



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
fremsat den 15. september 2022¹

Sag C-46/21 P

**Den Europæiske Unions Agentur for Samarbejde mellem Energireguleringsmyndigheder
(ACER)
mod
Aquind Ltd**

»Appel – energi – forordning (EF) nr. 713/2009 – afgørelse truffet af ACER om afslag på en anmodning om en undtagelse til de nye samkøringslinjer for elektricitet – klage til ACER's klagenævn – ACER's klagenævns funktion, sammensætning og beføjelser samt varigheden af proceduren for dette klagenævn – kontrollens intensitet – artikel 17 i forordning (EF) nr. 714/2009 – undtagelsesordning for nye samkøringslinjer for elektricitet – artikel 12 i forordning (EU) nr. 347/2013 – generel ordning for finansiering af grænseoverskridende energiinfrastruktur – finansiering af projekter af fælles interesse – grænseoverskridende omkostningsfordeling«

1. Denne appel giver Domstolen lejlighed til at tage stilling til intensiteten af den kontrol, som appelorganerne for EU's agenturer skal anvende i forbindelse med afgørelsen af de klager, der indbringes for dem.
2. Domstolen skal nærmere bestemt bekræfte eller forkaste det skøn, som Retten anlagde i den dom, der er genstand for denne appel², idet Retten krævede, at klagenævnet for Agenturet for Samarbejde mellem Energireguleringsmyndigheder (herefter »ACER«)³ skulle foretage en vurdering af dette agents afgørelser, der er mere vidtgående end blot en undersøgelse af åbenbare fejl.

¹ – Originalsprog: spansk.

² – Dom af 18.11.2020, Aquind mod ACER (T-735/18, EU:T:2020:542) (herefter »den appellerede dom«).

³ – Den retlige ordning for ACER var fastlagt i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 713/2009 af 13.7.2009 om oprettelse af et agentur for samarbejde mellem energireguleringsmyndigheder (EUT 2009, L 211, s. 1). Denne forordning er blevet ophævet ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2019/942 af 5.6.2019 om oprettelse af Den Europæiske Unions Agentur for Samarbejde mellem Energireguleringsmyndigheder (EUT 2019, L 158, s. 22).

3. Selv om der allerede foreligger fast retspraksis om de beføjelser, som appelorganer for andre organer, som f.eks. Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel Ejendomsret (EUIPO) og EF-Sortsmyndigheden (CPVO), er tillagt, er dette ikke tilfældet for sager for de øvrige appelorganer, hvis afgørelser løbende indbringes for Retten⁴. Som følge heraf er denne appel relevant⁵.

4. Baggrunden for tvisten er en afgørelse truffet af ACER (nr. 05/2018), hvorved ACER gav afslag på at undtage oprettelsen af en netinfrastruktur, der forbinder det britiske og det franske elektricitets transmissionsnet, fra bestemte forpligtelser, der følger af reglerne om liberalisering af elmarkedet.

5. I denne afgørelse (som efterfølgende blev opretholdt af ACER's klagenævn i afgørelse A-001-2018) anvendtes artikel 17, stk. 1, i forordning (EF) nr. 714/2009⁶ i forbindelse med den generelle ordning for finansiering af energiinfrastruktur, der er fastlagt i artikel 12 i forordning (EU) nr. 347/2013⁷.

I. Retsforskrifter

A. Forordning nr. 713/2009

6. Artikel 19⁸ bestemmer:

»1. Alle fysiske og juridiske personer, herunder nationale regulerende myndigheder, kan påklage en i artikel 7, 8 eller 9 omhandlet beslutning, som er rettet til den pågældende, eller en beslutning, som, selv om den formelt er rettet til en anden person, er af direkte og personlig interesse for den pågældende.

[...]

4. Kan klagen antages til behandling, undersøger klagenævnet, om den er velbegrunder. Klagenævnet opfordrer i det omfang, det finder det nødvendigt, parterne i klagesager til at fremsætte deres bemærkninger til klagenævnets egne eller andre parter indlæg i klagesagen inden for nærmere fastsatte tidsfrister. Parterne i klagesager har ret til at fremlægge deres synspunkter mundtligt.

5. Klagenævnet kan i overensstemmelse med denne artikel udøve de beføjelser, der ligger inden for agenturets kompetence, eller hjemvise sagen til agenturets kompetente organ. Sidstnævnte er bundet af klagenævnets afgørelse.

⁴ – Jf. med hensyn til Det Europæiske Kemikalieagenturs Klageudvalg (ECHA) Rettens dom af 20.9.2019, BASF Grenzach mod ECHA (T-125/17, EU:T:2019:638), og Tyskland mod ECHA (T-755/17, EU:T:2019:647).

⁵ – Jf. den omfattende analyse af retspraksis i M. Chamon, A. Volpato og M. Eliantonio (red.): *Boards of Appeal of EU Agencies: Towards Judicialization of Administrative Review?*, Oxford University Press, 2022.

⁶ – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 13.7.2009 om betingelserne for netadgang i forbindelse med grænseoverskridende elektricitetsudveksling og om ophævelse af forordning (EF) nr. 1228/2003 (EUT 2009, L 211, s. 15).

⁷ – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 17.4.2013 om retningslinjer for den transeuropæiske energiinfrastruktur og om ophævelse af beslutning nr. 1364/2006/EF og ændring af forordning (EF) nr. 713/2009, (EF) nr. 714/2009 og (EF) nr. 715/2009 (EUT 2013, L 115, s. 39). Denne forordning er kendt som forordningen om de transeuropæiske energinet (herefter »TEN-T-forordningen«).

⁸ – Her gengiver jeg den affattelse af denne artikel, der var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen. I forordning 2019/942 er den tilsvarende bestemmelse artikel 28, hvis stk. 5 bestemmer, at »[k]lagenævnet kan bekræfte afgørelsen eller hjemvise sagen til ACER's kompetente organ. Sidstnævnte er bundet af klagenævnets afgørelse«.

