RETTENS DOM (Anden Afdeling)

21. september 2005 *

I sag T-87/05,

EDP — Energias de Portugal, SA, Lissabon (Portugal), ved advokaterne C. Botelho Moniz, R. García-Gallardo, A. Weitbrecht og J. Ruiz Calzado,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved A. Bouquet og M. Schneider, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

støttet af:

Gas Natural SDG, SA, Barcelona (Spanien), ved advokaterne J. Perez-Bustamante Köster og P. Suárez Fernández,

intervenient,

* Processprog: engelsk.

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning K(2004) 4715 endelig udg. af 9. december 2004, der erklærer den fusion, hvorved EDP — Energias de Portugal, SA, og Eni Portugal Investment, SpA, opnår den fælles kontrol over Gás de Portugal SGPS, SA, uforenelig med fællesmarkedet (sag COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J. Pirrung, og dommerne N.J. Forwood og S.S Papasavvas,

justitssekretær: ekspeditionssekretær J. Plingers,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 5. juli 2005,

afsagt følgende

Dom

Retsforskrifter

1 Artikel 2, stk. 3, i Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT L 395, s. 1), som berigtiget

(EFT 1990 L 257, s. 13), og som ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 1310/97 af 30. juni 1997 (EFT L 180, s. 1) (herefter »forordning nr. 4064/89«), bestemmer:

»Fusioner, der skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, skal erklæres uforenelige med fællesmarkedet.«

2 Artikel 18, stk. 2, i Kommissionens forordning (EF) nr. 447/98 af 1. marts 1998 om anmeldelser, frister og udtalelser i henhold til forordning nr. 4064/89 (EFT L 61, s. 1) bestemmer:

»Tilsagn, som de pågældende virksomheder har afgivet over for Kommissionen i overensstemmelse med artikel 8, stk. 2, i [forordning nr. 4064/89], og som parterne ønsker taget i betragtning med henblik på en beslutning efter den artikel, skal være Kommissionen i hænde senest tre måneder efter datoen for procedurens indledning. Kommissionen kan i ekstraordinære tilfælde forlænge denne frist.«

3 Punkt 43 i Kommissionens meddelelse om løsninger, der er acceptable i henhold til forordning nr. 4064/89 og forordning nr. 447/98 (EFT 2001 C 68, s. 3, herefter »meddelelse om acceptable løsninger«), bestemmer:

»[...] Såfremt parterne derefter ændrer de foreslåede tilsagn, kan Kommissionen kun acceptere disse ændrede tilsagn, hvis den — på grundlag af sin vurdering af de oplysninger, der allerede er modtaget under undersøgelsen, herunder resultaterne af

forudgående markedsundersøgelser, og uden at der er behov for endnu en markedsundersøgelse — klart kan påvise, at når først sådanne tilsagn er gennemført, vil de løse de påviste konkurrenceproblemer og give tilstrækkelig tid til en grundig høring af medlemsstaterne.«

4 Artikel 3, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/55/EF af 26. juni 2003 om fælles regler for det indre marked for naturgas og om ophævelse af direktiv 98/30/EF (EFT L 176, s. 57, herefter »det andet gasdirektiv«) bestemmer:

»Medlemsstaterne påser på grundlag af deres institutionelle opbygning og under behørig iagttagelse af subsidiaritetsprincippet, at naturgasselskaber drives efter dette direktivs principper [...] med henblik på at etablere et konkurrencebaseret, sikkert og miljømæssigt bæredygtigt naturgasmarked. De afstår fra at forskelsbehandle disse selskaber for så vidt angår såvel rettigheder som forpligtelser.«

5 I det andet gasdirektivs artikel 1, stk. 31, defineres marked under opbygning som »en medlemsstat, hvor den første kommercielle forsyning i henhold til dens første langtidsaftale om naturgasforsyning har fundet sted for mindre end ti år siden«.

6 Det andet gasdirektivs artikel 28, stk. 2 og 3, bestemmer:

»2. En medlemsstat, der kan anses for at være et marked under opbygning, og hvor gennemførelsen af dette direktiv volder væsentlige problemer, kan fravige artikel 4 og 7, artikel 8, stk. 1 og 2, artikel 9 og 11, artikel 12, stk. 5, artikel 13, 17 og 18,

artikel 23, stk. 1, og/eller artikel 24 i dette direktiv. En sådan undtagelse udløber automatisk i det øjeblik, hvor den pågældende medlemsstat ikke længere kan anses for at være et marked under opbygning. Sådanne undtagelser meddeles Kommissionen.

3. På den dato, hvor den i stk. 2 omhandlede undtagelse udløber, skal definitionen af privilegerede kunder medføre en åbning af markedet på mindst 33% af det nationale gasmarkeds samlede årlige gasforbrug. To år derefter finder artikel 23, stk. 1, litra b), anvendelse, og tre år derefter finder artikel 23, stk. 1, litra c), anvendelse. I perioden, indtil artikel 23, stk. 1, litra b), finder anvendelse, kan den i stk. 2 omhandlede medlemsstat beslutte ikke at anvende artikel 18 for så vidt angår hjælpefunktioner og midlertidige lagerfaciliteter i forbindelse med forgasningsprocessen og den efterfølgende levering til transmissionssystemet.«

Tvistens baggrund

7 Sagsøgeren, EDP — Energias de Portugal, SA (herefter »EDP« eller »sagsøgeren«) er det historiske elselskab i Portugal. Det beskæftiger sig især med produktion, distribution og levering af elektricitet i Portugal. EDP er noteret på Euronext-børsen i Lissabon (Portugal). Den største aktionær er den portugisiske stat, som direkte eller indirekte besidder 30% af aktierne, mens den øvrige aktionærkreds består af mange forskellige mindre aktionærer. EDP kontrollerer Hydrocantábrico, som virker inden for Spaniens el- og gassektor. EDP har kapitalinteresser i Turbogás (20%) og i Tejo Energia (10%), som begge beskæftiger sig med elproduktion i Portugal. EDP ejer tillige 30% af Rede Eléctrica Nacional, SA, som administrerer det portugisiske elnet.

8 Eni SpA er et italiensk selskab, som er aktivt på alle niveauer i forsynings- og distributionskæden for energi.

9 Gás de Portugal SGPS, SA (herefter »GDP«) er det historiske gasselskab i Portugal. GDP er et 100% ejet datterselskab af det portugisiske selskab Galp Energia SGPS, SA (herefter »Galp«). Galp kontrolleres for tiden af den portugisiske stat og Eni og har interesser i både olie- og gassektoren. GDP og dets datterselskaber er til stede på alle niveauer i den portugisiske gasforsyningskæde. GDP importerer gennem sit datterselskab Transgás naturgas til Portugal gennem en gasledning og LNG-terminalen (»Liquefied Natural Gas«, flydende naturgas) i Sinès og er ansvarligt for transport, oplagring, distribution og levering gennem højtryksgasledninger (herefter »gasnettet«). GDP leverer endvidere naturgas til de store industrikunder og arbejder med den fremtidige udvikling og forvaltning af det første undergrundslager for naturgas. GDP kontrollerer tillige gennem sit datterselskab GDP Distribuição Energia, SA, fem af de seks lokale gasdistributionsselskaber.

10 Rede Eléctrica Nacional SA (herefter »REN«) er et portugisisk selskab, der opstod efter frasalget (»spin-off«) i 1994 af det portugisiske elnet, der tidligere tilhørte EDP. REN styrer i dag det portugisiske elnet og fungerer som »eneaftager« i EF-direktivernes forstand, som køber elektricitet af producenterne og videresælger det til distributører/leverandører med henblik på forsyning af »ikke-privilegerede« kunder, dvs. kunder, der ikke frit kan vælge leverandør. Den portugisiske stat er direkte eller indirekte ejer af 70% af REN's aktiekapital.

11 I 2003 fastlagde den portugisiske regering sin politik for omstrukturering af energisektoren i Portugal med henblik på den nært forestående fuldstændige liberalisering af denne sektor i henhold til de relevante EF-direktiver. Oprindelig var det den portugisiske regerings hensigt at gennemføre omstruktureringen i tre faser, nemlig:

— opdeling af Galp's gas- og olieaktiviteter i tre dele: a) gastransport (Transgás), b) gasdistribution og -levering (GDP) og c) raffinering og distribution af olieprodukter (Petrogal)

— integrering af gas- og elaktiviteterne i samme koncern

— REN's køb af gastransportaktiviteterne (især gasnettet og potentielt også andre regulerede aktiver).

12 Ifølge en aktiekøbsaftale af 31. marts 2004 skulle EDP, Eni (gennem sit 100%-ejede datterselskab Eni Portugal Investment, SpA) og REN sammen overtage hele GDP's aktiekapital fra Galp. Samme dag blev der indgået en anden aftale om REN's midlertidige kapitalinteresser i GDP og det fremtidige salg af gasnettet til REN til gengæld for REN's aktier i GDP. Det var en betingelse for gennemførelsen af hele transaktionen, at denne blev godkendt som helhed af de kompetente konkurrencemyndigheder.

13 Den 9. juli 2004 blev hele transaktionen anmeldt til Kommissionen i henhold til artikel 4 i forordning nr. 4064/89. Kommissionen fandt, at hele transaktionen ville resultere i to særskilte operationer, nemlig dels REN's overtagelse af enekontrollen over gasnettet, dels EDP's og Eni's (herefter »parterne«) erhvervelse af den fælles kontrol over GDP ved køb af aktier, og fandt, at sidstnævnte operation (herefter »fusionen«) havde en fællesskabsdimension (EFT C 185, s. 3).

14 På samme dato blev REN's erhvervelse af enekontrollen over gasnettet anmeldt til den portugisiske konkurrencemyndighed.

15 Efter en foreløbig undersøgelse konkluderede Kommissionen, at fusionen gav anledning til alvorlig tvivl om fusionens forenelighed med fællesmarkedet. Kommissionen indledte derfor den 12. august 2004 en procedure desangående i henhold til artikel 6, stk. 1, litra c), i forordning nr. 4064/89.

16 Den 12. oktober 2004 tilsendte Kommissionen parterne en klagepunktsmeddelelse, hvori den foreløbigt erklærede fusionen uforenelig med fællesmarkedet.

17 Den 27. oktober 2004 besvarede parterne klagepunktsmeddelelsen.

18 Den 28. oktober 2004 afgav parterne tilsagn med henblik på at løse de konkurrenceproblemer, Kommissionen havde påvist i klagepunktsmeddelelsen.

19 Den 29. oktober og den 4. november 2004 sendte Kommissionen i henhold til artikel 11 i forordning nr. 4064/89 et spørgeskema til de potentielle konkurrenter til den fusionerede enhed, de spanske og portugisiske regulerende myndigheder samt operatøren for det spanske gasnet (herefter »markedsundersøgelsen«).

20 Den 17. november 2004 fremsendte parterne ændringer til deres tidligere tilsagn.

21 Den 26. november 2004 fremlagde parterne yderligere ændringer til deres tilsagn vedrørende elsektoren og bebudede nye ændringer til deres tilsagn vedrørende gassektoren. Den 3. december 2004 om aftenen fremsendte de deres endelige udgave af ændringerne vedrørende gassektoren til Kommissionen.

22 Ved beslutning af 9. december 2004 (sag COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP K(2004) 4715 endelig) (herefter »den anfægtede beslutning«) erklærede Kommissionen fusionen uforenelig med fællesmarkedet.

23 Til brug for den foreliggende sag kan den anfægtede beslutning sammenfattes som følger.

24 For det første har Kommissionen udpeget de otte nedennævnte markeder som markeder, der kan berøres af fusionen:

— elektricitet:

— engrosmarkedet for levering af elektricitet i Portugal

— detailmarkedet for levering af elektricitet til store industrikunder i Portugal

— detailmarkedet for levering af elektricitet til mindre industrielle, kommercielle og indenlandske kunder i Portugal

— markedet for tilpasning af udbuddet af og efterspørgselen efter elektricitet (»balancing power«, herefter »tilpasning«) samt hjælpefunktioner i Portugal

— gas:

— markedet for levering af gas til elproducenter, der driver kombinerede gasturbinekraftværker (»Combined Cycle Gas Turbine«, herefter »CCGT«) i Portugal

— markedet for levering af gas til lokale distributionsvirksomheder (»Local Distribution Companies«, herefter »LDC'er«) i Portugal

— markedet for levering af gas til store industrikunder i Portugal

— markedet for levering af gas til mindre industrielle, kommercielle og indenlandske kunder i Portugal på nationalt eller lokalt plan.

25 Kommissionen fandt for det andet under sin vurdering af konkurrencesituationen, at fusionen:

— på elmarkederne:

— ville eliminere den betydelige potentielle konkurrence fra GDP's side på engrosmarkedet for elektricitet (horisontal virkning)

— ville eliminere den betydelige potentielle konkurrence fra GDP's side på hvert detailmarked for elektricitet (horisontal virkning)

— ville eliminere den betydelige potentielle konkurrence fra GDP's side på markedet for tilpasning og på markedet for hjælpefunktioner (horisontal virkning)

— ville give EDP kendskab til sine nuværende konkurrenters købsomkostninger og daglige efterspørgsel efter gas og ville afholde potentielle konkurrenter, som ønsker at drive et nyt CCGT, fra at søge ind på markedet, eller i hvert fald forsinke deres indtrængen på markedet (ikke-horisontal virkning)

— ville give EDP en privilegeret og præferentiel adgang til de disponible naturgasressourcer i Portugal (ikke-horisontal virkning)

— ville give EDP mulighed for og tilskyndelse til i vid udstrækning at udelukke konkurrenterne ved at hæve gaspriserne og/eller forringe leverancernes kvalitet (ikke-horisontal virkning)

— ville blokere efterspørgslen på markedet for levering af gas til elproducenter (ikke-horisontal virkning)

— på gasmarkederne:

— ville blokere efterspørgslen på markedet for levering af gas til LDC'er (ikke-horisontal virkning)

— ville eliminere den betydelige potentielle konkurrence fra EDP's side på markedet for levering af gas til storkunder (horisontal virkning)

— ville eliminere den betydelige potentielle konkurrence fra EDP's side på markedet for levering af gas til mindre kunder (horisontal virkning).

26 Som nævnt ovenfor har parterne foreslået Kommissionen en række tilsagn, nemlig den 28. oktober 2004 (A — P), den 17. november 2004 (EDP.1 — EDP.5; ENI.II — ENI.XIV), den 26. november 2004 og den 3. december 2004. Tilsagnene indeholdt følgende forslag til løsninger:

— salg af forgasningsanlægget i Sinès til REN (A/ENI.II)

— salg af de underjordiske lagerfaciliteter i Carriço til REN (B/ENI.III)

— fremrykket af salg af gasnettet til REN (ENI.IV)

— garantier for adgang til gasnettet i afventning af offentliggørelsen af adgangskoden til nettet for tredjeparter eller salget af nettet til REN (C/ENI.V)

— frigivelse af gaskapaciteten i Campo Maior, hvor gasledningen føres ind i Portugal, som for tiden er reserveret til, men ikke udnyttet af Transgás (D/ENI. VI)

— tilsagn om ikke at reservere yderligere kapacitet i Campo Maior (E/ENI.VII)

— tilsagn om ikke at reservere yderligere kapacitet på Extremadura-gasledningen (F/ENI.VIII)

— tilsagn om på visse betingelser at stille gasledningskapaciteten ved Extremadura og/eller Campo Maior til rådighed (ENI.IX)

— ændring af købsaftalen af 31. marts 2004 vedrørende GDP's rettigheder, den såkaldte »matchning til det bedste tilbud« [...] [1] (G(ENI.X)

— foranstaltninger, der kan fjerne bekymringerne om en eventuel privilegeret adgang til prisoplysninger (H/ENI.XI)

— foranstaltninger med henblik på en effektiv liberalisering af storkunders efterspørgsel (I/ENI.XII)

— tilsagn om at sælge en eller flere LDC'er, der kontrolleres af en af parterne (J/ ENI.XIV)

1 — Fortrolige oplysninger udeladt.

— tilsagn om ikke at afgive tilbud på både naturgas og elektricitet til storkunder og mindre kunder, før disse markeder er liberaliseret (K/ENI.XIII)

— reduktion af EDP's kapitalinteresser i REN med 30% til ca. 5% (L/EDP.I)

— moratorium på opførelse af nye CCGT'er (M/EDP.3)

— tilsagn om midlertidigt at leje kapaciteten på et af EDP's tre CCGT'er i Ribatejo (»TER«) (N/EDP.4)

— tilsagn om at sælge EDP's kapitalinteresser i Tejo Energia (O/EDP.2)

— tilsagn om midlertidigt at suspendere nogle af EDP's stemmerettigheder i Turbogás og om at udnævne uafhængige medlemmer til bestyrelsen (P/EDP.5).

27 Kommissionen har for det tredje vurderet virkningerne af tilsagnene af 28. oktober 2004 og derefter virkningerne af de ændrede tilsagn af 17. november 2004 og har konkluderet, at ingen af tilsagnene løser de af Kommissionen påpegede konkurrenceproblemer. Kommissionen finder, at den ændrede række af tilsagn, der blev foreslået den 26. november 2004, ikke helt og holdent løser konkurrenceproblemerne, undtagen hvad angår markedet for levering af gas til LDC'er, og at tilsagnene for en dels vedkommende blot er hensigtserklæringer. Kommissionen har ligeledes afvist de ændrede tilsagn, der blev foreslået den 3. december 2004, og som tager sigte på at bekræfte tilsagnene af 26. november 2004. Kommissionen har

begrundet dette med, dels at tilsagnene er forelagt Kommissionen for sent, dels at de ændrede tilsagn blot gennemfører de tilsagn, der blev fremlagt den 26. november 2004.

28 Af ovennævnte grunde taget hver for sig eller samlet er Kommissionen nået til den konklusion, at fusionen trods parternes tilsagn vil styrke EDP's dominerende stilling på engrosmarkedet for elektricitet, markederne for tilpasning og hjælpefunktioner samt detailmarkedet for levering af elektricitet til storkunder og mindre kunder i Portugal og ligeledes GDP's dominerende stilling på markederne for levering af gas til CCGT'er og til storkunder og mindre kunder og medføre en betydelig hindring af konkurrencen i en stor del af fællesmarkedet. Fusionen skal derfor i henhold til artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 erklæres uforenelig med fællesmarkedet.

Retsforhandlinger og parternes påstande

29 Sagsøgeren har ved stævning registreret på Rettens Justitskontor den 25. februar 2005 anlagt den foreliggende sag til prøvelse af den anfægtede beslutning.

30 Ved særskilt dokument indleveret samme dag har sagsøgeren ligeledes i henhold til artikel 76a i Rettens procesreglement fremsat begæring om, at der træffes afgørelse efter en hasteprocedure.

31 Som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse i henhold til procesreglementets artikel 64 er sagsøgeren og Kommissionen blevet opfordret til at deltage i et uformelt møde den 6. april 2005 med den refererende dommer for at

undersøge muligheden for at imødekomme begæringen om en hasteprocedure. På dette uformelle møde forpligtede sagsøgeren sig til at indlevere stævningen i forkortet form i overensstemmelse med kravene i Rettens praktiske instrukser til parterne, mens Kommissionen anmodede om en forlængelse af fristen for at kunne forberede forsvaret. Den refererende dommer har fremlagt en foreløbig tidsplan for retsforhandlingerne. Den 22. april 2005 indleverede sagsøgeren sin forkortede stævning, som især afviger fra den originale stævning ved, at de første to anbringender er udeladt. Kommissionen indleverede sit svarskrift den 14. maj 2005.

32 Den 25. maj 2005 besluttede Retten (Anden Afdeling), som har fået tildelt sagen, at imødekomme begæringen om en hasteprocedure i den foreliggende sag.

33 Formanden for Rettens Anden Afdeling gav ved kendelse af 13. juni 2005 efter at have hørt hovedparternes indlæg Gas Natural tilladelse til at intervenere i retsmødet i den foreliggende sag i henhold til procesreglementets artikel 76a til støtte for Kommissionens påstande. Hovedparternes anmodning om fortrolig behandling af sagerne er ligeledes blevet imødekommet, forudsat at intervenienten accepterede dette. Intervenienten har bekræftet, at selskabet ikke modsætter sig denne anmodning om fortrolig behandling.

