



## Oikeustapauskokoelma

UNIONIN YLEISEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (laajennettu neljäs jaosto)

17 päivänä toukokuuta 2023\*

Kilpailu – Yrityskeskittymät – Saksan sähkömarkkinat – Päätös, jolla yrityskeskittymä todetaan sisämarkkinoille soveltuvaksi – Kumoamiskanne – Asiavaltuuden puuttuminen – Aktiivisen osallistumisen puuttuminen – Tutkimatta jättäminen

Asiassa T-321/20,

**enercity AG**, kotipaikka Hannover (Saksa), edustajinaan asianajajat C. Schalast ja H. Löschan,

kantajana,

vastaan

**Euroopan komissio**, asiamiehinään G. Meessen ja I. Zaloguin, avustajinaan asianajajat F. Haus ja F. Schmidt,

vastaajana,

jota tukevat

**Saksan liittotasavalta**, asiamiehinään J. Möller ja S. Costanzo,

**E.ON SE**, kotipaikka Essen (Saksa), edustajinaan asianajajat C. Grave, C. Barth ja D.-J. dos Santos Goncalves,

ja

**RWE AG**, kotipaikka Essen, edustajinaan asianajajat U. Scholz, J. Siegmund ja J. Ziebarth,

väliintulijoina,

UNIONIN YLEINEN TUOMIOISTUIN (laajennettu neljäs jaosto),

toimien päätösharkinnassa kokoonpanossa: puheenjohtaja S. Gervasoni sekä tuomarit L. Madise, P. Nihoul, R. Frendo ja J. Martín y Pérez de Nanclares (esittelevä tuomari),

kirjaaja: hallintovirkamies S. Jund,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä esitetyn,

\* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

ottaen huomioon 17.6.2022 pidetyssä istunnossa esitetyn,  
on antanut seuraavan

### **tuomion**

- 1 Kantajana oleva enercity AG vaatii SEUT 263 artiklaan perustuvalla kanteellaan yrityskeskittymän julistamisesta sisämarkkinoille ja ETA-sopimuksen toimintaan soveltuvaksi 26.2.2019 annetun komission päätöksen C(2019) 1711 final (asia M.8871 – RWE/E.ON Assets) (EUVL 2020, C 111, s. 1; jäljempänä riidanalainen päätös) kumoamista.

### **Asian tausta**

#### ***Kyseessä olevat yritykset***

- 2 RWE AG on Saksan oikeuden mukaan perustettu yhtiö, jolla suunniteltua keskittymää koskevan ilmoituksen tekoajankohtana oli toimintaa koko energian toimitusketjussa, mukaan lukien energian tuotannon, tukkutoimitusten, siirron, jakelun ja vähittäismyynnin sekä kuluttajille tarkoitettujen energiapalvelujen (mittarien luku, sähköinen liikenne jne.) aloilla. RWE ja sen tytäryhtiöt, mukaan lukien innogy SE, toimivat useissa Euroopan valtioissa: Belgiassa, Tšekissä, Saksassa, Ranskassa, Italiassa, Luxemburgissa, Unkarissa, Alankomaissa, Puolassa, Romaniassa, Slovakiassa ja Yhdistyneessä kuningaskunnassa.
- 3 E.ON SE on Saksan oikeuden mukaan perustettu yhtiö, joka suunniteltua keskittymää koskevan ilmoituksen tekoajankohtana harjoitti toimintaa koko energian toimitusketjussa, kuten sähkön tuotannon, tukkutoimitusten, jakelun ja vähittäismyynnin aloilla. E.ON omistaa ja ylläpitää sähköntuotantolaitoksia useissa Euroopan valtioissa, kuten Saksassa, Ranskassa, Italiassa, Puolassa ja Yhdistyneessä kuningaskunnassa.
- 4 Kantaja on saksalainen kunnallinen liikelaitos, joka tuottaa ja toimittaa energiaa Saksassa.

