



Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
представено на 15 септември 2022 година¹

Дело C-46/21 P

**Агенция на Европейския съюз за сътрудничество между регулаторите на енергия
(ACER)
срещу
Aquind Ltd**

„Обжалване — Енергетика — Регламент (ЕО) № 713/2009 — Решение на ACER, с което се отхвърля искане за освобождаване за нови междусистемни електропроводи — Жалба, подадена пред апелативния съвет на ACER — Функция, състав, правомощия и продължителност в рамките на процедурата пред апелативния съвет на ACER — Интензивност на контрола — Член 17 от Регламент (ЕО) № 714/2009 — Режим на освобождаване за нови междусистемни електропроводи — Член 12 от Регламент (ЕО) № 347/2013 — Общ режим на финансиране на транснационалната енергийна инфраструктура — Финансиране на проекти от общ интерес — Трансгранично разпределение на разходите“

1. Това производство по обжалване дава възможност на Съда да се произнесе по интензивността на контрола, който апелативните съвети на агенциите на Съюза трябва да упражняват при произнасянето по подадените пред тях жалби.
2. По-конкретно Съдът трябва да потвърди или да отхвърли критерия на Общия съд, който в настоящем разглежданото решение² е изискал от апелативния съвет на Агенцията за сътрудничество между регулаторите на енергия (наричана по-нататък „ACER“)³ да извърши преценка на решенията на агенцията, излизаща извън рамките на проверка за наличието на явни грешки в тях.
3. Въпреки вече установената съдебна практика относно правомощията на апелативните състави и на отделенията по жалбите на други органи като Службата на Европейския съюз за интелектуална собственост (EUIPO) и Службата на Общността за сортовете растения

¹ Език на оригиналния текст: испански.

² Решение от 18 ноември 2020 г., Aquind/ACER (T-735/18, EU:T:2020:542). Наричано по-нататък „обжалваното съдебно решение“.

³ Правният режим на Агенцията е уреден в Регламент (ЕО) № 713/2009 на Европейския парламент и на Съвета от 13 юли 2009 година за създаване на Агенция за сътрудничество между регулаторите на енергия (ОВ L 211, 2009 г., стр. 1). Този регламент е отменен с Регламент (ЕС) 2019/942 на Европейския парламент и на Съвета от 5 юни 2019 година за създаване на Агенция на Европейския съюз за сътрудничество между регулаторите на енергия (ОВ L 158, 2019 г., стр. 22).

(CPVO), такава практика липсва по отношение на споровете пред другите апелативни съвети, чиито решения все по-често са предмет на разглеждане пред Общия съд⁴. Оттам и значението на това производство по обжалване⁵.

4. В основата на спора е решение на ACER (№ 05/2018), с което се отказва освобождаване от някои задължения, наложени от правилата за либерализация на пазара на електроенергия, за изграждането на инфраструктура, свързваща британската и френската електропреносна система.

5. В това решение (впоследствие потвърдено от апелативния съвет на ACER с решение A-001-2018) е приложен член 17, параграф 1 от Регламент (ЕО) № 714/2009⁶ във връзка с общия режим на финансиране на енергийната инфраструктура, предвиден в член 12 от Регламент (ЕС) № 347/2013⁷.

I. Правна уредба

A. Регламент № 713/2009

6. Член 19⁸ предвижда:

„1. Всяко физическо или юридическо лице, включително националните регулаторни органи, може да обжалва решение, посочено в членове 7, 8 или 9, на което то е адресат, както и всяко решение, което, макар и под формата на адресирано към друго лице решение, го засяга пряко и лично.

[...]

4. Ако жалбата е допустима, Апелативният съвет проверява дали тя е основателна. Той приканва толкова често, колкото е необходимо, страните в производството по обжалване да представят в определен срок забележки по направените от него уведомления или по съобщения от другите страни в процедурата по обжалване. Страните в производството по обжалване имат право на устни изказвания.

5. В съответствие с настоящия член Апелативният съвет може да упражнява всяко от правомощията, които са от компетентността на Агенцията или да отнесе случая до компетентния орган на Агенцията. Последната е обвързана от решението на Апелативния съвет.

⁴ Относно апелативния съвет на Европейската агенция по химикалите (ЕЧА) вж. решения на Общия съд от 20 септември 2019 г., BASF Grenzach/ЕЧА (Т-125/17, ЕУ:Т:2019:638) и Германия/ЕЧА (Т-755/17, ЕУ:Т:2019:647).

⁵ Вж. подробния анализ в доктрината, съдържащ се в труда на *Chamon, M., Volpato, A. et Eliantonio, M. (ed.): Boards of Appeal of EU Agencies: Towards Judicialization of Administrative Review?* Oxford University Press, 2022.

⁶ Регламент на Европейския парламент и на Съвета от 13 юли 2009 година относно условията за достъп до мрежата за трансграничен обмен на електроенергия и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1228/2003 (ОВ L 211, 2009 г., стр. 15).

⁷ Регламент на Европейския парламент и на Съвета от 17 април 2013 година относно указания за трансевропейската енергийна инфраструктура и за отмяна на Решение № 1364/2006/ЕО, както и за изменение на регламенти (ЕО) № 713/2009, (ЕО) № 714/2009 и (ЕО) № 715/2009 (ОВ L 115, 2013 г., стр. 39). Той е известен като Регламента относно трансевропейските мрежи за енергия (наричан по-нататък „Регламентът ТЕМ-Е“).

⁸ Възпроизвеждам посочения член в редакцията, която е в сила към момента на спора. Съответстващият му член в Регламент 2019/942 е член 28, параграф 5, съгласно който „[а]пелативният съвет може да потвърди решението или да отнесе случая до компетентния орган на ACER. Последната е обвързана от решението на Апелативния съвет“.

[...]

7. В член 20, параграф 1 се посочва:

„Решение, което е взето от Апелативния съвет или — когато той няма право да се произнеса — от Агенцията, може да бъде оспорено пред Първоинстанционния съд или пред Съда на Европейските общности в съответствие с член 230 от Договора“.

Б. Регламент № 714/2009

8. Член 17 гласи:

„1. При поискване и за ограничен период от време новите междусистемни електропроводи за прав ток може да бъдат освободени от разпоредбите на член 16, параграф 6 от настоящия регламент и членове 9 и 32 и член 37, параграфи 6 и 10 от Директива 2009/72/ЕО^[9] при следните условия:

- а) инвестициите трябва да засилват конкуренцията при доставката на електроенергия;
- б) степента на риск, свързан с инвестициите, е такава, че инвестициите няма да бъдат осъществени, ако не бъде предоставено такова освобождаване;
- в) междусистемният електропровод трябва да бъде собственост на физическо или юридическо лице, което е отделно поне по отношение на правната си форма от системните оператори, в рамките на чиито системи ще бъде изграден междусистемният електропровод;
- г) таксите се начисляват на ползвателите на този междусистемен електропровод;
- д) след частичното отваряне на пазара, посочено в член 19 от Директива 96/92/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 19 декември 1996 година относно общите правила за вътрешния пазар на електроенергия [(ОВ L 27, 1997 г., стр. 20)], нито една част от капиталовите или оперативните разходи за междусистемния електропровод не е възвърната от който и да било елемент от таксите за използване на преносните или разпределителните мрежи, свързани чрез междусистемния електропровод; и
- е) освобождаването не трябва да е във вреда на конкуренцията и ефективното функциониране на вътрешния пазар на електроенергия или на ефективното функциониране на регулираната система, към която е свързан междусистемният електропровод.

[...]

4. Решението за освобождаване съгласно параграфи 1, 2 и 3 се взема за всеки отделен случай от регулаторните органи на съответните държави членки. Освобождаването може да покрива целия или част от капацитета на новия междусистемен електропровод или на съществуващия междусистемен електропровод със значително увеличен капацитет.

⁹ Директива на Европейския парламент и на Съвета от 13 юли 2009 година относно общите правила за вътрешния пазар на електроенергия и за отмяна на Директива 2003/54/ЕО (ОВ L 211, 2009 г., стр. 55).

В срок от два месеца от датата, на която искането за освобождаване е получено от последния от съответните регулаторни органи, Агенцията може да даде консултативно становище на тези регулаторни органи, което може да служи като основа за вземането на тяхното решение.

При вземане на решение за предоставяне на освобождаване за всеки отделен случай се отчита нуждата от налагане на условия, свързани със срока на освобождаване и недискриминационния достъп до междусистемния електропровод. При вземането на решение за тези условия по-специално се обръща внимание на допълнителния капацитет, който ще бъде изграден, или на промяната на съществуващия капацитет, времевата рамка на проекта и националните обстоятелства.

Преди да предоставят освобождаване, регулаторните органи на съответните държави членки определят правилата и механизмите за управление и разпределяне на капацитета. Правилата за управление на претоварването включват задължение за предлагане на неизползван капацитет на пазара, а лицата, използващи съоръженията, са оправомощени да търгуват с договорения си капацитет на вторичния пазар. При оценяването на критериите, посочени в параграф 1, букви а), б) и е), се вземат предвид резултатите от процедурата за разпределяне на капацитет.

Когато всички съответни регулаторни органи постигнат споразумение относно решението за освобождаване в шестмесечен срок, те информират Агенцията за това решение.

Решението за освобождаване, включително посочените във втората алинея от настоящия параграф условия, са надлежно обосновани и се публикуват.

5. Решението, посочено в параграф 4, се взема от Агенцията:

- а) когато всички съответни регулаторни органи не са постигнали споразумение в срок от шест месеца от датата, на която е поискано освобождаване от последния от тези регулаторни органи; или
- б) при съвместно искане от съответните регулаторни органи.

Преди да вземе такова решение, Агенцията се консултира със съответните регулаторни органи и кандидатите.

[...]“.

В. Регламентът ТЕМ-Е

9. Член 12 гласи:

„1. Ефективно направените инвестиционни разходи, с изключение на разходите за поддръжка, свързани с проект от общ интерес, попадащ в категориите от приложение II, точка 1, букви а), б) и г) и точка 2, се поемат от съответните ОПС или от организаторите на проекта на енергопреносната инфраструктура на държавите членки, на които проектът осигурява нетно положително въздействие, и доколкото не се покриват от такси за претоварване или други такси, се заплащат от ползвателите на мрежата посредством тарифите за достъп до мрежата в същите държави членки.

