YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN
TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (toinen jaosto)

21 päivänä syyskuuta 2005 *

Asiassa T-87/05,

**EDP — Energias de Portugal SA**, kotipaikka Lissabon (Portugali), edustajinaan asianajajat C. Botelho Moniz, R. García-Gallardo, A. Weitbrecht ja J. Ruiz Calzado,

kantajana,

vastaan

**Euroopan yhteisöjen komissio**, asiamiehinään A. Bouquet ja M. Schneider, prosessiosoite Luxemburgissa,

vastaajana,

jota tukee

**Gas Natural SDG SA**, kotipaikka Barcelona (Espanja), edustajinaan asianajajat J. Perez-Bustamante Köster ja P. Suárez Fernández,

väliintulijana,

* Oikeudenkäyntikieli: englanti.

jossa on kyse komission 9.12.2004 tekemän päätöksen K(2004) 4715 lopullinen, jolla keskittymä, jossa EDP — Energias de Portugal SA ja Eni Portugali Investment SpA pyrkivät hankkimaan yhteisen määräysvallan Gás de Portugal SGPS SA:sta, todetaan yhteismarkkinoille soveltumattomaksi (asia COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP), kumoamista koskevasta vaatimuksesta,

EUROOPAN YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIN (toinen jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja J. Pirrung sekä tuomarit N. J. Forwood ja S. Papasavvas,

kirjaaja: hallintovirkamies J. Plingers,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 5.7.2005 pidetyssä istunnossa esitetyn,

on antanut seuraavan

**tuomion**

## Asiaa koskevat oikeussäännöt

1 Yrityskeskittymien valvonnasta 21 päivänä joulukuuta 1989 annetun neuvoston asetuksen (ETY) N:o 4064/89 (EYVL L 395, s. 1), sellaisena kuin se on oikaistuna

(EYVL 1990, L 257, s. 13) ja muutettuna 30.6.1997 annetulla neuvoston asetuksella (EY) N:o 1310/97 (EYVL L 180, s. 1) (jäljempänä asetus N:o 4064/89), 2 artiklan 3 kohdassa säädetään seuraavaa:

"Keskittymä julistetaan yhteismarkkinoille soveltumattomaksi, jos sillä luodaan sellainen määräävä asema tai vahvistetaan sellaista määräävää asemaa, jonka seurauksena tehokas kilpailu yhteismarkkinoilla tai niiden merkittävällä osalla olennaisesti estyisi."

2 Yrityskeskittymien valvonnasta annetussa neuvoston asetuksessa N:o 4064/89 säädetyistä ilmoituksista, määräajoista ja kuulemisista 1 päivänä maaliskuuta 1998 annetun komission asetuksen (EY) N:o 447/98 (EYVL L 61, s. 1) 18 artiklan 2 kohdassa säädetään seuraavaa:

"Sitoumukset, joita kyseiset yritykset ehdottavat komissiolle asetuksen N:o 4064/89 8 artiklan 2 kohdan mukaisesti ja joihin osapuolet haluavat kyseisen asetuksen nojalla tehtävän päätöksen perustuvan, on annettava komissiolle tiedoksi kolmen kuukauden kuluessa menettelyn aloittamispäivästä. Komissio voi poikkeustapauksissa pidentää tätä määräaikaa."

3 Komission antaman tiedonannon neuvoston asetuksen N:o 4064/89 ja komission asetuksen N:o 447/98 mukaan hyväksyttävistä korjaustoimenpiteistä (EYVL 2001, C 68, s. 3; jäljempänä korjaustoimenpiteitä koskeva tiedonanto) 43 kohdassa todetaan seuraavaa:

"— — Jos osapuolet myöhemmin muuttavat ehdottamiaan sitoumuksia, komissio voi hyväksyä nämä muutetut sitoumukset ainoastaan silloin, kun se voi selvästi päätellä — tutkimuksen kuluessa jo saamiensa tietojen ja aikaisempien markkina-

testien tulosten arvioinnin perusteella tarvitsematta tehdä uutta markkinatestiä — että kun kyseiset sitoumukset on toteutettu, ne poistavat havaitut kilpailuongelmat ja jäsenvaltioiden kuulemiseen jää riittävästi aikaa."

4 Maakaasun sisämarkkinoita koskevista yhteisistä säännöistä ja direktiivin 98/30/EY kumoamisesta 26 päivänä kesäkuuta 2003 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2003/55/EY (EYVL L 176, s. 57; jäljempänä toinen maakaasudirektiivi) 3 artiklan 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

"Jäsenvaltioiden on oman institutionaalisen järjestelmänsä mukaisesti ja toissijaisuusperiaate asianmukaisesti huomioon ottaen varmistettava, että maakaasualan yritykset toimivat tämän direktiivin periaatteiden mukaisesti siten, että maakaasualalla saadaan aikaan kilpailulliset, varmat ja ympäristön kannalta kestävät markkinat, sanotun kuitenkaan rajoittamatta 2 kohdan soveltamista; jäsenvaltiot eivät saa harjoittaa syrjintää näiden yritysten välillä niiden oikeuksien tai velvollisuuksien suhteen."

5 Toisen maakaasudirektiivin 1 artiklan 31 kohdassa määritellään uusi markkina-alue siten, että sillä tarkoitetaan "jäsenvaltiota, jossa sen ensimmäisen pitkäaikaisen maakaasun toimitussopimuksen ensimmäinen kaupallinen toimitus toteutettiin korkeintaan kymmenen vuotta aiemmin".

6 Toisen maakaasudirektiivin 28 artiklan 2 ja 3 kohdassa säädetään seuraavaa:

"2. Jäsenvaltio, joka voidaan määritellä uudeksi markkina-alueeksi ja jossa tämän direktiivin täytäntöönpano aiheuttaisi merkittäviä ongelmia, voi poiketa tämän direktiivin 4 artiklan, 7 artiklan, 8 artiklan 1 ja 2 kohdan, 9 artiklan, 11 artiklan,

12 artiklan 5 kohdan, 13 artiklan, 17 artiklan, 18 artiklan, 23 artiklan 1 kohdan ja/tai 24 artiklan säännöksistä. Tämän poikkeuksen voimassaolo lakkaa ilman eri toimenpiteitä, kun jäsenvaltiota ei enää voida pitää uutena markkina-alueena. Tällaisesta poikkeuksesta on ilmoitettava komissiolle.

3. Edellä 2 kohdassa tarkoitetun poikkeuksen voimassaolon päättymisajankohtana vaatimukset täyttävien asiakkaiden määritelmän on johdettava markkinoiden avautumiseen, joka vastaa vähintään 33:a prosenttia maakaasun vuosikulutuksesta kansallisilla maakaasumarkkinoilla. Kahden vuoden kuluttua siitä sovelletaan 23 artiklan 1 kohdan b alakohtaa ja kolmen vuoden kuluttua siitä 23 artiklan 1 kohdan c alakohtaa. Siihen saakka, kunnes 23 artiklan 1 kohdan b alakohtaa sovelletaan, 2 kohdassa tarkoitetut jäsenvaltiot voivat päättää olla soveltamatta 18 artiklaa lisäpalveluihin ja tilapäiseen varastointiin, joita tarvitaan maakaasuttamista varten ja maakaasun toimittamiseksi sen jälkeen siirtoverkkoon."

## Asian tausta

7 Kantajana oleva EDP — Energias de Portugal SA (jäljempänä EDP tai kantaja) on perinteinen portugalilainen sähköyhtiö. Se toimii lähinnä sähkön tuottajana, jakelijana ja toimittajana Portugalissa. EDP on noteerattu Lissabonin (Portugali) pörssissä Euronextissä. Sen suurin osakkeenomistaja on Portugalin valtio, joka omistaa suoraan tai välillisesti 30 prosenttia osakkeista, ja loput osakkeista on hyvin monien eri sijoittajien omistuksessa. EDP:llä on määräysvalta Hydrocantábrico -nimisessä yhtiössä, joka toimii Espanjan sähkö- ja maakaasumarkkinoilla. EDP omistaa osakkeita Turbogásissa (20 prosenttia) ja Tejo Energiassa (10 prosenttia), jotka tuottavat sähköä Portugalissa. EDP omistaa myös 30 prosenttia Rede Eléctrica Nacional SA:sta, joka hallinnoi Portugalin sähköverkkoa.

8 Eni SpA on italialainen yhtiö, joka toimii energiantuotannon ja -jakelun kaikilla tasoilla.

9 Gás de Portugal SGPS SA (jäljempänä GDP) on perinteinen portugalilainen maakaasuyhtiö. GDP on täysin portugalilaisen Galp Energia SGPS SA -nimisen yhtiön (jäljempänä Galp) omistuksessa. Galp, jossa määräysvaltaa käyttävät tällä hetkellä Portugalin valtio ja Eni, toimii sekä öljy- että maakaasumarkkinoilla. GDP ja sen tytäryhtiöt toimivat kaikilla Portugalin maakaasun jakeluverkoston tasoilla. GDP tuo tytäryhtiönsä Transgásin välityksellä maakaasua Portugaliin maakaasuputkiston ja Sinèsin LNG-vastaanottoaseman ("Liquefied Natural Gas", nesteytetty maakaasu) avulla ja vastaa maakaasun siirrosta, varastoinnista, jakelusta ja toimittamisesta suurpaineputkistojen välityksellä (jäljempänä maakaasuverkko). GDP myös toimittaa maakaasua teollisuuden suurasiakkaille sekä kehittää ja aikoo tulevaisuudessa hallinnoida ensimmäistä maakaasun maanalaista varastointipaikkaa. GDP omistaa tytäryhtiönsä GDP Distribuição Energia SA:n välityksellä myös viisi kuudesta paikallisesta maakaasun jakeluyhtiöstä.

10 Rede Eléctrica Nacional SA (jäljempänä REN) on portugalilainen yhtiö, joka syntyi EDP:n aiemmin omistaman Portugalin sähköverkon vuonna 1994 tapahtuneen eriyttämisen (spin-off) yhteydessä. REN hallinnoi nykyään Portugalin sähköverkkoa ja toimii yhteisön direktiiveissä tarkoitettuna "yksinostajana", joka ostaa sähköä tuottajilta ja myy sen edelleen jakelijoille/toimittajille toimitettavaksi "vaatimuksia täyttämättömille" asiakkaille eli asiakkaille, jotka eivät voi valita maakaasuntoimittajiaan. Portugalin valtio omistaa suoraan tai välillisesti 70 prosenttia REN:stä.

11 Portugalin hallitus aloitti vuonna 2003 Portugalin energiasektorin uudelleenjärjestelyn tämän alan yhteisön direktiiveissä edellytettyä seuraavaa täysimääräistä vapauttamista silmällä pitäen. Portugalin hallituksen alkuperäisten suunnitelmien mukaan tämän uudelleenjärjestelyn oli tarkoitus käsittää seuraavat vaiheet:

— Galpin maakaasuun ja öljyyn liittyvät toiminnot jaetaan kolmeen osaan: a) maakaasun siirto (Transgás); b) maakaasun jakelu ja toimittaminen (GDP) ja c) öljytuotteiden jalostaminen ja jakelu (Petrogal)

— edistetään maakaasuun ja sähköön liittyvien toimintojen yhdistämistä samaan liiketoimintaryhmään

— REN hankkii maakaasun siirtotoiminnan (erityisesti maakaasuverkoston ja mahdollisesti muita säänneltyjä kohteita).

12 EDP:n, Enin (täysimääräisesti omistamansa tytäryhtiön Eni Portugal Investment SpA:n välityksellä) ja REN:n piti 31.3.2004 tehdyn osakkeiden ostosopimuksen mukaisesti ostaa yhdessä Galpilta GDP:n koko osakekanta. Samana päivänä tehtiin toinen sopimus siitä, että REN omistaa osan GDP:stä määräaikaisesti ja että sille myydään tulevaisuudessa maakaasuverkosto sen GDP:n omistusosuutta vastaan. Sopimuskokonaisuuden täyttämisen ehtona oli se, että toimivaltaiset kilpailuviranomaiset hyväksyvät sen kokonaisuudessaan.

13 Komissiolle ilmoitettiin sopimuskokonaisuudesta 9.7.2004 asetuksen N:o 4064/89 4 artiklan mukaisesti. Komissio katsoi, että sopimuskokonaisuus merkitsi kahta erillistä keskittymää, joista ensimmäisessä REN pyrki saamaan yksinomaisen määräysvallan maakaasuverkkoon ja toisessa EDP ja Eni (jäljempänä osapuolet) pyrkivät saamaan yhteisen määräysvallan GDP:ssä osuuksia ostamalla, ja totesi viimeksi mainitun keskittymän (jäljempänä keskittymä) olevan yhteisönlaajuinen (EYVL C 185, s. 3).

14 Samana päivänä keskittymästä, jolla REN pyrki saamaan yksinomaisen määräysvallan maakaasuverkkoon, ilmoitettiin Portugalin kilpailuviranomaiselle.

15 Alustavan tutkimuksen päätteeksi komissio totesi, että yrityskeskittymän soveltuvuudesta yhteismarkkinoille oli vakavia epäilyjä. Näin ollen se aloitti 12.8.2004 keskittymän osalta asetuksen N:o 4064/89 6 artiklan 1 kohdan c alakohdassa tarkoitetun menettelyn.

16 Komissio lähetti 12.10.2004 osapuolille väitetiedoksiannon, jossa se totesi alustavasti, että keskittymä ei sovellu yhteismarkkinoille.

17 Osapuolet vastasivat väitetiedoksiantoon 27.10.2004.

18 Osapuolet ehdottivat 28.10.2004 sitoumuksia, joilla pyrittiin ratkaisemaan komission väitetiedoksiannossa yksilöimät kilpailuongelmat.

19 Komissio lähetti 29.10. ja 4.11.2004 asetuksen N:o 4064/89 11 artiklan mukaisen kyselylomakkeen sulautuman potentiaalisille kilpailijoille, Espanjan ja Portugalin sääntelyviranomaisille ja Espanjan maakaasuverkon hallinnoijalle (jäljempänä markkinatesti).

20 Osapuolet toimittivat 17.11.2004 muutoksia aiempiin sitoumuksiinsa.

21 Osapuolet toimittivat 26.11.2004 uusia muutoksia sähköalaan liittyviin sitoumuksiinsa ja ilmoittivat uusista muutoksista maakaasualaan liittyviin sitoumuksiinsa. Osapuolet ilmoittivat 3.12.2004 illalla komissiolle maakaasualaan liittyvistä lopullisista muutoksista.

22 Komissio totesi 9.12.2004 tekemässään päätöksessä (asia COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP K(2004) 4715 lopullinen) (jäljempänä riidanalainen päätös), että keskittymä ei sovellu yhteismarkkinoille.

23 Käsiteltävänä olevaa asiaa varten riidanalaisesta päätöksestä voidaan esittää seuraava tiivistelmä.

24 Ensinnäkin komissio katsoi keskittymän voivan vaikuttaa seuraaviin markkinoihin:

— sähköalalla:

— sähkön tukkutoimitusten Portugalin markkinat

— teollisuuden suurasiakkaille suoritettavien sähkön vähittäistoimitusten Portugalin markkinat

— teollisuuden, kaupan alan ja kotitalouksien pienasiakkaille suoritettavien sähkön vähittäistoimitusten Portugalin markkinat

— sähkön kysynnän ja tarjonnan tasauksen ("balancing power", jäljempänä tasaus) ja lisäpalvelujen Portugalin markkinat;

— maakaasualalla:

— maakaasun jakelukeskusten ("Combined Cycle Gas Turbine", jäljempänä CCGT) sähköntuottajille suorittamien maakaasutoimitusten Portugalin markkinat

— paikallisille jakeluyhtiöille ("Local Distribution Companies") suoritettavien maakaasutoimitusten Portugalin markkinat

— teollisuuden suurasiakkaille suoritettavien maakaasutoimitusten Portugalin markkinat

— teollisuuden, kaupan alan ja kotitalouksien pienasiakkaille suoritettavien maakaasutoimitusten Portugalin markkinat.

25 Toiseksi komissio katsoi kilpailuoikeudellisessa arviossaan, että keskittymä:

— sähkömarkkinoilla

— poistaisi GDP:n merkittävän potentiaalisen kilpailun sähkön tukkumarkkinoilla (horisontaalinen vaikutus)

— poistaisi GDP:n merkittävän potentiaalisen kilpailun kaikilla sähkön vähittäismarkkinoilla (horisontaalinen vaikutus)

— poistaisi GDP:n merkittävän potentiaalisen kilpailun tasaus- ja lisäpalvelumarkkinoilla (horisontaalinen vaikutus)

— antaisi EDP:lle tiedon sen nykyisten kilpailijoiden ostokustannuksista ja päivittäisistä maakaasutarpeista sekä estäisi sellaisten potentiaalisten kilpailijoiden, jotka pyrkivät hallinnoimaan uutta CCGT:tä, tulon markkinoille tai viivästyttäisi sitä (muu kuin horisontaalinen vaikutus)

— antaisi EDP:lle yksinomaisen etuoikeuden käyttää Portugalissa käytettävissä olevia maakaasuvaroja (muu kuin horisontaalinen vaikutus)

— antaisi EDP:lle mahdollisuuden ja kimmokkeen syrjiä merkittävästi kilpailijoitaan nostamalla maakaasun hintaa ja/tai alentamalla toimitusten laatua (muu kuin horisontaalinen vaikutus)

— lukitsisi sähköntuottajille suoritettavien maakaasutoimitusten markkinoiden kysynnän (muu kuin horisontaalinen vaikutus)

— kaasumarkkinoilla

— lukitsisi paikallisille jakeluyhtiöille suoritettavien maakaasutoimitusten markkinoiden kysynnän (muu kuin horisontaalinen vaikutus)

— poistaisi EDP:n merkittävän potentiaalisen kilpailun suurasiakkaille suoritettavien maakaasutoimitusten markkinoilla (horisontaalinen vaikutus)

— poistaisi EDP:n merkittävän potentiaalisen kilpailun pienasiakkaille suoritettavien maakaasutoimitusten markkinoilla (horisontaalinen vaikutus).

26 Kuten edellä todetaan, osapuolet ehdottivat komissiolle useita sitoumuksia 28.10.2004 (A–P), 17.11.2004 (EDP.1–EDP.5; ENI.II–ENI.XIV), 26.11.2004 ja 3.12.2004. Nämä sitoumukset sisälsivät seuraavat korvaavat toimenpiteet:

— Sinèsin maakaasutusaseman myyminen REN:lle (A/ENI.II)

— Carriçon maanalaisten varastointitilojen myyminen REN:lle (B/ENI.III)

— maakaasuverkon aikaistettu myyminen REN:lle (ENI.IV)

— takuut maakaasuverkon käyttöoikeudesta ennen kuin kolmansien verkon käyttöoikeutta koskevat säännökset julkaistaan tai ennen kuin verkko myydään REN:lle (C/ENI.V)

— Campo Maiorin, jossa maakaasuputki tulee Portugalin puolelle, sen maakaasukapasiteetin vapauttaminen, jota tällä hetkellä Transgás varaa eikä käytä (D/ENI. VI)

— sitoumus olla varaamatta lisää kapasiteettia Campo Maioriin (E/ENI.VII)

— sitoumus olla varaamatta lisää Extremaduran maakaasuputkiston kapasiteettia (F/ENI.VIII)

— sitoumus vapauttaa Extremaduran maakaasuputkiston ja/tai Campo Maiorin kapasiteetti tietyillä edellytyksillä (ENI.IX)

— 31.3.2004 tehdyn ostosopimuksen muuttaminen niiden GDP:n oikeuksien osalta, joita kutsutaan "parhaan tarjouksen mukaisuutta koskevaksi järjestelmäksi" ja jotka koskevat EDP:n lyhytaikaisia kaasun toimitustarjouksia markkinoilla (G/ENI.X)

— toimenpiteet, joilla pyritään poistamaan huolet, jotka koskevat mahdollista etuoikeutta saada hintatietoja (H/ENI.XI)

— toimenpiteet, joilla pyritään takaamaan suurasiakkaiden kysynnän tosiasiallinen vapauttaminen (I/ENI.XII)

— sitoumus myydä yksi tai useampia jonkin osapuolen omistamista paikallisista jakeluyhtiöistä (J/ENI.XIV)

— sitoumus olla tekemättä maakaasua ja sähköä koskevia yhteistarjouksia suur- ja pienasiakkaille ennen markkinoiden vapauttamista (K/ENI.XIII)

— EDP:n omistusosuuden REN:ssä pienentäminen 30 prosentista noin 5 prosenttiin (L/EDP.1)

— uusien CCGT:eiden rakentamisen lykkääminen (M/EDP.3)

— sitoumus vuokrata määräaikaisesti kolmesta EDP:n Ribatejossa sijaitsevasta CCGT:stä yhden (TER) kapasiteetti (N/EDP.4)

— sitoumus myydä EDP:n osuus Tejo Energiasta (O/EDP.2)

— sitoumus pidättää määräaikaisesti tietyt EDP:n äänioikeudet Turbogásissa ja nimittää johtoelimiin riippumattomia jäseniä (P/EDP.5).

27 Kolmanneksi komissio on arvioinut 28.10.2004 ehdotettujen sitoumusten vaikutuksia ja 17.11.2004 muutettujen sitoumusten vaikutuksia ja todennut, ettei yksikään sitoumuksista ratkaissut sen yksilöimiä kilpailuongelmia. Komissio katsoi, että 26.11.2004 ehdotetut muutetut sitoumukset eivät poistaneet kokonaan ja varauksetta kilpailuongelmia muutoin kuin paikallisille jakeluyhtiöille suoritettavien maakaasutoimitusten markkinoiden osalta ja että kyseiset sitoumukset olivat osaksi pelkästään aikomuksen asteella. Komissio hylkäsi myös 3.12.2004 ehdotetut muutetut sitoumukset, joilla pyrittiin vahvistamaan 26.11.2004 ehdotettuja muutettuja sitoumuksia, ensinnäkin sillä perusteella, että ne oli esitetty sille liian

myöhään, ja toiseksi sillä perusteella, että niillä ainoastaan pantiin täytäntöön 26.11.2004 toimitetut sitoumukset.

28 Komissio päätyi edellä mainituilla perusteilla, niitä erikseen tai yhdessä tarkastelemalla, lopuksi toteamaan, että osapuolten ehdottamista sitoumuksista huolimatta keskittymä vahvistaisi EDP:n määräävää asemaa sähkön tukkumarkkinoilla, tasausmarkkinoilla ja lisäpalvelujen markkinoilla sekä sähkön suur- ja pienasiakkaiden vähittäismarkkinoilla Portugalissa sekä GDP:n määräävää asemaa CCGT:eille, suurasiakkaille ja pienasiakkaille suoritettavien maakaasutoimitusten markkinoilla, minkä seurauksena kilpailu estyisi huomattavasti olennaisella osalla yhteismarkkinoita. Keskittymä piti näin ollen todeta asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohdassa tarkoitetulla tavalla yhteismarkkinoille soveltumattomaksi.

## Oikeudenkäyntimenettely ja asianosaisten vaatimukset

29 Kantaja nosti ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjaamoon 25.2.2005 kirjatulla kannekirjelmällä käsiteltävänä olevan kanteen riidanalaisen päätöksen kumoamiseksi.

30 Samana päivänä jätetyllä erillisellä asiakirjalla kantaja vaati myös, että tämä kanne käsiteltäisiin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 76 a artiklan mukaisessa nopeutetussa menettelyssä.

31 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin pyysi työjärjestyksen 64 artiklan mukaisena prosessinjohtotoimena kantajaa ja vastaajaa osallistumaan 6.4.2005 epävirallisen kokoukseen esittelevän tuomarin kanssa sen tutkimiseksi, voidaanko nopeutettua

menettelyä koskeva vaatimus hyväksyä. Tämän epävirallisen kokouksen päätteeksi kantaja sitoutui toimittamaan kanteestaan lyhennetyn version ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen asianosaisille antamien käytännön ohjeiden vaatimusten mukaisesti, ja komissio pyysi lisäaikaa puolustuksensa valmistelemiseksi. Esittelevä tuomari toimitti oikeudenkäyntimenettelyn alustavan aikataulun. Kantaja toimitti 22.4.2005 lyhennetyn kanteensa, joka poikkeaa alkuperäisestä lähinnä siltä osin, että siitä on poistettu ensimmäinen ja toinen kanneperuste. Komissio toimitti vastineensa 14.5.2005.

32 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toinen jaosto, jonka käsiteltäväksi asia oli annettu, päätti 25.5.2005 käsiteltävänä olevan asian ratkaisemisesta nopeutetussa menettelyssä.

