen päätöksen 27 perustelukappaleessa esitettyyn perusteluun, jonka mukaan "tarkastamattomien IFRS-lukujen käyttö tässä asiassa aiheuttaisi käsittelyn erilaisuutta suhteessa kaikkiin muihin asioihin, joissa komissio on viitannut vuoden 2004 tarkastetuissa tilinpäätöksissä kansallisten standardien perusteella vahvistettuihin lukuihin", Endesa korostaa, että komissio ei ole ottanut huomioon oikeuskäytäntöä, jonka mukaan erilaista kohtelua ei esiinny pelkästään

silloin kun kahta samanlaista tilannetta käsitellään eri tavalla vaan myös silloin kun kahta erilaista tilannetta käsitellään samalla tavalla. Kuitenkin se oli esittänyt hallinnollisen menettelyn aikana lukuisia raportteja, joissa selitettiin Espanjan sähköalan yrityksiin sovellettavaa erityistä kirjanpitokäsittelyä, joka ei koskenut muita Espanjan yrityksiä eikä saman alan tai muiden alojen muihin jäsenvaltioihin sijoittautuneita yrityksiä.

172 Poolin pakollisuudesta Espanjassa sekä siitä, että entiset tilinpäätösstandardit eivät mahdollista erien tasaamista, seuraa kantajan mukaan erityisesti, että liiketoimet, jotka on toteutettu samaan konserniin kuuluvien yritysten välillä tai jotka loppujen lopuksi vastaavat yhtä ainoaa taloudellista liiketointa, merkitään kirjanpitoon kaksi kertaa. Näin ollen todellisuudessa päätöksellä aiheutetaan syrjivää kohtelua, sillä jos sama hanke toteutettaisiin samankokoisten yritysten välillä kuin Gas Natural ja Endesa mutta muilla talouden aloilla tai yhteisön muissa maissa, asianomaisten yritysten liikevaihdot olisi laskettu välttäen erien kaksinkertaistaminen.

173 Endesa päättelee, että kaikkien näiden syiden vuoksi komissio on tehnyt sen toimittamien tietojen analysoinnissa virheen, joka ilmenee vakavana puutteena päätöksen perusteluissa, ja ilmeisen virheen, joka johtuu asetuksen 5 artiklasta ja tiedonannosta peräisin olevien periaatteiden soveltamatta jättämisestä.

174 Komissio, jota väliintulijat tukevat, korostaa, että mikään kantajan esittämistä argumenteista ei ole perusteltu.

– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

175 Mitä ensiksi tulee kantajan argumentteihin, joiden mukaan komissio on tehnyt virheen hylätessään mahdollisuuden käyttää yhteensovitettua tilinpäätöstä, on

riittävää viitata kanneperusteen kahden ensimmäisen osan arviointiin. On jo nimittäin tuotu esiin, että ainoa Endesan asianmukainen tilinpäätös keskittymähankkeen yhteisönlaajuisen tai kansallisen ulottuvuuden arvioimiseksi on julkisen ostotarjouksen esittämisajankohtana voimassa olleen Espanjan lainsäädännön mukaisesti laadittu, tilintarkastajien vahvistama ja osakkeenomistajien hyväksymä tilikauden 2004 tilinpäätös ja että joka tapauksessa ainoastaan vertailutarkoituksessa laadittua yhteensovitettua tilinpäätöstä, jonka kantaja on esittänyt komissiolle, ei voitu pitää lopullisena. Kantajan yhteensovitetun tilinpäätöksen ei-lopullisen luonteen vahvistaa loppujen lopuksi se seikka, että se muutti 19.9.2005 tätä tilinpäätöstä sisällyttääkseen siihen mukautuksia, joilla alennettiin liikevaihtoa Espanjassa 111 miljoonalla eurolla suhteessa IFRS-standardien mukaiseksi saatettuun tilinpäätökseen, joka oli esitetty 5.4.2005 CNMV:lle. Lopuksi se, että IAS/IFRS-standardeihin myöhemmin tehdyt muutokset eivät koskeneet sähköalaa, ei millään tavalla muuta sitä tosiseikkaa, että IAS/IFRS-standardien, joita oli sovellettava tilikauteen 2005, sisältö ei vielä ollut vakaa ja lopullinen syyskuussa 2005, eikä etenkään sitä, että näitä uusia standardeja tulkitsevaa viranomaista ei vielä ollut olemassa. On sitä paitsi todettava, että Endesan tilintarkastaja on itse täsmentänyt, ettei hän voinut ottaa kantaa täsmäytysmenetelmien asianmukaisuuteen.

176 Mitä toiseksi tulee poikkeuksellisiin olosuhteisiin, jotka edellyttäisivät yhteensovitetun tilinpäätöksen käyttöä, on korostettava, että mitään esitetyistä seikoista ei voida pitää poikkeuksellisena. Ensinnäkin sähköalan erityispiirteistä Espanjassa on näet riittävää todeta, että Espanjassa on ollut pooli vuodesta 1998 lähtien ja ettei Endesa eikä mikään muukaan alan yritys ole vedonnut tarpeeseen suorittaa mitään mukautuksia yleisten tilinpäätösperiaatteiden mukaisiin tilinpäätöksiinsä missään keskittymien kansallisessa tai yhteisön valvontamenettelyssä, jossa ne ovat olleet osallisina. Sitä paitsi on huomattava, että kantajan väittämät Espanjan sähköalan yritysten kirjanpidon väitetyt erityispiirteet ja vakavat vääristymät eivät merkitse myöskään poikkeuksellisia olosuhteita siltä osin kuin mahdollisten mukautusten suorittamisen tarkoituksenmukaisuus tämän huomioon ottamiseksi voidaan tutkia tilinpäätösjärjestelmästä riippumatta. Käsiteltävänä olevassa asiassa komissio on sitä paitsi tutkinut kantajan ehdottamia pääasiallisia mukautuksia tältä osin.

177 Toiseksi sitä, että IAS/IFRS-standardien odotettiin korvaavan yleiset tilinpäätösperiaatteet tilikaudesta 2005 lähtien, ei voida pitää poikkeuksellisena, eikä myöskään tarvetta laatia yhteensovitettu tilinpäätös vuodelta 2004 vertailutarkoituksessa. Tilinpäätöslainsäädännön muutos on tosin tärkeä ja harvoin esiintyvä tapahtuma yrityksen elämässä, mutta kantaja ei vetoa mihinkään asetuksen kirjaimeen tai tavoitteisiin perustuvaan seikkaan, mikä tekisi tästä muutoksesta poikkeuksellisen. Sitä paitsi uusien tilinpäätösstandardien pakollinen soveltaminen ei tarkoita välttämättä sitä, että aikaisemmin sovelletut tilinpäätössäännöt olisivat epäluotettavia tai epäselviä.

178 Kolmanneksi sitä, että eri tilinpäätösjärjestelmien käyttö aiheuttaa 4 400 miljoonan euron eron Endesan tulojen osalta, ei voida myöskään pitää poikkeuksellisena. Tämä ero näet johtuu mukautuksista, joiden tarkoituksenmukaisuus voidaan tutkia riippumatta tilinpäätösjärjestelmästä.

179 Joka tapauksessa on korostettava, että tiedonannon 26 ja 27 kohdassa mainitut poikkeukselliset olosuhteet viittaavat yksinomaan, Euroopan unionin ulkopuolisten valtioiden tilinpäätösstandardeihin nähden esiintyviä eroja lukuun ottamatta, tarpeeseen ottaa huomioon merkittävät ja pysyvät muutokset, jotka vaikuttavat asianomaisten yritysten taloudelliseen todellisuuteen (tilinpäätöksen vahvistamisen jälkeen tapahtuneet hankinnat tai luovutukset, tehtaan sulkeminen). Käsiteltävänä olevassa asiassa kantaja ei ole kuitenkaan vedonnut tällaisiin muutoksiin.