2. За проект от общ интерес, попадащ в категориите, определени в приложение II, точка 1, буква а), б) и г) и точка 2, параграф 1 се прилага само ако най-малко един организатор на проект поиска от съответните национални органи да приложат този член за всички части на разходите по проекта. За проект от общ интерес, попадащ в категориите, определени в приложение II, точка 2, параграф 1 се прилага само ако вече е извършена оценка на търсенето на пазара и тя показва, че не се очаква ефективно направените инвестиционни разходи да бъдат покрити от тарифите.

[...]

3. В случай на проект от общ интерес, за който се прилага параграф 1, организаторите редовно информират всички заинтересовани национални регулаторни органи най-малко веднъж годишно и до пускането в експлоатация на проекта относно напредъка на проекта и определянето на съответните разходи и въздействия.

Веднага след като такъв проект достигне достатъчна степен на зрялост, организаторите на проекта, след консултации с ОПС от държавите членки, на които проектът осигурява значително положително нетно въздействие, подават инвестиционно искане. Това инвестиционно искане включва искане за трансгранично разпределение на разходите и се изпраща на всички заинтересовани национални регулаторни органи, съпроводено от следната документация:

- а) анализ на разходите и ползите за конкретния проект, съставен въз основа на методиката, изготвена съгласно член 11, и отчитащ ползите извън границите на съответната държава членка;
- б) бизнес план за оценка на финансовата жизнеспособност на проекта, включващ избрания вариант за финансиране, и в случай на проект от общ интерес, попадащ в категориите от приложение II, точка 2, резултатите от изпробване на реакцията на пазара; и
- в) ако организаторите на проекта се споразумеят, обосновано предложение за трансгранично разпределение на разходите.

[...]

4. В рамките на шест месеца от датата, на която последното инвестиционно искане е получено от съответния национален регулаторен орган, националните регулаторни органи, след като проведат консултация със съответните организатори на проекти, вземат координирани решения относно разпределянето на инвестиционните разходи за проекта, които ще бъдат поети от всеки системен оператор, както и за включването на тези разходи в тарифите. Националните регулаторни органи могат да решат да разпределят само част от разходите или могат да решат да разпределят разходи за пакет от няколко проекта от общ интерес.

[...]

5. При определянето или одобряването на тарифи съгласно член 37, параграф 1, буква а) от Директива [2009/72] и член 41, параграф 1, буква а) от Директива 2009/73/ЕО^[10],

¹⁰ Директива на Европейския парламент и на Съвета от 13 юли 2009 година относно общите правила за вътрешния пазар на природен газ и за отмяна на Директива 2003/55/ЕО (ОВ L 211, 2009 г., стр. 94)

националните регулаторни органи, въз основа на трансграничното разпределение на разходите, посочено в параграф 4 от настоящия член, вземат под внимание действителните разходи, поемани от ОПС или от друг организатор на проект, произтичащи от инвестициите, доколкото тези разходи съответстват на разходите, които би имал един ефективно работещ оператор с подобна структура.

Регулаторните органи незабавно уведомят Агенцията за разпределението на разходите, като приложат към уведомлението цялата информация във връзка с решението. [...]

[...]

Решението за разпределение на разходите се публикува.

6. Ако съответните национални регулаторни органи не успеят да постигнат съгласие относно инвестиционното искане в рамките на шест месеца от датата на получаване на искането от последния съответен национален регулаторен орган, те незабавно информират Агенцията.

В такъв случай или ако бъде подадено съвместно искане от съответните национални регулаторни органи, решението по инвестиционното искане, включително относно трансграничното разпределение на разходите по параграф 3, както и относно начина на отразяване на инвестиционните разходи в тарифите, се взема от Агенцията в рамките на три месеца от датата, на която въпросът е повдигнат пред Агенцията.

[...]“.

II. Обстоятелствата по спора и обжалваното съдебно решение

10. Обстоятелствата по спора са изложени в точки 1—13 от обжалваното съдебно решение. От тях ще отбележа следните:

- Aquind Ltd — акционерно дружество, учредено в Обединеното кралство — е организатор на проект за междусистемен електропровод (наричан по-нататък „междусистемният електропровод Aquind“), свързващ британската и френската електропреносна система,
- на 17 май 2017 г. Aquind подава искане за освобождаване за междусистемния електропровод Aquind до френския и до британския национален регулаторен орган (наричани по-нататък „НРО“),
- тъй като двата органа не постигат съгласие по искането за освобождаване, те го изпращат, съответно на 29 ноември и на 19 декември 2017 г., на ACER, за да може самата тя да вземе решение,
- на 26 април 2018 г. междусистемният електропровод Aquind получава статут на проект от общ интерес,
- с решение № 05/2018 от 19 юни 2018 г. ACER отхвърля искането за освобождаване,

- според ACER, макар Aquind да отговаря на необходимите условия за получаване на освобождаване, изброени в член 17, параграф 1, букви а) и в)—е) от Регламент № 714/2009, не е изпълнено условието, предвидено в буква б) от същата разпоредба,
- по-конкретно ACER отбелязва, че през април 2018 г. междусистемният електропровод Aquind е получил статут на проект от общ интерес и че на това основание дружеството Aquind е можело да поиска прилагането на член 12 от Регламент ТЕМ-Е, който предвижда възможност за трансгранично разпределяне на разходите, но не го е направило,
- ACER приема, че не може да се изключи възможността за междусистемния електропровод Aquind да е било налице право на финансова помощ, предвидена в регулирания режим. Поради това не може да се установи с необходимата сигурност наличието на риск, основан на липсата на финансово подпомагане посредством регулирания режим,
- освен това ACER приема, че свързаният с приходите риск, свързаният с пазара извънреден риск, рискът, свързан с пряката конкуренция с другите междусистемни връзки, и несигурността относно приходите от претоварване, рискът от прекъсване в британската мрежа, рискът, свързан с изграждането на междусистемния електропровод Aquind, както и свързаните по-специално с Брексит политически и макроикономически рискове, не са достатъчни или не са доказани,
- на 17 август 2018 г. Aquind обжалва решението на ACER пред апелативния съвет, който го потвърждава с решение А-001-2018 от 17 октомври.

11. Aquind подава жалба пред Общия съд за отмяна на решението на апелативния съвет (дело Т-735/18).

12. В обжалваното съдебно решение Общият съд уважава четвъртото и деветото основание от жалбата на Aquind и вследствие на това отменя решението на апелативния съвет. Той отхвърля жалбата в останалата ѝ част и осъжда ACER да заплати съдебните разноски.

13. На 27 януари 2021 г. ACER подава настоящата жалба¹¹. От своя страна на 17 април 2021 г. Aquind подава насрещна жалба срещу обжалваното съдебно решение.

14. След постановяването на обжалваното съдебно решение, на 5 февруари 2021 г. апелативният съвет решава да възобнови производството и приема за недопустима подадената от Aquind жалба¹².

¹¹ В същия ден ACER подава и молба за постановяване на временни мерки за спиране на изпълнението на обжалваното съдебно решение, изтъквайки риска, който би произтекъл от него за правото на Съюза и за вътрешния енергиен пазар. Заместник-председателят на Съда отхвърля молбата с определение от 16 юли 2021 г., ACER/Aquind (C-46/21 P-R, EU:C:2021:633), тъй като твърдяната сериозна и непоправима вреда е отпаднала и е станала хипотетична в момента, в който апелативният съвет е приел жалбата на Aquind за недопустима с решение А-001-2018_R от 4 юни 2021 г.

¹² Решение А-001-2018_R от 4 юни 2021 г. В него апелативният съвет посочва, че оттеглянето на Обединеното кралство от Съюза не позволява прилагането на Регламент № 714/2009 и Регламент ТЕМ-Е за нови междусистемни електроенергийни връзки между Обединеното кралство и държава — членка на Съюза. Срещу това решение Aquind подава пред Общия съд жалба за отмяна по дело Т-492/21, което е все още висящо.

15. Освен това през август и септември 2019 г. Aquind подава искане за трансгранично разпределяне на разходите пред НРО на Франция, Обединеното кралство, Испания и Германия. Производството по искането е спряно, след като междусистемният електропровод Aquind отпада от списъка на проектите от общ интерес съгласно Делегиран регламент (ЕС) 2020/389¹³.

16. На 29 май и на 2 юни 2020 г. Aquind подава второ искане за частично освобождаване¹⁴ за срок от 25 години за междусистемния електропровод Aquind пред френския и пред британския НРО. На 27 януари 2021 г. двата органа обявяват, че не могат да приемат искането след влизането в сила на Споразумението за търговия и сътрудничество между Европейския съюз и Обединеното кралство вследствие на Брексит.

III. Исканията на страните

17. ACER иска от Съда:

- да отмени изцяло или частично обжалваното съдебно решение,
- ако прецени, че фазата на производството го позволява, да отхвърли жалбата по първоинстанционното производство като неоснователна,
- при условията на евентуалност да върне делото на Общия съд, който да реши спора в съответствие с решението на Съда,
- да осъди Aquind да понесе съдебните разноски, направени в производството пред Съда и в това пред Общия съд.

18. Aquind иска от Съда:

- да отхвърли подадената от ACER жалба,
- ако уважи някои от доводите на ACER, да отхвърли жалбата предвид останалите посочени от Aquind основания, включително, когато е приложимо, доводите, изтъкнати в отхвърлените от Общия съд основания,
- ако не потвърди обжалваното съдебно решение, да отмени решението на апелативния съвет предвид останалите основания, посочени от Aquind пред Общия съд,
- да осъди ACER да понесе съдебните разноски.

¹³ Делегиран регламент на Комисията от 31 октомври 2019 година за изменение на Регламент (ЕС) № 347/2013 на Европейския парламент и на Съвета относно указания за трансевропейската енергийна инфраструктура по отношение на списъка на Съюза на проекти от общ интерес (ОВ L 74, 2020 г., стр. 1). На 21 май 2020 г. Aquind подава жалба за отмяна на този делегиран регламент, която е висяща пред Общия съд (дело T-295/20, Aquind и др./Комисия). Преди това Aquind обжалва регламента преди публикуването му, но жалбата му е отхвърлена като недопустима с определение на Общия съд от 5 март 2021 г., Aquind и др./Комисия (T-885/19, EU:T:2021:118), потвърдено в производство по обжалване с решение на Съда от 1 август 2022 г. Aquind и др./Комисия, (C-310/21 P, EU:C:2022:615).