[...]«

7. Det bestemmes i artikel 20, stk. 1:

»Der kan anlægges sag ved Retten i Første Instans eller Domstolen i overensstemmelse med traktatens artikel 230 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.«

B. Forordning nr. 714/2009

8. Artikel 17 bestemmer:

»1. Nye jævnstrømsforbindelser kan på anmodning midlertidigt indrømmes en undtagelse fra bestemmelserne i artikel 16, stk. 6, i denne forordning og artikel 9, 32 og artikel 37, stk. 6 og 10, i direktiv 2009/72/EF ^[9] på følgende betingelser:

- a) [I]nvesteringen øger konkurrencen i elektricitetsforsyningen.
- b) [R]isikoen ved investeringen er så stor, at investeringen ikke ville finde sted, medmindre en undtagelse blev indrømmet.
- c) [S]amkøringslinjen skal være ejet af en fysisk eller juridisk person, der i det mindste hvad angår retlig form er adskilt fra de systemoperatører, i hvis systemer denne samkøringslinje vil blive opbygget.
- d) [D]er opkræves afgifter af brugerne af denne samkøringslinje.
- e) [S]iden den delvise åbning af markedet som omhandlet i artikel 19 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/92/EF af 19. december 1996 om fælles regler for det indre marked for elektricitet [(EFT 1997, L 27, s. 20)] er ingen del af kapital- eller driftsomkostningerne ved samkøringslinjen blevet dækket ind af de afgifter, der er modtaget for brug af de transmissions- eller distributionssystemer, som samkøringslinjen forbinder.
- f) [U]ndtagelsen må ikke skade konkurrencen eller det indre marked for elektricitets effektive funktion eller den effektive funktion af det regulerede system, som samkøringslinjen er forbundet med.

[...]

4. Beslutningen om, hvorvidt den undtagelse, der er omhandlet i stk. 1, 2 og 3, skal indrømmes, træffes fra sag til sag af de regulerende myndigheder i de pågældende medlemsstater. En undtagelse kan omfatte den nye eller den markant forøgede eksisterende samkøringslinjes kapacitet helt eller delvis.

⁹ – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 13.7.2009 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ophævelse af direktiv 2003/54/EF (EUT 2009, L 211, s. 55).

Agenturet kan inden for to måneder fra den dato, hvor anmodningen om undtagelse blev modtaget af den sidste af de berørte regulerende myndigheder, forelægge en rådgivende udtalelse for disse regulerende myndigheder, som kan udgør grundlaget for deres beslutning.

Når der træffes beslutning om at indrømme en undtagelse, skal der fra sag til sag tages stilling til, om det er nødvendigt at fastsætte betingelser for undtagelsens varighed og for ikke-diskriminerende adgang til samkøringslinjen. Når der træffes beslutning om disse betingelser, skal der navnlig tages hensyn til den ekstrakapacitet, der skal opbygges, eller ændringen af den eksisterende kapacitet, projektets tidsramme og nationale forhold.

Før der indrømmes en undtagelse, skal de regulerende myndigheder i de pågældende medlemsstater træffe beslutning om reglerne og mekanismerne for kapacitetsforvaltning og -fordeling. Reglerne om håndtering af kapacitetsbegrænsning skal bl.a. omfatte pligten til at udbyde ubrugt kapacitet på markedet, og brugerne af infrastrukturen skal have ret til at afsætte deres aftalte kapacitet på det sekundære marked. Ved vurderingen af kriterierne i stk. 1, litra a), b) og f), skal der tages hensyn til resultaterne af kapacitetsfordelingsproceduren.

Når alle de pågældende regulerende myndigheder til enighed om en beslutning om undtagelse inden for seks måneder, skal de orientere agenturet om denne beslutning.

Beslutningen om undtagelsen, herunder også eventuelle betingelser som nævnt i andet afsnit i dette stykke, begrundes behørigt og offentliggøres.

5. Den i stk. 4 omhandlede beslutning træffes af agenturet:

- a) når alle de pågældende regulerende myndigheder ikke har kunnet nå til enighed inden for seks måneder efter, at der blev anmodet om en undtagelse over for den sidste af disse regulerende myndigheder, eller
- b) efter fælles anmodning fra de pågældende regulerende myndigheder.

Agenturet skal, inden det træffer afgørelse, rådføre sig med de berørte regulerende myndigheder og med ansøgerne.

[...]«

C. TEN-T-forordningen

9. Artikel 12 har følgende ordlyd:

»1. De effektivt afholdte investeringsomkostninger, der ekskluderer vedligeholdelsesomkostninger, i forbindelse med et projekt af fælles interesse, der er omfattet af kategorierne i bilag II, punkt 1, litra a), b) og d), samt punkt 2, afholdes af de relevante TSO'er eller af transmissionsinfrastrukturens projektiværksættere i de medlemsstater, som projektet giver en positiv nettovirkning og betales af netbrugerne gennem tariffene for netadgang i disse medlemsstater, for så vidt de ikke er dækket af overbelastningsafgifter eller øvrige afgifter.

2. For et projekt af fælles interesse, der er omfattet af kategorierne i bilag II, punkt 1, litra a), b) og d), samt punkt 2, finder stk. 1 kun anvendelse, hvis mindst én projektiværksætter anmoder de relevante nationale myndigheder om at anvende denne artikel for alle eller dele af projektets

omkostninger. For projekter af fælles interesse, der er omfattet af kategorierne i bilag II, punkt 2, finder stk. 1 kun anvendelse, hvis der allerede er foretaget en vurdering af markedsefterspørgslen, som viser, at effektivt afholdte investeringsomkostninger ikke kan forventes dækket gennem tariffene.

[...]

3. For et projekt af fælles interesse, som stk. 1 finder anvendelse på, holder projektiværksætterne alle berørte nationale regulerende myndigheder regelmæssigt underrettet, mindst én gang om året og indtil projektet er taget i brug, om projektets forløb og fastlæggelsen af de dermed forbundne omkostninger og virkninger.

Så snart et sådant projekt har nået en tilstrækkelig modenhedsgrad, indsender projektiværksætterne efter at have hørt TSO'erne fra de medlemsstater, som projektet giver en betydelig positiv nettovirkning, en investeringsanmodning. Denne investeringsanmodning omfatter en anmodning om en grænseoverskridende omkostningsfordeling og skal forelægges alle berørte nationale regulerende myndigheder, ledsaget af følgende:

- a) en projektspecifik cost-benefit-analyse, der er i overensstemmelse med de metoder, der er udarbejdet i henhold til artikel 11, og som tager fordele uden for den pågældende medlemsstat med i betragtning
- b) en forretningsplan, som evaluerer projektets finansielle bæredygtighed, herunder den valgte finansieringsløsning, og, for et projekt af fælles interesse omfattet af kategorien i bilag II, punkt 2, resultaterne af en markedsanalyse, og
- c) hvis projektiværksætterne er enige, et begrundet forslag til en grænseoverskridende omkostningsfordeling.

[...]