180 Kolmanneksi oikeusvarmuuden periaatteen loukkaamiseen perustuvan väitteen osalta on riittävää tuoda esiin, että vahvistettu tilinpäätös antaa enemmän objektiivisia takeita, koska siitä aiheutuu vastuu yritykselle ja tilintarkastajalle. Päinvastoin juuri sellaisen tilinpäätöksen käyttö, jota osakkeenomistajat eivät ole hyväksyneet ja jota ei ole vahvistettu ulkopuolisessa tilintarkastuksessa, olisi vastoin tavoitteena olevaa yksinkertaisten ja objektiivisten kriteerien soveltamista keskittymän ulottuvuutta määritettäessä. On muistutettava, että asetuksen 1 artiklalla perustetun raja-arvojärjestelmän perusta on nimenomaan tarjota yksinkertainen ja tehokas menetelmä toimivaltaisen viranomaisen määrittä-

miseksi. Kuten komissio on perustellusti korostanut, virallisten ja vahvistettujen tilinpäätösten käyttö ja pääsääntöisesti näihin tilinpäätöksiin tehtävien mukautusten rajoittaminen siihen, mikä on ehdottoman välttämätöntä asetuksen 5 artiklan valossa, ovat tämän yksinkertaisen, ennakoitavissa olevan ja tehokkaan menetelmän olennaisia osatekijöitä.

181 Sitä paitsi Endesan väitteen hyväksyminen tarkoittaisi sen myöntämistä, että komission on tutkittava etukäteen tilinpäätösten osalta kaikki keskittymähankkeet sen vahvistamiseksi, että asianomaisten yritysten tilinpäätökset ovat asetuksen 5 artiklassa säädettyjen periaatteiden mukaisia.

182 Endesan argumentin osalta, jonka mukaan yhteensovitetun tilinpäätöksen käyttö ei millään tavoin loukkaa oikeusvarmuuden periaatetta, koska mikä tahansa huolellinen toimija saattoi ennakoida uuden tilinpäätösjärjestelmän voimaantulon, on todettava, että huolellinen ja järkevä toimija ei olisi voinut ennakoida, että komissio poikkeaisi ainoasta virallisesta tilinpäätöksestä, joka oli vahvistettu. Sitä paitsi on huomautettava, että IAS/IFRS-tilinpäätösstandardeja eikä varsinkaan niiden tulkintaa ollut lopullisesti vahvistettu syyskuussa 2005.

183 Joka tapauksessa on huomautettava uudelleen, että yhteensovitettua tilinpäätöstä, jonka kantaja on esittänyt komissiolle, ei voida pitää lopullisena.

184 Lopuksi väite, joka perustuu väitettyyn syrjintään suhteessa muiden alojen tai muiden jäsenvaltioiden keskittymiin, on hylättävä ilmeisen perusteettomana. Yhtäältä se perustuu pelkkiin väitteisiin ja nojautuu olettamaan, jonka mukaan Endesan virallinen ja vahvistettu tilinpäätös tilikaudelta 2004 ei kuvasta taloudellista todellisuutta ja jota ei ole näytetty toteen. Toisaalta koska komission käytäntönä on

nojautua viralliseen vahvistettuun tilinpäätökseen, tämän käytännön hylkääminen poikkeuksellisten olosuhteiden puuttuessa olisi voitu päinvastoin ymmärtää syrjinnäksi. Sitä paitsi vahvistettuun tilinpäätökseen, jota käytetään hankkeen ulottuvuuden arvioimiseksi, voidaan tehdä mahdollisia mukautuksia kyseessä olevan alan tai maan mahdollisten erityispiirteiden huomioon ottamiseksi. Tältä osin on huomautettava, että komissio on tutkinut kantajan ehdottamat mukautukset.

185 Edellä esitetystä seuraa, että kolmannen kanneperusteen kolmatta osaa ei voida hyväksyä.

186 Näin ollen kolmas kanneperuste on hylättävä.

Neljäs kanneperuste, joka liittyy "pass through" -mukautuksen ja kaasukauppaa koskevan mukautuksen hylkäämiseen

187 Tämän kanneperusteen yhteydessä Endesa vastustaa sitä, että komissio on hylännyt kaksi sen vaatimaa mukautusta, joista toinen koskee jakelutoimenpiteitä ("pass through" -mukautus) ja toinen kaasukauppaa. Aluksi on huomattava, että kantajan tilinpäätös, joka on laadittu yleisten tilinpäätösperiaatteiden mukaan vuodelta 2004, osoittaa, että sen liikevaihto Espanjassa oli 80,07 prosenttia sen yhteisön alueelta kertyneestä liikevaihdosta. Jos myönnettäisiin, että kyseiset kaksi mukautusta, joita Endesa vaatii, ovat perusteltuja, sen liikevaihdon prosenttimäärä Espanjassa alenisi 73,94 prosenttiin sen yhteisön alueelta kertyneestä liikevaihdosta. Tästä seuraa, että vaikka tämä kanneperuste hyväksyttäisiin, tämä ei merkitsisi itsestäänselvästi sitä, että kyseinen hanke on yhteisönlaajuinen, vaan pikemminkin sitä, että komission olisi tutkittava muut kantajan ehdottamat mukautukset sekä Gas Naturalin ehdottamat mukautukset, joihin se ei ole ottanut kantaa päätöksessä, sillä kahden kolmasosan raja-arvon alittaminen olisi mahdollista ainoastaan lukuisien mukautusten yhdistelmän avulla.

188 Koska "pass through" -mukautus on joka tapauksessa tarpeen, jotta keskittymähankkeen yhteisönlaajuinen ulottuvuus voitaisiin saavuttaa, on ensin tutkittava kanneperusteen ensimmäinen osa, joka liittyy tähän.

– Asianosaisten lausumat

189 Endesa korostaa, että asetuksen 5 artiklan 1 kohta on kopioitu sanatarkasti Saksan kilpailulain (GWB) 23 §:stä; saman lain 29 §:ssä täsmennetään, että "muusta kuin tavanomaisesta toiminnasta kertyneet tulot otetaan huomioon ainoastaan poikkeuksellisissa tapauksissa". Tämän vuoksi ainoastaan jakelutoimintaan liittyvä osa tuloista olisi otettava huomioon vahvistettaessa jakeluyrityksen liikevaihtoa, toisin sanoen ainoastaan tätä toimintaa vastaava välityspalkkio.

190 Endesa tuo tältä osin esiin komission virheellisen arvioinnin tiedonannon oikeudellisesta merkityksestä ja sen, että komissio on jättänyt tutkimatta asetuksen mukaisesti ehdotetut mukautukset. Se korostaa, että päätöksen 33 perustelukappaleessa komissio myöntää, että "tässä suhteessa on huomattava, että tiedonannossa – – ei missään viitata (osittain) 'vyörytettyihin' tuottoihin, jotka ovat peräisin yrityksen tuotteiden myynnistä ja palvelujen tarjoamisesta". Endesan mukaan kuitenkin ainoa oikeudellinen perusta liikevaihdon laskemiselle on asetus, koska tiedonannolla on ainoastaan komission tulkinta-asiakirjan arvo. Mikä tahansa päinvastainen tulkinta loukkaisi normihierarkian periaatetta. Koska käsiteltävänä olevassa asiassa jakeluyrityksen toiminta käsittää kustannukset, jotka vastaavat pelkästään "vyörytettyjä" tuottoja, ainoastaan tätä toimintaa vastaavaa palkkiota olisi pidettävä relevanttina asetuksen 5 artiklaan sisältyvän "tavanomaisen toiminnan" käsitteen kannalta.

191 Endesa lisää, että virheellisen lähestymistavan mukaisesti, johon kuuluu se, että komissio nojautuu perusteluissaan tiedonantoon, komissio viittaa tiedonannon 7, 11

ja 13 kohdan sisältöön väittäen, että "kun otetaan huomioon käsiteltävänä olevalle asialle ominaiset olosuhteet, espanjalaisia sähkönjakeluyrityksiä ei voida rinnastaa yrityksiin, jotka toimivat ainoastaan välittäjinä ja joiden liikevaihto koostuisi yksinomaan niiden perimien välityspalkkioiden määrästä". Näin ollen komissio kuvailee kantajan mukaan jakeluyritysten ja poolin toimintaa Espanjassa ilmoittamatta syitä, joiden vuoksi käsiteltävänä olevassa asiassa jakeluyritykset eivät olisi pelkkiä välittäjiä. Endesa katsoo, että komissio ei tutkinut kysymystä siitä, saavatko jakeluyritykset todella tästä toiminnasta voittoja, jotka ylittävät pelkän säännellyillä tariffeilla määritetyn palkkion niiden palveluista. Komissio ei näet ota huomioon sitä, että kuninkaan asetuksella, jolla kunkin vuoden sähkötariffit määritetään, vahvistetaan palkkiot, joita jakeluyritykset toimintansa harjoittamisesta perivät kyseisen kauden aikana ja jotka eivät ole riippuvaisia jakeluyritysten suorittamasta energian myynnistä ja näin ollen niille toimitetun energian määrästä.