33 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toisen jaoston puheenjohtajan 13.6.2005 antamalla määräyksellä ja asianosaisten kuulemisen jälkeen Gas Natural on hyväksytty väliintulijaksi tukemaan komission vaatimuksia suullisessa käsittelyssä työjärjestyksen 76 a artiklan mukaisesti sekä asianosaisten tietojen luottamuksellisuutta koskeva vaatimus on myös hyväksytty sillä varauksella, ettei väliintulija vastusta sitä. Väliintulija on todennut, ettei se vastusta tätä tietojen luottamuksellisuutta koskevaa vaatimusta.

34 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin päätti esittelevän tuomarin kertomuksen perusteella aloittaa suullisen käsittelyn, ja se kehotti prosessinjohtotoimena väliintulijaa toimittamaan etukäteen yksityiskohtaisen suunnitelman sen väliintulosta suullisessa käsittelyssä. Kantajan vaatimuksesta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin kehotti komissiota ja väliintulijaa toimittamaan näiden välisen, Madridissa 27.8.2004 pidetyn kokouksen pöytäkirjan, minkä ne tekivät. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin esitti asianosaisille kirjallisia kysymyksiä, joihin se kehotti niitä vastaamaan suullisessa käsittelyssä. Kantaja toimitti kirjallisen vastauksen kaikkiin esitettyihin kysymyksiin istuntoa edeltävänä päivänä (jäljempänä vastaus istuntoa varten). Tämä vastaus annettiin tiedoksi muille osapuolille samana päivänä.

35 Asianosaisten lausumat ja vastaukset ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kysymyksiin kuultiin 5.7.2005 pidetyssä istunnossa. Kantajan istunnossa esittämiä asiakirjoja ei ole liitetty asiaa koskeviin asiakirjoihin.

36 Kantaja vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

— kumoaa riidanalaisen päätöksen

— velvoittaa komission korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

37 Komissio vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

— hylkää kanteen

— velvoittaa kantajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

38 Väliintulija vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin hylkää kanteen.

## Aineellinen kysymys

39 Aluksi on huomautettava, että käsiteltävänä olevassa asiassa myönnetyn nopeutetun menettelyn rajoitusten vuoksi sekä lisäksi yhteisymmärryksessä asianosaisten kanssa sen asianosaisen, jonka kyseessä oleva väite on hylätty, väitteistä mainitaan

ainoastaan niiden ydinsisältö yksinomaan silloin kun se on tarpeen. Tältä osin huomioon on otettu kaikki asianosaisten väitteet, jotka voivat vaikuttaa riita-asian ratkaisuun, mukaan lukien ne, joita ei ole nimenomaisesti mainittu kertomuksessa suullista käsittelyä varten, jonka asianosaiset ovat hyväksyneet pienin muutoksin. Näin ollen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen perusteluja koskevassa esityksessä mainitaan ainoastaan perusteet, jotka ovat välttämättömiä tämän päätöksen tuomiolauselman täysimääräiseksi tueksi (ks. vastaavasti asia C-237/98 P, Dorsch Consult v. neuvosto ja komissio, tuomio 15.6.2000, Kok. 2000, s. I-4549, 51 kohta).

40 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa, että kantaja on nimenomaisesti hyväksynyt sen, että se saadakseen nopeutetun menettelyn luopuu alkuperäisen kanteensa kahdesta ensimmäisestä kanneperusteestaan sekä kolmannen kanneperusteensa kolmannesta osasta helpottaakseen tuomioistuinratkaisun nopeaa antamista. Tätä luopumista perusteltiin sillä, että jos riidanalainen päätös olisi kumottu näiden kahden ensimmäisen menettelyllisen kanneperusteen vuoksi, jotka koskivat sitä, että kantaja ei saanut tutustua asiakirjoihin, ja perusteluvelvollisuuden laiminlyömistä, tai kolmannen kanneperusteen kolmannen osan vuoksi, joka koski hyvän hallinnon periaatteen loukkaamista, komission ei mahdollista uutta päätöstä tehdessään olisi tarvinnut lähtökohtaisesti käyttää erilaista kilpailuoikeudellista lähestymistapaa kuin mitä se käytti riidanalaisessa päätöksessä. Koska käsiteltävänä olevassa asiassa nopeutettu menettely on myönnetty, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo, että näistä kahdesta kanneperusteesta ja kolmannen kanneperusteen kolmannesta osasta on luovuttu.

41 Lyhennetyn kanteen mukaan kantaja vetoaa neljään kanneperusteeseen. Ensinnäkin kantaja vetoaa siihen, että komissio ei ole ottanut huomioon Portugalin tasavallalle toisen maakaasudirektiivin 28 artiklan 2 kohdassa myönnettyä poikkeusta. Toiseksi kantaja vetoaa siihen, että asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohtaa on rikottu, kun komissio ei ole todennut, että tässä artiklassa säädetty toinen edellytys täyttyy. Kolmanneksi kantaja vetoaa asetuksen N:o 4064/89 8 artiklan 2 ja 3 kohdan muodollisiin ja/tai menettelyllisiin rikkomisiin. Neljänneksi kantaja vetoaa siihen, että komissio on tehnyt arviointivirheitä asetuksen N:o 4064/89 8 artiklan 2 ja 3 kohdan nojalla ehdotettujen sitoumusten osalta.

42 Aluksi on todettava, että tietyt yleiset kanneperusteet eli sellaiset perusteet, joilla ei ole erityistä yhteyttä tiettyihin kyseessä oleviin markkinoihin, voivat sellaisenaan johtaa riidanalaisen päätöksen kumoamiseen. Tämän vuoksi aluksi on tutkittava nämä yleiset kanneperusteet eli toinen ja kolmas peruste, minkä jälkeen tutkitaan ensimmäinen kanneperuste, joka koskee pääasiassa maakaasumarkkinoita, ja lopuksi neljäs kanneperuste.

43 Suullisessa käsittelyssä komissio esitti varauksia sen suhteen, että kantaja oli toimittanut vastauksensa istuntoa varten kirjallisesti. Tältä osin on huomautettava, että asianosaisille esitetyistä 23 kysymyksestä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin vaati kirjallisesti ainoastaan kaksi kantajan vastausta. Kantaja toimitti kuitenkin kaikki vastauksensa kirjallisesti istuntoa edeltävänä päivänä ja istunnossa ainoastaan viittasi tähän kirjelmään. Sikäli kuin komission tarkoituksena on vedota puolustautumisoikeuksiensa loukkaamiseen, on korostettava, että tämä kirjelmä toimitettiin sille istuntoa edeltävänä päivänä loppuiltapäivästä ja että sillä on ollut tosiasiallinen mahdollisuus lausua kantansa tästä kirjelmästä istunnossa. Se, että komissiolle näin annettu määräaika oli todellakin lyhyt, on kuitenkin hyväksyttävän rajoissa tässä asiassa käytetyn nopeutetun menettelyn yhteydessä, jonka aikana kaikille osapuolille samoin kuin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle on asetettu erittäin lyhyitä määräaikoja. Lisäksi komissiolle annettu mahdollisuus tutustua kantajan vastausten pääkohtiin istuntoa edeltävänä päivänä istuntopäivän sijasta takasi paremmin kontradiktorisen menettelyn.

I *Toinen kanneperuste, jonka mukaan asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohtaa on rikottu*

44 Kantaja väittää tässä kanneperusteessa ensinnäkin, että asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohta sisältää kaksi erillistä edellytystä, ja toiseksi, ettei komissio ole todennut riidanalaisessa päätöksessä, että toinen näistä edellytyksistä toteutuisi.

45 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin huomauttaa, että asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 2 ja 3 kohdassa asetetaan todellakin kaksi kumulatiivista edellytystä, joista ensimmäinen koskee määräävän aseman luomista tai vahvistamista ja toinen sitä, että määräävän aseman luomisen tai vahvistamisen seurauksena tehokas kilpailu yhteismarkkinoilla olennaisesti estyy (asia T-2/93, Air France v. komissio, tuomio 19.5.1994, Kok. 1994, s. II-323, Kok. Ep. XV, s. II-49, 79 kohta; asia T-290/94, Kaysersberg v. komissio, tuomio 27.11.1997, Kok. 1997, s. II-2137, 156 kohta ja asia T-5/02, Tetra Laval v. komissio, tuomio 25.10.2002, Kok. 2002, s. II-4381, 146 kohta).

46 Joissain tilanteissa määräävän aseman luomisesta tai vahvistamisesta sellaisenaan voi kuitenkin seurata se, että kilpailu olennaisesti estyy.

47 Se, että yritys, jolla on määräävä markkina-asema, vahvistaa tätä asemaansa niin paljon, että siten saavutettu määräävyyden aste rajoittaa olennaisesti kilpailua, voi merkitä määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä (asia 6/72, Europemballage ja Continental Can v. komissio, tuomio 21.2.1973, Kok. 1973, s. 215, Kok. Ep. II, s. 89, 26 kohta). Tämän oikeuskäytännön merkityksellisyyttä vahvistaa se seikka, että tilanne, jota yhteisöjen tuomioistuin tutki kyseisessä asiassa aikana, jolloin asetusta N:o 4064/89 ei ollut, on hyvin samankaltainen kuin tilanne, joka voi seurata kyseisessä asetuksessa tarkoitetusta keskittymästä.

48 Keskittymien yhteydessä määräävälle markkina-asemalle on ominaista yhden tai useamman yrityksen taloudellinen valta-asema, jonka perusteella nämä yritykset voivat estää tehokkaan kilpailun relevanteilla markkinoilla, koska tällainen asema antaa niille mahdollisuuden toimia huomattavan itsenäisesti kilpailijoihinsa, asiakkaisiinsa ja lopulta kuluttajiin nähden (asia T-102/96, Gencor v. komissio, tuomio 25.3.1999, Kok. 1999, s. II-753, 200 kohta).

49 Tästä seuraa, että asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohdassa tarkoitetun määräävän aseman luomisen tai vahvistamisen toteen näyttäminen voi tietyissä tilanteissa vastata sen toteen näyttämistä, että tehokas kilpailu olennaisesti estyy. Tämä toteamus ei merkitse lainkaan sitä, että toinen edellytys yhtyisi oikeudellisesti ensimmäiseen edellytykseen, vaan yksinomaan sitä, että samasta tiettyjä markkinoita koskevien tosiseikkojen arvioinnista voi ilmetä, että molemmat edellytykset täyttyvät.

50 Tästä seuraa, että siltä osin kuin sellaisen päätöksen, jolla yrityskeskittymä todetaan soveltumattomaksi yhteismarkkinoille, perustelukappaleista, mukaan lukien ne perustelukappaleet, joissa muodollisesti arvioidaan määräävän aseman luomista tai vahvistamista, ilmenee, että tällä keskittymällä on olennaisia kilpailunvastaisia seurauksia, tätä päätöstä ei ole pidettävä lainvastaisena EY 253 artiklan mukaisen perusteluvelvollisuuden valossa tai aineellisesti ainoastaan sillä perusteella, ettei komissio ole nimenomaisesti ja erityisesti todennut näitä seikkoja koskevan esityksensä liittyvän asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan toiseen edellytykseen. Päinvastainen näkemys merkitsisi sitä, että komissiolle asetettaisiin puhtaasti muodollinen velvoite vedota tiettyihin samoihin seikkoihin kahdesti, ensin arviossaan, joka koskee määräävän aseman luomista tai vahvistamista tietyillä markkinoilla, ja toiseen kertaan sen osalta, että tehokas kilpailu yhteismarkkinoilla olennaisesti estyy.

51 Käsiteltävänä olevassa asiassa on aluksi hylättävä komission väite, jonka mukaan tämän kanneperusteen perusteena on perusteluvelvollisuuden laiminlyönti. Jos oletettaisiin riidanalaisesta päätöksestä ilmenevän, ettei komissio ole tutkinut, täyttyikö asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohdan toinen edellytys, tai ettei se ole osoittanut tämän edellytyksen täyttyneen, olisi todettava, ettei komissio ole noudattanut tätä säännöstä. Tämän asetuksen yhteydessä perusteluvelvollisuuden laiminlyöminen tältä osin voi merkitä ainoastaan sitä, ettei tämän toisen edellytyksen täyttymistä ole tutkittu aineellisesti tai että tämä tutkiminen on ollut puutteellista, eikä sitä, että tällainen tutkiminen olisi suoritettu mutta että tätä koskeva selvitys olisi jätetty pois.

52 Kantajan ensisijaisen väitteen osalta on todettava, että komissio on huolellisesti todennut riidanalaisessa päätöksessä kaikkien relevanttien markkinoiden osalta, että asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohdan molemmat edellytykset täyttyvät. Komissio on siis todennut, että keskittymä vahvistaisi EDP:n ja GDP:n olemassa olevia määräämisasemia, mistä seuraisi se, että tehokas kilpailu estyisi olennaisesti sähkön tukkumarkkinoilla (johdanto-osan 364, 379, 410, 428 ja 429 perustelukappale), tasauksen ja lisäpalvelujen markkinoilla (432 perustelukappale), sähkön vähittäismarkkinoilla (473 perustelukappale), sähköntuottajille (528 perustelukappale), paikallisille jakeluyhtiöille (538 perustelukappale), suurasiakkaille (550 perustelukappale) ja pienasiakkaille (602 perustelukappale) suoritettavien maakaasutoimitusten markkinoilla sekä yleisesti (609 perustelukappale), myös sen jälkeen, kun kaikki sitoumukset on tutkittu (914 perustelukappale).

53 On myös todettava, että komissio on riidanalaisessa päätöksessä tutkinut erotuksetta kaikki sellaiset seikat, joiden perusteella voidaan todeta, että EDP:n ja GDP:n olemassa olevat määräävät asemat vahvistuisivat, ja sellaiset seikat, joiden perusteella voidaan todeta, että lisäksi keskittymän seurauksena tehokas kilpailu estyisi olennaisesti.

54 Kun otetaan huomioon se, että riidanalaisessa päätöksessä esitetyt seikat, jotka osoittavat, että EDP:n ja GDP:n olemassa olevat määräävät asemat vahvistuisivat olennaisesti, ja seikat, jotka osoittavat, että keskittymän seurauksena kilpailu estyisi olennaisesti, ovat usein samoja, pelkästään sen perusteella, että komissio ei ole arvioinut kilpailun olennaista estymistä erillisessä osiossa, ei voida kuitenkaan todeta, että komissio olisi jättänyt huomioimatta asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohdan toisen edellytyksen. Käsiteltävänä olevassa asiassa komission sellaisista huomioista, joiden perusteella voidaan todeta, että olemassa olevat määräävät asemat vahvistuisivat, suurin osa, elleivät kaikki, perustuvat siihen, että kilpailu — sellaisena kuin se voisi olla olemassa ilman keskittymää — estyisi olennaisesti, ja näin ollen niillä pyritään myös osoittamaan, että asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohdan toinen edellytys täyttyy. Erityisesti siltä osin kuin keskittymä ei aiheuta osapuolten markkinaosuuksien kasvua joillakin relevanteista markkinoista tai aiheuttaa sitä vain välillisesti, keskittymän kilpailunvastaiset vaikutukset johtuvat komission mukaan pääasiassa tai jopa olennaisessa määrin kilpailun tosiasiallisesta estymisestä kullakin relevanteista markkinoista. Esimerkiksi sen osoittaminen, että

EDP:n ja GDP:n määräävät asemat vahvistuisivat siksi, että merkittävä tai olennainen potentiaalinen kilpailija poistuisi suurimmalta osalta riidanalaisessa päätöksessä tarkasteltuja markkinoita, perustuu sen osoittamiseen, että kilpailu estyisi olennaisesti, mikä komission mukaan olisi ollut keskittymän tosiasiallinen seuraus (ks. esimerkiksi sen osalta, että GDP olisi poistunut todennäköisimpänä merkittävänä potentiaalisena kilpailijana sähkön tukkumarkkinoilta, 335–364 perustelukappale, sähkön vähittäismarkkinoilta, 450–473 perustelukappale, tai sen osalta, että EDP olisi poistunut merkittävimpänä potentiaalisena kilpailijana maakaasun vähittäismarkkinoilta, 559–599 perustelukappale).

55 Tästä seuraa myös, että toisin kuin kantaja väittää, komissio ei ole riidanalaisessa päätöksessä pitänyt kysymystä siitä, täyttyykö asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohdan toinen edellytys, ensimmäisen edellytyksen automaattisena seurauksena, vaan on päinvastoin perustanut päättelynsä siihen, että kilpailun olennainen estyminen vahvistaisi EDP:n ja GDP:n määrääviä asemia.

56 Tämän vuoksi kantajan mainitsema virhe ei ole vaikuttanut komission suorittamaan sitoumusten arviointiin, joka perustuu tähän päättelyyn. Siis kun komissio on todennut, että sitoumukset eivät olleet riittäviä, jotta niillä voitaisiin ratkaista aiemmin yksilöidyt kilpailuongelmat, se on katsonut, että EDP:n ja GDP:n määräävät asemat vahvistuisivat edelleen sen vuoksi, että kilpailu estyisi edelleen olennaisesti (ks. esimerkiksi sen osalta, että GDP olisi poistunut todennäköisimpänä merkittävänä potentiaalisena kilpailijana sähkön tukkumarkkinoilta, 650–675 perustelukappale, sähkön vähittäismarkkinoilta, 708–714 perustelukappale, tai sen osalta, että EDP olisi poistunut merkittävimpänä potentiaalisena kilpailijana maakaasun vähittäismarkkinoilta, 735–738 perustelukappale).

57 Lopuksi on todettava, että kantajan väite sisältää ainoastaan periaatteellista arvostelua. Erityisesti tämän kanneperusteen yhteydessä kantaja ei väitä, eikä varsinkaan osoita, että komission esittämillä kilpailunäkökohdilla ei voitaisi näyttää aineellisesti toteen tehokkaan kilpailun olennaista estymistä jollain relevanteista markkinoista.

58 Edellä esitetystä seuraa, että komissio ei ole jättänyt huomioon ottamatta asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohdan toista edellytystä. Tämän vuoksi tämä kanneperuste on hylättävä.

II *Kolmas kanneperuste, jonka mukaan asetuksen N:o 4064/89 8 artiklan 2 ja 3 kohtaa on rikottu*

59 Kantajan sitoumuksia koskeva kanneperuste jakautuu neljään osaan, joista ensimmäinen liittyy todistustaakan virheelliseen soveltamiseen, toinen sitoumusten yleisluonteisuuden huomiotta jättämiseen, kolmas harkintavallan väärinkäyttöön ja neljäs siihen, että tiettyjen toimintatapoja koskevien sitoumusten täyttämisen valvontaa koskevia vaikeuksia on liioiteltu.

A *Kolmannen kanneperusteen ensimmäinen osa, joka koskee todistustaakkaa*

60 Kantajan mukaan komissio on ensinnäkin lähtenyt virheellisesti liikkeelle oletta-masta, jonka mukaan osapuolten asiana olisi näyttää toteen, että niiden sitoumukset poistavat komission mainitsemat kilpailuongelmat. Tällöin komissio on kantajan

mukaan soveltanut korjaustoimenpiteitä koskevan tiedonannon 6 kohdassa esitettyä väärää valvontastandardia.

61 On huomautettava, että asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 2 kohdan nojalla komission "on julistettava" yhteismarkkinoille soveltuvaksi keskittymä, jolla ei luoda tai vahvisteta sellaista määräävää asemaa, jonka seurauksena tehokas kilpailu yhteismarkkinoilla tai niiden merkittävällä osalla olennaisesti estyisi. Tästä seuraa, että komission asiana on näyttää toteen, että keskittymää ei voida julistaa yhteismarkkinoille soveltuvaksi.

62 Lisäksi asetuksen N:o 4064/89 8 artiklan 2 kohdan nojalla komissio tekee päätöksen, jossa keskittymä julistetaan yhteismarkkinoille soveltuvaksi, kun se toteaa, että ilmoitettu keskittymä, "tarvittaessa asianomaisten yritysten tekemien muutosten jälkeen", on asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 2 kohdassa määritellyn arviointiperusteen mukainen. Tästä seuraa, että sitoumuksilla muutettu keskittymähanke on todistustaakan osalta samojen arviointiperusteiden mukainen kuin muuttamaton hanke.

63 Näin ollen yhtäältä komissiolla on velvollisuus tutkia hankkeen osapuolten pätevästi ehdottamilla sitoumuksilla muutettu keskittymähanke (ks. vastaavasti asia T-158/00, ARD v. komissio, tuomio 30.9.2003, Kok. 2003, s. II-3825, 280 kohta) ja toisaalta komissio voi todeta keskittymän olevan yhteismarkkinoille soveltumaton ainoastaan, jos nämä sitoumukset eivät ole riittäviä estämään sellaisen määräävän aseman luomista tai vahvistamista, jonka seurauksena tehokas kilpailu yhteismarkkinoilla tai niiden merkittävällä osalla olennaisesti estyisi. Tältä osin on kuitenkin huomautettava, että monitahoisen taloudellisen arvioinnin osalta komission todistustaakka ei vaikuta sen laajaan harkintavaltaan tällä alalla (ks. vastaavasti asia T-342/00,

Petrolessence ja SG2R v. komissio, tuomio 3.4.2003, Kok. 2003, s. II-1161, 101 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen ja asia C-12/03 P, komissio v. Tetra Laval, tuomio 15.2.2005, Kok. 2005, s. I-987, 38 kohta).

64 Myöskään se, että korjaustoimenpiteitä koskevan tiedonannon 6 kohdassa todetaan, että "osapuolten tehtävä — — on osoittaa, että — — ehdotetut korjaustoimenpiteet — — estä[vät] komission havaitseman määräävän aseman syntymisen tai vahvistumisen", ei kantajan mukaan muuta tätä oikeustilaa. Vaikka oletettaisiin, että komission tarkoituksena on näin vaatia ilmoitetun hankkeen osapuolilta ehdotettujen sitoumusten tehokkuuden osoittamista, mikä osoittaminen on niiden etujen mukaista, komissio ei voi todeta, että epäselvässä tilanteessa sen on kiellettävä tämä hanke. Päinvastoin komission on loppujen loppuksi osoitettava, että tämä hanke, sellaisena kuin se on mahdollisesti sitoumuksilla muutettuna, on todettava yhteismarkkinoille soveltumattomaksi sellaisen määräävän aseman luomisen tai vahvistumisen perusteella, jonka vuoksi tehokas kilpailu estyy olennaisesti.

65 Tästä seuraa, että komission tehtävä on osoittaa, että keskittymähankkeen osapuolten pätevästi ehdottamat sitoumukset eivät muuta näillä sitoumuksilla näin muutettua hanketta yhteismarkkinoille soveltuvaksi.

66 Komissio väittää, että tältä osin on erotettava toisistaan sitoumukset, joita on ehdotettu asetuksen N:o 447/98 18 artiklan 2 kohdassa tarkoitetussa sitoumusten tekemiselle asetetussa määräajassa, ja ne, joita on ehdotettu tämän määräajan päätyttyä. Käsiteltävänä olevassa asiassa on kiistatonta, että osapuolet ovat toimittaneet muutoksia ensimmäisiin sitoumuksiinsa sekä ennen tämän määräajan päättymistä, eli 17.11.2004, että sen päätyttyä, eli 26.11.2004 tai jopa 3.12.2004. On kuitenkin niin, että korjaustoimenpiteitä koskevan tiedonannon 43 kohdassa, luettuna yhdessä sen 41 ja 42 kohdan kanssa, ei tehdä erottelua sen mukaan, onko näiden sitoumusten muutos toimitettu ennen määräajan päättymistä vai sen

päätyttyä. Kyseisessä 43 kohdassa todetaan kuitenkin, että komission on muutettujen sitoumusten perusteella erityisesti voitava selvästi päätellä tarvitsematta suorittaa uusia tutkimuksia, että kun kyseiset sitoumukset on toteutettu, ne poistavat havaitut kilpailuongelmat ja jäsenvaltioiden kuulemiseen jää riittävästi aikaa.

67 Tältä osin yhtäältä korjaustoimenpiteitä koskevan tiedonannon 43 kohdassa ei todeta, että keskittymähankkeen osapuolten tehtävänä olisi todistaa, että niiden ehdottamat muutetut sitoumukset poistaisivat selvästi havaitut kilpailuongelmat. Toisaalta vaikka komission on tietyin edellytyksin hyväksyttävä muutetut sitoumukset, sillä ei ole kuitenkaan valtaa muuttaa asetuksella N:o 4064/89 luotua todistustaakkaa lopullisen päätöksen tekemisen osalta tämän asetuksen 8 artiklan 2 tai 3 kohdan nojalla sillä perusteella, että keskittymähanke täyttää tämän asetuksen 2 artiklan 2 tai 3 kohdassa asetetut edellytykset. Näin ollen korjaustoimenpiteitä koskevan tiedonannon 43 kohdassa asetettujen erityisedellytysten mukaisesti komission tehtävänä on osoittaa myös, että muutetut sitoumukset eivät ole riittäviä, jotta niiden perusteella voitaisiin selvästi päätellä tarvitsematta suorittaa uusia tutkimuksia, että kun kyseiset sitoumukset on toteutettu, ne poistavat havaitut kilpailuongelmat, tai jäsenvaltioiden kuulemiseen ei jää riittävästi aikaa.