4. Inden seks måneder efter den dato, på hvilken den sidste investeringsanmodning blev modtaget af de berørte regulerende myndigheder, træffer de nationale regulerende myndigheder efter høring af projektiværksætterne en koordineret afgørelse om fordelingen af de investeringsomkostninger, der skal afholdes af hver systemoperatør for projektet, og om indregningen heraf i tariffene. De nationale regulerende myndigheder kan beslutte kun at fordele en del af omkostningerne, eller de kan beslutte at fordele omkostningerne mellem en pakke bestående af flere projekter af fælles interesse.

[...]

5. De nationale regulerende myndigheder skal, på basis af den i stk. 4 i denne artikel omtalte grænseoverskridende omkostningsfordeling, tage hensyn til de faktiske omkostninger, som en TSO eller andre projektiværksættere påføres som følge af investeringerne, når den fastsætter eller godkender tariffen i overensstemmelse med artikel 37, stk. 1, litra a), i direktiv 2009/72/EF og artikel 41, stk. 1, litra a), i direktiv 2009/73/EF^[10], i det omfang disse omkostninger svarer til omkostningerne hos en effektiv og strukturelt sammenlignelig operatør.

¹⁰ – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 13.7.2009 om fælles regler for det indre marked for naturgas og om ophævelse af direktiv 2003/55/EF (EUT 2009, L 211, s. 94, og berigtiget i EUT 2016, L 262, s. 34).

De nationale regulerende myndigheder meddeler straks [a]genturet afgørelsen om omkostningsfordeling sammen med alle relevante oplysninger vedrørende afgørelsen. [...]

[...]

Omkostningsfordelingsafgørelsen offentliggøres.

6. De berørte nationale regulerende myndigheder underretter straks [a]genturet, hvis de ikke er nået til enighed om investeringsanmodningen inden seks måneder efter den dato, hvor anmodningen blev modtaget af den sidste af de berørte nationale regulerende myndigheder.

I dette tilfælde eller efter fælles anmodning fra de pågældende nationale regulerende myndigheder er det [a]genturet, som inden tre måneder regnet fra datoen for forelæggelsen for [a]genturet træffer afgørelsen om investeringsanmodningen, herunder også den grænseoverskridende omkostningsfordeling, der er omhandlet i stk. 3, samt den måde, hvorpå investeringsomkostningerne skal afspejles i tariffene.

[...]«

II. Tvistens baggrund og den appellerede dom

10. De faktiske omstændigheder, der ligger til grund for denne sag, er fremstillet i den appellerede doms præmis 1-13. Jeg vil her fremhæve følgende faktiske omstændigheder:

- Selskabet Aquind Ltd, som er et aktieselskab, der er stiftet i Det Forenede Kongerige, er iværksætter af et projekt om samkøring af elektricitet (herefter »Aquind-samkøringslinjen«) mellem det britiske og det franske elektricitetstransmissionsnet.
- Den 17. maj 2017 fremsatte Aquind en anmodning om en undtagelse vedrørende Aquind-samkøringslinjen til de nationale franske og britiske regulerende myndigheder.
- Da disse to myndigheder ikke nåede til enighed, fremsendte de anmodningen om undtagelse henholdsvis den 29. november og den 19. december 2017 til ACER med henblik på, at sidstnævnte selv traf afgørelsen.
- Den 26. april 2018 opnåede Aquind-samkøringslinjen status som projekt af fælles interesse.
- ACER gav ved afgørelse nr. 05/2018 af 19. juni 2018 afslag på anmodningen om undtagelse.
- ACER fandt, at selv om Aquind opfyldte de nødvendige betingelser for at opnå en undtagelse i henhold til artikel 17, stk. 1, litra a) og c)-f), i forordning nr. 714/2009, var betingelsen i samme bestemmelses litra b) ikke opfyldt.
- ACER anførte navnlig, at samkøringslinjen i april 2018 havde opnået status som projekt af fælles interesse, og at Aquind derfor havde kunnet kræve anvendelse af TEN-T-forordningens artikel 12, som giver mulighed for en grænseoverskridende omkostningsfordeling, men ikke havde gjort brug heraf.

- ACER fandt således, at det ikke kunne udelukkes, at der var mulighed for finansiel støtte i henhold til den regulerede ordning til Aquind-samkøringslinjen. ACER konkluderede på denne baggrund, at det ikke var i stand til med den krævede sikkerhed at konkludere, at der forelå en risiko, som beroede på manglende finansiel støtte gennem den regulerede ordning.
- ACER fandt i øvrigt, at den risiko, der er forbundet med indtægterne, den særlige risiko, der er forbundet med markedet, den risiko, der er forbundet med den direkte konkurrence med andre samkøringslinjer, og usikkerheden vedrørende indtægterne fra kapacitetsbegrænsninger, risikoen for svigt på det britiske net, den risiko, der er forbundet med etableringen af Aquind-samkøringslinjen, samt de politiske og makroøkonomiske risici, der navnlig er forbundet med Brexit, var utilstrækkelige eller ikke var blevet påvist.
- Den 17. august 2018 påklagede Aquind ACER's afgørelse til ACER's klagenævn, som opretholdt ACER's afgørelse ved afgørelse A-001-2018 af 17. oktober 2018.

11. Aquind anlagde et annullationssøgsmål (sag T-735/18) ved Retten til prøvelse af klagenævnets afgørelse.

12. I den appellerede dom tog Retten det fjerde og det niende anbringende i Aquinds søgsmål til følge og annullerede som følge heraf klagenævnets afgørelse. Den frifandt i øvrigt ACER og pålagde det at betale sagsomkostningerne.

13. Den 27. januar 2021 iværksatte ACER den foreliggende appel¹¹. Aquind fremsendte den 17. april 2021 en skrivelse, hvorved selskabet tilsluttede sig appellen til prøvelse af den appellerede dom.

14. Efter afsigelsen af den appellerede dom besluttede klagenævnet den 5. februar 2021 at genoptage sagen og fandt, at Aquinds annullationssøgsmål ikke kunne antages til realitetsbehandling¹².

15. Aquind har i øvrigt indgivet en anmodning om grænseoverskridende omkostningsfordeling til de nationale regulerende myndigheder i Frankrig, Det Forenede Kongerige, Spanien og Tyskland i august og september 2019. Proceduren efter denne anmodning blev afbrudt, eftersom Aquind-samkøringslinjen ophørte med at være et projekt af fælles interesse i delegeret forordning (EU) 2020/389¹³.

¹¹ – ACER indgav samme dag en begæring om foreløbige forholdsregler med henblik på at udsætte gennemførelsen af den appellerede dom under henvisning til den risiko, den indebærer for EU-retten og for det indre energimarked. Domstolens vicepræsident gav afslag på denne begæring ved kendelse af 16.7.2021, ACER mod Aquind (C-46/21 P-R, ikke trykt i Sml., EU:C:2021:633), eftersom den anførte alvorlige og uoprettelige skade ikke længere forelå og blev hypotetisk, idet klagenævnet afviste Aquinds anmodning i afgørelse A-001-2018_R af 4.6.2021.