#### ***Keskittymän tausta***

- 5 Käsiteltävässä asiassa kyseessä oleva keskittymä liittyy RWE:n ja E.ON:n väliseen monimutkaiseen omaisuuserien vaihtoon, josta kyseiset kaksi yritystä ilmoittivat 11.3. ja 12.3.2018. Ensimmäisessä keskittymässä eli käsiteltävässä asiassa kyseessä olevassa keskittymässä RWE halusi hankkia yksinomaisen tai yhteisen määräysvallan tiettyihin E.ON:n tuotantoon liittyviin omaisuuseriin. Toisessa keskittymässä E.ON hankki yksinomaisen määräysvallan innogyn, joka on RWE:n määräysvallassa, jakeluun ja vähittäismyyntiin liittyvään toimintaan sekä tiettyihin tuotantoon liittyviin omaisuuseriin. Kolmannessa keskittymässä puolestaan RWE:n oli tarkoitus hankkia 16,67 prosenttia E.ON:n osakkuuksista.
- 6 Kantaja lähetti 24.7.2018 Euroopan komissiolle kirjeen, jossa se ilmoitti haluavansa osallistua ensimmäistä ja toista keskittymää koskevaan menettelyyn ja siis saada niihin liittyviä asiakirjoja.
- 7 Kantaja ja komissio pitivät keskenään kokouksen 3.10.2018.

- 8 Toisesta keskittymästä ilmoitettiin komissiolle 31.1.2019. Komissio antoi toisen keskittymän osalta 17.9.2019 päätöksen C(2019) 6530 final yrityskeskittymän julistamisesta sisämarkkinoille ja ETA-sopimuksen toimintaan soveltuvaksi (asia M.8870 – E.ON/Innogy) (EUVL 2020, C 379, s. 16; jäljempänä keskittymä M.8870).
- 9 Kolmannesta keskittymästä ilmoitettiin Bundeskartellamille (liittovaltion kilpailuviranomainen, Saksa), joka hyväksyi sen 26.2.2019 antamallaan päätöksellä (asia B8-28/19).

### ***Hallinnollinen menettely***

- 10 Komissio sai 22.1.2019 yrityskeskittymien valvonnasta 20.1.2004 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 139/2004 (EUVL 2004, L 24, s. 1) 4 artiklan mukaisen ilmoituksen suunnitellusta keskittymästä, jolla RWE aikoi hankkia kyseisen asetuksen 3 artiklan 1 kohdan b alakohdan mukaisesti yksinomaisen tai yhteisen määräysvallan E.ON:n tiettyihin tuotantoon liittyviin omaisuuseriin.
- 11 Komissio julkaisi 31.1.2019 Euroopan unionin virallisessa lehdessä ennakkoilmoituksen tästä keskittymästä (asia M.8871 – RWE/E.ON Assets) (EUVL 2019, C 38, s. 22; jäljempänä keskittymä M.8871) asetuksen N:o 139/2004 4 artiklan 3 kohdan mukaisesti.
- 12 Keskittymää M.8871 koskevan tutkinnan yhteydessä komissio teki markkinatutkimuksen ja lähetti siten kyselylomakkeen tietyille yrityksille.
- 13 Kantaja pyysi 28.1.2019 päivätyllä sähköpostiviestillä kuulemismenettelystä vastaavalta neuvonantajalta, että se katsottaisiin kolmanneksi osapuoleksi, jonka etua asia koskee, saadakseen mahdollisuuden tulla kuulluksi keskittymää M.8871 koskevassa menettelyssä. Tämä hyväksyi pyynnön 7.2.2019 päivätyllä kirjeellä.

### ***Riidanalainen päätös***

- 14 Komissio antoi riidanalaisen päätöksen 26.2.2019. Keskittymä M.8871 julistettiin sisämarkkinoille soveltuvaksi asetuksen N:o 139/2004 6 artiklan 1 kohdan b alakohdassa ja Euroopan talousalueesta (ETA) tehdyn sopimuksen 57 artiklassa tarkoitettussa tutkintavaiheessa.