34 På grundlag af en rapport fra den refererende dommer har Retten besluttet at indlede den mundtlige forhandling og har som foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse opfordret intervenienten til på forhånd at fremlægge en detaljeret plan for interventionen i retsmødet. Efter anmodning fra sagsøgeren har Retten opfordret Kommissionen og intervenienten til at fremlægge referatet af et møde mellem disse to parter i Madrid den 27. august 2004, hvilket de har gjort. Endelig har Retten skriftligt stillet hovedparterne spørgsmål, som de skulle besvare i retsmødet. Sagsøgeren fremlagde et skriftligt svar på samtlige spørgsmål dagen før retsmødet (herefter »svar til brug for retsmødet«). Dette svar blev samme dag fremsendt til de øvrige parter.

35 Parterne afgav deres indlæg og besvarede Rettens spørgsmål i retsmødet den 5. juli 2005. De dokumenter, sagsøgeren fremlagde i retsmødet, er ikke blevet henlagt til sagens akter.

36 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede beslutning annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

37 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

38 Intervenienten har nedlagt påstand om frifindelse.

Realiteten

39 Det skal indledningsvis bemærkes, at som følge af betingelserne for den hasteprocedure, der er givet tilladelse til i den foreliggende sag, i øvrigt med hovedparternes samtykke, er det principielt alene essensen i de argumenter, der er

fremført af den part, der ikke får medhold på det pågældende punkt, der om fornødent bliver nævnt. I denne forbindelse er der taget hensyn til samtlige de af parterne fremførte argumenter, der vil kunne påvirke tvistens afgørelse, herunder argumenter, der ikke udtrykkeligt er gengivet i retsmøderapporten, som er godkendt af parterne med forbehold af mindre ændringer. Derfor begrænser Rettens begrundelse for bedømmelsen sig til det, der er nødvendigt for helt og fuldstændigt at understøtte den dispositive del af den anfægtede beslutning (jf. i denne retning Domstolens dom af 15.6.2000, sag C-237/98 P, Dorsch Consult mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 4549, præmis 51).

40 Retten bemærker, at sagsøgeren for at fremme en hurtig afgørelse i sagen udtrykkeligt er gået med til at frafalde sine to første anbringender samt det tredje led i det tredje anbringende i den oprindelige stævning, forudsat at begæringen om anvendelse af hasteproceduren imødekommes. Dette frafald er begrundet med, at Kommissionen i tilfælde af, at den anfægtede beslutning annulleres som følge af de to første anbringender om formaliteten, nemlig anbringendet om manglende aktindsigt og anbringendet om manglende begrundelse, eller som følge af det tredje led i det tredje anbringende om tilsidesættelse af princippet om god forvaltningsskik, ikke umiddelbart vil være forpligtet til ved vedtagelsen af en eventuel ny beslutning at indtage en anden holdning til konkurrencespørgsmålet end den, der fremgår af den anfægtede beslutning. Da begæringen om anvendelse af hasteproceduren er imødekommet i den foreliggende sag, tager Retten frafaldet af de to første anbringender og det tredje led i det tredje anbringende til efterretning.

41 Ifølge den forkortede stævning har sagsøgeren påberåbt sig fire anbringender. Det første vedrører Kommissionens manglende hensyntagen til den undtagelse, Den Portugisiske Republik er omfattet af i medfør af det andet gasdirektivs artikel 28, stk. 2. Det andet anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, idet Kommissionen ikke har godtgjort, at det andet kriterium i denne artikel er opfyldt. Det tredje anbringende vedrører de formelle og/eller processuelle tilsidesættelser af artikel 8, stk. 2 og 3, i forordning nr. 4064/89. Med det fjerde anbringende har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen har anlagt et urigtigt skønt hvad angår de tilsagn, der er fremlagt i henhold til artikel 8, stk. 2 og 3, i forordning nr. 4064/89.

42 Det skal indledningsvis bemærkes, at visse af de generelle anbringender, dvs. de anbringender, der ikke specifikt vedrører et bestemt marked, i sig selv kan føre til en annullation af den anfægtede beslutning. Derfor vil Retten først behandle de generelle anbringender, nemlig det andet og tredje anbringende, og derefter det første anbringende, der især vedrører gasmarkederne, og endelig det fjerde anbringende.

43 I retsmødet har Kommissionen kritiseret, at sagsøgeren har afgivet et skriftligt svar på de spørgsmål, der skulle besvares i retsmødet. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Retten kun har krævet to af de 23 spørgsmål, der er stillet hovedparterne, besvaret skriftligt af sagsøgeren. Ikke desto mindre har sagsøgeren dagen før retsmødet indgivet skriftlige svar på alle spørgsmål og har i retsmødet blot henvist til disse skriftlige svar. For så vidt Kommissionen vil påberåbe sig en tilsidesættelse af retten til kontradiktion, skal Retten bemærke, at Kommissionen modtog de skriftlige svar sidst på eftermiddagen dagen før retsmødet, og at Kommissionen således havde mulighed for at kommentere svarerne i retsmødet. Ganske vist har Kommissionen derved kun fået en kort svarfrist, men fristen holder sig inden for det acceptable, når der som i den foreliggende sag er tale om en hasteprocedure, hvor alle, både parterne og Retten, har fået meget korte frister. Desuden har Kommissionens mulighed for at gøre sig bekendt med essensen i sagsøgerens svar allerede dagen før retsmødet i stedet for på selve dagen sikret en bedre afvikling af den kontradiktoriske retsforhandling.

I — *Det andet anbringende: tilsidesættelse af artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89*

44 Sagsøgeren har med det andet anbringende i det væsentlige gjort gældende, at artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 indeholder to særskilte kriterier, og at Kommissionen i den anfægtede beslutning ikke har vurderet, om det andet af disse kriterier er opfyldt.

45 Retten skal erindre om, at artikel 2, stk. 2 og 3, i forordning nr. 4064/89 stiller to betingelser, der begge skal opfyldes, hvoraf den første er, at fusionen hverken skaber eller styrker en dominerende stilling, og den anden, at konkurrencen på fællesmarkedet ikke hæmmes betydeligt som følge af, at en sådan position skabes eller styrkes (jf. i denne retning Rettens dom af 19.5.1994, sag T-2/93, Air France mod Kommissionen, Sml. II, s. 323, præmis 79, af 27.11.1997, sag T-290/94, Kaysersberg mod Kommissionen, Sml. II, s. 2137, præmis 156, og af 25.10.2002, sag T-5/02, Tetra Laval mod Kommissionen, Sml. II, s. 4381, præmis 146).

46 I visse tilfælde kan skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling imidlertid i sig selv bevirke, at konkurrencen hæmmes betydeligt.

47 Det forhold, at en virksomhed med en dominerende stilling styrker sin stilling ved at købe en konkurrent, således at den dominerende indflydelse, der herved opnås, i væsentlig grad hindrer konkurrencen, kan således også tænkes at udgøre et misbrug (Domstolens dom af 21.2.1973, sag 6/72, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, Sml. s. 215, præmis 26). Denne retspraksis er så meget mere relevant, som den situation, Domstolen gennemgår i dommen på et tidspunkt, hvor forordning nr. 4064/89 ikke eksisterede, meget ligner den situation, der kan opstå efter en fusion i forordningens forstand.

48 På fusionsområdet er en dominerende stilling kendetegnet ved den økonomiske magtposition, der opstår for en eller flere virksomheder, og som giver dem magt til at hindre opretholdelsen af en effektiv konkurrence på det pågældende marked, idet den giver dem mulighed for i vidt omfang at handle uafhængigt i forhold til deres konkurrenter, deres kunder og, i sidste instans, forbrugerne (Rettens dom af 25.3.1999, sag T-102/96, Gencor mod Kommissionen, Sml. II, s. 753, præmis 200).

49 Påvisningen af, at en dominerende stilling skabes eller styrkes i henhold til artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, kan således i visse tilfælde sidestilles med påvisningen af en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence. Dette betyder på ingen måde, at der ikke retligt kan sondres mellem de to kriterier, men alene at det af en og samme analyse af de faktiske omstændigheder på et bestemt marked kan udledes, at begge kriterier er opfyldt.

50 Heraf følger, at selv om det fremgår af betragtningerne til en beslutning, hvorved en fusion erklæres uforenelig med fællesmarkedet, herunder de betragtninger, der formelt behandler spørgsmålet om skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling, at fusionen vil hæmme konkurrencen betydeligt, kan denne beslutning ikke anses for ulovlig alene med den begrundelse, at Kommissionen ikke udtrykkeligt i sin beskrivelse af forholdene har henvist til det andet kriterium i artikel 2 i forordning nr. 4064/89, det være sig med hensyn til begrundelsespligten (artikel 253 EF) eller realiteten. I modsat fald ville det svare til, at Kommissionen pålægges en rent formel forpligtelse til to gange at påberåbe sig identiske overvejelser, nemlig først i sin vurdering af spørgsmålet, om en dominerende stilling skabes eller styrkes på et bestemt marked, og derefter i sin vurdering af, om konkurrencen i fællesmarkedet hæmmes betydeligt.

51 Retten skal her indledningsvis forkaste Kommissionens synspunkt, nemlig at nærværende anbringende bygger på en påstand om manglende begrundelse. Antages det, at det fremgår af den anfægtede beslutning, at Kommissionen ikke har undersøgt, om det andet kriterium i artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, er opfyldt, eller ikke har godtgjort dette, må det konkluderes, at denne bestemmelse er blevet tilsidesat. I henhold til denne forordning kan en manglende begrundelse i denne henseende nemlig kun udlægges som en manglende eller mangelfuld undersøgelse af, om dette andet kriterium er opfyldt, og ikke som om undersøgelsen faktisk er gennemført, men uden at blive begrundet.

52 Med hensyn til sagsøgerens hovedklagepunkt må det konstateres, at Kommissionen i den anfægtede beslutning omhyggeligt har anført, at begge kriterier i artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 er opfyldt hvad angår hvert af de berørte markeder. Kommissionen har således konkluderet, at fusionen vil styrke EDP's og GDP's allerede eksisterende dominerende stillinger med det resultat, at den effektive konkurrence vil blive betydeligt hæmmet på engrosmarkedet for elektricitet (364., 379., 410., 428. og 429. betragtning), på markederne for tilpasning og hjælpefunktioner (432. betragtning), på detailmarkederne for elektricitet (473. betragtning), på markederne for levering af gas til elproducenter (528. betragtning) til LDC'er (538. betragtning), til storkunder (550. betragtning), til mindre kunder (602. betragtning) og i almindelighed (609. betragtning), også selv om der tages hensyn til samtlige tilsagn (914. betragtning).

53 Det må ligeledes konstateres, at Kommissionen i den anfægtede beslutning under ét og uden forskel har gennemgået de forhold, der har fået den til at konkludere, at EDP's og GDP's allerede eksisterende dominerende stillinger bliver styrket, og de forhold, der har fået den til at konkludere, at fusionen endvidere vil medføre, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt.

54 Da de forhold, der viser en væsentlig styrkelse af EDP's og GDP's dominerede stillinger, og de forhold, på grundlag af hvilke Kommissionen konkluderer, at fusionen vil hæmme konkurrencen betydeligt, og som er beskrevet i den anfægtede beslutning, ofte er de samme, kan den omstændighed, at Kommissionen ikke særskilt har analyseret de væsentlige hindringer for konkurrencen, imidlertid ikke i sig selv føre til den konklusion, at Kommissionen har ignoreret det andet kriterium i artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89. I den foreliggende sag bygger de fleste af eller alle Kommissionens overvejelser, der fører til den konklusion, at allerede eksisterende dominerende stillinger styrkes, på en konstatering af, at konkurrencen faktisk hæmmes i forhold til den konkurrencesituation, der ville bestå uden fusionen, og de tjener derfor også til at påvise, at det andet kriterium i artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 er opfyldt. For så vidt fusionen ikke eller kun som en bivirkning fører til en stigning i parternes markedsandele på et af de berørte markeder, må fusionens konkurrencebegrænsende virkninger ifølge Kommissionen hovedsageligt tilskrives de faktiske konkurrencebegrænsninger på hvert af de pågældende markeder. F.eks. bygger påvisningen i den anfægtede beslutning af

styrkelsen af EDP's og GDP's dominerende stillinger som følge af fjernelsen af en potentielt stor eller væsentlig konkurrent fra de fleste af de undersøgte markeder på en påvisning af, at fusionen vil medføre en væsentlig hindring for en ellers effektiv konkurrence (jf. f.eks. hvad angår fjernelsen af GDP som den mest sandsynlige potentielle store konkurrent fra engrosmarkedet for elektricitet, 335.-364. betragtning og fra detailmarkederne for elektricitet, 450.-473. betragtning, eller hvad angår fjernelsen af EDP som den største potentielle konkurrent på detailmarkedet for gas, 559.-599. betragtning).

55 I modsætning til, hvad sagsøgeren har hævdet, fremgår det ligeledes heraf, at Kommissionen i den anfægtede beslutning ikke har behandlet spørgsmålet, om det andet kriterium i artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 er opfyldt, som en automatisk følge af det første kriterium, men derimod i sin argumentation er gået ud fra, at de væsentlige hindringer for konkurrencen vil styrke EDP's eller GDP's dominerende stillinger.

56 Følgelig lider Kommissionens behandling af tilsagnene med udgangspunkt i denne argumentation heller ikke af den af sagsøgeren påståede mangel. Kommissionen har således ved konstateringen af, at tilsagnene er utilstrækkelige til at løse de allerede påviste konkurrenceproblemer, fundet, at styrkelsen af EDP's og GDP's dominerende stillinger fortsat består som følge af de fortsatte væsentlige hindringer for konkurrencen (jf. f.eks. med hensyn til GDP's fjernelse som den mest sandsynlige potentielle store konkurrent på engrosmarkedet for elektricitet, 650.-675. betragtning, og på detailmarkederne for elektricitet, 708.-714. betragtning, eller med hensyn til fjernelsen af EDP som den største potentielle konkurrent på detailmarkedet for gas, 735.-738. betragtning).

57 Endelig er sagsøgerens kritik blot en principiel kritik. Især har sagsøgeren i dette anbringende nemlig ikke påstået og slet ikke påvist, at det af Kommissionens konkurrencemæssige betragtninger kan udledes, at der på et af de pågældende markeder er en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence.

58 Af det anførte kan udledes, at Kommissionen ikke har ignoreret det andet kriterium i artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89. Dette anbringende skal derfor forkastes.

II — *Det tredje anbringende: tilsidesættelse af artikel 8, stk. 2 og 3, i forordning nr. 4064/89*

59 Sagsøgerens anbringende om tilsagnene er opdelt i fire led, som vedrører henholdsvis en tilsidesættelse af bevisbyrdereglerne, manglende hensyntagen til, at tilsagnene skal opfattes som et hele, magtfordrejning og overdrivelse af vanskelighederne ved at kontrollere opfyldelsen af visse adfærdsmæssige tilsagn.

A — *Tredje anbringende, første led: bevisbyrden*

60 Ifølge sagsøgeren har Kommissionen fejlagtigt antaget, at det er parterne, der skal bevise, at deres tilsagn løser de af Kommissionen påviste konkurrenceproblemer.

Herved har Kommissionen tilsidesat de kontrolregler, der fremgår af punkt 6 i meddelelsen om acceptable løsninger.

61 Det skal erindres, at Kommissionen i henhold til artikel 2, stk. 2, i forordning nr. 4064/89 »skal« erklære en fusion, der ikke skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den faktiske konkurrence hæmmes på afgørende måde inden for fællesmarkedet, forenelig med fællesmarkedet. Det er således Kommissionen, der skal godtgøre, at en fusion ikke kan erklæres forenelig med fællesmarkedet.

62 Endvidere skal Kommissionen i henhold til artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89 vedtage en beslutning, hvorved den erklærer fusionen for forenelig med fællesmarkedet, hvis den finder, at en anmeldt fusion, »eventuelt efter at de berørte virksomheder har foretaget ændringer«, opfylder kriteriet i artikel 2, stk. 2, i forordning nr. 4064/89. En fusion, der er ændret ved tilsagn, skal således opfylde de samme bevisbyrdekriterier som en ikke-ændret fusion.

63 For det første har Kommissionen således pligt til at undersøge en fusion som ændret ved tilsagn, der er forskriftsmæssigt foreslået af fusionens parter (jf. i denne retning Rettens dom af 30.9.2003, sag T-158/00, ARD mod Kommissionen, Sml. II, s. 3825, præmis 280), og for det andet kan Kommissionen alene erklære fusionen for uforenelig med fællesmarkedet, såfremt disse tilsagn er utilstrækkelige til at forhindre skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt. Retten skal imidlertid bemærke, at for så vidt angår komplicerede økonomiske vurderinger begrænser den bevisbyrde, der påhviler Kommissionen, ikke Kommissionens skønsbeføjelser på dette område (jf. i denne retning Rettens dom af 3.4.2003, sag T-342/00, Petrolessence og SG2R mod Kommissionen, Sml. II, s. 1161, præmis 101 og den deri nævnte retspraksis, samt

Domstolens dom af 15.2.2005, sag C-12/03 P, Kommissionen mod Tetra Laval, Sml. I, s. 987, præmis 38).

64 I øvrigt kan den omstændighed, at det af punkt 6 i meddelelsen om acceptable løsninger fremgår, at »[d]et er parternes ansvar at påvise, at [de foreslåede løsninger] udelukker [...] muligheden for, at der skabes eller styrkes en sådan dominerende stilling, som er påvist af Kommissionen«, ikke ændre ved denne retstilstand. Selv om det antages, at Kommissionens hensigt hermed er at give parterne i en anmeldt fusion pligt til at påvise effektiviteten af de foreslåede tilsagn, en påvisning, der vil gavne deres sag, kan Kommissionen ikke konkludere, at den i tvivlstilfælde skal forbyde fusionen. Tværtimod skal Kommissionen, når det kommer til stykket, påvise, at fusionen, eventuelt som ændret ved tilsagn, skal erklæres uforenelig med fællesmarkedet, idet den selv som ændret ved tilsagnene vil skabe eller styrke en dominerende stilling, der hæmmer den effektive konkurrence betydeligt.

65 Det påhviler således Kommissionen at påvise, at tilsagn, der er forskriftsmæssigt foreslået af parterne i en fusion, ikke gør fusionen som ændret ved tilsagnene forenelig med fællesmarkedet.

66 Kommissionen har hævdet, at der i denne forbindelse skal sondres mellem tilsagnene alt efter, om de er foreslået før eller efter udløbet af den frist, der er fastsat i artikel 18, stk. 2, i forordning nr. 447/98 for fremlæggelse af tilsagn. I den foreliggende sag er det ubestridt, at parterne har fremlagt ændringer til deres første række tilsagn såvel før udløbet af denne frist, nemlig den 17. november 2004, som efter, nemlig den 26. november 2004 og endog den 3. december 2004. I punkt 43 i meddelelsen om acceptable løsninger sammenholdt med meddelelsens punkt 41 og 42 sondres der imidlertid ikke mellem, om ændringerne til tilsagnene er fremlagt før eller efter fristens udløb. Ikke desto mindre fremgår det af punkt 43, at de ændrede

tilsagn bl.a. skal gøre det muligt for Kommissionen, uden at der er behov for endnu en markedsundersøgelse, klart at påvise, at når først sådanne tilsagn er gennemført, vil de løse de påviste konkurrenceproblemer og give tilstrækkelig tid til en grundig høring af medlemsstaterne.

67 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at punkt 43 i meddelelsen om acceptable løsninger ikke bestemmer, at det påhviler parterne i en fusion at påvise, at deres ændrede tilsagn klart vil løse de konstaterede konkurrenceproblemer. Da Kommissionen endvidere har pålagt sig selv under visse omstændigheder at acceptere ændrede tilsagn, har den ikke beføjelse til at ændre bevisbyrdereglerne i forordning nr. 4064/89 ved vedtagelsen af en endelig beslutning i henhold til forordningens artikel 8, stk. 2 og 3, med den begrundelse, at fusionen opfylder kriterierne i forordningens artikel 2, stk. 2 og 3. Ifølge de særlige betingelser, der er fastsat i punkt 43 i meddelelsen om acceptable løsninger, påhviler det ligeledes Kommissionen at påvise, at de ændrede tilsagn ikke er tilstrækkelige til klart at godtgøre, uden at der er behov for endnu en markedsundersøgelse, og uden at der gives den fornødne tid til at høre medlemsstaterne, at de vil løse de konstaterede konkurrenceproblemer.

