



Jurisprudentie

ARREST VAN HET GERECHT (Vierde kamer – uitgebreid)

17 mei 2023*

„Mededinging – Concentraties – Duitse elektriciteitsmarkt – Besluit waarbij de concentratie verenigbaar met de interne markt wordt verklaard – Beroep tot nietigverklaring – Geen procesbevoegdheid – Geen actieve deelname – Niet-ontvankelijkheid”

In zaak T-321/20,

enercity AG, gevestigd te Hannover (Duitsland), vertegenwoordigd door C. Schalast en H. Löschan, advocaten,

verzoekster,

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Meessen en I. Zaloguín als gemachtigden, bijgestaan door F. Haus en F. Schmidt, advocaten,

verweerster,

ondersteund door

Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door J. Möller en S. Costanzo als gemachtigden,

E.ON SE, gevestigd te Essen (Duitsland), vertegenwoordigd door C. Grave, C. Barth en D.-J. dos Santos Goncalves, advocaten,

en

RWE AG, gevestigd te Essen, vertegenwoordigd door U. Scholz, J. Siegmund en J. Ziebarth, advocaten,

intervenientes,

wijst

HET GERECHT (Vierde kamer – uitgebreid),

tijdens de beraadslagingen samengesteld als volgt: S. Gervasoni, president, L. Madise, P. Nihoul, R. Frendo en J. Martín y Pérez de Nanclares (rapporteur), rechters,

* Procestaal: Duits.

griffier: S. Jund, administrateur,

gezien de stukken,

na de terechtzitting van 17 juni 2022,

het navolgende

Arrest

- 1 Verzoekster, enercity AG, heeft beroep krachtens artikel 263 VWEU ingesteld strekkend tot nietigverklaring van besluit C(2019) 1711 final van de Commissie van 26 februari 2019, waarbij een concentratie verenigbaar met de interne markt en de EER-Overeenkomst wordt verklaard (zaak M.8871 – RWE/E.ON Assets) (PB 2020, C 111, blz. 1; hierna: „bestreden besluit”).

Voorgeschiedenis van het geding

Relevante ondernemingen

- 2 RWE AG is een vennootschap naar Duits recht die ten tijde van de aanmelding van de voorgenomen concentratie actief was in de gehele keten van energievoorziening, waaronder de opwekking, de groot- en detailhandel, de transmissie en de distributie van elektriciteit alsook de verlening van energiediensten aan consumenten (zoals meteropname, e-mobiliteit, enzovoorts). RWE en haar dochterondernemingen, waaronder innogy SE, zijn actief in verschillende Europese landen, te weten België, Tsjechië, Duitsland, Frankrijk, Italië, Luxemburg, Hongarije, Nederland, Polen, Roemenië, Slowakije en het Verenigd Koninkrijk.
- 3 E.ON SE is een vennootschap naar Duits recht die ten tijde van de aanmelding van de voorgenomen concentratie actief was in de gehele keten van energievoorziening, of het nu ging om de opwekking van, de groothandel in, de distributie van of de detailhandel in elektriciteit. E.ON bezit en exploiteert activa voor elektriciteitsopwekking in verschillende Europese staten, waaronder Duitsland, Frankrijk, Italië, Polen en het Verenigd Koninkrijk.
- 4 Verzoekster is een Duits gemeentelijk nutsbedrijf dat zich in Duitsland bezighoudt met de opwekking en levering van elektriciteit.

Context van de concentratie

- 5 De in casu centraal staande concentratie wordt tot stand gebracht door middel van een ingewikkelde activaruil tussen RWE en E.ON, die door beide betrokken ondernemingen op 11 en 12 maart 2018 is aangekondigd. Met de eerste transactie, dat wil zeggen de hier in geding zijnde concentratie, wil RWE de uitsluitende of gezamenlijke zeggenschap verkrijgen over bepaalde productieactiva van E.ON. De tweede transactie houdt in dat E.ON de uitsluitende zeggenschap verkrijgt over de distributie van en de detailhandel in elektriciteit alsook over bepaalde productieactiva van de door RWE gecontroleerde onderneming innogy. Met de derde transactie zou RWE 16,67 % van de aandelen van E.ON in handen krijgen.