192 Sen vuoksi, että jakeluyritysten toteuttamat toimenpiteet eivät kuitenkaan tuo mitään arvoa liiketoimelle, koska palkkio jakelutoiminnasta määritetään ennakolta ja riippumatta energian osto- ja myyntitoimista, nämä ovat kantajan mukaan neutraaleja toimia liikevaihtoa laskettaessa. Jakeluyritysten välitystehtävä johtuu nimenomaisesti 26.12.1997 annetun kuninkaan asetuksen nro 2017/1997 4 §:stä, jossa organisoidaan ja säännellään siirrosta, jakelusta ja myynnistä aiheutuvien kustannusten selvitysmenettelyä tariffin mukaisesti, samoin kuin järjestelmästä, monipuolistamisesta ja toimitusvarmuudesta aiheutuvia pysyviä kustannuksia niin, että päinvastoin kuin vapautetulla alalla, jakelija, joka on perinyt säännellyn tariffin, saa vain palkkion palvelustaan ja siirtää käyttäjän maksaman ylijäämän muille toimijoille. Siinä tilanteessa, että maksujen perinnässä olisi vaje, tuottaja vastaisi siitä.

193 Endesa huomauttaa päätöksen perustelusta, jonka mukaan jakeluyrityksillä on taloudellinen riski maksamattomista laskuista, joten ne eivät ole välittäjiä, että komissio tulkitsee virheellisesti sen antamia tietoja tältä osin samoin kuin tiedonannon 13 kohtaan sisältyvää "välittäjän" käsitettä.

194 Se muistuttaa yhtäältä, että jakeluyrityksillä ei ole maksamattomista laskuista mitään taloudellista riskiä, jota tariffeihin sisällytetty tekijä ei korvaisi, koska säännellyn järjestelmän (eikä toimijan yksipuolisesti) edellyttämä takuumekanismi mahdollistaa näiden riskien välttämisen. Toisaalta se toteaa, että taloudellisen riskin olemassaolo tai sen puuttuminen tekee mahdolliseksi erottaa toisistaan edustajan ja itsenäisen komissionsaajan aseman. Komissio tulkitsee ilman oikeudellista perustaa "välittäjän" käsitettä niin, että se viittaa ainoastaan edustajiin, vaikka se olisi liitettävä edustajan toiminnan luonteeseen.

195 Jakeluyritysten välittäjäominaisuus vastaa kantajan mukaan tavallista käytäntöä Espanjan energia-alalla. Riittää, kun huomautetaan, että Gas Natural suorittaa myös "pass through" -mukautuksen ei ainoastaan IAS/IFRS-tilinpäätöksessään vaan myös Espanjan tilinpäätösstandardien mukaan laaditussa tilinpäätöksessään. Näin ollen kieltämällä Endesalta "pass through" -mukautuksen komissio on estänyt sitä samankaltaistamasta jakelutoimintansa liikevaihtoa ostajayrityksen liikevaihdon kanssa.

196 Endesa katsoo, että kieltäytyminen ottamasta huomioon sen ehdottamaa mukautusta merkitsee lisäksi vakavaa puutetta sen osatekijän analysoinnissa, jota komissio on lopuksi pitänyt ratkaisevana, mikä ilmenee harkintavallan väärinkäyttönä ja perustelujen puutteellisuutena. Endesa toteaa, että komissio esitti yhtäkkiä epäilyjä tässä suhteessa menettelyn loppuvaiheessa, vaikka se ei ollut koskaan aikaisemmin pyytänyt siltä selityksiä tältä osin. Tarkemmin sanoen komissio ei ilmaissut mitään epäilyjä eikä pyytänyt mitään selitystä 19.9. ja 8.11.2005 välisenä aikana, joista viimeksi mainittuna päivämääränä se myönsi Endesalle 24 tunnin määräajan, jotta se voisi vastata joukkoon kysymyksiä, jotka tulivat olemaan ratkaisevia päätöksen perusteluissa.

197 Lisäksi tämän mukautuksen analysointi on myös epätäydellistä muihin seikkoihin nähden ja päätöksen perustelut ovat ilmeisen ristiriitaisia. Jos katsotaan, että jakeluyhtiöt eivät toimi välittäjinä, Endesan mukaan on pyrittävä saamaan selville,

onko osa jakelutoimenpiteistä konsernin sisäisiä toimia, ja erityisesti, onko kyseessä saman liiketoimen kaksinkertainen merkitseminen kirjanpitoon, koska Endesa Distribuciónin jakama energia hankitaan Endesa Generaciónilta poolin puitteissa.

198 Endesa toteaa tältä osin, että komissio pyysi siltä 10.11.2005 suullisesti selityksiä mukautuksen kyseisestä näkökohdasta. Kahdessa 11.11. ja 12.11.2005 päivätyssä sähköpostissa Endesa korosti, että kyseisen mukautuksen logiikka meni pelkkää konsernin sisäisen erän poistamista pidemmälle, mutta tarjoutui kuitenkin samalla esittämään konsernin sisäisiä toimenpiteitä koskevia tietoja. Komissio ei koskaan viitannut kyseisiin sähköposteihin eikä se ottanut päätöksessä kantaa tähän kysymykseen.

199 Komission suorittama analyysi on kantajan mukaan ristiriitainen siinä, että komissio ilmoittaa päätöksessä, ettei se ota kantaa konsernin sisäisen laskutuksen suhteen ehdotettuun mukautukseen, mutta hylkää kuitenkin "pass through" -mukautuksen, joka sisältää erittäin huomattavan osan konsernin sisäisestä myynnistä. Lisäksi päätöksessä korostetaan, että mahdollisilla konsernin sisäisillä liiketoimilla ei ole merkitystä, ja väitetään samalla, että Endesa ei ole toimittanut tietoja niiden prosenttiosuuksista huolimatta edellä mainituista sähköposteista, joita komissio ei ole ottanut huomioon.

200 Komissio, jota väliintulijat tukevat, korostaa, että jakeluyritykset eivät ole pelkkiä välittäjiä tai pelkkiä komissionsaajia ja että kantajan argumentit on näin ollen hylättävä.

– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

201 Kantaja vetoaa eri argumentteihin, jotka koskevat perusteluja ja aineellista sisältöä, sitä vastaan, että komissio on kieltäytynyt suorittamasta asianomaisten jakeluyritys-

ten tulojen mukautusta kolmansien lukuun perittyjen tulojen poistamiseksi. Se korostaa pääasiallisesti, että Espanjan oikeuden mukaan sähköjakeluyrityksillä on velvollisuus periä tiettyjä summia asiakkailtaan vyöryttääkseen ne sen jälkeen sähköntuottajille ja verkon hallinnoijille ja että nämä summat olisi siis vähennettävä Endesan kirjanpitoon sisältyvistä tuloista, koska ne eivät ole tulosta asianomaisten yritysten "tavanomaiseen toimintaan kuuluvasta tuotteiden myynnistä ja palvelujen tarjoamisesta" asetuksen 5 artiklan 1 kohdassa tarkoitetussa merkityksessä.

202 Mitä ensiksi tulee kantajan argumenttiin, jonka mukaan komissio on tehnyt virheen perustaessaan arviointinsa ainoastaan siihen seikkaan, että tiedonannossa ei määrätä mistään mukautuksesta siirtotilanteita varten, on ensin todettava, että kantaja ei kiistä kyseisen tiedonannon laillisuutta vaan väittää, että komissio on antanut sille liiallisen merkityksen, vaikka sillä on ainoastaan tulkinta-asiakirjan arvo ja vaikka sen olisi pitänyt tutkia ehdotettu mukautus noudattaen asetuksen säännöksiä, jotka muodostavat liikevaihdon laskemisen ainoan oikeudellisen perustan.

203 Tältä osin on huomautettava, että komission on sovellettava tiedonantoa sikäli kuin se ei ole ristiriidassa asetuksen kanssa ja että siinä täsmennetään, että tiettyjä mukautuksia on tehtävä poikkeuksellisesti tietyissä olosuhteissa. Koska kantaja on pyrkinyt hallinnollisen menettelyn kuluessa yhdistämään ehdotetut mukautukset tiedonannossa mainittuihin mukautusten luokkiin, komissiota ei voida moittia siitä, että se on päätöksessä viitannut tiedonannon 7, 11 ja 13 kohtaan kumotakseen argumentit, jotka kantaja oli kehitellyt näiden samojen kohtien ympärille hallinnollisen menettelyn aikana.