### **Asianosaisten vaatimukset**

- 15 Kantaja vaatii, että unionin yleinen tuomioistuin
- kumoaa riidanalaisen päätöksen
  - velvoittaa komission korvaamaan oikeudenkäyntikulut.
- 16 Komissio, jota Saksan liittotasavalta, E.ON ja RWE tukevat, vaatii, että unionin yleinen tuomioistuin
- hylkää kanteen
  - velvoittaa kantajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

## Oikeudellinen arviointi

- 17 Kantaja esittää kanteensa tueksi lähinnä kuusi kanneperustetta, joista ensimmäinen koskee kantajan tehokasta oikeussuojaa koskevan oikeuden loukkaamista, toinen kantajan kuulluksi tulemista koskevan oikeuden loukkaamista, kolmas liiketoimien kokonaisuuden arvioinnin virheellistä eriyttämistä, neljäs ilmeisiä arviointivirheitä, viides huolellisuusvelvoitteen laiminlyöntiä ja kuudes harkintavallan väärinkäyttöä.
- 18 Esittämättä muodollisesti unionin yleisen tuomioistuimen työjärjestyksen 130 artiklan mukaista oikeudenkäyntiväitettä komissio väittää RWE:n tukemana, että kanne on jätettävä tutkimatta, koska kantajalta puuttuu asiavaltuus.
- 19 Ensinnäkin komissio väittää, että kantajan osallistuminen keskittymää M.8871 koskevaan menettelyyn oli vaatimatonta. Tässä yhteydessä komissio väittää, että kantajan kyseisessä menettelyssä esittämät huolenaiheet liittyivät lähes yksinomaan keskittymään M.8870.
- 20 Lisäksi on niin, ettei kantaja voi päätellä siitä, että komissio oli tavannut sen 3.10.2018 pidetyssä kokouksessa, että sen osallistuminen menettelyyn oli riittävää, koska komissio oli tavannut muita kilpailijoita vastaavissa tilanteissa. Kantaja oli joka tapauksessa esittänyt vain vähän varauksia, joita se ei ollut myöhemmin toistanut, eikä se ollut vastannut komission markkinatutkimukseen.
- 21 Toiseksi komissio toteaa siitä, ettei riidanalainen päätös voi koskea kantajaa erikseen sen kilpailuaseman vuoksi, että kantaja on RWE:n ja E.ON:n kilpailija mutta että kyseessä on pelkkä objektiivinen ominaisuus, jonka perusteella kantaja ei voi erottua muista tosiasiallisesti tai mahdollisesti samassa tilanteessa olevista kilpailijoista ja jonka perusteella päätöksen ei siten voida katsoa koskevan kantajaa erikseen. Komissio myös korostaa, ettei ole ilmennyt mitään seikkoja, jotka olisivat omiaan yksilöimään kantajan RWE:n asiakkaana suhteessa RWE:n muihin asiakkaisiin.
- 22 Kantaja katsoo, että riidanalainen päätös koskee sitä suoraan ja erikseen.
- 23 Ensinnäkin kantaja väittää, että se osallistui aktiivisesti keskittymää M.8871 koskevaan menettelyyn ja että se vaikutti tämän menettelyn kulkuun ja komission päätöksentekoon. Komission toteuttamasta markkinatutkimuksesta se väittää, ettei se ole saanut sitä.
- 24 Toiseksi kantaja katsoo, että riidanalainen päätös koskee sitä suoraan ja erikseen, koska se ja sen tytäryhtiöt kuuluvat Saksan suurimpiin alueellisiin energiantoimitus- ja energiapalveluyrityksiin, koska keskittymän osapuolet ovat sen ja sen tytäryhtiöiden suoria kilpailijoita ja koska keskittymä M.8871 saattaa heikentää huomattavasti kantajan kilpailumahdollisuuksia.
- 25 SEUT 263 artiklan neljännen kohdan mukaan luonnollinen henkilö tai oikeushenkilö voi nostaa kanteen toiselle henkilölle osoitetusta päätöksestä vain silloin, kun kyseinen päätös koskee ensin mainittua henkilöä suoraan ja erikseen.
- 26 Kantajan asiavaltuuden toteamiseksi on siten selvitettävä, koskeeko riidanalainen päätös sitä suoraan ja erikseen.
- 27 Ensinnäkin siitä, koskeeko riidanalainen päätös kantajaa suoraan, on todettava, että koska riidanalaisella päätöksellä sallittiin keskittymän M.8871 välitön toteuttaminen, se saattoi johtaa välittömästi tilanteen muuttumiseen asianomaisilla markkinoilla. Koska yrityskeskittymän

osallistujien tahdosta toteuttaa keskittymä M.8871 ei ollut epäilystä, asianomaisilla markkinoilla toimineet taloudelliset toimijat saattoivat riidanalaisen päätöksen tekopäivänä olla varmoja välittömästä ja nopeasta markkinatilanteen muutoksesta (ks. vastaavasti tuomio 4.7.2006, easyJet v. komissio, T-177/04, EU:T:2006:187, 32 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Tästä seuraa, että riidanalainen päätös koskee kantajaa suoraan.