- 6 Verzoekster heeft de Europese Commissie op 24 juli 2018 een brief gezonden waarin zij haar wens kenbaar maakte om deel te nemen aan de procedure met betrekking tot de eerste en de tweede concentratie en dus om de op die concentraties betrekking hebbende documenten te ontvangen.
- 7 Op 3 oktober 2018 heeft een bijeenkomst tussen verzoekster en de Commissie plaatsgevonden.
- 8 De tweede concentratie is op 31 januari 2019 bij de Commissie aangemeld. In het kader van deze tweede transactie heeft de Commissie besluit C(2019) 6530 final van 17 september 2019 vastgesteld, waarbij een concentratie verenigbaar met de interne markt en met de EER-Overeenkomst wordt verklaard (zaak M.8870 – E.ON/Innogy) (PB 2020, C 379, blz. 16; hierna: „concentratie M.8870”).
- 9 De derde concentratie is aangemeld bij het Bundeskartellamt (federale mededingingsautoriteit, Duitsland), dat deze concentratie heeft goedgekeurd bij besluit van 26 februari 2019 (zaak B8-28/19).

Administratieve procedure

- 10 Op 22 januari 2019 heeft de Commissie krachtens artikel 4 van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB 2004, L 24, blz. 1) een aanmelding ontvangen van een voorgenomen concentratie waarmee RWE de uitsluitende of gezamenlijke zeggenschap over bepaalde productieactiva van E.ON wenste te verkrijgen in de zin van artikel 3, lid 1, onder b), van deze verordening.
- 11 Op 31 januari 2019 heeft de Commissie de voorafgaande aanmelding van deze concentratie (zaak M.8871 – RWE/E.ON Assets) (PB 2019, C 38, blz. 22; hierna: „concentratie M.8871”) overeenkomstig artikel 4, lid 3, van verordening nr. 139/2004 gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.
- 12 In het kader van haar onderzoek van concentratie M.8871 heeft de Commissie een marktonderzoek uitgevoerd en dus een vragenlijst aan bepaalde ondernemingen toegezonden.
- 13 Bij brief van 28 januari 2019 heeft verzoekster de raadadviseur-auditeur verzocht om haar als derde-belanghebbende aan te merken, zodat zij zou worden gehoord in het kader van de procedure met betrekking tot concentratie M.8871. Bij brief van 7 februari 2019 heeft de raadadviseur-auditeur haar verzoek ingewilligd.

Bestreden besluit

- 14 Op 26 februari 2019 heeft de Commissie het bestreden besluit vastgesteld. Concentratie M.8871 is in de onderzoeksfase als bedoeld in artikel 6, lid 1, onder b), van verordening nr. 139/2004 en artikel 57 van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER) verenigbaar verklaard met de interne markt.

Conclusies van partijen

- 15 Verzoekster verzoekt het Gerecht:
- het bestreden besluit nietig te verklaren;
 - de Commissie te verwijzen in de kosten.
- 16 De Commissie, daarin ondersteund door de Bondsrepubliek Duitsland, E.ON en RWE, verzoekt het Gerecht:
- het beroep te verwerpen;
 - verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

- 17 Tot staving van haar beroep voert verzoekster in wezen zes middelen aan, ontleend aan, ten eerste schending van haar recht op daadwerkelijke rechtsbescherming, ten tweede schending van haar recht om te worden gehoord, ten derde onjuiste opsplitsing van de analyse van de transactie in haar totaliteit, ten vierde kennelijke beoordelingsfouten, ten vijfde schending van de zorgvuldigheidsplicht en ten zesde misbruik van bevoegdheid.
- 18 Zonder formeel een exceptie van niet-ontvankelijkheid in de zin van artikel 130 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht op te werpen betoogt de Commissie, daarin ondersteund door RWE, dat het beroep niet-ontvankelijk is omdat verzoekster volgens haar geen procesbevoegdheid heeft.
- 19 In de eerste plaats stelt de Commissie dat de deelname van verzoekster aan de procedure met betrekking tot concentratie M.8871 zeer beperkt was. De door verzoekster geuite bedenkingen hadden naar haar mening vrijwel uitsluitend betrekking op concentratie M.8870.
- 20 Bovendien kan verzoekster uit het feit dat zij tijdens de bijeenkomst van 3 oktober 2018 een ontmoeting met de Commissie heeft gehad niet afleiden dat haar deelname toereikend was, aangezien de Commissie in een vergelijkbare context ook andere concurrenten heeft ontmoet. Hoe dan ook heeft verzoekster slechts luttele voorbehouden gemaakt, die zij nadien niet heeft herhaald, en heeft zij de markt-enquête van de Commissie niet beantwoord.
- 21 Wat in de tweede plaats het ontbreken van individuele geraaktheid van verzoekster op grond van haar concurrentiepositie betreft, is de Commissie van mening dat verzoekster weliswaar een concurrent van RWE en E.ON is, maar dat dit slechts een objectieve hoedanigheid is die haar niet karakteriseert ten opzichte van elke andere concurrent die zich daadwerkelijk of potentieel in een identieke situatie bevindt, en die derhalve niet volstaat om haar als individueel geraakt te kunnen beschouwen. De Commissie onderstreept verder nog dat er geen sprake is van omstandigheden die verzoekster in haar hoedanigheid van afnemer van RWE individualiseren ten opzichte van de overige afnemers van RWE.
- 22 Verzoekster is van mening dat zij rechtstreeks en individueel wordt geraakt door het bestreden besluit.