¹⁴ Само за задълженията по член 19, параграфи 2 и 3 от Регламент (ЕС) 2019/943 на Европейския парламент и на Съвета от 5 юни 2019 година относно вътрешния пазар на електроенергия (ОВ L 158, 2019 г., стр. 54).

19. Освен това Aquind подава насрещна жалба, с която иска от Съда:

- да отмени обявяването за недопустими на третото и четвъртото основание, посочени от Aquind пред Общия съд,
- да отмени отхвърлянето на първото, петото, шестото, седмото и осмото основание, посочени от Aquind пред Общия съд,
- да вземе предвид доводите, изложени в рамките на посочените от Aquind основания в настоящата жалба, в подкрепа на неговото искане за потвърждаване на обжалваното съдебно решение,
- с оглед на изложеното да отмени решението на апелативния съвет на ACER предвид основанията, посочени в жалбата на Aquind пред Общия съд.

20. В отговор на насрещната жалба ACER иска от Съда:

- да я отхвърли изцяло,
- да осъди Aquind да понесе, наред с направените от него съдебни разноски, и тези на ACER.

IV. Жалбата на ACER пред Съда. Предварителни бележки.

21. Накратко, ACER твърди, че в обжалваното съдебно решение са допуснати две грешки при прилагане на правото, отнасящи се до:

- интензивността на упражнявания от апелативния съвет контрол, както най-общо, така и във връзка с настоящото дело, по отношение на преценки със сложен икономически или технически характер,
- тълкуването на член 17, параграф 1, буква б) от Регламент № 714/2009.

22. По-долу ще предложи да се отхвърли първото от двете основания на ACER за обжалване, което предполага да се потвърди обжалваното съдебно решение в частта, в която се отменя решението на апелативния съвет.

23. При това положение може да изглежда, че не е необходимо да се разглежда второто основание на ACER за обжалване, тъй като решението на апелативния съвет е отменено в неговата цялост.

24. Въпреки това ще го разгледам и ще предложи да се уважи второто основание на ACER за обжалване, с последващата отмяна на обжалваното съдебно решение само по отношение на връзката между член 17 от Регламент № 714/2009 и общия режим на финансиране, предвиден в член 12 от Регламент TEM-E.

25. Считаю за необходимо Съдът да се произнесе по второто основание за обжалване, тъй като в противен случай би се потвърдила тезата на Общия съд (която ми се струва погрешна) относно връзката между посочените по-горе два регламента. Ако тази теза бъде възприета без изменение, тя би могла да се счете като обвързваща за ACER и нейния апелативен съвет.

26. В действителност не е било необходимо Общият съд¹⁵ да разглежда четвъртото основание за отмяна, след като е прието първото, което само по себе си обезсилва решението на апелативния съвет. Тъй като този съд не се произнася по първото основание, той установява практика, която според мен излиза извън рамките на *obiter dictum* и не е в съответствие с правото.

V. Първо основание на ACER за обжалване: интензивност на контрола, който апелативният съвет упражнява върху сложните преценки от техническо и икономическо естество

A. Обжалвано съдебно решение

27. Общият съд разглежда „застъпвания[...] от ACER подход, а именно че контролът, който апелативният съвет упражнява върху сложните преценки от техническо и икономическо естество, може да бъде еквивалентен на ограничения съдебен контрол, упражняван от съда на Съюза“ (т. 49 от обжалваното съдебно решение), и го отхвърля.

28. Накратко, подходът се отхвърля въз основа на четири вида съображения:

- апелативният съвет е създаден в контекста на инициатива, която има за цел да предвиди механизъм за обжалване на решенията на агенциите по сложни технически, научни или икономически въпроси, засягащи пряко правното положение на съответните страни. Последните разполагат с това средство за защита в контекст, в който контролът на съда на Съюза се свежда до проверка дали упражняването на правото на преценка не е опорочено от явна грешка или от злоупотреба с власт¹⁶,
- разпоредбите, които се отнасят до организацията и правомощията на апелативния съвет показват, че той не е създаден, „за да извършва само ограничен контрол по отношение на сложните преценки от техническо и икономическо естество“. Този извод следва: а) от квалификацията на неговите членове; б) от правомощията на апелативния съвет, предоставени му с член 19, параграф 5 от Регламент № 713/2009; в) от тълкуването на член 20 от посочения регламент¹⁷,
- организационните и процедурните правила, приети от ACER съгласно член 19, параграф 6 от Регламент № 713/2009, потвърждават намерението да се възложи на апелативния съвет „задачата да упражнява контрол върху решението на Агенцията с интензивност, която не може да бъде сведена до тази на ограничения контрол“¹⁸,

¹⁵ В точка 91 от обжалваното съдебно решение се посочва: „При това положение *по причини, свързани с доброто правораздаване*, Общият съд счита, че трябва да разгледа четвъртото основание — неправилно тълкуване на съществуващата връзка между член 17, параграф 1 от Регламент № 714/2009 и член 12 от Регламент [ТЕМ-Е]“. Курсивът е мой.

¹⁶ Обжалваното съдебно решение, точка 51.

¹⁷ Обжалваното съдебно решение, точки 52—58.

¹⁸ Обжалваното съдебно решение, точки 59—60.

- Общият съд вече е постановил (във връзка с апелативния съвет на ЕСНА), че „[...] би било в противоречие със самото им естество създадените в рамките на агенциите апелативни органи да упражняват ограничения контрол, запазен за юрисдикциите на Съюза“. Доводите относно неприложимостта на тази съдебна практика за апелативния съвет на ACER (поради различния състав и правомощията на единия и на другия съвет) не могат да се приемат¹⁹.

Б. Доводи на страните в производството по жалбата на ACER пред Съда

29. Според ACER Общият съд е допуснал няколко грешки при прилагане на правото, що се отнася до целта на апелативния съвет, неговата организация и неговите правомощия, с оглед на контекста, в който изпълнява задачите си.

30. Aquind оспорва съответните доводи на ACER и счита за правилна тезата на Общия съд относно изисквания от апелативния съвет пълнен, а не ограничен контрол за проверка за наличието на явна грешка в преценката.

31. Ще изложи доводите на ACER в подкрепа на първото основание за обжалване.

1. Относно целта

32. Общият съд допуска грешка при прилагане на правото и нарушава принципите на разделение на властите и на лоялно сътрудничество, закрепени в член 13, параграф 2 ДЕС, доколкото не отчита целта за провеждането на бърза и опростена процедура по обжалване пред апелативния съвет, както е предвидено в съображение 19 от Регламент № 713/2009.

33. Обратно, Общият съд отдал предпочитание на посочена от самия него цел, основана на възприятието за предполагаема „инициатива“ на законодателя на Съюза.

2. Относно контекста, в който действа апелативният съвет

34. Общият съд допуска грешка при прилагане на правото, като посочва, че разпоредбите относно организацията и правомощията на апелативния съвет показват, че интензивността на упражнявания от него контрол върху сложни преценки от техническо и икономическо естество не може да бъде сведена до проверка за наличието на явни грешки в преценката (т. 52—82 от обжалваното съдебно решение). Грешката се изразява в следното:

- що се отнася до състава на апелативния съвет, Общият съд неправилно го приравнява на този на ЕСНА (по-специално т. 53 и 61 от обжалваното съдебно решение),
- освен това Общият съд неправилно приема, че изборът на членовете на апелативния съвет, „които имат съответен опит в енергийния сектор“, означава, че намерението на законодателя на Съюза е било да снабди апелативния съвет с необходимата експертиза, за да може самият той да извършва преценки на свързани с енергетиката сложни фактически обстоятелства от техническо и икономическо естество (т. 53, 65 и 69 от обжалваното съдебно решение),

¹⁹ Обжалваното съдебно решение, точки 61—70.

- Общият съд неправилно счита, че продължителността на процедурата и ограничените ресурси на апелативния съвет не обосновават упражняването на ограничен контрол върху сложните преценки от техническо и икономическо естество (т. 66 и 73—82 от обжалваното съдебно решение)²⁰. Това становище не би било в съответствие с принципите на институционалното равновесие и на разделението на властите, тъй като ACER не може самостоятелно да увеличава човешките и финансовите си ресурси,
- Общият съд неправилно тълкува член 19, параграф 5 от Регламент № 713/2009 (т. 54, 55, 59 и 60 от обжалваното съдебно решение). Тази разпоредба, която далеч не обосновава упражняването на пълен контрол от страна на апелативния съвет, се отнася единствено до възможността решенията на ACER да бъдат отменени и заменени с решенията на апелативния съвет или случаят да бъде отнесен до ACER, но не посочва нищо относно интензивността на контрола, упражняван от апелативния съвет,
- Общият съд допуска още една грешка в точки 57, 58 и 60 от обжалваното съдебно решение, тъй като член 19, параграф 1 и член 20 от Регламент № 713/2009 не са пречка апелативният съвет да извършва ограничен контрол. Според ACER във всички случаи Общият съд може да осъществява пълен съдебен контрол върху решенията на апелативния съвет дори когато последните са резултат от ограничен контрол.

3. При условията на евентуалност

35. При условията на евентуалност ACER изтъква, че дори да се приеме (*quod non*), че апелативният съвет е трябвало да упражни пълен контрол върху нейните решения, когато са свързани със сложни преценки от техническо и икономическо естество, Общият съд неправилно е приел (т. 83—90 от обжалваното съдебно решение), че в случая апелативният съвет не е осъществил такъв пълен контрол.

В. Преценка

36. Съдът трябва да установи дали Общият съд е преценил правилно, или е допуснал грешка при прилагане на правото, като е приел, че апелативният съвет е трябвало да упражни пълен контрол върху решението на ACER съгласно предоставените му с Регламент № 713/2009 правомощия.

37. ACER твърди и продължава да поддържа, че апелативният съвет трябва да извършва само ограничен контрол, сведен до проверка за явни грешки в преценката по отношение на сложните решения от техническо и икономическо естество.

38. Според мен даденото от Общия съд тълкуване е правилно. Неговият прочит на членове 19 и 20 от Регламент № 713/2009 ми изглежда съвсем правилен.