68 Endelig skal Retten bemærke, at Kommissionen ifølge reglerne for den administrative procedure i fusionsspørgsmål foreløbigt skal påvise de pågældende konkurrenceproblemer, som fusionen ifølge Kommissionen giver anledning til, dels ved at forklare, hvorfor den finder det nødvendigt at indlede proceduren i henhold til artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 4064/89, dels ved at tilsende parterne i fusionen en klagepunktsmeddelelse. I denne fase kan parterne i fusionen bestride selve eksistensen af disse konkurrenceproblemer og/eller foreslå tilsagn, der kan løse problemerne, enten det sker i deres svar på klagepunktsmeddelelsen eller senere under drøftelserne. Det er således åbenbart, at parterne i fusionen ved at foreslå tilsagn har ønsket at overbevise Kommissionen om, at tilsagnene fuldt og helt løser de påviste konkurrenceproblemer. Hvis Kommissionen finder tilsagnene utilstrækkelige, kan parterne i fusionen ikke have overbevist den om tilsagnenes egnethed til

at løse den eller de konkurrencemæssige problemer, som fusionen giver anledning til.

69 At Kommissionen finder forskriftsmæssigt foreslåede tilsagn enten i den oprindelige form eller som ændret i henhold til punkt 43 i meddelelsen om acceptable løsninger utilstrækkelige, indebærer alene en ulovlig flytning af bevisbyrden, såfremt Kommissionen baserer vurderingen af tilsagnenes utilstrækkelighed ikke på en vurdering af tilsagnene efter objektive og verificerbare kriterier, men på en påstand om, at parterne ikke har fremlagt tilstrækkelige beviser til, at Kommissionen kan foretage en vurdering af substansen. I sidstnævnte tilfælde vil tvivlen nemlig ikke komme parterne i fusionen til gode, og det må konkluderes, at bevisbyrden i spørgsmålet om fusionens forenelighed med fællesmarkedet flyttes.

70 Sagsøgeren har i den foreliggende sag fremført et enkelt eksempel hentet i 833. betragtning til den anfægtede beslutning, som vedrører de tilsagn, der blev foreslået den 17. november 2004, dvs. før fristens udløb. Her har Kommissionen anført, at »der fortsat består væsentlig tvivl og væsentlig usikkerhed om, hvorvidt den kombinerende virkning [af de foreslåede løsninger] vil være tilstrækkelig til at kompensere for EDP's fjernelse som potentiel stor konkurrent« fra markedet for levering af gas til storkunder. Af den anfægtede beslutning fremgår det udtrykkeligt, at denne vurdering bygger på meddelelsen om acceptable løsninger.

71 Der er ingen usikkerhed at spore, når Kommissionen i slutningen af den pågældende betragtning anfører, at de af parterne foreslåede løsninger ikke vil hindre, at fusionen styrker GDP's dominerende stilling på det pågældende marked. Med andre ord finder Kommissionen, at de foreslåede tilsagn er utilstrækkelige til, at fusionen kan godkendes.

72 Endvidere vedrører de tvivl og den usikkerhed, Kommissionen giver udtryk for, spørgsmålet, om tilsagnene bl.a. er ubetingede og sikre. I 832. betragtning til den anfægtede beslutning har Kommissionen peget på fem årsager til, at den finder de pågældende tilsagn utilstrækkelige til at sikre tredjeparters faktiske adgang til den yderligere gaskapacitet (udelukkelsen af parternes spanske datterselskab fra tilsagn om ikke at reservere yderligere kapacitet; manglende bestemmelse om, at den spanske regulerende myndighed skal godkende adgangskoden for tredjeparter; parternes ret til at reservere såkaldt »strategisk« kapacitet; virkningsløst tilsagn om at frigøre kapacitet i Campo Maior på grund af den nuværende begrænsede kapacitet på gasledningen og de negative følger for den disponible kapacitet i LNG-terminalen i Sinès; parternes mulighed for at gøre særlige rettigheder gældende over for LNG-terminalens operatør og muligheden for at etablere et lager af naturgas). Den udtrykte tvivl går således ikke på, om fusionen eventuelt vil begrænse konkurrencen, men derimod på, at det er umuligt at sikre sig, at tilsagnene gennemføres fuldt ud. Kommissionen har imidlertid ret til at se bort fra ikke-bindende tilsagn eller — og det kommer ud på ét — tilsagn, hvis virkninger parterne kan begrænse eller endog fjerne helt. Kommissionen har således ikke flyttet bevisbyrden over på parterne, men har afvist, at tilsagnene frembyder den nødvendige sikkerhed og målbarhed. Det skal endelig bemærkes, at sagsøgeren under behandlingen af dette anbringende ikke har bestridt, at virkningerne af de pågældende tilsagn er usikre.

73 I betragtning af det anførte skal Retten fastslå, at Kommissionen i den anfægtede beslutning ikke har flyttet bevisbyrden, således at det ikke længere er Kommissionen, der skal godtgøre, at fusionen er uforenelig med fællesmarkedet. Kommissionen har derimod forsøgt at forklare, hvorfor fusionen skal forbydes trods de foreslåede tilsagn.

74 Tredje anbringende, første led, skal derfor forkastes.

B — *Tredje anbringende, andet led: samlet vurdering af fusionen som ændret*

75 Sagsøgeren har i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen ikke har vurderet situationen, som den ville foreligge efter fusionen som ændret ved tilsagnene, i forhold til den situation, der ville bestå uden fusionen. Sagsøgeren har i sit skriftlige svar til brug for retsmødet nærmere præciseret sit argument og anført, at Kommissionen kritiseres for at have vurderet de svagheder, der kan tilskrives tilsagnene, i stedet for at vurdere de sandsynlige virkninger af fusionen som ændret for et bestemt marked, hvilket ville give et andet resultat. Endvidere kritiseres Kommissionen for at have vurderet tilsagnene hver for sig. I sit skriftlige svar har sagsøgeren f.eks. nævnt den særskilte gennemgang af de tilsagn, der skal løse det horisontale problem på engrosmarkedet for elektricitet, og tilsagnene vedrørende de ikke-horisontale problemer på dette marked.

76 Det skal bemærkes, at den anfægtede beslutning er bygget op således, at der først sker en påvisning af de konkurrenceproblemer, fusionen som anmeldt vil medføre for hvert af markederne (280.-609. betragtning), derefter en vurdering af de konkurrencemæssige følger af tilsagnene af 28. oktober 2004 (650.-738. betragtning), følgerne af tilsagnene af 17. november 2004 (741.-841. betragtning) og endelig følgerne af tilsagnene af 26. november 2004 (860.-912. betragtning). Kommissionen har vurderet de tilsagn, den finder relevante for de enkelte markeder, hver for sig. Når der på et marked er blevet påvist en række konkurrenceproblemer, har Kommissionen successivt undersøgt tilsagnene i relation til hvert af disse problemer. I samtlige tilfælde bortset fra markedet for levering af gas til LDC'er har Kommissionen konkluderet, at tilsagnene er utilstrækkelige til at løse det påviste konkurrenceproblem og/eller forhindre styrkelsen af den pågældende dominerende stilling (jf. med hensyn til engrosmarkedet for elektricitet, der er valgt som eksempel af sagsøgeren, 675., 767. og 868. betragtning (det horisontale problem) eller 700., 702., 703., 801., 874. og 875. betragtning (ikke-horisontale problemer)).

77 Som nævnt er Kommissionen forpligtet til at undersøge en fusion som ændret ved tilsagn, som parterne forskriftsmæssigt har foreslået (jf. præmis 63 ovenfor). Som medgivet af sagsøgeren under retsmødet, forhindrer dette dog ikke en successiv gennemgang af de konkurrenceproblemer, fusionen medfører, og de tilsagn, der er foreslået af parterne i fusionen med henblik på at løse konkurrenceproblemerne, eller en successiv gennemgang af hvert af de tilsagn, der har betydning for løsningen af de enkelte problemer, forudsat at Kommissionen i sidste ende når frem til en samlet vurdering af fusionen som ændret, dvs. af virkningerne af fusionen for hvert af de pågældende markeder under hensyntagen til samtlige tilsagn, der har betydning for det pågældende marked.

78 I øvrigt påhviler det Kommissionen at gennemgå samtlige tilsagn, der har betydning for løsningen af et påvist konkurrenceproblem på et af de pågældende markeder, herunder de tilsagn, der ikke udtrykkeligt er betegnet som tilsagn af parterne i en fusion. Kommissionen begår imidlertid ikke nogen retlig fejl ved kun at vurdere de tilsagn, der specifikt vedrører ét marked eller ét konkurrenceproblem, i relation til dette marked eller problem, såfremt de øvrige tilsagn ikke er relevante eller er uden reel økonomisk betydning i denne forbindelse.

79 I den foreliggende sag har sagsøgeren bygget sin kritik på en urealistisk forudsætning og en fejlfortolkning af den anfægtede beslutning.

80 Det skal for det første erindres, at de tilsagn, der foreslås af parterne i en fusion, netop har til formål at løse allerede påviste konkurrenceproblemer. Kommissionen må derfor ved vurderingen af et tilsagn nødvendigvis først undersøge tilsagnets rækkevidde og især tilsagnets eventuelle iboende svagheder, og derefter, om tilsagnet er egnet til helt eller delvis at løse det påviste problem. Før man kan analysere de sandsynlige virkninger af fusionen som ændret, må man nemlig først vurdere ændringens rækkevidde. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at sagsøgeren både i stævningen og i bilagene hertil ligeledes har foretaget denne successive gennemgang, hvilket har foranlediget Retten til at gøre det samme. I øvrigt er det urealistisk at forestille sig, at Kommissionen med de korte frister, der er fastsat i

forordning nr. 4064/89, har tid til at foretage en helt ny analyse af en fusion, som den fremstår efter tilsagnene, som om denne fusion var blevet anmeldt på ny i sin ændrede form. En sådan ny analyse ville støde på det krav om hurtighed, der generelt karakteriserer forordning nr. 4064/89 (Rettens dom af 28.4.1999, sag T-221/95, Endemol mod Kommissionen, Sml. II, s. 1299, præmis 68). At den fremgangsmåde, der implicit er foreslået af sagsøgeren, er urealistisk, bekræftes i den foreliggende sag af, at tre, måske endda fire rækker tilsagn, der er foreslået successivt, det eller de sidste endda på et sent tidspunkt, hvor proceduren nærmede sig sin afslutning. Sagsøgerens argument om, at disse successive rækker tilsagn blot er ændringer af tidligere tilsagn og ikke nye tilsagn, ændrer ikke ved Rettens opfattelse. I denne situation er Kommissionen nødt til hver gang at tage stilling til disse nye elementer og undersøge, om ændringerne ændrer ved Kommissionens tidligere konklusioner.

81 For det andet har Kommissionen i den anfægtede beslutning omhyggeligt forklaret, hvorfor svaghederne ved de enkelte tilsagn bevirker, at det pågældende tilsagn ikke i sig selv kan løse det pågældende konkurrenceproblem. Kommissionen har dog systematisk efter denne punktuelle analyse forklaret, hvorfor de tilsagn, der har betydning for løsningen af netop dette problem, under ét er utilstrækkelige til at løse problemet. Med hensyn til tilsagnene af 18. oktober og 17. november 2004 har Kommissionen anført, at der fortsat er tale om en styrkelse af den pågældende dominerende stilling (jf. f.eks. hvad angår engrosmarkedet for elektricitet, som sagsøgeren har henvist til, 675. og 767. betragtning (det horisontale problem), eller 700., 702., 703. og 801. betragtning (ikke-horisontale problemer)). Når Kommissionen har fundet det nødvendigt, har den ligeledes undersøgt andre tilsagn end dem, parterne specifikt har foreslået til løsning af et bestemt konkurrenceproblem (809.-812. betragtning). Derfor kan Kommissionens analyse sidestilles med en analyse af fusionen som ændret ved tilsagnene. Selv om Kommissionen med hensyn til tilsagnene af 26. november 2004 blot har konkluderet, at de er utilstrækkelige til at løse de pågældende konkurrenceproblemer, har den dog også vurderet disse tilsagn under ét med henblik på at afgøre, om de kan løse de pågældende problemer (jf. med hensyn til det horisontale problem på engrosmarkedet for elektricitet, 868. betragtning, eller med hensyn til de ikke-horisontale problemer på dette marked, 874. og 875. betragtning). Endvidere kan det, da undersøgelsen af de meget sent

fremlagte tilsagn opfylder de særlige betingelser i meddelelsen om acceptable løsninger, ikke udledes af, at Kommissionen ikke udtrykkeligt har konkluderet, at de undersøgte dominerende stillinger er blevet styrket, at Kommissionen ikke har foretaget en samlet analyse af fusionen som ændret.

82 Det følger heraf, at Kommissionen faktisk har foretaget en samlet analyse af fusionen som ændret ved de af parterne foreslåede tilsagn.

83 Hvad angår den af sagsøgeren nævnte særskilte gennemgang af tilsagnene vedrørende det horisontale problem og de ikke-horisontale problemer på engrosmarkedet for elektricitet må Retten konstatere, at argumentet er nøjagtig det samme som det, der er fremført i forbindelse med det fjerde anbringende, og hvorefter tilsagnene vedrørende de ikke-horisontale problemer vil give en række konkurrenter adgang til markedet, mens GDP blot er en potentiel konkurrent. Antages det, at Kommissionen fejlagtigt har vurderet, at den kan tillade sig at undlade at undersøge de indirekte virkninger af visse tilsagn for så vidt angår et konkurrenceproblem eller et marked, som tilsagnene ikke vedrører direkte, har Kommissionen ikke begået en retlig fejl, men anlagt et urigtigt skøn. Selv om Kommissionen er forpligtet til at gennemgå alle de tilsagn, der har betydning for løsningen af et påvist konkurrenceproblem på et af de berørte markeder, herunder de tilsagn, der ikke udtrykkeligt er sat i forbindelse med det pågældende problem af parterne i en fusion, skal spørgsmålet, om dette eller hint tilsagn har betydning for løsningen af et specielt problem, som en fusion giver anledning til, nemlig besvares efter en økonomisk vurdering af den pågældende fusion og undersøges på denne baggrund.

84 Da sagsøgeren ligeledes har fremført dette argument i sit fjerde anbringende om, at Kommissionen har fejlvurderet fusionen som ændret, vil argumentet blive behandlet under behandlingen af det fjerde anbringende.

85 I betragtning af det anførte skal tredje anbringende, andet led, forkastes.

C — *Tredje anbringende, tredje led: magtfordrejning*

86 Sagsøgeren har i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen har misbrugt de beføjelser, der er tillagt den ved forordning nr. 4064/89, ved at kræve, at tilsagnene tager sigte på at liberalisere el- og gasmarkederne.

87 Efter fast retspraksis forstås ved magtfordrejning, at en administrativ myndighed under udøvelsen af beføjelser forfølger et andet formål end det, hvortil beføjelserne blev givet. En beslutning er kun behæftet med magtfordrejning, såfremt det på grundlag af objektive, relevante og samstemmende indicier fremgår, at den må antages at være truffet med dette formål (Domstolens dom af 13.11.1990, sag C-331/88, Fedesa m.fl., Sml. I, s. 4023, præmis 24, og af 10.5.2005, sag C-400/99, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 3657, præmis 38). Hvis der forfølges flere mål med beslutningen, indebærer denne, såfremt den ikke tilsidesætter hovedformålet, dog ikke magtfordrejning, selv om der til de gyldige hensyn føjer sig et uberettiget (Domstolens dom af 21.12.1954, sag 2/54, Italien mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 5, org.ref.: Rec. s. 73, på s. 103, og i denne retning Rettens dom af 8.7.1999, sag T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij mod Kommissionen, Sml. II, s. 2329, præmis 131).

88 Det skal indledningsvis bemærkes, at det er ubestridt, at fusionen er omfattet af forordning nr. 4064/89 (12. og 13. betragtning til den anfægtede beslutning). Det skal ligeledes bemærkes, at sagsøgeren ikke har hævdet, at fusionen ikke kan gøres til genstand for en beslutning om at indlede undersøgelsesproceduren i henhold til artikel 6 i forordning nr. 4064/89 og således heller ikke for en endelig beslutning i henhold til artikel 8 i forordning nr. 4064/89. I denne forbindelse har sagsøgeren

bl.a. i sit skriftlige svar til brug for retsmødet erkendt, at fusionen som ændret styrker EDP's dominerende stilling på elmarkederne. Det er således uundgåeligt, at parterne foreslår tilsagn med henblik på at få fusionen erklæret forenelig med fællesmarkedet.

89 Det må derfor fastslås, at Kommissionen ved at tage hensyn til de tilsagn, der er foreslået med henblik på vedtagelsen af den anfægtede beslutning, klart har handlet inden for rammerne af forordning nr. 4064/89. Kommissionen har således forfulgt målet for denne forordning, nemlig at forbyde skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling, der bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt.

90 Sagsøgeren har imidlertid gjort gældende, at Kommissionen har krævet flere sådanne tilsagn, som går ud over det, der er nødvendigt for at forhindre en styrkelse af EDP's eller GDP's dominerende stillinger. Kommissionen har især krævet en større åbning af markedet end den, der er nødvendig for at løse det konkurrenceproblem, fusionen giver anledning til.

91 Sagsøgerens mange eksempler på tilfælde, hvor Kommissionen kort sagt har fundet tilsagnene utilstrækkelige til at sikre nye konkurrenters adgang til de pågældende markeder (jf. bl.a. 659., 665., 707., 714., 725., 749., 805., 812., 862., 879., og 888. betragtning til den anfægtede beslutning), viser blot, at Kommissionen har forfulgt målet for forordning nr. 4064/89, nemlig at forhindre, at en fusion skaber eller styrker dominerende stillinger, der bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt. Nye konkurrenters adgang til markeder, hvor det er ubestridt, at EDP og GDP har meget stærke dominerende stillinger, er nemlig i konkurrencemæssig henseende et hovedformål med artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89. Det hovedmål, Kommissionen har forfulgt ved at nægte at ændre sit standpunkt efter at have gennemgået tilsagnene, er således helt i overensstemmelse med forordning nr. 4064/89.

92 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at sagsøgeren i sit anbringende om den konkurrencemæssige vurdering af fusionen som ændret har påberåbt sig, at fusionen er et væsentligt skridt i retning af en åbning af gas- og elmarkederne for konkurrence. Medmindre sagsøgeren modsiger sig selv, har virksomheden således anerkendt, at en løsning af de konkurrenceproblemer, fusionen medfører, ved hjælp af tilsagn ikke udelukker den tilstræbte åbning af markederne for konkurrence.

93 Selv om det antages, jf. nedenfor, at Kommissionen ved at fastslå, at et af de foreslåede tilsagn er utilstrækkeligt, eller kræve et særligt tilsagn, går meget længere end fornødent for at løse de konkurrenceproblemer, Kommissionen har påvist i den anfægtede beslutning, vil en sådan fejl indebære en tilsidesættelse af artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 og ikke magtfordrejning.

94 I øvrigt finder sagsøgeren, at Kommissionen synes at være tiltrukket af det synspunkt, der er redegjort for i en rapport, Cambridge Economic Policy Associates har udarbejdet efter anmodning fra den portugisiske konkurrencemyndighed, og som bærer titlen »Report on electricity and gas markets in Portugal«. Efter sagsøgerens opfattelse skal Kommissionen ifølge denne rapport aktivt udnytte fusionen for at forbedre konkurrencevilkårene. Retten konstaterer dog, at Kommissionen i de dele af den anfægtede beslutning, hvori denne rapport citeres (jf. bl.a. 137., 172., 333. og 573. betragtning), ikke har tilsluttet sig rapportens eventuelle mål, men blot har benyttet rapporten som grundlag for objektive økonomiske vurderinger. Henvisninger til rapporten kan således ikke være et indicium for, at der er begået magtfordrejning.