- 23 In de eerste plaats stelt verzoekster dat zij actief heeft deelgenomen aan de procedure met betrekking tot concentratie M.8871 en dat zij het verloop van de procedure en de besluitvorming van de Commissie heeft beïnvloed. Wat de door de Commissie gehouden markt-enquête aangaat, stelt zij dat zij deze niet heeft ontvangen.
- 24 In de tweede plaats acht verzoekster zich door het bestreden besluit rechtstreeks en individueel geraakt omdat haar dochterondernemingen en zijzelf behoren tot de belangrijkste regionale ondernemingen op het gebied van de energielevering en de verlening van energiediensten in Duitsland, waar de partijen bij de concentratie hun rechtstreekse concurrenten zijn en waar concentratie M.8871 de concurrentiemogelijkheden van verzoekster aanzienlijk dreigt te beperken.
- 25 Volgens artikel 263, vierde alinea, VWEU kan een natuurlijke of rechtspersoon slechts beroep instellen tegen een besluit dat tot een andere persoon gericht is indien dat besluit hem rechtstreeks en individueel raakt.
- 26 Om te bepalen of verzoekster procesbevoegdheid heeft, moet derhalve worden onderzocht of zij rechtstreeks en individueel wordt geraakt door het bestreden besluit.
- 27 Wat in de eerste plaats de rechtstreekse geraaktheid van verzoekster aangaat, zij erop gewezen dat concentratie M.8871 op grond van het bestreden besluit onverwijld tot stand mocht worden gebracht, zodat dit besluit tot een onmiddellijke wijziging van de situatie op de betrokken markten leidde. Aangezien er geen twijfel bestond over de intentie van de bij concentratie M.8871 betrokken partijen om deze concentratie tot stand te brengen, konden de op de betrokken markt of markten opererende marktdeelnemers op de datum van het bestreden besluit als vaststaand aannemen dat de marktsituatie onmiddellijk en snel zou veranderen (zie in die zin arrest van 4 juli 2006, *easyJet/Commissie*, T-177/04, EU:T:2006:187, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Hieruit volgt dat verzoekster rechtstreeks wordt geraakt door het bestreden besluit.
- 28 In de tweede plaats moet met betrekking tot de individuele geraaktheid van verzoekster worden opgemerkt dat volgens vaste rechtspraak degenen die niet de adreessaat van een beschikking zijn, slechts kunnen stellen dat zij individueel worden geraakt indien deze beschikking hen treft uit hoofde van zekere bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie die hen ten opzichte van ieder ander karakteriseert en hen derhalve individualiseert op soortgelijke wijze als de adreessaat van die beschikking (zie arrest van 4 juli 2006, *easyJet/Commissie*, T-177/04, EU:T:2006:187, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 29 Wanneer in een beschikking wordt vastgesteld dat een concentratie verenigbaar is met de interne markt, moet bij het onderzoek of een derde onderneming individueel wordt geraakt, worden nagegaan of zij aan de administratieve procedure heeft deelgenomen en of haar marktpositie is aangetast. Hoewel louter de deelneming aan de procedure op zichzelf niet volstaat om vast te stellen dat verzoekster door de beschikking individueel wordt geraakt, vooral niet op het gebied van concentraties, waarbij een nauwkeurig onderzoek regelmatige contacten met talrijke ondernemingen vereist, vormt een actieve deelname aan de administratieve procedure niettemin een element waarmee in de rechtspraak in mededingingszaken geregeld rekening wordt gehouden, ook op het meer specifieke gebied van de controle op concentraties, om in combinatie met andere specifieke omstandigheden de ontvankelijkheid van een beroep vast te stellen (zie arrest van 4 juli 2006, *easyJet/Commissie*, T-177/04, EU:T:2006:187, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 30 In casu zij opgemerkt dat tussen partijen niet wordt betwist dat verzoekster aan de administratieve procedure heeft deelgenomen. Het is echter de vraag of er al dan niet sprake is van „actieve” deelname. Onderzocht dient derhalve te worden wat de aard van de deelname van verzoekster aan de procedure met betrekking tot concentratie M.8871 is.