39. Това схващане се подкрепя от самата функция на апелативния съвет и се потвърждава от други обстоятелства (които най-малкото не са в противоречие с него), отнасящи се до неговия състав, неговите правомощия, продължителността на процедурата и сравняването му с апелативните съвети на други агенции на Съюза.

²⁰ В точка 66 от обжалваното съдебно решение се посочва, че „[...] ACER трябва да предприеме всички вътрешни организационни мерки, необходими за мобилизиране на средствата, с които разполага, за да изпълни своите цели, както са определени в Регламент № 713/2009“.

1. Функция и цели на апелативния състав

40. През последните години се наблюдава като явление „агенцификация“ на администрацията на Съюза²¹. В рамките на този процес към агенциите се създават апелативни съвети с компетентност за приемане на правни актове, които имат отражение върху правното положение на частноправните субекти. ACER постепенно придобива ограничени правомощия и компетентност за вземане на решения, които имат отражение върху правното положение на частноправните субекти, въпреки че основната ѝ функция е да координира дейността на НРО в областта на енергетиката²². Това обстоятелство обяснява първоначалната конфигурация на нейния апелативен съвет.

41. По-конкретно, ако изчисленията ми са верни, са създадени осем такива съвета²³, които не се подчиняват на един-единствен модел²⁴ и се различават по своята структура, функциониране и правомощия. Въпреки това те имат някои общи характеристики²⁵:

- те са вътрешни за агенциите органи за преразглеждане на по административен ред, които се ползват с известна независимост. Те нямат правораздавателен характер, въпреки че упражняват квазисъдебни функции в рамките на състезателни процедури,
- те се състоят от членове с юридическа и техническа квалификация, което повишава способността им да се произнасят по жалби срещу решения, които обикновено имат техническо съдържание в значителна степен,
- те могат да бъдат сезирани с жалби от адресатите на решенията на агенциите, както и от физическите и юридическите лица, които са пряко и лично засегнати от тези решения,
- те упражняват контрол върху решения, които пораждат действие спрямо трети лица и по отношение на които им е предоставена компетентност с акта на вторичното право за създаване на апелативните съвети. Следователно обхватът на тяхната компетентност е ограничен,

²¹ *Everson, M., Monda, C. et Vos, E. (ed.). European Agencies in Between Institutions and Member States. Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2014. Chamon, M. EU Agencies: Legal and Political Limits to the Transformation of the EU Administration. Oxford University Press, 2016, Alberti, J. Le agenzie dell'Unione europea. Giuffrè, Milano, 2018, Vos, E. EU Agencies, Common Approach and Parliamentary Scrutiny. European Parliament, 2018.*

²² Вж. анализа на *Tovo, C. The Boards of Appeal of Networked Services Agencies: Specialized Arbitrators of Transnational Regulatory Conflicts? — In: Chamon, M.; Volpato, A et Eliantonio, M., op. cit., 36—40, както и Jankovich, K. La réforme de l'Agence de l'Union européenne pour la coopération des régulateurs de l'énergie: une évolution sans révolution. — Revue du droit de l'Union européenne, 2019, No 3, 69—85.*

²³ Към Службата на Европейския съюз за интелектуална собственост (EUIPO), Службата на Общността за сортовете растения (CPVO), Европейската агенция за авиационна безопасност (ЕААБ), Европейската агенция по химикали (ЕСНА), Агенцията за сътрудничество между регулаторите на енергия (ACER), Единния съвет за реструктуриране (ЕСП), Агенцията за железопътен транспорт на Европейския съюз (ЕРА) и трите европейски надзорни органа (Европейски банков орган (ЕБО), Европейски орган за ценни книжа и пазари (ЕОЦКП) и Европейски орган за застраховане и професионално пенсионно осигуряване (ЕОЗППО), които имат общ апелативен съвет.

²⁴ В точка 21 от Съвместна декларация и общ подход (Парламент, Съвет и Комисия) от 2012 г., <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11450-2012-INIT/en/pdf>, се посочва само независимостта и непристрастността на членовете на апелативните съвети.

²⁵ Сред обширната библиография относно апелативните съвети на агенциите вж. публикациите в колективния труд на *Chamon, M., Volpato, A et Eliantonio, M., op. cit., Chirulli, P. Non-Judicial Remedies and EU Administration Protection of Rights versus Preservation of Autonomy. Routledge, 2021, De Lucia, L. Specialized Adjudication in EU Administrative Law: the Boards of Appeal of EU Agencies. — European Law Review, 2015, 832—857.*

– те представляват експедитивен, бърз, достъпен, специализиран и нескъп механизъм за защита на правата на адресатите на решенията на агенциите и на лицата, които са засегнати от тези решения.

42. Значението на някои от тези апелативни съвети е косвено подсилено с въвеждането на член 58а в Статута на Съда на Европейския съюз²⁶.

43. Съгласно посочения член жалба срещу решение на Общия съд, което се отнася до решение на апелативен съвет²⁷, се допуска при доказване на нейното значение за единството, съгласуваността или развитието на правото на Съюза²⁸.

44. Споделям съображенията на Общия съд (в т. 51 от обжалваното съдебно решение), че апелативният съвет на ACER е създаден в контекста на инициатива, на която законодателят на Съюза отдава предпочитание и която има за цел да въведе „апелативен орган“ в рамките на агенциите на Съюза, когато са им предоставени правомощия да вземат решения по сложни технически или научни въпроси, засягащи пряко правното положение на съответните страни.

45. Както твърди Общият съд, „системата на апелативни органи е подходящо средство за защита на правата на [съответните] страни в контекст, в който [...] контролът на съда на Съюза трябва да се сведе до проверка дали упражняването на широкото право на преценка на сложни фактически обстоятелства от научно, техническо и икономическо естество не е опорочено от явна грешка [...]“²⁹.

46. Всъщност считам, че не би имало голям смисъл при действия, които се характеризират с техническа и икономическа сложност на разглежданите от дадена агенция случаи, в рамките на тази агенция да бъде създаван апелативен орган, който не е в състояние да прецени именно техническите и икономическите аспекти на решенията на агенцията.

47. Несъмнено контролът от страна на съда на Съюза трябва да се сведе до проверка дали упражняването на широкото право на преценка на сложни фактически обстоятелства от научно, техническо и икономическо естество не е опорочено от явна грешка или от злоупотреба с власт. Но този вече осъществяван от Общия съд контрол не е контролът, който трябва да упражнява апелативният съвет, чиято специализация му позволява, както ще отбележа по-нататък, да разгледа в дълбочина посочените аспекти и да направи изчерпателна преценка на всички подробности в оспорваното решение³⁰.

²⁶ Регламент (ЕС) 2019/629 на Европейския парламент и на Съвета от 17 април 2019 година за изменение на Протокол № 3 относно статута на Съда на Европейския съюз (ОВ L 111, 2019 г., стр. 1).

²⁷ По-конкретно, апелативните съвети на EUIPO, CPVO, ECHA, EAAБ и създадените след 1 май 2019 г. в рамките на която и да е друга служба или агенция на Съюза.

²⁸ Не е изключено в бъдеще механизмът за допускане на обжалване да обхваща и решенията на Общия съд, които на свой ред са постановени по решения на апелативните съвети на други агенции, чието положение може да се приравни на това на посочените в член 58а от Статута на Съда. Съставът на апелативния съвет на ACER може да се приравни на този на апелативните съвети на агенциите, упоменати в посочения член. Вж. *De Lucia*, L. The Shifting State of Rights Protection vis-à-vis EU Agencies: a Look at Article 58a of the Statute of the Court of Justice of the European Union. — *European Law Review*, 2019, 812—816.

²⁹ Точка 51 от обжалваното съдебно решение.

³⁰ Вж. в този смисъл *Tovo*, С.: „the added value of BoAs with respect to the proper functioning of the EU system of legal remedies, however, resides precisely in guaranteeing an in-depth control of the merits of the decisions of the agencies, which, as atypical implementing acts of a technical nature, are necessarily subject to a limited judicial review before the CJEU“ (In: *Tovo*, С. The Boards of Appeal of Networked Services Agencies: Specialized Arbitrators of Transnational Regulatory Conflicts? — In: *Chamon*, М., *Volpato*, А et *Eliantonio*, М., op. cit., p. 55).

48. Поради това считам, че по принцип функцията на създадените в рамките на агенциите апелативни органи, що се отнася до контрола върху сложните решения на агенциите, не може да бъде приравнена на функцията на юрисдикциите на Съюза. В противен случай създаването на апелативните съвети би довело до припокриване на дейности, а именно до излишно дублиране на контрола, който е присъщ на юрисдикциите на Съюза.

49. Ето защо споделям виждането на Общия съд, че „ако апелативният съвет трябва да извършва само ограничен контрол по отношение на сложни преценки от техническо и икономическо естество, това би означавало, че Общият съд ще упражнява ограничен контрол върху решение, което от своя страна е резултат от ограничен контрол. Очевидно е, че система на „ограничен контрол върху ограничен контрол“ не предлага гаранциите за ефективна съдебна защита, от която би трябвало да се ползват предприятията [...]“.³¹

2. Състав на апелативния съвет

50. Съгласно член 18, параграф 1 от Регламент № 713/2009³² членовете на апелативния съвет се избират измежду висши служители на НРО или други органи, които имат съответен опит в енергийния сектор.

51. Съгласно член 18, параграфи 2 и 3 от Регламент № 713/2009³³ мандатът на тези членове, които са независими при вземането на решенията си и не се обвързват с инструкции, е пет години с възможност за подновяване.

52. Следователно съставът на апелативния съвет отговаря на необходимите изисквания за осъществяването на пълен, а не на ограничен контрол върху решенията на ACER. Ако неговите членове трябва да притежават опит в енергийния сектор, то е защото те разполагат (или трябва да разполагат) с необходимите технически познания за разглеждането на жалбите в дълбочина. Това е изтъкнато от Общия съд, чието виждане споделям³⁴.

53. ACER изтъква довода, че висшите служители на НРО не притежават непременно такива технически познания и експертиза, тъй като преценките по сложни въпроси от техническо и икономическо естество се извършват от служители на средно равнище в рамките на НРО.