95 Hvad angår de øvrige elementer, sagsøgeren har nævnt, bl.a. erklæringerne fra konkurrencekommissær Monti eller andre kommissionsbeslutninger vedrørende fusioner i energisektoren (Kommissionens beslutning af 7.2.2001, sag COMP/M.1853 — EDF/EnBW; Kommissionens beslutning af 19.3.2002, sag COMP/M.2684.1853 — EnBW/EDP/Gastajur/Hidrocantábrico), kan de ikke anses for relevante indicier, der kan benyttes til at påvise magtfordrejning i den foreliggende

sag, idet den anfægtede beslutning ikke bygger på disse elementer. Selv om de to fusionsbeslutninger er behæftet med den af sagsøgeren påståede fejl ved at kræve en markedsåbning, der ikke er nødvendig til løsning af de i beslutningerne påviste konkurrenceproblemer, betyder dette nemlig ikke, at den anfægtede beslutning, der er baseret på den bestemte konkurrencesituation, der foreligger i den foreliggende sag, er behæftet med samme fejl.

96 Sagsøgerens påstand om, at Kommissionen i virkeligheden forfølger målene i det andet gasdirektiv, selv om dette direktiv har hjemmel i artikel 47, stk. 2, EF (etableringsret), artikel 55 EF (fri udveksling af tjenesteydelser) og artikel 95 EF (tilnærmelse af lovgivninger), viser ikke, at Kommissionen fejlagtigt har haft til hensigt at forfølge disse mål. For det første viser hjemmelen for dette direktiv snarere, at Kommissionen kun meget indirekte har kunnet forfølge dette direktivs mål ved at give især nationale konkurrenter lettere adgang til de pågældende markeder. For det andet må det konstateres, at Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/30/EF af 22. juni 1998 om fælles regler for det indre marked for naturgas (EFT L 204, s. 1, herefter »det første gasdirektiv«) og det andet gasdirektiv har haft til følge, måske endda til formål bl.a. at indføre konkurrence i en sektor, der indtil da ikke havde været udsat for konkurrence (jf. 2., 6., 21., 22., 26. og især 31. betragtning til Europa-Parlamentets og Rådet direktiv 2003/54/EF af 26.6.2003 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ophævelse af direktiv 96/92/EF (EFT L 176, s. 37, herefter »det andet eldirektiv«) og 2., 7., 19., 21., 25., 27. og især 30. betragtning til det andet gasdirektiv; jf. tillige med hensyn til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/92/EF af 19.12.1996 om fælles regler for det indre marked for elektricitet (EFT L 27, s. 20), Domstolens dom af 7.6.2005, sag C-17/03, VEMW m.fl., Sml. I, s. 4983, præmis 62). Et af målene for det andet gasdirektiv er således klart konkurrencemæssigt. Det er derfor ikke overraskende, at det konkurrencemæssige mål for forordning nr. 4064/89 går igen som et af målene for det andet eldirektiv og det andet gasdirektiv. Indsatsen for at gennemføre det andet gasdirektiv kan således ikke være et indicium for magtfordrejning, da målet for det andet gasdirektiv er et af de mål, Kommissionen skal forfølge under udøvelsen af de beføjelser, den er tillagt ved forordningen.

97 Sagsøgeren har endelig gjort gældende, at liberaliseringen af energisektorerne burde være gennemført i henhold til artikel 86 EF. Uden at det er fornødent at tage stilling til, om Kommissionen stadig efter vedtagelsen af det andet eldirektiv og det andet gasdirektiv kan udøve de beføjelser, der er tillagt den ved denne artikel, skal Retten fastslå, at sagsøgerens argument er uden betydning for behandlingen af dette led. Selv om det antages, at liberaliseringen af de pågældende markeder kan gennemføres med hjemmel i artikel 86 EF, kan en sådan antagelse nemlig kun føre til en konstatering af, at denne konkurrencebestemmelse og forordning nr. 4064/89, hvis mål er blevet forfulgt helt forskriftsmæssigt af Kommissionen, kan anvendes samtidigt.

98 I betragtning af det ovenfor anførte skal tredje anbringende, tredje led, forkastes.

D — *Tredje anbringende, fjerde led: vanskeligheder ved at kontrollere visse adfærdsmæssige tilsagn*

99 Sagsøgeren har anført, at Kommissionen har forkastet visse tilsagn, fordi de har adfærdsmæssig karakter og skal kontrolleres efterfølgende. Herved har Kommissionen tilsidesat retspraksis samt sin egen nyere administrative praksis og tillige undladt at tage hensyn til muligheden af, at denne efterfølgende kontrol udøves af de kompetente portugisiske myndigheder.

100 Det skal indledningsvis erindres, at adfærdsmæssige tilsagn ikke i sig selv er uegnede til at forhindre skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling, og de skal derfor vurderes fra sag til sag på samme måde som strukturelle tilsagn (dommen i sagen Gencor mod Kommissionen, præmis 319, og i sagen Tetra Laval mod Kommissionen, præmis 161, som på dette punkt er blevet stadsfæstet af Domstolens dom af 15.2.2005, Kommissionen mod Tetra Laval, jf. præmis 63 ovenfor, præmis 85).

101 Imidlertid bygger sagsøgerens klagepunkt på en fejlfortolkning af den anfægtede beslutning, idet Kommissionen i de tre af sagsøgeren nævnte tilfælde ikke har forkastet de pågældende tilsagn alene som følge af deres adfærdsmæssige karakter eller som følge af vanskelighederne ved at kontrollere dem, men som følge af deres generelle uegnethed til at løse de påviste konkurrenceproblemer.

102 Ganske vist konkluderer Kommissionen i 663. betragtning, at tilsagnet om at leje produktionskapacitet svarende til kapaciteten på et af TER's CCGT'er langt fra giver de samme fordele som et strukturelt tilsagn, og at tilsagnet vil kræve en meget stor efterfølgende kontrolindsats fra Kommissionens side. Imidlertid har Kommissionen på denne måde ønsket at fremhæve, dels at parterne forudså et hurtigt bortfald af tilsagnet, når visse komplekse betingelser var opfyldt, dels at parterne havde anmodet Kommissionen om at kontrollere, at en af disse betingelser faktisk var opfyldt. Kommissionens hovedankepunkt var således, at disse betingelser gjorde det meget usikkert, om tilsagnet ville blive opfyldt. For det første er det således ikke på grund af tilsagnets adfærdsmæssige karakter, at Kommissionen har forkastet det. For det andet skyldes vanskelighederne ved at kontrollere opfyldelsen af disse betingelser deres komplekse og uegnede karakter, og ikke at Kommissionen nægter at foretage en efterfølgende kontrol. Endelig nævnes for det tredje i 662. og 664. betragtning en række andre faktorer, som f.eks., at lejeren ikke vil kunne drive CCGT'et uafhængigt, at lejeren vil blive afhængig af EDP, eller at betingelserne for tilsagnets hurtige bortfald bygger på tværnationale overvejelser, selv om markedet er nationalt. Også disse faktorer kan efter Kommissionens opfattelse begrunde, at tilsagnet afvises.

103 I 678. betragtning har Kommissionen kun som en yderligere og perifer grund nævnt, at tilsagnet om salg af LNG-terminalen i Sinès kræver en omfattende efterfølgende kontrol fra Kommissionens side. Kommissionen har slet ikke henvist til tilsagnets adfærdsmæssige karakter. Næsten hele betragtningen beskæftiger sig med andre grunde, som f.eks. datoen for frasalget, tredjeparters vanskelige adgang til gaskapaciteten og GDP's fortsættelse som mindretalsaktionær i det selskab, der er operatør for terminalen, hvilket har ført til Kommissionens konklusion i den følgende betragtning, nemlig at der er fare for, at dette tilsagns positive virkninger vil blive kraftigt reduceret.

104 Ganske vist har Kommissionen i 719. betragtning anført, at tilsagnet om suspension af EDP's stemmerettigheder i Turbogás-bestyrelsen i spørgsmål om gasforsyning og investeringer og ved udnævnelsen af uafhængige medlemmer til Turbogás-bestyrelsen har rent adfærdsmæssig karakter, og at det vil være vanskeligt at kontrollere. Dette aspekt er imidlertid alene blevet fremhævet som en supplerende begrundelse, idet der først gøres opmærksom på de tre hovedårsager til, at Kommissionen har fundet tilsagnet utilstrækkeligt, nemlig at de udnævnte medlemmers uafhængighed ikke er sikret, at EDP bevarer sine stemmerettigheder i væsentlige anliggender, således at EDP indirekte kan påvirke valget af gasleverandør, og at suspensionen af stemmerettighederne vil blive begrænset til tre år.

105 Hvad endelig angår klagepunktet om, at Kommissionen ikke har taget hensyn til muligheden af, at de kompetente portugisiske myndigheder foretager den nødvendige kontrol for at sikre, at de betingelser, der skal opfyldes, for at de pågældende tilsagn kan bortfalde, er opfyldt, skal for det første bemærkes, at det hvad angår lejen af TER var parterne selv, som udtrykkeligt ønskede, at Kommissionen skulle undersøge, om disse betingelser var opfyldt. Kommissionen kunne således ikke uden selv at ændre det foreslåede tilsagn, hvilket den ikke havde beføjelse til, overlade denne kontrol til de nationale myndigheder. Heller ikke hvad angår de to øvrige tilsagn, sagsøgeren har påberåbt sig, var Kommissionen forpligtet til at indføre en særlig overvågningsmetode, f.eks. ved at delegere overvågningen til de kompetente nationale myndigheder, heller ikke selv om Kommissionen havde mulighed for at gøre det under sine drøftelser med parterne. Derimod påhviler det parterne at foreslå komplette tilsagn, der i alle henseender er egnede til at løse problemerne, især hvis disse adfærdsmæssige tilsagn er behæftet med iboende mangler, f.eks. ved ikke at være bindende, som kan begrunde en efterfølgende overvågning.

106 I betragtning af det ovenfor anførte skal tredje anbringende, fjerde led, forkastes.

107 Det tredje anbringende skal således forkastes i sin helhed.

III — *Første anbringende: undtagelsen til fordel for Den Portugisiske Republik i henhold til det andet gasdirektiv*

108 Sagsøgeren finder i det væsentlige, at Kommissionen ved vurderingen af konkurrencesituationen på de markeder, der ikke er åbne for konkurrence, dels har set bort fra den midlertidige undtagelse fra liberaliseringstidsplanen, der gælder for Den Portugisiske Republik i henhold til det andet gasdirektiv, dels har tilsidesat artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 ved at udsætte sin analyse af konkurrencesituationen til et tidspunkt, der ligger fem år efter fusionen.

A — *Indledende bemærkninger*

109 Det skal indledningsvis bemærkes, at el- og gasmarkederne i Fællesskabet de facto var markeder, der ikke nødvendigvis skulle være åbne for konkurrence før vedtagelsen af det første og det andet gasdirektiv, som følge af de nationale monopoler i en række medlemsstater. Domstolen har imidlertid tidligere fastslået, at EF-traktatens konkurrencebestemmelser finder anvendelse på beslutninger truffet af virksomheder, der virker inden for disse sektorer (Domstolens dom af 27.4.1994, sag C-393/92, Almelo m.fl., Sml. I, s. 1477, præmis 34-51). Det første gasdirektiv og derefter det andet gasdirektiv, der afkorter fristerne i det første direktiv, er imidlertid baseret på den forudsætning, at medlemsstaterne ikke straks var forpligtet til allerede på tidspunktet for direktivernes gennemførelse at åbne gasmarkederne for konkurrence. De forskellige gasmarkeder behøver således ikke nødvendigvis være åbne for konkurrence før udløbet af de frister, der er fastsat i det andet gasdirektiv.

110 Det andet gasdirektiv tager sigte på at etablere et indre gasmarked med loyal konkurrence (30. betragtning til det andet gasdirektiv), dvs. give forbrugerne mulighed for frit at vælge leverandør og leverandørerne mulighed for frit at levere til deres kunder (4. betragtning til det andet gasdirektiv). Et af de vigtigste led i denne liberalisering af gasmarkederne er at etablere en tidsplan for den gradvise åbning af disse markeder på grundlag af den gradvise stigning i antallet af privilegerede

kunder, dvs. kunder, der frit kan købe gas hos en leverandør efter eget valg. I henhold til det andet gasdirektiv skulle alle ikke-indenlandske kunder være privilegerede pr. 1. juli 2004, mens samtlige kunder skal være privilegerede fra den 1. juli 2007.

111 I henhold til det andet gasdirektivs artikel 28, stk. 2, kan medlemsstater, der kan anses for at være markeder under opbygning, følge en anden tidsplan. Indtil de i denne tidsplan fastsatte datoer kan de pågældende medlemsstater undtages fra følgende forpligtelser: ikke-diskriminerende tilladelse til at opføre eller drive gasanlæg, udnævnelse af netoperatører, fastlæggelse af disse operatørers opgaver, retlig adskillelse af transportnetoperatører, udpegning af distributionsnetoperatører, afgrænsning af disses ligevægtskabende opgaver, retlig adskillelse af distributionsnetoperatører, adskillelse af regnskaber, sikring af tredjeparters adgang til naturgasnettet og LNG-installationerne, overholdelse af liberaliseringstidsplanen og indførelse af en ordning for direkte gasledninger (jf. præmis 6 ovenfor).

112 Det er således klart, at denne undtagelse fritager den pågældende medlemsstat fra forpligtelsen til at gennemføre de vigtigste bestemmelser i det andet gasdirektiv, som sikrer en åbning af de forskellige markeder for konkurrence og en effektiv konkurrence. Det må derfor konkluderes, at de pågældende gasmarkeder som følge af denne undtagelse ikke er åbne for konkurrence, så længe den pågældende medlemsstat ikke har åbnet markederne.

B — *Første anbringende, første led: manglende hensyntagen til den undtagelse, der er fastsat for Den Portugisiske Republik*

113 Sagsøgeren har i første led af anbringendet hævdet, at Kommissionen ved vurderingen af fusionens virkninger for markeder, der ikke er åbne for konkurrence,

har tilsidesat Den Portugisiske Republiks ret til at omstrukturere gassektoren inden for det tidsrum, der er fastsat i den undtagelse, der gælder for landet i henhold til det andet gasdirektivs artikel 28. Kommissionen finder derimod, at fusionen alene er en følge af beslutninger truffet af virksomheder, og at den først og fremmest skal undersøges på baggrund af forordning nr. 4064/89. Kommissionen finder endvidere, at den har sikret den nødvendige sammenhæng mellem denne forordning og det andet gasdirektiv ved ikke at vurdere virkningerne af fusionen i den periode, der er omfattet af undtagelsen. Endelig finder Kommissionen, at undtagelsen ikke giver en medlemsstat ret til at begunstige en fusion, som vil påvirke konkurrencen væsentligt efter udløbet af undtagelsen.

114 Det er ubestridt, at Den Portugisiske Republik er omfattet af undtagelsen i det andet gasdirektivs artikel 28, stk. 2, og at denne undtagelse vil ophøre i 2007, hvilket vil indebære en fastlæggelse af tidsplanen for den gradvise åbning af gasmarkederne for konkurrence.

115 Den Portugisiske Republik har udnyttet denne undtagelse til at etablere en national gasindustri, der har monopol på samtlige aktiviteter inden for gassektorerne (transport, oplagring, distribution, levering). Det skal bemærkes, at Kommissionen ikke har fremsat nogen indsigelser mod den konkurrencesituation, disse monopoler skaber. I den foreliggende sag har den portugisiske regering endnu ikke officielt åbnet nogen af de berørte markeder for konkurrence. Kommissionen har bl.a. gjort gældende, at åbningen af markedet for levering af gas til elproducenter var blevet fastsat til 2004 og derefter udsat til 2005 (211. betragtning til den anfægtede beslutning). Der er imidlertid ikke fremlagt nogen dokumentation for den faktiske åbning af dette marked. Efter Kommissionens eget udsagn var dette marked endvidere ikke åbent for konkurrence ved vedtagelsen af den anfægtede beslutning. Desuden har Kommissionen henvist til, at Den Portugisiske Republik helt alvorligt overvejer at fremskynde liberaliseringen af samtlige gasmarkeder. Selv om det antages, at tidsplanen for liberaliseringen i Portugal fremskyndes, vil samtlige de berørte gasmarkeder fortsat være omfattet af undtagelsen, så længe liberaliseringen ikke er gennemført. Endvidere er der intet, der tyder på, at Den Portugisiske Republik vil acceptere en fremskyndelse af tidsplanen for liberalisering, hvis ikke fusionen gennemføres.

116 Gasmarkederne i Portugal var således ikke åbne for konkurrence ved vedtagelsen af den anfægtede beslutning. Dette påvirker imidlertid umiddelbart og uundgåeligt anvendelsen af artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, på disse markeder.

117 For det første vil det første kriterium i artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, nemlig skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling, ikke kunne finde anvendelse, idet GDP i dag faktisk har monopol på markederne for levering af gas til elproducenter, LDC'er og storkunder (475. betragtning til den anfægtede beslutning). Et monopol repræsenterer nemlig på et bestemt marked den absolutte dominerende stilling, som således ikke kan styrkes dér. Det eneste marked, hvor GDP's dominerende stilling vil kunne styrkes, er markedet for LDC'ernes levering af gas til mindre kunder, idet GDP kun ejer fem af de seks eksisterende LDC'er. Det skal dog bemærkes, at hver af disse LDC'er har et monopol i sit eget geografiske område, hvilket i øjeblikket forhindrer enhver indbyrdes konkurrence.

118 For det andet kan det andet kriterium i artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, nemlig at den effektive konkurrence skal være betydeligt hæmmet, hvilket er et selvstændigt kriterium som nævnt ovenfor, ej heller opfyldes på et marked uden konkurrence. En fuldstændig mangel på konkurrence indebærer, at der ikke er nogen effektiv konkurrence, der kan hæmmes betydeligt ved fusionen på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning.

119 Dette bekræftes fuldt ud af den almindelige retspraksis på konkurrenceområdet. Med hensyn til aftaler og misbrug af dominerende stilling har Domstolen således fastslået, at såfremt en national lovgivning skaber en retlig ramme, som berøver virksomhederne enhver mulighed for at konkurrere retmæssigt, finder artikel 81 EF og 82 EF ikke anvendelse (Domstolens dom af 16.12.1975, forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1663, præmis 71 og 72, og af 11.11.1997, forenede sager C-359/95 P og C-379/95 P, Kommissionen og Frankrig mod Ladbroke Racing, Sml.

I, s. 6265, præmis 33, samt Rettens dom af 30.9.2003, forenede sager T-191/98 og T-212/98 — T-214/98, Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 3275, præmis 1130). Retten har ligeledes med hensyn til statsstøtte fastslået, at »[e]n støtteordning, der er indført på et marked, der oprindeligt var lukket for konkurrence, [tilsvarende må] anses for en eksisterende støtteordning, når markedet liberaliseres, for så vidt som støtteordningen ikke ved indførelsen var omfattet af anvendelsesområdet for traktatens artikel 92, stk. 1, idet denne bestemmelse under hensyn til dens betingelser om påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne og følgevirkninger på konkurrencen kun anses for at finde anvendelse på erhvervsgrene, der er åbne for konkurrence« (Rettens dom af 15.6.2000, forenede sager T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 — T-607/97, T-1/98, T-3/98 — T-6/98 og T-23/98, Alzetta m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2319, præmis 143, som indirekte er blevet stadsfæstet efter appel ved Domstolens dom af 29.4.2004, sag C-298/00 P, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 4087, præmis 66-68).

120 Det skal påpeges, at denne situation alene berører spørgsmålet om opfyldelsen af betingelserne i artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 og ikke spørgsmålet om artiklens anvendelse eller hele forordning nr. 4064/89's anvendelighed over for fusionen. Såfremt en fusion falder ind under denne forordnings anvendelsesområde, er fusionen nemlig i henhold til forordningens artikel 1 omfattet af forordningen, men kan ikke forbydes under henvisning til fusionens virkninger på markeder, der ikke er åbne for konkurrence.

121 Kommissionen hævder at have respekteret undtagelsen ved at udskyde en gennemgang af konkurrenceforholdene i den anfægtede beslutning til et tidspunkt, hvor gasmarkederne skulle være åbne for konkurrence, enten ifølge de portugisiske myndigheders tidsplan eller ifølge den senere fremlagte, men alligevel bindende, tidsplan for undtagelsen. Herved har Kommissionen delvis bekræftet ovennævnte overvejelser om det umulige i at opfylde kriterierne i artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, når der er tale om markeder, der ikke er åbne for konkurrence.

