



## Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Anden Udvidede Afdeling)

16. marts 2022\*

»Energi – forordning (EU) 2017/459 – netregel vedtaget af Kommissionen, som omfatter en »proces for ny kapacitet« – afgørelse fra ACER om godkendelse af gennemførelsen af et projekt for ny kapacitet – ulovlighedsindsigelse – Kommissionens manglende kompetence – artikel 6, stk. 11, artikel 7, stk. 3, og artikel 8, stk. 6, i forordning (EF) nr. 715/2009«

I de forenede sager T-684/19 og T-704/19,

**Magyar Energetikai és Közmű-szabályozási Hivatal (MEKH)**, Budapest (Ungarn), ved advokaterne G. Stanka, J. Burai-Kovács, G. Szikla og Á. Kulcsár,

sagsøger i sag T-684/19,

**FGSZ Földgázz szállító Zrt.**, Siófok (Ungarn), ved advokaterne M. Horányi, N. Niejahr og S. Zakka,

sagsøger i sag T-704/19,

mod

**Den Europæiske Unions Agentur for Samarbejde mellem Energireguleringsmyndigheder (ACER)**, i sag T-684/19 ved P. Martinet, D. Lelovitis og N. Keyaerts, som befuldmægtigede, bistået af advokaterne E. Ameye, M. de Sousa Ferro og C. Nagy, og i sag T-704/19 ved P. Martinet, D. Lelovitis og N. Keyaerts, som befuldmægtigede, bistået af advokaterne E. Ameye og M. de Sousa Ferro,

sagsøgt,

støttet af

**Energie-Control Austria für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft (E-Control)** ved advokat S. Polster,

og af

**Europa-Kommissionen** ved O. Beynet og A. Sipos, som befuldmægtigede,

intervenienter,

\* Processprog: engelsk og ungarsk.

angående søgsmål anlagt i henhold til artikel 263 TEUF med påstand om annullation af afgørelse nr. 05/2019 af 9. april 2019 truffet af Den Europæiske Unions Agentur for Samarbejde mellem Energireguleringsmyndigheder (ACER), og af afgørelse nr. A-004-2019 af 6. august 2019 truffet af ACER's klagenævn,

har

RETTEN (Anden Udvidede Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, V. Tomljenović, og dommerne V. Kreuschitz, F. Schalin, P. Škvařilová-Pelzl og I. Nömm (refererende dommer),

justitssekretær: fuldmægtig A. Juhász-Tóth,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 27. oktober 2021,

afsagt følgende

## Dom

### I. Sagernes baggrund

- 1 I 2015 igangsatte sagsøgeren i sag T-704/19, FGSZ Földgázszállító Zrt. (herefter »FGSZ«), dvs. operatøren af det ungarske gastransmissionssystem, og dennes bulgarske, rumænske og østrigske modparter et regionalt samarbejdsprojekt med henblik på at øge energiuafhængigheden ved at indføre naturgas fra Sortehavet. Dette projekt, der benævntes »Rohuat/BRUA«, indebar en forøgelse af ny kapacitet på to sammenkoblingspunkter, det ene mellem Rumænien og Ungarn og det andet mellem Ungarn og Østrig.
- 2 Den 26. maj 2017 blev projektet opdelt i to særskilte projekter, hvoraf det ene vedrørte sammenkoblingspunktet fra Ungarn til Østrig (herefter »HUAT-projektet«). FGSZ og operatøren af det østrigske gastransmissionssystem, Gas Connect Austria GmbH (herefter »GCA«), foretog i denne forbindelse en vurdering af markedsefterspørgslen for HUAT-projektet i henhold til artikel 26 i Kommissionens forordning (EU) 2017/459 af 16. marts 2017 om fastsættelse af en netregel om kapacitetstildelingsmekanismer i gastransmissionssystemer og ophævelse af forordning (EU) nr. 984/2013 (EUT 2017, L 72, s. 1).
- 3 Den 27. juli 2017 offentliggjorde FGSZ og GCA en fælles vurderingsrapport, hvori de konkluderede, at netbrugerne havde en ikke-bindende interesse for ny kapacitet, som gjorde det muligt at igangsætte et projekt for ny kapacitet som omhandlet i artikel 3, nr. 9), i forordning 2017/459. Rapporten viste imidlertid et asymmetrisk resultat, idet den efterspørgsel, der var blevet indgivet til GCA på den østrigske side, var næsten dobbelt så stor som den, der var blevet indgivet til FGSZ på den ungarske side.
- 4 Fra den 19. oktober til den 19. november 2017 gennemførte FGSZ og GCA en fælles offentlig høring om projektudkastet i henhold til artikel 27, stk. 3, i forordning 2017/459.

- 5 Den 6. april 2018 fremlagde FGSZ formelt forslaget til HUAT-projektet om ny kapacitet i henhold til artikel 28, stk. 1, i forordning 2017/459 for sagsøgeren i sag T-684/19, Magyar Energetikai és Közmű-szabályozási Hivatal (MEKH), dvs. den ungarske reguleringsmyndighed for energi og offentlige tjenester, idet denne operatør fremhævede, at den ikke støttede gennemførelsen af dette projekt og derfor ikke foreslog iværksættelse af auktioner af ny kapacitet i henhold til samme forordnings artikel 29.
- 6 Den 9. april 2018 fremlagde GCA forslaget til HUAT-projektet for den østrigske reguleringsmyndighed for elektricitets- og naturgassektoren, Energie-Control Austria für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft (E-Control), der er intervenient til støtte for Den Europæiske Unions Agentur for Samarbejde mellem Energireguleringsmyndigheder (ACER).
- 7 Den 27. april 2018 vedtog E-Control en afgørelse om godkendelse af forslaget til HUAT-projektet.
- 8 Den 5. oktober 2018 vedtog MEKH en afgørelse om afslag på forslaget til HUAT-projektet.
- 9 Den 10. oktober 2018 meddelte ACER MEKH og E-Control, at ACER havde konstateret, at der ikke var blevet truffet en koordineret afgørelse inden seks måneder efter, at den sidste nationale reguleringsmyndighed havde modtaget forslaget til HUAT-projektet, og at ACER derfor i henhold til artikel 8, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 713/2009 af 13. juli 2009 om oprettelse af etagentur for samarbejde mellem energireguleringsmyndigheder (EUT 2009, L 211, s. 1) havde kompetence til at træffe beslutning om det nævnte forslag.
- 10 Den 9. april 2019 vedtog ACER afgørelse nr. 05/2019 om godkendelse af forslaget til HUAT-projektet (herefter »den oprindelige afgørelse«).
- 11 Den 6. og 7. juni 2019 blev der indgivet to klager over den oprindelige afgørelse til ACER's klagenævn i overensstemmelse med artikel 19 i forordning nr. 713/2009 af henholdsvis MEKH og FGSZ.
- 12 Ved afgørelse af 6. august 2019 afslog ACER's klagenævn de klager, der var blevet indgivet over den oprindelige afgørelse (herefter »klagenævnets afgørelse«).

## **II. Retsforhandlinger og parternes påstande**

- 13 Ved stævninger indleveret til Rettens Justitskontor henholdsvis den 7. og den 15. oktober 2019 har MEKH og FGSZ anlagt de foreliggende sager.
- 14 Den 21. og 22. januar 2020 har Europa-Kommissionen anmodet om tilladelse til at intervenere til støtte for ACER's påstande i sagerne T-684/19 og T-704/19.
- 15 Den 23. januar 2020 har E-Control anmodet om tilladelse til at intervenere til støtte for ACER's påstande i sagerne T-684/19 og T-704/19.
- 16 Ved afgørelser af 2. marts og 5. juni 2020 har formanden for Rettens Anden Afdeling tilladt Kommissionen at intervenere i sagerne.
- 17 Ved kendelser af 28. april og 4. juni 2020 har formanden for Rettens Anden Afdeling tilladt E-Control at intervenere i sagerne.