54. Не считам този довод за убедителен. Ако се избират членове на апелативния съвет без необходимия опит в енергийния сектор и без изискваните технически познания, подборът им просто не би бил в съответствие с член 18 от Регламент № 713/2009. Обстоятелството, че такива познания имат и „служителите на средно равнище“ не означава, че висшите служители не могат да ги притежават.

³¹ Точка 58 от обжалваното съдебно решение.

³² „Апелативният съвет се състои от шестима членове и шестима заместници, избрани измежду настоящи и бивши висши служители на националните регулаторни органи, органите по конкуренция или други национални или общностни институции, които имат съответен опит в енергийния сектор“.

³³ Вж. в същия смисъл членове 1—4 от решение № 1-2011 на апелативния съвет на ACER от 1 декември 2011 г. за определяне на организационните и процедурните правила на апелативния съвет, което е достъпно на адрес: https://extranet.acer.europa.eu/en/The_agency/Organisation/Board_of_Appeal/BoA_Public_Docs/BoA%20minutes%20FINAL%20.pdf. Преработеният текст от 5 октомври 2019 г. е достъпен на адрес: https://acer.europa.eu/en/The_agency/Organisation/Board_of_Appeal/BoA_Public_Docs/Rules%20of%20Procedure_for%20publication.pdf.

³⁴ Точка 53 от обжалваното съдебно решение: „намерението на законодателя на Съюза е било да снабди апелативния съвет на ACER с необходимата експертиза, за да може самият той да извършва преценки на свързани с енергетиката сложни фактически обстоятелства от техническо и икономическо естество“.

55. Впрочем съставът и профилът на членовете на апелативния съвет не са изменени с реформата, извършена с Регламент 2019/942, членове 25, 26 и 27 от които по същество възпроизвеждат член 18 от Регламент № 713/2009. Целта на реформата е именно да се укрепят апелативният съвет, за да може той да упражнява по-добре своите функции.

56. Не намирам за убедителен и довода на ACER относно отражението върху спора на условията за работа на членовете на апелативния съвет, които до 2019 г. са упражнявали функциите си доброволно и без възнаграждение. Според ACER при тези условия те са могли да извършват други отнемачи време дейности за сметка на работата в апелативния съвет, поради което е логично да са упражнявали ограничен и по-бърз контрол върху решенията на Агенцията.

57. Липсата на възнаграждение и на пълна ангажираност на членовете на апелативния съвет до 2019 г. не обосновава ограничаването на техните контролни функции. То може да се обясни по-специално с ограничените правомощия за вземане на решение на ACER до 2019 г. и най-вече с предвидените съгласно първоначалните изчисления ограничени ресурси³⁵.

58. Поради нарастването на броя на случаите понастоящем се предвижда възнаграждение за членовете на апелативния съвет³⁶ и подбор на кандидатите въз основа на по-големи изисквания за притежаване, наред с технически профил, на общи правни познания³⁷.

59. Укрепването на човешките ресурси на апелативния съвет в най-добрия случай показва, че първоначалният вид, в който е бил създаден, не е подходящ за изпълнението на задачите, възложени му с Регламент № 713/2009³⁸. Този недостатък обаче не означава, че апелативният съвет трябва да се откаже от основната си функция и да осъществява само ограничен контрол върху решенията на Агенцията.

60. Увеличаването на правомощията на ACER в рамките на направеното след 2019 г. изменение на правилата на Съюза относно енергетиката³⁹ (неприложими към фактите по настоящия спор), както и реформата на самата ACER посредством Регламент 2019/942 водят до укрепване на нейния апелативен съвет, при което той е в състояние да упражнява пълен контрол върху решенията на Агенцията.

3. Продължителност на процедурата

61. ACER счита, че срокът, в който апелативният съвет е трябвало да вземе решение (два месеца съгласно член 19, параграф 2 от Регламент № 713/2009), не му е позволил да извърши задълбочена проверка. Общият съд допуснал грешка при прилагане на правото, като е приел обратното.

³⁵ Възщност до влизането в сила на пакет „Чиста енергия“ от 2019 г. пред апелативния съвет са подадени само една жалба през 2017 г. и две през 2018 г. През 2019 г. те вече са 6, през 2020 г. — 9, а през 2021 г. — 11. Вж. <https://acer.europa.eu/the-agency/organisation-and-bodies/board-of-appeal/boa-decisions>.

³⁶ Вж. решение № 17/2019 на Управителния съвет на ACER от 26 септември 2019 г.

³⁷ Съгласно Programming Document 2021—2023, декември 2020 г., http://documents.acer.europa.eu/en/The_agency/Mission_and_Objectives/Documents/Programming%20Document%20-%202021-2023%20-%20European%20Union%20Agency%20for%20the%20Cooperation%20of%20Energy%20Regulators.pdf (стр. 33).

³⁸ ACER признава това обстоятелство в документа, посочен в предходната бележка под линия (т. 160).

³⁹ Пакетът „Чиста енергия“ включва по-специално Регламент 2019/942.

62. Споделям съображенията на Общия съд и считам, че той не е допуснал грешка при прилагане на правото при тълкуването на посочената по-горе разпоредба.

63. Несъмнено срокът за произнасяне по жалбата е бил кратък⁴⁰, тъй като в рамките на два месеца е трябвало да се проведе състезателна процедура, в която страните да бъдат приканени да представят становища по съобщенията от другите страни и да направят устни изказвания пред апелативния съвет.

64. При все това продължителността на срока, както правилно посочва Общият съд (т. 74 от обжалваното съдебно решение), не е достатъчна, за да разкрие намерение на законодателя да ограничи упражнявания от апелативния съвет контрол. Няколко са доводите в подкрепа на противното:

- техническите познания и експертизата на членовете на апелативния съвет улесняват бързото разбиране на жалбите и бързото вземане на решение по тях,
- член 19 от Регламент № 713/2009 предвижда по същество, че апелативният съвет трябва да проверява дали изложените от жалбоподателя доводи доказват наличието на грешка в обжалваното съдебно решение. Апелативният съвет свежда действията си до преценка дали посочените от жалбоподателя основания са годни да докажат, че оспорваното решение е опорочено от грешки. Той трябва да проверява само повдигнатите от жалбоподателя сложни икономически и технически въпроси,
- не е необходимо апелативният съвет да осъществява контрол *ex novo* върху фактическите и правните обстоятелства в решението на ACER. В това отношение той се различава например от апелативните състави и отделенията по жалбите съответно на EUIPO и CPVO,
- съгласно член 19, параграф 5 от Регламент № 713/2009 апелативният съвет е можел да упражни „всяко от правомощията, които са от компетентността на Агенцията или да отнесе случая до компетентния орган на Агенцията“. Следователно той е можел да уважи жалбата и да отнесе случая до ACER, която да приеме ново решение.

65. Това тълкуване не се опровергава от обстоятелството, че Регламент 2019/942 удължава на четири месеца срока, с който разполага апелативният съвет, за да вземе решение⁴¹. Удължаването на срока показва само, че законодателят може би не е определил реалистично двумесечния срок в Регламент № 713/2009, но от него не може да се направи изводът, че апелативният съвет трябва да упражнява само ограничен контрол върху решенията на ACER.

⁴⁰ Краткият срок съответства на целта, посочена в съображение 19 от Регламент № 713/2009, „[с] цел съкращаване на процедурата“ на заинтересованите страни „да се предостави право на обжалване пред Апелативен съвет [...]“.

⁴¹ Член 28, параграф 2 от Регламент 2019/942. Твърде малкият брой дела пред апелативния съвет през първите години е съвместим с един толкова кратък срок за вземане на решение, но нарастването на случаите след 2018 г. налага удължаването на срока от два на четири месеца.

4. Правомощия на апелативния съвет

66. Както вече посочих, съгласно член 19, параграф 5 от Регламент № 713/2009 апелативният съвет може да упражнява всяко от правомощията, които са от компетентността на ACER или да отнесе случая до компетентния орган на Агенцията, която е обвързана от решението на апелативния съвет.

67. Както правилно отбелязва Общият съд (т. 54 от обжалваното съдебно решение), апелативният съвет е можел, след като разгледа жалбата, да упражни правото на преценка на ACER, за да провери дали доказателствата, с които разполага, му позволяват да приеме свое собствено решение като алтернатива на отнасянето на случая до ACER за ново решение.

68. Съгласно член 20, параграф 1 от Регламент № 713/2009 пред Общия съд трябва да се обжалва решението на апелативния съвет, а не решението на ACER. Такъв е настоящият случай: жалбоподателят не е имал право да оспори пряко решението на ACER пред съда на Съюза⁴², както посочва Общият съд в точка 58 от обжалваното съдебно решение.

69. Горните две констатации потвърждават факта, че апелативният съвет не е можел да ограничи действията си до осъществяването на ограничен контрол върху решението на ACER, равнозначен на ограничения съдебен контрол, упражняван от съда на Съюза.

70. Както вече посочих, апелативният съвет разполага с технически познания, които му позволяват да осъществява пълен, а не ограничен контрол, сведен до проверка за наличието на явна грешка в решенията на ACER. Този пълен контрол дава възможност впоследствие да бъде упражнен съдебен контрол от Общия съд.

71. Изложените по-горе съображения не се опровергават от ирелевантната грешка, която Общият съд допуска (т. 60 от обжалваното съдебно решение), загатвайки за „евентуалното противоречие“ с Регламент № 713/2009 на решението на ACER от 5 октомври 2019 г.⁴³

72. Тази преценка на Общия съд е неправилна, тъй като изменението на решение № 1/2011 на ACER произтича от приетия преди това Регламент 2019/942. Член 21 от измененото решение № 1/2011 само възпроизвежда съдържанието на член 28, параграф 5 от Регламент 2019/942⁴⁴. Следователно соченото противоречие не е налице.

73. Грешката на Общия съд обаче е допусната в рамките на разсъждение *obiter dictum* относно нормативно изменение, което не е приложимо *ratione temporis* към спора. Поради това тя няма отражение върху крайното решение, що се отнася до интензивността на контрола, упражняван от апелативния съвет.

⁴² Новият член 29 от Регламент 2019/942 вече предвижда по-ясно, че „[и]скове за отмяна на решение, издадено от ACER в съответствие с настоящия регламент, и искове за установяване на неправомерно бездействие в рамките на приложимите срокове, може да се предявяват пред Съда само след изчерпване на предвидената в член 28 процедура по обжалване“.