¹² – Afgørelse A-001-2018_R af 4.6.2021. Heri fastslog klagenævnet, at Det Forenede Kongeriges udtrædelse af Den Europæiske Union ikke gør det muligt at anvende forordning nr. 714/2009 og TEN-T-forordningen på nye samkøringslinjer for elektricitet mellem dette land og en EU-medlemsstat. Aquind har anlagt et annullationssøgsmål (sag T-492/21) til prøvelse af denne afgørelse ved Retten, som fortsat verserer.

¹³ – Kommissionens delegerede forordning af 31.10.2019 om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 347/2013 for så vidt angår EU-listen over projekter af fælles interesse (EUT 2020, L 74, s. 1). Den 21.5.2020 anlagde Aquind et annullationssøgsmål til prøvelse af denne delegerede forordning, som verserer for Retten (sag T-295/20, Aquind m.fl. mod Kommissionen). Aquind havde tidligere iværksat annullationssøgsmål til prøvelse af denne delegerede forordning inden dens offentliggørelse, men dette søgsmål blev afvist ved Rettens kendelse af 5.3.2021, Aquind m.fl. mod Kommissionen (T-885/19, EU:T:2021:118), hvilket efter appel blev stadfæstet ved Domstolens dom af 1.8.2022, Aquind m.fl. mod Kommissionen (C-310/21 P, EU:C:2022:615).

16. Den 29. maj 2020 og den 2. juni 2020 indgav Aquind endnu anmodning om delvis undtagelse¹⁴ for 25 år med hensyn til Aquind-samkøringslinjen til de nationale franske og britiske regulerende myndigheder. Disse to myndigheder meddelte den 27. januar 2021, at de ikke kunne efterkomme anmodningen efter ikrafttrædelsen af handels- og samarbejdsaftalen mellem EU og Det Forenede Kongerige som følge af Brexit.

III. Parternes påstande

17. ACER har nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede dom ophæves helt eller delvist.
- Hvis Domstolen finder, at sagen er moden til påkendelse, træffes der afgørelse om frifindelse i første instans.
- Subsidiært hjemvises sagen til Retten med henblik på, at denne træffer afgørelse i overensstemmelse med Domstolens dom.
- Aquind tilpligtes at betale sagsomkostningerne både i appelsagen og i sagen for Retten.

18. Aquind har nedlagt følgende påstande:

- ACER's appel forkastes.
- Såfremt nogle af ACER's argumenter tiltrædes, forkastes appellen på grundlag af de andre af Aquind fremsatte anbringender, herunder, i givet fald, de anbringender, der blev fremsat for og forkastet af Retten.
- Såfremt den appellerede dom ikke stadfæstes, annulleres klagenævnets afgørelse på grundlag af de anbringender, som Aquind fremsatte for Retten.
- ACER tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

19. Aquind har desuden indgivet kontraappel, hvori selskabet har nedlagt følgende påstande:

- Afvisningen af det tredje og fjerde anbringende, som Aquind fremsatte for Retten, annulleres.
- Forkastelsen af det første, det femte, det sjette, det syvende og det ottende anbringende, som Aquind fremsatte for Retten, annulleres.
- De argumenter, der er blevet fremført i forbindelse med de af Aquind fremsatte anbringender i nærværende appel, tages i betragtning til støtte for Aquinds påstand om stadfæstelse af den appellerede dom.
- Følgelig annulleres afgørelsen truffet af ACER's klagenævn på grundlag af de anbringender, som Aquind fremsatte i sit søgsmål for Retten.

¹⁴ – Kun med hensyn til forpligtelserne i henhold til artikel 19, stk. 2 og 3, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2019/943 af 5.6.2019 om det indre marked for elektricitet (EUT 2019, L 158, s. 54).

20. ACER har nedlagt følgende påstande som svar på kontraappellen:

- Frifindelse i det hele.
- Aquind tilpligtes at bære sine egne omkostninger og at betale de omkostninger, der er afholdt af ACER.

IV. ACER's appel. Indledende bemærkning

21. ACER har i det væsentlige gjort gældende, at den appellerede dom er behæftet med to retlige fejl, som vedrører:

- intensiteten af den kontrol, som klagenævnet udøver, såvel generelt som i forbindelse med denne sag, med hensyn til de vurderinger, der har en teknisk eller økonomisk kompleks karakter
- fortolkningen af artikel 17, stk. 1, litra b), i forordning nr. 714/2009.

22. Jeg vil på forhånd foreslå, at Domstolen forkaster det første af ACER's to appelanbringender, hvilket indebærer, at den appellerede dom stadfæstes, for så vidt som den annullerer klagenævnets afgørelse.

23. På dette grundlag kunne det virke unødvendigt at undersøge ACER's andet appelanbringende, fordi klagenævnets afgørelse er erklæret ugyldig i sin helhed.

24. Jeg vil imidlertid foretage denne undersøgelse og vil foreslå, at ACER's andet appelanbringende tages til følge, og at den appellerede dom som følge heraf ophæves, udelukkende for så vidt angår forholdet mellem artikel 17 i forordning nr. 714/2009 og den generelle finansieringsordning i TEN-T-forordningens artikel 12.

25. Det er efter min opfattelse nødvendigt, at Domstolen bedømmer dette andet appelanbringende, eftersom den i modsat fald lader Rettens synspunkt (som efter min opfattelse er urigtigt) om forholdet mellem de to nævnte forordninger stå uimodsagt. Såfremt dette synspunkt ikke korrigeres, kan det anses for at være bindende for ACER og for dette agenturs klagenævn.

26. Det var reelt ikke nødvendigt¹⁵, at Retten undersøgte det fjerde annullationsanbringende, efter at det første, som i sig selv medførte, at klagenævnets afgørelse var ugyldig, var blevet taget til følge. Eftersom Retten ikke begrænsede sig til sidstnævnte bedømmelse, fastlagde den en praksis, som efter min opfattelse udgør mere end blot et obiter dictum og er udtryk for en urigtig retsanvendelse.

¹⁵ – Følgende fremgår af den appellerede doms præmis 91: »Når dette er sagt, finder Retten det *af hensyn til god retspleje* hensigtsmæssigt at undersøge det fjerde anbringende om en fejlagtig fortolkning af forholdet mellem artikel 17, stk. 1, i forordning nr. 714/2009 og artikel 12 i [TEN-T-forordningen].« Min fremhævelse.