- 31 Dienaangaande moet om te beginnen worden opgemerkt dat verzoekster op 24 juli 2018 een verzoek bij de Commissie heeft ingediend om zowel in de procedure met betrekking tot concentratie M.8871 als in de procedure met betrekking tot concentratie M.8870 te worden gehoord, zoals blijkt uit het feit dat in haar in het Duits gestelde brief onder „AktENZEICHEN” (referentienummer) wordt verwezen naar „M8870 & M8871”. Ter onderbouwing van haar verzoek heeft verzoekster in die brief de aard van haar belangen algemeen toegelicht en uitgelegd hoe de goedkeuring van deze twee concentraties die belangen zou kunnen aantasten.
- 32 Vervolgens heeft verzoekster op 3 oktober 2018 deelgenomen aan een individuele bijeenkomst met de Commissie die betrekking had op de concentraties M.8870 en M.8871. Geconstateerd moet echter worden dat van de twintig bladzijden van de presentatie die verzoekster ten behoeve van die bijeenkomst had voorbereid, er slechts één betrekking had op concentratie M.8871 en dat die bladzijde bovendien uitsluitend was gewijd aan het concurrentievoordeel dat RWE zou genieten bij de toekenning van subsidies voor de ontwikkeling en bouw van nieuwe activa voor de opwekking van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen. Het resterende deel van de presentatie had betrekking op concentratie M.8870. Uit de notulen van deze bijeenkomst komt tevens naar voren dat de gevoerde gesprekken hoofdzakelijk concentratie M.8870 tot voorwerp hadden, omdat slechts 3 van de 42 punten van de notulen aan RWE waren gewijd.
- 33 In aansluiting op deze bijeenkomst en na daartoe op 4 december 2018 door de Commissie te zijn aangemaand, heeft verzoekster bij e-mail van 14 december 2018 bovendien geantwoord op de vragen die de Commissie bij e-mail van 31 oktober 2018 had gesteld. Met deze vragen wilde de Commissie bewerkstelligen dat verzoekster haar opmerking zou verduidelijken dat E.ON en innogy wegens hun grote klantenbestand een concurrentievoordeel zouden genieten bij de ontwikkeling van nieuwe diensten, zoals smart home-oplossingen, een problematiek die binnen het bestek van concentratie M.8870 valt.
- 34 Tot slot heeft verzoekster bij e-mail van 28 januari 2019 de raadadviseur-auditeur verzocht om te worden gehoord als derde-belanghebbende in de procedure met betrekking tot concentratie M.8871. Op 7 februari 2019 heeft de raadadviseur-auditeur verzoekster geantwoord en haar meegedeeld dat zij in die procedure als derde-belanghebbende zou worden erkend.
- 35 Daaruit volgt dat, wat concentratie M.8871 in eigenlijke zin betreft, de opmerkingen van verzoekster zich beperken tot één bladzijde van haar presentatie, waarvan de inhoud integraal is overgenomen in de drie punten van de notulen van de bijeenkomst van 3 oktober 2018 die aan concentratie M.8871 zijn gewijd. Wat de opmerkingen betreft die verzoekster in haar brief van 24 juli 2018 heeft gemaakt, moet worden vastgesteld dat deze van algemene aard zijn en voornamelijk tot doel hebben om aan te tonen dat verzoekster belang bij de procedure heeft, zodat zij naderhand in de gelegenheid zou worden gesteld om haar standpunt uitvoeriger en meer gedetailleerd aan de Commissie kenbaar te maken. Deze opmerkingen zijn derhalve niet van beslissend belang.
- 36 Een dergelijke minimale deelname kan niet toereikend worden geacht om als een actieve deelname te kunnen worden aangemerkt. Inderdaad heeft de Commissie de bedenkingen die verzoekster heeft geuit ten aanzien van het concurrentievoordeel dat RWE als gevolg van