204 Seuraavaksi on huomattava, että vaikka päätöksessä todetaan, että tiedonannon missään kohdassa ei viitata yrityksen tuotteiden myynnistä ja palvelujen tarjoamisesta peräisin olevan "vyörytetyn" summan käsitteeseen, se seikka, että tiedonannossa ei määrätä kustannusten vyörytystapausta koskevasta mukautuksesta, ei ole kuitenkaan ainoa syy, jonka vuoksi komissio ei ole suorittanut kyseistä

mukautusta. Komissio on näet korostanut päätöksessä (33 perustelukappaleen loppu sekä 34 ja 35 perustelukappale) erityisesti, ettei espanjalaisia sähkönjakeluyrityksiä voida rinnastaa yrityksiin, jotka toimivat ainoastaan välittäjinä ja joiden liikevaihto muodostuisi yksinomaan niiden perimien välityspalkkioiden summasta, seuraavista syistä: sähkönjakeluyhtiöt ovat velvollisia sekä siirtämään sähköä jakeluverkoissaan että toimittamaan sähköä asiakkaille, jotka päättävät jäädä säänneltyyn järjestelmään; sähkönjakeluun sisältyy jakelijoiden aiemmin hankkimien tuotteiden myynti loppukäyttäjille; sähkön ostoon liittyviä menoja olisi pidettävä jakeluyhtiöiden kustannuksina; riskin siitä, että loppukäyttäjät jättävät maksamatta toimitetun sähkön hinnan, kantavat jakeluyhtiöt, ja nimenomaan jakelija kantaa vastuun kaikista velvollisuuksien noudattamatta jättämisistä loppukäyttäjän kanssa tehdyn sopimuksen nojalla.

205 Tästä seuraa, että kantajan väite, joka perustuu siihen, että komissio on tehnyt virheen perustaessaan arviointinsa pelkästään siihen, että tiedonannossa ei määrätä mistään "pass through" -mukautuksesta, on hylättävä.

206 Toiseksi perustelujen puutteellisuutta koskevan väitteen osalta on riittävää viitata päätöksen 30–36 perustelukappaleeseen, jossa esitetään perustelut, jotka komissio on ottanut huomioon "pass through" -mukautuksen hylkäämiseksi ja jotka on esitetty lyhyesti edellä sen arvioimiseksi, ettei kyseistä väitettä voida hyväksyä.

207 Tämän jälkeen on tutkittava, onko komissio katsonut päätöksessä perustellusti, ettei ollut syytä suorittaa "pass through" -mukautusta.

208 Tältä osin on muistutettava ensiksi, kuten tiedonannon 9 kohdassa on todettu, että asetuksen 5 artiklassa säädetty liikevaihdon käsite viittaa nimenomaisesti "tuottoi-

hin, jotka ovat kertyneet tuotteiden myynnistä ja palvelujen tarjoamisesta". Yrityksen toimintaa kuvaava myynti on siis olennainen kriteeri liikevaihtoa määritettäessä, olipa kysymys sitten tuotteista tai palvelujen tarjoamisesta.

209 Sitä paitsi oikeusvarmuutta ja nopeutta koskevat vaatimukset, jotka ovat etusijalla keskittymien valvonnan yhteydessä, merkitsevät sitä, että sekä yritykset että kilpailuviranomaiset voivat pääsääntöisesti nojautua ennakoitavissa olevaan kriteeriin ja oikeuteen toimia välittömästi. Näissä olosuhteissa liikevaihto, joka on otettava huomioon keskittymähanketta käsittelemään toimivaltaisen viranomaisen määrittämiseksi, on pääsääntöisesti määriteltävä julkaistusta tilinpäätöksestä lähtien. Näin ollen ainoastaan poikkeuksellisesti, jos sitä voidaan perustella erityisillä olosuhteilla, on syytä suorittaa tiettyjä mukautuksia, joiden tarkoituksena on kuvata paremmin asianomaisten yritysten taloudellista todellisuutta.

210 On vielä korostettava, että asetuksen 5 artiklassa viitataan kokonaisliikevaihtoon eikä ainoastaan sen osaan. Tiedonannossa on otettu huomioon mahdollisuus poikkeuksellisesti määrittää tietyissä olosuhteissa liikevaihto muutoin kuin viittaamalla tuotteiden myynnin ja palvelujen tarjoamisen kokonaisuuteen. Tiedonannon 13 kohdassa täsmennetään tältä osin seuraavaa:

"Palvelualan monimutkaisuuden vuoksi tätä yleisperiaatetta voidaan joutua mukauttamaan alalla vallitseviin erityisiin olosuhteisiin. Eräillä toimialoilla, esimerkiksi matkailussa ja mainonnassa, palvelu voidaan myydä toisen palvelun tarjoajan välityksellä. Näiden toimialojen monimuotoisuuden takia voi syntyä monia erilaisia tilanteita. Välittäjänä toimivan palveluyrityksen liikevaihto voi esimerkiksi muodostua kokonaan sen saamista välityspalkkioista."

211 Ensinnäkin on korostettava, että tämä tiedonannon kohta koskee sellaisten välittäjien erityistä luokkaa, jotka kuuluvat yksinomaan palvelualalle ja joiden ainoa korvaus on niiden saama välityspalkkio. Niin muodoin on kysymys poikkeuksesta yleiseen sääntöön, jonka mukaan asiaankuuluva liikevaihto on määritettävä myynnin kokonaismäärän perusteella. Tämän vuoksi kyseistä välittäjän käsitettä on tulkittava suppeasti.

212 Tämän jälkeen on huomattava, että kantaja ei väitä, että Espanjan oikeuden mukaan sen toimintaa harjoitetaan edustus- tai toimeksiantosopimuksen tai muuntyyppisen vastaavan sopimuksen nojalla. Näin ollen on todettava, että kantaja ei myy sähköä loppukäyttäjille sähköntuottajien tai verkon hallinnoijien puolesta ja lukuun.

213 Sitä paitsi, koska Endesa ei ole esittänyt tätä vastaan puhuvia oikeudellisia seikkoja, Endesan ja loppukäyttäjien välistä oikeussuhdetta on pidettävä sähkönmyyntisopimuksena. Kyseinen myynti on kaupallinen toimi, joka sisältää omaisuuden siirron.

214 Sama koskee oikeussuhdetta, joka vallitsee Endesan ja sille sähköä toimittavan sähköntuottajan välillä, riippumatta siitä, onko kyseessä OMEL-sähköpörssin välittäjä vai muu. Sähkön tuotanto- ja jakelujärjestelmästä annetun Espanjan lain nro 54/1997 41 §:n 2 momentissa säädetään, että sähkön jakelijoilla on nimenomaan oikeus hankkia niiden asiakkaiden toimitusten turvaamiseksi tarvittava sähkö ja periä jakelutoiminnan harjoittamista vastaava palkkio. Saman lain 41 §:n 1 momentin h kohdan mukaan jakeluyritykset ovat velvollisia sähköenergian toimittamista varten hankkimaan toimintojensa kehittämiseen tarvittavan energian ja suorittamaan maksun hankinnoistaan tässä tarkoituksessa perustetun maksumenettelyn mukaisesti.

215 Kyseiset säännökset huomioon ottaen on syytä hylätä kantajan suullisen käsittelyn aikana esittämät argumentit, joiden mukaan jakelija ei olisi energian omistaja, koska ajankohtana, jolloin tuottaja laskee energian liikkeelle järjestelmässä, siitä tulee välittömästi asiakkaan omaisuutta. Sitä paitsi lain nro 54/1997 11 §:n 4 momentissa säädetään myös, että jollei toisin ole sovittu, sähköenergiaomaisuuden siirron katsotaan tapahtuvan sillä hetkellä, kun se tulee ostajan laitteistoihin.

216 Tästä seuraa, että jakelijoiden toimintaa, johon sisältyy muun muassa sähkön tai kaasun ostaminen niiden toimittajilta ja huolehtiminen niiden jakelusta ja myynnistä loppukäyttäjille, ei voida määritellä palvelujen tarjoamiseksi, joka rajoittuu tuotteen toimittamiseen tuottajien tai muiden toimijoiden lukuun. Endesaa ei siis voida oikeudellisesta näkökulmasta pitää pelkkänä välittäjänä tiedonannon 13 kohdassa tarkoitetussa merkityksessä, eikä siinä tarkoitettu poikkeus voi pääsääntöisesti koskea sitä, koska sen jakelusta saamat tulot vastaavat sen tavanomaista toimintaa asetuksen 5 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla. Näin ollen kyseistä mukautusta ei voida perustella jakeluyritysten myyntitoiminnan väitetyllä poikkeuksellisella luonteella.