⁴³ С това решение се изменя член 20 от решение № 1-2011 за определяне на организационните и процедурните правила на апелативния съвет. В (новия) член 21, който заменя член 20, от измененото решение се посочва, че апелативният съвет само потвърждава решението на Агенцията или препраща случая до компетентния орган на ACER.

⁴⁴ Член 28, параграф 5 от Регламент 2019/942 улеснява в известна степен работата на апелативния съвет, който „може да потвърди решението или да отнесе случая до компетентния орган“ на ACER.

5. Сравняване на апелативния съвет на ACER с апелативните съвети на други агенции на Съюза

74. Считаю за подходящо сравнението, което Общият съд прави между интензивността на контрола, упражняван от апелативния съвет на ЕСНА и от този на ACER, за да приложи спрямо ACER практиката си относно степента на проверка на решенията на ЕСНА.

75. След като възпроизвежда позицията си относно апелативния съвет на ЕСНА (т. 61 от обжалваното съдебно решение)⁴⁵, Общият съд посочва, че тя е приложима и за апелативния съвет на ACER.

76. Критиката на ACER относно тази част на обжалваното съдебно решение се основава на различията в целите, процедурите по обжалване (по-специално сроковете за вземане на решение) и условията за работа на членовете на апелативния съвет на ACER и този на ЕСНА. Подобни различия опровергавали направеното от Общия съд сравнение.

77. Посочените различия обаче не засягат сърцевината на тезата на Общия съд, приложима както за апелативния съвет на ЕСНА, така и за този на ACER: би било в противоречие със самото естество на създадените в рамките на агенциите апелативни органи да упражняват контрол, сведен до проверка за наличието на явна грешка, и да не извършват цялостна проверка по отношение на сложните преценки от технически, научен и икономически характер, съдържащи се в обжалваните решения.

78. Тъй като с оглед на изложените по-горе съображения ми се струва, че посочената теза на Общия съд не е опорочена от никаква грешка при прилагане на правото, тази част от първото основание за обжалване също може да бъде отхвърлена.

6. Довод, посочен при условията на евентуалност: апелативният съвет е упражнил пълен контрол

79. При условията на евентуалност ACER посочва, че дори да се приеме (*quod non*), че апелативният съвет е трябвало да упражни пълен контрол, а не контрол сведен до проверка за наличието на явна грешка в решенията, свързани със сложни преценки от техническо и икономическо естество, Общият съд допуснал грешка при прилагане на правото, като е приел, че в случая апелативният съвет не е осъществил такъв вид контрол.

80. Този довод обаче, посочен при условията на евентуалност, не отчита факта, че самият апелативен съвет е приел (т. 47 и 52 от неговото решение), че ще упражни ограничен контрол, сведен до проверка за наличието на явна грешка в преценката, що се отнася до поисканото от Aquind освобождаване.

⁴⁵ „Що се отнася по-специално до апелативния съвет на ЕСНА, вече е постановено, че извършваният от него контрол върху научните оценки, съдържащи се в решение на ЕСНА, не се ограничава до проверка за наличието на явни грешки, а напротив, поради правната и научна компетентност на неговите членове посоченият съвет трябва да провери дали изтъкнатите от жалбоподателя доводи са в състояние да докажат, че съображенията, на които се основава това решение на ЕСНА, са опорочени от грешки (решение от 20 септември 2019 г., BASF Grenzach/ЕСНА, T-125/17, EU:T:2019:638, т. 87—89). Така извършваният от апелативния съвет контрол е по-интензивен от контрола, извършван от съда на Съюза (вж. по аналогия решение от 20 септември 2019 г., BASF Grenzach/ЕСНА, T-125/17, EU:T:2019:638, т. 124)“.

81. С това изрично твърдение Апелативният съвет заявява принципа, от който ще се ръководи в своята дейност. Следователно не е било необходимо да се разглеждат подробно точки 70—74 и 94—98 от решението на ACER, след като самият апелативен съвет е заявил още в началото, че ще упражни контрол, сведен до проверка за наличието на явна грешка в преценката. В крайна сметка Общият съд не е допуснал никаква грешка при прилагане на правото в това отношение.

82. С оглед на изложените по-горе съображения първото основание на ACER за обжалване трябва да бъде отхвърлено.

VI. Второ основание на ACER за обжалване: нарушение на член 17, параграф 1, буква б) от Регламент № 714/2009

А. Обжалвано съдебно решение

83. Според Общия съд възприетият от апелативния съвет подход, що се отнася до освобождаването, не е обоснован нито с оглед на Регламент № 714/2009, нито с оглед на Регламент ТЕМ-Е. В подкрепа на това твърдение по същество той привежда следните доводи:

- апелативният съвет е въвел допълнително условие, което не се съдържа сред изброените в член 17 от Регламент № 714/2009,
- от нито една нормативна разпоредба не личи, че законодателят е дал приоритет на един режим пред друг. Двата режима могат да се прилагат алтернативно,
- основният критерий, който трябва да ръководи проверката на искането за освобождаване, е предвиденият в член 17, параграф 1, буква б) от Регламент № 714/2009 критерий за „степената на риск, свързан с инвестициите“, който не е бил приложен от апелативният състав,
- използването на процедурата за трансгранично разпределяне на разходите не представлява гаранция, че рисковете, свързани с междусистемните връзки, ще бъдат премахнати.

Б. Доводи на страните

84. ACER счита, че Общият съд е допуснал „фундаментална“ грешка при прилагане на правото, като е посочил (по-специално в т. 105 и 106 от обжалваното съдебно решение), че от нито една нормативна разпоредба не личи, че законодателят е дал приоритет на режима, предвиден в Регламент ТЕМ-Е, пред режима на освобождаване, предвиден в Регламент № 714/2009.

85. Тази грешка при прилагане на правото произтича от неправилното тълкуване от страна на Общия съд на връзката между член 12 от Регламент ТЕМ-Е и член 17, параграф 1, буква б) от Регламент № 714/2009. Текстът, целта и контекстът на последния, както и на

предшестващия го Регламент (ЕО) № 1228/2003⁴⁶ дават основание на ACER да поддържа, че Регламент TEM-E установява общия режим, а Регламент № 714/2009 въвежда режим на освобождаване, който трябва да се тълкува ограничително. Не става въпрос за еднакви режими, между които организаторите на проекти могат свободно да избират, както твърди Общият съд.

86. Втората грешка при прилагане на правото, която според ACER е допусната в обжалваното съдебно решение (т. 101—104), е съображението, че макар евентуалното финансиране по член 12 от Регламент TEM-E да може да бъде релевантен критерий при определяне на свързания с инвестициите риск, този критерий не може да бъде изведен като задължително условие за освобождаване⁴⁷.

87. ACER счита, че липсата на достатъчно финансово подпомагане в рамките на регулирания режим е основно обстоятелство, от което може да се установи дали инвестиционният риск е покрит, така че този анализ имплицитно се съдържа в член 17, параграф 1, буква б) от Регламент № 714/2009 и не представлява допълнително условие за предоставянето на освобождаване за нов междусистемен електропровод.

88. Накрая, според ACER Общият съд е допуснал грешка при прилагане на правото (т. 108 и 109 от обжалваното съдебно решение), като е приел, че на Aquind не може да бъде отказано освобождаването по член 17 от Регламент № 714/2009 въз основа на презумпцията, че искането за подпомагане по член 12 от Регламент TEM-E би довело до финансово предимство, което ще елиминира риска.

89. Според ACER възможността да се получи финансиране за междусистемния електропровод посредством трансграничното разпределяне на разходите не е хипотетична, а се основава на определянето на междусистемния електропровод Aquind като проект от общ интерес, както и на направения от ACER анализ на разходите, капацитета и предимствата. Именно този е анализът на риска, който се изисква съгласно член 17, параграф 1, буква б) от Регламент № 714/2009, за да се установи дали свързаните с междусистемния електропровод финансови рискове могат да бъдат ограничени чрез други средства, различни от предоставянето на освобождаване от общия режим.

90. Aquind отхвърля доводите на ACER и счита, че Общият съд не е допуснал нито една от твърдените грешки при прилагане на правото.

В. Преценка

91. По-доброто разбиране на проблема изисква първо да се изясни връзката между двата режима на финансиране и след това да се разгледат доводите по второто основание за обжалване.

⁴⁶ Регламент на Европейския парламент и на Съвета от 26 юни 2003 година относно условията за достъп до мрежата за трансграничен обмен на електроенергия (ОВ L 176, 2003 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 12, том 2, стр. 51).

⁴⁷ Според Общия съд апелативният съвет превръща искането за финансова помощ по член 12 от Регламент TEM-E в „самостоятелно условие за доказване на свързания с инвестициите риск“ — подход, който не е обоснован нито с оглед на Регламент № 714/2009, нито с оглед на Регламент TEM-E.

1. Финансиране на междусистемните електропроводи

92. Трансевропейските междусистемни електропроводи за прав ток са основна инфраструктура за развитието на европейския пазар на електроенергия⁴⁸. Тя свързва националните електроенергийни системи, като осигурява доставките на електроенергия и предотвратява тяхната изолация, и същевременно насърчава създаването на интегриран европейски пазар на електроенергия при по-голяма конкуренция и по-добри цени за потребителите⁴⁹.

93. Междусистемните електропроводи са обекти от голям мащаб и с голяма технологична сложност, които изискват значителни инвестиции и няколко години, за да бъдат завършени напълно. Тези характеристики обясняват приемането на Регламент ТЕМ-Е и създаването на фигурата на проекти от общ интерес като средство за насочване на финансиране към тях⁵⁰.

94. Съгласно член 1 от Регламент ТЕМ-Е⁵¹ той се отнася до определянето на проектите от общ интерес, необходими за реализацията на приоритетни коридори и тематични области на трансевропейската енергийна инфраструктура. Освен че засяга определянето и изпълнението на тези проекти, Регламент ТЕМ-Е предвижда правила за улесняване и ускоряване на издаването на разрешения, както и за осигуряване на участието на обществеността в тях.

95. В случая от особено значение е член 12 от Регламент ТЕМ-Е, който определя правилата и насоките за трансгранично разпределение на разходите, отчитайки рисковете за проектите от общ интерес.

