



Jurisprudentie

Zaak T-321/20

**enercity AG
tegen
Europese Commissie**

Arrest van het Gerecht (Vierde kamer – uitgebreid) van 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”

1. *Beroep tot nietigverklaring – Natuurlijke personen of rechtspersonen – Handelingen die hen rechtstreeks en individueel raken – Rechtstreeks geraakt – Criteria – Besluit van de Commissie waarbij een concentratie verenigbaar met de interne markt wordt verklaard – Beroep van een onderneming die een concurrent is van de partijen bij de concentratie – Besluit dat ertoe kan leiden dat de situatie op de betrokken markt onmiddellijk verandert – Rechtstreekse geraaktheid van de verzoekende partij
(Art. 263, vierde alinea, VWEU)*

(zie punt 27)

2. *Beroep tot nietigverklaring – Natuurlijke personen of rechtspersonen – Handelingen die hen rechtstreeks en individueel raken – Individueel geraakt – Criteria – Besluit van de Commissie waarbij een concentratie verenigbaar met de interne markt wordt verklaard – Beroep van een onderneming die een concurrent is van de partijen bij de concentratie – Onderneming die niet actief heeft deelgenomen aan de administratieve procedure met betrekking tot de concentratie – Geen bijzondere omstandigheden die erop wijzen dat de marktpositie is aangetast – Niet individueel geraakt – Niet-ontvankelijkheid
(Art. 263, vierde alinea, VWEU)*

(zie punten 28-39, 49, 50, 54, 56-58)

3. *Concentraties van ondernemingen – Beoordeling van de verenigbaarheid met de interne markt – Onderzoek door de Commissie – Uitvoering van een marktonderzoek – Bewijslast voor de verzending van de vragenlijst – Omvang
(Verordening nr. 139/2004 van de Raad, art. 11, lid 7)*

(zie punten 46-48)

Samenvatting

Het beroep van het Duitse gemeentelijke nutsbedrijf enercity tegen de door de Commissie goedgekeurde aanschaf van productieactiva van E.ON door RWE is niet-ontvankelijk ~

Het Gerecht schept duidelijkheid over de nog niet eerder behandelde vraag op wie de bewijslast rust voor de verzending van de vragenlijst die door de Commissie wordt gebruikt om haar marktonderzoek uit te voeren

In maart 2018 hebben de vennootschappen naar Duits recht RWE AG en E.ON SE aangekondigd over te willen gaan tot een ingewikkelde activaruil door drie concentraties tot stand te brengen.

Met de eerste concentratie wilde RWE, een speler die in verschillende Europese landen aanwezig is in de gehele keten van energievoorziening, de uitsluitende of gezamenlijke zeggenschap verkrijgen over bepaalde productieactiva van E.ON, een in verschillende Europese landen actieve elektriciteitsleverancier. Met de tweede concentratie zou E.ON de uitsluitende zeggenschap verkrijgen over de distributie van en detailhandel in energie alsook over bepaalde productieactiva van innogy SE, een dochteronderneming van RWE. Met de derde concentratie zou RWE een belang van 16,67 % in E.ON verkrijgen.

Op 24 juli 2018 heeft het Duitse gemeentelijke nutsbedrijf enercity AG, dat in Duitsland energie opwekt en levert, de Europese Commissie laten weten dat het wilde deelnemen aan de procedure met betrekking tot de eerste twee concentraties en dus de op die concentraties betrekking hebbende documenten wenste te ontvangen.

Nadat de eerste concentratie op 22 januari 2019 bij de Commissie was aangemeld, heeft deze instelling onder meer een marktonderzoek uitgevoerd en hebben sommige ondernemingen een vragenlijst ontvangen. Bij besluit van 26 februari 2019 (hierna: „aangevochten besluit”) heeft de Commissie die concentratie verenigbaar verklaard met de interne markt.¹

Enercity heeft een beroep tot nietigverklaring van dat besluit ingesteld², maar de Vierde kamer (uitgebreid) van het Gerecht heeft het beroep niet-ontvankelijk verklaard omdat het gemeentelijke nutsbedrijf niet individueel wordt geraakt door het aangevochten besluit. Om tot dit oordeel te komen, buigt het Gerecht zich onder meer voor het eerst over de vraag naar de bewijslast voor de verzending van de vragenlijst die door de Commissie wordt gebruikt om haar marktonderzoek uit te voeren.

Beoordeling door het Gerecht

Om te beginnen brengt het Gerecht in herinnering dat volgens artikel 263, vierde alinea, VWEU een natuurlijke of rechtspersoon slechts beroep kan instellen tegen een besluit dat aan een andere persoon gericht is, indien dat besluit hem rechtstreeks en individueel raakt.

¹ Besluit C(2019) 1711 final van de Europese Commissie van 26 februari 2019, waarbij de genoemde concentratie verenigbaar met de interne markt en de EER-Overeenkomst wordt verklaard (zaak M.8871 – RWE/E.ON Assets).