V. ACER's første appelanbringende: intensiteten af klagenævnets kontrol af komplekse tekniske og økonomiske vurderinger

A. Den appellerede dom

27. Retten undersøgte »den tilgang, som ACER har argumenteret for, hvorefter den kontrol, som klagenævnet udøver med komplekse tekniske og økonomiske vurderinger, kan svare til den begrænsede domstolsprøvelse, der udøves af Unionens retsinstanser« (den appellerede doms præmis 49), og forkastede den.

28. Denne forkastelse støtter sig i det væsentlige på fire overvejelser:

- Oprettelsen af klagenævnet indgår i en udvikling, som har til formål at indføre en mekanisme for klager over afgørelser truffet af Unionens agenturer vedrørende komplekse tekniske eller videnskabelige spørgsmål, der direkte påvirker de berørte parterets retsstilling. Sidstnævnte råder over dette retsmiddel i en sammenhæng, hvor Unionens retsinstansers prøvelse skal begrænses til en undersøgelse af, om udøvelsen af det brede skøn er behæftet med en åbenbar fejl eller magtfordrejning¹⁶.
- De bestemmelser, der vedrører organisationen og beføjelserne for klagenævnet, gør det muligt at fastslå, at dette appelorgan »ikke er blevet oprettet for kun at foretage en begrænset prøvelse af komplekse tekniske og økonomiske vurderinger«. Dette følger: a) af klagenævnets medlemmers kompetencer, b) af de beføjelser, som klagenævnet er tillagt i henhold til artikel 19, stk. 5, i forordning nr. 713/2009, og c) af fortolkningen af denne forordnings artikel 20¹⁷.
- Reglerne om organisation og om proceduren for klagenævnet, som ACER har vedtaget i overensstemmelse med artikel 19, stk. 6, i forordning nr. 713/2009, bekræfter EU-lovgivers ønske om at give klagenævnet »til opgave at kontrollere agenturets afgørelse med en intensitet, der ikke er begrænset til intensiteten af en begrænset kontrol«¹⁸.
- Retten fastslog (i forbindelse med ECHA's klageudvalg), at »det ville være i strid med selve karakteren af de appelorganer, der er oprettet inden for agenturerne, at de udøver en begrænset kontrol, som er forbeholdt Unionens retsinstanser«. Argumenterne om, at denne retspraksis ikke finder anvendelse på ACER's klagenævn (på grund af de enkelte appelorganers forskellige sammensætning og beføjelser), kan ikke tiltrædes¹⁹.

B. Parternes argumenter i forbindelse med ACER's appel

29. Ifølge ACER begik Retten en række retlige fejl med hensyn til klagenævnets formål, organisation og beføjelser i betragtning af den sammenhæng, hvori sidstnævnte udfører sine opgaver.

¹⁶ – Den appellerede dom, præmis 51.

¹⁷ – Den appellerede dom, præmis 52-58.

¹⁸ – Den appellerede dom, præmis 59 og 60.

¹⁹ – Den appellerede dom, præmis 61-70.

30. Aquind har bestridt ACER's argumenter i denne forbindelse og har tilsluttet sig Rettens synspunkt om, at klagenævnet skal foretage en fuld prøvelse frem for en prøvelse, der er begrænset til spørgsmålet, om der er anlagt et åbenbart urigtigt skøn.

31. Jeg vil således gøre rede for ACER's argumenter til støtte for det første appelanbringende.

1. Klagenævnets formål

32. Retten begik en retlig fejl og tilsidesatte princippet om magtadskillelse og princippet om loyalt samarbejde, som er fastsat i artikel 13, stk. 2, TEU, for så vidt som den ikke tog formålet om at iværksætte en hurtig og forenklet klageprocedure for klagenævnet, således som det fremgår af 19. betragtning til forordning nr. 713/2009, i betragtning.

33. Derimod prioriterede Retten et formål, som Rettens selv gjorde gældende, og som var baseret på en angivelig »udvikling« hos EU-lovgiver.

2. Den sammenhæng, hvori klagenævnet opererer

34. Retten begik en retlig fejl ved at fastslå, at det på grundlag af bestemmelserne om klagenævnets organisation og beføjelser kan konkluderes, at intensiteten af dets prøvelse af komplekse økonomiske og tekniske vurderinger ikke kunne begrænses til åbenbart urigtigt skøn (den appellerede doms præmis 52-82). Denne fejl kommer til udtryk på følgende måder:

- For så vidt angår klagenævnets sammensætning sidestillede Retten den fejlagtigt med sammensætningen af ECHA's klageudvalg (den appellerede doms præmis 53 og 61 ff.).
- Retten fastslog også fejlagtigt, at udpegelsen af klagenævnets medlemmer, »som har relevant erfaring inden for energisektoren«, indebærer, at EU-lovgiver har ønsket at forsyne ACER's klagenævn med den nødvendige ekspertise for at gøre det muligt for dette selv at foretage vurderinger vedrørende faktuelle forhold af teknisk og økonomisk kompliceret art, der vedrører energi (den appellerede doms præmis 53, 65 og 69).
- Retten begik en fejl ved at fastslå, at procedurens varighed og klagenævnets begrænsede ressourcer ikke begrundede en begrænset prøvelse af de komplekse tekniske og økonomiske vurderinger (den appellerede doms præmis 66 og 73-82)²⁰. Denne konstatering så bort fra princippet om institutionel ligevægt og princippet om magtens deling, eftersom ACER ikke selvstændigt kan øge sine menneskelige og finansielle ressourcer.
- Retten anlagde en urigtig fortolkning af artikel 19, stk. 5, i forordning nr. 713/2009 (den appellerede doms præmis 54, 55, 59 og 60). Denne bestemmelse, som snarere end at begrunde, at klagenævnet foretager en fuld prøvelse, vedrører alene muligheden for at annullere ACER's afgørelser og erstatte dem med klagenævnets afgørelser eller for at hjemvise sagen til ACER, men siger intet om intensiteten af klagenævnets kontrol.
- En ny fejl begået af Retten fremgår af den appellerede doms præmis 57, 58 og 60, idet artikel 19, stk. 1, og artikel 20 i forordning nr. 713/2009 ikke er til hinder for, at klagenævnet foretager en

²⁰ – Det fremgår af den appellerede doms præmis 66, at »det påhviler ACER at træffe alle de interne organisatoriske foranstaltninger, der er nødvendige for at mobilisere de midler, der stilles til dets rådighed, med henblik på at opfylde ACER's formål, således som de er defineret i forordning nr. 713/2009«.

begrænset prøvelse. Ifølge ACER kan Retten altid foretage en fuld domstolsprøvelse af klagenævnets afgørelser, selv om sidstnævnte foretager en begrænset prøvelse.