- concentratie M.8871 zou genieten bij aanbestedingen op het gebied van hernieuwbare energie, in aanmerking genomen en onderzocht, zoals uit de punten 68 en 69 van het bestreden besluit naar voren komt.
- 37 Geconstateerd moet echter worden dat de bedenkingen van verzoekster zijn onderzocht in paragraaf 5.1.7 van het bestreden besluit, dat het opschrift „Overige bedenkingen van derden” draagt. Deze paragraaf volgt op paragraaf 5.1.6 van het bestreden besluit, die het opschrift „Conclusies” draagt en waarin de Commissie heeft geconcludeerd dat zij geen ernstige twijfel omtrent de verenigbaarheid van concentratie M.8871 met de interne markt koesterde. De analyse van de Commissie in paragraaf 5.1.7 is dus slechts volledigheidshalve verricht, hetgeen ook wordt bevestigd door de precisering van deze instelling in punt 67 van het bestreden besluit dat zij wilde ingaan op de bedenkingen die waren geuit ten aanzien van de mogelijke gevolgen van concentratie M.8871 voor andere markten dan de markt voor de opwekking van en de groothandel in elektriciteit in Duitsland, die – zoals in punt 13 van het bestreden besluit is uiteengezet – voor de analyse van de gevolgen van deze concentratie op de interne markt moet worden beschouwd als de relevante markt.
- 38 Hieruit volgt dat de opmerkingen van verzoekster met betrekking tot concentratie M.8871, hoewel zij wel van enig belang zijn en door de Commissie zijn besproken, niet doorslaggevend waren voor de beoordeling van de gevolgen van die concentratie voor de relevante markt.
- 39 Derhalve kan verzoekster niet geacht worden actief te hebben deelgenomen aan de administratieve fase met betrekking tot concentratie M.8871.
- 40 Deze conclusie kan niet worden ontkracht door de argumenten die verzoekster heeft aangevoerd.
- 41 Ten eerste stelt verzoekster dat zij de door de Commissie toegezonden markt-enquête niet heeft ontvangen.
- 42 In verband hiermee heeft het Gerecht de Commissie op 29 maart 2022 in het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang als bedoeld in artikel 89, lid 3, onder d), van het Reglement voor de procesvoering verzocht het bewijs te leveren dat zij verzoekster de markt-enquête wel degelijk had toegezonden, zoals zij in punt 10 van haar memorie van dupliek heeft betoogd. De Commissie heeft binnen de gestelde termijn op dit verzoek gereageerd. Daarnaast heeft verzoekster op 19 april 2022 uit eigen beweging een brief met opmerkingen over deze kwestie ter griffie van het Gerecht neergelegd. De president van de Vierde kamer (uitgebreid) heeft op 3 mei 2022 beslist om deze brief aan het dossier toe te voegen. Tot slot heeft het Gerecht partijen ter terechtzitting vragen over dit onderwerp gesteld.
- 43 De bewijsstukken die de Commissie naar aanleiding van het verzoek van het Gerecht heeft overgelegd, zijn van drieërlei aard. Ten eerste baseert de Commissie zich op de lijst van ondernemingen waaraan de enquête is toegezonden en waarop de naam van verzoekster voorkomt. Ten tweede verstrekt de Commissie een uitdraai van het computerprogramma dat voor de verzending van de enquête is gebruikt en waaruit blijkt dat de markt-enquête op 23 januari 2019 om 16.35 uur aan verzoekster is toegezonden, met als uiterste antwoordtermijn de datum van 30 januari 2019. Tevens staat daarin vermeld dat op 27 januari 2019 een herinnering is verzonden. Ten derde legt de Commissie twee uittreksels uit haar gegevensbestanden van verzonden e-mails en faxberichten over, waaruit blijkt dat aan verzoekster een e-mail en een fax zijn toegezonden. De data en tijdstippen daarvan komen overeen met die in de uitdraai van het computerprogramma.