68 Lopuksi on korostettava, että keskittymiä koskevan hallintomenettelyn logiikan mukaan komissio yksilöi alustavasti kilpailuongelmat, joita keskittymä sen mukaan aiheuttaa, ja ensinnäkin selvittää, miksi menettelyn aloittaminen asetuksen N:o 4064/89 6 artiklan 1 kohdan nojalla on sen mukaan tarpeen, minkä jälkeen se toiseksi lähettää hankkeen osapuolille väitetiedoksiannon. Tässä vaiheessa hankkeen osapuolet voivat kiistää nämä kilpailuongelmat ja/tai ehdottaa sitoumuksia, joilla ne voidaan ratkaista, joko vastatessaan väitetiedoksiantoon tai myöhemmin neuvottelujen aikana. Näin ollen on ilmeistä, että kun hankkeen osapuolet ehdottavat sitoumuksia, niiden tarkoituksena on vakuuttaa komissio siitä, että nämä sitoumukset ratkaisevat täydellisesti ja kokonaan aiemmin yksilöidyt kilpailuongelmat. Vastaavasti kun komissio pitää sitoumuksia riittämättöminä, se katsoo

väistämättä, että nämä hankkeen osapuolet eivät ole vakuuttaneet sitä sitoumuksiensa arvosta kyseisen hankkeen aiheuttamien kilpailunvastaisten ongelmien ratkaisemiseksi.

69 Tästä seuraa, että se, että komissio on pitänyt riittämättöminä sitoumuksia, jotka on toimitettu pätevästi, eli joko ensimmäisenä ehdotuksena tai korjaustoimenpiteitä koskevan tiedonannon 43 kohdan mukaisesti ensimmäisten sitoumusten muutoksena, merkitsee todistustaakan perusteetonta kääntämistä ainoastaan, jos komissio ei perustele tämän riittämättömyyden arviointia objektiivisiin ja tarkastettavissa oleviin kriteereihin perustuvalla sitoumusten arvioinnilla vaan perustelee sitä toteamuksella, jonka mukaan osapuolet eivät ole toimittaneet sille riittäviä todisteita, jotta se voi arvioida asiaa. Viimeksi mainitussa tilanteessa epäilys ei nimittäin hyödyttäisi tämän hankkeen osapuolia, jolloin olisi todettava, että tämän hankkeen soveltuvuutta yhteismarkkinoille koskeva todistustaakka on käännetty.

70 Käsiteltävänä olevassa asiassa kantaja esittää yhden esimerkin, joka koskee riidanalaisen päätöksen 833 perustelukappaletta, joka liittyy sen 17.11.2004 eli ennen määräajan päättymistä toimittamiin sitoumuksiin ja jonka mukaan "huomattavia epäilyjä ja epävarmuustekijöitä on edelleen sen osalta, kompensoiko [ehdotettujen toimenpiteiden] yhteisvaikutus riittävästi EDP:n poistumista merkittävimpänä potentiaalisena kilpailijana" suurasiakkaille suoritettavien maakaasutoimitusten markkinoilla. Riidanalaisessa päätöksessä komissio perustaa tämän arviointinsa nimenomaisesti korjaustoimenpiteitä koskevaan tiedonantoon.

71 On todettava, että komissio on muotoillut kyseessä olevan perustelukappaleen erittäin voimakkain sanakääntein todeten, että osapuolten ehdottamat toimenpiteet eivät estäisi GDP:n määräävän aseman vahvistumista kyseessä olevilla markkinoilla keskittymän seurauksena. Komissio omaksui siis kannan, jonka mukaan kyseiset sitoumukset olivat riittämättömiä, jotta keskittymä voitaisiin hyväksyä.

72 Lisäksi komission mainitsemat epäilyt ja epävarmuustekijät koskevat sitä, olivatko sitoumukset erityisesti ehdottomia ja varmoja. Komissio esitti riidanalaisen päätöksen 832 perustelukappaleessa viisi syytä, joiden perusteella se katsoi, että kyseiset sitoumukset olivat riittämättömiä sen takaamiseksi, että maakaasun lisäkapasiteettia vapautettaisiin tosiasiallisesti kolmansien käyttöön (sitoumus olla varastoimatta lisäkapasiteettia ei koskenut osapuolten espanjalaisia tytäryhtiöitä; Espanjan valvontaviranomaisen ei tarvitse välttämättä hyväksyä kolmansien käyttöoikeussääntöjä; osapuolilla on oikeus varastoida niin kutsuttua strategista kapasiteettia; Campo Maiorin kapasiteetin vapauttamista koskevan sitoumuksen tehokkuus on rajallinen maakaasuputkiston nykyisen rajallisen kapasiteetin vuoksi ja Sinèsin LNG-vastaanottoasemalla käytettävissä olevalle kapasiteetille aiheutuvien haittavaikutusten vuoksi; osapuolten erityisoikeudet tämän aseman operaattoriin nähden ja mahdollisuus rakentaa maakaasuvarasto). Näin ollen ilmoitetuissa epäilyksissä ei viitata keskittymästä aiheutuvien kilpailuhaittojen mahdollisuuteen vaan siihen, ettei ole mahdollista taata, että kyseiset sitoumukset voidaan panna täysimääräisesti täytäntöön. Komissiolla on kuitenkin oikeus hylätä sitoumukset, jotka eivät ole sitovia, tai — mikä tarkoittaa käytännössä samaa — sitoumukset, joiden vaikutuksia osapuolet voivat heikentää tai jopa kokonaan poistaa. Tällöin komissio ei ole siirtänyt todistustaakkaa osapuolille, vaan kiistänyt sen, että sitoumukset olisivat varmoja ja mitattavissa olevia, mikä on edellytyksenä. Lopuksi on todettava, että tämän kanneperusteen yhteydessä kantaja ei ole riitauttanut ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa kyseessä olevien sitoumusten vaikutusten epävarmuutta.

73 Edellä esitetyn perusteella on todettava, että komissio ei ole riidanalaisessa päätöksessä kääntänyt todistustaakkaa, jonka mukaan sen on osoitettava, että keskittymä on soveltumaton yhteismarkkinoille. Komissio on päinvastoin pyrkinyt näyttämään toteen, miksi keskittymä on kiellettävä ehdotetuista sitoumuksista huolimatta.

74 Näin ollen kolmannen kanneperusteen ensimmäinen osa on hylättävä.

B *Kolmannen kanneperusteen toinen osa, joka koskee muutetun keskittymän kokonaisarviointia*

75 Kantaja väittää, ettei komissio ole arvioinut tilannetta, joka vallitsisi keskittymän jälkeen sitoumukset huomioon ottaen, siihen tilanteeseen nähden, joka vallitsisi, jos keskittymä ei toteutuisi. Kirjallisessa vastauksessaan istuntoa varten kantaja täsmensi väitettään siten, että sen mukaan komissio on arvioinut pikemminkin heikkouksia, joita sitoumuksilla voidaan katsoa olevan, eikä muutetun keskittymän todennäköisiä vaikutuksia tietyillä markkinoilla, mikä kantajan mukaan johtaa toisenlaiseen lopputulokseen. Lisäksi komissio arvioi kutakin sitoumusta erikseen. Kirjallisessa vastauksessaan kantaja viittasi esimerkiksi siihen, että sitoumukset, joilla pyrittiin ratkaisemaan horisontaalinen ongelma sähkön tukkumarkkinoilla, tutkittiin erillään sitoumuksista, jotka liittyivät muihin kuin horisontaalisiin ongelmiin näillä markkinoilla.

76 On todettava, että riidanalainen päätös on muodollisesti rakennettu siten, että yksi toisensa jälkeen esitellään ilmoitetun keskittymän aiheuttamien kilpailuongelmien yksilöinti kulloisillakin markkinoilla (280–609 perustelukappale), 28.10.2004 ehdotettujen sitoumusten arviointi kilpailunäkökulmasta (650–738 perustelukappale), 17.11.2004 ehdotettujen sitoumusten arviointi kilpailunäkökulmasta (741–841 perustelukappale) ja lopuksi 26.11.2004 ehdotettujen sitoumusten arviointi kilpailunäkökulmasta (860–912 perustelukappale). Arvioinnissaan komissio tutki yksi toisensa jälkeen kunkin sitoumuksen, jota se piti merkityksellisenä kulloinkin kyseessä olleiden markkinoiden kannalta. Kun tietyillä markkinoilla oli yksilöity useita kilpailuongelmia, komissio tutki sitoumuksia yksi toisensa jälkeen kunkin ongelman yhteydessä. Komissio on kaikissa muissa tapauksissa kuin paikallisille jakeluyhtiöille suoritettavien maakaasutoimitusten markkinoiden osalta todennut, että sitoumukset olivat riittämättömiä yksilöidyn kilpailuongelman poistamiseksi ja/tai määräävän aseman vahvistumisen estämiseksi (ks. kantajan esimerkiksi valitsemien sähkön tukkumarkkinoiden yhteydessä horisontaalisen ongelman osalta 675, 767 ja 868 perustelukappale tai muiden kuin horisontaalisten ongelmien osalta 700, 702, 703, 801, 874 ja 875 perustelukappale).

77 On muistutettava, että komissiolla on velvollisuus tutkia keskittymähanke, sellaisena kuin se on muutettuna hankkeen osapuolten pätevästi ehdottamilla sitoumuksilla (ks. edellä 63 kohta). Kuten kantaja myönsi istunnossa, tämä periaate ei kuitenkaan estä tämän hankkeen aiheuttamien kilpailuongelmien ja tämän jälkeen hankkeen osapuolten näiden ongelmien ratkaisemiseksi ehdottamien sitoumusten tutkimista eikä kunkin näiden ongelmien kannalta merkityksellisen sitoumuksen tutkimista, kunhan komissio lopuksi suorittaa muutetun keskittymähankkeen kokonaisarvioinnin eli tämän hankkeen kulloisiinkin markkinoihin kohdistuvien vaikutusten arvioinnin kaikkien näiden markkinoiden osalta merkityksellisten sitoumusten valossa.

78 Lisäksi komission on tutkittava kaikki tietyillä relevanteilla markkinoilla havaitun kilpailuongelman osalta merkitykselliset sitoumukset, mukaan lukien ne sitoumukset, joita keskittymähankkeen osapuolet eivät ole nimenomaisesti sellaisiksi nimenneet. Komissio ei kuitenkaan syyllisty oikeudelliseen virheeseen, kun se arvioi ainoastaan tiettyjä markkinoita tai yhtä ainoaa kilpailuongelmaa koskevia sitoumuksia näiden markkinoiden tai tämän ongelman osalta, jos muut sitoumukset eivät ole merkityksellisiä eikä niillä ole tässä yhteydessä todellista taloudellista merkitystä.

79 Käsiteltävänä olevassa asiassa kantajan väite perustuu epärealistiseen periaatteeseen ja riidanalaisen päätöksen virheelliseen tulkintaan.

80 Ensinnäkin on huomautettava, että keskittymähankkeen osapuolten ehdottamilla sitoumuksilla pyritään erityisesti ratkaisemaan aiemmin yksilöityjä kilpailuongelmia. Näin ollen kun komissio tutkii sitoumusta, sen on väistämättä tarkasteltava ensin kyseisen sitoumuksen sisältöä ja erityisesti sen mahdollisesti sisältämiä heikkouksia ja tämän jälkeen tutkittava, voidaanko tällä sitoumuksella ratkaista yksilöity ongelma kokonaan tai osittain. Muutetun keskittymähankkeen todennäköisten vaikutusten arvioinnin aluksi on nimittäin arvioitava tämän muutoksen sisältö. Tältä osin on huomautettava, että kantaja on kanteessaan ja kanteen liitteissä myös noudattanut tätä vaiheittaista lähestymistapaa, jota myös ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tämän vuoksi noudattaa. Lisäksi on epärealistista ajatella, että komissio voisi asetuksella N:o 4064/89 asetettujen määräaikojen rajoissa aloittaa kokonaan

uudelleen keskittymähankkeen arvioinnin sitoumusten valossa ikään kuin tämä hanke olisi ilmoitettu uudestaan sitoumuksilla muutetussa muodossaan. Tällainen lähestymistapa olisi asetuksen N:o 4064/89 järjestelmälle luonteenomaisen nopean ratkaisutoiminnan vaatimuksen vastainen (asia T-221/95, Endemol v. komissio, tuomio 28.4.1999, Kok. 1999, s. II-1299, 68 kohta). Kantajan implisiittisesti ehdottaman lähestymistavan epärealistisuutta korostaa käsiteltävänä olevassa asiassa se seikka, että sitoumuksia ehdotettiin yksi toisensa jälkeen kolmeen, jopa neljään otteeseen, ja näistä viimeinen tai viimeiset liian myöhään, kun menettely oli jo päättynyt. Tältä osin kantajan väite, jonka mukaan nämä yksi toisensa jälkeen ehdotetut sitoumukset ovat ainoastaan aiempien sitoumusten muutoksia eivätkä uusia sitoumuksia, ei muuta tätä arviointia. Tässä tilanteessa komission on joka kerta arvioitava näitä uusia seikkoja voidakseen tutkia, voivatko nämä muutokset vaikuttaa sen aiempiin toteamuksiin.

81 Toiseksi komissio on riidanalaisessa päätöksessä selvittänyt, miksi kullakin sitoumuksella ei heikkouksiensa vuoksi voitu yksinään ratkaista kyseessä olevaa kilpailuongelmaa. Komissio on kuitenkin tämän yksityiskohtaisen arvioinnin lisäksi todennut, että kyseessä olevan ongelman kannalta merkitykselliset sitoumukset yhdessä eivät myöskään olleet riittäviä kyseisen ongelman ratkaisemiseksi. Komissio totesi 18.10. ja 17.11.2004 ehdotettujen sitoumusten osalta, että kyseessä oleva määräävä asema vahvistuisi edelleen (ks. esimerkiksi kantajan mainitsemien sähkön tukkumarkkinoiden horisontaalisen ongelman osalta 675 ja 767 perustelukappale tai muiden kuin horisontaalisten ongelmien osalta 700, 702, 703 ja 801 perustelukappale). Komissio tutki — silloin kuin se piti tätä tarpeellisena — myös muut kuin osapuolten tietyn kilpailuongelman ratkaisemiseksi nimenomaisesti ehdottamat sitoumukset (809–812 perustelukappale). Tällöin komission arviointi on vastannut sitoumuksilla muutetun keskittymän arviointia. Vaikka komissio on 26.11.2004 ehdotettujen sitoumusten osalta ainoastaan todennut, että kyseiset sitoumukset olivat riittämättömiä kyseessä olevien kilpailuongelmien ratkaisemiseksi, se on kuitenkin suorittanut näiden sitoumusten kokonaisarvioinnin kyseisten ongelmien valossa (ks. sähkön tukkumarkkinoiden horisontaalisen ongelman osalta 868 perustelukappale tai näiden markkinoiden muiden kuin horisontaalisten

ongelmien osalta 874 ja 875 perustelukappale). Lisäksi koska liian myöhään esitettyjen sitoumusten tutkiminen oli korjaustoimenpiteitä koskevan tiedonannon mukaisten erityisedellytysten mukaista, siitä, että komissio ei todennut nimenomaisesti, että tutkitut määräävät asemat vahvistuisivat, ei voida päätellä, ettei se olisi suorittanut muutetun keskittymän kokonaisarviointia.

82 Tästä seuraa, että komissio on tosiasiallisesti suorittanut osapuolten ehdottamilla sitoumuksilla muutetun keskittymän kokonaisarvioinnin.

83 Kantajan mainitsemasta esimerkistä, joka koskee sähkön tukkumarkkinoiden horisontaaliseen ongelmaan ja muihin kuin horisontaalisiin ongelmiin liittyvien sitoumusten tutkimista erikseen, on todettava, että tämä väite yhtyy täysin neljännen kanneperusteen yhteydessä esitettyyn väitteeseen, jonka mukaan muihin kuin horisontaalisiin ongelmiin liittyvät sitoumukset sallisivat joidenkin kilpailijoiden pääsyn markkinoille, vaikka GDP oli ainoastaan potentiaalinen kilpailija. Jos oletetaan, että komissio katsoi virheellisesti, ettei sen tarvinnut tutkia tiettyjen sitoumusten välillistä ulottuvuutta sellaisen kilpailuongelman tai sellaisten markkinoiden suhteen, joiden osalta niillä ei ollut välitöntä merkitystä, komissio ei ole tehnyt oikeudellista virhettä vaan arviointivirheen. Vaikka komission on tutkittava kaikki kyseessä olevilla markkinoilla yksilöidyn kilpailuongelman suhteen merkitykselliset sitoumukset, mukaan lukien ne sitoumukset, joita keskittymähankkeen osapuolet eivät ole nimenomaisesti sellaisiksi nimenneet, kysymys siitä, onko tietyllä sitoumuksella merkitystä tietyn keskittymähankkeen aiheuttaman ongelman suhteen, kuuluu nimittäin kyseisen hankkeen taloudelliseen arviointiin ja on tutkittava tässä yhteydessä.

84 Koska kantaja on esittänyt tämän väitteen myös neljännen kanneperusteensa yhteydessä, joka liittyy komission arviointivirheisiin muutetun keskittymän suhteen, se on käsiteltävä kyseisen kanneperusteen tutkinnan yhteydessä.

85 Edellä esitetyn perusteella kolmannen kanneperusteen toinen osa on hylättävä.

*C Kolmannen kanneperusteen kolmas osa, joka koskee harkintavallan väärinkäyttöä*

86 Kantaja väittää, että komissio on käyttänyt väärin sille asetuksella N:o 4064/89 myönnettyä toimivaltaa, kun se on edellyttänyt, että sitoumuksilla on pyrittävä sähkö- ja maakaasumarkkinoiden vapauttamiseen.

87 Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan harkintavallan väärinkäytön käsite viittaa siihen, että hallintoviranomainen on käyttänyt toimivaltaansa saavuttaakseen muut päämäärät kuin ne, joita varten sille on tämä toimivalta annettu. Päätöstä tehtäessä harkintavaltaa on käytetty väärin, jos objektiivisten, asiaankuuluvien ja yhtäpitävien seikkojen perusteella on selvää, että se on tehty tällaisten päämäärien saavuttamiseksi (asia C-331/88, Fedesa ym., tuomio 13.11.1990, Kok. 1990, s. I-4023, 24 kohta ja asia C-400/99, Italia v. komissio, tuomio 10.5.2005, Kok. 2005, s. I-3657, 38 kohta). Jos päämääriä on useita, päätöstä ei rasita harkintavallan väärinkäyttö, vaikka pätevien tavoitteiden lisäksi esitetään tavoite, joka ei ole perusteltu, jos päätöksessä ei unohdeta olennaista päämäärää (asia 2/54, Italia v. korkea viranomainen, tuomio 21.12.1954, Kok. 1954, s. 73, 103 ja vastaavasti asia T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij v. komissio, tuomio 8.7.1999, Kok. 1999, s. II-2329, 131 kohta).

88 Aluksi on todettava, että on kiistatonta, että keskittymä kuuluu asetuksen N:o 4064/89 soveltamisalaan (riidanalaisen päätöksen 12 ja 13 perustelukappale). On myös todettava, ettei kantaja väitä, ettei keskittymän osalta voitaisi tehdä päätöstä tutkintamenettelyn aloittamisesta asetuksen N:o 4064/89 6 artiklan nojalla ja näin ollen lopullista päätöstä asetuksen N:o 4064/89 8 artiklan nojalla. Tältä osin

kantaja myöntää erityisesti kirjallisessa vastauksessaan istuntoa varten, että ilmoitettu keskittymä vahvistaisi EDP:n määräävää asemaa sähkömarkkinoilla. Näin ollen se, että osapuolet ehdottivat sitoumuksia, jotta keskittymä voitaisiin julistaa päätöksellä yhteismarkkinoille soveltuvaksi, oli välttämätöntä.

89 Näin ollen on todettava, että kun komissio otti huomioon riidanalaisen päätöksen tekemistä varten ehdotetut sitoumukset, se on toiminut täysin asetuksen N:o 4064/89 mukaisesti. Komissio on tällöin toteuttanut tämän asetuksen päämäärää, jossa kielletään sellaisen määräävän markkina-aseman luominen tai vahvistaminen, jonka seurauksena tehokas kilpailu olennaisesti estyisi.

90 Kantaja väittää kuitenkin, että komissio on vaatinut lisää kyseisiä sitoumuksia, jolloin se meni pidemmälle kuin olisi ollut tarpeen, jotta EDP:n tai GDP:n määräävät asemat eivät olisi vahvistuneet. Erityisesti komissio vaati kantajan mukaan suurempaa markkinoiden vapauttamista kuin olisi ollut tarpeen keskittymän aiheuttaman kilpailuongelman ratkaisemiseksi.

91 Kantajan esittämät useat esimerkit — joiden mukaan komissio on pitänyt sitoumuksia riittämättöminä uusien kilpailijoiden pääsyn takaamiseksi kyseessä oleville markkinoille (ks. erityisesti riidanalaisen päätöksen 659, 665, 707, 714, 725, 749, 805, 812, 862, 879 ja 888 perustelukappale) — osoittavat pelkästään, että komissio on pyrkinyt asetuksen N:o 4064/89 päämäärään eli estämään sellaisen määräävän markkina-aseman luomisen tai vahvistamisen, jonka seurauksena tehokas kilpailu olennaisesti estyisi keskittymän vuoksi. Uusien kilpailijoiden tulo markkinoille, joilla EDP:llä ja GDP:llä on kiistatta erittäin selvät määräävät asemat, on olennainen kilpailuun liittyvä näkökohta asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohtaa sovellettaessa. Näin ollen olennainen tavoite, johon komissio on pyrkinyt, kun se ei ole muuttanut kantaansa sitoumusten suhteen, on täysin asetuksen N:o 4064/89 mukainen.

92 Tältä osin on huomautettava, että kanneperusteessaan, joka liittyy muutetun keskittymän kilpailuoikeudelliseen arviointiin, kantaja vetoaa siihen, että keskittymä merkitsisi huomattavaa edistysaskelta maakaasu- ja sähkömarkkinoiden avaamiseksi kilpailulle. Tämän vuoksi, vaikkakin omien toteamustensa kanssa ristiriitaisesti, kantaja myöntää, että sitoumuksilla voidaan ratkaista keskittymän aiheuttamat kilpailuongelmat ja samanaikaisesti voidaan jatkaa markkinoiden avaamista kilpailulle.

93 Vaikka oletettaisiin, että jonkin ehdotetun sitoumuksen toteamista riittämättömäksi tai komission esittämää vaatimusta erityisestä sitoumuksesta pidettäisiin liiallisena komission riidanalaisessa päätöksessä yksilöimien kilpailuongelmien ratkaisemiseen nähden, mitä tutkitaan jäljempänä, tällainen virhe merkitsisi asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohdan rikkomista eikä harkintavallan väärinkäyttöä.

94 Lisäksi kantaja katsoo, että komissio näyttää kannattaneen Cambridge Economic Policy Associatesin Portugalin kilpailuviranomaisen pyynnöstä laatimassa kertomuksessa, jonka otsikkona on "Portugalin sähkö- ja maakaasumarkkinoita koskeva kertomus", esitettyä väitettä, jossa kantajan mukaan todetaan, että komission on käytettävä keskittymää aktiivisesti kilpailuolosuhteiden parantamiseksi. On kuitenkin todettava, että riidanalaisen päätöksen kohdissa, joissa viitataan tähän kertomukseen (ks. erityisesti 137, 172, 333 ja 573 perustelukappale), komissio ei ole millään tavalla omaksunut tässä kertomuksessa mahdollisesti ehdotettua päämäärää, vaan on hyödyntänyt ainoastaan objektiivisia taloudellisia arviointeja. Viittaukset tähän kertomukseen eivät näin ollen voi muodostaa aihetodistetta harkintavallan väärinkäytöstä.