217 Lisäksi on huomattava, että lain nro 54/1997 20 §:ssä ei oteta käyttöön mitään erityistä säännöstä kantajan yrityksen kaltaisten yritysten erityispiirteiden huomioon ottamiseksi. Näin ollen sen 2 momentin kolmas kohta on sisällöltään seuraava: "Mitä tulee yhtiöihin, joiden tarkoituksena on säänneltyjen toimintojen toteuttaminen tämän lain 11 §:n 2 momentin mukaisesti, näiden yhtiöiden on pidettävä kirjanpidossaan erillisiä tilejä ja erotettava tulot ja menot, jotka johtuvat yksinomaan siirtotoiminnasta, jakelutoiminnasta ja tarvittaessa markkinointi- ja myyntitoiminnasta asiakkaille kiinteään hintaan." Kuten komissio perustellusti korostaa, tässä säännöksessä ei viitata pelkkiin välittäjiin sovellettaviin Espanjan yleisiin tilinpäätösperiaatteisiin.

218 Endesa väittää kuitenkin, että komissio ei ole tutkinut, saivatko jakeluyritykset todella kyseisestä toiminnasta taloudellista voittoa, joka ylitti pelkän säännellyillä tariffeilla määritetyn palkkion niiden palveluista.

219 Tältä osin on ensiksi korostettava, että pelkästään se seikka, että palkkio jakelutoiminnasta on enemmän tai vähemmän laajasti säännelty, ei voi yksinään riittää sen päätelmän tekemiseen, että jakelijoiden palkkio olisi määriteltävä pelkäksi välityspalkkioksi asetusta sovellettaessa.

220 Endesa väittää kuitenkin, että jakeluyritysten välitystehtävä seuraa nimenomaisesti 26.12.1997 annetusta kuninkaan asetuksen nro 2017/1997 4 §:stä, jossa organisoidaan ja säännellään niiden kustannusten maksumenettelyä, jotka johtuvat siirrosta, jakelusta ja myynnistä tariffin mukaan, sekä järjestelmän, monipuolistamisen ja toimitusvarmuuden pysyvistä kustannuksista.

221 Kyseisestä pykälästä ei kuitenkaan ilmene, että jakelutoiminta olisi pelkän välittäjän toimintaa. Tässä pykälässä ei erityisesti mainita, että jakeluyritys säilyttäisi pelkän palkkion palvelustaan ja siirtäisi ylijäämän muille toimijoille, vaan siinä vahvistetaan luettelo kuninkaan asetuksen mukaisesti selvitettävistä tuloista ja kustannuksista.

222 Mitä tulee siihen kantajan väitteeseen, että jakeluyritysten toteuttamat toimenpiteet eivät tuottaisi mitään arvoa liiketoimelle, on korostettava, kuten komissio tekee, että jakelu käsittää joukon toimintoja, jotka menevät pelkkää energian toimittamista pidemmälle. Näin ollen jakelija käyttää lisäksi tavaramerkkiään, toimittaa asiakkaalle kokonaispalvelun, johon kuuluvat asiakaspalvelu, turvallisuussuositukset, laitteiden

tarkastaminen, mittarien luku, laskutus ja perintä. Sitä paitsi on huomattava, että se, että toimiala on säännelty, ei millään tavoin saa aikaan taloudellista kuvitelmaa siitä, että jakelu ei synnytä mitään lisäarvoa eikä mitään tulovirtaa.

223 Kantajan argumenttien osalta, joiden mukaan yhtäältä jakeluyritysten palkkio vahvistettaisiin joka vuosi energian ostoista ja myynneistä riippumatta ja toisaalta nämä yritykset eivät kantaisi mitään riskiä maksamattomista laskuista, on ensiksi huomattava, että kuninkaan asetuksen nro 2819/1998, joka koskee sähköenergian siirto- ja jakelutoimintojen sääntelyä, 15 §:ssä vahvistetaan jakelutoimintaa koskevan palkkion osatekijät eli laitteistojen investointi-, käyttö- ja ylläpitokustannukset, energian siirtokustannukset, jakelualueita kuvaavasta mallista aiheutuvat kustannukset, toimitusten laatua edistävistä tekijöistä aiheutuvat kustannukset sekä tappioiden ja muiden jakelutoiminnan harjoittamiselle välttämättömien kustannusten, joihin kuuluvat taloushallinnon kustannukset, vähentämistä edistävistä tekijöistä aiheutuvat kustannukset.

224 Koska energian siirtokustannukset ovat yksi jakelutoimintaa koskevan palkkion osatekijöistä, tästä seuraa, että kantajan väite, jonka mukaan jakeluyritysten saama palkkio on ehdottomasti riippumaton niiden suorittamasta energian myynnistä ja näin ollen niille toimitettavan energian määrästä, ei ole perusteltu.

225 Toiseksi on huomattava, että vaikka kuninkaan asetuksen nro 2819/1998 20 §:n mukaan kokonaispalkkio jakelutoiminnasta lasketaan vuosittain etukäteen, jakelijoiden on kuitenkin kannettava niiden omasta liikkeenjohdosta johtuvat riskit erityisesti niiden kysyntäennusteiden osalta. Jakelija nimittäin ostaa sähköä poolilta markkinahintaan mutta, kuten kuninkaan asetuksen nro 2017/1997 4 §:n e alakohdasta ilmenee, siitä maksetaan palkkio painotetun keskihinnan perusteella. Näin ollen selvitettäessä energian hankintakustannuksia kuninkaan asetuksen nro 2017/1997 liitteen I.6 mukaisesti jakelijan osalle laskettava hinta ei ole hinta, jonka tämä on todella maksanut markkinoilla, vaan jakelijoiden energiaostojen

painotettu keskihinta selvitysjakson aikana. Siten jakelija, joka maksaa keskimääräistä korkeampaa hintaa, menettää erotuksen, koska sen maksama todellinen hinta on korkeampi kuin sille todella maksettava hinta. Sitä vastoin jakelija, joka maksaa keskihintaa alempaa hintaa, saa lisää voittoa. Tästä seuraa, kuten kantaja sitä paitsi myöntää ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen esittämään kirjalliseen kysymykseen antamassaan vastauksessa, että voimassa oleva järjestelmä takaa ainoastaan teoreettisen palkkion jakelutoiminnasta ja todellinen palkkio riippuu jakelijoiden tehokkuuden tasosta energiaa ostettaessa.

226 Jakelijoiden sähkönmyynnistä loppukäyttäjille on lisäksi huomattava, että kantajalta jää osoittamatta sen päätöksen 35 perustelukappaleessa esitetyn väitteen virheellisyys, jonka mukaan riskin siitä, että loppukäyttäjät jättävät maksamatta toimitetun sähkön (säännellyn) hinnan, kantavat jakeluyhtiöt. Vaikka onkin totta, että on olemassa mekanismi, jonka avulla voidaan ottaa jossain määrin huomioon riski maksamatta jättämisestä yleensä, kuitenkin nimenomaan jakelija kantaa riskin maksamatta jättämisestä, kuten ilmenee kuninkaan asetuksen nro 2017/1997 4 §:n a alakohdan viimeisestä virkkeestä, jonka mukaan "selvitysmenettelyssä otetaan huomioon tällä perusteella saadut tulot laskutustietojen mukaisesti niiden perinnästä riippumatta". Koska tässä säännöksessä viitataan laskutukseen eikä todella perittyihin summiin, riskin siitä, että asiakas jättää laskun maksamatta, on katsottava olevan jakeluyrityksellä.

227 Se seikka, että sähkön siirtoa, jakelua, myyntiä, toimittamista sekä sähköenergialaitosten lupamenettelyjen sääntelyä koskevan kuninkaan asetuksen nro 1955/2000 79 §:n 7 momentissa säädetään, että sähköyritykset voivat vaatia takuutalletuksen asettamista, ei ole omiaan heikentämään tätä päätelmää. Yhtäältä nimittäin tämän talletuksen määrä on rajoitettu 50 käyttötunnin kuukausittaiseen laskutukseen asennetun tehon osalta. Toisaalta tässä säännöksessä säädetään myös, että tietyt kuluttajaluokat määrättyjen maantieteellisten alueiden mukaan voidaan vapauttaa kyseisen talletuksen maksamisesta. Lopuksi kyseisen kuninkaan asetuksen kuudennen siirtymäsäännöksen mukaan kyseistä talletusta ei voida periä kuluttajilta, jotka

saivat toimituksen säännellyllä tariffilla jo sen voimaantuloajankohtana. Mutta kuten komissio huomauttaa ja mitä kantaja ei tältä osin kiistä, suuri enemmistö sähkönkuluttajista, joita säännelty tariffi koskee, olivat allekirjoittaneet sähköntoimitussopimuksensa ennen vuotta 2000. Tästä seuraa, että kyseiset takuutalletukset kattavat vain rajoitetun osan maksamatta jättämistä koskevasta riskistä.