- 18 Den 22. december 2020 er sagerne i henhold til artikel 27, stk. 3, i Rettens procesreglement blevet tildelt en ny refererende dommer i Anden Afdeling.
- 19 Ved kendelse af 27. juli 2021 har formanden for Rettens Anden Afdeling besluttet at forene sagerne T-684/19 og T-704/19 med henblik på retsforhandlingernes mundtlige del samt den afgørelse, hvorved sagens behandling afsluttes. I samme kendelse har retsformanden afslået ACER's anmodning om fortrolighed i forhold til FGSZ vedrørende bilaget til svarskriftet i sag T-684/19, svarende til klagenævnets afgørelse, idet FGSZ nødvendigvis har fået kendskab til den nævnte afgørelse, eftersom FGSZ var adressat for afgørelsen.
- 20 Efter forslag fra Rettens Anden Afdeling har Retten i henhold til procesreglementets artikel 28 besluttet at henvise sagen til et udvidet dommerkollegium.
- 21 Efter forslag fra den refererende dommer har Retten (Anden Udvidede Afdeling) besluttet at indlede retsforhandlingernes mundtlige del og har som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse i henhold til procesreglementets artikel 89 stillet parterne skriftlige spørgsmål.
- 22 Da et medlem af Anden Udvidede Afdeling har haft forfald, har Rettens præsident udpeget en anden dommer, for at afdelingen kan være beslutningsdygtig.
- 23 MEKH har nedlagt følgende påstande:
- »Den oprindelige afgørelse, som ACER's klagenævn har godkendt«, annulleres.
  - ACER tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 24 FGSZ har nedlagt følgende påstande:
- Den oprindelige afgørelse og klagenævnets afgørelse annulleres.
  - Subsidiært annulleres den oprindelige afgørelses artikel 1, stk. 1 og 2, og artikel 2, stk. 4, som stadfæstet ved klagenævnets afgørelse.
  - Mere subsidiært annulleres klagenævnets afgørelse.
  - ACER tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 25 ACER har nedlagt følgende påstande:
- I sag T-684/19:
    - Det første anbringendes første og andet led og det andet anbringendes andet led afvises.
    - Det fastslås i forbindelse hermed eller subsidiært, at samtlige anbringender er ugrundede, og følgelig frifindes ACER i det hele.
    - MEKH tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

– I sag T-704/19:

- Det fastslås, at samtlige anbringender er ugrundede, og som følge heraf frifindes ACER i det hele.
- FGSZ tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

26 Kommissionen og E-Control har nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse.
- Sagsøgerne tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

27 I retsmødet den 6. november 2020 har parterne afgivet mundtlige indlæg og besvaret mundtlige spørgsmål fra Retten. FGSZ har desuden hævet sit søgsmål, for så vidt som det var rettet mod den oprindelige afgørelse, hvilket er blevet tilført retsbogen.

### III. Retlige bemærkninger

28 Indledningsvis bemærkes, at MEKH – til forskel fra FGSZ, der i retsmødet har hævet sit søgsmål, som var rettet mod den oprindelige afgørelse – har anfægtet både den oprindelige afgørelse og klagenævnets afgørelse. Det skal derfor undersøges, om sidstnævnte søgsmål kan antages til realitetsbehandling, for så vidt som det er rettet mod den oprindelige afgørelse.

#### A. Formaliteten i sag T-684/19, for så vidt som den er rettet mod den oprindelige afgørelse

29 Ifølge fast retspraksis udgør de betingelser for antagelse til realitetsbehandling af en sag, der er fastsat i artikel 263 TEUF, ufravigelige procesforudsætninger, og det tilkommer derfor Retten at undersøge dem af egen drift (jf. i denne retning dom af 16.5.2019, Pebagua mod Kommissionen, C-204/18 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2019:425, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis).

30 Som led i de foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, der er nævnt i præmis 21 ovenfor, har parterne fremsat deres synspunkter vedrørende formaliteten med hensyn til søgsmålene, for så vidt som disse var rettet mod den oprindelige afgørelse, henset til dels 34. betragtning til og artikel 28, stk. 1, og artikel 29 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2019/942 af 5. juni 2019 om oprettelse af Den Europæiske Unions Agentur for Samarbejde mellem Energireguleringsmyndigheder (omarbejdning) (EUT 2019, L 158, s. 22), som har erstattet forordning nr. 713/2009, dels artikel 263, stk. 5, TEUF.

31 Det skal for det første bemærkes, at artikel 263, stk. 5, TEUF for så vidt angår søgsmål anlagt af ikke-privilegerede sagsøgere præciserer, at »[r]etsakter om oprettelse af EU-organer, -kontorer og -agenturer kan fastsætte særlige betingelser og vilkår for fysiske eller juridiske personers indbringelse af klager med henblik på prøvelse af retsakter vedtaget af disse organer, kontorer og agenturer, som skal have retsvirkning for dem«.

32 I forbindelse med de foreliggende sager følger de særlige betingelser og vilkår for søgsmål, der er omhandlet i artikel 263, stk. 5, TEUF, af forordning 2019/942.

- 33 Det er nemlig fast retspraksis, at processuelle regler almindeligvis antages at finde anvendelse fra deres ikrafttrædelsestidspunkt, til forskel fra materielle regler, der normalt fortolkes således, at de kun omfatter forhold, som ligger forud for ikrafttrædelsen, såfremt det af ordlyden, bestemmelsernes formål eller opbygning klart fremgår, at dette har været meningen (jf. dom af 26.3.2015, Kommissionen mod Moravia Gas Storage, C-596/13 P, EU:C:2015:203, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).
- 34 Det følger heraf, at de processuelle regler, der finder anvendelse i det foreliggende tilfælde med henblik på at afgøre, om søgsmålet i sag T-684/19 kan antages til realitetsbehandling, for så vidt som det er rettet mod den oprindelige afgørelse, er dem, der er fastsat i forordning 2019/942. Det skal nemlig bemærkes, at forordning nr. 713/2009 mellem vedtagelsen af den oprindelige afgørelse (den 9.4.2019) og klagenævnets afgørelse (den 6.8.2019) er blevet erstattet af forordning 2019/942, som trådte i kraft den 4. juli 2019.
- 35 For det andet skal det bemærkes, at det følger af 34. betragtning til og artikel 28 og 29 i forordning 2019/942, at fysiske og juridiske personer, der er uenige i en afgørelse fra ACER, som er rettet til dem, eller som berører dem umiddelbart og individuelt, skal indbringe sagen for klagenævnet, når de har denne mulighed. Når en sådan mulighed foreligger, kan de for Retten kun anfægte klagenævnets afgørelse.
- 36 For det første hedder det nemlig således i 34. betragtning til forordning 2019/942:
- »På de områder, hvor ACER har beføjelser til at træffe afgørelser, bør de berørte parter for at sikre hurtig sagsbehandling kunne indbringe klager for et klagenævn, som bør være en del af ACER, men uafhængigt af dets administrative og reguleringsmæssige struktur. Med henblik på at garantere klagenævnets funktion og fuldstændige uafhængighed bør det have en separat budgetpost i ACER's budget. Af kontinuitetshensyn bør udnævnelsen eller genudnævnelsen af medlemmer af klagenævnet give mulighed for delvis udskiftning af medlemmerne af klagenævnet. Klagenævnets afgørelser kan indbringes for Den Europæiske Unions Domstol.«
- 37 For det andet præciserer artikel 29 i forordning 2019/942 med overskriften »Indbringelse af søgsmål ved Den Europæiske Unions Domstol«, at »[s]øgsmål med påstand om annullation af en afgørelse, som ACER har truffet i henhold til denne forordning, eller vedrørende manglende handling inden for de gældende frister, [kun kan] indbringes for Den Europæiske Unions Domstol, efter at klageproceduren i artikel 28 er udtømt [...]«.
- 38 I denne henseende og for det tredje bestemmer artikel 28 i forordning nr. 2019/942 med overskriften »Afgørelser, der kan påklages« i stk. 1, at »[a]lle fysiske og juridiske personer, herunder de regulerende myndigheder, kan påklage en i artikel 2, litra d), omhandlet afgørelse, som er rettet til den pågældende, eller en afgørelse, som, selv om den formelt er rettet til en anden person, berører den pågældende umiddelbart og individuelt«. Ifølge denne artikels stk. 2 »[træffer] klagenævnet [...] afgørelse i klagesagen senest fire måneder efter klagens indgivelse«.
- 39 For så vidt som den oprindelige afgørelse kunne påklages til klagenævnet, følger det som følge heraf af en samlet læsning af 34. betragtning til og artikel 28 og 29 i forordning 2019/942, at det kun var klagenævnets afgørelse, der kunne anfægtes for Retten.
- 40 For det tredje skal det bemærkes, at hvis det blev antaget, at forordning nr. 713/2009 fandt tidsmæssig anvendelse, ville den samme konklusion være gældende, eftersom denne forordnings artikel 20 bestemte, at »[d]er kan anlægges sag ved Retten [...] i overensstemmelse med [...] artikel

[263 TEUF] for at gøre indsigelse mod en afgørelse truffet af klagenævnet eller, såfremt der ikke har været adgang til at indbringe sagen for klagenævnet, mod en beslutning truffet af agenturet« (jf. i denne retning dom af 24.10.2019, Austrian Power Grid og Vorarlberger Übertragungsnetz mod ACER, T-333/17, ikke trykt i Sml., EU:T:2019:760, præmis 31 og 32).

- 41 Henset til det ovenstående kan MEKH's påstand om annullation af den oprindelige afgørelse ikke antages til realitetsbehandling.
- 42 Det følger heraf, at søgsmålet i sag T-684/19 skal afvises, for så vidt som det er rettet mod den oprindelige afgørelse.