95 Kantajan esittämät muut seikat, erityisesti tuolloisen kilpailusta vastaavan komission jäsenen Montin lausunnot tai muut komission energia-alan keskittymiä koskevat päätökset (asiassa COMP/M.1853 — EDF/EnBW 7.2.2001 tehty komission päätös ja asiassa COMP/M.2684.1853 — EnBW/EDP/Gastajur/Hidrocantábrico 19.3.2002 tehty komission päätös), eivät voi muodostaa merkityksellisiä aihetodisteita harkintavallan väärinkäytöstä käsiteltävänä olevassa asiassa, koska nämä seikat eivät

ole riidanalaisen päätöksen perusteita. Lisäksi vaikka näitä kahta keskittymää koskevaa päätöstä rasitti kantajan väittämä virhe, eli markkinoiden avaamisen edellyttäminen tilanteessa, jossa se ei ollut tarpeen näissä päätöksissä yksilöityjen kilpailuongelmien ratkaisemiseksi, tämä ei merkitse sitä, että kyseiselle asialle ominaiseen kilpailutilanteeseen perustuvaa riidanalaista päätöstä rasittaisi sama virhe.

96 Se kantajan väittämä seikka, että komissio pyrki tosiasiallisesti toteuttamaan toisen maakaasudirektiivin tavoitteita, vaikka tämä direktiivi perustuu EY 47 artiklan 2 kohtaan (sijoittautumisoikeus), EY 55 artiklaan (palvelujen tarjoamisen vapaus) ja EY 95 artiklaan (lainsäädäntöjen lähentäminen), ei osoita, että komissio olisi virheellisesti tavoitellut näitä päämääriä. Yhtäältä tämän direktiivin oikeusperustalla pyrittäisiin pikemminkin osoittamaan, että komissio on voinut tavoitella tämän direktiivin päämääriä ainoastaan hyvin epäsuorasti suosimalla uusien, erityisesti kansallisten kilpailijoiden tuloa kyseessä oleville markkinoille. Toisaalta on todettava, että maakaasun sisämarkkinoita koskevista yhteisistä säännöistä 22 päivänä kesäkuuta 1998 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 98/30/EY (EYVL L 204, s. 1; jäljempänä ensimmäinen maakaasudirektiivi) ja toisen maakaasudirektiivin seurauksena — tai jopa tarkoituksena — on luoda kilpailua alalle, jolla aiemmin ei vallinnut kilpailua (ks. sähkön sisämarkkinoita koskevista yhteisistä säännöistä ja direktiivin 96/92/EY kumoamisesta — Käytöstäpoisto- ja jätehuoltotoimia koskevat lausumat — 26 päivänä kesäkuuta 2003 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2003/54/EY (EUVL L 176, s. 37; jäljempänä toinen sähködirektiivi) 2, 6, 21, 22, 26 ja erityisesti 31 perustelukappale ja toisen maakaasudirektiivin 2, 7, 19, 21, 25, 27 ja erityisesti 30 perustelukappale; ks. sähkön sisämarkkinoita koskevista yhteisistä säännöistä 19 päivänä joulukuuta 1996 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 96/92/EY (EYVL L 27, s. 20) osalta asia C-17/03, VEMW ym., tuomio 7.6.2005, 62 kohta, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa). Tästä seuraa, että eräs toisen maakaasudirektiivin tavoitteista liittyy selvästi kilpailuun. Näin ollen ei ole yllättävää, että asetuksen N:o 4064/89 kilpailuun liittyvä tavoite on omaksuttu myös yhdeksi toisen sähködirektiivin ja toisen maakaasudirektiivin tavoitteista. Tämän vuoksi pyrkiminen toisen maakaasudirektiivin toteuttamiseen ei voi merkitä aihetodistetta harkintavallan väärinkäytöstä, koska tämän direktiivin tavoitteena on myös se tavoite, jota varten tässä asetuksessa annettiin komissiolle toimivaltaa.

97 Kantaja väittää lopuksi, että energiasektorien vapauttaminen olisi pitänyt toteuttaa EY 86 artiklaa soveltamalla. Ilman, että on tarpeen tarkastella kysymystä siitä, saattoiko komissio käyttää yhä toimivaltaa, joka sille on myönnetty tässä artiklassa, huolimatta toisesta sähködirektiivistä ja toisesta maakaasudirektiivistä, voidaan todeta, että kantajan väitteellä ei ole merkitystä tämän kanneperusteen osan yhteydessä. Vaikka oletettaisiin, että kyseessä olevat markkinat voitaisiin vapauttaa EY 86 artiklan nojalla, tällainen oletus voi johtaa ainoastaan toteamukseen, jonka mukaan tätä kilpailumääräystä ja asetusta N:o 4064/89, jonka tavoitteita komission on todettu noudattaneen asianmukaisesti, voidaan soveltaa samanaikaisesti.

98 Edellä esitetyn perusteella kolmannen kanneperusteen kolmas osa on hylättävä.

D *Kolmannen kanneperusteen neljäs osa, joka koskee tiettyjen toimintatapoja koskevien sitoumusten valvomisen vaikeutta*

99 Kantaja väittää, että komissio on hylännyt tiettyjä sitoumuksia sen vuoksi, että ne koskevat tiettyjä toimintatapoja ja että niitä pitää valvoa niiden toteuttamisen jälkeen. Kantajan mukaan komissio toimi tällöin oikeuskäytännön ja viimeaikaisen päätöskäytäntönsä vastaisesti eikä ottanut huomioon sitä mahdollisuutta, että Portugalin toimivaltaiset viranomaiset toteuttaisivat tämän jälkikäteisvalvonnan.

100 Aluksi on huomautettava, että toimintatapoja koskevat sitoumukset eivät ole luonteensa puolesta riittämättömiä määräävän aseman luomisen tai vahvistumisen estämiseksi ja että niitä on arvioitava tapauskohtaisesti samoin kuin rakenteellisia sitoumuksia (edellä 48 kohdassa mainittu asia Gencor v. komissio, tuomion 319 kohta ja edellä 45 kohdassa mainittu asia Tetra Laval v. komissio, tuomion 161 kohta, joka on vahvistettu edellä 63 kohdassa mainitussa asiassa komissio v. Tetra Laval 15.2.2005 annetussa tuomiossa, 85 kohta).

101 Kantajan väite perustuu kuitenkin riidanalaisen päätöksen virheelliseen tulkintaan, koska kolmessa sen mainitsemassa esimerkissä komissio ei ole hylännyt kyseessä olevia sitoumuksia yksinomaan siksi, että ne koskevat toimintatapoja tai että niiden valvominen on vaikeaa, vaan siksi, etteivät ne kokonaisuudessaan olleet yksilöityjen kilpailuongelmien suhteen riittäviä.

102 On totta, että komissio on 663 perustelukappaleessa todennut, että TER:n CCGT:tä vastaavan tuotantokapasiteetin vuokraamiseen liittyvä sitoumus ei todellakaan tuottanut rakenteellisen sitoumuksen etuja ja että sen olisi toteutettava laajaa jälkikäteisvalvontaa. Komissio pyrki näin kuitenkin korostamaan, että osapuolet olivat määränneet tämän sitoumuksen ennenaikaisesta lopettamisesta, jos monitahoiset edellytykset täyttyvät, ja että ne olivat pyytäneet sitä tarkastamaan, täyttyykö jokin näistä edellytyksistä. Komissio on katsonut lähtökohtaisesti, että tämä sitoumus oli näiden edellytysten vuoksi erittäin epävarma. Ensinnäkään komissio ei hylännyt tätä sitoumusta sen vuoksi, että se koskee toimintatapoja. Toiseksi näiden edellytysten valvonnan vaikeus johtui niiden monitahoisuudesta ja siitä, etteivät ne olleet tarkoituksenmukaisia, eikä siitä, että komissio olisi kieltäytynyt toteuttamasta jälkikäteisvalvontaa. Kolmanneksi 662 ja 664 perustelukappaleessa mainitaan useita muita seikkoja — kuten esimerkiksi se, että vuokraaja ei voisi hallinnoida CCGT:tä itsenäisesti vaan tulisi EDP:stä riippuvaiseksi, tai se, että sitoumuksen aikaistetun lopettamisen edellytykset perustuvat kansainvälisiin seikkoihin vaikka markkinat ovat edelleen kansalliset — joilla voidaan komission mielestä myös perustella tämän sitoumuksen hylkäämistä.

103 Komissio esitti 678 perustelukappaleessa ainoastaan ylimääräisenä ja vähämerkityksisenä perusteena sen, että Sinèsin LNG-vastaanottoaseman myyntiin liittyvä sitoumus edellytti komission myöhempää laajaa valvontaa. Komissio ei ole käyttänyt lainkaan perusteena sitä, että tämä sitoumus koskee toimintatapoja, ja lähes koko perustelukappale on omistettu muille sellaisille syille, kuten myyntipäivälle, heikkouksille, jotka liittyvät kolmansien mahdollisuuksiin käyttää maakaasukapasiteettia, ja sille, että GDP omistaisi edelleen vähemmistöosuuden asemaa hallinnoivasta toimijasta, joiden perusteella komissio totesi seuraavassa perustelukappaleessa, että tämän sitoumuksen positiiviset vaikutukset olivat vaarassa heikentyä vakavasti.

104 Komissio katsoi todellakin 719 perustelukappaleessa, että sitoumus, joka koskee EDP:n äänivallan pidättämistä Turbogásin johtokunnassa maakaasun toimittamiseen ja investointeihin liittyvissä kysymyksissä ja riippumattomien jäsenten nimittämistä Turbogásin johtokuntaan, liittyi puhtaasti toimintatapoihin ja oli komission mukaan vaikeasti valvottava. Tätä seikkaa on korostettu ainoastaan ylimääräisenä huomautuksena ja sen lisäksi on esitetty kolme pääasiallista perustetta, joiden nojalla komissio piti tätä sitoumusta riittämättömänä, eli se, että nimitettyjen jäsenten riippumattomuutta ei ollut taattu, se, että EDP säilyttäisi äänioikeutensa tärkeissä kysymyksissä ja voisi välillisesti vaikuttaa maakaasuntoimittajan valintaan, ja se, että äänioikeudet pidätettäisiin ainoastaan kolmeksi vuodeksi.

105 Siitä kantajan väitteestä, jonka mukaan komissio on jättänyt huomiotta sen mahdollisuuden, että Portugalin toimivaltaiset viranomaiset toteuttaisivat valvonnan, joka on tarpeen niiden edellytysten täyttymisen tarkastamiseksi, joilla kyseiset sitoumukset voidaan lopettaa ennenaikaisesti, on todettava aluksi, että TER:n sijainnin osalta osapuolet itse ovat nimenomaisesti suunnitelleet pyytävänsä komissiota tarkastamaan näiden edellytysten täyttymisen. Komissio ei näin ollen voinut, muutoin kuin muuttamalla itse ehdotettua sitoumusta, mikä ei kuulu sen toimivaltaan, uskoa tätä valvontaa kansallisille viranomaisille. Myöskään kahden muun kantajan mainitseman sitoumuksen osalta komission ei tarvinnut, vaikka se olisikin voinut tehdä niin osapuolten kanssa käymiensä neuvottelujen yhteydessä, luoda erityistä valvontamenetelmää, joka olisi siirretty toimivaltaisten kansallisten viranomaisten toteutettavaksi. Osapuolten asiana oli sen sijaan ehdottaa täydellisiä ja kaikin tavoin tehokkaita sitoumuksia erityisesti, jos näissä toimintatapoja koskevissa sitoumuksissa oli auttamattomia heikkouksia, jotka liittyivät niiden sitovuuteen, joka olisi oikeuttanut jälkikäteisvalvonnan.

106 Edellä esitetyn perusteella kolmannen kanneperusteen neljäs osa on hylättävä.

107 Kolmas kanneperuste on näin ollen hylättävä kokonaisuudessaan.

III *Ensimmäinen kanneperuste, joka koskee Portugalin tasavallan toisen maakaasudirektiivin nojalla saamaa poikkeusta*

108 Kantaja katsoo, että komissio on arvioidessaan kilpailutilannetta markkinoilla, joita ei ole avattu kilpailulle, jättänyt huomiotta ensinnäkin Portugalin tasavallalle toisen maakaasudirektiivin nojalla myönnetyn määräaikaisen poikkeuksen markkinoiden vapauttamista koskevasta aikataulusta ja toiseksi asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohdan, kun se on ulottanut kilpailuarvionsa yli viiden vuoden päähän keskittymän toteuttamisesta.

A *Alustavat huomautukset*

109 Aluksi on huomautettava, että yhteisön sähkö- ja maakaasumarkkinat olivat ennen ensimmäisen ja toisen maakaasudirektiivin antamista tosiasiallisesti markkinoita, joita ei ollut tarvinnut avata kilpailulle, sillä tietyissä jäsenvaltioissa toimi kansallisia monopoleja. Yhteisöjen tuomioistuimella on kuitenkin ollut tilaisuus huomauttaa, että EY:n perustamissopimuksen kilpailumääräyksiä sovellettiin näillä sektoreilla toimivien yritysten päätöksiin (asia C-393/92, Almelo ym., tuomio 27.4.1994, Kok. 1994, s. I-1477, Kok. Ep. XV, s. I-121, 34–51 kohta). Ensimmäinen maakaasudirektiivi ja tämän jälkeen toinen maakaasudirektiivi, jolla on nopeutettu ensimmäisessä direktiivissä säädettyä aikataulua, perustuvat lähtökohtaan, jonka mukaan jäsenvaltioilla ei ollut välittömästi näiden direktiivien täytäntöönpanopäivästä lähtien velvollisuutta avata maakaasumarkkinoita kilpailulle. Näin ollen on myönnettävä, että maakaasumarkkinoiden eri osamarkkinoita ei ollut välttämätöntä avata kilpailulle ennen toisessa maakaasudirektiivissä asetettujen määräaikojen päättymistä.

110 Toisen maakaasudirektiivin tavoitteena on luoda sellaiset maakaasun sisämarkkinat, joilla vallitsee terve kilpailu (toisen maakaasudirektiivin 30 perustelukappale), eli antaa kuluttajille mahdollisuus valita vapaasti toimittajansa ja toimittajille mahdollisuus toimittaa tuotettaan vapaasti asiakkailleen (toisen maakaasudirektiivin 4 perustelukappale). Eräs tämän maakaasumarkkinoiden vapauttamisen pääkohdista on näiden markkinoiden asteittaista avaamista koskevan sellaisen aikataulun

laatiminen, joka perustuu vaatimukset täyttävien asiakkaiden eli asiakkaiden, jotka voivat ostaa maakaasua vapaasti valitsemaltaan toimittajalta, määrän asteittaiseen lisääntymiseen. Toisen maakaasudirektiivin mukaan kaikkien muiden kuin kansallisten asiakkaiden on täytettävä vaatimukset 1.7.2004 ja kaikkien asiakkaiden on täytettävä vaatimukset 1.7.2007.

111 Toisen maakaasudirektiivin 28 artiklan 2 kohdan nojalla jäsenvaltioissa, jotka voidaan katsoa uusiksi markkina-alueiksi, sovelletaan kuitenkin poikkeuksellista aikataulua. Kyseiset jäsenvaltiot voivat tässä aikataulussa mainittuihin päivämääriin saakka poiketa seuraavista velvoitteista: maakaasun käsittelylaitosten rakentamiseen tai käyttöön vaadittava syrjimätön lupa, verkonhaltijoiden nimeäminen, verkonhaltijoiden tehtävien määrittäminen, siirtoverkonhaltijoiden toimintojen eriyttäminen, jakeluverkonhaltijoiden nimeäminen, jakeluverkonhaltijoiden jakeluverkon tasapainottamiseen liittyvien tehtävien määrittäminen, jakeluverkonhaltijoiden toimintojen eriyttäminen, tilien eriyttäminen, kolmansien osapuolten päästäminen maakaasuverkkoon ja nesteytetyn maakaasun käsittelylaitoksiin, markkinoiden avaamista koskevan aikataulun laatiminen sekä erillisiä linjoja koskevan järjestelmän käyttöönottaminen (ks. edellä 6 kohta).

112 Tästä seuraa selvästi, että tämä poikkeus vapauttaa kyseessä olevan jäsenvaltion velvoitteesta soveltaa toisen maakaasudirektiivin olennaisia säännöksiä, joilla toteutetaan eri markkinoiden avaaminen kilpailulle ja taataan tehokas kilpailu. Näin ollen on todettava, että tämän poikkeuksen nojalla kyseessä olevat maakaasumarkkinat eivät ole avoimia kilpailulle, jos kyseessä oleva jäsenvaltio ei ole avannut näitä markkinoita.

B *Ensimmäisen kanneperusteen ensimmäinen osa, jonka mukaan Portugalin tasavallalle myönnettyä poikkeusta ei ole otettu huomioon*

113 Kantaja väittää kanneperusteensa ensimmäisessä osassa, että komissio on arvioidessaan keskittymän vaikutuksia markkinoihin, joita ei ole avattu kilpailulle,

loukannut Portugalin tasavallan oikeutta toteuttaa maakaasusektorin uudelleenjärjestely toisen maakaasudirektiivin 28 artiklassa myönnetyllä poikkeuksella annetun määräajan kuluessa. Komissio puolestaan katsoo ensinnäkin, että keskittymä on seurausta yksinomaan yritysten päätöksistä ja että se on tutkittava ennen kaikkea asetuksen N:o 4064/89 valossa. Toiseksi komissio katsoo säilyttäneensä tarpeellisen koherenssin tämän asetuksen ja toisen maakaasudirektiivin välillä, kun se ei ole arvioinut keskittymän vaikutuksia poikkeuksen kattamana aikana. Kolmanneksi komissio katsoo, ettei tällä poikkeuksella anneta jäsenvaltiolle oikeutta suosia keskittymähanketta, joka vaikuttaa olennaisesti kilpailuun tämän poikkeuksen voimassaolon päättymisen jälkeen.

114 On kiistatonta, että Portugalin tasavalta hyötyy toisen maakaasudirektiivin 28 artiklan 2 kohdassa tarkoitetusta poikkeuksesta ja että tämä poikkeus päättyy vuonna 2007, minkä jälkeen maakaasumarkkinoiden asteittaista avaamista kilpailulle koskeva aikataulu otetaan käyttöön.

115 Portugalin tasavalta on hyödyntänyt tätä poikkeusta perustamalla kansallisen maakaasuteollisuuden, joka toimii monopolina kaikilla maakaasusektoreilla (siirto, varastointi, jakelu, toimitukset). On huomautettava, ettei komissio ole lainkaan riitauttanut näiden monopolien luomista kilpailunäkökohtien valossa. Käsiteltävänä olevassa asiassa Portugalin tasavalta ei ole myöskään vielä avannut virallisesti yksiäkään kyseisistä markkinoista kilpailulle. Komissio väittää erityisesti, että sähköntuottajille suoritettavien maakaasutoimitusten markkinoiden avaamista oli suunniteltu vuodelle 2004 ja sitä oli siirretty vuoteen 2005 (riidanalaisen päätöksen 211 perustelukappale). Näiden markkinoiden tosiasiallisesta avaamisesta ei ole kuitenkaan esitetty minkäänlaisia asiakirjatodisteita. Lisäksi komissionkaan mukaan näitä markkinoita ei ollut avattu kilpailulle riidanalaisen päätöksen tekemispäivänä. Muutoin komissio tukeutuu siihen seikkaan, että Portugalin tasavalta aikoo vakavasti edistää kaikkien maakaasumarkkinoiden vapauttamista. Vaikka oletetaan, että Portugalin markkinoiden vapauttamista koskevaa aikataulua aikaistettaisiin, ennen tosiasiallista vapauttamista kaikki kyseessä olevat markkinat kuuluvat kuitenkin poikkeuksen soveltamisalaan. Mikään ei myöskään osoita, että Portugalin tasavalta suostuisi aikaistamaan vapauttamisen aikataulua ilman, että keskittymä toteutuu.

116 Tästä seuraa, että Portugalin maakaasumarkkinat eivät olleet avoimet kilpailulle riidanalaisen päätöksen tekemispäivänä. Tämä seikka vaikuttaa suoraan ja väistämättä asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohdan soveltamiseen näihin markkinoihin.

117 Ensinnäkään asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohdan ensimmäistä edellytystä, joka koskee määräävän aseman luomista tai vahvistamista, ei voida soveltaa, sillä GDP:llä on tällä hetkellä monopoliasema sähköntuottajille, paikallisille jakeluyhtiöille ja suurasiakkaille suoritettavien maakaasutoimitusten markkinoilla (riidanalaisen päätöksen 475 perustelukappale). Tietyillä markkinoilla monopoli merkitsee absoluuttista määräävää asemaa, joka ei voi tämän vuoksi vahvistua näillä markkinoilla. Ainoat markkinat, joilla GDP:n määräävä asema voi vahvistua, ovat paikallisten jakeluyhtiöiden pienasiakkaille suorittamien maakaasutoimitusten markkinat, koska GDP omistaa ainoastaan viisi nykyisestä kuudesta paikallisesta jakeluyhtiöstä. On kuitenkin todettava, että kullakin näistä paikallisista jakeluyhtiöistä on maantieteellinen monopoli, joka estää kaiken tosiasiallisen kilpailun niiden välillä.

118 Toiseksi myöskään asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohdan toinen edellytys, joka koskee tehokkaan kilpailun olennaista estymistä ja jonka on edellä todettu muodostavan itsenäisen edellytyksen, ei voi täyttyä markkinoilla, joilla ei ole kilpailua. Nimittäin jos kilpailua ei ole lainkaan, keskittymä ei voi estää tehokasta kilpailua olennaisesti riidanalaisen päätöksen tekemishetkellä.

119 Tätä analyysiä tukee täysin kilpailualan yleinen oikeuskäytäntö. Kartellien ja määräävän markkina-aseman väärinkäytön osalta on todettu, että jos kansallisessa lainsäädännössä luodaan sellaiset oikeudelliset puitteet, jotka eliminoivat mahdollisuuden yritysten väliseen kilpailuun, EY 81 ja EY 82 artiklaa ei sovelleta (yhdistetyt asiat 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 ja 114/73, Suiker Unie ym. v. komissio, tuomio 16.12.1975, Kok. 1975, s. 1663, 71 ja 72 kohta; yhdistetyt asiat C-359/95 P ja C-379/95 P, komissio ja Ranska v. Ladbroke Racing, tuomio 11.11.1997, Kok. 1997, s. I-6265, 33 kohta ja yhdistetyt asiat T-191/98 ja T-212/98–T-214/98, Atlantic Container Line ym. v. komissio, tuomio 30.9.2003, Kok. 2003, s.

II-3275, 1130 kohta). Samoin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on todennut valtiontukiasiassa, että "alun perin kilpailulta suljetuilla markkinoilla perustettua tukijärjestelmää on pidettävä näiden markkinoiden vapautuessa olemassa olevana tukijärjestelmänä, koska se ei ole kuulunut perustamisajankohtanaan yksinomaan kilpailulle avoimilla aloilla sovellettavan perustamissopimuksen 92 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan tässä määräyksessä asetettujen, vaikutuksia jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja kilpailuun koskevien edellytysten vuoksi" (yhdistetyt asiat 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 ja T-23/98, Alzetta ym. v. komissio, tuomio 15.6.2000, Kok. 2000, s. II-2319, 143 kohta, joka on vahvistettu välillisesti muutoksenhakumenettelyssä asiassa C-298/00 P, Italia v. komissio, tuomio 29.4.2004, Kok. 2004, s. I-4087, 66–68 kohta).

120 On todettava, että tämä tilanne vaikuttaa ainoastaan asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohdassa asetettujen edellytysten täyttymiseen eikä sen soveltamiseen tai koko kyseisen asetuksen sovellettavuuteen keskittymään nähden. Nimittäin kun keskittymähanke kuuluu tämän asetuksen soveltamisalaan asetuksen 1 artiklan mukaisesti, kyseistä asetusta sovelletaan tähän hankkeeseen, mutta hanketta ei voida kieltää sen sellaisten vaikutusten perusteella, jotka kohdistuvat markkinoihin, joilla ei ole kilpailua.

121 Tältä osin on todettava, että komissio väittää kunnioittaneensa poikkeusta, kun se on siirtänyt kilpailua koskevan arviointinsa riidanalaisessa päätöksessä ajankohtaan, jolloin maakaasumarkkinat oli pitänyt avata kilpailulle joko Portugalin viranomaisten laatiman aikataulun mukaan tai poikkeuksen mukaisen, myöhäisemmän mutta sitovan, aikataulun mukaan. Näin toimiessaan komissio vahvistaa osittain edellä esitetyn analyysin, jonka mukaan asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohdassa asetetut edellytykset eivät voi täyttyä sellaisten markkinoiden osalta, joita ei ole avattu kilpailulle.