- 44 Hieruit blijkt dat de Commissie de markt-enquête wel degelijk aan verzoekster heeft toegezonden.
- 45 Het betoog dat verzoekster hiertegen zowel in haar brief van 19 april 2022 als ter terechtzitting heeft gevoerd, komt er in wezen op neer dat de enquête naar haar persvoorlichter is gestuurd. De persvoorlichter heeft echter verzekerd dat hij deze enquête niet heeft ontvangen, en verzoekster geeft te kennen dat hij ook niet de juiste persoon was om contact mee op te nemen. Wat dit laatste aspect aangaat, heeft verzoekster in haar brief van 19 april 2022 verklaard dat de markt-enquête met betrekking tot concentratie M.8870 niet naar de persvoorlichter was gestuurd, maar naar de bevoegde commercieel directeur.
- 46 Aangezien van verzoekster niet kan worden verlangd dat zij het bewijs levert van een negatief feit, namelijk dat zij de markt-enquête niet heeft ontvangen, heeft het Gerecht de Commissie verzocht te bewijzen dat zij deze enquête daadwerkelijk had toegezonden. Zoals uit punt 44 van dit arrest blijkt, is zij in dat bewijs geslaagd. In die omstandigheden stond het aan verzoekster om het Gerecht bewijsstukken over te leggen die de betrouwbaarheid van het door de Commissie geleverde bewijs aantasten, hetgeen zij niet heeft gedaan.
- 47 Wat betreft het feit dat de markt-enquête aan de verkeerde ontvanger is toegezonden, moet worden opgemerkt dat zelfs al zou dit inderdaad het geval zijn, verzoekster niet heeft betwist dat de betrokken persoon ten tijde van de verzending van die enquête wel degelijk haar persvoorlichter was.
- 48 Van een dergelijke persoon die niet alleen een e-mail, maar ook een fax van een instelling van de Europese Unie ontvangt, kan redelijkerwijs worden verwacht dat hij deze instelling zo snel mogelijk in kennis stelt van de onjuiste adressering. Bovendien had hij ook, aangezien hij in het bezit van de betrokken documenten was, de juridische of commerciële afdeling van zijn onderneming kunnen benaderen om te laten weten dat hij die documenten had ontvangen.
- 49 Hoe dan ook zou, zelfs indien verzoekster in de gelegenheid was geweest om de markt-enquête in te vullen, dit niet hebben volstaan om haar deelname als actief te kunnen aanmerken.
- 50 De enkele omstandigheid dat de ingevulde vragenlijst terug wordt gezonden, kan immers niet toereikend worden geacht om de betrokken marktdeelnemer te individualiseren in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU (zie in die zin beschikking van 18 september 2006, Wirtschaftskammer Kärnten en best connect Ampere Strompool/Commissie, T-350/03, niet gepubliceerd, EU:T:2006:257, punten 50 en 51).
- 51 Dit kan ook niet anders, aangezien de Commissie, zoals zij ter terechtzitting terecht heeft betoogd, soms een groot aantal marktdeelnemers moet ondervragen om een besluit ten aanzien van een bij haar aangemelde concentratie te kunnen geven. Dit vloeit voort uit de bevoegdheid tot het inwinnen van inlichtingen die haar is toegekend bij artikel 11, lid 7, van verordening nr. 139/2004, krachtens welke bepaling de Commissie ter vervulling van de haar bij deze verordening opgedragen taken alle natuurlijke en rechtspersonen kan horen die daarin toestemmen, teneinde inlichtingen te verkrijgen over het onderwerp van een onderzoek.
- 52 Ten tweede voert verzoekster aan dat zij de raadadviseur-auditeur verzocht heeft haar als derde-belanghebbende te erkennen. Hoewel het indienen van een dergelijk verzoek een aanwijzing kan opleveren dat verzoekster de wil heeft geuit om deel te nemen aan de procedure