228 Mitä tulee siihen, että jakeluyritysten välittäjän ominaisuus vastaisi tavanomaista käytäntöä Espanjan energia-alalla, on kuitenkin huomattava, vaikka tämä seikka ei olekaan ratkaiseva, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen esittämän kirjallisen kysymyksen ja asianosaisten suullisen käsittelyn aikana esittämien huomautusten johdosta kävi ilmi, että "pass through" -mukautusta koskevasta käytännöstä ei ollut yksimielisyyttä alan yrityksissä.

229 Lopuksi kantajan väitteen osalta, jonka mukaan kieltäytyminen ottamasta huomioon "pass through" -mukautusta merkitsee analyysia koskevaa vakavaa puutetta, joka ilmenee harkintavallan väärinkäyttönä ja perustelujen puutteellisuutena siltä osin, että komissio on yhtäkkiä esittänyt epäilyjä kyseisen mukautuksen suhteen menettelyn loppuvaiheessa, vaikka se ei ollut koskaan aikaisemmin pyytänyt selityksiä Endesalta tältä osin, on riittävää todeta, että se seikka, että tiettyjä tietoja on kerätty menettelyn lopussa, ei voi sinänsä tehdä päätöksestä laitonta. Lisäksi asian monimutkaisuudella voidaan perustella sitä, että komissio pyrkii saamaan tiettyjä täydentäviä tietoja jopa menettelyn myöhäisessä vaiheessa ja hankittuaan yksityiskohtaisemmat tiedot tilanteesta. Sitä paitsi on joka tapauksessa todettava, että komission 28.9.2005 lähettämä tietopyyntö sisälsi jo useita kysymyksiä, jotka koskivat tiettyjen Espanjassa saatujen tulojen mahdollista poistamista (kysymykset 2 ja 3) ja että kantaja esitti vastauksessaan selvityksiä "pass through" -mukautuksen osalta (5.10.2005 päivätty kirje).

230 Edellä esitetystä seuraa, että kantajan argumentit, jotka on esitetty "pass through" -mukautuksen puuttumiseen perustuvan väitteen tueksi, on hylättävä.

231 Näissä olosuhteissa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa, ettei ole tarpeen tutkia, onko kantajan toissijainen väite, jonka mukaan siitä huolimatta, että katsottaisiin, että jakeluyhtiöt eivät toimi välittäjinä, on vielä pyrittävä selvittämään, ettei osa jakelutoimenpiteistä ole konsernin sisäisiä toimenpiteitä, perusteltu. Kantajan antamasta vastauksesta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjalliseen kysymykseen näet seuraa, että kyseinen vastaava mukautus on 1 510 miljoonaa euroa. Asiakirjoista kuitenkin ilmenee, että vaikka kaikki muut kantajan ehdottamat mukautukset hyväksyttäisiin ja vaikka kaikki Gas Naturalin ehdottamat "vastamukautukset" hylättäisiin, kyseinen summa ei riittäisi siihen, että keskittymähanke voisi olla ulottuvuudeltaan yhteisönlaajuinen.

232 Näiden seikkojen valossa neljännen kanneperusteen ensimmäinen osa on hylättävä.

233 Koska "pass through" -mukautus on joka tapauksessa välttämätön, jotta keskittymähankkeen yhteisönlaajuinen ulottuvuus olisi mahdollista saavuttaa, ei ole myöskään tarpeen tutkia kaasukauppaa koskevaa kanneperusteen toista osaa.

234 Edellä esitetystä seuraa, että neljäs kanneperuste on hylättävä.

Viides kanneperuste, joka perustuu tiedonannossa esitettyjen kriteerien loukkaamiseen, analyysin ja perustelujen puuttumiseen ja harkintavallan väärinkäyttöön

Asianosaisten lausumat

235 Endesa katsoo, että toisessa, kolmannessa ja neljännessä kumoamisperusteessa mainituista syistä sekä päätöstä koskevien menettelyvirheiden vuoksi kyseinen päätös on kumottava ilman, että on tarpeen ottaa kantaa ilmeisen virheelliseen

arviointiin, jonka komissio on tehnyt muista ehdotetuista mukautuksista. Se toteaa, että kun otetaan huomioon sen hakemus tämän kanteen käsittelemiseksi nopeutetussa menettelyssä, se rajoittuu korostamaan päätöksen perustelujen puutteellisuutta tältä osin.

236 Endesa arvostelee komission omaksumaa lähestymistapaa, jossa vedotaan useiden mukautusten hylkäämiseksi erityisen oikeudellisen perustan puuttumiseen tiedonannossa ja jossa tietyt mukautukset tutkitaan ja toiset jätetään tutkimatta.

237 Ensimmäisen kohdan osalta kantaja katsoo, että komissio jättää edelleen ottamatta huomioon sen, että asianomaisten yritysten liikevaihdon laskemisen oikeudellinen perusta on asetuksen 5 artikla eikä tiedonanto. Se, että hyväksyttävinä pidetään ainoastaan siinä määrättyjä tai siinä mainittujen ehtojen mukaisia mukautuksia miettimättä, ovatko kyseiset mukautukset asetuksen mukaisia vai eivät, on ilmeinen virhe.

238 Mitä toiseen kohtaan tulee, Endesa katsoo, että komission olisi pitänyt selittää, minkä kriteerin mukaan se valitsi mukautukset, jotka kannatti analysoida, ja mukautukset, joiden osalta tällaista analyysia ei voitu suorittaa. Päätöksen 70 perustelukappaleessa esitettyä perustelua, jonka mukaan "komissio katsoo – – ettei ole tarpeen päättää tästä seikasta, sikäli kuin keskittymä ei olisi yhteisönlaajuinen, vaikka nämä mukautukset hyväksyttäisiin", on kantajan mukaan mahdoton hyväksyä, koska sama perustelu olisi voitu antaa lukuisien muiden paljon vähempimerkityksisten mukautusten osalta, jotka on kuitenkin tutkittu.

239 Endesa vetoaa muihin seikkoihin, jotka kokonaisuutena tarkasteltuina ovat selviä ja yksiselitteisiä osoituksia harkintavallan väärinkäytöstä. On esimerkiksi vähintäänkin outoa, että komissio ei arvioi mitään Gas Naturalin ehdottamista mukautuksista lukuun ottamatta yhtä ainoaa, joka liittyy konsernin "konsolidoimattomiin yhtiöihin"

ja joka vaikuttaa, vaikkakaan ei merkittävästi, siihen nähden. Endesan mukaan on vielä merkityksellisempää todeta, että komissio on jättänyt päätöksessä mainitsematta toisen konsolidoimatonta yritystä koskevan tapauksen (Ergon Energía), jonka Endesa on maininnut komission 4.11.2005 esittämään tietopyyntöön antamassaan vastauksessa. Jos kaikki konsolidoimattomat yhtiöt otettaisiin huomioon, vaaka kallistuisi hankkeen yhteisönlaajuisen ulottuvuuden eduksi. Endesan lisätuloja Italiassa koskevan kohdan perustelu (päätöksen 60–64 perustelukappale) on aivan yhtä yllättävä, koska komissio viittaa kahteen erään muttei ota kantaa siihen, mikä oli taloudellisesti tärkein.

240 Endesa väittää, että päätöksen tarkkaavainen lukeminen antaa aavistaa, että komission ainoa tavoite on ollut rajoittaa sitä riskiä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin kumoaisi päätöksen, vaikka komission tehtävänä oli panna täytäntöön toimivaltaa koskevat säännöt ja erityisesti esittää syyt, joiden vuoksi se hylkäsi ehdotetut mukautukset.