122 Komission väite on hylättävä. Se, että kilpailuarvioinnissa tarkasteltavaksi ajanjaksoksi otetaan poikkeuksen päättymisen jälkeinen ajanjakso, ei merkitse sitä, että

tämä poikkeus olisi otettu huomioon. Kun komissio on kieltänyt maakaasumarkkinoilla monopoliasemassa olevaa toimijaa toteuttamasta välittömästi liiketoimia, jotka johtavat sen kilpailuaseman muuttumiseen, vaikka Portugalin tasavallalle myönnetyllä poikkeuksella tämä vapautetaan yleisten kilpailusääntöjen soveltamisesta, se on jättänyt huomiotta tälle valtiolle annetun mahdollisuuden toteuttaa maakaasumarkkinoillaan haluamiaan rakennemuutoksia poikkeuksen voimassaoloaikana. Toisin sanoen komissio on kieltänyt sopimuksen osapuolia hyötymästä keskittymän vaikutuksista maakaasumarkkinoilla ajanjaksolla, jonka aikana keskittymää ei voitu kieltää asetuksen N:o 4064/89 ja toisen maakaasudirektiivin nojalla.

123 Lisäksi kun komissio on arvioinut keskittymän tulevia vaikutuksia maakaasumarkkinoilla yksinomaan ajankohtana, jolloin ne voivat täyttää asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohdan edellytykset eli kun nämä markkinat on avattu kilpailulle, se on tietoisesti jättänyt huomiotta keskittymän välittömät vaikutukset näillä markkinoilla.

124 Kun komissio asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohtaa soveltaessaan tutkii keskittymää, sen on kuitenkin arvioitava, olisiko sellaisen markkina-aseman luominen tai vahvistaminen, joka rajoittaa olennaisesti ja pysyvästi markkinoilla vallitsevaa tehokasta kilpailua, keskittymän suora ja välitön seuraus. Jos vallitseva kilpailutilanne ei muutu tällä tavoin, keskittymä on lähtökohtaisesti hyväksyttävä (asia T-342/99, Airtours v. komissio, tuomio 6.6.2002, Kok. 2002, s. II-2585, 58 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). On totta, että komissio voi tarvittaessa ottaa huomioon keskittymän vaikutukset lähitulevaisuudessa (asia T-5/02, Tetra Laval v. komissio, tuomio 25.10.2002, Kok. 2002, s. II-4381, 153 kohta) tai jopa perustella keskittymähankkeen kieltämistä tällaisilla tulevilla vaikutuksilla. Tämän perusteella komissio ei kuitenkaan voi jättää arvioimatta tällaisen keskittymän välittömiä vaikutuksia, jos niitä on, ja jättää ottamatta niitä huomioon tämän keskittymän kokonaisarvioinnissa.

125 Käsiteltävänä olevassa asiassa komissio ei ole tutkinut keskittymän toteuttamispäivän ja maakaasumarkkinoiden vapauttamispäivän välistä ajanjaksoa eli aikaa, joka markkinoista riippuen ulottuu kolmesta kuuteen tai kahdeksaan vuoteen keskittymän toteuttamisen jälkeen. Keskittymä, sellaisena kuin se on sitoumuksilla muutettuna, aiheuttaa maakaasumarkkinoilla huomattavia välittömiä vaikutuksia, pääasiassa näiden markkinoiden vapauttamisen aikaistumisen noin kahdella tai kolmella vuodella poikkeuksessa tarkoitettuun aikatauluun nähden. Vaikka Portugalin hallituksen piti toteuttaa näiden markkinoiden säännöstenmukainen avaaminen kilpailulle sen tältä osin antamien vakuutusten mukaisesti, useat sitoumukset takasivat tämän avaamisen tehokkuuden erityisesti siltä osin kuin on kyse kolmansien mahdollisuudesta käyttää maakaasukapasiteettia. Tämä komission toimimattomuus ei ole kilpailuvaikutusten kannalta neutraalia, koska aikaistettua siirtymistä monopolitilanteesta tilanteeseen, jossa kilpailijoiden olemassaolo on mahdollistettu erityisesti sen avulla, että kolmannet voivat käyttää maakaasuvaroja syrjimättömin tai vähemmän syrjivin ehdoin, ei voida jättää täysin huomiotta.

126 Tältä osin on hylättävä komission väite, jonka mukaan kyseisiin yrityksiin sovelletaan ainoastaan asetusta N:o 4064/89, eivätkä nämä yritykset voi hyötyä kyseessä olevalle jäsenvaltiolle toisella maakaasudirektiivillä myönnetystä poikkeuksesta. On selvää, että tällä asetuksella ja tällä direktiivillä on eri oikeusperusta, ja ne on osoitettu eri tahoille. On myös myönnettävä, että keskittymä on seurausta yritysten päätöksistä, vaikka asiakirjoista ilmenee, että Portugalin tasavalta on osallisena tässä keskittymässä, sillä se on selvästi ottanut keskittymän huomioon, ellei jopa järjestellyt sitä (ks. edellä 11 kohta). Toisin kuin komissio olettaa, asetusta N:o 4064/89 ja toista maakaasudirektiiviä ei kuitenkaan voida tutkia erikseen. Kuten edellä huomautetaan, asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohtaa ei voida soveltaa, koska maakaasumarkkinoilla ei ole kilpailua toisen maakaasudirektiivin mukaisesti myönnetyn poikkeuksen nojalla. Yrityksiä ei nimittäin voida moittia siitä, että ne rajoittavat huomattavasti tehokasta kilpailua, kun tätä kilpailua ei ole kansallisen ja yhteisön lainsäädännön vuoksi.

127 Kuten komissio korostaa riidanalaisessa päätöksessä (210–214 perustelukappale), jos se ei voi arvioida keskittymän tulevia kilpailuvaikutuksia markkinoilla, joita ei tuolla

hetkellä ole vielä avattu kilpailulle, tämä estää sitä täysin arvioimasta keskittymän vaikutuksia maakaasumarkkinoilla. Erityisesti vaikka kyseiset markkinat on avattava kilpailulle tiukan ja sitovan aikataulun mukaisesti toisen maakaasudirektiivin perusteella, komissio ei voi arvioida sitä, estääkö keskittymä tehokkaan kilpailun syntymisen tämän aikataulun puitteissa.

128 Vaikka tämän analyysin seurauksena, kuten komissio korostaa, on se, ettei yrityksiin sovelleta täysimääräisesti tavanomaisia kilpailusäännöksiä, mukaan lukien toisessa maakaasudirektiivissä asetetut säännöt, vain vähän ennen kuin niitä sovelletaan näihin yrityksiin, tällainen lopputulos aiheutuu käsiteltävänä olevassa asiassa lainsäätäjän tahdosta, joka on muotoiltuna tämän direktiivin 28 artiklan 2 kohdassa myönnettyyn poikkeukseen.

129 Komissio ei voi myöskään vedota siihen, että osapuolet ovat ilmoittaneet keskittymästä, todetakseen, että osapuolet ovat tällöin myöntäneet asetuksen N:o 4064/89 sovellettavuuden. Ensinnäkään käsiteltävänä olevassa asiassa ei ole kyse koko asetuksen sovellettavuudesta vaan sen pääasiallisen kieltosäännöksen soveltamisesta keskittymän tiettyyn osaan. Toiseksi tämä ilmoittaminen oli tämän asetuksen 1 artiklan nojalla pakollista. Asetuksen N:o 4064/89 sovellettavuus ei voi riippua myöskään keskittymähankkeen osapuolten tahdosta.

130 Näin ollen on todettava, että kun komissio on perustellut keskittymän kieltämistä määräävien asemien vahvistumisella, minkä seurauksena kilpailu maakaasumarkkinoilla, joita ei ole avattu kilpailulle toisen maakaasudirektiivin 28 artiklan 2 kohdassa myönnetyn poikkeuksen nojalla, olennaisesti estyy, se on jättänyt huomioon ottamatta tämän poikkeuksen vaikutukset ja näin ollen sen sisällön.

131 On kuitenkin todettava, että komission tekemä virhe koskee yksinomaan sitä, että se katsoi asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohdan soveltamisedellytysten täyttyvän sellaisten markkinoiden osalta, joita ei ollut avattu kilpailulle. Sen sijaan tämä virhe ei vaikuttanut sen asetukseen N:o 4064/89 perustuviin kilpailuarviointeihin, jotka liittyivät tilanteeseen maakaasumarkkinoilla ennen keskittymää, tilanteeseen maakaasumarkkinoilla näiden suunniteltuna avaamisajankohtana ja tilanteeseen sähkömarkkinoilla ennen keskittymän toteuttamista ja sen jälkeen. Kilpailutilanne riidanalaisen päätöksen tekemispäivänä tai kyseessä olevien markkinoiden kilpailulle avaamisen ajankohtana on nimittäin objektiivinen tieto, johon oikeudellisen edellytyksen soveltamatta jättäminen ei vaikuta.

132 On myös huomautettava, että asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohdassa asetettujen edellytysten täyttymisen mahdottomuus rajoittuu ainoastaan sektoriin, jolla kilpailua ei ole, ja että tätä artiklaa sovelletaan edelleen täysimääräisesti muilla sektoreilla, joihin ilmoitettu keskittymähanke mahdollisesti vaikuttaa. Tältä osin on muistutettava, että asetus N:o 4064/89 liittyy sellaisilla markkinoilla, joihin keskittymähanke vaikuttaa, esiintyvän määräävän aseman tai esiintyvien määräävien asemien analysointiin. On täysin mahdollista ja jopa yleistä, että keskittymähanke aiheuttaa huomattavia kilpailunvastaisia seurauksia ainoastaan yksillä tai muutamilla relevanteilla markkinoilla aiheuttamatta tällaisia seurauksia muilla markkinoilla. Tässä tilanteessa keskittymähanke on kuitenkin kiellettävä asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohdan mukaisesti. Näin ollen maakaasumarkkinoiden osalta tehty virhe ei vaikuta asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohdan soveltamiseen sähkömarkkinoihin.

133 Edellä esitetyn perusteella on todettava, että riidanalaista päätöstä rasittaa oikeudellinen virhe siltä osin kuin siinä todetaan, että GDP:n olemassa oleva määräävä asema sähköntuottajille sekä suur- ja pienasiakkaille suoritettavien maakaasutoimitusten markkinoilla vahvistuu, minkä seurauksena tehokas kilpailu estyy olennaisesti.

*C Ensimmäisen kanneperusteen toinen osa, joka koskee analyysin siirtämistä liian pitkälle tulevaisuuteen*

134 Kantaja katsoo, että komissio on rikkonut asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohtaa, kun se on siirtänyt maakaasumarkkinoiden kilpailuarvioinnin yli viiden vuoden päähän keskittymän toteuttamisesta.

135 Aluksi on palautettava mieliin, että on todettu, että riidanalaista päätöstä rasittaa oikeudellinen virhe siltä osin kuin kyse on asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohdan soveltamisesta maakaasumarkkinoihin. Näin ollen ei ole enää tarpeen lausua tämän kanneperusteen tästä osasta siltä osin kuin kyse on GDP:n määräävän aseman vahvistumisesta näillä markkinoilla.

136 Komissio tukeutuu sähkömarkkinoita koskevassa analyysissään maakaasumarkkinoita koskevaan kilpailuanalyysiin, eikä edellä todettu oikeudellinen virhe vaikuta tähän. Kantaja, jolta on kysytty, mitkä olivat riidanalaisessa päätöksessä esitetyt yhteydet maakaasumarkkinoiden ja sähkömarkkinoiden välillä, mainitsi useita perustelukappaleita, jotka liittyvät maakaasun toimituksiin CCGT:eille joko suoraan (336, 340, 365 ja 506 perustelukappale) tai välillisesti keskittymän muiden kuin horisontaalisten seurausten, eli fuusioituneen yhteisön mahdollisuuden käyttää uutta valta-asemaansa maakaasumarkkinoilla vahingoittaakseen kilpailevia sähköntuottajia, yhteydessä.

137 Näin ollen ei ole tarpeen lausua tämän kanneperusteen tästä osasta siltä osin kuin kyse on komission kilpailuarvioinneista, jotka koskevat muita markkinoita kuin CCGT:eille suoritettavien maakaasutoimitusten markkinoita eli paikallisille jakeluyhtiöille sekä suur- ja pienasiakkaille suoritettavien maakaasutoimitusten markkinoita.

138 CCGT:eille suoritettavien maakaasutoimitusten markkinoiden avaaminen kilpailulle piti Portugalin ministerineuvoston päätöslauselmien nro 63/2003 ja nro 68/2003 mukaan toteuttaa vuonna 2004, mutta tätä avaamista on siirretty vuoteen 2005 (203 ja 505 perustelukappale). Kantaja ei ole kiistänyt tätä viimeksi mainittua ajankohtaa. Joka tapauksessa näiden markkinoiden koon, joka vastaa nykyään lähes puolta Portugalin kokonaistuotannosta, ja teollisen luonteen vuoksi nämä markkinat ovat ensimmäisiä markkinoita, jotka poikkeuksen mukaan on avattava kilpailulle vuonna 2007 eli viimeistään kolme vuotta keskittymän toteuttamisen jälkeen.

139 Kantaja moittii komissiota kuitenkin ainoastaan siitä, että se on ylittänyt tutkinnan kohteena tavanomaisesti olevan enimmäisajan, joka on keskittymän toteuttamisen jälkeiset kolmesta viiteen vuotta.

140 Tämän vuoksi ei ole myöskään tarpeen lausua tämän kanneperusteen tästä osasta siltä osin kuin kyse on CCGT:eille suoritettavien maakaasutoimitusten markkinoista.

141 Edellä esitetyn perusteella ensimmäisen kanneperusteen tästä osasta ei ole tarpeen lausua.

## IV *Neljäs kanneperuste, joka liittyy sitoumuksia koskeviin arviointivirheisiin*

### A *Alustavat huomautukset*

142 Aluksi on huomautettava, että asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohdassa asetetut edellytykset eivät voineet täyttyä maakaasumarkkinoiden osalta. Näin ollen ei ole

tarpeen lausua neljännen kanneperusteen toisesta osasta, joka koskee mahdollisia arviointivirheitä siltä osin kuin on kyse sitoumusten riittämättömyydestä maakaasusektorilla yksilöityjen kilpailuongelmien kannalta.

143 Komissio väittää, että on riittävää, että ainoastaan yksi riidanalaisessa päätöksessä yksilöidyistä kilpailuongelmista jää ratkaisematta 26.11.2004 ehdotetuilla sitoumuksilla, jotta riidanalainen päätös jää voimaan.

144 Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan koska tietyt päätöksen perustelut riittävät oikeudellisesti yksin perusteeksi tälle päätökselle, virheet, jotka saattaisivat rasittaa toimen muita perusteluja, eivät missään tapauksessa vaikuta tämän päätöksen päätösosaan (ks. analogisesti yhdistetyt asiat C-302/99 P ja C-308/99 P, komissio ja Ranska v. TF1, tuomio 12.7.2001, Kok. 2001, s. I-5603, 26–29 kohta ja asia T-50/00, Dalmine v. komissio, tuomio 8.7.2004, johon on haettu muutosta, Kok. 2004, s. II-2395, 134 ja 146 kohta).

145 Keskittymien osalta komission on kiellettävä keskittymähanke, kun asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohdassa asetetut edellytykset täyttyvät, vaikka ne täyttyisivät kyseessä olevista markkinoista ainoastaan yhden osalta.

146 Näin ollen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaisesti on todettava, että päätös, jolla keskittymähanke todetaan yhteismarkkinoille soveltumattomaksi, voidaan kumota ainoastaan, jos voidaan todeta, että mahdolliset perusteet, jotka eivät ole lainvastaisia, erityisesti perusteet, jotka koskevat yhtä kyseessä olevista markkinoista, eivät ole riittäviä päätöksen päätösosan perustelemiseksi (asia T-310/01, Schneider Electric v. komissio, tuomio 22.10.2002, Kok. 2002, s. II-4071, 412 kohta).

147 Tämä toteamus ei kuitenkaan tiettyjä markkinoita tutkittaessa poista tarvetta tutkia kilpailutilannetta myös muilla markkinoilla, jos riidanalainen päätös perustuu joko yleisesti keskittymähankkeen vaikutuksiin eri kyseessä olevilla markkinoilla tai keskittymähankkeen tiettyjen näihin eri markkinoihin kohdistuvien kilpailuvaikutusten vastavuoroiseen vahvistumiseen.

148 Riidanalaisessa päätöksessä komissio on päättänyt kaikkien käsiteltyjen markkinoiden analyysin toteamukseen, jonka mukaan keskittymä johtaisi määräävän aseman vahvistumiseen näillä markkinoilla viittaamatta muihin markkinoihin. Koska komissio on käyttänyt perusteluna eri sähkömarkkinoiden ja eri maakaasumarkkinoiden kilpailutilanteita todetessaan kilpailuongelmia tietyillä sähkömarkkinoilla, on kuitenkin tutkittava tarvittavissa määrin kaikkien näiden kilpailuarvioiden paikkansapitävyyttä kyseessä olevilla markkinoilla. Tältä osin on huomautettava, että edellä 131 kohdassa esitetyn mukaisesti se, että asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohdan edellytykset eivät voi täyttyä maakaasumarkkinoilla, ei vaikuta itse kilpailutilanteen arviointiin maakaasumarkkinoilla.

149 Erityisesti komission väite, jonka mukaan tämä kanneperuste on hylättävä pelkästään siksi, että kantaja ei ole vakavasti kiistänyt EDP:n määräävän aseman vahvistumista sähkön tasauksen ja lisäpalvelujen markkinoilla sekä sähkön vähittäismarkkinoilla, on hylättävä sillä perusteella, että riidanalaisen päätöksen perustelut näiden markkinoiden osalta perustuvat todellakin, kuten kantaja väittää, ainakin osittain sähkön tukkumarkkinoihin liittyviin kilpailuarviointeihin ja että näihin viimeksi mainittuihin markkinoihin liittyvän arvioinnin hylkääminen voisi johtaa kyseessä oleviin markkinoihin liittyvän arvioinnin hylkäämiseen.

150 Myös komission väite, jonka mukaan kantaja on myöntänyt, että 28.10. ja 17.11.2004 ehdotetut sitoumukset eivät ole riittäviä, jotta niillä voitaisiin ratkaista komission yksilöimät kilpailuongelmat, on hylättävä. Vaikka kantaja on myöntänyt kannekirjelmässään tämän kanneperusteen osalta, että ilmoitettu keskittymä vahvistaisi

GDP:n määräävää asemaa, ja vastauksessaan istuntoa varten, että ilmoitettu keskittymä vahvistaisi EDP:n määräävää asemaa, kantaja ei ole kuitenkaan myöntänyt, että 28.10., 17.11. tai 26.11.2004 ehdotetut sitoumukset eivät olisi riittäviä, jotta niillä voitaisiin ratkaista yksilöidyt kilpailuongelmat.

151 Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan yhteisöjen tuomioistuimen harjoittaman valvonnan, joka kohdistuu komission asetuksella N:o 4064/89 annetun harkintavallan nojalla suorittamaan monitahoiseen taloudelliseen arviointiin, on rajoituttava sen tutkimiseen, että menettelyä ja perustelua koskevia sääntöjä on noudatettu, että näiden tosiseikkojen arvioinnissa ei ole tapahtunut ilmeistä arviointivirhettä ja ettei harkintavaltaa ole käytetty väärin (edellä 63 kohdassa mainittu asia Petrolessence ja SG2R v. komissio, tuomion 101 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen ja vastaavasti edellä 63 kohdassa mainittu asia komissio v. Tetra Laval, tuomion 38 kohta).

152 Tältä osin komissio korostaa sitä, ettei kantaja ole vedonnut nimenomaisesti ilmeiseen arviointivirheeseen, ja väittää implisiittisesti, että tämän vetoamatta jättämisen vuoksi tämä kanneperuste on vaikutukseton. Tämä väite on hylättävä. Kun kantaja vetoaa arviointivirheeseen ja oikeuskäytännössä edellytetään, että tällainen virhe on ilmeinen, olisi kohtuutonta katsoa, että tällainen muodollinen epätarkkuus olisi peruste hylätä tämän kannekirjelmän kannalta olennainen kanneperuste, ja näin ollen on katsottava, että kantajan aikomuksena oli vedota ilmeisiin arviointivirheisiin. Tämä ei estä sitä, että kantajan mainitsemien virheiden on oltava ilmeisiä, jotta ne johtaisivat riidanalaisen päätöksen kumoamiseen.

153 Kantaja viittaa kannekirjelmässään useaan otteeseen Lexeconin sen pyynnöstä helmikuussa 2005 laatimaan taloudelliseen muistioon (jäljempänä Lexeconin muistio), jonka otsikkona on "EDP-Eni/GDP: muutetun keskittymän kieltämistä puoltavan teorian taloudellinen arviointi".

154 Tältä osin on hyväksyttävä komission arvostelu, jonka nojalla tietyt yleiset viittaukset Lexeconin muistioon on jätettävä tutkimatta.

155 Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan, jotta oikeusvarmuuden ja hyvän oikeudenkäytön vaatimusten toteutuminen varmistettaisiin, kanne voidaan ottaa tutkittavaksi vain, jos ne olennaiset tosiseikat ja oikeudelliset seikat, joihin se perustuu, käyvät ilmi ainakin pääpiirteittäin itse kannekirjelmästä ja ne on esitetty johdonmukaisesti ja ymmärrettävästi (ks. vastaavasti yhdistetyt asiat 19/60, 21/60, 2/61 ja 3/61, Société Fives Lille Cail ym. v. korkea viranomainen, tuomio 15.12.1961, Kok. 1961, s. 561, 588 ja asia T-157/01, Danske Busvognmænd v. komissio, tuomio 16.3.2004, 45 kohta, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa). Tältä osin kannekirjelmää voidaan tukea ja täydentää tietyiltä osin viittaamalla otteisiin sen liitteenä olevista asiakirjoista, mutta viittaamalla yleisesti muihin asiakirjoihin ei korjata sitä, että itse kanteessa ei ole mainittu olennaisia oikeudellisia perusteita ja perusteluja, jotka siinä on merkityksellisten säännösten mukaan mainittava (asia T-154/98, Asia Motor France ym. v. komissio, määräys 21.5.1999, Kok. 1999, s. II-1703, 49 kohta ja vastaavasti yhdistetyt asiat C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P ja C-213/02 P, Dansk Rørindustri ym. v. komissio, tuomio 28.6.2005, Kok. 2005, s. I-5425, 94–101 kohta).

156 Koska kantaja ei viittaa nimenomaisesti Lexeconin muistion tiettyyn kohtaan erityisesti viitatessaan tämän muistion loppupäätelmään tai viitatessaan muistion kohtaan, jonka sisältöä ei ole esitetty kannekirjelmässä, viittaukset tähän muistioon on jätettävä tutkimatta.

157 Koska kantajan neljännen kanneperusteen yhteydessä esittämät väitteet, jotka liittyvät komission taloudellista arviointia koskeviin virheisiin, ovat lyhyitä ja koska viittaaminen Lexeconin muistioon aiheuttaa vaikeuksia, nämä kantajan väitteet esitetään lähes kokonaisuudessaan.

158 Komissio ei voi vedota Lexeconin muistioon nähden yleisesti oikeuskäytäntöön, jonka mukaan kumoamiskanteen kohteena olevan toimen lainmukaisuutta on arvioitava sen antamisajankohtana vallinneiden tosiseikkojen pohjalta ja tuolloin voimassa olleiden oikeussääntöjen perusteella (edellä 45 kohdassa mainittu asia Kaysersberg v. komissio, tuomion 140 kohta). Perustelujen laatiminen riidanalaisen

päätöksen tekemisen jälkeen, jotta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaisi tässä päätöksessä olevan taloudellista arviointia koskevia virheitä, kuuluu yksinkertaisesti puolustusoikeuksien käyttöön eikä yritykseen muuttaa komissiolle kyseisen päätöksen tekemistä varten aiemmin toimitettuja oikeudellisia seikkoja ja tosiseikkoja. Komissiolla on valta vedota puolustuksekseen tiettyjen seikkojen osalta siihen, että tässä muistiossa ei oteta huomioon osapuolten hallinnollisen menettelyn aikana esittämiä nimenomaisia toteamuksia tai tekemättä jättämisiä.

B *Neljännen kanneperusteen ensimmäinen osa, joka koskee 26.11.2004 ehdotettujen sitoumusten huomioon ottamista*

159 Saadakseen komission muutettua keskittymää koskevan arvioinnin laillisuuden tutkittavaksi kantaja esittelee tämän keskittymän, sellaisena kuin se on muutettuna 26.11.2004 ehdotetuilla sitoumuksilla, ja väittää, että nämä sitoumukset on toimitettu tarpeeksi ajoissa, jotta ne voitiin ottaa huomioon lopullisen päätöksen tekemiseksi. Komissio kiistää, että nämä sitoumukset olisi toimitettu ajoissa, ja katsoo, että ne eivät ratkaisseet yksilöityjä kilpailuongelmia selvästi ilman, että oli tarpeen toteuttaa lisätutkimuksia. Näillä perusteilla tämä kanneperuste olisi komission mukaan hylättävä.