- 28 Toiseksi siitä, koskeeko päätös kantajaa erikseen, on muistutettava, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan muut kuin ne, jolle päätös on osoitettu, voivat väittää päätöksen koskevan niitä erikseen ainoastaan, jos päätös vaikuttaa niiden asemaan niille tunnusomaisten erityispiirteiden tai sellaisen tosiasiallisen tilanteen takia, jonka perusteella nämä erottuvat kaikista muista ja ne voidaan yksilöidä samalla tavalla kuin se, jolle päätös on osoitettu (ks. tuomio 4.7.2006, easyJet v. komissio, T-177/04, EU:T:2006:187, 34 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 29 Kun on kyse päätöksestä, jossa todetaan, että yrityskeskittymä soveltuu yhteismarkkinoille, kolmannen yrityksen osalta sitä, koskeeko päätös kyseistä yritystä erikseen, on arvioitava yhtäältä sen mukaan, miten se on osallistunut hallinnolliseen menettelyyn, ja toisaalta sen mukaan, miten yrityskeskittymä vaikuttaa sen markkina-asemaan. Vaikka on totta, ettei pelkkä osallistuminen menettelyyn todellakaan riitä yksinään osoittamaan, että päätös koskee kantajaa erikseen, etenkin, kun on kysymys yrityskeskittymistä, joiden huolellinen tutkiminen edellyttää säännöllistä yhteydenpitoa useisiin yrityksiin, pitää kuitenkin paikkansa, että aktiivinen osallistuminen hallinnolliseen menettelyyn on seikka, joka on säännöllisesti otettu kilpailualan ja myös yrityskeskittymien valvonnan erityisalan oikeuskäytännössä huomioon seikkana, joka yhdessä muiden erityisten olosuhteiden kanssa osoittaa, että kanteen tutkittavaksi ottamisen edellytykset ovat täyttyneet (ks. tuomio 4.7.2006, easyJet v. komissio, T-177/04, EU:T:2006:187, 35 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).
- 30 Käsiteltävässä asiassa on huomautettava, että asianosaisten kesken on riidatonta, että kantaja osallistui hallinnolliseen menettelyyn. Sitä vastoin asianosaiset ovat erimielisiä siitä, oliko tämä osallistuminen ”aktiivista”. Näin ollen on arvioitava, miten kantaja on osallistunut keskittymää M.8871 koskevaan menettelyyn.
- 31 Tältä osin on ensinnäkin todettava, että kantaja pyysi 24.7.2018 komissiolta, että sitä kuulutaisiin sekä keskittymää M.8871 että keskittymää M.8870 koskevassa menettelyssä, kuten ilmenee kantajan kirjeen saksankielisestä otsikosta ”Aktenzeichen” (”asiakirjanumero”), johon on merkitty asiaviitteet ”M8870 & M8871”. Pyyntönsä perustelemiseksi kantaja selvitti kyseisessä kirjeessä yleisesti intressiensä luonnetta ja vahinkoa, joka sille voisi aiheutua, jos nämä kaksi keskittymää hyväksyttäisiin.
- 32 Kantajalla oli 3.10.2018 komission kanssa erillinen kokous, jossa käsiteltiin keskittymiä M.8870 ja M.8871. On kuitenkin todettava, että keskittymää M.8871 käsiteltiin ainoastaan yhdellä kantajan tätä kokousta varten laatiman 20-sivuisen keskustelumuistion sivulla ja että lisäksi tämä sivu koski pelkästään kilpailuetua, jota RWE sai uusiutuvaa energiaa käyttävien uusien tuotantolaitosten kehittämiseen ja rakentamiseen tarkoitettuja tukia myönnettäessä. Muualla keskustelumuistiossa käsiteltiin keskittymää M.8870. Myös kyseisen kokouksen pöytäkirjasta ilmenee, että kokouksessa käydyt keskustelut koskivat lähinnä keskittymää M.8870, sillä pöytäkirjan 42 kohdasta ainoastaan kolmessa käsiteltiin RWE:tä.