122 Kommissionens argument skal forkastes. At genstanden for den konkurrencemæssige analyse udskydes til et tidspunkt, der ligger efter udløbet af undtagelsen, er

nemlig ikke ensbetydende med, at der er taget hensyn til undtagelsen. Ved at forbyde monopolvirksomheden på gasmarkedet straks at træffe erhvervsmæssige foranstaltninger, som fører til en ændring af virksomhedens konkurrencesituation, selv om undtagelsen for Den Portugisiske Republik fritager landet fra at følge fælles konkurrenceregler, har Kommissionen set bort fra, at landet frit kan omstrukturere gasmarkedet i den periode, hvor undtagelsen gælder. Med andre ord har Kommissionen gjort det umuligt for parterne at udnytte fusionens virkninger for gasmarkedet i den periode, hvor fusionen ikke kunne forbydes i medfør af forordning nr. 4064/89 og det andet gasdirektiv.

123 Ved alene at vurdere fusionens fremtidige virkninger for gasmarkedet, nemlig virkningerne fra det tidspunkt, hvor markederne kan opfylde betingelserne i artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, dvs. når disse markeder er åbne for konkurrence, har Kommissionen nemlig bevidst undladt at tage hensyn til fusionens umiddelbare virkninger for disse markeder.

124 Når Kommissionen i henhold til artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 undersøger en fusion, skal den imidlertid afgøre, om skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling, der efter sin art mærkbart og varigt kan hindre den effektive konkurrence på det eller de pågældende markeder, er fusionens direkte og umiddelbare virkning. Såfremt der ikke er en sådan ændring af den aktuelle konkurrence, skal transaktionen godkendes (Rettens dom af 6.6.2002, sag T-342/99, Airtours mod Kommissionen, Sml. II, s. 2585, præmis 58 og den deri nævnte retspraksis). Ganske vist kan Kommissionen i givet fald tage hensyn til virkningerne af en fusion i nær fremtid (Rettens dom af 25.10.2002, sag T-5/02, Tetra Laval mod Kommissionen, Sml. II, s. 4381, præmis 153) eller endog forbyde en fusion under henvisning til sådanne fremtidige virkninger. Dette berettiger imidlertid ikke Kommissionen til at undlade at analysere de eventuelle umiddelbare virkninger af en sådan fusion og tage dem i betragtning i sin samlede vurdering af hele fusionen.

125 Kommissionen har i den foreliggende sag ikke undersøgt perioden mellem datoen for fusionen og datoen for åbningen af gasmarkederne for konkurrence, dvs. en periode, der, afhængig af, hvilket marked der er tale om, strækker sig over tre til seks eller otte år efter fusionen. Fusionen som ændret ved tilsagnene vil imidlertid få mærkbare umiddelbare virkninger for gasmarkederne, især i form af en fremskyndelse af markedernes åbning med ca. to-tre år i forhold til tidsplanen ifølge undtagelsesbestemmelsen. Hvis den portugisiske regering åbner disse markeder for konkurrence i overensstemmelse med sine forsikringer herom, vil mange tilsagn sikre, at åbningen bliver reel, især for så vidt angår tredjeparters adgang til gaskapaciteten. Kommissionens undladelse er langt fra neutral fra en konkurrencemæssig synsvinkel, idet man ikke kan se bort fra den fremskyndede overgang fra en monopolsituation til en situation, hvor konkurrenter har fået adgang til markedet bl.a. ved, at tredjeparter på en ikke-diskriminerende eller mindre diskriminerende måde får adgang til gasressourcerne eller ved, at tredjeparter får mulighed for at virke på markeder, der tidligere var lukkede.

126 I denne forbindelse må Retten forkaste Kommissionens argument om, at de pågældende virksomheder alene er omfattet af forordning nr. 4064/89 og ikke kan være omfattet af den undtagelse, der er indrømmet den pågældende medlemsstat i henhold til det andet gasdirektiv. Det er rigtigt, at denne forordning og dette direktiv ikke har samme hjemmel eller adressater. Det er ligeledes rigtigt, at fusionen er et resultat af virksomhedsbeslutninger, selv om det fremgår af sagens akter, at den portugisiske stat har del i fusionen, således at forstå, at den portugisiske stat helt åbenbart har regnet med fusionen og måske endog har organiseret den (jf. præmis 11 ovenfor). I modsætning til, hvad Kommissionen har hævdet, kan forordning nr. 4064/89 og det andet gasdirektiv imidlertid ikke analyseres hver for sig. Som nævnt forhindrer den manglende konkurrence på gasmarkederne som følge af den undtagelse, der er indrømmet i henhold til det andet gasdirektiv, anvendelsen af artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89. Virksomhederne kan nemlig ikke kritiseres for at begrænse den effektive konkurrence betydeligt, når denne konkurrence som følge af nationale bestemmelser og fællesskabsbestemmelser er ikke-eksisterende.

127 Som anført af Kommissionen i den anfægtede beslutning (210.-214. betragtning), er det helt umuligt for Kommissionen at vurdere fusionens virkninger for gasmarkedet,

hvis den ikke kan vurdere fusionens fremtidige konkurrencemæssige virkninger for markeder, der endnu ikke er åbne for konkurrence. Når de pågældende markeder skal åbnes for konkurrence efter en streng og bindende tidsplan i henhold til det andet gasdirektiv, kan Kommissionen især ikke vurdere, om fusionen forhindrer indførelsen af en effektiv konkurrence i overensstemmelse med tidsplanen.

128 Såfremt analysen som hævdet af Kommissionen fører til den konklusion, at virksomheder ikke fuldt ud er undergivet de sædvanlige konkurrenceregler, herunder reglerne i det andet gasdirektiv, umiddelbart før reglerne finder anvendelse på dem, er dette resultat i den foreliggende sag en følge af lovgivers vilje, således som denne er kommet til udtryk i den undtagelse, der er indført ved direktivets artikel 28, stk. 2.

129 Endvidere kan Kommissionen ikke udlede af den omstændighed, at parterne har anmeldt fusionen, at de således har anerkendt, at forordning nr. 4064/89 finder anvendelse. For det første drejer den foreliggende sag sig ikke om anvendeligheden af forordningen som helhed, men om anvendelsen af dens vigtigste bestemmelse om forbud mod en del af fusionen. For det andet er denne anmeldelse obligatorisk i henhold til forordningens artikel 1. Hertil kommer, at anvendeligheden af forordning nr. 4064/89 ikke kan afhænge af fusionsparternes vilje.

130 Det må således konkluderes, at Kommissionen ved at basere forbuddet mod fusionen på en styrkelse af de dominerende stillinger, som medfører en væsentlig hindring for konkurrencen på de gasmarkeder, der ikke er åbne for konkurrence, under henvisning til undtagelsen i henhold til det andet gasdirektivs artikel 28, stk. 2, har set bort fra undtagelsens virkninger og hermed også undtagelsens rækkevidde.

131 Kommissionens fejl består imidlertid alene i, at den har anset betingelserne for at anvende artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 på markeder, der ikke er åbne for konkurrence, for opfyldt. Derimod er Kommissionens konkurrencemæssige vurderinger i henhold til forordning nr. 4064/89 af situationen for gasmarkederne før fusionen, gasmarkedernes situation på det tidspunkt, hvor markederne forventes at blive åbnet, og elmarkedernes situation før og efter fusionen, ikke berørt af denne fejl. Konkurrencesituationen på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning eller på tidspunktet for de pågældende markeders åbning for konkurrence er nemlig et objektivt element, der ikke berøres af den manglende anvendelse af et retligt kriterium.

132 Det skal ligeledes bemærkes, at den manglende mulighed for at opfylde betingelserne i artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 kun gælder for den sektor, hvor der ikke er konkurrence, idet den nævnte artikel fortsat fuldt ud finder anvendelse på de øvrige sektorer, der eventuelt er berørt af den anmeldte fusion. Det skal her erindres, at forordning nr. 4064/89 tager sigte på analysen af en eller flere dominerende stillinger på det eller de markeder, der berøres af en fusion. Det er fuldstændig muligt, og sker endog ofte, at en fusion alene medfører væsentlige konkurrencebegrænsende virkninger for et eller nogle få af de pågældende markeder, således at de øvrige markeder ikke berøres af fusionen. Også i dette tilfælde skal fusionen forbydes i henhold til artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89. Derfor berøres spørgsmålet om artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89's anvendelighed over for elmarkederne ikke af den fejl, der er begået med hensyn til gasmarkederne.

133 I betragtning af det anførte skal Retten fastslå, at den anfægtede beslutning er behæftet med en retlig fejl, for så vidt som konklusionen i beslutningen er, at GDP's allerede eksisterende dominerende stillinger på markederne for levering af gas til elproducenter, storkunder og mindre kunder er blevet styrket med det resultat, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt.

C — Første anbringende, andet led: udskydelse til et tidspunkt for langt ud i fremtiden

134 Sagsøgeren finder, at Kommissionen har tilsidesat artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 ved at udskyde sin konkurrencemæssige analyse af gasmarkederne til et tidspunkt, der ligger over fem år efter fusionen.

135 Det er som nævnt fastslået, at den anfægtede beslutning er behæftet med en retlig fejl hvad angår anvendelsen af artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 på gasmarkederne. Det er derfor ufornødent at tage stilling til dette led i første anbringende for så vidt angår styrkelsen af GDP's dominerende stillinger på disse markeder.

136 Kommissionen har imidlertid baseret sin analyse af elmarkederne på sin analyse af konkurrencesituationen på gasmarkederne, uden at analysen berøres af den ovenfor konstaterede retlige fejl. Efter en anmodning om at identificere de samspil mellem gasmarkederne og elmarkederne, der er anført i den anfægtede beslutning, har sagsøgeren nævnt en lang række betragtninger, som alle vedrører levering af gas til CCGT'er, enten direkte (336., 340., 365. og 506. betragtning) eller indirekte i form af ikke-horisontale virkninger af fusionen, nemlig den fusionerede enheds mulighed for at udnytte sin nye stærke position på gasmarkedet for at skade de konkurrerende elproducenter (367.-429. betragtning).

137 Det er derfor ufornødent at tage stilling til dette led i første anbringende for så vidt angår Kommissionens konkurrencemæssige vurderinger af andre markeder end markedet for levering af gas til CCGT'er, nemlig markederne for levering af gas til LDC'er, storkunder og mindre kunder.

138 Markedet for levering af gas til CCGT'er skulle ifølge afgørelser truffet af ministerrådet i Portugal, nemlig afgørelse nr. 63/2003 og nr. 68/2003, have været åbnet i 2004, men åbningen blev ifølge Kommissionen udskudt til 2005 (203. og 505. betragtning). Sagsøgeren har ikke bestridt denne dato. Under alle omstændigheder vil dette marked, der i dag tegner sig for næsten halvdelen af det samlede forbrug i Portugal og må anses for et industrielt marked, som følge af sin størrelse og art være et af de første markeder, der skal åbnes for konkurrence i 2007 i medfør af undtagelsen, dvs. senest tre år efter fusionen.

139 Sagsøgeren har imidlertid alene kritiseret Kommissionen for at have overskredet den normale frist for undersøgelsen, nemlig tre-fem år efter fusionen.

140 Derfor er det heller ikke fornødent at tage stilling til dette led i første anbringende for så vidt angår markedet for levering af gas til CCGT'er.

141 I betragtning af det ovenfor anførte er det således unødvendigt at tage stilling til dette led i første anbringende.

IV — *Fjerde anbringende: fejlvurdering af tilsagnene*

A — *Indledende bemærkninger*

142 Det skal indledningsvis erindres, at betingelserne i artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 ikke kan opfyldes for gasmarkedernes vedkommende. Derfor er der ikke

længere grund til at tage stilling til andet led i det fjerde anbringende, som vedrører eventuelle fejlvurderinger af tilsagnenes egnethed til at løse de i gassektoren påviste konkurrenceproblemer.

143 Kommissionen har gjort gældende, at det er tilstrækkeligt, at blot ét af de konkurrenceproblemer, der er påvist i den anfægtede beslutning, ikke løses af et af tilsagnene af 26. november 2004, for at den anfægtede beslutning kan opretholdes.

144 For så vidt visse begrundelser for en beslutning i sig selv kan retfærdiggøre beslutningen, har eventuelle mangler ved andre af begrundelserne for retsakten efter fast retspraksis under alle omstændigheder ingen betydning for selve beslutningen (jf. analogt hermed Domstolens dom af 12.7.2001, forenede sager C-302/99 P og C-308/99 P, Kommissionen og Frankrig mod TF1, Sml. I, s. 5603, præmis 26-29, og Rettens appellerede dom af 8.7.2004, sag T-50/00, Dalmine mod Kommissionen, Sml. II, s. 2395, præmis 134 og 146).

145 På fusionsområdet skal Kommissionen forbyde en fusion, såfremt kriterierne i artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 er opfyldt, også selv om det alene gælder for et af de pågældende markeder.

146 Efter den nu fastlagte retspraksis må det fastslås, at en fusionsbeslutning, hvori fusionen erklæres uforenelig med fællesmarkedet, alene kan annulleres, såfremt det må konstateres, at de eventuelle begrundelser, der ikke er behæftet med mangler, især begrundelserne vedrørende et af de pågældende markeder, ikke er tilstrækkelige til at begrunde beslutningens dispositive del (Rettens dom af 22.10.2002, sag T-310/01, Schneider Electric mod Kommissionen, Sml. II, s. 4071, præmis 412).

147 Det er dog stadig nødvendigt ved undersøgelsen af et bestemt marked også at undersøge konkurrencesituationen på de øvrige markeder, såfremt den pågældende beslutning er baseret på enten de samlede virkninger af fusionen for de forskellige berørte markeder eller den gensidige styrkelse af visse konkurrencemæssige følger af fusionen for disse forskellige markeder.

148 Kommissionen har i den foreliggende sag i den anfægtede beslutning afsluttet sin gennemgang af hvert af de berørte markeder med en konstatering af, at fusionen vil styrke den pågældende dominerende stilling på dette marked, uden at nævne de andre markeder. Da Kommissionen imidlertid har baseret sin konstatering af konkurrenceproblemer på et eller flere elmarkeder på konkurrencesituationen på forskellige el- og gasmarkeder, kan det være nødvendigt at undersøge berettigelsen af alle disse vurderinger af konkurrencesituationen på de berørte markeder. Som nævnt i præmis 131 ovenfor, er vurderingen af konkurrencesituationen på gasmarkederne ikke i sig selv påvirket af, at kriterierne i artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 ikke kan opfyldes for dette marked.

149 Især må Kommissionens krav om, at dette anbringende forkastes alene med den begrundelse, at sagsøgeren ikke seriøst har bestridt styrkelsen af EDP's dominerende stilling på de elmarkeder, der vedrører tilpasning og hjælpefunktioner, samt detailmarkederne, afvises, fordi den anfægtede beslutnings begrundelse med hensyn til disse markeder faktisk som hævdet af sagsøgeren i hvert fald delvis bygger på de konkurrencemæssige vurderinger af engrosmarkedet for elektricitet, og fordi det, hvis vurderingen af sidstnævnte marked forkastes, vil kunne føre til en forkastelse af vurderingen af de berørte markeder.

150 Også Kommissionens påstand om, at sagsøgeren har erkendt, at tilsagnene af 28. oktober og 17. november 2004 ikke var tilstrækkelige til at løse de af Kommissionen påviste konkurrenceproblemer, må forkastes. Selv om sagsøgeren i

stævningen til brug for behandlingen af dette anbringende har medgivet, at fusionen i den anmeldte form vil styrke GDP's dominerende stillinger, og som svar afgivet i retsmødet har erkendt, at fusionen i den anmeldte form vil styrke EDP's dominerende stillinger, har sagsøgeren ikke erkendt, at de tilsagn, der blev foreslået den 28. oktober, den 17. november eller den 26. november 2004, var utilstrækkelige til at løse de påviste konkurrenceproblemer.

151 Efter fast retspraksis skal den kontrol, som Fællesskabets retsinstanser udøver med de komplicerede økonomiske vurderinger, Kommissionen foretager som led i sin skønsbeføjelse efter forordning nr. 4064/89, begrænse sig til en kontrol af, om procedure- og begrundelsesforskrifterne er overholdt, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, og om der foreligger et åbenbart fejlskøn eller er begået magtfordrejning (jf. dommen i sagen Petrolessence og SG2R mod Kommissionen, præmis 101 og den deri nævnte retspraksis, og i samme retning dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, jf. præmis 63 ovenfor, præmis 38).

152 I denne forbindelse har Kommissionen under henvisning til, at sagsøgeren aldrig udtrykkeligt har påberåbt sig et åbenbart fejlskøn, implicit hævdet, at denne undladelse bevirker, at der må ses bort fra dette anbringende. Dette synspunkt skal forkastes. Da sagsøgeren har påberåbt sig en fejlanalyse, og da en sådan fejl i henhold til retspraksis skal være åbenbar, vil det være urimeligt i denne formelle unøjagtighed at se en begrundelse for at forkaste et væsentligt anbringende i den foreliggende sag, og sagsøgeren må derfor anses for at have påberåbt sig åbenbart urigtige skøn. Dette forhindrer ikke, at de af sagsøgeren påberåbte fejl skal være åbenbare for at kunne medføre annullation af den anfægtede beslutning.

153 Endelig har sagsøgeren i stævningen gentagne gange henvist til en økonomisk rapport, som Lexecon har udarbejdet efter anmodning fra sagsøgeren (herefter »Lexecon-rapporten«), der har titlen »EDP-Eni/GDP: en økonomisk vurdering af argumenterne for et forbud mod fusionen som ændret« fra februar 2005.

154 I denne forbindelse må Kommissionens argumenter om, at visse generelle henvisninger til Lexecon-rapporten skal afvises, tages til følge.

155 Efter fast retspraksis er det nemlig af sikkerheds- og retsplejehensyn en forudsætning for, at et anbringende kan antages til realitetsbehandling, at de væsentlige faktiske og retlige omstændigheder, som anbringendet støttes på, fremgår på en sammenhængende og forståelig måde af selve stævningen, i det mindste i summarisk form (jf. i denne retning Domstolens dom af 15.12.1961, forenede sager 19/60, 21/60, 2/61 og 3/61, Société Fives Lille Cail m.fl. mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 269, org.ref.: Rec. s. 561, på s. 588, samt Rettens dom af 16.3.2004, sag T-157/01, Danske Busvognmænd mod Kommissionen, Sml. II, s. 917, præmis 45). I denne forbindelse skal bemærkes, at selv om stævningens indhold på særlige punkter kan støttes og udbygges ved henvisninger til afsnit i dokumenter, der vedlægges som bilag til den, kan der ikke ved en generel henvisning til andre dokumenter, herunder også dokumenter, der figurerer som bilag til stævningen, rådes bod på en undladelse af at anføre afgørende dele af den retlige argumentation, der i medfør af de pågældende bestemmelser skal være indeholdt i stævningen (Rettens kendelse af 21.5.1999, sag T-154/98, Asia Motor France m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1703, præmis 49, og i samme retning Domstolens dom af 28.6.2005, forenede sager C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P — C-208/02 P og C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 5425, præmis 94-101).

156 I det omfang, sagsøgeren ikke specifikt har henvist til et bestemt punkt i Lexecon-rapporten, navnlig hvis der er henvist til den generelle konklusion i rapporten, eller hvis der henvises til et afsnit, hvis væsentlige indhold ikke er gengivet i stævningen, skal henvisningerne til denne rapport således afvises.

157 Fordi sagsøgerens argumenter i det fjerde anbringende vedrørende Kommissionens urigtige økonomiske skøn er så kortfattede, og på grund af de vanskeligheder, henvisningen til Lexecon-rapporten giver anledning til, er næsten hele ordlyden af argumenterne gengivet.

158 Endelig kan Kommissionen hvad angår Lexecon-rapporten ikke generelt påberåbe sig en retspraksis, hvorefter lovligheden af den anfægtede retsakt skal bedømmes efter de faktiske og retlige omstændigheder på det tidspunkt, da retsakten blev udstedt (dommen i sagen Kaysersberg mod Kommissionen, jf. præmis 45 ovenfor, præmis 140). Når der efter datoen for vedtagelsen af den anfægtede beslutning

opstilles en liste over argumenter, der skal få Retten til at konstatere urigtige økonomiske skøn i beslutningen, er der blot tale om en udøvelse af retten til kontradiktion og ikke om et forsøg på at ændre de retlige og faktiske omstændigheder, der er forelagt Kommissionen med henblik på vedtagelse af beslutningen. Kommissionen er dog berettiget til for at forsvare sig mod bestemte klagepunkter at gøre gældende, at der i rapporten ses bort fra de udtrykkelige erklæringer, der er fremført af parterne under den administrative procedure, eller parternes undladelser i forbindelse med samme procedure.