## **B. Sagens realitet**

- 43 Til støtte for deres respektive søgsmål har MEKH og FGSZ i det væsentlige fremsat 14 anbringender. Retten finder, at det er tilstrækkeligt at undersøge det første anbringende i sag T-684/19, hvorved MEKH har gjort gældende, at kapitel V i forordning 2017/459 er ulovligt.
- 44 MEKH har gjort gældende, at kapitel V i forordning 2017/459 er ulovligt, idet dette kapitel går ud over den beføjelse, som Kommissionen er tillagt ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 715/2009 af 13. juli 2009 om betingelserne for adgang til naturgas transmissionsnet og om ophævelse af forordning (EF) nr. 1775/2005 (EUT 2009, L 211, s. 36), og at det derfor skal fastslås, at det ikke kan finde anvendelse på de foreliggende sager i henhold til artikel 277 TEUF.
- 45 ACER, støttet af Kommissionen, har gjort gældende, at ulovlighedsindsigelsen ikke kan antages til realitetsbehandling, og at den under alle omstændigheder er ugrundet.

### ***1. Formaliteten med hensyn til ulovlighedsindsigelsen***

- 46 For det første har ACER gjort gældende, at ulovlighedsindsigelsen ikke kan antages til realitetsbehandling, eftersom det i henhold til artikel 29 i forordning 2019/942 kun er de anbringender, der er blevet fremført for ACER's klagenævn, der kan påberåbes for Retten.
- 47 Det er korrekt, at MEKH ikke for ACER's klagenævn har gjort gældende, at kapitel V i forordning 2017/459 er ulovligt.
- 48 Det er desuden med rette, at ACER i det væsentlige har fremhævet, at forpligtelsen til at udtømme proceduren for dets klagenævn forud for anlæggelsen af søgsmålet ved Den Europæiske Unions Domstol, der fremgår af artikel 29 i forordning 2019/942, i princippet indebærer, at anbringender, der ikke er blevet fremført for det nævnte klagenævn, ikke kan gøres gældende for første gang for Retten i forbindelse med et annullationssøgsmål. Eftersom dette annullationssøgsmål udelukkende vedrører klagenævnets afgørelse, skal der nemlig foretages en efterprøvelse under hensyn til de faktiske og retlige omstændigheder i sagerne, således som de har været indbragt for dette klagenævn.
- 49 En sådan tilgang kan imidlertid ikke tiltrædes i forhold til en ulovlighedsindsigelse, der fremsættes for første gang for Retten, eftersom fremlæggelsen af en tilsvarende argumentation for ACER's klagenævn under alle omstændigheder ikke kunne have været taget til følge.

- 50 Det følger nemlig af det ved EUF-traktaten indførte lovgivningssystem og judicielle system, at det alene er Unionens retsinstanser, der i henhold til artikel 277 TEUF har kompetence til at fastslå, at en almenyldig retsakt er ulovlig, og til at drage konsekvenserne af den deraf følgende uanvendelighed for så vidt angår den individuelle retsakt, der anfægtes for dem, idet den EU-institution, det agentur eller det EU-agentur, som de nationale retsmidler henhører under, ikke anerkendes en sådan kompetence i traktaterne (jf. i denne retning dom af 27.10.2016, ECB mod Cerafogli, T-787/14 P, EU:T:2016:633, præmis 49).
- 51 For så vidt som ACER's klagenævn ikke var berettiget til at vurdere gyldigheden af kapitel V i forordning 2017/459, men derimod skulle anvende det, så længe Unionens retsinstanser ikke havde fastslået, at det eventuelt var ulovligt, kan det følgelig ikke foreholdes MEKH ikke at have gjort gældende, at det nævnte kapitel var ulovligt, for det nævnte klagenævn.
- 52 For det andet har ACER i duplikken fremhævet, at »den i artikel 263 [TEUF] fastsatte frist for at anfægte gyldigheden af [forordning 2017/459] var udløbet på tidspunktet for klagen«.
- 53 I denne henseende fremgår det af selve ordlyden af artikel 277 TEUF, at muligheden for at påberåbe sig ulovligheden af en almenyldig retsakt i forbindelse med en tvist, der angår denne, foreligger »[u]anset udløbet af den frist, der er fastsat i artikel 263, stk. 6, TEUF«.
- 54 For så vidt som ACER med denne argumentation har påberåbt sig den retspraksis, hvorefter ulovlighedsindsigelsen i henhold til artikel 277 TEUF ikke kan påberåbes af en fysisk eller juridisk person, som har undladt at anlægge sag til prøvelse af den anfægtede retsakt inden for de herfor fastsatte frister, skal det desuden fremhæves, at denne retspraksis kun finder anvendelse, når et sådant søgsmål uden nogen tvivl ville have været antaget til realitetsbehandling (jf. i denne retning dom af 22.4.2004, Schintgen mod Kommissionen, T-343/02, EU:T:2004:111, præmis 26; jf. ligeledes i denne retning og analogt dom af 27.11.2012, Pringle, C-370/12, EU:C:2012:756, præmis 41 og 42, og af 25.7.2018, Georgsmarienhütte m.fl., C-135/16, EU:C:2018:582, præmis 14 og den deri nævnte retspraksis).
- 55 I det foreliggende tilfælde kan det ikke lægges til grund, at antagelsen til realitetsbehandling af et annullationssøgsmål anlagt af MEKH til prøvelse af forordning 2017/459 havde været åbenbar. Eftersom der er tale om en almenyldig retsakt, som omfatter gennemførelsesforanstaltninger som omhandlet i artikel 263, stk. 4, TEUF, og MEKH ikke kan sidestilles med en privilegeret sagsøger som omhandlet i artikel 263, stk. 2, ville antagelsen af et sådant søgsmål til realitetsbehandling i det mindste have været tvivlsom.
- 56 For det tredje har ACER i det væsentlige gjort gældende, at ulovlighedsindsigelsen skal afvises, for så vidt som forordning 2017/459 ikke udgør det retlige grundlag for klagenævnets afgørelse, idet denne blev vedtaget i henhold til de beføjelser, der var delegeret til ACER ved forordning nr. 713/2009.
- 57 En sådan argumentation kan heller ikke tiltrædes.
- 58 Selv om det følger af retspraksis, at en ulovlighedsindsigelse i henhold til artikel 277 TEUF kun kan fremsættes til prøvelse af en almenyldig retsakt, der finder direkte eller indirekte anvendelse på den sag, der er genstand for søgsmålet, har Domstolen nemlig anerkendt, at denne betingelse ikke blot er opfyldt for så vidt angår bestemmelser i en almenyldig retsakt, som udgør grundlaget for de anfægtede individuelle afgørelser, men ligeledes for så vidt angår de



bestemmelser, der har en direkte retlig sammenhæng med sådanne afgørelser (jf. i denne retning dom af 8.9.2020, Kommissionen og Rådet mod Carreras Sequeros m.fl., C-119/19 P og C-126/19 P, EU:C:2020:676, præmis 67-70 og den deri nævnte retspraksis).

- 59 Med sit første anbringende har MEKH gjort gældende, at kapitel V i forordning 2017/459 er ulovligt, idet kapitlet går ud over den beføjelse, som Kommissionen er tillagt ved forordning nr. 715/2009. For så vidt som forordning 2017/459 ligger til grund for de regler, som ACER's klagenævn har anvendt i sin afgørelse, foreligger der nødvendigvis en direkte retlig sammenhæng som omhandlet i den retspraksis, der er nævnt i præmis 58 ovenfor.
- 60 På baggrund af det ovenstående må det konkluderes, at ulovlighedsindsigelsen kan antages til realitetsbehandling.