160 Aluksi on todettava, että sitoumukset, joista osa on toimitettu 26.11.2004, on esitetty 17.11.2004 päättyneen määräajan jälkeen.

161 Asetuksen N:o 4064/89 8 artiklasta ja asetuksen N:o 447/98 18 artiklasta, kun niitä luetaan yhdessä, ilmenee, että keskittymäasetuksissa ei mitenkään velvoiteta komissiota hyväksymään määräajan jälkeen ehdotettuja sitoumuksia. Tämä määräaika perustuu lähinnä nopeuden vaatimukseen, joka on asetukselle N:o 4064/89 ominainen tavoite (edellä 80 kohdassa mainittu asia Endemol v. komissio, tuomion 68 kohta).

162 Korjaustoimenpiteitä koskevan tiedonannon, johon komissio on vapaaehtoisesti sitoutunut, mukaan komissio suostuu tutkimaan muutetut sitoumukset, erityisesti jos ne on toimitettu asetuksessa N:o 447/98 asetetun määräajan jälkeen "silloin, kun se voi selvästi päätellä — tutkimuksen kuluessa jo saamiensa tietojen ja aikaisempien markkinatestien tulosten arvioinnin perusteella tarvitsematta tehdä uutta markkinatestiä — että kun kyseiset sitoumukset on toteutettu, ne poistavat havaitut kilpailuongelmat ja jäsenvaltioiden kuulemiseen jää riittävästi aikaa" (43 kohta).

163 Tästä seuraa, että ilmoitetun keskittymähankkeen osapuolten liian myöhään esittämät sitoumukset voidaan ottaa huomioon kahdella edellytyksellä, joiden on täytyttävä samanaikaisesti, eli ensinnäkin jos näillä sitoumuksilla ratkaistaan selvästi ja ilman lisätutkimusten tarvetta aiemmin yksilöidyt kilpailuongelmat ja toiseksi jos on riittävästi aikaa pyytää jäsenvaltioilta lausuntoa näistä sitoumuksista.

164 Käsiteltävänä olevassa asiassa osapuolet ovat toimittaneet kyseessä olevat sitoumukset 26.11.2004 saman päivän aamuna kuin jonka iltapäivänä neuvoa-antavan komitean kokous oli tarkoitus pitää. Maakaasusektorin osalta 26.11.2004 ehdotetut sitoumukset merkitsivät pelkkää ilmoitusta osapuolten aikeista muuttaa aiempia sitoumuksiaan (riidanalaisen päätöksen 859 perustelukappale). Näin ilmoitettujen maakaasusektoria koskevien sitoumusten lopullinen versio toimitettiin 3.12.2004 illalla.

165 Sähkösektoria koskevien 26.11.2004 ehdotettujen sitoumusten osalta komissio ei väittänyt riidanalaisessa päätöksessä, että ne olisi hylättävä sillä perusteella, ettei sillä ollut riittävästi aikaa pyytää jäsenvaltioiden lausuntoa. Komissio on päinvastoin suostunut tutkimaan nämä sitoumukset korjaustoimenpiteitä koskevan tiedonannon 43 kohdan ensimmäisen edellytyksen valossa (855–881 perustelukappale). Koska

komissio on riidanalaisessa päätöksessä vapaasti suostunut ottamaan huomioon nämä sitoumukset, on tarpeen suostua tutkimaan sitoumuksilla muutettu keskittymä kuitenkin sillä varauksella, että nämä sitoumukset ovat sellaisia kuin kyseisessä 43 kohdassa edellytetään.

166 Maakaasusektoria koskevat 26.11.2004 ehdotetut sitoumukset, joilla pyrittiin ratkaisemaan tiettyjä kilpailuongelmia sekä maakaasumarkkinoilla että sähkömarkkinoilla, tulivat täydellisiksi ja ehdottomiksi vasta 3.12.2004. Tämän vuoksi on katsottava, että niitä on ehdotettu 3.12.2004. Komissio arvioi riidanalaisessa päätöksessä päällisin puolin näihin sitoumuksiin liittyvää 26.11.2004 toimitettua luonnosta ja korosti, että nämä sitoumukset voitiin hylätä jo niiden väliaikaisuuden vuoksi (882 perustelukappale). Komissio vetosi lisäksi nimenomaisesti siihen, että näiden sitoumusten lopullinen versio oli toimitettu liian myöhään, jotta se olisi voitu ottaa huomioon lopullista päätöstä tehtäessä (913 perustelukappale). On katsottava, että komissio saattoi hylätä 3.12.2004 ehdotetut sitoumukset pelkästään sillä perusteella, että ne oli toimitettu selvästi liian myöhään. Ensinnäkin nämä sitoumukset toimitettiin nimittäin seitsemän päivää neuvoa-antavan komitean kuulemisen jälkeen ja ainoastaan kolme työpäivää ennen lopullisen päätöksen tekemistä. Toiseksi korjaustoimenpiteitä koskevassa tiedonannossa ei taata, että neuvoa-antavan komitean kuulemisen jälkeen toimitetut sitoumukset voitaisiin ottaa huomioon. Tältä osin on huomautettava, että komission on poikkeuksellisia olosuhteita, joihin tässä asiassa ei ole vedottu, lukuun ottamatta vahvistettava neuvoa-antavan komitean kokouksen päivämäärä neljätoista päivää ennen kokousta (asetuksen N:o 4064/89 19 artiklan 5 kohta). Tämän vuoksi ja koska tämä komitea on hyväksynyt sen, ettei komissio toimita niille näitä sitoumuksia, jos se pitää niitä riittämättöminä, komissiolla ei ollut mitään velvoitetta, eikä edellä esitetyn perusteella aikaa kutsua tätä komiteaa uudestaan koolle.

167 Se kantajan mainitsema seikka, että viimeiset sitoumukset olivat ainoastaan aiempien sitoumusten muutoksia, joista keskusteltiin komission kanssa perusteellisesti, ei voi kumota tätä toteamusta. Vaikka oletettaisiin, että 3.12.2004 ehdotetut sitoumukset merkitsivät ainoastaan vähäisiä muutoksia aiemmin ehdotettuihin sitoumuksiin, niitä ei ole kuitenkaan toimitettu ajoissa, jotta neuvoa-antava komitea olisi voinut käsitellä niitä.

168 Tämän vuoksi ainoastaan sähkösektoria koskevat 26.11.2004 ehdotetut sitoumukset on otettava huomioon nyt esillä olevassa menettelyssä.

169 Näiden viimeksi mainittujen sitoumusten korjaustoimenpiteitä koskevan tiedonannon 43 kohdan ensimmäisen edellytyksen valossa tapahtuvan tutkimisen osalta kantaja korostaa, että tämä tiedonanto eroaa siitä, miten sitä on tulkittu riidanalaisessa päätöksessä, jonka mukaan liian myöhään ehdotettujen sitoumusten "on vastattavat täysimääräisesti ja yksiselitteisesti eli välittömästi tutkimuksessa yksilöityihin kilpailuongelmiin" (riidanalaisen päätöksen 859 perustelukappale). Kantaja kuitenkin ainoastaan mainitsee tämän eron, eikä tee sen perusteella päätelmiä, ja väittää, että 26.11.2004 ehdotetut sitoumukset poistavat täysin aiemmin yksilöidyt kilpailuongelmat. Näin ollen ei ole tutkittava sitä, aiheuttaako tämä sisällön muuttuminen käsiteltävänä olevassa asiassa tosiasiallisia seurauksia.

170 Lisäksi tässä vaiheessa on hylättävä komission väite, jonka mukaan kantajan neljäs kanneperuste on hylättävä yksinomaan sillä perusteella, että sitoumukset toimitettiin sille liian myöhään eivätkä ne ratkaisseet selvästi aiemmin yksilöityjä kilpailuongelmia. Komission toinen olettama, jonka mukaan viimeksi toimitetut sitoumukset olivat riittämättömiä, voidaan nimittäin tutkia ainoastaan neljännen kanneperusteen viimeisen osan yhteydessä.

*C Neljännen kanneperusteen kolmas osa, joka koskee muutetun keskittymän arviointivirheitä sähkösektorin osalta*

171 Komissio totesi riidanalaisessa päätöksessä, että EDP:llä on vahva tai erittäin vahva määräävä asema neljällä ongelmallisella markkinasektorilla, joita ovat sähkön tukkutoimitusten markkinat, tasauksen ja lisäpalvelujen markkinat sekä suurasiakkaille ja pienasiakkaille suoritettavien sähkön vähittäistoimitusten markkinat.

172 Ensinnäkin EDP:llä on riidanalaisen päätöksen mukaan määräävä asema sähkön tukkutoimitusten markkinoilla sen tarjontapuolen aseman (70 prosenttia tuotannon kokonaiskapasiteetista, josta loput ovat Turbogásin (8,6 prosenttia), josta EDP omistaa 20 prosentin vähemmistöosuuden, Tejo Energian (5,1 prosenttia), josta EDP omistaa 10 prosentin vähemmistöosuuden, ja muiden uusiutuville energiamuodoille tarkoitetun erityisjärjestelmän puitteissa toimivien pienten tuottajien hallussa; 283–289 perustelukappale) ja kysyntäpuolen aseman perusteella (90–100 prosenttia kansallisesta kokonaiskulutuksesta; 299–301 ja 433–443 perustelukappale), CMEC-järjestelmän perusteella, jonka tarkoituksena on kompensoida vapauttamattoman järjestelmän aikana tehtyjen taattujen ostosopimusten eroja (294–298 perustelukappale), sen sähköntuotantokapasiteetin määrän ja monipuolisuuden perusteella (292 ja 293 perustelukappale), sen tulevan tuotantokapasiteetin perusteella (kolme CCGT-yksikköä (TER); 302–304 perustelukappale), sen perusteella, että vuodelle 2007 kaavailtujen uusien itsenäisten CCGT:eiden rakentaminen on epävarmaa ja tapahtuisi joka tapauksessa vasta kolme vuotta keskittymän jälkeen (305–331 perustelukappale), ja lopuksi sen perusteella, ettei espanjalaisen ja portugalilaisen verkon välillä ole tarpeeksi yhteyksiä, jotta riittävä energian tuonti voitaisiin taata (332–334 perustelukappale). Toiseksi EDP:llä on määräävä asema kasvavilla tasauksen ja lisäpalvelujen markkinoilla, joita palveluja voi tarjota ainoastaan Portugalissa toimiva sähköntuottaja. EDP on ainoa, joka kykenee tarjoamaan näitä palveluja (430–432 perustelukappale). Kolmanneksi EDP:llä on määräävä asema suurasiakkaille suoritettavien vähittäistoimitusten markkinoilla, jotka on avattu kilpailulle vuonna 2003 ja joilla sillä on 90–100 prosentin markkinaosuus, ja pienasiakkaille suoritettavien vähittäistoimitusten markkinoilla. Nämä määräävät asemat ovat seurausta myös siitä, että EDP:llä on ainoastaan kaksi pientä kilpailijaa, joiden on kärsittävä siihen liittyvästä epävarmuudesta, kattaako tuonti Espanjasta heidän tarpeensa, siitä, että EDP on edelleen säännellyn julkisen järjestelmän vakituinen toimittaja, siitä, että 70–80 prosenttia julkisesta järjestelmästä vapaaseen järjestelmään siirtyvistä asiakkaista käyttävät yhä EDP:tä, siitä, että EDP:llä on toissijaisen (matalajännitteisen) sähköverkon käyttöoikeus, sekä siitä, että aiempana monopolina EDP:llä on hallussaan kaikki asiakaskunnan kulutusprofiiliin liittyvät tiedot (433–443 perustelukappale).

173 Komissio katsoi riidanalaisessa päätöksessä, että keskittymä vahvistaisi EDP:n määrääviä asemia, minkä seurauksena tehokas kilpailu estyisi olennaisesti ensinnäkin neljään sähkömarkkinasektoriin kohdistuvan sellaisen horisontaalisen vaikutuksen vuoksi, joka aiheutuu GDP:n poistumisesta todennäköisimpänä merkittävänä potentiaalisena kilpailijana (335–364 perustelukappale; ks. erityisesti 363 perustelukappale; 431 ja 450–473 perustelukappale), ja toiseksi sähkön tukkumarkkinoi-

hin kohdistuvien sellaisten muiden kuin horisontaalisten vaikutusten vuoksi, jotka aiheutuvat EDP:n mahdollisuudesta tutustua kilpailijoidensa luottamuksellisiin tietoihin, sen etuoikeutetusta ja sitä suosivasta mahdollisuudesta käyttää Portugalissa saatavilla olevia maakaasuvaroja sekä sen mahdollisuudesta ja tarkoituksesta nostaa kilpailijoidensa tuotantokustannuksia (365–428 perustelukappale).

174 Aluksi on todettava, ettei kantaja ole kyseenalaistanut sähkömarkkinoiden määrittelyä (ks. edellä 24 kohta). Kirjallisessa vastauksessaan istuntoa varten kantaja myöntää myös näillä markkinoilla yksilöidyt kilpailuongelmat, vaikka se kiistää niiden vakavuuden.

175 Kantaja esittää kaksi väitettä, joilla se pyrkii kyseenalaistamaan sekä horisontaalisen vaikutuksen että muiden kuin horisontaalisten vaikutusten jatkuvuuden sähkömarkkinoilla sitoumusten valossa. Kantaja väittää lisäksi näiden kahden väitteensä yhteydessä poikittaisesti, että muutettu keskittymä vaikuttaa positiivisesti Portugalin sähkömarkkinoihin. Kantaja suosii tältä osin lähes yksinomaisesti sähkön tukkumarkkinoiden tutkimista.

176 Nämä väitteet on ensiksi tutkittava keskittymän sähkömarkkinoihin kohdistuvaan horisontaaliseen vaikutukseen nähden.

177 Riidanalaisen päätöksen mukaan ainoastaan keskittymän horisontaalinen vaikutus kaikilla sähkömarkkinoilla johtuu GDP:n poistumisesta EDP:n todennäköisimpänä merkittävänä potentiaalisena kilpailijana. Ensinnäkin sähkön tukkumarkkinoiden osalta komissio on esittänyt useita yleisiä tekijöitä, jotka osoittavat, että maakaasun tuottajan on taloudellisesti järkevää ja kiinnostavaa tulla sähkön tukkumarkkinoille (335–344 perustelukappale). Tätä yleistä intressiä vahvistaa markkinatesti ja sellaisten muiden jäsenvaltioiden esimerkki, joissa näiden markkinoiden vapauttaminen on johtanut tällaiseen tulokseen, erityisesti Espanjassa ja Yhdistyneessä kuningaskunnassa. Lisäksi komissio esitti ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa käydyn oikeudenkäyntimenettelyn aikana perustelut, jotka riidanalaisesta

päätöksestä oli poistettu luottamuksellisuuden vuoksi ja jotka osoittavat GDP:n erityisen intressin tulla sähköntuotannon markkinoille (345–361 perustelukappale). Toiseksi kasvavien tasauksen ja lisäpalvelujen markkinoiden osalta komissio katsoo, että GDP:n poistuminen potentiaalisena tukkumarkkinoille tulijana aiheuttaa myös sen, että merkittävä potentiaalinen kyseisille markkinoille tulija poistuu, kun taas GDP:n tulo tukkumarkkinoille heikentäisi EDP:n asemaa näillä markkinoilla (430–432 perustelukappale). Kolmanneksi sähkön vähittäismarkkinoiden osalta komissio katsoo, että GDP oli merkittävä potentiaalinen kilpailija sen vuoksi, että se toimi jo markkinoilla, sen kansallinen tavaramerkki oli tunnettu ja se kykeni tekemään molempia aloja (sähkö ja maakaasu) koskevia tarjouksia. Komissio tukeutui tältä osin lähinnä markkinatestiin ja muiden jäsenvaltioiden tilannetta koskeviin esimerkkeihin (449–473 perustelukappale).

178 Kantaja myöntää, että ilmoitettu keskittymä vahvistaisi EDP:n määräämiä asemia kyseessä olevilla markkinoilla, minkä seurauksena tehokas kilpailu olennaisesti estyisi. Kantaja väittää sen sijaan ensiksi, että on erittäin epävarmaa, että GDP:llä olisi, jos keskittymä ei toteutuisi, vahvaa intressiä tulla sähkön tukkumarkkinoille. Kantaja väittää toiseksi, että kilpailurakenteeseen kohdistuvat suotuisat vaikutukset, jotka kaikella todennäköisyydellä seuraisivat ehdotetuista sitoumuksista, enemmän kuin kompensoivat sen, että GDP:n potentiaalinen kilpailu menetettäisiin.

179 On korostettava, että vaikka komissio viittaa riidanalaisen päätöksen useissa kohdissa "GDP:n" poistumiseen todennäköisimpänä merkittävänä potentiaalisena kilpailijana sähkömarkkinoilla, päätöksestä sitä kokonaisuutena luettaessa, ja erityisesti osasta, jossa osoitetaan GDP:n erityinen intressi tulla sähkön tukkumarkkinoille (345–364 perustelukappale), ilmenee komission katsoneen, että tällainen markkinoille tulo olisi toteutettu "Galp-ryhmän kautta" yhtenäisenä taloudellisena yksikkönä, joka sisältää GDP:n ja Galpin muut tytäryhtiöt, ilman, että komissio olisi pitänyt tarpeellisena erotella yksityiskohtaisesti, mikä Galp-ryhmän tytäryhtiöistä harjoitti mitäkin toimintaa. Seuraavassa analyysissä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin viittaa nimenomaisesti Galpiin tai Galp-ryhmään, GDP mukaan luettuna (jäljempänä Galp/GDP), ainoastaan silloin kuin se on tarpeen.

1. GDP:n poistuminen todennäköisimpänä merkittävänä potentiaalisena kilpailijana

180 Siltä osin kuin kyse on GDP:n intressistä tulla sähkön tukkumarkkinoille, kantaja riitauttaa muita jäsenvaltioita koskevien esimerkkien merkityksellisyyden, sen merkityksen, että GDP omistaa nykyisin osan kahdesta lämmön ja sähkön yhteistuotantolaitoksesta, (lyhennetyn kannekirjelmän 119 kohta, 105 alaviite), sen, ettei EDP:n ja GDP:n olemassa olevia rakenteellisia yhteyksiä ole otettu huomioon, ja sen, ettei GDP:llä ole intressiä kilpailla EDP:tä vastaan (lyhennetyn kannekirjelmän 127 kohta). GDP:n intressistä tulla sähkön tasauksen markkinoille ja vähittäismarkkinoille kantaja ainoastaan väittää, että nämä markkinat hyötyisivät sähkön tukkumarkkinoiden kilpailuolosuhteiden paranemisesta (lyhennetyn kannekirjelmän 129 kohta).

181 Kantaja viittaa nopeutettua menettelyä varten lyhennetyn kannekirjelmän, joka on tältä osin aineellisesti samanlainen kuin alkuperäinen kannekirjelmä, alaviitteissä useisiin Lexeconin muistion kohtiin, joiden otsikkoina ovat "odotukset GDP:n toteuttamasta voimakkaasta kilpailusta sähkömarkkinoilla ovat liioiteltuja" ja "investointeihin Portugalin sähkön tukkumarkkinoilla kannustava muodollinen malli". Tämän vuoksi komissio ainoastaan viittaa taloustieteellisen neuvonantajansa muistioon, jolla pyritään kumoamaan Lexeconin muistiossa esitetyt väitteet.

182 On huomautettava, että yleistä viittaamista asianosaisten kirjelmien liitteisiin ei voida tutkia siltä osin kuin sillä ei tueta asianosaisten pääasiallisissa kirjelmissä jo esitettyjä väitteitä ja perusteluja (ks. edellä 155 kohdassa mainittu oikeuskäytäntö). Kantajan asiana oli ensi sijassa esittää kannekirjelmässään sellaiset väitteet ja perustelut, jotka osoittavat komission tehneen ilmeisen arviointivirheen. Sen sekä kannekirjelmässä että lyhennetyssä kannekirjelmässä esiintyvän väitteen tueksi, että GDP:n tulo markkinoille oli epävarmaa, on esitetty ainoastaan edellä 180 kohdassa mainitut perustelut. Sen sijaan Lexeconin muistio sisältää useita muita perusteluja,

joilla pyritään osoittamaan, ettei GDP:llä ollut intressiä tulla sähkömarkkinoille, ja joita ei mainita sanallakaan kannekirjelmässä. Viittaaminen Lexeconin muistioon voidaan näin ollen hyväksyä ainoastaan kannekirjelmään sisältyvien perustelujen osalta, ja muut perustelut on hylättävä.

183 Lisäksi on todettava, että esillä olevan kanteen käsitteleminen nopeutetussa menettelyssä pikemminkin vahvistaa edellä 155 kohdassa mainitun oikeuskäytännön merkitystä kuin heikentää sitä. Nopeutetussa menettelyssä, jossa ei toteuteta toista kirjelmöintikierrosta, nimittäin edellytetään, että kantajan väitteet ja niiden perustelut esitetään alusta asti selvästi ja lopullisesti kannekirjelmässä tai mahdollisesti sen lyhennetyssä versiossa. Lisäksi tarpeellista asianosaisten kirjelmien laajuuden rajaamista ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen asianosaisille antamien käytännön ohjeiden (VI kohdan 2 ja 3 alakohta) mukaisesti ja näin ollen implisiittisesti esitettyjen väitteiden ja perustelujen määrän ja monitahoisuuden rajoittamista ei voida kiertää systemaattisella viittaamisella laajoihin ja/tai monitahoisiin muistioihin.

184 Ensinnäkin Espanjan ja Yhdistyneen kuningaskunnan markkinoiden vapauttamista koskevien esimerkkien merkityksellisyyden osalta kantaja väittää, että komission olisi pitänyt osoittaa näiden esimerkkien merkityksellisyys Portugalin markkinoilla, ja vetoaa Saksan ja Ranskan päinvastaisiin esimerkkeihin.

185 On todettava, että näillä esimerkeillä pyrittiin osoittamaan yleisesti merkittävän maakaasun toimittajan intressi vertikaaliseen integraatioon toimittamalla maakaasua omille CCGT:eilleen. Ensinnäkään kantaja ei ole esittänyt mitään perustelua sille, miksi näillä esimerkeillä ei olisi merkitystä Portugalissa. Se ei ole myöskään esittänyt mitään täsmällistä perustelua sille, miksi Ranskan tai Saksan markkinoita koskevat päinvastaiset esimerkit olisivat merkityksellisempiä Portugalin kannalta. Lisäksi toisin kuin kannekirjelmässä, Lexeconin muistiossa tukeudutaan näihin kansallisiin esimerkkeihin sen osoittamiseksi, että uudet sähkön tukkumarkkinoille tulijat ovat rakentaneet pienen osan laitoksista (Lexeconin muistion 3.3 kohdan b alakohta). Lisäksi tämän maakaasun toimittajien yleisen intressin vahvistavat markkinatestiin annetut vastaukset, jotka tukeutuvat Yhdistyneen kuningaskunnan ja varsinkin Espanjan esimerkkeihin.

186 Toiseksi ja ensisijaisesti komissio on osoittanut riidanalaisessa päätöksessä markkinatestiin tukeutuen, että maakaasun toimittajalle koituu vertikaalisesta integraatiosta sähköntuotannossa taloudellisia etuja, jotka johtuvat siitä, että hiljattain rakennetut sähkölaitokset toimivat yleensä maakaasulla, siitä, että tällainen toimittaja voi näin ollen hyötyä taloudellisesti edullisista maakaasun käyttöehdoistaan, siitä, että maakaasualan perinteinen toimija pyrkii laajentamaan toimintaansa uusille markkinoille kompensoidakseen markkinaosuuksiensa menetystä maakaasumarkkinoilla näiden markkinoiden vapauttamisen jälkeen, ja siitä, että tämä integraatio voi tapahtua siten, että tällainen toimittaja tulee sähkön vähittäismarkkinoille. Kantaja ei ole kuitenkaan vedonnut mihinkään virheeseen, varsinkaan ilmeiseen virheeseen, näiden lisäintressien suhteen.