B — *Fjerde anbringende, første led: hensyntagen til tilsagnene af 26. november 2004*

159 For at få efterprøvet lovligheden af Kommissionens vurdering af fusionen som ændret har sagsøgeren præsenteret fusionen, således som den er ændret ved tilsagnene af 26. november 2004, og gjort gældende, at tilsagnene er blevet fremlagt tidligt nok til, at der kan tages hensyn til dem ved vedtagelsen af den endelige beslutning. Kommissionen har bestridt, at tilsagnene er blevet fremlagt rettidigt, og finder, at de ikke klart og uden, at det er nødvendigt med yderligere undersøgelser, løser samtlige påviste konkurrenceproblemer. Derfor bør dette anbringende ifølge Kommissionen forkastes.

160 Det skal først påpeges, at de tilsagn, hvoraf en del blev fremlagt den 26. november 2004, er blevet fremlagt efter udløbet af fristen den 17. november 2004.

161 Det fremgår af artikel 8 i forordning nr. 4064/89, sammenholdt med artikel 18 i forordning nr. 447/98, at fusionsforordningerne ikke pålægger Kommissionen en pligt til at acceptere tilsagn, der er fremlagt efter udløbet af fristen. At der er fastsat en frist, skyldes især det krav om hurtighed, der generelt karakteriserer forordning nr. 4064/89 (dommen i sagen Endemol mod Kommissionen, præmis 68).

162 Imidlertid har Kommissionen ved sin meddelelse om acceptable løsninger, som Kommissionen frivilligt er bundet af, accepteret at undersøge ændrede tilsagn, bl.a. når disse er fremlagt efter udløbet af den frist, der er fastsat i forordning nr. 447/98, »hvis den — på grundlag af sin vurdering af de oplysninger, der allerede er modtaget under undersøgelsen, herunder resultaterne af forudgående markedsundersøgelser, og uden at der er behov for endnu en markedsundersøgelse — klart kan påvise, at når først sådanne tilsagn er gennemført, vil de løse de påviste konkurrenceproblemer og give tilstrækkelig tid til en grundig høring af medlemsstaterne« (punkt 43).

163 Parterne i en anmeldt fusion kan således regne med, at Kommissionen tager hensyn til deres for sent fremlagte tilsagn, såfremt to betingelser er opfyldt, nemlig dels, at disse tilsagn klart og uden, at det er nødvendigt med yderligere undersøgelser, løser de i forvejen påviste konkurrenceproblemer, dels at der er tilstrækkelig tid til at høre medlemsstaterne om disse tilsagn.

164 Parterne har i den foreliggende sag først fremlagt deres tilsagn om morgenen den dag, hvor det rådgivende udvalg skulle holde møde om eftermiddagen, nemlig den 26. november 2004. Med hensyn til tilsagnene om gassektoren var tilsagnene af 26. november 2004 endvidere blot en hensigtserklæring, hvori parterne bebuder ændringer til deres tidligere tilsagn (859. betragtning til den anfægtede beslutning). Den endelige ordlyd af de bebudede tilsagn vedrørende gassektoren blev fremlagt den 3. december 2004 om aftenen.

165 Med hensyn til tilsagnene af 26. november 2004 om elsektoren har Kommissionen i den anfægtede beslutning ikke krævet, at de skulle forkastes med den begrundelse, at Kommissionen ikke havde tilstrækkelig tid til at høre medlemsstaterne. Tværtimod har Kommissionen accepteret at undersøge disse tilsagn for at afgøre, om de opfylder den første betingelse i punkt 43 i meddelelsen om acceptable løsninger (855.-881. betragtning). Da Kommissionen i den foreliggende sag i den

anfægtede beslutning frit har accepteret at tage hensyn til disse tilsagn, må fusionen undersøges således som ændret ved disse tilsagn, dog forudsat at tilsagnene opfylder de særlige krav, der er fastsat i meddelelsens punkt 43.

166 Tilsagnene af 26. november 2004 om gassektoren, der tager sigte på at løse visse konkurrenceproblemer på gasmarkederne og visse problemer på elmarkederne, er først blevet fuldstændige og ubetingede den 3. december 2004. Den egentlige dato for tilsagnene er således den 3. december 2004. Kommissionen har i den anfægtede beslutning kort analyseret udkastet til disse tilsagn af 26. november 2004 og anført, at deres midlertidige karakter var tilstrækkelig grund til at forkaste dem (882. betragtning). Kommissionen har endvidere udtrykkeligt gjort gældende, at den endelige udgave af tilsagnene var blevet fremlagt for sent til, at der kunne tages hensyn til dem ved vedtagelsen af den endelige beslutning (913. betragtning). Det må fastslås, at Kommissionen alene på grund af den meget store fristoverskridelse var berettiget til at forkaste tilsagnene af 3. december 2004. Dels er disse tilsagn nemlig blevet fremlagt syv dage efter høringen af det rådgivende udvalg og blot tre arbejdsdage før vedtagelsen af den endelige beslutning. Dels garanterer meddelelsen om acceptable løsninger ikke, at tilsagn fremlagt efter høringen af det rådgivende udvalg kan indgå i vurderingen. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Kommissionen, medmindre der er tale om særlige omstændigheder, hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag, skal fastsætte tidspunktet for mødet i det rådgivende udvalg 14 dage før mødets afholdelse (artikel 19, stk. 5, i forordning nr. 4064/89). Da det rådgivende udvalg har accepteret, at Kommissionen undlod at forelægge det disse tilsagn, hvis den fandt dem utilstrækkelige, var Kommissionen ikke forpligtet til at indkalde udvalget til et nyt møde og havde i øvrigt heller ikke tid til at gøre det, jf. det ovenfor anførte.

167 Sagsøgerens påstand om, at de seneste tilsagn blot var en ændring af de tidligere tilsagn og måtte anses for et led i de intensive drøftelser med Kommissionen, kan ikke ændre ved denne konklusion. Antages det, at tilsagnene af 3. december 2004 kun indebar mindre ændringer af de tidligere tilsagn, er de nemlig alligevel fremlagt for sent til at kunne forelægges det rådgivende udvalg.

168 Der kan således i den foreliggende sag alene tages hensyn til tilsagnene af 26. november 2004 om elsektoren.

169 Med hensyn til gennemgangen af de sidstnævnte tilsagn med henblik på at fastslå, om de opfylder den første af betingelserne i punkt 43 i meddelelsen om acceptable løsninger, har sagsøgeren fremhævet uoverensstemmelsen mellem dette punkt i meddelelsen og dets udmøntning i den anfægtede beslutning, hvori det hedder, at for sent fremlagte tilsagn »helt og utvetydigt, dvs. umiddelbart, løser de under undersøgelsen påviste konkurrenceproblemer« (859. betragtning til den anfægtede beslutning). Sagsøgeren har imidlertid blot konstateret uoverensstemmelsen uden at drage konsekvenser heraf og hævdet, at tilsagnene af 26. november 2004 fuldt ud løser de påviste konkurrenceproblemer. Det er således ikke fornødent at undersøge, om denne ændrede ordlyd har reelle konsekvenser i den foreliggende sag.

170 I øvrigt må Retten på dette stadium forkaste Kommissionens argument om, at da tilsagnene er fremlagt for sent og ikke klart løser de påviste konkurrenceproblemer, skal sagsøgerens fjerde anbringende alene af denne grund forkastes. Kommissionens anden begrundelse, nemlig at sidstnævnte tilsagn er utilstrækkelige, kan nemlig alene behandles under gennemgangen af det sidste led i fjerde anbringende.

C — *Fjerde anbringende, tredje led: fejlvurdering af fusionen som ændret for så vidt angår elsektoren*

171 Kommissionen har i den anfægtede beslutning konstateret, at EDP har en stærk eller meget stærk dominerende stilling på de fire problematiske markeder, nemlig engrosmarkedet for levering af elektricitet, markederne for tilpasning og hjælpefunktioner samt detailmarkedet for levering af elektricitet til storkunder og mindre kunder.

172 For det første har EDP ifølge den anfægtede beslutning en dominerende stilling på engrosmarkedet for elektricitet både på udbudssiden (med 70% af den samlede produktionskapacitet. Resten af kapaciteten er fordelt mellem Turbogás (8,6%), hvor EDP har en minoritetspost på 20%, Tejo Energia (5,1%), hvor EDP har en minoritetspost på 10%, og andre mindre producenter, der er omfattet af særordningen bl.a. for vedvarende energi; 283.-289. betragtning), og på efterspørgselssiden (90%-100% af det samlede indenlandske forbrug; 299.-301. og 433.-443. betragtning). Den dominerende stilling på efterspørgselssiden skyldes »CMEC-systemet«, der tager sigte på at kompensere for bortfaldet af de aftaler om garanteret køb, der blev indgået under det ikke-liberaliserede system (294.-298. betragtning), de mange og mange forskellige elproduktionsmidler, EDP råder over (292. og 293. betragtning), EDP's fremtidige produktionskapacitet [3 CCGT-enheder (TER); 302.-304. betragtning], usikkerheden omkring opførelsen af nye uafhængige CCGT'er, der er planlagt til 2007, og som under alle omstændigheder først vil kunne påbegyndes tre år efter fusionen (305.-331. betragtning), og endelig de utilstrækkelige forbindelser mellem det spanske og det portugisiske net, der gør det vanskeligt at sikre en tilstrækkelig stor elimport (332.-334. betragtning). For det andet har EDP en dominerende stilling på det eller de markeder for tilpasning og hjælpefunktioner, der er under opbygning, og som kun én elproducent i Portugal kan levere til. EDP er den eneste virksomhed, der kan levere disse tjenester (430.-432. betragtning). For det tredje har EDP en dominerende stilling på detailmarkedet for levering til storkunder, der først blev åbnet for konkurrence i 2003, med en markedsandel på 90%-100%, og detailmarkedet for levering til mindre kunder. Disse dominerende stillinger bekræftes tillige af, at EDP her kun har to mindre konkurrenter, som er afhængige af en usikker import fra Spanien for at få opfyldt deres behov, at EDP fortsat vil være hovedleverandør i det regulerede offentlige system, at 70%-80% af de kunder, der går fra det offentlige til det liberaliserede system, fortsætter hos EDP, at det er EDP, der har koncessionen på det sekundære elnet (svagstrøm), og at EDP som tidligere monopolselskab råder over alle oplysninger om sine kunders forbrugsprofil (433.-443. betragtning).

173 Kommissionen har i den anfægtede beslutning fundet, at fusionen vil styrke EDP's dominerende stillinger og således medføre, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt som følge af dels en horisontal virkning for de fire elmarkeder, der skyldes fjernelsen af GDP som den mest sandsynlige potentielle store konkurrent (335.-364. betragtning; jf. især 363. betragtning; 431. og 450.-473. betragtning), dels ikke-horisontale virkninger for engrosmarkedet for elektricitet, som skyldes adgangen til

konkurrenternes fortrolige oplysninger, privilegeret og præferentiel adgang til de disponible gasressourcer i Portugal samt muligheden for som ønsket at øge konkurrenternes produktionsomkostninger (365.-428. betragtning).

174 Retten skal først bemærke, at sagsøgeren ikke har anfægtet definitionen på elmarkeder (jf. præmis 24 ovenfor). Sagsøgeren har ligeledes i sit skriftlige svar til brug for retsmødet erkendt, at der er påvist konkurrenceproblemer på disse markeder, selv om sagsøgeren benægter, at der er tale om store problemer.

175 Sagsøgeren har fremført to klagepunkter, hvori det bestrides, at tilsagnene betyder en fortsættelse af de horisontale og ikke-horisontale virkninger for elmarkederne. Af begge klagepunkterne fremgår det i øvrigt, at fusionen som ændret vil få positive følger for de portugisiske elmarkeder. I klagepunkterne er det dog næsten udelukkende engrosmarkedet for elektricitet, der nævnes.

176 Retten vil først gennemgå argumenterne om fusionens horisontale virkninger for elmarkederne.

177 Ifølge den anfægtede beslutning har fusionen kun én horisontal virkning for samtlige elmarkeder, nemlig fjernelsen af GDP som den mest sandsynlige potentielle store konkurrent til EDP. Hvad for det første angår engrosmarkedet for elektricitet har Kommissionen redegjort for en række generelle forhold, der viser, at det økonomisk set vil være fornuftigt og interessant for en gasleverandør at bevæge sig ind på engrosmarkedet for elektricitet (335.-344. betragtning). Denne generelle tilskyndelse bekræftes af markedsundersøgelsen og af forholdene i andre medlemsstater, hvor liberaliseringen af disse markeder har ført til et sådant resultat, især Spanien og Det Forenede Kongerige. Endvidere har Kommissionen under sagens behandling for

Retten oplyst om de begrundelser, der er udeladt i den anfægtede beslutning af fortrolighedshensyn, og som viser GDP's egen interesse i at trænge ind på markedet for elproduktion (345.-361. betragtning). Hvad for det andet angår det eller de markeder for tilpasning og hjælpefunktioner, der er under opbygning, finder Kommissionen, at hvis GDP forhindres i at optræde som potentiel ny aktør på engrosmarkedet, vil dette også forhindre en stor potentiel ny aktør i at optræde på markederne for tilpasning og hjælpefunktioner, mens GDP's indtrængen på engrosmarkedet vil svække EDP's stilling på disse markeder (430.-432. betragtning). Hvad for det tredje angår detailmarkederne for elektricitet finder Kommissionen, at GDP var den potentielle store konkurrent som følge af GDP's aktuelle kommercielle tilstedeværelse, det gode omdømme, EDP's nationale mærke har, og GDP's mulighed for at udbyde både elektricitet og gas. Kommissionen har i denne forbindelse i høj grad støttet sig til markedsundersøgelsen og eksempler på situationen i andre medlemsstater (449.-473. betragtning).

178 Sagsøgeren har medgivet, at fusionen som anmeldt vil styrke EDP's dominerende stillinger på de pågældende markeder, hvilket vil medføre en betydelig hindring for en effektiv konkurrence. Derimod har sagsøgeren hævdet, dels at det er højst tvivlsomt, om GDP, hvis fusionen ikke finder sted, vil være stærkt tilskyndet til at trænge ind på engrosmarkedet for elektricitet, dels at de gunstige følger for konkurrencestrukturen, som de foreslåede tilsagn højst sandsynligt vil få, mere end opvejer ethvert konkurrencetab som følge af fjernelsen af GDP som potentiel konkurrent.

179 Selv om Kommissionen flere steder i den anfægtede beslutning har henvist til fjernelsen af »GDP« som den mest sandsynlige potentielle store konkurrent på elmarkederne, fremgår det af beslutningen under ét og især den del, der påviser GDP's særlige interesse i at trænge ind på engrosmarkedet for elektricitet (345.-364. betragtning), at Kommissionen er af den opfattelse, at denne indtrængen vil ske »gennem Galp-koncernen«, en økonomisk enhed omfattende GDP og andre Galp-datterselskaber, uden at Kommissionen har fundet det nødvendigt at oplyse, hvilket datterselskab i Galp-koncernen der vil udøve disse funktioner. I gennemgangen nedenfor vil Retten kun i nødvendigt omfang udtrykkeligt henvise til Galp eller Galp-koncernen, herunder GDP (herefter »Galp/GDP«).

1. GDP's fjernelse som den mest sandsynlige potentielle store konkurrent

180 Med hensyn til GDP's tilskyndelse til at trænge ind på engrosmarkedet for elektricitet har sagsøgeren bestridt relevansen af eksemplerne fra andre medlemsstater og betydningen af GDP's nuværende kapitalinteresser i to kombinerede kraftværker (forkortet stævning, punkt 119, fodnote 105) og kritiseret den manglende hensyntagen til de strukturelle bånd, der forbinder EDP og GDP, og GDP's manglende interesse i at konkurrere med EDP (forkortet stævning, punkt 127). Med hensyn til GDP's tilskyndelse til at trænge ind på markedet for tilpasning og detailmarkedet for elektricitet har sagsøgeren blot gjort gældende, at disse markeder vil få fordel af den forbedrede konkurrencesituation på engrosmarkedet for elektricitet (forkortet stævning, punkt 129).

181 I den forkortede stævning, der er udarbejdet med henblik på hasteproceduren, og som på dette punkt er stort set identisk med den originale stævning, har sagsøgeren i fodnoter henvist til flere dele af Lexecon-rapporten med overskrifterne »ringe udsigt til, at GDP vil blive en stor konkurrent på elmarkederne«, og »model for tilskyndelserne til at investere på engrosmarkedet for elektricitet«. Derfor nøjes Kommissionen med at henvise til sin cheføkonoms rapport, som tilbageviser påstandene i Lexecon-rapporten.

182 Som bekendt kan en generel henvisning til bilagene til parternes processkrifter ikke antages til realitetsbehandling, medmindre den støtter argumenter, der allerede er fremført i parternes hoveddokumenter (jf. den i præmis 155 ovenfor nævnte retspraksis). Sagsøgeren skulle i sin stævning have fremført de argumenter, der viser, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn. De eneste argumenter til støtte for påstanden om, at GDP's indtrængen på markedet var tvivlsom, og som findes såvel i stævningen som i den forkortede stævning, er de argumenter, der er gennemgået i præmis 180 ovenfor. Lexecon-rapporten indeholder derimod en række andre argumenter, der skal vise, at GDP ikke har nogen tilskyndelse til at

trænge ind på elmarkederne, og som overhovedet ikke er nævnt i stævningen. Henvisningen til Lexecon-rapporten kan således kun tillades, såfremt der er tale om argumenter, der allerede er fremført i stævningen, mens de øvrige argumenter må forkastes.

183 Den omstændighed, at den foreliggende sag behandles som hastesag, styrker snarere end svækker relevansen af den retspraksis, der er nævnt i præmis 155 ovenfor. En hasteprocedure, hvor parterne kun kan indgive skriftlige indlæg én gang, forudsætter nemlig, at sagsøgerens endelige argumenter fremgår klart allerede af stævningen eller eventuelt den forkortede stævning. Kravet om mindre omfattende skriftlige indlæg fra parterne, jf. Rettens praktiske instrukser til parterne (punkt VI, afsnit 2 og 3), og hermed også implicit begrænsningen af antallet af fremførte argumenter og af argumenternes kompleksitet, kan endvidere ikke omgås ved systematisk at henvise til omfangsrige og/eller komplekse rapporter.

184 Med hensyn til relevansen af de spanske og britiske liberaliseringseksempler har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen burde have påvist eksemplernes relevans for det portugisiske marked og nævnt eksempler på det modsatte fra Tyskland og Frankrig.

185 Disse eksempler havde til formål at påvise en stor gasleverandørs generelle interesse i at opnå en vertikal integration ved at levere til sine egne CCGT'er. Sagsøgeren har imidlertid ikke anført nogen begrundelse for påstanden om, at eksemplerne ikke har relevans for Portugal. Sagsøgeren har heller ikke nøjagtigt begrundet, hvorfor eksemplerne på det modsatte fra det franske eller tyske marked vil være mere relevante for Portugal. Endvidere henvises der i Lexecon-rapporten i modsætning til stævningen til disse nationale eksempler for at vise, hvor lille en markedsandel de værker, der er bygget af de nye aktører på engrosmarkedet for elektricitet, har (Lexecon-rapporten, 3.3 (b)). Desuden bekræftes gasleverandørernes generelle interesse af svarene på markedsundersøgelsen, som bygger på disse eksempler fra Det Forenede Kongerige og især Spanien.

186 Endvidere har Kommissionen i den anfægtede beslutning under henvisning til markedsundersøgelsen især påvist de økonomiske fordele, en gasleverandør vil få, hvis der sker en vertikal integration inden for elproduktionen som følge af, at de nye kraftværker normalt er gasdrevne, at leverandøren således kan udnytte de gunstige økonomiske vilkår for at få adgang til gas, at den historiske gasoperatør vil søge at finde nye markeder for at kompensere for reduktionen af virksomhedens markedsandele i gassektoren efter liberaliseringen af denne, og endelig at denne integration vil kunne gennemføres, hvis en sådan leverandør trænger ind på detailmarkederne for elektricitet. Sagsøgeren har imidlertid ikke påberåbt sig nogen fejl, og slet ikke nogen åbenbare fejl, i vurderingen af disse yderligere incitamenter.