## ***2. Realiteten med hensyn til ulovlighedsindsigelsen***

- 61 MEKH har gjort gældende, at kapitel V i forordning 2017/459 er ulovligt, idet forordning nr. 715/2009 ikke giver Kommissionen mulighed for at vedtage en netregel, der fastsætter en proces for etablering af ny kapacitet, som går så langt som til at pålægge operatøren at foretage de investeringer, der er nødvendige for at etablere den nævnte nye kapacitet.
- 62 Dette anbringende består i det væsentlige af to led. MEKH har for det første gjort gældende, at kapitel V i forordning 2017/459 er uforeneligt med retsgrundlaget for forordning nr. 715/2009, dvs. artikel 114 TEUF. For det andet er MEKH af den opfattelse, at det nævnte kapitel ikke er omfattet af den beføjelse, som Kommissionen er tillagt ved sidstnævnte forordning til at vedtage netregler.
- 63 ACER, støttet af Kommissionen, er af den opfattelse, at dette anbringendes to led er ugrundede. Agenturet har indledningsvis anført, at ulovlighedsindsigelsen er uvirksom af tre grunde.
- 64 Den første grund, som ACER har fremført, vedrører den fejlagtige karakter af den antagelse, som ulovlighedsindsigelsen hviler på, eftersom kapitel V i forordning 2017/459 ikke pålægger transmissionssystemoperatørerne at træffe investeringsbeslutninger med henblik på at etablere ny kapacitet på nettet.
- 65 Dette argument kan ikke tiltrædes.
- 66 Kapitel V i forordning 2017/459 fastsætter nemlig en procedure, der i det væsentlige omfatter syv etaper, som i givet fald medfører en forpligtelse for transmissionssystemoperatørerne til at afsætte de nødvendige investeringer til etableringen af ny kapacitet på nettet.
- 67 For det første skal de pågældende transmissionssystemoperatører i henhold til artikel 26 i forordning 2017/459 vurdere markedsefterspørgslen med hensyn til projekter for ny kapacitet for hver side af et sammenkoblingspunkt.
- 68 Hvis det følger af den forudgående etape, at der kan være en markedsefterspørgsel efter et projekt for ny kapacitet, bestemmes det for det andet i artikel 27 i forordning 2017/459, at de pågældende transmissionssystemoperatører skal påbegynde en designfase for et projekt i denne retning.

- 69 For det tredje skal de pågældende transmissionssystemoperatører i henhold til artikel 28, stk. 1, i forordning 2017/459 forelægge den nationale reguleringsmyndighed projektet for ny kapacitet til godkendelse.
- 70 For det fjerde skal de kompetente nationale reguleringsmyndigheder i henhold til artikel 28, stk. 2, i forordning 2017/459 godkende eller indgå en aftale om projektet.
- 71 For det femte præciseres det i artikel 29 i forordning 2017/459, at når projektet for ny kapacitet er blevet godkendt af de nationale reguleringsmyndigheder, udbydes den nævnte ny kapacitet på auktion med henblik på at opnå bindende tilsagn fra netbrugerne om at erhverve kapacitet for forskellige udbudsniveauer.
- 72 For det sjette følger det af artikel 22-25 i forordning nr. 2017/459, at enten den nationale reguleringsmyndighed eller transmissionssystemoperatøren udfører en økonomisk test på grundlag af de modtagne bindende tilsagn.
- 73 Endelig bestemmes det i artikel 22, stk. 3, i forordning 2017/459 for det syvende, hvis den økonomiske test viser et positivt resultat på begge sider af et sammenkoblingspunkt vedrørende mindst ét udbudsniveau, der inkluderer ny kapacitet, at »projektet sættes i gang«. I mangel af et positivt resultat »afsluttes den specifikke proces for ny kapacitet«.
- 74 Det følger heraf, at hvis de forskellige betingelser i kapitel V i forordning 2017/459 er opfyldt – bl.a. at der foreligger bindende tilsagn fra netbrugerne med henblik på at erhverve ny kapacitet, på grundlag af hvilke den økonomiske bæredygtighed af en kapacitetsforøgelse godtgøres ved den økonomiske test – »sættes projektet i gang« i henhold til ordlyden af den nævnte forordnings artikel 22, stk. 3, hvilket indebærer, at transmissionssystemoperatøren er forpligtet til at etablere ny kapacitet ved at foretage de nødvendige investeringer heri.
- 75 Denne konklusion er i øvrigt blevet fulgt af ACER's egne instanser. Det fremgår nemlig af selve ordlyden af den oprindelige afgørelse (artikel 2, stk. 4, i den dispositive del), at ACER fastsatte forpligtelsen for FGSZ og GCA til at gennemføre HUAT-projektet inden den 1. oktober 2024, hvis resultatet af den økonomiske test for det nævnte projekt viste sig at være positivt. ACER's klagenævn anerkendte desuden selv i punkt 99 i sin afgørelse, at kombinationen af artikel 22, stk. 3, og artikel 28 og 29 i forordning 2017/459 kunne føre til en sådan forpligtelse.
- 76 Den anden grund, som ACER har påberåbt sig, vedrører det forhold, at ulovlighedsindsigelsen er uvirksom, for så vidt som klagenævnets afgørelse ikke blev vedtaget på grundlag af kapitel V i forordning 2017/459, men på grundlag af artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 713/2009.
- 77 Det bemærkes, at ACER ved klagenævnets afgørelse trådte i stedet for de nationale reguleringsmyndigheder for at gennemføre den fjerde etape i processen for ny kapacitet, som blev indført ved kapitel V i forordning 2017/459 og er beskrevet i præmis 66-73 ovenfor.
- 78 Følgelig og af grunde, som er analoge til dem, der er redegjort for i præmis 59 ovenfor, anvender klagenævnets afgørelse, selv om den er truffet på grundlag af artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 713/2009, reglerne i kapitel V i forordning 2017/459, som således er en betingelse for dens lovlighed, således at ulovlighedsindsigelsen ikke er uvirksom som hævdet af ACER.

- 79 Endelig har ACER i forbindelse med den tredje grund fremhævet, at MEKH alene har anfægtet gyldigheden af kapitel V i forordning 2017/459, selv om andre bestemmelser i denne forordning henviser til etableringen af ny kapacitet på nettet.
- 80 I denne henseende er det tilstrækkeligt at fremhæve, at den omstændighed, at andre bestemmelser i forordning 2017/459 henviser til etableringen af ny kapacitet og ikke udtrykkeligt er omfattet af den foreliggende ulovlighedsindsigelse, er uden relevans, eftersom det eneste væsentlige er spørgsmålet om, hvorvidt nævnte forordnings kapitel V, som blev anvendt i klagenævnets afgørelse, er ulovligt, hvilket vil indebære, at det fastslås, at det ikke finder anvendelse på de foreliggende tvister i henhold til artikel 277 TEUF.
- 81 Eftersom disse indledende indsigelser fra ACER's side er blevet forkastet, skal det undersøges, om det foreliggende anbringendes to led har grundlag.

***a) Spørgsmålet, om det første led, hvorefter forordning 2017/459 er uforenelig med retsgrundlaget for forordning nr. 715/2009, har grundlag***

- 82 MEKH har i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen ikke i kapitel V i forordning 2017/459 kunne fastsætte en mulighed for at rette individuelle afgørelser til transmissionssystemoperatørerne, som pålægger dem at foretage investeringer, uden at tilsidesætte retsgrundlaget for forordning nr. 715/2009, dvs. artikel 114 TEUF, der foreskriver vedtagelse af harmoniseringsforanstaltninger, som ikke kan omfatte indførelse af en retlig ordning, der indebærer vedtagelse af individuelle afgørelser rettet til private operatører.
- 83 I henhold til artikel 114 TEUF, stk. 1, andet punktum, »[vedtager] Europa-Parlamentet og Rådet, der træffer afgørelse efter den almindelige lovgivningsprocedure og efter høring af Det Økonomiske og Sociale Udvalg, [...] de foranstaltninger med henblik på indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser, der vedrører det indre markeds oprettelse og funktion«.
- 84 Artikel 1 i forordning nr. 715/2009 præciserer, at denne forordning bl.a. har til formål at »fastsætte ikke-diskriminerende regler om betingelserne for adgang til naturgastransmissionsnet, idet der tages hensyn til de nationale og regionale markeders særlige kendetegn, med henblik på at sikre et velfungerende indre marked for gas«, at »fremme udviklingen af et funktionsdygtigt og gennemsigtigt engrosmarked med et højt forsyningsikkerhedsniveau for gas« og at »fastlægge mekanismer til harmonisering af reglerne for adgang til net for grænseoverskridende gasudveksling«.
- 85 For det første bemærkes, at traktatens ophavsmænd ved udtrykket »foranstaltninger med henblik på indbyrdes tilnærmelse« har villet tillægge EU-lovgiver et skøn – på grundlag af den generelle sammenhæng og de særlige omstændigheder vedrørende det område, der skal harmoniseres – vedrørende den mest hensigtsmæssige metode for indbyrdes tilnærmelse med henblik på at opnå det ønskede resultat, især inden for teknisk komplicerede områder (dom af 22.1.2014, Det Forenede Kongerige mod Parlamentet og Rådet, C-270/12, EU:C:2014:18, præmis 102).
- 86 For det andet følger det af Domstolens praksis, dels at situationen på visse områder kan være den, at det ikke er tilstrækkeligt til at sikre markedets enhed, at der blot sker en tilnærmelse af de generelle regler, dels at der ikke er noget i ordlyden af artikel 114 TEUF, der giver grundlag for at

fastslå, at de foranstaltninger, som er vedtaget af EU-lovgiver på grundlag af denne bestemmelse, for så vidt angår deres adressater skal begrænses til medlemsstaterne (dom af 22.1.2014, Det Forenede Kongerige mod Parlamentet og Rådet, C-270/12, EU:C:2014:18, præmis 106 og 107).