- 33 Tämän kokouksen ja komission 4.12.2018 lähettämän vastausmuistutuksen jälkeen kantaja vastasi komission 31.10.2018 päivätyllä sähköpostiviestillä esittämiin kysymyksiin 14.12.2018 päivätyllä sähköpostiviestillä. Kysymyksissä komissio pyysi lisätietoja siitä kantajan huomautuksesta, joka koski kilpailuetua, jota E.ON ja innogy saavat laajan asiakas pohjansa takia uusien palvelujen, kuten smart home -ratkaisujen (älykoti) kehittämisessä, mikä on keskittymään M.8870 liittyvä ongelma.
- 34 Kantaja pyysi kuulemismenettelystä vastaavalta neuvonantajalta 28.1.2019 päivätyllä sähköpostiviestillä, että sitä kuultaisiin keskittymää M.8871 koskevassa menettelyssä kolmantena osapuolena, jonka etua asia koskee. Kuulemismenettelystä vastaava neuvonantaja vastasi kantajalle 7.2.2019 ja ilmoitti pitävänsä kantajaa kyseisessä menettelyssä kolmantena osapuolena, jonka etua asia koskee.
- 35 Tästä seuraa, että siltä osin kuin on kyse keskittymästä M.8871, kantajan huomautukset tiivistyvät yhteen ainoaan keskustelumuistion sivuun, jonka sisältö toistetaan tyhjentävästi 3.10.2018 pidetyn kokouksen pöytäkirjan keskittymää M.8871 käsittelevissä kolmessa kohdassa. Kantajan 24.7.2018 päivätyssä kirjeessä esittämistä huomautuksista on todettava, että ne ovat hyvin yleisluonteisia ja että niillä pyritään ensisijaisesti osoittamaan, että kantajalla on intressi osallistua menettelyyn saadakseen myöhemmin tilaisuuden esittää laajemmin ja tarkemmin näkemyksensä komissiolle, joten kyseiset huomautukset eivät ole ratkaisevia.
- 36 Näin vähäistä osallistumista ei voida pitää riittävänä, jotta se voitaisiin luokitella aktiiviseksi. Pitää toki paikkansa, että komissio otti huomioon ja arvioi kantajan ilmaisemat huolenaiheet, jotka koskivat RWE:n keskittymästä M.8871 saamaa kilpailuetua sen osallistuessa uusiutuvan energian alalla järjestettäviin tarjouskilpailuihin, kuten riidanalaisen päätöksen 68 ja 69 kohdasta ilmenee.
- 37 On kuitenkin todettava, että nämä kantajan ilmaisemat huolenaiheet tutkittiin riidanalaisen päätöksen 5.1.7 jaksossa, jonka otsikko on ”Kolmansien osapuolten esiin tuomat lisähuolenaiheet” ja joka seuraa riidanalaisen päätöksen 5.1.6 jaksoa, jonka otsikko on ”Päätelmät” ja jossa komissio toteaa, ettei keskittymän M.8871 soveltuvuudesta sisämarkkinoille ole vakavia epäilyjä. Komission 5.1.7 jaksossa tekemä arviointi on siten ylimääräinen. Tämän arvioinnin ylimääräistä luonnetta tukee komission riidanalaisen päätöksen 67 kohdassa esittämä täsmennys, jonka mukaan sen tarkoituksena oli vastata huolenaiheisiin, jotka koskivat keskittymän M.8871 mahdollisia vaikutuksia Saksan muihin markkinoihin kuin sähkön tuotannon ja tukkutoimitusten markkinoihin, joita pidettiin keskittymän soveltuvuutta sisämarkkinoille koskevan arvioinnin kannalta merkityksellisinä markkinoina, kuten riidanalaisen päätöksen 13 kohdasta ilmenee.
- 38 Tästä seuraa, että vaikka kantajan keskittymästä M.8871 esittämillä huomautuksilla on merkitystä ja vaikka komissio käsitteli ne, niiden merkitys ei kuitenkaan ollut ratkaiseva arvioitaessa keskittymän vaikutuksia merkityksellisiin markkinoihin.
- 39 Näin ollen ei voida katsoa, että kantaja osallistui aktiivisesti keskittymää M.8871 koskevaan hallinnolliseen vaiheeseen.
- 40 Tätä päätelmää ei voida kyseenalaistaa kantajan väitteillä.
- 41 Ensinnäkin kantaja väittää, ettei se ole saanut komission lähettämää kyselylomaketta.