3. *Subsidiært*

35. Selv hvis ACER anerkender (hvilket ikke er tilfældet), at klagenævnet bør foretage en fuld prøvelse af ACER's afgørelser, når disse omfatter komplekse tekniske og økonomiske vurderinger, har ACER subsidiært anført, at Retten fejlagtigt vurderede (den appellerede doms præmis 83-90), at klagenævnet ikke havde foretaget en sådan fuld prøvelse i dette tilfælde.

C. *Bedømmelse*

36. Domstolen skal afklare, om Retten med rette eller med urette fastslog, at klagenævnet burde have foretaget en fuld prøvelse af ACER's afgørelse i overensstemmelse med de beføjelser, som klagenævnet er tillagt i henhold til forordning nr. 713/2009.

37. ACER anførte og fastholder stadig, at klagenævnet blot havde beføjelser til at foretage en prøvelse, der var begrænset til at vurdere åbenbart urigtige skøn med hensyn til komplekse tekniske og økonomiske afgørelser.

38. Efter min opfattelse er den fortolkning, som Retten anlagde, korrekt. Rettens fortolkning af artikel 19 og 20 i forordning nr. 713/2009 forekommer mig at være den mest hensigtsmæssige.

39. Dette synspunkt bekræftes af klagenævnets selvstændige funktion og understøttes (eller i det mindste modsiges ikke) af andre vurderingselementer med hensyn til klagenævnets sammensætning og beføjelser, procedures varighed og sammenligningen med andre EU-agenturers appelorganer.

1. *Klagenævnets funktion og formål*

40. I de senere år er fænomenet »agenturdannelse« opstået inden for EU-forvaltningen²¹. I forbindelse med denne proces er der oprettet appelorganer i agenturerne, som har beføjelser til at vedtage retsakter, der påvirker borgernes retsstilling. ACER har gradvist opnået begrænsede beslutningsbeføjelser og kompetence til at træffe afgørelser, der påvirker borgernes retsstilling, selv om dette agents primære funktioner er at koordinere de nationale regulerende myndigheders virke på energiområdet²². Denne omstændighed forklarer den oprindelige oprettelse af ACER's klagenævn.

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

²² – Jf. analysen i C. Tovo: »The Boards of Appeal of Networked Services Agencies: Specialized Arbitrators of Transnational Regulatory Conflicts?«, i M. Chamon; A. Volpato og M. Eliantonio, op.cit., s. 36-40, samt K. Jankovich: »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, nr. 3, s. 69-85.

41. Medmindre jeg har regnet forkert, er der nærmere bestemt blevet oprettet otte organer af denne art²³, som ikke følger en fælles model²⁴ og er forskellige med hensyn til deres struktur, funktion og beføjelser. De har imidlertid en række fællestræk²⁵:

- Der er tale om organer, der foretager en administrativ kontrol internt i agenturerne, og som har en vis selvstændighed. De har ikke domstolskarakter, selv om de udfører domstolslignende opgaver gennem kontradiktoriske procedurer.
- De er sammensat af jurister og teknikere, hvilket giver dem en større evne til at afgøre klager over afgørelser, der som regel omfatter et væsentligt teknisk element.
- Adressater for agenturernes afgørelser samt fysiske og juridiske personer, der umiddelbart og individuelt berøres af disse afgørelser, kan indgive klager til disse organer.
- De foretager prøvelse af afgørelser, der har virkninger for tredjemand, og er tillagt beføjelser med hensyn til disse afgørelser ved den afledte retsakt om oprettelse af appelorganerne. Deres kompetenceområde er følgelig begrænset.
- De udgør en effektiv, hurtig, tilgængelig, specialiseret og økonomisk overkommelig mekanisme til beskyttelse af de rettigheder, som adressaterne for agenturernes afgørelser og de personer, der berøres heraf, nyder.

42. Betydningen af nogle af disse appelorganer er indirekte blevet forøget som følge af indførelsen af artikel 58a i statuten for Den Europæiske Unions Domstol²⁶.

43. Ifølge denne artikel er behandlingen af en appel, der iværksættes til prøvelse af Rettens afgørelser vedrørende en afgørelse truffet af visse appelinstanter²⁷, betinget af, at den rejser et vigtigt spørgsmål for EU-rettens ensartede anvendelse, sammenhæng eller udvikling²⁸.

²³ – Appelorganerne for Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel Ejendomsret (EUIPO), EF-Sortsmyndigheden (CPVO), Det Europæiske Luftfartssikkerhedsagentur (EASA), Det Europæiske Kemikalieagentur (ECHA), Agenturet for Samarbejde mellem Energireguleringsmyndigheder (ACER), Den Fælles Afviklingsinstans (SRB), Den Europæiske Unions Jernbaneagentur (ERA) og de tre europæiske tilsynsmyndigheder [Den Europæiske Banktilsynsmyndighed (EBA), Den Europæiske Værdipapir- og Markedstilsynsmyndighed (ESMA) og Den Europæiske Tilsynsmyndighed for Forsikrings- og Arbejdsmarkedspensionsordninger (EIOPA)], som deler et fælles klagenævn.

²⁴ – Europa-Parlamentets, Rådets og Kommissionens fælles erklæring om og fælles tilgang til decentraliserede agenturer fra den 19.7.2012, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11450-2012-INIT/en/pdf>, nævner kun i punkt 21 i den fælles tilgang appelorganernes medlemmers uafhængighed og upartiskhed.

²⁵ – Med hensyn til den omfattende litteratur om agenturernes appelorganer jf. bl.a. de forskellige bidrag i M. Chamon; A. Volpato og M. Eliantonio, op.cit.; P. Chirulli: *Non-Judicial Remedies and EU Administration Protection of Rights versus Preservation of Autonomy*, Routledge, 2021, L. De Lucia: »Specialised Adjudication in EU Administrative Law: the Boards of Appeal of EU Agencies«, *European Law Review* 2015, s. 832-857.

²⁶ – Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) 2019/629 af 17.4.2019 om ændring af protokol nr. 3 vedrørende statuten for Den Europæiske Unions Domstol (EUT 2009, L 111, s. 1).

²⁷ – Nærmere bestemt appelinstanterne for EUIPO, CPVO, ECHA og ESA samt de appelinstanter, der er nedsat efter den 1.5.2019, i ethvert andet af Unionens kontorer eller agenturer.