96. Съгласно член 12, параграфи 3, 4, 5 и 6 от Регламент ТЕМ-Е:

- веднага след като проект, попадащ в категориите, определени в приложение II, точка 1, букви а), б) и г) и точка 2, достигне достатъчна степен на зрялост, организаторите на проекта подават до съответните НРО „инвестиционно искане, [което] включва искане за трансгранично разпределение на разходите“,
- след консултации с организаторите на проекта НРО вземат „координирани решения относно разпределянето на инвестиционните разходи за проекта, които ще бъдат поети от всеки системен оператор, както и за включването на тези разходи в тарифите“,

⁴⁸ Решение от 11 март 2020 г., Baltic Cable (C-454/18, EU:C:2020:189, т. 57): „Както е видно от член 1, буква а) от Регламент № 714/2009, посоченото разпределение на капацитета на междусистемните електропроводи е предмет на хармонизирани принципи, които трябва да позволят да се определят справедливи правила за трансграничен обмен на електроенергия и следователно засилване на конкуренцията на вътрешния пазар на електроенергия“.

⁴⁹ Вж. Report of the Commission Expert Group on electricity interconnection: „Towards a sustainable and integrated Europe“, ноември 2017 г., https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/report_of_the_commission_expert_group_on_electricity_interconnection_targets.pdf, 10–14.

⁵⁰ Между 2014 г. и 2020 г. инструментът за финансиране, наречен „Механизъм за свързване на Европа“, допринася за финансирането на 107 проекта от общ интерес с общ бюджет от 4700 милиона евро. **Близо две трети от тази сума са използвани в проекти за пренос и съхранение на електроенергия, както и в интелигентни електроенергийни мрежи.** Вж. данните в Европейската комисия: Connecting Europe Facility. Energy. Supported actions 2014-2020, май 2021 г., https://cinea.ec.europa.eu/system/files/2021-05/CEF_Energy_supporting-actions_2021.pdf.

⁵¹ Регламент ТЕМ-Е е изменен, тъй като не е в състояние да осигури неутралността на Съюза по отношение на климата след приемането на Европейския зелен пакт и на новите насоки за енергийната политика с Регламент (СЕ) 2022/869 на Европейския парламент и на Съвета от 30 май 2022 година относно указания за трансевропейската енергийна инфраструктура, за изменение на регламенти (ЕО) № 715/2009, (ЕС) 2019/942 и (ЕС) 2019/943 и на директиви 2009/73/ЕО и (ЕС) 2019/944 и за отмяна на Регламент ТЕМ-Е (ОВ L 152, 2022 г., стр. 45).

- националните регулаторни органи незабавно уведомяват ACER за „разпределението на разходите, като приложат към уведомлението цялата информация във връзка с решението“;
- ако НРО не успеят да постигнат съгласие относно инвестиционното искане в рамките на шест месеца, те незабавно информират ACER, която може да вземе „решението по инвестиционното искане, включително относно трансграничното разпределение на разходите [...], както и относно начина на отразяване на инвестиционните разходи в тарифите“.

97. Регламент TEM-E е приет през 2013 г., като преди това в правото на Съюза не е съществувал равностоен правен акт, който да предвижда сходен режим на финансиране на трансевропейската енергийна инфраструктура⁵².

98. Поради тази причина член 12, параграф 9 от него предвижда, че „[н]астоящият член не се прилага за проекти от общ интерес, които *са получили*^[53]: [...] б) освобождаване от разпоредбите на член 16, параграф 6 от Регламент [№ 714/2009] [...] съгласно член 17 от Регламент [№ 714/2009] [...] или; г) освобождаване по силата на член 7 от Регламент [№ 1228/2003]“.

99. Същото тълкуване следва да се даде на член 13, параграф 1, втора алинея от Регламент TEM-E, отнасящ се до предоставянето на стимули за този вид трансевропейска енергийна инфраструктура.

100. Целта на посочения набор от правни актове не е да установи алтернативно прилагане на регулирания режим на финансиране на междусистемни електропроводи и режима на освобождаване.

101. Целта на член 12, параграф 9 и член 13, параграф 1, втора алинея от Регламент TEM-E е да се предотврати възможността междусистемни електропроводи, които са се ползвали от режима на освобождаване по член 17 от Регламент № 714/2009 (и по член 7 от Регламент № 1228/2003), да кандидатстват за финансиране посредством общия режим, предвиден в член 12 от Регламент TEM-E.

102. За новите междусистемни електропроводи, планирани след влизането в сила на Регламент TEM-E, член 12, параграф 9 и член 13, параграф 1, втора алинея от него не са от значение, тъй като става въпрос за разпоредби, които биха могли да бъдат квалифицирани като „преходни“⁵⁴.

⁵² Решение № 1364/2006/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 6 септември 2006 година за определяне на насоките за трансевропейските енергийни мрежи и за отмяна на Решение № 96/391/ЕО и Решение № 1229/2003/ЕО (ОВ L 262, 2006 г., стр. 1) е предшественик на Регламент TEM-E. То установява твърде несигурен механизъм за подпомагане на трансевропейските енергийни мрежи, при който не се предвижда общ режим на финансиране на тези инфраструктури, извън възможността за финансиране от Съюза.

⁵³ Курсивът е мой.

⁵⁴ В същия смисъл в съображение 23, последно изречение от Регламент № 714/2009 се твърди, че „[о]свобождаването, предоставено съгласно Регламент [№ 1228/2003], продължава да се прилага до определения срок, както постановява решението за освобождаване“.

103. Връзката между регулирания режим и дерогационния режим се потвърждава от подготвителните работи по приемането на Регламент № 1228/2003, които Общият съд не е взел предвид. Съдът на Европейския съюз се е основал на тези подготвителни работи при тълкуването на членове 16 и 17 от Регламент № 714/2009⁵⁵.

104. Всъщност общата позиция на Съвета във връзка с приемането на Регламент № 1228/2003 съдържа следното изявление на Комисията относно режима на освобождаване: „Комисията подчертава намерението си да тълкува ограничително това освобождаване, за да гарантира, че то ще бъде сведено до необходимия минимум, по-специално що се отнася до продължителността на освобождаването и до съответния капацитет на проекта, за който се отнася освобождаването, за да се изпълни целта да се финансират инвестиции с изключително висока степен на риск“⁵⁶. Ограничителното тълкуване на освобождаването и на неговото прилагане в много ограничени случаи се посочва отново в точка В 4 от общата позиция⁵⁷.

105. Генерална дирекция „Енергетика и транспорт“ на Комисията е публикувала тълкувателна бележка към Регламент № 1228/2003, за да улесни неговото прилагане от НРО, в която подчертава дерогационния характер на режима на освобождаване⁵⁸. Същото се посочва в работния документ на службите на Комисията от 2009 г.⁵⁹.

106. Следователно в подготвителните работи и пояснителните документи на Комисията се изтъква дерогационния характер на режима на освобождаване по член 17 от Регламент № 714/2009 и прилагането му при условията на евентуалност спрямо общия режим на финансиране на междусистемните електропроводи, предвиден в Регламент ТЕМ-Е.

2. Анализ на основанието

107. Според мен съображенията на Общия съд са опорочени от грешка при прилагане на правото, по-специално в точки 105 и 106 от обжалваното съдебно решение, тъй като той поставя на едно и също равнище два различни правни режима. Както вече посочих:

– Регламент ТЕМ-Е установява общия режим на финансиране на междусистемни електропроводи, представляващи проекти от общ интерес,

⁵⁵ Решение от 11 март 2020 г., Baltic Cable (C-454/18, EU:C:2020:189, т. 48).

⁵⁶ SEC/2003/0160 окончателен, Съобщение на Комисията до Европейския парламент съгласно член 251, параграф 2, втора алинея от Договора за ЕО относно общата позиция на Европейския парламент и на Съвета във връзка с приемането на регламент относно условията за достъп до мрежата за трансграничен обмен на електроенергия, приложение Д.

⁵⁷ „Комисията счита, че уточнените от Съвета строги ограничаващи условия и проверката от страна на Комисията на всяко нормативно решение за освобождаване би трябвало да представляват достатъчни гаранции, за да бъде сигурно, че тази възможност за освобождаване ще бъде използвана само в случаите, в които е абсолютно необходимо да се запази инвестиция в интерес на вътрешния пазар и на сигурността на доставките“.

⁵⁸ Note of DG Energy & Transport on Directives 2003/54-55 and Regulation 1228/03 in the electricity and gas internal market about exemptions from certain provisions of the third party access regime, 30.1.2004, p. 1: „The possibility for such exemptions is clearly an exception to the general rule of third party access which is the basis of the new competitive market for electricity and gas. Exemptions will therefore only be granted exceptionally and on a case-by-case basis. There will be no block exemptions for specific types of infrastructure and all cases will be assessed on their merits. This consideration is particularly relevant since there is no possibility of exemptions for existing infrastructure and therefore any decision to give new pieces of infrastructure a different status must be clearly justified“.

⁵⁹ Document SEC(2009)642 final, 6.5.2009 г., Commission staff working document on Article 22 of Directive 2003/55/EC concerning common rules for the internal market in natural gas and Article 7 of Regulation (EC) No 1228/2003 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity — New Infrastructure Exemptions. В точка 17 се посочва: „Exemptions are an exception to the general rule of regulated TPA. Such exceptions have to be limited to what is strictly necessary to realise the investment and the scope of the exemptions has to be proportionate“.

– обратно, правилата относно освобождаването по член 17 от Регламент № 714/2009 представляват дерогационен режим, така че организаторите нямат право да избират по кой от двата режима ще осъществяват проекта си.

108. По принцип, за да се постигне финансова жизнеспособност на междусистемен електропровод, определен като проект от общ интерес, организаторите трябва да приложат общия режим (или регулирания режим, както е наречен от ACER), предвиден в Регламент ТЕМ-Е и по-специално в член 12 от него.

109. Ако не получат подпомагане посредством трансграничното разпределяне на разходите, организаторите могат да докажат, когато е приложимо, че степента на свързания с проекта финансов риск е такава, че обосновава предоставянето на освобождаване по член 17 от Регламент № 714/2009.