- 42 Tästä syystä unionin yleinen tuomioistuin pyysi 29.3.2022 työjärjestyksensä 89 artiklan 3 kohdan d alakohdan mukaisena prosessinjohtotoimena komissiota toimittamaan todisteet siitä, että se oli lähettänyt markkinatutkimuksen kantajalle, kuten se väitti vastauksen 10 kohdassa. Komissio vastasi tähän pyyntöön määräajassa. Lisäksi kantaja jätti 19.4.2022 oma-aloitteisesti unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon kirjeen, joka sisälsi tähän kysymykseen liittyviä huomautuksia. Laajennetun neljännen jaoston puheenjohtaja lisäsi kirjeen asiakirja-aineistoon 3.5.2022 tekemällään päätöksellä. Unionin yleinen tuomioistuin myös esitti asianosaisille tätä asiaa koskevia kysymyksiä istunnossa.
- 43 Todisteet, joita komissio toimitti vastauksena unionin yleisen tuomioistuimen pyyntöön, ovat kolmentyyppisiä. Ensinnäkin komissio vetosi luetteloon, jossa mainitaan yritykset, joille kyselylomake lähetettiin, ja jossa on kantajan nimi. Toiseksi komissio toimitti markkinatutkimuksen lähettämiseksi käytetyllä tietoteknisellä sovelluksella luodun otteen, josta ilmenee, että tutkimus oli lähetetty kantajalle 23.1.2019 klo 16.35 ja että vastauksen määräaika oli 30.1.2019. Komissio myös mainitsi, että 27.1.2019 kantajalle oli lähetetty vastausmuistutus. Kolmanneksi komissio toimitti kaksi sähköposti- ja faksilähetyksiä koskevaa tietokantaotetta, jotka osoittavat, että kantajalle oli lähetetty sähköpostiviesti ja faksi. Näiden lähetysten päivämäärät ja kellonajat vastaavat tietoteknisellä sovelluksella luodussa otteessa mainittuja päivämääriä ja kellonaikoja.
- 44 Tästä seuraa, että komissio on hyvinkin lähettänyt markkinatutkimuksen kantajalle.
- 45 Tältä osin kantaja lähinnä väitti sekä 19.4.2022 päivätyssä kirjeessään että istunnossa, että markkinatutkimus oli lähetetty sen tiedottajalle. Tiedottaja kuitenkin vakuuttaa, ettei hän koskaan saanut sitä, ja kantaja toteaa, ettei tiedottaja ollut oikea henkilö, johon olisi pitänyt ottaa yhteyttä. Viimeksi mainitusta seikasta kantaja huomauttaa 19.4.2022 päivätyssä kirjeessään, että keskittymää M.8870 koskevaa markkinatutkimusta ei ollut lähetetty tiedottajalle vaan toimivaltaiselle myyntijohtajalle.
- 46 On korostettava, että koska kantajaa ei voida vaatia esittämään todisteita sille vastaisesta seikasta eli siitä, ettei se koskaan saanut markkinatutkimusta, unionin yleinen tuomioistuin kääntyi komission puoleen ja pyysi sitä toimittamaan todisteet siitä, että se oli todella lähettänyt mainitun tutkimuksen. Kuten edellä 44 kohdasta ilmenee, komissio onnistui toimittamaan nämä todisteet. Näin ollen kantajan tehtävänä oli esittää unionin yleiselle tuomioistuimelle seikkoja, jotka voivat kyseenalaistaa komission toimittamien todisteiden luotettavuuden, mitä kantaja ei tehnyt.
- 47 Väitteestä, jonka mukaan markkinatutkimus oli osoitettu virheelliselle adressaatille, on todettava, että vaikka tätä väitettä pidettäisiin toteen näytettynä, kantaja ei ole kiistänyt, että kyseinen henkilö toimi sen tiedottajana tutkimuksen lähettämisaikana.
- 48 Tällaiselta henkilöltä, joka on vastaanottanut unionin toimielimeltä paitsi sähköpostiviestin myös faksin, voidaan kohtuudella odottaa, että hän ilmoittaa mahdollisimman nopeasti kyseiselle toimielimelle virheellisestä adressaatista. Saatuaan asiakirjat haltuunsa hän olisi myös voinut ottaa yhteyttä yrityksensä oikeudelliseen tai kaupalliseen yksikköön ilmoittaakseen niille näiden asiakirjojen vastaanottamisesta.
- 49 On joka tapauksessa todettava, että vaikka kantaja olisikin saanut tilaisuuden täyttää markkinatutkimuksen, sen osallistumista ei olisi pelkästään tämän seikan perusteella olisi voitu luokitella aktiiviseksi.