²⁸ – Det kan ikke afvises, at mekanismen for antagelse af appeller til realitetsbehandling i fremtiden udvides til at omfatte domme afsagt af Retten, som omhandler afgørelser truffet af appelinstanter i andre agenturer, hvis status kan sammenlignes med statussen for de agenturer, der er nævnt i artikel 58a i statuten for Domstolen. Sættningen af ACER's klagenævn kan sammenlignes med sættningen af appelinstanterne for de agenturer, der er nævnt i denne artikel. Jf. L. De Lucia: »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, s. 812-816.

44. Jeg er enig med Retten (den appellerede doms præmis 51) i, at oprettelsen af ACER's klagenævn indgår i en udvikling, som EU-lovgiver har prioriteret, og som har til formål at indføre »appelorganer« inden for Unionens agenturer, når disse har fået tildelt en betydelig beslutningskompetence vedrørende komplekse tekniske eller videnskabelige spørgsmål, der direkte påvirker de berørte parteretsstilling.

45. Som Retten fastslog, »[udgør] [a]ppelorgansystemet [...] et egnet middel til at beskytte [de berørte parter] rettigheder i en sammenhæng, hvor [...] Unionens retsinstancess prøvelse skal begrænses til en undersøgelse af, om udøvelsen af det brede skøn med hensyn til faktuelle forhold af videnskabelig, teknisk og økonomisk meget kompliceret [art er] behæftet med en åbenbar fejl [...]«²⁹.

46. Jeg er af den opfattelse, at det inden for en ramme, der er kendetegnet ved, at de sager, som de enkelte agenturer tildeles, har en kompleks økonomisk og teknisk karakter, ikke ville give meget mening at oprette appelorganer inden for disse agenturer, der netop ikke kan vurdere de tekniske og økonomiske aspekter ved det enkelte agents afgørelser.

47. Det er korrekt, at Unionens retsinstancess prøvelse skal begrænses til en undersøgelse af, om udøvelsen af det brede skøn med hensyn til faktuelle forhold af videnskabelig, teknisk og økonomisk meget kompliceret art er behæftet med en åbenbar fejl eller magtfordrejning. Denne prøvelse, som Retten allerede foretager, er imidlertid ikke den prøvelse, som skal foretages af klagenævnet, hvis specialisering, således som jeg vil gøre rede for nedenfor, gør det muligt at foretage en nærmere undersøgelse af disse aspekter og udtømmende vurdere alle detaljerne i den påklagede afgørelse³⁰.

48. Jeg er således af den opfattelse, at den funktion, som de appelorganer, der er oprettet i agenturerne, varetager med hensyn til prøvelsen af sidstnævntes komplicerede afgørelser, ikke kan sammenlignes med Unionens retsinstancess funktion. I modsat fald ville oprettelsen af appelorganerne være overflødig, dvs. at den ville fordoble den kontrol, som Unionens retsinstancess varetager.

49. Derfor er jeg enig med Retten, som fastslog, at »[h]vis klagenævnets kontrol kun skulle være begrænset for så vidt angår komplekse tekniske og økonomiske vurderinger, ville dette betyde, at Retten udøver en begrænset prøvelse af en afgørelse, der i sig selv er resultatet af en begrænset prøvelse. Det er åbenbart, at en ordning med »begrænset kontrol af en begrænset kontrol« ikke giver de garantier for en effektiv domstolsbeskyttelse, som [...] virksomheder [...] skal nyde godt af«³¹.

²⁹ – Den appellerede dom, præmis 51.

³⁰ – I denne retning C. Tovo: »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« (i C. Tovo: »The Boards of Appeal of Networked Services Agencies: Specialized Arbitrators of Transnational Regulatory Conflicts?«, i M. Chamon; A. Volpato og M. Eliantonio, op.cit., s. 55).

³¹ – Den appellerede dom, præmis 58.

2. *Klagenævnets sammensætning*

50. I henhold til artikel 18, stk. 1, i forordning nr. 713/2009³² udpeges klagenævnets medlemmer blandt ledelsen i de nationale regulerende myndigheder eller i andre organer, som har relevant erfaring inden for energisektoren.

51. Ifølge artikel 18, stk. 2 og 3, i forordning nr. 713/2009³³ er mandatperioden for disse medlemmer, som træffer afgørelse i fuld uafhængighed og ikke er bundet af nogen form for instrukser, fem år og kan fornyes.

52. Klagenævnets sammensætning opfylder således de nødvendige krav med henblik på at foretage en fuld, og ikke begrænset, prøvelse af ACER's afgørelser. Kravet om, at klagenævnets medlemmer skal have forudgående erfaring fra energisektoren, skyldes, at de har (eller bør have) den nødvendige tekniske viden for at behandle klagerne indgående. Dette fremhævede Retten, og jeg er enig i dette synspunkt³⁴.

53. ACER har anført, at ledelsen i de nationale regulerende myndigheder ikke nødvendigvis har denne tekniske viden og ekspertise, eftersom det er mellemlederne i de nationale regulerende myndigheder, der foretager vurderingerne af komplekse tekniske og økonomiske spørgsmål.

54. Jeg finder ikke dette argument overbevisende. Hvis der udpeges medlemmer til klagenævnet, der ikke har relevant erfaring eller den påkrævede tekniske viden, er denne udpegelse ganske enkelt ikke i overensstemmelse med artikel 18 i forordning nr. 713/2009. Den omstændighed, at denne viden også er tilgængelig for mellemledere, betyder ikke, at den øverste ledelse kan undvære den.

55. Klagenævnets medlemmers sammensætning og profil er i øvrigt ikke blevet ændret ved den ændring, der blev foretaget ved forordning 2019/942, hvis artikel 25, 26 og 27 i det væsentlige gengiver artikel 18 i forordning nr. 713/2009. Denne ændring havde netop til formål at styrke klagenævnet, således at dette kan udføre sine opgaver med større ekspertise.

56. ACER's argument om den indvirkning, som ordningen for klagenævnets medlemmer, som indtil 2019 udførte deres opgaver uden vederlag som ulønnet hverv, har på sagen, finder jeg heller ikke overbevisende. ACER har anført, at de ifølge denne ordning kunne udføre andet arbejde, der gav dem tid til at beskæftige sig med klagenævnet, og derfor var det logisk, at de blot foretog en begrænset og hurtigere prøvelse af agenturets afgørelser.