241 Se väittää, että se, että komissio on laiminlyönyt velvollisuutensa toimivaltansa määrittämisen osalta, on harkintavallan väärinkäyttöä, joka lisäksi loukkaa puolustautumisoikeuksia riittävien perustelujen puuttuessa, kun taas Endesa on toiminut aktiivisesti yhteistyössä koko hallinnollisen menettelyn ajan esittämällä joukon komission pyytämiä tietoja.

242 Endesalle myönnetty 24 tunnin määräaika tietopyyntöön vastaamiseksi, joka oli lähetetty 50 päivää menettelyn alkamisen jälkeen ja joka tuli olemaan ratkaiseva päätöksen perusteluissa, on Endesan mukaan lisäosoitus harkintavallan väärinkäytöstä ja loukkaa lisäksi puolustautumisoikeuksia.

243 Kun otetaan huomioon edellä esitetyt seikat ja erityisesti tutkittujen mukautusten valintaa koskevien perustelujen puuttuminen ja perustelujen puutteellisuus ja sen kahteen pääasialliseen väitteeseen liittyvät argumentit (yhtäältä tilinpäätösstandardeihin ja toisaalta "pass through" -mukautukseen ja kaasukauppaa koskevaan mukautukseen liittyvät), Endesa katsoo, että on hyödytöntä kehitellä sen argumentteja, joilla asetetaan kyseenalaiseksi useiden päätöksen 37–72 perustelukappaleessa tutkittujen mukautusten arviointi.

244 Komissio, jota väliintulijat tukevat, väittää, että tämä kanneperuste koostuu eri argumenteista, joissa rajoitutaan pääosin ilmaisemaan kantajan hämmästystä päätöksen tiettyjen näkökohtien osalta ja joiden ainoana tavoitteena näyttää olevan, että sellaisia mukautusten arviointeja pidettäisiin kiistettyinä, joita ei ole nimenomaisesti kiistetty. Viittaamatta mihinkään tiettyyn päätöksen perustelukappaleeseen komissio väittää, että tätä kritiikkiä ei tue mikään. Näin ollen se katsoo, että kysymyksessä on kanneperuste, jota ei voida ottaa tutkittavaksi, koska se ei täytä työjärjestyksen 44 artiklan mukaisia muotovaatimuksia. Se lisää, että vaikka väitetyt virheet olisivat todellisia, ne eivät voisi olla osoituksena harkintavallan väärinkäytöstä.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

245 Tämän kanneperusteen yhteydessä kantaja esittää joukon erilaisia argumentteja, jotka liittyvät päätöksessä hylättyihin mukautuksiin, mukautuksiin, joihin komissio ei ole ottanut päätöksessä kantaa, tai tietopyyntöön vastaamiselle asetettuun määräaikaan. Lopuksi kantaja vetoaa harkintavallan väärinkäyttöön.

246 Muiden ehdotettujen ja päätöksessä analysoitujen mukautusten tutkimisen osalta kantaja korostaa ensiksi ainoastaan, että komissio on hylännyt ne pelkästään sen vuoksi, että niistä ei ole määrätty tiedonannossa.

247 Tosin, kuten komissio muistuttaa, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimella on jo ollut tilaisuus ilmaista, että nopeutettu menettely, jossa ei esitetä toisia kirjelmiä, edellyttää, että kantajan argumentit on alusta alkaen selvästi ja lopullisesti osoitettu kannekirjelmässä (edellä 93 kohdassa mainittu asia EDP v. komissio, tuomion 183 kohta). Joka tapauksessa käsiteltävänä olevassa asiassa väite voidaan ottaa tutkittavaksi, sikäli kuin siitä huolimatta, että se on esitetty erittäin lyhyesti ja ettei sen tueksi ole esitetty juuri mitään, sen voidaan kuitenkin ymmärtää koskevan komission tekemää virhettä siltä osin, että komissio olisi pitänyt hyväksyttävinä ainoastaan tiedonannossa määrättyjä mukautuksia tutkimatta, olivatko nämä mukautukset asetuksen säännösten mukaisia vai eivät.

248 Kyseinen väite on kuitenkin hylättävä. Päätöstä tutkittaessa näet ilmenee, että päinvastoin kuin kantaja väittää, komissio ei ole hylännyt mitään kyseessä olevista mukautuksista ainoastaan siitä syystä, ettei niistä ollut nimenomaisesti määrätty tiedonannossa.

249 Näin ollen päätöksen 41–44 perustelukappaleessa tarkoitettujen mukautusten hylkääminen ei perustu tiedonantoon vaan siihen, että kyse oli mukautuksista, joita ei ollut tarkastettu ja jotka eivät olleet perusteltuja (päätöksen 44 perustelukappale). Tiedonantoon ei ole myöskään viitattu päätöksen 45–50 perustelukappaleessa analysoidun mukautuksen johdosta. Lisäksi päätöksen 51–55 perustelukappaleessa tutkitun mukautuksen hylkääminen nojautuu huomioon, jonka mukaan kyse on kustannuksista, jotka sähköyritysten on maksettava pysyäkseen aktiivisina markkinoilla, ja johtopäätöksessä viitataan asetuksen 5 artiklan 1 kohtaan. Päätöksen 56 ja 57 perustelukappaleessa tutkittu mukautus on hylätty, koska kirjanpidon näkökulmasta kyseistä varojen siirtoa oli sellaisenaan pidettävä tulona riippumatta siitä, synnyttivätkö siirretyt varat sellaisenaan tuloja vai eivät. Lisäksi komissio katsoi, että tämäntyyppinen käytäntö oli yleinen tai ei ainakaan poikkeuksellinen. Johtopäätöksessä viitataan myös asetuksen 5 artiklan 1 kohtaan. Kantajan kritiikki ei ole myöskään perusteltua mukautuksen osalta, jota on tutkittu 58 ja 59 perustelukappaleessa, jossa todetaan, että Endesa ei ole osoittanut riittävän selvästi, että kyseessä olevat tulot koskivat todella aikaisempia vuosia, eikä päätöksen 60–64 perustelukappaleessa tutkitun mukautuksen osalta, joka hylättiin varovaisuus-

periaatteen ja itse asetuksen nojalla. Lopuksi päätöksen 65–68 perustelukappaleessa tutkitun mukautuksen osalta johtopäätöksessä viitataan myös asetuksen 5 artiklaan.

250 Tästä seuraa, että kantajan väitettä, joka koskee muita päätöksessä hylättyjä mukautuksia, ei voida hyväksyä.

251 Sitä paitsi on korostettava, että kantaja ei voi varata itselleen mahdollisuutta nostaa myöhemmin esiin uusia kanneperusteita tai argumentteja. Näin ollen on katsottava, että päätös on lopullinen muiden mukautusten osalta, joita Endesa on ehdottanut ja jotka komissio on analysoinut päätöksessä.

252 Mitä toiseksi tulee väitteeseen, joka koskee mukautuksia, joihin komissio ei ole ottanut kantaa, kantaja väittää, että komission olisi pitänyt selittää, minkä kriteerin mukaan se valitsi mukautukset, jotka kannatti analysoida, ja mukautukset, joiden osalta tällaista analyysia ei voitu suorittaa. Se katsoo, että tämä valinta on täysin perusteeton ja että päätös menettää sen seurauksena perustansa, jos ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin hyväksyy toisen kahdesta pääasiallisesta kanneperusteesta tai ne molemmat, jotka liittyvät yhtäältä käytettäviin tilinpäätösstandardeihin ja toisaalta "pass through" -mukautukseen ja kaasukauppaa koskevaan mukautukseen.

253 Tätä väitettä ei voida hyväksyä. On nimittäin selvää, että vaikka kaikki mukautukset, joihin komissio ei ole ottanut kantaa, hyväksyttäisiin, keskittymä ei olisi yhteisönlaajuinen, koska tämä voisi tapahtua ainoastaan, jos lisäksi hyväksyttäisiin joko kantajan esittämä IFRS-tilinpäätös tai kaksi mukautusta, jotka koskevat vyöryttämistä ja kaasukauppaa. Koska komissio oli päätynyt päätöksessään hylkäämään sekä IFRS-tilinpäätöksen että nämä kaksi mukautusta, sen oli näin ollen hyödytöntä tutkia muita Endesan ehdottamia mukautuksia.

254 Kantaja ei voi myöskään moittia perustelujen puutteellisuutta tältä osin. Perusteluvelvollisuus erityisesti keskittymien valvonnan yhteydessä, joka vaatii nopeaa päätösten tekoa, ei nimittäin edellytä, että komissio ottaa kantaa mukautuksiin, joilla siitä huolimatta, että ne hyväksyttäisiin, ei olisi seurauksia, sikäli kuin muiden mukautusten aikaisemmasta hylkäämisestä ilmenee jo oikeudellisesti riittävällä tavalla, että keskittymähanke ei ole yhteisönlaajuinen.