- 87 For det tredje og følgelig skal det fastslås, at artikel 114 TEUF ikke er til hinder for, at Kommissionen i henhold til forordning nr. 715/2009 udarbejder bestemmelser, der i givet fald indebærer en forpligtelse for en eller flere transmissionssystemoperatører til at foretage de investeringer, der er nødvendige for at opnå ny kapacitet på nettet, for så vidt som den nævnte forpligtelse ikke fremstår som åbenbart uegnet til at nå sine harmoniseringsmål.
- 88 For det fjerde skal det, henset til den betydning, som tilstedeværelsen af tilstrækkelig kapacitet på nettene kan have med henblik på at sikre et velfungerende indre marked for gas og forsyningssikkerheden, fastslås, at kapacitetsforøglesprocessen i kapitel V i forordning 2017/459, som der er redegjort for i præmis 66-73 ovenfor, uden vanskelighed kan knyttes til formålene med forordning nr. 715/2009, således som de er anført i forordningens artikel 1.
- 89 Det første led må derfor forkastes.

***b) Spørgsmålet, om det andet led, hvorefter kapitel V i forordning 2017/459 går ud over den beføjelse, som Kommissionen er tillagt ved forordning nr. 715/2009, har grundlag***

- 90 MEKH har i det væsentlige gjort gældende, at kapitel V i forordning 2017/459 går ud over grænserne for den beføjelse, som Kommissionen er tillagt ved artikel 8, stk. 6, i forordning nr. 715/2009 til at vedtage netregler.
- 91 ACER, støttet af Kommissionen, er af den opfattelse, at bestemmelserne i forordning 2017/459 om ny kapacitet er i overensstemmelse med forordning nr. 715/2009. ACER har fremhævet, at vedtagelsen af regler om ny kapacitet pr. definition er et overnationalt spørgsmål, at disse regler er nødvendige for at nå målene med sidstnævnte forordning, og at de henhører under Kommissionens beføjelse, som gør det muligt for den at ændre ikke-væsentlige bestemmelser i samme forordning i forbindelse med vedtagelsen af netregler, der bl.a. vedrører kapacitetstildelingen, forsyningssikkerheden og tilslutningen til nettet.
- 92 Kommissionen har ligeledes fremhævet betydningen for et velfungerende indre marked for naturgas og for beskyttelsen af konkurrencen på dette marked af en regulering af de store gasrørledningsnet, eftersom disse udgør naturlige monopoler, der kan give anledning til misbrug, såsom begrænsningen af strategiske investeringer i udviklingen og udvidelsen af nettet. Kommissionen har tilføjet, at nødvendigheden af at sikre en passende sammenkobling mellem de nationale energisystemer med henblik på oprettelsen af det indre marked for energi følger af artikel 170 TEUF, 172 TEUF og 194 TEUF.
- 93 Kommissionen har endvidere i det væsentlige fremhævet, at der til trods for den strukturelle adskillelse mellem på den ene side produktion og handel med gas og på den anden side transport af gas kan være økonomiske incitamenters til ikke at foretage de nødvendige infrastrukturinvesteringer, opretholde nettets udnyttelsesgrad og anvende tariffer for kapacitetsbegrænsning. Dette er grunden til, at såvel forordning nr. 715/2009 som Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/73/EF af 13. juli 2009 om fælles regler for det indre marked for naturgas og om ophævelse af direktiv 2003/55/EF (EUT 2009, L 211, s. 94) fastsætter

forpligtelser for transmissionssystemoperatørerne vedrørende etableringen af grænseoverskridende transmissionskapacitet og for de nationale reguleringsmyndigheder til at sikre overholdelsen af disse forpligtelser.

- 94 Kommissionen har ligeledes gjort gældende, at det følger af ordlyden af artikel 16, stk. 2 og 5, i forordning nr. 715/2009, at begrebet grænseoverskridende tildeling nødvendigvis indebærer muligheden for at forøge den eksisterende kapacitet med henblik på at skabe et operationelt indre marked for energi og beskytte konkurrencen på dette marked. Kommissionen har endvidere i det væsentlige anført, at forpligtelsen for transmissionssystemoperatørerne til at træffe en investeringsbeslutning, når visse betingelser er opfyldt, er nødvendig for at nå det mål om koordineret tildeling af grænseoverskridende kapacitet, der er fastsat i artikel 42, stk. 2, litra a), i direktiv 2009/73.
- 95 Retten bemærker for det første, at retsgrundlaget for forordning 2017/459 er artikel 6, stk. 11, og artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 715/2009, og at den indfører »en netregel om kapacitetstildelingsmekanismer i gastransmissionssystemer«, samtidig med at den ophæver Kommissionens forordning (EU) nr. 984/2013 af 14. oktober 2013 om fastsættelse af netregler om mekanismer for kapacitetstildeling i gastransmissionssystemer og supplerende af forordning nr. 715/2009 (EUT 2013, L 273, s. 5), der lå til grund for den tidligere netregel. Kapitel V i forordning 2017/459 vedrører »proces for ny kapacitet«. Som det er forklaret i præmis 67-74 ovenfor, kan denne proces føre til, at gastransmissionssystemoperatøren forpligtes til at etablere ny kapacitet på det nævnte system, hvis visse betingelser er opfyldt.
- 96 For det andet følger Kommissionens beføjelse til at vedtage netregler af artikel 6, stk. 11, artikel 7, stk. 3, og artikel 8, stk. 6, i forordning nr. 715/2009. Det følger nemlig af en samlet læsning af disse bestemmelser, at Kommissionen har ret til at udarbejde netregler på visse udtømmende opregnede områder i stedet for det europæiske net af transmissionssystemoperatører for gas (herefter »ENTSO«), som i henhold til nævnte forordnings artikel 4 udgør samarbejdsstrukturen på EU-plan for alle gastransmissionssystemoperatører.
- 97 Hvad for det første angår artikel 6 i forordning nr. 715/2009 fastsætter denne proceduren for etablering af netreglerne. Selv om denne procedure fastsætter, at ENTSO udarbejder netreglerne i forbindelse med ACER og Kommissionen, bestemmer artikel 6, stk. 11, første afsnit, at »Kommissionen [...], hvis ENTSO for gas [...] ikke har udviklet netregler [...] på eget initiativ [...] [kan] vedtage et eller flere sæt netregler på de områder, der er nævnt i artikel 8, stk. 6«. Omfanget af Kommissionens delegerede beføjelse til at vedtage netregler er således begrænset til alene at omfatte de områder, hvor ENTSO kunne have udarbejdet de nævnte regler, dvs. dem, der er omhandlet i den nævnte forordnings artikel 8, stk. 6.
- 98 For det andet præciseres det i artikel 6, stk. 11, andet afsnit, i forordning nr. 715/2009, at de foranstaltninger, der vedtages i netreglerne, »har til formål at ændre ikke-væsentlige bestemmelser i denne forordning ved at supplere den« og »vedtages efter forskriftsproceduren med kontrol i artikel 28, stk. 2«. Sidstnævnte bestemmelse henviser til artikel 5a, stk. 1-4, i Rådets afgørelse 1999/468/EF af 28. juni 1999 om fastsættelse af de nærmere vilkår for udøvelsen af de gennemførelsesbeføjelser, der tillægges Kommissionen (EFT 1999, L 184, s. 23), den såkaldte »komitologi-afgørelse«, som ændret ved Rådets afgørelse 2006/512/EF af 17. juli 2006 (EUT 2006, L 200, s. 11). En tilsvarende bemærkning findes i artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 715/2009, som vedrører Kommissionens ændringer af de eksisterende netregler.

99 For det tredje og følgelig indebærer dette led, at det først skal undersøges, om kapitel V i forordning 2017/459 kan henføres til de områder, der er omhandlet i artikel 8, stk. 6, i forordning nr. 715/2009, hvortil sidstnævnte forordnings artikel 6, stk. 11, første afsnit, henviser. I benægtende fald skal det dernæst undersøges, om det nævnte kapitel svarer til en ændring af en ikke-væsentlig bestemmelse i forordning nr. 715/2009, som er tilladt i henhold til samme forordnings artikel 6, stk. 11, andet afsnit, og samme forordnings artikel 7, stk. 3.

*1) Rækkevidden af den beføjelse, som Kommissionen er tillagt ved artikel 6, stk. 11, første afsnit, og ved artikel 8, stk. 6, i forordning nr. 715/2009*

100 Af de grunde, der er anført i præmis 97 ovenfor, er rækkevidden af den bemyndigelse, der er delegeret ved artikel 6, stk. 11, i forordning nr. 715/2009, afgrænset til de områder, der er opregnet i denne forordnings artikel 8, stk. 6, som derfor skal fortolkes.