110. Но, нека повторя, организаторите не могат пряко да избират дерогационния режим на освобождаване, тъй като това би означавало да се наруши връзката между този режим и общия режим на финансово подпомагане за нови междусистемни електропроводи. По силата на тази връзка:

- режимът на освобождаване предполага временна дерогация от общите принципи, които ръководят използването на приходите, отделянето на преносните системи и на операторите на преносни системи, както и достъпа на трети лица до преносните или разпределителните системи — ключови фактори за либерализацията на пазара на електроенергия в Съюза,
- предвиденият в Регламент ТЕМ-Е общ режим на подпомагане за транснационалната енергийна инфраструктура цели именно да се предотврати предоставянето на освобождаване на организаторите на такива обекти, което може да доведе до ограничаване на свободната конкуренция на пазара на електроенергия в Съюза,
- само когато икономическата жизнеспособност не може да бъде постигната посредством общия режим на финансово подпомагане, е логично по изключение да се предостави освобождаването по член 17 от Регламент № 714/2009.

111. От неправилното разбиране на връзката между двата режима произтича още една грешка при прилагане на правото, съдържаща се по-конкретно в точки 101 и 102 от обжалваното съдебно решение. В тях Общият съд застъпва виждането, че апелативният съвет не може да превръща предварителното искане на финансова помощ по член 12 от Регламент ТЕМ-Е в условие за доказване на свързания с инвестициите риск.

112. Несъмнено липсата на финансово подпомагане поражда икономически риск, който може да застраши изграждането на междусистемния електропровод. Този фактор, както самият Общ съд приема, трябва да бъде отчетен от ACER, когато прилага условието за наличие на свързан с инвестициите риск, обосноваващ предоставяне на освобождаване от регулирания режим, предвиден в член 17, параграф 1, буква б) от Регламент № 714/2009.

113. Следователно ACER трябва да извърши проверка за наличието на финансово подпомагане посредством общия режим, за да установи риска и да предостави или откаже освобождаване⁶⁰. Точно това е направила ACER и нейният апелативен съвет е потвърдил съответствието на извършената проверка с изискванията по член 17, параграф 1 от Регламент № 714/2009.

114. Не може обаче да се приеме, както неправилно е преценил Общият съд, че с този подход ACER добавя ново условие за предоставяне на освобождаване към вече определените в член 17, параграф 1 от Регламент № 714/2009.

115. Освен това ACER и нейният апелативен съвет не са изискали от Aquind да представи искане за финансиране посредством регулирания режим. Те са се ограничили до извършването на преценка до каква степен икономическият риск, свързан с изграждането на междусистемния електропровод Aquind, би намалал, ако бъде постигнато финансиране посредством регулирания режим. Наред с прогнозната оценка на разходите и печалбите и други обстоятелства ACER е извършила преценка⁶¹ дали е изпълнено изискването „степенна на риск, свързан с инвестициите, да е такава, че инвестициите няма да бъдат осъществени, ако не бъде предоставено такова освобождаване“.

116. Ето защо считам, че потвърдението от апелативния съвет анализ на ACER е подходящ и че противно на виждането на Общия съд с него не се въвежда условие за предоставяне на освобождаване, което не е сред изброените в член 17, параграф 1 от Регламент № 714/2009.

117. В същия смисъл са опорочени от грешка изложените от Общия съд съображения в точки 107—110 от обжалваното съдебно решение. Два са основните му доводи:

- апелативният съвет и ACER се основават главно на хипотетични разсъждения, а именно на „възможността“ искането по член 12 от Регламент ТЕМ-Е да доведе до финансова помощ за Aquind, и на факта, че не „може да се изключи“ едно благоприятно решение по тази разпоредба да осигури достатъчна гаранции на потенциалните инвеститори. Предимството, което финансовата подкрепа посредством регулирания режим би предоставило, не може просто да се основава на презумпция или да се представя като даденост,
- възможността за получаване на финансова помощ по член 12 от Регламент ТЕМ-Е не позволява автоматично да се изключи свързания с инвестициите финансов риск. Използването на процедурата за трансгранично разпределяне на разходите не представлява гаранция, че всички рискове, свързани с междусистемните електропроводи, ще бъдат предотвратени.

118. Според мен първият довод не е убедителен. Определянето на междусистемния електропровод Aquind като проект от общ интерес отваря възможност за неговото финансиране посредством предвидения в Регламент ТЕМ-Е регулиран режим за

⁶⁰ Комисията е водена от подобно съображение, когато отказва да предостави освобождаване на чешки оператор на съоръжение за съхранение на природен газ с Решение С(2011) 4509 от 27 юни 2011 година относно освобождаване за подземно газохранилище в Дамборжице, достъпно на адрес https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2011_damborice_decision_en.pdf. Това освобождаване се основава на член 36, параграф 1 от Директива 2009/73, приложима в газовия сектор, и е сходно на освобождаването по член 17, параграф 1, буква б) от Регламент № 714/2009.

⁶¹ В това отношение ACER разполага с определено правомощие за преценка, каквото е признато по отношение на равностойни освобождавания във връзка с пазара на природен газ в решение от 4 декември 2019 г., *Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo/Комисия* (С-342/18 Р, непубликувано, ЕУ:С:2019:1043, т. 48).

трансгранично разпределение на разходите и за предоставяне на стимули. Следователно ACER и нейният апелативен съвет са могли да приемат, че за Aquind е налице право на такова финансиране, ако го поиска⁶².

119. Във всички случаи анализът на „степената на риск, свързан с инвестициите“, съгласно член 17, параграф 1, буква б) от Регламент № 714/2009 задължава ACER да извърши преценка дали е възможно свързаният с проекта финансов риск да бъде намален чрез използването на други средства за финансиране, които се прилагат общо и с предимство пред предоставянето на освобождаване. Поради естеството си на дерогационен режим освобождаването, нека повторя, е решение от „последна инстанция“, като се има предвид отрицателното му въздействие върху либерализацията на общия пазар на електроенергия.

120. Не намирам за убедителен и второто съображение на Общия съд. Фактът (който е несъмнен), че предвиденият в Регламент ТЕМ-Е общ режим на финансиране не е гаранция за отстраняването на всички рискове, свързани с междусистемните електропроводи, не може да води до предоставяне на освобождаването по член 17 от Регламент № 714/2009.

121. За организаторите на проект от общ интерес като междусистемния електропровод Aquind би било достатъчно да не поискат подпомагане посредством регулирания режим, за да увеличат свързания с проекта финансов риск и по този начин да „наложат“ предоставянето на освобождаване. В крайна сметка те биха имали възможност да избират между два режима за подпомагане на този вид инфраструктура, които не се намират на едно и също равнище. В тези съображения от обжалваното съдебно решение отново е налице разгледаната по-горе основна грешка на Общия съд.

122. Освен това анализът на „степената на риска, свързан с инвестициите“, би се извършвал автоматично и самото условие, изисквано съгласно член 17, параграф 1, буква б) от Регламент № 714/2009, би се обезсмислило, ако се приеме, че евентуалните закъснения и неясноти относно предоставянето на финансово подпомагане посредством предвидения в Регламент ТЕМ-Е общ режим позволяват да се предостави освобождаване.

123. С оглед на изложените по-горе съображения предлагам на Съда да уважи това основание за обжалване, доколкото Общият съд е допуснал грешка при прилагане на правото при тълкуването на член 17, параграф 1, буква б) от Регламент № 714/2009 във връзка с член 12 от Регламент ТЕМ-Е.

VII. Насрещна жалба на Aquind пред Съда

124. Освен че оспорва жалбата на ACER пред Съда, Aquind подава насрещна жалба, в която излага исканията, посочени в точка 19 от настоящото заключение.

125. Тъй като предлагам на Съда да отхвърли първото основание на ACER за обжалване и да потвърди решението на Общия съд в частта, в която се отменя решението на апелативния съвет, не е необходим специален анализ на насрещната жалба на Aquind.

126. Всъщност обжалваното съдебно решение трябва да бъде потвърдено от втората инстанция, като се отхвърли първото основание, въпреки че се приема второто. По този начин се потвърждава пълната отмяна на решението на апелативния съвет, поради това че

⁶² В допълнение трябва да посоча, че впоследствие Aquind е поискало финансиране посредством общия режим.

той е извършил ограничен контрол, сведен до проверка за наличието на явна грешка. Не е необходимо и Съдът не следва да разглежда други допълнителни основания за отмяна на посоченото решение, каквото е искането на Aquind. Следователно насрещната жалба трябва да бъде отхвърлена.

VIII. Невръщане на делото на Общия съд

127. Съгласно член 61 от Статута на Съда, ако жалбата е основателна, Съдът отменя решението на Общия съд. Той може сам да постанови окончателно решение по делото, когато фазата на производството позволява това, или да върне делото на Общия съд за постановяване на решение.

128. Не е необходимо Съдът да върне делото на Общия съд, след като потвърди решението на последния, тъй като с него се отменя изцяло решението на апелативния съвет на ACER.

129. Апелативният съвет следва да изпълни решението на Общия съд в съответствие с внесените от Съда уточнения в производството по обжалване пред последния, което означава да не приложи решението, що се отнася до връзката между член 17 от Регламент № 714/2009 и член 12 от Регламент ТЕМ-Е.

130. Уважаването на второто основание за обжалване не изисква делото да бъде върнато на Общия съд, тъй като, както вече посочих, не е било необходимо този съд да се произнася по връзката между член 17, параграф 1, буква б) от Регламент № 714/2009 и член 12 от Регламент ТЕМ-Е.

IX. Съдебни разноски

131. Съгласно член 138, параграф 3 от Процедурния правилник на Съда, приложим към производство по обжалване пред този съд на основание член 184 от правилника, ако всяка от страните е загубила по едно или няколко от предявените основания, всяка страна понася направените от нея съдебни разноски.

132. Тъй като предлагам първото основание на ACER за обжалване да бъде отхвърлено в съответствие с искането на Aquind, но да се уважи второто, всяка страна би трябвало да понесе направените от нея съдебни разноски. Същото разпределение на съдебните разноски следва да се приложи за насрещната жалба, която е тясно свързана с основната жалба.

X. Заключение

133. С оглед на изложените по-горе съображения, предлагам на Съда:

- 1) да отхвърли първото основание на ACER за обжалване;
- 2) да уважи второто основание на ACER за обжалване;
- 3) да отхвърли изцяло насрещната жалба на Aquind;

4) да осъди ACER и Aquind да понесат направените от тях съдебни разноси.