255 Samasta syystä on hylättävä argumentit, jotka perustuvat siihen, että komissio ei ole arvioinut mitään Gas Naturalin ehdottamista mukautuksista (lukuun ottamatta mukautusta, joka vaikuttaa Endesaa vastaan) eikä mukautuksia, jotka koskevat konsolidoimattomia yhtiöitä, erityisesti Ergon Energiaa. Lisäksi on huomattava, että vaikka komissio onkin hyväksynyt yhden Gas Naturalin ehdottamista mukautuksista, se on tapahtunut siitä syystä, että kantaja oli itse myöntänyt tämän aiheellisuuden. Lopuksi moite Gas Naturalin ehdottamien mukautusten tutkimatta jättämisestä on vailla merkitystä, koska näiden Gas Naturalin ehdottamien "vastamukautusten" vaikutuksesta kantajan Espanjasta kertynyt osuus liikevaihdosta kasvaisi.

256 Mitä kolmanneksi tulee kantajan väitteeseen siitä, että päätöstä tarkkaavaisesti luettaessa voidaan aavistaa, että komission ainoa tavoite on ollut rajoittaa sitä riskiä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin kumoaisi päätöksen, on riittävää huomata, että komissiota ei voida moittia siitä, että se varmistaa päätöstensä laillisuuden, jotta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei kumoaisi niitä.

257 Mitä neljänneksi tulee väitteeseen, joka perustuu siihen, että kantajalle on myönnetty ainoastaan 24 tunnin määräaika sellaiseen tietopyyntöön vastaamista varten, joka on lähetetty 50 päivää menettelyn alkamisen jälkeen ja joka tuli olemaan ratkaiseva päätöksen perusteluissa, on riittävää todeta, että kantaja ei ole pyytänyt määräajan pidentämistä ja se on voinut vastata myönnetyssä ajassa.

258 Lopuksi ja viidenneksi harkintavallan väärinkäyttöä koskevan väitteen osalta on muistutettava, että toimenpidettä tehtäessä harkintavaltaa on käytetty väärin ainoastaan, jos objektiivisten, asiaankuuluvien ja yhtäpitävien seikkojen perusteella on selvää, että toimenpide on tehty yksinomaan tai ainakin olennaisilta osin muiden kuin esitettyjen päämäärien saavuttamiseksi tai perustamissopimuksessa asian käsittelyjärjestykseksi erityisesti määrätyn menettelyn välttämiseksi (asia 69/83, Lux v. tilintarkastustuomioistuin, tuomio 21.6.1984, Kok. 1984, s. 2447, 30 kohta; asia C-331/88, Fedesa ym., tuomio 13.11.1990, Kok. 1990, s. I-4023, 24 kohta; asia C-156/93, parlamentti v. komissio, tuomio 13.7.1995, Kok. 1995, s. I-2019, 31 kohta; asia C-48/96 P, Windpark Groothusen v. komissio, tuomio 14.5.1998, Kok. 1998, s. I-2873, 52 kohta ja asia C-110/97, Alankomaat v. neuvosto, tuomio 22.11.2001, Kok. 2001, s. I-8763, 137 kohta). Koska mikään niistä virheistä, joihin kantaja on vedonnut sekä tämän kanneperusteen että muiden kanneperusteiden yhteydessä väitetyn harkintavallan väärinkäytön osoittamiseksi, ei ole perusteltu, väite on hylättävä. Joka tapauksessa, vaikka oletettaisiin, että väitetyt virheet olisivat todellisia, ne eivät voisi osoittaa, että harkintavaltaa on käytetty väärin.

259 Tämän vuoksi viides kanneperuste on hylättävä.

260 Kaikesta edellä esitetystä seuraa, että kanne on hylättävä perusteettomana.

Oikeudenkäyntikulut

261 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 87 artiklan 2 kohdan mukaan asianosainen, joka häviää asian, velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut. Koska kantaja on hävinnyt asian ja koska sekä komissio että väliintulijat ovat vaatineet kantajan velvoittamista korvaamaan oikeudenkäyntikulut, kantaja on velvoitettava korvaamaan omien oikeudenkäyntikulujensa lisäksi komission ja Gas Naturalin oikeudenkäyntikulut, mukaan lukien välitoimimenettelystä aiheutuneet kulut.

262 Työjärjestyksen 87 artiklan 4 kohdan mukaan jäsenvaltiot, jotka ovat asiassa väliintulijoina, vastaavat omista oikeudenkäyntikuluistaan. Espanjan kuningaskunta vastaa näin ollen omista oikeudenkäyntikuluistaan.

Näillä perusteilla

YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIN
(kolmas jaosto)

on ratkaissut asian seuraavasti:

1) Kanne hylätään.

2) Kantaja velvoitetaan korvaamaan omien oikeudenkäyntikulujensa lisäksi komissiolle ja Gas Natural SDG, SA:lle aiheutuneet oikeudenkäyntikulut, mukaan lukien välitoimimenettelystä aiheutuneet kulut.

3) Espanjan kuningaskunta vastaa omista oikeudenkäyntikuluistaan.

Jaeger Tiili Czúcz

Julistettiin Luxemburgissa 14 päivänä heinäkuuta 2006.

E. Coulon M. Jaeger

kirjaaja kolmannen jaoston puheenjohtaja

Sisällys

Asiaa koskevat oikeussäännöt ..... II - 2543

Yrityskeskittymien valvontaa koskevat asetukset ..... II - 2543

Yhtiöiden kirjanpitoa koskeva lainsäädäntö ..... II - 2548

Tiedonanto liikevaihdon laskemisesta ..... II - 2551

Tosiseikat ..... II - 2552

Oikeudenkäyntimenettely ..... II - 2556

Asianosaisten vaatimukset ..... II - 2559

Oikeudellinen arviointi ..... II - 2560

Menettelyvirheisiin perustuva ensimmäinen kanneperuste ..... II - 2561

Kanneperusteen ensimmäinen osa, jonka mukaan siirtopyyntöjä koskevat päätökset on tehty ennen päätöstä ..... II - 2561

– Asianosaisten lausumat ..... II - 2561

– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 2562

Toinen osa, joka perustuu avoimuuden puuttumiseen ja puolustautumisoikeuksien loukkaamiseen ..... II - 2565

– Asianosaisten lausumat ..... II - 2565

– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 2566

Kanneperusteen kolmas osa, joka perustuu siihen, ettei kansallista menettelyä ole lykätty ..... II - 2568

– Asianosaisten lausumat ..... II - 2568

– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 2570

Toinen kanneperuste, joka perustuu todistustaakan siirtämiseen ja perustelujen puuttumiseen ..... II - 2571

Asianosaisten lausumat ..... II - 2571

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 2573

Kolmas kanneperuste, joka perustuu IAS/IFRS-tilinpäätösstandardien mukaisesti laaditun tilinpäätöksen käyttämättä jättämiseen ..... II - 2580

Kanneperusteen ensimmäinen osa, jonka mukaan IAS/IFRS-standardeja ei ole käytetty ainoina voimassa olevina tilinpäätösstandardeina ..... II - 2581

– Asianosaisten lausumat ..... II - 2581

– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 2582

Kolmannen kanneperusteen toinen osa, joka perustuu IAS/IFRS-tilinpäätösstandardien ensisijaiseen asemaan ..... II - 2585

– Asianosaisten lausumat ..... II - 2585

– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 2587

Kolmas osa, joka perustuu oikeudellisiin virheisiin ja ilmeisiin arviointivirheisiin, jotka vaikuttavat yhteensovitetun tilinpäätöksen hylkäämiseen ..... II - 2591

– Asianosaisten lausumat ..... II - 2591

– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 2598

Neljäs kanneperuste, joka liittyy "pass through" -mukautuksen ja kaasukauppaa koskevan mukautuksen hylkäämiseen ..... II - 2602

– Asianosaisten lausumat ..... II - 2603

– Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 2606

Viides kanneperuste, joka perustuu tiedonannossa esitettyjen kriteerien loukkaamiseen, analyysin ja perustelujen puuttumiseen ja harkintavallan väärinkäyttöön ..... II - 2616

Asianosaisten lausumat ..... II - 2616

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 2619

Oikeudenkäyntikulut ..... II - 2623