101 I henhold til fast retspraksis skal der ved fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse ikke blot tages hensyn til dens ordlyd, men også til den sammenhæng, hvori bestemmelsen indgår, og de mål, der forfølges med den ordning, som den udgør en del af (jf. dom af 7.6.2005, VEMW m.fl., C-17/03, EU:C:2005:362, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis).

*i) Ordlydsfortolkningen af artikel 8, stk. 6, i forordning nr. 715/2009*

102 Blandt de områder, der er opregnet i artikel 8, stk. 6, i forordning nr. 715/2009, for hvilke der er fastsat vedtagelse af netregler, er under litra g) påtænkt »regler om kapacitetstildeling og håndtering af kapacitetsbegrænsninger«, som MEKH har henvist til i sine skriftlige indlæg. ACER har desuden nævnt de områder, der er nævnt i litra a)-c), og som vedrører henholdsvis »regler om netsikkerhed og pålidelighed«, »regler om nettilslutning« og »regler for tredjepartsadgang«.

103 Det må imidlertid konstateres, at det eneste område, for hvilket der er fastsat etablering af en netregel, hvis ordlyd eventuelt kan omfatte spørgsmålet om ny kapacitet, er det område, der er omhandlet i artikel 8, stk. 6, litra g), i forordning nr. 715/2009 om »regler om kapacitetstildeling og håndtering af kapacitetsbegrænsninger«. De andre områder, der er omhandlet i det nævnte stykke, og navnlig dem, der vedrører »regler om netsikkerhed og pålidelighed«, »regler om nettilslutning« og »regler for tredjepartsadgang«, som ACER har henvist til, har nemlig ikke en ordlyd, der kan omfatte spørgsmålet om etablering af ny kapacitet på det nævnte net.

104 Artikel 2 i forordning nr. 715/2009 indeholder definitioner af de ord og udtryk, der anvendes i den nævnte forordning, bl.a. i denne forordnings artikel 8, stk. 6, litra g). Begrebet kapacitet er defineret generelt i punkt 3. Det er derefter opdelt i forskellige elementer: i punkt 4 med overskriften »uudnyttet kapacitet«, i punkt 16 med overskriften »uafbrydelig kapacitet«, i punkt 18 med overskriften »teknisk kapacitet« og i punkt 19 med overskriften »aftalt kapacitet«. Begrebet håndtering af kapacitetsbegrænsninger er defineret i punkt 5. Punkt 21 og 23 vedrører ligeledes begrebet kapacitetsbegrænsninger i forbindelse med definitionen af henholdsvis »aftalemæssige« kapacitetsbegrænsninger og »fysiske« kapacitetsbegrænsninger.

105 Det følger af disse definitioner, at begrebet kapacitet ubestrideligt omfatter den aktuelle kapacitet på nettet, og at håndteringen af kapacitetsbegrænsninger påtænkes på grundlag af den eksisterende kapacitet på nettet. Det fremgår derimod ikke udtrykkeligt af nogen af disse definitioner, at det nævnte begreb kan forstås således, at det også omfatter etablering af ny

kapacitet på det nævnte net, eller at »håndtering af kapacitetsbegrænsninger« kan fortolkes således, at det tilsigter absorbering af en eventuel kapacitetsbegrænsning ved etableringen af ny kapacitet.

- 106 For det første defineres begrebet kapacitet således som »den maksimale strøm af gas [...] som netbrugeren har ret til ifølge bestemmelserne i transportaftalen«. For så vidt som det kun er den kapacitet, som en netbruger »har ret til«, der er omfattet, indebærer en sådan definition snarere, at det kun er den aktuelle kapacitet på nettet og ikke eventuel fremtidig kapacitet, der er omfattet.
- 107 For det andet bemærkes, at selv om forordning nr. 715/2009 behandler begrebet kapacitet i et stort antal mulige deklinationer, nævner den ikke »fremtidig kapacitet«. Det er kun i artikel 3, stk. 1, i forordning 2017/459, at Kommissionen definerer denne som omfattende »en mulig fremtidig stigning i teknisk kapacitet via markedsbaserede procedurer eller mulig nyskabt kapacitet, hvor der aktuelt ikke findes kapacitet, som kan udbydes på grundlag af investering i fysisk infrastruktur eller langsigtet kapacitetsoptimering og efterfølgende tildeles, under forbehold af et positivt resultat af den økonomiske test, i [forskellige] tilfælde«.
- 108 For det tredje indebærer hverken definitionen af udtrykket »håndtering af kapacitetsbegrænsninger« eller af udtrykkene »aftalemæssige kapacitetsbegrænsninger« og »fysiske kapacitetsbegrænsninger«, at der skal etableres ny kapacitet på nettet som en løsning på problemer med kapacitetsbegrænsninger eller mætning af nettet.

*ii) Den kontekstuelle fortolkning af artikel 8, stk. 6, i forordning nr. 715/2009*

- 109 I forbindelse med en kontekstuel fortolkning af artikel 8, stk. 6, i forordning nr. 715/2009 skal det undersøges, om det følger af denne forordnings generelle opbygning eller i givet fald af andre EU-retlige bestemmelser, at omfanget af den kompetence, der er delegeret til ENTSO ved nævnte forordnings artikel 8, stk. 6, i forbindelse med etableringen af netregler, og følgelig til Kommissionen i henhold til denne forordnings artikel 6, stk. 11, første afsnit, udstrækker sig til reglerne om etablering af ny kapacitet på nettet.
- 110 Dette er ikke tilfældet, eftersom det fremgår af en undersøgelse af forordning nr. 715/2009 i sin helhed, at der er en klar sondring mellem på den ene side de områder, der er opregnet i den nævnte forordnings artikel 8, stk. 6, for hvilke ENTSO har kompetence til at udarbejde de relevante regler inden for rammerne af netregler, og på den anden side rammerne for de investeringer, der er nødvendige for at etablere ny kapacitet på nettet, for hvilke ENTSO kun udøver en støtte- og koordineringsfunktion.
- 111 Dette kommer for det første til udtryk ved karakteren af de beføjelser, der er delegeret til ENTSO med hensyn til netudviklingen, således som de følger af artikel 8, stk. 3, litra b), sammenholdt med artikel 8, stk. 10, i forordning nr. 715/2009.
- 112 Selv om artikel 8, stk. 3, litra b), i forordning nr. 715/2009 på den ene side fastsætter, at ENTSO skal vedtage en europæisk netudviklingsplan, præciseres det nemlig heri, at nævnte plan kun er »ikke-bindende«. Desuden er planen i henhold til samme forordnings artikel 8, stk. 10, baseret på »nationale investeringsplaner«.
- 113 På den anden side forholder det sig således, at selv om den europæiske netudviklingsplan, som ENTSO har vedtaget i henhold til artikel 8, stk. 10, i forordning nr. 715/2009, ifølge litra c) »skal [...] redegøre for investeringsmangler, navnlig hvad den grænseoverskridende kapacitet angår«,

tildeler denne bestemmelse ikke ENTSO nogen beføjelser med henblik på at afhjælpe de identificerede mangler. ENTSO har i henhold til den nævnte forordnings artikel 8, stk. 10, tredje afsnit, alene mulighed for som bilag at vedlægge planen »en gennemgang af de hindringer for øget grænseoverskridende kapacitet, som foranlediges af forskelle i godkendelsesprocedurer eller -praksis«.