187 Hvad for det andet angår GDP's interesse i at trænge ind på elmarkederne har Kommissionen i den anfægtede beslutning oplyst, at Galp, som ejer 100% af GDP's kapital, i 2000 fik adgang til markedet for elproduktion gennem et datterselskab, Galp Power, ved at deltage i to projekter vedrørende kombinerede kraftværker med en effekt på henholdsvis 44 MW og 30 MW (347. betragtning til den anfægtede beslutning, fodnote 236). Som Kommissionen har fremhævet, viser denne deltagelse, at Galp allerede før fusionen var interesseret i elproduktion. At Galp som hævdet af sagsøgeren i stævningen deltager i disse to projekter ikke i konkurrence med EDP, men i samarbejde med dette selskab, kan ikke ændre ved opfattelsen af, at Galp ved at deltage i disse projekter har vist interesse for elproduktion. Endvidere har Kommissionen peget på erklæringen fra Galps formand, der er gengivet i en avisartikel fra AFX News, og hvorefter Galp ønsker at trænge ind på elmarkederne, især markederne for elproduktion, hvilket Galps aktionærer, herunder EDP, ikke har haft indvendinger imod. Artiklen bekræfter Kommissionens konklusion vedrørende dette spørgsmål i den anfægtede beslutning. Endelig har denne omstændighed ikke længere nogen betydning for de øvrige projekter, der gennemgås nedenfor.

188 Det fremgår af den anfægtede beslutning, at Galp/GDP-projekterne vedrørende elproduktion går videre end den blotte deltagelse i to kombinerede kraftværker på 40 MW og 30 MW. Galp har gennem sit datterselskab Galp Power i 2002 officielt ansøgt om tilladelse til at bygge to CCGT på hver 400 MW i Sinès. Dette gasturbinekraftværkprojekt er meget mere ambitiøst end den blotte deltagelse i to

kombinerede kraftværker og er udtryk for en betydelig interesse i at trænge ind på markedet for elproduktion med styrke. Ifølge den anfægtede beslutning har en forundersøgelse vedrørende bygningen af CCGT inden for Galp-koncernen foretaget en udførlig analyse af GDP's mulighed for at være aktiv på engrosmarkedet for elektricitet og/eller drive en del af kraftværket. Kommissionen fandt ligeledes, at det var på grund af den portugiske regerings offentliggørelse af fusionen, at projektet ikke var kommet videre end til forundersøgelsen. Gennemførelsen af dette projekt ville imidlertid gøre GDP til et af de første selskaber, som går ind på engrosmarkedet for elektricitet. Det bemærkes i den henseende, at det efter retsmødet er ubestridt, at Galp Power faktisk har fået tilladelse til at bygge en CCGT på 500 MW. Den fortrolighed, som ENI havde begæret i forhold til EDP, for så vidt angår det afsnit i beslutningen, hvor projekterne beskrives, og som er blevet hævet i denne sag, viser, at projektet gennemføres uden nogen form for samarbejde med EDP. Heraf følger, at Galp/GDP har meget seriøse projekter om at gå ind på markedet for elproduktion med den for tiden mest effektive type kraftværk, CCGT.

189 På retsmødet har sagsøgeren understreget, at Galp Power, som ikke var omfattet af fusionen som et umiddelbart datterselskab af Galp, havde ansøgt om disse tilladelser. Denne omstændighed har ikke reel indvirkning på Kommissionens analyse. Da der blev ansøgt om tilladelser, tilhørte Galp Power og GDP samme koncern. Formålet at foretage en vertikal integration mellem gas og elektricitet, som Kommissionen har redegjort for i den anfægtede beslutning, var således fuldt ud sikret inden for Galp-koncernen. Opgives fusionen, vil Galp/GDP beholde sine tilladelser og muligheden for at konkurrere med EDP. Gennemføres fusionen, vil de mistede tilladelser ikke volde den fusionerede enhed problemer, da de allerede har påtaget sig ikke at bygge CCGT inden en vis periode. Under retsmødet har appellanten ligeledes anført, at Galp Power med sine tilladelser var en potentiel konkurrent til den fusionerede enhed. Selv om Kommissionen ikke i den anfægtede beslutning udtrykkeligt har behandlet Galp's fortsatte kapacitet til og interesse i, via Galp Power, at gå ind på engrosmarkedet for elektricitet efter fusionen, udgør denne omstændighed ikke et åbenbart fejlskøn, da den ikke har nogen væsentlig indvirkning på analysen af konkurrencesituationen efter fusionen. Dels er det rent hypotetisk, at Galp fortsat

ville være interesseret i at gå ind på markedet, selv om det skulle miste et væsentligt incitament i form en vertikal integration. Dels ville Galp, hvis denne interesse fortsat bestod, være en helt anden konkurrent i forhold til dengang, selskabet var tilknyttet GDP inden for Galp-koncernen. Sagsøgeren har således ikke godtgjort, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at finde, at fusionen via Galp-koncernen fjerner GDP som den mest sandsynlige potentielle store konkurrent til EDP.

190 Hvad for det tredje angår sagsøgerens argument om, at GDP vil stå ringere end EDP's øvrige potentielle konkurrenter på grund af GDP's strukturbetingede forbindelser med EDP (EDP's kapitalinteresse i Galp, som ejer 100% af GDP's kapital, og den portugisiske stats kapitalinteresse i EDP og GDP), skal det erindres, at den portugisiske stat ifølge den anfægtede beslutning (syvende betragtning, fodnote 6) kontrollerer 30% direkte og 18,3% indirekte af Galps kapital, mens Eni ejer 33,34% og EDP 14%. Ud fra disse tal må det konstateres, at EDP ikke kontrollerer GDP. I denne forbindelse har Kommissionen med rette anført, at EDP altid har hævdet, at EDP's 20% kapitalinteresse i Turbogás ikke giver EDP kontrollen over Turbogás. Argumentet kan imidlertid vendes om, idet Kommissionen altid har haft den opfattelse, at EDP's tilsagn om ikke at udøve sine stemmerettigheder på visse områder og om at udnævne uafhængige medlemmer til Turbogás' bestyrelse ikke vil hindre, at EDP bevarer en negativ indflydelse på Turbogás' adfærd. Ifølge Kommissionen har EDP altid hævdet, at staten ikke kontrollerede EDP. Det må dog konstateres, at den portugisiske regering synes at være den egentlige arkitekt bag fusionen. Dette må nemlig anses for bevist, idet fusionen fuldstændig følger det scenario, den portugisiske regering beskrev i 2003 (jf. præmis 11 ovenfor), for både EDP og GDP.

191 Selv om det antages, at EDP alene eller gennem den portugisiske stat bevarer en indflydelse på GDP, vil fusionen imidlertid ændre denne indflydelse til en kontrol, idet EDP i sidste instans vil råde over 51% af aktiekapitalen. Hvis fusionen ikke gennemføres, vil GDP's økonomiske interesse som påvist i den anfægtede beslutning imidlertid kunne overbevise GDP's aktionærer, især den portugisiske stat og ENI, som er majoritetsaktionærer, om fornuften i at gå bort fra en strategi, der tager sigte på at beskytte EDP's interesser, og i stedet fremme GDP's interesser.

192 Kommissionens har i denne forbindelse med rette anført, at Galp/GDP allerede har truffet beslutning om at bygge to CCGT og allerede har fået en tilladelse. Erklæringen fra Galps bestyrelsesformand, hvorefter ingen aktionær har gjort indvendinger mod, at Galp går ind på elmarkedet, selv om dette ville bringe selskabet i konkurrence med aktionæren EDP, som besidder 14% af aktierne, bekræfter yderligere den anfægtede beslutning på dette punkt.

193 Hvad for det fjerde angår argumentet om, at GDP ikke havde nogen særlig tilskyndelse til at trænge ind på markedet for elproduktion eller lette adgangen for nye aktører, idet GDP kunne sikre sin fortjeneste ved at favorisere EDP som den eneste netstrømskunde, bygger det på den hypotese, at GDP ved at skærpe konkurrencen på markedet for elproduktion vil miste mere på markedet for levering af gas til EDP eller til de uafhængige producenter, end selskabet kan vinde på produktionsmarkedet (direkte Lexecon-rapporten 3.3 (d) og indirekte 3.3 (c)). Argumentet bygger på den forudsætning, at EDP's »vilje« (willingness) til at betale lige så meget som i dag for sine gasleverancer vil blive formindsket, såfremt EDP's dominerende stilling på dette marked svækkes, enten som følge af GDP's indtrængen på markedet eller som følge af, at nye konkurrenter dukker op på markedet.

194 Bortset fra, at rigtigheden af denne forudsætning ikke er påvist, har Kommissionen med rette henvist til det argument, dens cheføkonom har fremført, nemlig at forudsætningen ikke tager hensyn til kendetegnene ved gasleveringskontrakter, bl.a. princippet »take or pay«, eller gasleveringskontrakternes lange løbetid. Selv om det endvidere antages, at dette argument alene gælder for EDP's behov på kort sigt, og at konkurrencen på engrosmarkedet for elektricitet lægger pres på prisen for gas som råvare, har hverken sagsøgeren eller Lexecon-rapporten forklaret, hvorledes eller i hvilket omfang forskellen mellem GDP's salgspris for gas og GDP's interne selvforsyningsomkostninger vil være mindre end et eventuelt tab på markedet for levering af gas.

195 Sagsøgeren har således ikke godtgjort, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at vurdere, at GDP var kraftigt tilskyndet til at trænge ind på engrosmarkedet for elektricitet, og at fusionen ville fjerne EDP's mest sandsynlige potentielle store konkurrent fra dette marked (344. og 868. betragtning).

196 Hvad endelig angår den horisontale virkning for markedet for tilpasning og detailmarkedet for elektricitet har sagsøgeren blot anført, at forbedringen af konkurrencevilkårene på engrosmarkedet for elektricitet ligeledes vil smitte af på disse afledte markeder. Da dette ikke er blevet godtgjort, og da de faktorer, Kommissionen har fremhævet for at påvise eksistensen af den horisontale virkning for disse markeder, ikke er blevet bestridt, må det konstateres, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn hvad angår disse markeder. Det må derfor antages, at der er en horisontal virkning for markedet for tilpasning og detailmarkedet for elektricitet. Da det er konstateret, at der er en sådan horisontal virkning for disse markeder, skal Retten bemærke, at GDP's tilskyndelse til at trænge ind på disse markeder, især detailmarkederne, vil kunne skærpe GDP's interesse i at trænge ind på markedet for elproduktion væsentligt, idet GDP herved vil få en direkte afsætningsmulighed for elproduktionen.

197 Det må således fastslås, at sagsøgeren på ingen måde har godtgjort, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn med hensyn til GDP's stærke tilskyndelse til at trænge ind på samtlige elmarkeder, herunder markederne for tilpasning og hjælpefunktioner og detailmarkederne for elektricitet (432., 473., 876. og 881. betragtning), og GDP's fjernelse som EDP's mest sandsynlige potentielle store konkurrent på disse markeder.

2. Konkurrencemæssig kompensation som følge af tilsagnene

198 Som nævnt skal Kommissionen forbyde en fusion, såfremt kriterierne i artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 er opfyldt hvad angår mindst ét at de besørte markeder (jf. præmis 144-146 ovenfor).

199 Sagsøgeren finder, at den kombinerede effekt af de forskellige tilsagn vedrørende elsektoren mere end opvejer tabet af GDP som potentiel konkurrent. Sagsøgeren har endvidere gjort gældende, at tilsagnene vedrørende gasmarkederne ligeledes har forbedret konkurrenceforholdene på engrosmarkedet for elektricitet.

200 Retten erkender, at hvis tilsagnene på et af de berørte markeder indebærer en konkurrencemæssig kompensation, der mere end opvejer den betydelige hindring for konkurrencen, som fusionen som anmeldt medfører, vil fusionen påvirke konkurrencen på det pågældende marked i positiv retning. Fusionen kan således ikke forbydes for så vidt angår dette marked i henhold til artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89.

201 Sagsøgeren har i sit skriftlige svar til brug for retsmødet og i retsmødet med stor styrke hævdet, at som følge af det stærke samspil mellem gas- og elsektorerne og mellem de forskellige markeder i hver af disse sektorer kan konkurrencesituationen på hvert af disse markeder kun vurderes korrekt, hvis der tages hensyn til konkurrencesituationen på de øvrige markeder. Kommissionen finder for sit vedkommende, at når blot ét af de påviste konkurrenceproblemer på ét af de markeder, der er genstand for den anfægtede beslutning, ikke løses af de foreslåede tilsagn, skal beslutningen opretholdes.

202 Retten skal indledningsvis fastslå, at disse to synspunkter ikke udelukker hinanden. Sagsøgeren har nemlig i retsmødet erkendt, at fusionen som ændret ikke kan vurderes ud fra en afvejning af de konkurrencemæssige fordele og ulemper på de forskellige markeder. Kommissionen har i øvrigt heller ikke hævdet, at konkurrencesituationen på et af de berørte markeder er helt uafhængig af situationen på de øvrige markeder.

203 Retten finder, at når en fusion berører flere særskilte, men indbyrdes forbundne, markeder, og konkurrencesituationen på et eller flere af disse markeder påvirker situationen på andre markeder, må der tages hensyn til disse andre markeder for at kunne vurdere, om fusionen skaber eller styrker en dominerende stilling på et af de berørte markeder, der medfører en betydelig hindring for konkurrencen. Derimod er det ikke nødvendigt at godtgøre, at fusionen vil medføre en sådan hindring på hvert af de berørte markeder, for at kunne konkludere, at fusionen skal forbydes.

204 I den foreliggende sag er det åbenbart, at konkurrencesituationen på et af elmarkederne påvirker situationen på de øvrige markeder, selv om situationen på et marked ikke kun afhænger af situationen på andre markeder. Som anført af Kommissionen i den anfægtede beslutning, øges tilskyndelsen til at trænge ind på engrosmarkedet for elektricitet, hvis virksomheden har adgang til detailmarkedet for elektricitet (338., 342., 343. og 362. betragtning), og vice versa (456. og 472. betragtning). Kommissionen er også af den opfattelse, at alene elproducenterne i Portugal er i stand til at trænge ind på markederne for tilpasning og hjælpefunktioner på elområdet (430. og 431. betragtning).

205 Det fremgår ligeledes, at der er en sammenhæng mellem konkurrencesituationen på hvert af elmarkederne og situationen på gasmarkederne. Bl.a. afhænger konkurrenters indtrængen på engrosmarkedet for elektricitet således til dels af, om de selv kan skaffe gasforsyninger, idet adgangen til dette marked som anført af Kommissionen ved påvisningen af fusionens ikke-horisontale virkninger er hæmmet (365.-428. betragtning). GDP's tilskyndelse til at trænge ind på markedet for elproduktion afhænger ligeledes til dels af de gaspriser, GDP kan opnå som leverandør (340., 341. og 343. betragtning). I øvrigt finder Kommissionen, at det især er GDP's mulighed for at tilbyde både elektricitet og gas, der tilskynder selskabet til at trænge ind på detailmarkederne for elektricitet (453.-458. betragtning). Dette forudsætter nødvendigvis, at GDP kan påvirke konkurrenternes mulighed for at tilbyde begge produkter og hermed også liberaliseringen af gasmarkederne.

206 Ved en vurdering af konkurrenceproblemerne på elmarkederne skal der således tages hensyn til konkurrencesituationen på de øvrige el- eller gasmarkeder efter fusionen som ændret ved tilsagnene.

a) Tilsagnene vedrørende elsektoren

207 Hvad angår den kombinerede virkning af de forskellige tilsagn vedrørende elsektoren har sagsøgeren nævnt EDP's afhændelse af kapitalinteresser i REN og Tejo Energia, moratoriet på bygning af nye CCGT'er, lejen af TER og suspensionen af stemmerettighederne i Turbogás og især henvist til den del af Lexecon-rapporten, der har overskriften »Tilsagnene øger sandsynligvis tredjeparters tilskyndelse til at trænge ind på elmarkedet«. I øvrigt har sagsøgeren fremført argumenter vedrørende moratoriet, lejen af TER og Tejo Energia som led i sin kritik af de ikke-horisontale virkninger for engrosmarkedet for elektricitet. Kommissionen har påpeget, at der ikke foreligger noget argument eller nogen faktisk oplysning for så vidt angår den kombinerede virkning af disse tilsagn og har ligeledes henvist til to dele af rapporten fra Kommissionens cheføkonom. Ikke desto mindre har Kommissionen omhyggeligt og i detaljer forkastet de argumenter, der er fremført af sagsøgeren i stævningen.

208 Der kan som nævnt ikke henvises til argumenter i Lexecon-rapporten, medmindre argumenterne er nævnt i stævningen, og andre argumenter må forkastes.

209 Med hensyn til moratoriet og tilsagnet om at leje TER skal bemærkes, at EDP, hvis fusionen ikke gennemføres, vil gennemføre sit TER-projekt og bygge tre CCGT-værker, hvoraf det første skal begynde produktionen i 2006 med en samlet produktion på [1 000-1 500] MW svarende til næsten 20% af det nuværende forbrug i Portugal (302. betragtning til den anfægtede beslutning). Gennemføres fusionen,

forpligter parterne sig til ikke at bygge andre CCGT'er og til at leje produktionskapaciteten i et eller to af TER's CCGT'er indtil den 30. juni 2010 eller før, såfremt de opsættende betingelser opfyldes. Den væsentligste af disse betingelser vedrører regeringens indrømmelse af licenser til bygning af CCGT'er til en eller to enheder, der ikke kontrolleres af EDP.

210 I den anfægtede beslutning har Kommissionen for det første konstateret, at alene bygningen af CCGT'er vil kunne åbne engrosmarkedet for elektricitet betydeligt som følge af de strukturbetingede importbegrænsninger, det iberiske markeds efterslæb og den fordel, CMEC'erne giver de nuværende producenter (292.-334. betragtning). Kommissionen har for det andet fremhævet den begrænsede varighed af moratoriet og lejeforholdet, den kendsgerning, at moratoriet og lejeforholdet kan bringes til afslutning allerede før den faktiske bygning eller ibrugtagning af de nye CCGT'er, den omstændighed, at udløbet før tiden af moratoriet og lejeforholdet som følge af, at enheder, der ikke er kontrolleret af EDP, indrømmes licenser, ikke forhindrer EDP i at have forbindelse med disse enheder, og den omstændighed, at disse tilsagn ikke forhindrer EDP i at ansøge om licenser til eget brug. Med hensyn til lejen af TER finder Kommissionen endvidere, at usikkerheden omkring lejeforholdets varighed vil veje tungt på lejeren, at denne lejer ikke vil opnå nogen produktionserfaring, og at EDP vil få kendskab til vigtige oplysninger om lejeren, idet denne blot skal leje kapaciteten og ikke skal forvalte produktionsmidlerne (jf. for så vidt angår tilsagnene af 17. november 2004, 743.-753. betragtning, og for så vidt angår tilsagnene af 26. november 2004, 868. betragtning). Kommissionen har heraf udledt, at det er langt fra sikkert, at tilsagnene vil medføre, at nye producenter faktisk trænger ind på markedet.

211 Sagsøgeren har imidlertid i sin stævning ikke fremført væsentlig kritik af de forhold, Kommissionen har påvist med henblik på at konkludere, at disse to tilsagn ikke løser det påviste konkurrenceproblem.

212 Det må således konkluderes, at Kommissionen ikke har anlagt at åbenbart urigtigt skøn ved at finde, at moratoriet og lejen af CCGT'er fra TER ikke i sig selv løser det horisontale problem på engrosmarkedet for elektricitet.

213 Sagsøgeren har i øvrigt gjort gældende, at EDP uden fusionen fortsat vil være i stand til at bygge nye CCGT'er (ikke noget moratorium) og væsentligt begrænse tredjeparters adgang til markedet.

214 Der er ingen tvivl om, at der, hvis fusionen ikke gennemføres, vil være en reel bremse for nye elproducenters adgang til markedet. Dette skyldes, at EDP har til hensigt at bygge nye værker på et allerede velforsynet marked og også har kapaciteten hertil. I mangel af fusion vil denne bremse for adgangen imidlertid ikke synligt påvirke GDP eller Galp-koncernen, idet Kommissionen uden at anlægge et åbenbart urigtigt skøn har påvist (jf. præmis 184-196 ovenfor), at GDP eller Galp-koncernen havde til hensigt at trænge ind på markedet for elproduktion. I tilfælde af fusion har Kommissionen imidlertid uden at anlægge et åbenbart urigtigt skøn fundet (jf. præmis 210-212 ovenfor), at tilsagnene er for utilstrækkelige til at sandsynliggøre, at nye konkurrenter vil trænge ind på engrosmarkedet for elektricitet, når GDP forsvinder som den mest sandsynlige potentielle store konkurrent. Sagsøgerens argument viser således ikke, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn med hensyn til den horisontale virkning af fusionen som ændret for engrosmarkedet for elektricitet.