- 50 Pelkkää täytetyn kyselylomakkeen takaisinlähettämistä ei nimittäin voida pitää seikkana, joka riittää yksilöimään kyseisen toimijan SEUT 263 artiklan neljännessä kohdassa tarkoitettulla tavalla (ks. vastaavasti määräys 18.9.2006, *Wirtschaftskammer Kärnten ja best connect Ampere Strompool v. komissio*, T-350/03, ei julkaistu, EU:T:2006:257, 50 ja 51 kohta).
- 51 Muu ei tule kysymykseen, koska komissio voi, kuten se perustellusti totesi istunnossa, joutua kuulemaan suurta määrää asianomaisten markkinoiden toimijoita voidakseen tehdä päätöksen sille ilmoitetusta keskittymästä. Tämä johtuu komissiolle asetuksen N:o 139/2004 11 artiklan 7 kohdassa annetusta toimivallasta vaatia tietoja, sillä kyseisen säännöksen mukaan tähän asetukseen perustuvien tehtäviensä suorittamiseksi komissio voi kuulla kaikkia luonnollisia tai oikeushenkilöitä, jotka suostuvat kuultaviksi, kerätäkseen tutkimukseen liittyviä tietoja.
- 52 Toiseksi kantaja väittää pyytäneensä kuulemismenettelystä vastaavalta neuvonantajalta, että se katsottaisiin kolmanneksi osapuoleksi, jonka etua asia koskee. Vaikka tällainen pyyntö voi olla osoitus kantajan tahdosta osallistua keskittymää M.8871 koskevaan menettelyyn, kantajan osallistumista ei vielä tämän perusteella voida määritellä aktiiviseksi, koska tämä aktiivisuus voi ilmetä vain sellaisina kantajan toimina, jotka olisivat voineet vaikuttaa kyseisen menettelyn tulokseen.
- 53 Lisäksi kantaja mainitsi istunnossa, että päinvastoin kuin kuulemismenettelystä vastaavan neuvonantajan 7.2.2019 tekemässä päätöksessä todettiin, komissio ei vahvistanut kantajalle mitään määräaika, johon mennessä se olisi voinut toimittaa huomautuksensa keskittymästä M.8871.
- 54 On todettava, että tämä väite on ristiriidassa sen kanssa, mitä kantaja niin ikään on väittänyt kirjelmässään, eli sen, että se osallistui aktiivisesti keskittymää M.8871 koskevaan hallinnolliseen menettelyyn. Kantaja ei voi pitäytyä väitteessään, jonka mukaan se osallistui aktiivisesti menettelyyn, ja samanaikaisesti arvostella komissiota ensimmäisen kerran vasta istunnossa siitä, että tämä ei vahvistanut kantajalle määräaika, johon mennessä sen oli toimitettava huomautuksensa, osoittaakseen, että sillä on asiavaltuus. Oikeuskäytännössä vahvistetun *nemo potest venire contra factum proprium* -periaatteen tai nk. *venire contra factum proprium non valet* -periaatteen mukaan on niin, että kukaan ei voi riitauttaa sitä, minkä hän on aikaisemmin myöntänyt (tuomio 22.4.2016, *Irlanti ja Aughinish Alumina v. komissio*, T-50/06 RENV II ja T-69/06 RENV II, EU:T:2016:227, 192 kohta ja tuomio 6.4.2017, *Regione autonoma della Sardegna v. komissio*, T-219/14, EU:T:2017:266, 63 kohta; ks. vastaavasti myös määräys 13.2.2014, *Marszałkowski v. SMHV*, C-177/13 P, ei julkaistu, EU:C:2014:183, 73 kohta). Tämä väite on siten hylättävä, koska sen tutkittavaksi ottamisen edellytykset puuttuvat selvästi.
- 55 Kolmanneksi kantaja väittää lähinnä, että keskittymät M.8871 ja M.8870 muodostavat yhden keskittymän ja että komissio käsitteli näitä kahta keskittymää yhdessä. Istunnossa kantaja täsmensi, että se oli vasta keskittymää M.8871 koskevan markkinatutkimuksen saatuaan esittänyt kuulemismenettelystä vastaavalle neuvonantajalle pyyntönsä siitä, että sitä kuullaan kyseistä keskittymää koskevassa hallinnollisessa menettelyssä.
- 56 Nämä väitteet on hylättävä tehottomina. Tutkittavaksi ottamista koskevan arvioinnin yhteydessä ei nimittäin ole merkitystä sen määrittämisellä, muodostavatko keskittymät M.8870 ja M.8871 yhden keskittymän vai eivät tai miten kantaja oli ymmärtänyt sen, millä tavoin komissio aikoi