- 114 Det følger heraf, at den europæiske netudvikling i første række henhører under medlemsstaterne, og at ENTSO's rolle udelukkende indgår i koordineringen af de nævnte medlemsstaters udøvelse af deres kompetence. Det ville derfor være i strid med den indre logik i forordning nr. 715/2009 at fortolke denne således, at den i henhold til dens artikel 8, stk. 6, tildeler ENTSO en normativ kompetence for så vidt angår udarbejdelsen af regler, der danner en ramme for etablering af ny kapacitet på nettet.
- 115 For det andet fremgår det såvel af artikel 16 i forordning nr. 715/2009 som af en sammenligning af denne forordning med direktiv 2009/73, at de nærmere regler for kapacitetsforøgelsen på nettet ikke i den nævnte forordning anses for at udgøre et område, der kan være genstand for efterfølgende regulering på grundlag heraf.
- 116 Hvad for det første angår artikel 16 i forordning nr. 715/2009 vedrører den »kapacitetstildeling« og »håndtering af kapacitetsbegrænsninger« og dækker derfor det samme område som den netregel, som ENTSO har beføjelse til at udarbejde i henhold til den nævnte forordnings artikel 8, stk. 1 og stk. 6, litra g).
- 117 På den ene side fastsætter artikel 16, stk. 1-4, i forordning nr. 715/2009 præcise forpligtelser over for transmissionssystemoperatørerne i forbindelse med tildelingen af kapacitet og håndteringen af aftalemæssige kapacitetsbegrænsninger og fysiske kapacitetsbegrænsninger på nettet. Disse forpligtelser vedrører imidlertid udelukkende tildelingen af aktuel kapacitet og håndtering af kapacitetsbegrænsninger alene på grundlag af eksisterende kapacitet, dvs. uden hensyntagen til ny kapacitet, der kan følge af fremtidige investeringer. Hverken den ny kapacitet eller de nye investeringer i forbindelse hermed er nemlig omhandlet i disse bestemmelser. Spørgsmålet om nye investeringer på nettet er derimod udtrykkeligt omhandlet i artikel 16, stk. 5.
- 118 På den anden side har artikel 16, stk. 5, i forordning nr. 715/2009 en meget mindre normgivende karakter end de fire første stykker i denne artikel. Den begrænser sig nemlig til at fremhæve dels, at »[t]ransmissionssystemoperatørerne [jævnligt] bedømmer [...] efterspørgslen på markedet efter nye investeringer«, dels, at når transmissionssystemoperatørerne »planlægger nye investeringer, bedømmer de markedets efterspørgsel og tager højde for forsyningssikkerheden.« Der er ikke fastsat nogen forpligtelse for transmissionssystemoperatørerne til at foretage yderligere investeringer, der er forbundet med situationen på nettet eller forsyningssikkerheden.
- 119 For det andet bemærkes, at de eneste bestemmelser, der kan indebære en forpligtelse for transmissionssystemoperatørerne til at foretage nye investeringer på nettet med henblik på at etablere ny kapacitet, fremgår af direktiv 2009/73, som blev vedtaget samtidig med forordning nr. 715/2009 inden for rammerne af den »tredje energipakke«.
- 120 Artikel 13, stk. 2, i direktiv 2009/73 pålægger således transmissionssystemoperatørerne at opbygge »tilstrækkelig grænseoverskridende kapacitet til at integrere den europæiske transmissionsinfrastruktur under hensyntagen til alle økonomisk rimelige og teknisk mulige efterspørgsler på kapacitet og til forsyningssikkerheden for gas«. Desuden bestemmer direktivets artikel 22 med overskriften »Netudvikling og beføjelser til at træffe investeringsafgørelser« i stk. 1,



at »[t]ransmissionssystemoperatørerne forelægger [...] den regulerende myndighed en ti-årig netudviklingsplan på grundlag af den eksisterende og skønnede fremtidige udbuds- og efterspørgselsituation«. I henhold til artikel 22, stk. 3 skal planen være baseret på »rimelige skøn over udviklingen af produktion, forsyning, forbrug og udvekslinger med andre lande«.

121 Det følger desuden af artikel 41, stk. 1, litra b) og g), i direktiv 2009/73, at det tilkommer den regulerende myndighed at sikre, at transmissionssystemoperatøren overholder sine forpligtelser i henhold til EU-retten, herunder for så vidt angår grænseoverskridende forhold, og at denne overvågningsopgave omfatter transmissionssystemoperatørers investeringsplaner.

122 Denne overvågningsopgave kommer navnlig til udtryk i artikel 22, stk. 4-7, i direktiv 2009/73, som pålægger den nationale regulerende myndighed henholdsvis at høre de faktiske eller potentielle brugere af nettet om den tiårige netudviklingsplan, der fremlægges af transmissionssystemoperatøren, at undersøge, om denne plan er fuldstændig, og om den er i overensstemmelse med den i artikel 8, stk. 3, litra b), i forordning nr. 715/2009 omhandlede europæiske netudviklingsplan, at overvåge og evaluere gennemførelsen af den ti-årige netudviklingsplan, og i givet fald at træffe foranstaltninger, såfremt systemoperatøren ikke foretager en investering.

123 Det følger af det ovenstående, at det er i henhold til direktiv 2009/73, at en transmissionssystemoperatør er underlagt forpligtelsen til at afsætte de investeringer, der er nødvendige for, at systemet kan fungere tilfredsstillende, og i givet fald at etablere ny kapacitet, og at det tilkommer medlemsstaten gennem sin nationale reguleringsmyndighed at sikre overholdelsen af disse forpligtelser.

124 Det skal endvidere fastslås, at der ikke er nogen bestemmelse i direktiv 2009/73, der omhandler vedtagelsen på EU-plan af en retlig ramme for bestemmelser om gennemførelse af forpligtelserne for transmissionssystemoperatørerne på investeringsområdet eller for bestemmelser om de nationale reguleringsmyndigheders tilsyn med disse forpligtelser.

125 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at selv om artikel 42, stk. 2, litra a), i direktiv 2009/73, som Kommissionen har henvist til, fremhæver betydningen af et samarbejde mellem nationale reguleringsmyndigheder, bl.a. »[for at] muliggøre et tilstrækkeligt niveau af sammenkoblingskapacitet, herunder gennem ny sammenkobling«, fastsætter denne bestemmelse kun en forpligtelse til samarbejde mellem de regulerende myndigheder »på regionalt plan«. Denne bestemmelse kan derfor ikke anses for at forudsætte, at Kommissionen vedtager bestemmelser om etablering af ny kapacitet på sammenkoblingspunkterne.

126 Det skal derfor udledes af analysen af forordning nr. 715/2009 og af direktiv 2009/73, at lovgiver i forbindelse med vedtagelsen af den »tredje energipakke« har ønsket, at gennemførelsen af de relevante EU-regler vedrørende udviklingen af nettet og etableringen af ny kapacitet alene henhører under medlemsstaternes kompetence uden at tillægge ENTSO og Kommissionen kompetence i denne henseende.

*iii) Den teleologiske fortolkning af artikel 8, stk. 6, i forordning nr. 715/2009*

127 Hvad angår den teleologiske fortolkning af artikel 8, stk. 6, i forordning nr. 715/2009 har ACER og Kommissionen fremført forskellige argumenter med henblik på at begrunde vedtagelsen af bestemmelser på EU-plan på området for investeringer, der gør det muligt at etablere ny kapacitet. De har således henvist til behovet – for funktionen af det indre marked for naturgas –

for en regulering af de store gasrørledningsnet, således at disse råder over tilstrækkelige investeringer og ikke gøres til genstand for konkurrencebegrænsende adfærd fra transmissionssystemoperatørernes side, idet disse befinder sig i en situation med et naturligt monopol.

- 128 Selv om det i denne henseende ganske vist var muligt for EU-lovgiver i forordning nr. 715/2009 at fastsætte etablering af ny kapacitet på nettet med henblik på bl.a. at nå målet med Unionens politik på energiområdet, der har til formål at »at sikre energiforsyningsikkerheden i Unionen«, som er fastsat i artikel 194, stk. 1, litra b), TEUF, må det imidlertid konstateres, at ingen af begrundelserne for denne forordning gør det muligt at påvise et formål, der består i at give ENTSO, og som følge deraf Kommissionen, beføjelse til at udarbejde en netregel, der udstrækker sig til spørgsmålet om investeringer, der er nødvendige for etableringen af sådan ny kapacitet.
- 129 Som det er fremhævet i præmis 126 ovenfor, fremgår det tværtimod af forordning nr. 715/2009 og af direktiv 2009/73, at lovgivers hensigt ved vedtagelsen af den »tredje energipakke« var at delegere gennemførelsen af de relevante EU-regler på dette område til medlemsstaterne alene.
- 130 Denne konklusion bestyrkes af en hensyntagen til forarbejderne til forordning nr. 715/2009. Det fremgår nemlig af Rådets fælles holdning nr. 12/2009 af 9. januar 2009 med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets forordning om betingelserne for adgang til naturgasrørledningsnet og om ophævelse af forordning (EF) nr. 1775/2005 (EUT 2009, C 75 E, s. 38), at Rådet foretrak ordlyden af artikel 8, stk. 3, litra b), og artikel 16 i forordning nr. 715/2009, der er nævnt i henholdsvis præmis 112 og præmis 118 ovenfor, frem for den af Kommissionen og Europa-Parlamentet påtænkte ordlyd, og således så bort fra de påtænkte henvisninger til investeringer på nettet og til etableringen af ny kapacitet.
- 131 Hvad for det første angår artikel 8, stk. 3, litra b), i forordning nr. 715/2009 har MEKH i sine svar på foranstaltningerne med henblik på sagens tilrettelæggelse med rette anført, at Rådet for så vidt angår den rolle, der er tillagt ENTSO på planlægningsområdet, fraveg Kommissionens forslag ved at foretrække udtrykket »netudviklingsplan« frem for udtrykket »investeringsplan« og fremhævede denne plans »ikke-bindende« karakter.
- 132 Hvad for det andet angår artikel 16 i forordning nr. 715/2009 fulgte Rådet ikke et ændringsforslag fra Europa-Parlamentet, som Kommissionen havde godkendt, der ville have ført til anerkendelsen af en forpligtelse for transmissionssystemoperatørerne til at etablere ny kapacitet efter en procedure, der har en vis lighed med den, der er fastsat i kapitel V i forordning 2017/459, og som er beskrevet i præmis 66-73 ovenfor.
- 133 Formålet med dette ændringsforslag var nemlig at tilføje et afsnit til artikel 16 i forordning nr. 715/2009, som fastsatte dels en forpligtelse for transmissionssystemoperatørerne til »[i] tilfælde af langvarig fysisk kapacitetsbegrænsning [at afhjælpe denne] ved at udvide de eksisterende kapaciteter med nye kapaciteter på grundlag af markedets efterspørgsel«, dels en forpligtelse for de nævnte transmissionssystemoperatører til at gennemføre en »open season«-procedure, »[f]or at kunne vurdere markedets efterspørgsel«.
- 134 Henset til det ovenstående skal det konkluderes, at det følger af fortolkningen af ordlyden af konteksten for og målet med artikel 8, stk. 6, i forordning nr. 715/2009, at denne artikel ikke tillægger ENTSO nogen beføjelse, der gør det muligt for dette i en netregel at lade indgå regler, der kan pålægge en gasrørledningsnetoperatør forpligtelsen til at etablere ny kapacitet på det nævnte system.