215 Sagsøgeren har gjort gældende, at afhændelsen af kapitalinteresser i Tejo Energia ville have brudt den strukturbetingede forbindelse mellem EDP og en konkurrerende elproducent, og at dette uden tvivl ville have haft en positiv indflydelse på konkurrencestrukturen. Derimod var det langt fra sikkert, at GDP ville trænge ind på markedet (Lexecon-rapporten, 4.4 (c)).

216 Kommissionen har i den anfægtede beslutning uden tøven erkendt, at EDP's afhændelse af kapitalinteresser i Tejo Energia er positiv. Kommissionen har imidlertid uimodsagt hævdet, at mange andre faktorer forhindrede Tejo Energia i at bygge et CCGT, især aktionærernes modstridende synspunkter i så henseende og det forhold, at hovedaktionærerne, International Power og Endesa, er knyttet til EDP ved andre aftaler om elproduktion i Portugal (669., 756.-758. og 867. betragtning til

den anfægtede beslutning). Da sagsøgeren ikke har godtgjort, at Tejo Energia er en lige så stor konkurrent som GDP, skal Retten fastslå, at tilsagnet vedrørende Tejo Energia i sig selv er utilstrækkeligt til at løse det påviste horisontale problem på engrosmarkedet.

217 Sagsøgeren har ligeledes fremhævet sit tilsagn om at begrænse sine stemmerettigheder i Turbogás i spørgsmål om køb af naturgas og om nye investeringer samt erstatte EDP's repræsentanter i bestyrelsen med uafhængige medlemmer.

218 Kommissionen har i den anfægtede beslutning (759.-766. og 861. betragtning) fundet, at EDP bevarer sin indflydelse på Turbogás, idet EDP bevarer sine stemmerettigheder på de områder, der ikke er omfattet af tilsagnet, og fordi tilsagnet er midlertidigt. Kommissionen har ligeledes fremhævet, at EDP har forbeholdt sig ret til at give sine uafhængige repræsentanter instrukser for at bevare kapitalinteressernes værdi. Kommissionen har i denne forbindelse nævnt den interesse, de øvrige Turbogás-aktionærer, bl.a. International Power, har i at bevare det gode forhold til EDP. Endelig har Kommissionen anført, at EDP for nylig har fået option på yderligere 20% af Turbogás' aktiekapital og på forvaltningen af hele Turbogás' produktionskapacitet. Kommissionen har i sine processkrifter uimodsagt anført, at EDP [...]. Da sagsøgeren ikke har godtgjort, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at vurdere, at Turbogás ikke er en væsentlig konkurrent, må det fastslås, at tilsagnet vedrørende Turbogás i sig selv er utilstrækkeligt til at løse det påviste horisontale problem på engrosmarkedet.

219 Sagsøgeren har ligeledes gjort gældende, at reduktionen af sagsøgerens kapitalinteresse i REN fra 30% til 5% vil få en klart positiv effekt på konkurrencen (Lexecon-rapporten, 4.4 (c)). Kommissionen har i den anfægtede beslutning ikke undersøgt

dette tilsagn for så vidt angår dets horisontale virkning for elmarkederne, men kun for så vidt angår de ikke-horisontale virkninger for disse markeder, hvilket fremgår af parternes skrivelse af 2. november 2004. Da sagsøgeren blot har peget på, at dette tilsagn eksisterer, uden at give andre oplysninger, har virksomheden ikke godtgjort, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn hvad angår dette tilsagn.

220 Det skal afslutningsvis bemærkes, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at vurdere, at fusionen som ændret ved alle tilsagn, der direkte vedrører det horisontale problem, under ét, skal erklæres uforenelig med fællesmarkedet som følge af de horisontale virkninger for elmarkederne. Selv om samtlige disse tilsagn ubestrideligt forbedrer muligheden for at trænge ind på engrosmarkedet for elektricitet, har sagsøgeren ikke været i stand til at tilbagevise Kommissionens konklusion, der bygger på markedsundersøgelsen, nemlig at tilsagnene under ét ikke skaber tilstrækkelig gode konkurrencevilkår til at sandsynliggøre en sådan indtrængen. Selv om det endvidere antages, at der kan forventes en indtrængen på et af elmarkederne, er der intet, der tyder på, at den nye konkurrent vil kunne trænge ind på samtlige elmarkeder eller nogle af dem med samme styrke og fordele som GDP (362.-364., 675., 767. og 868. betragtning til den anfægtede beslutning).

b) Tilsagnene vedrørende gassektoren

221 Sagsøgeren har blot hævdet, at en række af tilsagnene vedrørende gasmarkederne vil gøre det muligt for en ny aktør på engrosmarkedet for elektricitet at skaffe sig gas uafhængigt af den fusionerede enhed. Sagsøgeren har imidlertid ikke anført, hvilke tilsagn der er relevante, eller hvor relevante de er, men har generelt henvist til den del af stævningen, der vedrører undersøgelsen af gasmarkederne. Kommissionen har gjort opmærksom på denne mangel, men har i den del af sagsøgerens processkrifter, der vedrører gasmarkederne, kun kunnet pege på én generel påstand, nemlig at »disse tilsagn [vedrørende gas] vil skabe et klart mere konkurrencepræget miljø inden for elsektoren«.

222 Det fremgår af sagens akter, at tilsagnene vedrørende gassektoren kan inddeles i to kategorier afhængig af, om de tager sigte på at løse de påviste ikke-horisontale problemer på engrosmarkedet for elektricitet især ved at forbedre gasforsyningsvilkårene for de elproducenter, der konkurrerer med den fusionerede enhed (A/ENI. II-F/ENI.IX, H/ENI.XI, og L/EDP.1), eller på at løse de horisontale og ikke-horisontale problemer på gasmarkederne (G/ENI.X, I/ENI.XII og J/ENI.XIV).

223 Retten skal først bemærke, at Kommissionen i den anfægtede beslutning har påvist en horisontal virkning for samtlige elmarkeder og peget på de tilsagn, der direkte tager sigte på at løse dette konkurrenceproblem, uafhængigt af de ikke-horisontale virkninger for engrosmarkedet for elektricitet og de tilsagn, der tager sigte på at løse konkurrenceproblemerne på dette marked (362.-364., 675., 767. og 868. betragtning til den anfægtede beslutning). Kommissionen har heraf nødvendigvis udledt, at fusionen som ændret skal forbydes, eventuelt alene med den begrundelse, at den styrker EDP's dominerende stilling. Dette medfører nemlig en væsentlig hindring for konkurrencen på engrosmarkedet for elektricitet som følge af, at GDP fjernes som den mest sandsynlige potentielle store konkurrent. Retten skal derfor tage stilling til, om Kommissionen som hævdet af sagsøgeren i tredje anbringende, andet led (jf. præmis 84 ovenfor), og under behandlingen af nærværende anbringende burde have undersøgt samtlige tilsagn og konstateret, at tilsagnenes kombinerende virkninger mere end opvejede fjernelsen af den potentielle konkurrence fra GDP's side.

224 Det bemærkes, at tilsagnene vedrørende de ikke-horisontale virkninger for engrosmarkedet for elektricitet (A/ENI.II-F/ENI.IX, H/ENI.XI og L/EDP.1) kun i ringe grad påvirker det påviste horisontale problem på samtlige elmarkeder, nemlig at fusionen som ændret vil fjerne GDP som den mest sandsynlige potentielle store konkurrent.

225 Disse tilsagn påvirker for det første ikke Kommissionens analyse vedrørende GDP. GDP var nemlig ikke berørt af de ikke-horisontale problemer, der blev søgt løst ved disse tilsagn, idet GDP selv uden fusionen havde en privilegeret adgang til gas. Dette bevirker, at hverken GDP's egen tilskyndelse til at trænge ind på elmarkederne eller den styrke, hvormed GDP trænger ind på disse markeder, berøres af tilsagnene.

226 Endvidere påvirker tilsagnene kun perifert Kommissionens konklusion vedrørende den styrke, hvormed GDP trænger ind på engrosmarkedet for elektricitet, i forhold til den fusionerende enheds øvrige konkurrenter. Kommissionen finder nemlig, at GDP i forhold til den fusionerede enheds øvrige konkurrenter på elmarkederne har store konkurrencemæssige fordele, især den vertikale integration mellem Galp-koncernens gas- og elaktiviteter, en privilegeret adgang til gas, mærkets gode omdømme og kendskabet til det portugisiske kundeunderlag. Selv om det antages, at de tilsagn, der tager sigte på at løse de ikke-horisontale problemer, får fuld effekt, vil konkurrencesituationen på engrosmarkedet for elektricitet være mindre gunstig, hvis fusionen gennemføres, end hvis den ikke gennemføres. For det første tager de pågældende tilsagn i det væsentlige alene sigte på at fjerne det konkurrenceproblem, selve koncentrationen giver anledning til, nemlig ved at give den virksomhed, der har en stærk dominerende stilling på engrosmarkedet for elektricitet, mulighed for at udnytte den anden virksomheds dominerende stilling på markedet for levering af gas til elproducenterne. For det andet vil tilsagnene, selv om de kan fremme konkurrencen på markedet for elproduktion ved bygning af CCGT'er, blot indebære, at den fusionerede enheds konkurrenter sikres en mindre diskriminerende og mere fortrolig adgang til gas. Kommissionen har imidlertid ikke hævdet, at gasadgangen, hvis fusionen ikke gennemføres, udgør en reel bremse for adgangen til markedet for andre konkurrenter end GDP, men har ud fra sin markedsundersøgelse konkluderet, at det er lidet sandsynligt, at de aktuelle eller potentielle konkurrenter, der er identificeret, trænger ind på eller udvikler sig på dette marked (jf. 305.-331. betragtning). Endelig har sagsøgeren ikke hævdet, hvilket i øvrigt også ville have været vanskeligt, at disse tilsagn giver konkurrenterne en lige så let og lige så økonomisk gunstig adgang til markedet, som GDP ville have uden fusionen. GDP bevarer således samtlige konkurrencefordele i forhold til den fusionerede enheds øvrige konkurrenter. Med andre ord kan den klare forbedring af gasleveringerne til

den fusionerede enheds konkurrenter langt fra kompensere for fjernelsen af GDP som konkurrent.

227 De tilsagn, der tager sigte på at løse de ikke-horisontale problemer på engrosmarkedet, har således kun perifert påvirket Kommissionens vurdering af det horisontale problem på samtlige elmarkeder. Kommissionen kunne således med rette og uden at anlægge et åbenbart urigtigt skøn undlade at tage hensyn til disse tilsagn og konkludere, at fusionen som ændret styrker EDP's dominerende stilling, hvilket medfører en væsentlig hindring for konkurrencen på engrosmarkedet for elektricitet som følge af fjernelsen af GDP som den mest sandsynlige potentielle store konkurrent.

228 Hvad angår de tilsagn, der alene vedrører gassektoren (G/ENI.X, I/ENI.XII og J/ENI. XIV), har sagsøgeren ikke anført, hvor meget tilsagnene vil forbedre konkurrenceevnen hos EDP's eventuelle konkurrenter. Det tilkommer imidlertid ikke Retten selv at undersøge, hvilke virkninger disse tilsagn kan få for elmarkederne, eller selv at vurdere virkningernes intensitet for at fastslå, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn.

c) Konklusion vedrørende den samlede vurdering af de konkurrencemæssige følger af fusionen som ændret for elmarkederne

229 Sagsøgeren har som nævnt ikke påvist, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at konkludere, at GDP er en meget sandsynlig potentiel stor konkurrent til EDP på elmarkederne.

230 Sagsøgeren har heller ikke påvist, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn, da den vurderede, at tilsagnene vedrørende det af Kommissionen påviste horisontale problem på elmarkederne ikke er egnede til at lette markedsadgangen for andre af EDP's store konkurrenter end GDP.

231 Sagsøgeren har endvidere ikke godtgjort, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved ikke at tage hensyn til de foreslåede tilsagns egnethed til at løse de ikke-horisontale konkurrenceproblemer på elmarkederne eller til at løse konkurrenceproblemerne på gasmarkederne ved sin vurdering af den horisontale virkning for engrosmarkedet for elektricitet, fusionen som ændret vil medføre.

232 Især løser den væsentlige forbedring af konkurrencesituationen på gasmarkederne som følge af fusionen som ændret ikke konkurrenceproblemerne på elmarkedet.

233 Der er ingen tvivl om, at situationen på gasmarkederne vil være væsentligt forbedret, hvis fusionen som ændret gennemføres. Efter fusionen vil tilsagnene i betragtning af det monopol, GDP har i dag før fusionen, med deres reelle garanti for adgang uden forskelsbehandling til gasforsyninger give tredjeparter en adgang til gas på konkurrencefremmende vilkår, også selv om garantierne efter Kommissionens opfattelse er ufuldstændige. Også de portugisiske myndigheders forslag om bl.a. en fremskyndelse af liberaliseringen af gasmarkederne skaber en ny konkurrencesituation på gasmarkederne. Denne situation vil kunne tiltrække nye aktører på

gasmarkederne, aktører, som af de samme grunde, som gælder for GDP, vil kunne få adgang til elmarkederne. Denne situation på gasmarkederne vil ligeledes kunne forbedre konkurrencesituationen på det afledte marked for elproduktion gennem CCGT'er, idet EDP's potentielle konkurrenter vil kunne påregne bedre og ikke-diskriminerende eller mindre diskriminerende forsyningsvilkår.

234 Kommissionen har imidlertid ikke anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at vurdere, at de fordele, som disse tilsagn og forslag skaber, ikke vil føre til en konkurrencesituation på elmarkederne, der er lige så god eller bedre end den, der skabes ved GDP's potentielle indtrængen på markederne, hvis fusionen ikke gennemføres. Dels vil hverken en eventuel ny aktør på gasmarkederne eller en eventuel ny aktør på engrosmarkedet for elektricitet i hvert fald foreløbig kunne trænge ind på elmarkederne med den styrke, som GDP har, hvis fusionen ikke finder sted. Kommissionen har især fremhævet de mange særlige fordele, GDP har i kraft af sin adgang til gas, GDP-mærkets gode omdømme, kendskabet til kundeunderlaget samt de allerede fastlagte elprojekter. Dels kan den blotte omstændighed, at der muligvis skabes en større konkurrence på gasmarkederne, hvilket indebærer en tilsvarende begrænsning af en af bremserne for adgangen til markedet for elproduktion, ikke ændre ved Kommissionens konstatering af, at det er lidet sandsynligt, at andre lige så store konkurrenter som GDP vil trænge ind på dette marked.

235 Selv om Kommissionen med urette har undladt at vurdere fusionens positive følger for gasmarkederne (jf. præmis 123 ovenfor), viser en sammenligning mellem konkurrencesituationen i dag før fusionen på elmarkederne, der især er præget af GDP's monopol på levering af gas til elproducenterne samt EDP's stærke dominerende stillinger på samtlige elmarkeder, og konkurrencesituationen efter fusionen, der især vil være præget af en væsentlig åbning af markedet for levering af gas til elproducenter og fjernelse af en potentiel stor konkurrent på samtlige elmarkeder, nemlig GDP, ikke, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at vurdere, at konkurrencesituationen på hvert af elmarkederne forværres som følge af fusionen.

236 Til overflod skal bemærkes, at da den generelle forbedring af konkurrencesituationen på gasmarkederne efter fusionen som ændret ikke påvirker elmarkederne tilstrækkeligt til at fjerne de påviste konkurrenceproblemer på sidstnævnte markeder, kan Kommissionen ikke erklære fusionen forenelig med fællesmarkedet under påberåbelse af de gunstige følger for konkurrencen inden for den ene af de berørte sektorer uden hensyntagen til de negative følger i den anden sektor. Det må ikke glemmes, at de fleste, måske endog alle, de forventede konkurrencefordele for gassektoren som følge af fusionen er fordele, der opnås på kort eller mellemlangt sigt. Samtlige eller de fleste af fordelene vil nemlig under alle omstændigheder manifestere sig to-tre år efter den dato, der regnes med i fusionsplanerne, som følge af tidsplanen for liberaliseringen i henhold til de undtagelsesbestemmelser, der er indeholdt i det andet gasdirektiv, og som Den Portugisiske Republik er omfattet af.

237 Sagsøgeren har således ikke godtgjort, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn, da den konkluderede, at fusionen som ændret vil styrke EDP's dominerende stilling på elmarkederne, hvilket vil medføre en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence.

V — *Forslag til afgørelse*

238 Det skal erindres, at den anfægtede beslutning er behæftet med en retlig fejl, idet den vedrører gasmarkederne i Portugal.

239 Til gengæld er den anfægtede beslutning ikke behæftet med nogen af de retlige fejl, der påberåbes i andet og tredje anbringende, eller med de åbenbart urigtige skøn, der påberåbes i fjerde anbringende, andet led, for så vidt angår elsektoren.

240 I medfør af den retspraksis, der er nævnt i præmis 144-146 ovenfor, konstaterer Retten, at de ikke-annullerede begrundelser for den anfægtede beslutning udgør et tilstrækkeligt grundlag for beslutningens konklusion, nemlig at fusionen skal erklæres uforenelig med fællesmarkedet.

241 Kommissionen skal derfor frifindes.

Sagens omkostninger

242 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgeren har tabt sagen, skal virksomheden tilpligtes at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Kommissionens påstand herom.

243 Da intervenienten ikke har nedlagt påstand om, at sagsøgeren skal betale sagens omkostninger, skal hver part bære sine egne omkostninger i forbindelse med interventionen.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling)

1) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.

2) Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

3) Hver part bærer sine egne omkostninger i forbindelse med interventionen.

Pirrung Forwood Papasavvas

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 21. september 2005.

H. Jung

Justitssekretær

J. Pirrung

Afdelingsformand

Indhold

Retsforskrifter ..... II - 3754

Tvistens baggrund ..... II - 3757

Retsforhandlinger og parternes påstande ..... II - 3767

Realiteten ..... II - 3769

I — Det andet anbringende: tilsidesættelse af artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 ..... II - 3771

II — Det tredje anbringende: tilsidesættelse af artikel 8, stk. 2 og 3, i forordning nr. 4064/89 ..... II - 3776

A — Tredje anbringende, første led: bevisbyrden ..... II - 3776

B — Tredje anbringende, andet led: samlet vurdering af fusionen som ændret ..... II - 3782

C — Tredje anbringende, tredje led: magtfordrejning ..... II - 3786

D — Tredje anbringende, fjerde led: vanskeligheder ved at kontrollere visse adfærdsmæssige tilsagn ..... II - 3790

III — Første anbringende: undtagelsen til fordel for Den Portugisiske Republik i henhold til det andet gasdirektiv ..... II - 3793

A — Indledende bemærkninger ..... II - 3793

B — Første anbringende, første led: manglende hensyntagen til den undtagelse, der er fastsat for Den Portugisiske Republik ..... II - 3794

C — Første anbringende, andet led: udskydelse til et tidspunkt for langt ud i fremtiden ..... II - 3802

IV — Fjerde anbringende: fejlvurdering af tilsagnene ..... II - 3803

A — Indledende bemærkninger ..... II - 3803

B — Fjerde anbringende, første led: hensyntagen til tilsagnene af 26. november 2004 ..... II - 3808

C — Fjerde anbringende, tredje led: fejlvurdering af fusionen som ændret for så vidt angår elsektoren ..... II - 3811

1. GDP's fjernelse som den mest sandsynlige potentielle store konkurrent ..... II - 3815

2. Konkurrencemæssig kompensation som følge af tilsagnene ..... II - 3821

a) Tilsagnene vedrørende elsektoren ..... II - 3824

b) Tilsagnene vedrørende gassektoren ..... II - 3828

c) Konklusion vedrørende den samlede vurdering af de konkurrencemæssige følger af fusionen som ændret for elmarkederne II - 3831

V — Forslag til afgørelse ..... II - 3834

Sagens omkostninger ..... II - 3835