käsitellä näitä kahta keskittymää, koska joka tapauksessa on niin, ettei kantaja ole esittänyt keskittymästä M.8871 mitään muita huomautuksia kuin 3.10.2018 päivätyn keskustelumuiston yhdellä sivulla esittämänsä huomautukset.

- 57 Koska kantaja ei osallistunut aktiivisesti keskittymää M.8871 koskevaan menettelyyn, on todettava, että kun otetaan huomioon myös se, ettei kysymyksessä ole erityistilanne, joka johtuisi keskittymän vaikutuksesta kantajan markkina-asemaan, riidanalainen päätös ei koske kantajaa erikseen edellä 29 kohdassa mainitussa oikeuskäytännössä tarkoitettulla tavalla.
- 58 Koska riidanalainen päätös ei koske kantajaa erikseen, kantaja ei ole osoittanut, että sillä on asiavaltuus, joten sen kanne on jätettävä tutkimatta.

### **Oikeudenkäyntikulut**

- 59 Unionin yleisen tuomioistuimen työjärjestyksen 134 artiklan 1 kohdan mukaan asianosainen, joka häviää asian, veloitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut. Koska kantaja on hävinnyt asian, se on veloitettava vastaamaan omista oikeudenkäyntikuluistaan ja korvaamaan komission, E.ON:n ja RWE:n oikeudenkäyntikulut viimeksi mainittujen vaatimusten mukaisesti.
- 60 Työjärjestyksen 138 artiklan 1 kohdan mukaan asiassa väliintulijoina olleet jäsenvaltiot ja toimielimet vastaavat omista oikeudenkäyntikuluistaan. Saksan liittotasavallan on siten vastattava omista oikeudenkäyntikuluistaan.

Näillä perusteilla

UNIONIN YLEINEN TUOMIOISTUIN (laajennettu neljäs jaosto)

on ratkaissut asian seuraavasti:

- 1) Kanne jätetään tutkimatta.**
- 2) Enercity AG vastaa omista oikeudenkäyntikuluistaan, ja se veloitetaan korvaamaan Euroopan komission, E.ON SE:n ja RWE AG:n oikeudenkäyntikulut.**
- 3) Saksan liittotasavalta vastaa omista oikeudenkäyntikuluistaan.**

Gervasoni

Madise

Nihoul

Frendo

Martín y Pérez de Nanclares

Julistettiin Luxemburgissa 17 päivänä toukokuuta 2023.

Allekirjoitukset