135 Det følger heraf, at Kommissionen ikke havde beføjelse til alene på grundlag af artikel 6, stk. 11, første afsnit, i forordning nr. 715/2009 at vedtage de bestemmelser om processen vedrørende ny kapacitet, der fremgår af kapitel V i forordning 2017/459.

*2) Rækkevidden af den beføjelse, som Kommissionen er tillagt ved artikel 6, stk. 11, andet afsnit, og artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 715/2009*

136 Af de grunde, der er anført i præmis 99 ovenfor, skal det undersøges, om en sådan beføjelse i givet fald kan følge af artikel 6, stk. 11, andet afsnit, og af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 715/2009, som bemyndiger Kommissionen til at ændre de ikke-væsentlige bestemmelser i denne forordning i forbindelse med vedtagelsen eller ændringen af en netregel.

137 I henhold til fast retspraksis er de væsentlige bestemmelser i en grundlæggende retsforordning dem, hvis vedtagelse kræver et politisk valg, som det hører under EU-lovgivers egen kompetence at træffe (jf. dom af 11.5.2017, Dyson mod Kommissionen, C-44/16 P, EU:C:2017:357, præmis 61 og den deri nævnte retspraksis).

138 Identificeringen af de bestemmelser på et område, der skal kvalificeres som væsentlige, skal baseres på objektive forhold, som gør det muligt at foretage en domstolsprøvelse, og kræver, at det pågældende områdes kendetegn og særtræk tages i betragtning (jf. dom af 11.5.2017, Dyson mod Kommissionen, C-44/16 P, EU:C:2017:357, præmis 62 og den deri nævnte retspraksis).

139 I det foreliggende tilfælde skal det bemærkes, at kapitel V i forordning 2017/459 svarer til en ændring af forordning nr. 715/2009, som i forbindelse med etableringen af ny kapacitet fører til, at den beføjelse, der er tillagt ved artikel 8, stk. 6, litra g), i forordning nr. 715/2009 på området for »regler om kapacitetstildeling og håndtering af kapacitetsbegrænsninger«, udvides til ENTSO og følgelig til Kommissionen, selv om den nævnte beføjelse kun vedrører den eksisterende kapacitet på nettet.

140 Af de grunde, der er anført i præmis 114-126 ovenfor, fremgår det imidlertid af opbygningen af forordning nr. 715/2009 og denne forordning sammenholdt med direktiv 2009/73, der blev vedtaget samtidig, at lovgiver traf et politisk valg, der bestod i at tildele gennemførelsen af de relevante EU-regler om tilvejebringelse af ny kapacitet til medlemsstaterne alene, uden at lovgiver uddelegerede kompetence hertil til ENTSO og Kommissionen. I henhold til den retspraksis, der er nævnt i præmis 137 ovenfor, skal det derfor fastslås, at den ændring, der blev foretaget ved kapitel V i forordning 2017/459, vedrører en væsentlig bestemmelse i forordning nr. 715/2009, som ikke er omfattet af sidstnævnte forordnings artikel 6, stk. 11, andet afsnit, og artikel 7, stk. 3.

141 Det følger af samtlige ovenstående betragtninger, at Kommissionen ikke ved forordning nr. 715/2009 havde beføjelse til at vedtage de bestemmelser om processen vedrørende ny kapacitet, der fremgår af kapitel V i forordning 2017/459.

142 Ulovlighedsindsigelsen skal derfor tages til følge, og kapitel V i forordning 2017/459 skal erklæres uanvendelig i medfør af artikel 277 TEUF. Det følger heraf, at klagenævnets afgørelse, hvori dette kapitel blev anvendt, skal annulleres med virkning erga omnes (jf. i denne retning dom af 1.6.2006, P & O European Ferries (Vizcaya) og Diputación Foral de Vizcaya mod Kommissionen, C-442/03 P og C-471/03 P, EU:C:2006:356, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis), uden at det er nødvendigt at tage stilling til de øvrige anbringender, der er fremsat i forbindelse med de foreliggende tvister.

143 Følgelig skal de foreliggende søgsmål tages til følge, for så vidt som de er rettet mod klagenævnets afgørelse.

#### IV. Sagsomkostninger

144 Ifølge procesreglementets artikel 134, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Da ACER i det foreliggende tilfælde i det væsentlige har tabt sagen, bør det pålægges ACER at bære sine egne omkostninger og at betale samtlige de af sagsøgerne afholdte omkostninger i overensstemmelse med disses påstande herom.

145 Ifølge procesreglementets artikel 138, stk. 1, bærer institutioner, der er indtrådt i en sag, deres egne omkostninger. Kommissionen bør derfor bære sine egne omkostninger.

146 I henhold til procesreglementets artikel 138, stk. 3, bør det pålægges E-Control at bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Anden Udvidede Afdeling):

- 1) **Magyar Energetikai és Közmű-szabályozási Hivatal (MEKH) søgsmål afvises, for så vidt som det vedrører afgørelse nr. 05/2019 af 9. april 2019 truffet af Den Europæiske Unions Agentur for Samarbejde mellem Energireguleringsmyndigheder (ACER).**
- 2) **ACER's klagenævns afgørelse nr. A-004-2019 af 6. august 2019 annulleres.**
- 3) **ACER bærer sine egne omkostninger og betaler de af MEKH og FGSZ Földgázszállító Zrt. afholdte omkostninger.**
- 4) **Europa-Kommissionen og Energie-Control Austria für die Regulierung der Elektrizitäts- und Erdgaswirtschaft (E-Control) bærer hver deres egne omkostninger.**

Tomljenović

Kreuschitz

Schalin

Škvařilová-Pelzl

Nömm

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg 16. marts 2022.

Underskrifter

## Indhold

|  |    |
|--|----|
| I. Sagens baggrund .....   | 2  |
| II. Retsforhandlinger og parternes påstande .....  | 3  |
| III. Retlige bemærkninger .....  | 5  |
| A. Formaliteten i sag T-684/19, for så vidt som den er rettet mod den oprindelige afgørelse ..   | 5  |
| B. Sagens realitet .....   | 7  |
| 1. Formaliteten med hensyn til ulovlighedsindsigelsen .....  | 7  |
| 2. Realiteten med hensyn til ulovlighedsindsigelsen .....  | 9  |
| a) Spørgsmålet, om det første led, hvorefter forordning 2017/459 er uforenelig med<br>retsgrundlaget for forordning nr. 715/2009, har grundlag .....                                     | 11 |
| b) Spørgsmålet, om det andet led, hvorefter kapitel V i forordning 2017/459 går ud<br>over den beføjelse, som Kommissionen er tillagt ved forordning nr. 715/2009, har<br>grundlag ..... | 12 |
| 1) Rækkevidden af den beføjelse, som Kommissionen er tillagt ved artikel 6,<br>stk. 11, første afsnit, og ved artikel 8, stk. 6, i forordning nr. 715/2009 .....                         | 14 |
| i) Ordlydsfortolkningen af artikel 8, stk. 6, i forordning nr. 715/2009 .....  | 14 |
| ii) Den kontekstuelle fortolkning af artikel 8, stk. 6, i forordning nr. 715/2009  | 15 |
| iii) Den teleologiske fortolkning af artikel 8, stk. 6, i forordning nr. 715/2009 .  | 17 |
| 2) Rækkevidden af den beføjelse, som Kommissionen er tillagt ved artikel 6,<br>stk. 11, andet afsnit, og artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 715/2009 .....                              | 19 |
| IV. Sagsomkostninger .....   | 20 |