187 Toiseksi GDP:n intressistä tulla sähkömarkkinoille komissio totesi riidanalaisessa päätöksessä, että Galp, joka omistaa GDP:n koko osakekannan, on tullut sähkön tuotannon markkinoille vuonna 2000 Galp Power -nimisen tytäryhtiön avulla osallistumalla kahteen hankkeeseen, jotka koskevat teholtaan 44 MW:n ja 30 MW:n suuruisia lämmön ja sähkön yhteistuotantolaitoksia (riidanalaisen päätöksen 347 perustelukappale, alaviite 236). Kuten komissio korostaa, tämä osallistuminen osoittaa sen, että Galpilla oli ennen keskittymää intressi sähköntuotantoa kohtaan. Kantajan kannekirjelmässään mainitsema seikka — jonka mukaan Galp ei osallistu näihin kahteen hankkeeseen EDP:n kilpailijana, vaan sen yhteistyökumppanina — ei voi kyseenalaistaa Galpin tällä osallistumisella osoittamaa intressiä sähköntuotantoa kohtaan. Lisäksi komissio vetosi Galpin toimitusjohtajan ilmoitukseen, joka on toistettu AFX Newsin lehtiartikkelissa ja jonka mukaan hänen yhtiönsä halusi tulla sähkömarkkinoille ja erityisesti sähkön tuotannon markkinoille ilman, että sen osakkeenomistajat, EDP mukaan lukien, puuttuvat asiaan. Tämä artikkeli vahvistaa riidanalaisessa päätöksessä tältä osin esitetyn komission toteamuksen. Tällä seikalla ei ole enää merkitystä jäljempänä tutkittaviin hankkeisiin nähden.

188 Riidanalaisen päätöksen luottamuksellisesta versiosta ilmenee, että Galpin/GDP:n sähköntuotantohankkeet ylittävät pelkän osallistumisen 44 MW:n ja 30 MW:n suuruisia lämmön ja sähkön yhteistuotantolaitoksia koskevaan hankkeeseen. Galp on tytäryhtiönsä Galp Powerin välityksellä hakenut vuonna 2002 virallisesti hallinnollista lupaa rakentaa Sinèsiin kaksi teholtaan 400 MW:n suuruista CCGT:

tä. Tämä maakaasun jakelukeskuksia koskeva hanke on paljon kunnianhimoisempi kuin pelkkä osallistuminen kahta lämmön ja sähkön yhteistuotantolaitosta koskevaan hankkeeseen ja osoittaa merkittävän intressin tulla voimalla sähköntuotannon markkinoille. Lisäksi riidanalaisen päätöksen mukaan Galp-ryhmän sisäisessä CCGT:n rakentamista koskevassa kannattavuuslaskelmassa arvioitiin yksityiskohtaisesti GDP:n mahdollisuutta toimia sähkön tukkumarkkinoilla ja/tai hallita osaa jakelukeskuksesta. Komissio katsoi myös, että tätä hanketta ei ole jatkettu kannattavuuslaskelmaa pidemmälle, koska Portugalin hallitus ilmoitti keskittymästä. Tämän hankkeen toteuttamisen avulla GDP olisi kuitenkin yksi ensimmäisistä sähkön tukkumarkkinoille tulijoista. Tältä osin on huomattava, että suullisen käsittelyn jälkeen on kuitenkin kiistatonta, että Galp Power on tosiasiallisesti saanut hallinnollisen luvan teholtaan 500 MW:n suuruisen CCGT:n rakentamiseen. Se, että Eni on pyytänyt päätöksen sen osan, jossa kuvaillaan näitä hankkeita, luottamuksellisuutta EDP:n suhteen — joka luottamuksellisuus on poistettu tässä oikeudenkäyntimenettelyssä — osoittaa, että tämä hanke on toteutettu täysin ilman EDP:n myötävaikutusta. Tästä seuraa, että Galpilla/GDP:llä on vakavia aikeita tulla sähköntuotannon markkinoille nykyisin tehokkaimman jakelukeskustyypin, CCGT:n, avulla.

189 Suullisessa käsittelyssä kantaja korosti, että näitä lupia oli hakenut Galp Power, joka ei ollut Galpin välittömänä tytäryhtiönä osallinen keskittymään. Tämä seikka ei vaikuta tosiasiallisesti komission arviointiin. Kun lupahakemus tehtiin, Galp Power ja GDP kuuluivat samaan yritysryhmään. Näin ollen maakaasun ja sähkön vertikaalista integrointia koskeva tavoite, jonka komissio totesi riidanalaisessa päätöksessä, taattiin täysin Galp-ryhmän sisällä. Ilman keskittymää Galp/GDP säilyttäisivät lupansa ja mahdollisuuden kilpailla EDP:n kanssa. Jos oletetaan keskittymän toteutuvan, mahdollinen lupien menettäminen ei aiheuttaisi ongelmaa sulautuneelle yksikölle, joka on jo sitoutunut lykkäävällä ehdolla olemaan rakentamatta CCGT:tä ennen tiettyä ajankohtaa. Suullisessa käsittelyssä kantaja totesi myös, että Galp Power lupineen oli sulautuneen yksikön potentiaalinen kilpailija. Vaikka komissio ei ole arvioinut riidanalaisessa päätöksessä nimenomaisesti kapasiteetin säilyttämistä ja Galpin intressiä tulla Galp Powerin välityksellä sähkön tukkumarkkinoille keskittymän jälkeen, tämä ei merkitse ilmeistä arviointivirhettä, koska se ei vaikuta merkittävästi keskittymän jälkeistä kilpailutilannetta koskevaan arvioon. Yhtäältä se, että Galpilla on yhä intressi tulla näille markkinoille huolimatta vertikaalisen integraation aiheuttaman merkittävän kannustimen poistumisesta, on pelkkä olettama. Toisaalta vaikka oletettaisiin, että tämä olettama pitää paikkansa, Galp Power ei ole yhtä merkittävä kilpailija kuin se oli silloin, kun se

toimi yhdessä GDP:n kanssa Galp-ryhmässä. Näin ollen kantaja ei ole osoittanut, että komissio olisi tehnyt ilmeisen arviointivirheen, kun se on katsonut, että keskittymä aiheutti Galp-ryhmän välityksellä GDP:n poistumisen EDP:n todennäköisimpänä merkittävänä potentiaalisena kilpailijana.

190 Kolmanneksi kantajan sen väitteen osalta, jonka mukaan GDP oli heikommassa asemassa kuin muut EDP:n potentiaaliset kilpailijat sen vuoksi, että sillä oli rakenteellisia yhteyksiä EDP:hen sitä kautta, että EDP omisti osakkeita Galpissa, joka omistaa GDP:n koko osakekannan, ja sen vuoksi, että Portugalin valtio omistaa EDP:n ja GDP:n osakkeita, on huomautettava, että riidanalaisen päätöksen mukaan (7 perustelukappale, alaviite 6) Portugalin valtiolla on hallussaan suoraan 30 prosenttia ja välillisesti 18,3 prosenttia Galpin osakkeista, Enillä on hallussaan 33,34 prosenttia ja EDP:llä 14 prosenttia niistä. On todettava, että näiden lukujen perusteella EDP:llä ei ole määräysvaltaa GDP:ssä. Tältä osin komissio korostaa oikeutetusti, että EDP on aina väittänyt, että sen Turbogásista omistamat 20 prosenttia eivät anna sille määräysvaltaa Turbogásissa. Väite voidaan kuitenkin kumota, koska komissio on puolestaan aina katsonut, että huolimatta EDP:n sitoumuksesta olla käyttämättä äänioikeuksiaan tietyillä aloilla ja nimittää riippumattomia jäseniä Turbogásin hallintoneuvostoon, tämä ei estä EDP:tä säilyttämästä negatiivista vaikutusta Turbogásin toimintaan. Komission mukaan EDP on aina väittänyt, ettei EDP ollut valtion määräysvallassa. On kuitenkin todettava, että Portugalin hallitus vaikuttaa tosiasiallisesti suunnitelleen keskittymän. Tältä osin vakuuttavaa on se, että keskittymä on täysin sopusoinnussa Portugalin hallituksen vuonna 2003 ilmoittamien tulevaisuudennäkymien kanssa (ks. edellä 11 kohta) sekä EDP:n että GDP:n osalta.

191 Vaikka oletettaisiin, että EDP:llä on yksin tai Portugalin valtion välityksellä vaikutusvaltaa GDP:ssä, keskittymä kuitenkin muuttaisi tämän vaikutusvallan puhtaaksi määräysvallaksi lopulta 51 prosentin osakkeiden omistusosuudella. Jos keskittymää ei toteuteta, GDP:n taloudellinen intressi voi vakuuttaa sen osakkeenomistajat, ja erityisesti enemmistöosakkaat Portugalin valtion ja Enin, luopumaan EDP:n intressien suojelemisstrategiasta GDP:n intressien suosimiseksi, kuten riidanalaisessa päätöksessä osoitetaan.

192 Tältä osin komissio huomauttaa oikeutetusti, että Galp/GDP on jo tehnyt päätöksen rakentaa kaksi CCGT:tä ja on jo saanut siihen luvan. Galpin toimitusjohtajan ilmoitus — jonka mukaan yksikään osakkeenomistaja ei ole ilmaissut pienintäkään epäilystä sen ajatuksen suhteen, että Galp tulee sähkömarkkinoille, vaikka tämä saattaa sen kilpailemaan EDP:n kanssa, joka omistaa siitä 14 prosenttia — vahvistaa selvästi riidanalaisen päätöksen tältä osin.

193 Neljänneksi väite, jonka mukaan GDP:llä oli rajoitettu intressi tulla sähköntuotannon markkinoille tai helpottaa uusien yritysten markkinoille tuloa ylläpitääkseen voittonsa suosien EDP:tä ainoana asiakkaanaan jakeluketjun alapäässä, perustuu olettamaan, jonka mukaan lisäämällä kilpailua sähköntuotannon markkinoilla GDP menettäisi maakaasun toimitusten markkinoilla enemmän markkinaosuuksia EDP:lle tai riippumattomille tuottajille kuin mitä se voisi voittaa tuotantomarkkinoilla (suorasti Lexeconin muistion 3.3 kohdan d alakohta ja epäsuorasti 3.3 kohdan c alakohta). Tämä väite perustuu olettamaan, jonka mukaan jos EDP:n määräävä asema näillä markkinoilla heikkenee joko GDP:n tai uusien kilpailijoiden markkinoille tulon vuoksi, EDP:n "hyvä tahto" (willingness) maksaa maakaasutoimituksistaan yhtä suurta vastiketta kuin nykyään heikkenee.

194 Lukuun ottamatta sitä, että tämän väitteen lähtökohtaa ei ole millään lailla näytetty toteen, komissio viittaa oikeutetusti taloustieteellisen neuvonantajansa esittämään väitteeseen, jonka mukaan tässä olettamassa ei oteta huomioon maakaasutoimitussopimusten rakennetta, ja erityisesti periaatetta "ota tai maksa", eikä maakaasutoimitussopimusten pitkäkestoisuutta. Lisäksi vaikka oletetaan, että tämä väite koskee ainoastaan EDP:n lyhyen aikavälin tarpeita ja että kilpailu sähkön tukkumarkkinoilla aiheuttaa painetta raaka-aineena käytettävän maakaasun hintoihin, kantaja tai Lexeconin muistio ei kumpikaan selitä, miten tai missä määrin GDP:n myymän maakaasun hinnan ja GDP:n omien toimitusten sisäisen hinnan välinen ero olisi pienempi kuin mahdollinen tappio maakaasutoimitusten markkinoilla.

195 Tämän vuoksi kantaja ei ole näyttänyt toteen yhtään komission ilmeistä virhettä, kun komissio on katsonut, että GDP:llä oli suuri intressi tulla sähkön tukkumarkkinoille ja että keskittymä aiheuttaisi EDP:n todennäköisimmän merkittävän potentiaalisen kilpailijan poistumisen näiltä markkinoilta (344 ja 868 perustelukappale).

196 Sähkön tasaus- ja vähittäismarkkinoiden horisontaalisen vaikutuksen osalta kantaja ainoastaan katsoo, että kilpailuolosuhteiden paraneminen sähkön tukkumarkkinoilla tuntuisi myös johdannaisilla markkinoilla. Ensinnäkin, koska tätä lähtökohtaa ei ole näytetty toteen, ja toiseksi, koska komission esittämiä seikkoja, joilla se pyrkii osoittamaan horisontaalisen vaikutuksen näillä markkinoilla, ei ole kiistetty, on todettava, ettei kantaja ole näyttänyt toteen yhtään ilmeistä arviointivirhettä näiden markkinoiden osalta. Tämän vuoksi on myönnettävä horisontaalisen vaikutuksen olemassaolo sähkön tasaus- ja vähittäismarkkinoilla. Koska näillä markkinoilla on osoitettu tällainen vaikutus, on todettava, että GDP:n intressi tulla näille markkinoille, ja erityisesti vähittäismarkkinoille, on omiaan vahvistamaan huomattavasti sen intressiä tulla sähköntuotannon markkinoille, koska se tarjoaa suoran yhteyden sen sähköntuotantoon.

197 Näin ollen on todettava, ettei kantaja ole millään tavalla näyttänyt toteen komission ilmeistä arviointivirhettä, kun kyse on GDP:n suuresta intressistä tulla kaikille sähkömarkkinoille, mukaan lukien sähkön tasauksen ja lisäpalvelujen markkinat sekä sähkön vähittäismarkkinat (432, 473, 876 ja 881 perustelukappale), ja GDP:n poistumisesta EDP:n todennäköisimpänä merkittävänä potentiaalisena kilpailijana näillä markkinoilla.

2. Sitoumuksiin liittyvä kilpailun kompensoituminen

198 On palautettava mieliin, että komission on kiellettävä keskittymähanke, kun asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohdassa asetetut edellytykset täyttyvät kyseessä olevista markkinoista vähintään yhden osalta (ks. edellä 144–146 kohta).

199 Kantaja katsoo, että sähköalaan liittyvien eri sitoumusten yhteisvaikutus enemmän kuin kompensoi GDP:n potentiaalisen kilpailun menettämisen. Kantaja väittää myös, että myös maakaasumarkkinoita koskevat sitoumukset parantaisivat kilpailuolosuhteita sähkön tukkumarkkinoilla.

200 Tältä osin on myönnettävä, että vaikka sitoumuksilla pyrittäisiin yhdellä kyseessä olevalla markkinasektorilla kompensoimaan kilpailua enemmän kuin mitä kilpailu olennaisesti estyy ilmoitetun keskittymän vuoksi, keskittymän kilpailuvaikutukset kyseessä olevilla markkinoilla olisivat positiiviset. Tämän vuoksi keskittymää ei voida kieltää näiden markkinoiden osalta asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohdan nojalla.

201 Kirjallisessa vastauksessaan istuntoa varten ja istunnossa kantaja väitti painokkaasti, että maakaasu- ja sähkömarkkinoiden sekä näiden markkinoiden eri osamarkkinoiden välisten vahvojen yhteyksien vuoksi kilpailutilanteen asianmukainen arviointi kullakin näistä markkinoista edellyttää muilla markkinoilla vallitsevan kilpailutilanteen huomioon ottamista. Komissio puolestaan arvioi, että riidanalaisen päätöksen pysyttämiseksi voimassa on riittävää, että yksikin tässä päätöksessä yksilöity kilpailuongelma joillakin kyseessä olevista markkinoista jää ratkaisematta ehdotetuilla sitoumuksilla.

202 Aluksi on todettava, että nämä väitteet eivät ole yhteensovittamattomia. Kantaja on nimittäin myöntänyt istunnossa, että keskittymän, sellaisena kuin se on sitoumuksilla muutettuna, kilpailuvaikutuksia ei voida arvioida kokonaisuutena siten, että kilpailulle tietyillä markkinoilla koituvalla hyödyllä voitaisiin kompensoida muilla markkinoilla kilpailulle koituvaa haittaa. Komissio ei ole myöskään väittänyt, että kilpailutilanne joillakin relevanteista markkinoista olisi täysin riippumaton muiden markkinoiden kilpailutilanteesta.

203 On todettava, että kun keskittymähanke vaikuttaa useisiin eri markkinoihin, jotka ovat yhteydessä toisiinsa, ja kun kilpailutilanne yksillä tai useammilla näistä markkinoista vaikuttaa tilanteeseen yksillä tai useammilla muista markkinoista, nämä muut markkinat on otettava huomioon, jotta voidaan arvioida asianmukaisesti ja täysimääräisesti, luoko tai vahvistaako kyseinen hanke määräävää asemaa joillakin kyseessä olevilla markkinoilla, minkä seurauksena kilpailu olennaisesti estyy. Sen sijaan ei ole tarpeen todeta, että kyseinen hanke aiheuttaa tämän seurauksen kaikilla relevanteilla markkinoilla, jotta tämä hanke voitaisiin kieltää.

204 Käsiteltävänä olevassa asiassa on ilmeistä, että kilpailutilanteet eri sähkömarkkinoilla ovat yhteydessä toisiinsa, vaikka ne eivät riipukaan yksinomaan toisistaan. Kuten komissio toteaa riidanalaisessa päätöksessä, intressiä tulla sähkön tukkumarkkinoille vahvistaa tulo sähkön vähittäismarkkinoille (338, 342, 343 ja 362 perustelukappale) ja päinvastoin (456 ja 472 perustelukappale). Samoin komissio katsoi, että ainoastaan portugalilaiset sähköntuottajat kykenivät osallistumaan sähkön tasauksen ja lisäpalveluiden markkinoille (430 ja 431 perustelukappale).

205 Kilpailuolosuhteet eri sähkömarkkinoilla ovat yhteydessä myös maakaasumarkkinoilla vallitseviin kilpailuolosuhteisiin. Erityisesti kilpailijoiden tulo sähkön tukkumarkkinoille riippuu osittain mahdollisuudesta hankkia itsenäisesti maakaasua johtuen näille markkinoille tulon esteistä, jotka komissio havaitsi yksilöidessään keskittymän muita kuin horisontaalisia vaikutuksia (365–428 perustelukappale). Samoin GDP:n intressi tulla sähköntuotannon markkinoille perustuu osittain maakaasun hintoihin, joista se hyötyy maakaasun toimittajana (340, 341 ja 343 perustelukappale). Lisäksi komissio katsoi, että eräs GDP:n pääintresseistä tulla sähkön vähittäismarkkinoille oli sen kyky tehdä molempia aloja koskevia tarjouksia (453–458 perustelukappale), mikä edellyttää väistämättä vaikutusta kilpailijoiden kykyyn tehdä vastaavia tarjouksia ja näin ollen maakaasumarkkinoiden vapauttamiseen.

206 Tämän vuoksi arvioitaessa kilpailuvaikutuksia sähkömarkkinoilla on välttämättä otettava huomioon kilpailutilanne muilla sähkö- tai maakaasumarkkinoilla sitoumuksilla muutetun keskittymän toteuttamisen jälkeen.

a) Sähköalaan liittyvät sitoumukset

207 Sähköalaa koskevien eri sitoumusten yhteisvaikutuksen osalta kantaja mainitsee sen, että EDP vähentää omistusosuuttaan REN:ssä ja Tejo Energiassa, uusien CCGT:eiden rakentamisen lykkäämisen, TER:n vuokraamisen ja äänioikeuksien pidättämisen Turbogásissa sekä viittaa ensisijaisesti Lexeconin muistion osaan, jonka otsikkona on "sitoumukset lisäävät todennäköisesti kolmansien intressiä tulla sähkömarkkinoille". Lisäksi kantaja esittää väitteitä, jotka liittyvät lykkäämiseen, TER:n vuokraamiseen ja Tejo Energiaan, arvostelussaan, joka liittyy muihin kuin horisontaalisiin vaikutuksiin sähkön tukkumarkkinoilla. Komissio korostaa, ettei näiden sitoumusten yhteisvaikutuksen osalta ole esitetty väitteitä ja tosiseikkoja, ja viittaa myös taloustieteellisen neuvonantajansa laatiman muistion kahteen kohtaan. Komissio kuitenkin hylkää yksityiskohtaisesti kantajan kannekirjelmässä esittämät väitteet.

208 On huomautettava, että viittaaminen Lexeconin muistioon on sallittua ainoastaan kannekirjelmässä esitettyjen väitteiden ja perustelujen osalta ja että muut väitteet on hylättävä.

209 Lykkäämisen ja TER:n vuokraamista koskevan sitoumuksen osalta on todettava, että jos keskittymää ei toteuteta, EDP toteuttaisi TER-hankkeensa rakentaa kolme CCGT-keskusta, joista viimeisen on tarkoitus aloittaa tuotantonsa vuonna 2006 ja joiden kokonaistuotanto on [1000–1500] MW eli 20 prosenttia Portugalin nykyisestä kulutuksesta (riidanalaisen päätöksen 302 perustelukappale). Jos keskit-

tymä toteutetaan, osapuolet sitoutuvat olemaan rakentamatta muita CCGT:eitä ja vuokraamaan yhden tai kahden TER:n CCGT:n tuotantokapasiteetin 30.6.2010 saakka tai lyhyemmäksi ajaksi, jos lykkäävät ehdot, joista pääasiallinen ehto liittyy siihen, että hallitus myöntää CCGT:n rakennusluvan yhdelle tai kahdelle yhteisölle, jotka eivät ole EDP:n määräysvallassa, täyttyvät.

210 Komissio totesi riidanalaisessa päätöksessä ensiksi, että CCGT:n rakentaminen oli sellaisenaan omiaan avaamaan merkittävästi sähkön tukkumarkkinoita tuonnin rakenteellisten rajoitusten, Espanjan markkinoiden viiveen ja CMEC:eiden nykyisille tuottajille tuottaman edun vuoksi (292–334 perustelukappale). Toiseksi komissio korosti lykkäämisen ja vuokraamisen rajoitettua kestoa, sitä, että vuokraaminen saatetaan lopettaa aikaistetusti jopa ennen uusien CCGT:eiden tosiasiallista rakentamista tai tuotantokäyttöön ottamista, sitä, että tämä aikaistettu lopettaminen yhteisöille, jotka eivät ole EDP:n määräysvallassa, tapahtuvan lupien myöntämisen vuoksi ei estä sitä, että EDP:llä on yhteys näihin yhteisöihin, ja sitä, että nämä sitoumukset eivät estä EDP:tä pyytämästä lupia itselleen. TER:n vuokraamisen osalta komissio katsoi lisäksi, että vuokraamisen kestoa koskeva epävarmuus haittaisi vakavasti vuokralleottajaa, että tämä vuokralleottaja ei saisi lainkaan tuotantokapasiteettia ja että EDP:llä olisi tiedossaan vuokralleottajaa koskevat olennaiset tiedot, koska vuokralleottaja vuokraa ainoastaan kapasiteettia ilman tuotannontekijöiden hallintaa (ks. 17.11.2004 ehdotettujen sitoumusten osalta 743–753 perustelukappale ja 26.11.2004 ehdotettujen sitoumusten osalta 868 perustelukappale). Komissio totesi tämän perusteella, ettei se ollut lainkaan varma, että nämä sitoumukset johtaisivat uusien tuottajien tosiasialliseen alalle tuloon.

211 Kantaja ei kuitenkaan kannekirjelmässään esittänyt vakavaa kritiikkiä komission sen toteamiseksi esittämiä seikkoja kohtaan, että nämä sitoumukset olivat riittämättömiä yksilöidyn kilpailuongelman valossa.

212 Näin ollen on todettava, ettei komissio ole tehnyt ilmeistä arviointivirhettä, kun se on todennut, että lykkäämisellä ja TER:n CCGT:n vuokraamisella ei sellaisenaan voitu ratkaista horisontaalista ongelmaa sähkön tukkumarkkinoilla.

213 Kantaja väittää lisäksi, että jos keskittymä ei toteudu, EDP kykenisi edelleen rakentamaan uusia CCGT:eitä (ei lykkäämistä), minkä vuoksi kolmansien mahdollisuudet tulla markkinoille olisivat erittäin rajalliset.

214 On varmaa, että jos keskittymä ei toteudu, uusien sähköntuottajien tuloa markkinoille hidastaa tosiasiallisesti EDP:n intressi ja kyky rakentaa uusia keskuksia markkinoille, joilla on jo tarpeeksi tuotantoa. Jos keskittymä ei toteudu, tämä markkinoille tulon hidaste ei kuitenkaan ilmeisesti vaikuttaisi GDP:hen tai Galp-ryhmään, sillä komissio osoitti tekemättä ilmeistä arviointivirhettä (ks. edellä 184–196 kohta), että GDP:llä tai Galp-ryhmällä oli tarkoitus tulla sähköntuotannon markkinoille. Sen tilanteen osalta, että keskittymä toteutuu, komissio katsoi tekemättä ilmeistä arviointivirhettä (ks. edellä 210–212 kohta), että sitoumukset eivät olleet riittäviä, jotta uusia kilpailijoita tulisi todennäköisesti sähkön tukkumarkkinoille, vaikka GDP poistuisi todennäköisimpänä merkittävänä potentiaalisena kilpailijana. Näin ollen kantajan väite ei osoita minkäänlaista komission ilmeistä virhettä muutetun keskittymän horisontaalisen vaikutuksen osalta sähkön tukkumarkkinoilla.