² Net als tien andere ondernemingen. Alle beroepen worden afgewezen omdat zij ofwel niet-ontvankelijk ofwel ongegrond zijn. Zie voor de hele reeks verwante zaken: arresten van 17 mei 2023, EVH/Commissie (T-312/20), Stadtwerke Leipzig/Commissie (T-313/20), GWS Stadtwerke Hameln/Commissie (T-314/20), TEAG/Commissie (T-315/20), Naturstrom/Commissie (T-316/20), EnergieVerbund Dresden/Commissie (T-317/20), eins energie in sachsen/Commissie (T-318/20), GGEW/Commissie (T-319/20), Mainova/Commissie (T-320/20) en Stadtwerke Frankfurt am Main Holding/Commissie (T-322/20).

Het Gerecht wijst erop dat enercity rechtstreeks wordt geraakt door het aangevochten besluit. Doordat de eerste concentratie onmiddellijk tot stand mocht worden gebracht, kon dat besluit ertoe leiden dat de situatie op de betrokken markten onmiddellijk zou veranderen.

Wat de vraag betreft of enercity ook individueel wordt geraakt, brengt het Gerecht in herinnering dat wanneer bij een besluit wordt vastgesteld dat een concentratie verenigbaar is met de interne markt, bij het onderzoek of een niet bij de concentratie betrokken onderneming individueel wordt geraakt, moet worden nagegaan of haar marktpositie is aangetast en of zij aan de administratieve procedure heeft deelgenomen. Wat dit laatste betreft blijkt uit de rechtspraak weliswaar dat de actieve deelname van een niet bij de concentratie betrokken onderneming aan de administratieve procedure een factor is die – samen met andere specifieke omstandigheden – regelmatig in aanmerking wordt genomen om haar beroep tot nietigverklaring ontvankelijk te verklaren, maar dat louter de deelname aan de procedure op zich niet voldoende is om aan te tonen dat die onderneming individueel wordt geraakt.

In deze zaak merkt het Gerecht gelijk op dat niet wordt betwist dat enercity heeft deelgenomen aan de administratieve procedure met betrekking tot de eerste concentratie. Na de in dit verband overgelegde informatie uitvoerig te hebben onderzocht, is het Gerecht echter van oordeel dat wat er is overgelegd niet voldoende is om te kunnen spreken van een „actieve” deelname. Het is meer in het bijzonder van oordeel dat de opmerkingen die enercity heeft gemaakt, wel van enig belang zijn en door de Commissie zijn behandeld, maar niet doorslaggevend zijn geweest bij de beoordeling van de gevolgen van de genoemde concentratie voor de relevante markt.

Hieraan wordt niet afgedaan door het betoog van enercity dat er grotendeels op neerkomt dat de diensten van de Commissie jegens haar niet doortastend hebben gehandeld, zowel wat de verzending van de vragenlijst voor de uitvoering van een marktonderzoek betreft als wat het gevolg betreft dat is gegeven aan haar verzoek om als derde-belanghebbende te worden erkend.

Voor zover enercity stelt die vragenlijst niet te hebben ontvangen, merkt het Gerecht allereerst op dat de Commissie moet bewijzen dat het deze heeft verzonden. Het Gerecht stelt vast dat de Commissie naar aanleiding van een maatregel tot organisatie van de procesgang verschillende bewijzen heeft overgelegd waaruit blijkt dat het document in kwestie naar enercity is verzonden.

Vervolgens gaat het Gerecht in op het argument van enercity dat de vragenlijst was toegezonden aan een verkeerde ontvanger, namelijk haar persvoorlichter, en wijst het erop dat wanneer een dergelijke persoon niet alleen een e-mail, maar ook een fax van een instelling van de Unie ontvangt, redelijkerwijs van hem mag worden verwacht dat hij die instelling zo snel mogelijk op de hoogte brengt van die vergissing. Bovendien was het voor deze persoon ook mogelijk om binnen zijn onderneming de juridische of commerciële afdeling te benaderen en deze te laten weten dat hij die documenten had ontvangen.

En ook al had enercity de ingevulde vragenlijst teruggestuurd, had die terugzending alleen hoe dan ook niet ertoe kunnen leiden dat haar deelname aan de administratieve procedure zou zijn aangemerkt als actief en dat zij individueel zou zijn geraakt als bedoeld in artikel 263, vierde alinea, VWEU.

Ten slotte geeft het Gerecht aan dat, zelfs indien het verzoek van enercity aan de raadadviseur-auditeur om te worden erkend als derde-belanghebbende erop zou wijzen dat zij wilde deelnemen aan de procedure met betrekking tot de genoemde concentratie, ook een dergelijk verzoek niet maakt dat er kan worden gesproken van een „actieve” deelname. Daarvoor is namelijk vereist dat wordt aangetoond dat de betrokken onderneming handelingen heeft verricht die een invloed hadden kunnen hebben op de uitkomst van de procedure in kwestie.

In die omstandigheden blijkt dat enercity niet actief heeft deelgenomen aan de eerste concentratie, zodat het Gerecht – ook rekening houdend met het feit dat er geen bijzondere omstandigheden zijn die erop wijzen dat haar marktpositie is aangetast – van oordeel is dat zij niet individueel wordt geraakt door het aangevochten besluit. Het Gerecht komt dan ook tot de slotsom dat enercity niet heeft aangetoond dat zij procesbevoegdheid heeft, en verklaart om die reden haar beroep niet-ontvankelijk.