- met betrekking tot concentratie M.8871, is het niet bepalend voor de „actieve” aard van haar deelname, want alleen de handelingen van verzoekster die de uitkomst van de betrokken procedure hebben kunnen beïnvloeden, weerspiegelen een dergelijke actieve deelname.
- 53 Verder heeft verzoekster ter terechtzitting nog betoogd dat de Commissie haar, in tegenstelling tot de aankondiging in de beslissing van de raadadviseur-auditeur van 7 februari 2019, geen termijn heeft gegund waarbinnen zij haar schriftelijke opmerkingen over concentratie M.8871 kenbaar kon maken.
- 54 Geconstateerd moet worden dat dit argument in tegenspraak is met hetgeen verzoekster elders in haar diverse schriftelijke stukken heeft gesteld, namelijk dat zij actief heeft deelgenomen aan de administratieve procedure met betrekking tot concentratie M.8871. Verzoekster kan haar betoog dat zij actief aan de procedure heeft deelgenomen, niet staande houden terwijl zij tegelijkertijd de Commissie – voor het eerst ter terechtzitting – verwijt dat deze instelling haar geen termijn heeft gegund om haar opmerkingen kenbaar te maken zodat zij haar procesbevoegdheid zou kunnen aantonen. Op grond van het in de rechtspraak ontwikkelde beginsel „nemo potest venire contra factum proprium”, ook wel „venire contra factum proprium non valet” genoemd, mag niemand immers betwisten wat hij eerder heeft erkend (arresten van 22 april 2016, Ierland en Aughinish Alumina/Commissie, T-50/06 RENV II en T-69/06 RENV II, EU:T:2016:227, punt 192, en 6 april 2017, Regione autonoma della Sardegna/Commissie, T-219/14, EU:T:2017:266, punt 63; zie in die zin ook beschikking van 13 februari 2014, Marszałkowski/BHIM, C-177/13 P, niet-gepubliceerd, EU:C:2014:183, punt 73). Derhalve is dit betoog kennelijk niet-ontvankelijk, zodat het moet worden afgewezen.
- 55 Ten derde stelt verzoekster in wezen dat concentratie M.8871 en concentratie M.8870 één enkele concentratie vormen en dat de Commissie deze beide transacties samen heeft behandeld. Ter terechtzitting heeft zij gepreciseerd dat zij pas toen zij de markt-enquête met betrekking tot concentratie M.8871 had ontvangen, de raadadviseur-auditeur heeft verzocht om te worden gehoord in het kader van de administratieve procedure met betrekking tot die concentratie.
- 56 Deze argumenten zijn niet ter zake dienend en moeten dus worden afgewezen. In het stadium van het onderzoek van de ontvankelijkheid is het immers irrelevant om te bepalen of de concentraties M.8870 en M.8871 al dan niet één enkele concentratie vormen of om te weten hoe verzoekster de wijze waarop de Commissie voornemens was deze twee concentraties te behandelen, had begrepen, aangezien het een feit is dat verzoekster hoe dan ook geen opmerkingen over concentratie M.8871 heeft ingediend, behalve op één bladzijde van haar presentatie van 3 oktober 2018.
- 57 Daar verzoekster niet actief heeft deelgenomen aan de procedure met betrekking tot concentratie M.8871 en er daarnaast geen sprake is van bijzondere omstandigheden met betrekking tot de aantasting van haar marktpositie, moet worden geoordeeld dat zij door het bestreden besluit niet individueel wordt geraakt in de zin van de in punt 29 van dit arrest aangehaalde rechtspraak.
- 58 Aangezien verzoekster door het bestreden besluit niet individueel wordt geraakt, heeft zij niet aangetoond dat zij procesbevoegdheid heeft, zodat haar beroep niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

Kosten

- 59 Volgens artikel 134, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dat is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vorderingen van de Commissie, E.ON en RWE te worden verwezen in haar eigen kosten en in die van de Commissie, E.ON en RWE.
- 60 Volgens artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering dragen de lidstaten en de instellingen die in het geding zijn tussengekomen, hun eigen kosten. De Bondsrepubliek Duitsland zal derhalve haar eigen kosten dragen.

HET GERECHT (Vierde kamer – uitgebreid),

rechtdoende, verklaart:

- 1) Het beroep wordt niet-ontvankelijk verklaard.**
- 2) Enercity AG draagt haar eigen kosten alsook die van de Europese Commissie, E.ON SE en RWE AG.**
- 3) De Bondsrepubliek Duitsland draagt haar eigen kosten.**

Gervasoni

Madise

Nihoul

Frendo

Martín y Pérez de Nanclares

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 17 mei 2023.

ondertekeningen