215 Kantaja väittää, että sen Tejo Energian osakeomistuksen myynti katkaisisi EDP:n ja kilpailevan sähköntuottajan välisen rakenteellisen yhteyden ja vaikuttaisi varmasti rakenteelliselta kannalta positiivisesti kilpailuun, vaikka GDP:n markkinoille tulo ei ollut lainkaan varmaa (Lexeconin muistion 4.4 kohdan c alakohta).

216 Komissio myöntää riidanalaisessa päätöksessä heti, että EDP:n luopuminen Tejo Energian osakkeista on positiivista. Komissio väitti kuitenkin ilman, että väitettä olisi kiistetty, että monet muut tekijät estävät Tejo Energiaa rakentamasta CCGT:tä, erityisesti osakkeenomistajien erimielisyys tältä osin ja se, että pääasialliset osakkeenomistajat, International Power ja Endesa, ovat sidoksissa EDP:hen muilla sähköntuotantoa Portugalissa koskevilla sopimuksilla (riidanalaisen päätöksen 669,

756–758 ja 867 perustelukappale). Koska kantaja ei ole osoittanut, että Tejo Energia oli yhtä merkittävä kilpailija kuin GDP, on katsottava, että Tejo Energiaa koskeva sitoumus ei ole sellaisenaan riittävä ratkaisemaan tukkumarkkinoilla yksilöityä horisontaalista ongelmaa.

217 Kantaja vetoaa myös sitoumukseensa, joka liittyy sen äänioikeuksien rajoittamiseen Turbogásissa siltä osin kuin kyse on maakaasun hankintaa ja uusia investointeja koskevista päätöksistä sekä EDP:n edustajien korvaamisesta hallintoneuvostossa riippumattomilla jäsenillä.

218 Komissio totesi riidanalaisessa päätöksessä (759–766 ja 861 perustelukappale), että EDP säilyttäisi vaikutusvallan Turbogásissa sen vuoksi, että se säilyttää äänioikeutensa aloilla, joita sitoumus ei koske, ja että tämä sitoumus on määräaikainen. Komissio korostaa myös sitä, että EDP on varannut itselleen oikeuden antaa riippumattomille edustajilleen ohjeita omistusosuutensa arvon säilyttämiseksi. Tältä osin komissio mainitsee Turbogásin muiden osakkeenomistajien, erityisesti International Powerin, intressin säilyttää hyvät suhteet EDP:hen. Lopuksi komissio toteaa, että EDP on hiljattain saanut optio-oikeuden 20 prosentin lisäosuuteen Turbogásissa ja Turbogásin koko tuotantokapasiteetin hallinnointiin. Komissio esitti kirjelmissään ilman, että sen toteamuksia on riitautettu, että EDP — —. Koska kantaja ei ole näyttänyt toteen ilmeistä arviointivirhettä, kun komissio on katsonut, ettei Turbogás ole merkittävä kilpailija, on katsottava, että Turbogásiin liittyvä sitoumus on sellaisenaan riittämätön tukkumarkkinoilla yksilöidyn horisontaalisen ongelman ratkaisemiseksi.

219 Kantaja väittää myös, että sen REN:stä omistaman osuuden alentamisella 30:stä 5:een prosenttiin olisi selvä positiivinen vaikutus kilpailuun (Lexeconin muistion 4.4 kohdan c alakohta). Komissio ei ole riidanalaisessa päätöksessä tutkinut tätä

sitoumusta sähkömarkkinoihin kohdistuvan horisontaalisen vaikutuksen kannalta, vaan näihin markkinoihin kohdistuvien muiden kuin horisontaalisten vaikutusten kannalta, kuten osapuolet toteavat 2.11.2004 päivätyssä kirjeessään. Ilman muita lisätietoja kuin mainintaa tästä sitoumuksesta kantaja ei näytä toteen minkäänlaista komission ilmeistä arviointivirhettä tämän sitoumuksen osalta.

220 Yhteenvetona on vielä todettava, ettei kantaja ole näyttänyt toteen, että komissio olisi tehnyt ilmeisen arviointivirheen, kun komissio on katsonut, että keskittymä, sellaisena kuin se on muutettuna kaikilla horisontaaliseen ongelmaan liittyvillä sitoumuksilla, kokonaisuutena ottaen on todettava yhteismarkkinoille soveltumattomaksi sen sähkömarkkinoihin kohdistuvan horisontaalisen vaikutuksen vuoksi. Erityisesti vaikka kaikki nämä sitoumukset parantavat kiistatta mahdollisuutta tulla sähkön tukkumarkkinoille, kantaja ei ole kumonnut markkinatestiin perustuvaa komission toteamusta, jonka mukaan näiden sitoumusten kokonaisuus ei luo sellaista kilpailuympäristöä, joka olisi riittävä, jotta tällainen markkinoille tulo olisi todennäköinen. Lisäksi vaikka oletetaan, että tällainen markkinoille tulo olisi odotettavissa joillakin sähkömarkkinoista, mikään ei osoita, että tällä uudella kilpailijalla olisi GDP:hen verrattuna yhtä suuri voima ja samat edut tulla kaikille sähkömarkkinoille tai joillekin niistä (riidanalaisen päätöksen 362–364, 675, 767 ja 868 perustelukappale).

b) Maakaasusektoriin liittyvät sitoumukset

221 Kantaja väittää ainoastaan, että tiettyjen maakaasumarkkinoihin liittyvien sitoumusten avulla uusi sähkön tukkumarkkinoille tulija voisi hankkia maakaasua riippumatta keskittymästä. Kantaja ei kuitenkaan mainitse, millä sitoumuksilla on merkitystä ja missä määrin, vaan viittaa yleisesti kannekirjelmänsä siihen osaan, joka koskee maakaasumarkkinoiden tutkimista. Komissio korostaa tätä puutetta ja löytää kantajan kirjelmien maakaasumarkkinoita koskevasta osasta ainoastaan yhden yleisen väitteen, jonka mukaan "nämä [maakaasuun liittyvät] sitoumukset loisivat sähkösektorille ympäristön, jossa vallitsee selvästi enemmän kilpailua".

222 Asian asiakirjoista ilmenee, että maakaasualaa koskevia sitoumuksia on kahdenlaisia: niillä pyritään ensisijaisesti yhtäältä ratkaisemaan sähkön tukkumarkkinoilla yksilöidyt muut kuin horisontaaliset ongelmat parantamalla maakaasun hankintaehtoja keskittymän kanssa kilpailevien sähköntuottajien osalta (A/ENI.II–F/ENI.IX, H/ENI.XI ja L/EDP.1) tai toisaalta ratkaisemaan horisontaaliset ja muut kuin horisontaaliset ongelmat maakaasumarkkinoilla (G/ENI.X, I/ENI.XII ja J/ENI.XIV).

223 Aluksi on todettava, että komissio on riidanalaisessa päätöksessä yksilöinyt horisontaalisen vaikutuksen kaikilla sähkömarkkinoilla sekä sitoumukset, joilla pyritään välittömästi ratkaisemaan tämä kilpailuongelma, riippumatta muista kuin horisontaalisista vaikutuksista sähkön tukkumarkkinoilla ja sitoumuksista, joilla pyritään ratkaisemaan viimeksi mainitut kilpailuongelmat (riidanalaisen päätöksen 362–364, 675, 767 ja 868 perustelukappale). Komissio on näin ollen väistämättä todennut, että muutettu keskittymä piti kieltää, mahdollisesti ainoastaan sillä perusteella, että se vahvistaisi EDP:n määräävää asemaa, jonka seurauksena kilpailu sähkön tukkumarkkinoilla olennaisesti estyisi sen vuoksi, että GDP poistuisi todennäköisimpänä merkittävänä potentiaalisena kilpailijana. Näin ollen on tutkittava, olisiko komission pitänyt, kuten kantaja väittää kolmannen kanneperusteensa toisessa osassa (ks. edellä 84 kohta) ja tämän kanneperusteen yhteydessä, tutkia kaikki sitoumukset voidakseen todeta, että niiden yhteisvaikutus enemmän kuin kompensoi GDP:n potentiaalisen kilpailun menettämisen.

224 Ensinnäkin on todettava, että sitoumuksilla, jotka liittyvät muihin kuin horisontaalisiin vaikutuksiin sähkön tukkumarkkinoilla (A/ENI.II–F/ENI.IX, H/ENI.XI, ja L/EDP.1), on ainoastaan erittäin vähäinen vaikutus kaikilla sähkömarkkinoilla yksilöityyn horisontaaliseen ongelmaan, eli GDP:n poistumiseen todennäköisimpänä merkittävänä potentiaalisena kilpailijana muutetun keskittymän seurauksena.

225 Yhtäältä nämä sitoumukset eivät vaikuta komission GDP:tä koskevaan analyysiin. Näissä sitoumuksissa tarkoitetut muut kuin horisontaaliset ongelmat eivät vaikuttaneet GDP:hen, koska sillä oli itsellään ilman keskittymää etuoikeutettu maakaasun käyttömahdollisuus. Tämän vuoksi sekä GDP:n varsinainen intressi tulla sähkömarkkinoille että tämän markkinoille tulon voima pysyvät ennallaan näihin sitoumuksiin nähden.

226 Toisaalta nämä sitoumukset vaikuttavat ainoastaan vähäisessä määrin komission analyysiin, joka liittyy GDP:n sähkön tukkumarkkinoille tulon voimaan suhteessa keskittymän muiden kilpailijoiden markkinoilletuloihin. Komissio on nimittäin katsonut, että GDP:llä oli merkittäviä kilpailuetuja muihin keskittymän potentiaalisiin kilpailijoihin nähden sähkömarkkinoilla, eli ensisijaisesti vertikaalinen integraatio maakaasu- ja sähkötoimintojen välillä Galp-ryhmän puitteissa, etuoikeutettu maakaasun käyttömahdollisuus, sen tavaramerkin tunnettuus ja portugalilaisen asiakaskunnan tuntemus. Vaikka oletettaisiin, että sitoumukset, joilla pyritään ratkaisemaan muut kuin horisontaaliset ongelmat, ovat täysin tehokkaita, kilpailutilanne sähkön tukkumarkkinoilla olisi heikompi keskittymän toteutuessa kuin jos se ei toteudu. Ensinnäkin kyseisillä sitoumuksilla pyritään lähinnä ratkaisemaan ainoastaan itse keskittymän aiheuttama kilpailuongelma eli se, että sähkön tukkumarkkinoilla täysin määräävässä asemassa olevan yrityksen käyttöön annetaan toisen, määräävässä asemassa sähköntuottajille suoritettavien maakaasutoimitusten markkinoilla olevan yrityksen määräävä asema. Vaikka näillä sitoumuksilla voidaan suosia kilpailua CCGT:eiden avulla tapahtuvan sähköntuotannon markkinoilla, niillä ainoastaan taataan keskittymän kilpailijoille syrjimättömämpi ja luottamuksellisempi maakaasun käyttömahdollisuus. Komissio ei ole kuitenkaan tehnyt maakaasun käyttömahdollisuudesta tilanteessa, jossa keskittymä ei toteudu, todellista muiden kilpailijoiden kuin GDP:n alalle tulon estettä, vaan se on tukeutunut markkinatestiinsä osoittaakseen, että on epätodennäköistä, että yksilöidyt nykyiset tai potentiaaliset kilpailijat tulisivat näille markkinoille tai kehittäisivät toimintaansa niillä (ks. 305–331 perustelukappale). Lopuksi kantaja ei ole väittänyt, mikä olisikin ollut vaikeaa, että näiden sitoumusten avulla nämä kilpailijat saisivat mahdollisuuden käyttää maakaasuvaroja yhtä helposti ja edullisesti kuin GDP tilanteessa, jossa keskittymä ei toteudu. Tämän vuoksi kaikki GDP:n kilpailuedut keskittymän muihin kilpailijoihin nähden säilyvät ennallaan. Toisin sanoen

keskittymän kilpailijoiden huomattavasti parempi mahdollisuus käyttää maakaasuvaroja ei voi kompensoida merkittävästi GDP:n poistumista kilpailuvaikutusten kannalta.

227 Edellä esitetystä seuraa, että sitoumuksilla, joilla pyritään ratkaisemaan muut kuin horisontaaliset ongelmat tukkumarkkinoilla, oli ainoastaan vähäinen vaikutus komission analyysiin, joka koskee horisontaalista ongelmaa kaikilla sähkömarkkinoilla. Näin ollen komissio saattoi oikeutetusti ja tekemättä ilmeistä arviointivirhettä jättää huomioon ottamatta nämä sitoumukset todetakseen, että muutettu keskittymä vahvistaisi EDP:n määräävää asemaa, jonka seurauksena kilpailu sähkön tukkumarkkinoilla olennaisesti estyisi sen vuoksi, että GDP poistuisi todennäköisimpänä merkittävänä potentiaalisena kilpailijana.

228 Toiseksi sellaisten sitoumusten osalta, jotka liittyvät täysin maakaasumarkkinoihin (G/ENI.X, I/ENI.XII ja J/ENI.XIV), kantaja ei ole millään tavalla maininnut, missä määrin ne parantaisivat EDP:n mahdollisten kilpailijoiden kilpailuvoimaa. Tuomioistuimen tehtävänä ei kuitenkaan ole tutkia itse, mitä vaikutuksia näillä sitoumuksilla voisi olla sähkömarkkinoilla, tai varsinkaan arvioida itse näiden vaikutusten voimakkuutta todetakseen komission ilmeisen arviointivirheen.

c) Muutetun keskittymän sähkömarkkinoihin kohdistuvien kilpailuvaikutusten kokonaisarviota koskeva päätelmä

229 On palautettava mieliin, että kantaja ei ole näyttänyt toteen komission ilmeistä arviontivirhettä komission sen toteamuksen osalta, jonka mukaan GDP oli EDP:n erittäin todennäköinen merkittävä potentiaalinen kilpailija sähkömarkkinoilla.

230 Kantaja ei ole myöskään näyttänyt toteen ilmeistä arviointivirhettä komission sen arvion osalta, jonka mukaan komission sähkömarkkinoilla yksilöimään horisontaaliseen ongelmaan liittyvät sitoumukset eivät olleet omiaan suosimaan EDP:n muun merkittävän kilpailijan kuin GDP:n tuloa markkinoille.

231 Kantaja ei ole myöskään näyttänyt toteen komission ilmeistä arviointivirhettä sen osalta, että komissio ei ole ottanut huomioon sellaisten sitoumusten vaikutuksia, joita on ehdotettu sähkömarkkinoiden muiden kuin horisontaalisten kilpailuongelmien ratkaisemiseksi tai maakaasumarkkinoiden kilpailuongelmien ratkaisemiseksi, arvioidessaan muutetun keskittymän horisontaalista vaikutusta sähkön tukkumarkkinoilla.

232 Varsinkaan maakaasumarkkinoiden kilpailutilanteen huomattava parantuminen muutetun keskittymän avulla ei ratkaise sähkömarkkinoiden kilpailuongelmia.

233 On varmaa, että muutettu keskittymä parantaisi selvästi tilannetta maakaasumarkkinoilla. Keskittymän toteuttamista seuraavana päivänä sitoumuksilla luotaisiin kolmansille avoin mahdollisuus käyttää maakaasuvaroja siten, että niillä olisi tosiasialliset takeet maakaasun syrjimättömästä käyttömahdollisuudesta, vaikka nämä takeet komission mukaan olisivat epätäydelliset, verrattuna nykyiseen GDP:n monopolistiseen tilanteeseen ennen keskittymän toteuttamista. Samoin Portugalin

viranomaisten toimittamat ehdotukset, erityisesti maakaasumarkkinoiden vapauttamisen nopeuttamisen osalta, luovat uuden kilpailulle avoimen tilanteen maakaasumarkkinoilla.

234 Komissio ei ole kuitenkaan tehnyt ilmeistä arviointivirhettä, kun se on katsonut, että näillä sitoumuksilla ja ehdotuksilla saavutetut edut eivät johtaisi sähkömarkkinoilla kilpailutilanteeseen, joka olisi yhtä hyvä tai parempi kuin GDP:n mahdollisesta tulosta näille markkinoille tilanteessa, jossa keskittymä ei toteudu, aiheutuva kilpailutilanne. Yhtäältä mahdollisella uudella maakaasumarkkinoille tulijalla tai mahdollisella uudella sähkön tukkumarkkinoille tulijalla ei kummallakaan voi ainakaan vähään aikaan olla sellaista voimaa, joka GDP:llä on tulla sähkömarkkinoille tilanteessa, jossa keskittymä ei toteudu. Komissio korosti erityisesti useita GDP:lle ominaisia etuja, jotka liittyvät muun muassa sen maakaasun käyttömahdollisuuteen, sen tavaramerkin tunnettuuteen, sen asiakaskunnan tuntemukseen ja sen jo käynnissä oleviin sähköalan hankkeisiin. Toisaalta pelkkä kilpailun mahdollisuus maakaasumarkkinoilla ja sähköntuotannon markkinoille tulon tietyn esteen vastaava heikentyminen eivät voi kumota komission analyysiä, jonka mukaan muiden yhtä merkittävien kilpailijoiden kuin GDP:n tulo näille markkinoille olisi edelleen epätodennäköistä.

235 Tämän vuoksi, vaikka komissio jätti virheellisesti arvioimatta keskittymän maakaasumarkkinoille aiheuttamia etuja (ks. edellä 123 kohta), nykyisen ennen keskittymän toteuttamista sähkömarkkinoilla vallitsevan kilpailutilanteen, jolle on ominaista lähinnä GDP:n monopoliasema sähköntuottajille suoritettavien maakaasutoimitusten markkinoilla ja EDP:n vahvat määräävät asemat kaikilla sähkömarkkinoilla, vertaaminen keskittymän toteuttamisen jälkeiseen kilpailutilanteeseen, jolle on ominaista lähinnä yhtäältä sähköntuottajille suoritettavien maakaasutoimitusten markkinoiden huomattava avautuminen ja toisaalta merkittävän potentiaalisen

kilpailijan eli GDP:n poistuminen kaikilta sähkömarkkinoilta, ei osoita, että komissio olisi tehnyt ilmeisen arviointivirheen, kun se on katsonut, että kilpailutilanne kaikilla sähkömarkkinoilla olisi keskittymän seurauksena heikompi.

236 Ylimääräisenä huomautuksena on todettava, että koska maakaasumarkkinoiden yleinen kilpailutilanteen paraneminen keskittymän seurauksena ei aiheuta sähkömarkkinoilla riittävän merkittäviä vaikutuksia, jotta se ratkaisisi sähkömarkkinoilla aiemmin yksilöidyt kilpailuongelmat, komissio ei voi todeta keskittymän soveltuvan yhteismarkkinoille yhteen kyseessä olevaan sektoriin kohdistuvien myönteisten vaikutusten vuoksi jättäen huomiotta negatiiviset vaikutukset toisella sektorilla. Tältä osin on otettava huomioon se, että keskittymästä odotettavista kilpailuhyödyistä maakaasusektorilla suurin osa, elleivät kaikki, ovat lyhyen tai keskipitkän aikavälin hyötyjä, koska kaikki nämä hyödyt, tai suurin osa niistä, saavutetaan joka tapauksessa kahdesta kolmeen vuotta keskittymän suunnitellun toteuttamispäivän jälkeen pelkästään noudattamalla toisessa maakaasudirektiivissä Portugalin tasavallalle myönnetyssä poikkeuksessa laadittua markkinoiden vapauttamista koskevaa aikataulua.

237 Näin ollen on todettava, ettei kantaja ole näyttänyt toteen yhtään ilmeistä arviointivirhettä, johon komissio olisi syyllistynyt, kun se on todennut, että muutettu keskittymä vahvistaisi EDP:n määräävää asemaa sähkömarkkinoilla, jonka seurauksena tehokas kilpailu olennaisesti estyisi.

## V *Päätelmä*

238 On palautettava mieliin, että riidanalaista päätöstä rasittaa oikeudellinen virhe Portugalin maakaasumarkkinoiden osalta.

239 Sen sijaan riidanalaista päätöstä ei rasita mikään niistä oikeudellisista virheistä, joihin kantaja on vedonnut toisen tai kolmannen kanneperusteen yhteydessä, eikä mikään niistä ilmeisistä arviointivirheistä, joihin kantaja on vedonnut neljännen kanneperusteen sähkösektoria koskevan toisen osan yhteydessä.

240 Edellä 144–146 kohdassa mainitun oikeuskäytännön nojalla on todettava, että riidanalaisen päätöksen perustelut, joita ei ole kumottu, ovat riittäviä perusteeksi tämän päätöksen päätösosalle, jonka mukaan keskittymä on todettava yhteismarkkinoille soveltumattomaksi.

241 Kanne on näin ollen hylättävä.

## Oikeudenkäyntikulut

242 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 87 artiklan 2 kohdan mukaan asianosainen, joka häviää asian, velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut. Koska kantaja on hävinnyt asian ja koska komissio on vaatinut oikeudenkäyntikulujensa korvaamista, kantaja on velvoitettava korvaamaan komission oikeudenkäyntikulut.

243 Koska väliintulija ei ole vaatinut kantajaa korvaamaan sen oikeudenkäyntikuluja, on määrättävä, että kukin asianosainen vastaa väliintulosta aiheutuneista omista oikeudenkäyntikuluistaan.

Näillä perusteilla

YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIN
(toinen jaosto)

on ratkaissut asian seuraavasti:

**1) Kanne hylätään.**

**2) Kantaja velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.**

**3) Kukin asianosainen vastaa väliintulosta aiheutuneista omista oikeudenkäyntikuluistaan.**

Pirrung Forwood Papasavvas

Julistettiin Luxemburgissa 21 päivänä syyskuuta 2005.

H. Jung

kirjaaja

J. Pirrung

toisen jaoston puheenjohtaja

Sisällys

Asiaa koskevat oikeussäännöt ..... II - 3754

Asian tausta ..... II - 3757

Oikeudenkäyntimenettely ja asianosaisten vaatimukset ..... II - 3767

Aineellinen kysymys ..... II - 3769

I Toinen kanneperuste, jonka mukaan asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohtaa on rikottu ..... II - 3771

II Kolmas kanneperuste, jonka mukaan asetuksen N:o 4064/89 8 artiklan 2 ja 3 kohtaa on rikottu ..... II - 3776

A Kolmannen kanneperusteen ensimmäinen osa, joka koskee todistustaakkaa II - 3776

B Kolmannen kanneperusteen toinen osa, joka koskee muutetun keskittymän kokonaisarviointia ..... II - 3782

C Kolmannen kanneperusteen kolmas osa, joka koskee harkintavallan väärinkäyttöä ..... II - 3786

D Kolmannen kanneperusteen neljäs osa, joka koskee tiettyjen toimintatapoja koskevien sitoumusten valvomisen vaikeutta ..... II - 3790

III Ensimmäinen kanneperuste, joka koskee Portugalin tasavallan toisen maakaasudirektiivin nojalla saamaa poikkeusta ..... II - 3793

A Alustavat huomautukset ..... II - 3793

B Ensimmäisen kanneperusteen ensimmäinen osa, jonka mukaan Portugalin tasavallalle myönnettyä poikkeusta ei ole otettu huomioon ..... II - 3794

C Ensimmäisen kanneperusteen toinen osa, joka koskee analyysin siirtämistä liian pitkälle tulevaisuuteen ..... II - 3802

IV Neljäs kanneperuste, joka liittyy sitoumuksia koskeviin arviointivirheisiin ..... II - 3803

A Alustavat huomautukset ..... II - 3803

B Neljännen kanneperusteen ensimmäinen osa, joka koskee 26.11.2004 ehdotettujen sitoumusten huomioon ottamista ..... II - 3808

C Neljännen kanneperusteen kolmas osa, joka koskee muutetun keskittymän arviointivirheitä sähkösektorin osalta ..... II - 3811

1. GDP:n poistuminen todennäköisimpänä merkittävänä potentiaalisena kilpailijana ..... II - 3815

2. Sitoumuksiin liittyvä kilpailun kompensoituminen ..... II - 3821

a) Sähköalaan liittyvät sitoumukset ..... II - 3824

b) Maakaasusektoriin liittyvät sitoumukset ..... II - 3828

c) Muutetun keskittymän sähkömarkkinoihin kohdistuvien kilpailuvaikutusten kokonaisarviota koskeva päätelmä ..... II - 3831

V Päätelmä ..... II - 3834

Oikeudenkäyntikulut ..... II - 3835