³² – »Klagenævnet består af seks ordinære medlemmer og seks suppleanter, der udpeges blandt nuværende eller tidligere overordnede embedsmænd hos de nationale regulerende myndigheder, konkurrencemyndigheder eller andre nationale institutioner eller fællesskabsinstitutioner, som har relevant erfaring inden for energisektoren.«

³³ – Jf. i samme retning artikel 1-4 i afgørelse nr. 1-2011, truffet af ACER's klagenævn den 1.12.2011 om fastsættelse af regler om organisation og om proceduren for klagenævnet (kan findes på adressen https://extranet.acer.europa.eu/en/The_agency/Organisation/Board_of_Appeal/BoA_Public_Docs/BoA%20minutes%20FINAL%20.pdf. Den ændrede tekst af 5.10.2019 kan findes på adressen https://acer.europa.eu/en/The_agency/Organisation/Board_of_Appeal/BoA_Public_Docs/Rules%20of%20Procedure_for%20publication.pdf).

³⁴ – Den appellerede doms præmis 53: »EU-lovgiver har [...] ønsket at forsyne ACER's klagenævn med den nødvendige ekspertise for at gøre det muligt for dette selv at foretage vurderinger vedrørende faktuelle forhold af teknisk og økonomisk kompliceret art, der vedrører energi.«

57. Den omstændighed, at klagenævnets medlemmer ikke modtog vederlag og ikke udelukkende var beskæftiget i klagenævnet indtil 2019, begrundet ikke en begrænsning af klagenævnets kontrolfunktioner. Disse kommentarer kan bl.a. forklares ved de mindre beslutningsbeføjelser, som ACER havde indtil 2019, og især ved det begrænsede antal klager, som der ifølge de indledende beregninger ville blive indgivet³⁵.

58. Det stigende antal sager har medført, at der nu er fastsat et vederlag for klagenævnets medlemmer³⁶, og at der udvælges ansøgere med større krav til generel juridisk viden sammen med de tekniske profiler³⁷.

59. Styrkelsen af klagenævnets menneskelige ressourcer har frem for alt understreget, at klagenævnets oprindelige udformning ikke var egnet til at udføre de opgaver, som forordning nr. 713/2009 betroede det³⁸. Denne mangel bekræfter imidlertid ikke, at klagenævnet skulle give afkald på sin primære funktion og i stedet begrænse sig til at foretage en begrænset prøvelse af agenturets afgørelser.

60. ACER's udvidede beføjelser i forbindelse med ændringen af bestemmelserne om Unionens energi, som fandt sted efter 2019³⁹ (og ikke finder anvendelse på de faktiske omstændigheder i denne sag), samt ændringen af ACER ved forordning 2019/942 viser, at styrkelsen af ACER's klagenævn har givet dette klagenævn de bedste forudsætninger for at foretage en fuld prøvelse af ACER's afgørelser.

3. *Procedurens varighed*

61. ACER er af den opfattelse, at fristen for klagenævnets behandling af klager (to måneder i henhold til artikel 19, stk. 2, i forordning nr. 713/2009) var til hinder for, at dette klagenævn kunne foretage en indgående undersøgelse. Retten begik ifølge ACER en retlig fejl, da den fastslog det modsatte.

62. Jeg tilslutter mig Rettens argumenter og er af den opfattelse, at den ikke begik en retlig fejl i forbindelse med fortolkningen af den pågældende bestemmelse.

63. Det er korrekt, at fristen for at behandle klagen var kort⁴⁰, eftersom klagenævnet på to måneder skulle behandle en procedure af kontradiktorisk karakter, hvorunder parterne kunne blive opfordret til at fremsætte bemærkninger til indlæg fra de øvrige parter og fremsætte deres bemærkninger mundtligt for klagenævnet.

³⁵ – Inden ikrafttrædelsen af pakken »Ren energi til alle europæere« i 2019 blev der kun indgivet én klage til klagenævnet i 2017 og to i 2018. I 2019 blev der indgivet seks, i 2020 ni, og i 2021 elleve (jf. <https://acer.europa.eu/the-agency/organisation-and-bodies/board-of-appeal/boa-decisions>).

³⁶ – Jf. afgørelse nr. 17/2019 fra ACER's bestyrelse af 26.9.2019.

³⁷ – Dette fremgår af *Programming Document 2021 – 2023*, december 2020, 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 (s. 33).

³⁸ – ACER har anerkendt denne omstændighed i det dokument, der er nævnt i den foregående fodnote (s. 160).

³⁹ – Pakken »Ren energi til alle europæere« indeholder bl.a. forordning 2019/942.

⁴⁰ – Denne korte frist er i overensstemmelse med formålet, der fremgår af 19. betragtning til forordning nr. 713/2009, om, at de berørte parter »for at sikre hurtig sagsbehandling [bør] kunne indbringe klager for et klagenævn [...]«.

64. Således som Retten anførte (den appellerede doms præmis 74), var fristens varighed imidlertid ikke tilstrækkelig til at vise, at lovgiver har haft til hensigt at begrænse den kontrol, som klagenævnet udøver, til at vedrøre et åbenbart urigtigt skøn. Flere argumenter taler imod dette:

- Klagenævnets medlemmers tekniske viden og ekspertise fremmer en hurtig forståelse af klagerne og en hurtig afgørelse af disse.
- Artikel 19 i forordning nr. 713/2009 bestemmer i det væsentlige, at klagenævnet skal undersøge, om de af sagsøgeren fremførte argumenter kan godtgøre, at den anfægtede afgørelse er behæftet med en fejl. Klagenævnet skal begrænse sig til at undersøge, om de anbringender, som sagsøgeren har fremsat, kan godtgøre, at den anfægtede afgørelse er behæftet med fejl. Klagenævnet skal alene bedømme de komplekse tekniske og økonomiske forhold, der fremgår af disse anbringender.
- Klagenævnet skal ikke nødvendigvis foretage en fornyet undersøgelse af de faktiske og retlige forhold i ACER's afgørelse. På dette punkt adskiller klagenævnet sig fra det, der gør sig gældende for f.eks. appelkamrene ved EUIPO og CPVO.
- I henhold til artikel 19, stk. 5, i forordning nr. 713/2009 kan klagenævnet udøve »de beføjelser, der ligger inden for agenturets kompetence, eller hjemvise sagen til agenturets kompetente organ«. Det var således muligt for klagenævnet at imødekomme klagen og hjemvise sagen til ACER med henblik på, at sidstnævnte traf en ny afgørelse efter klagenævnets anvisninger.

65. Denne fortolkning afkræftes ikke af, at forordning 2019/942 har forlænget den frist, som klagenævnet har til at træffe afgørelse, til fire måneder⁴¹. Denne forlængelse viser blot, at det måske ikke var realistisk, da lovgiver fastsatte fristen på to måneder i forordning nr. 713/2009, men heraf kan det ikke udledes, at klagenævnet kun skulle foretage en begrænset prøvelse af ACER's afgørelser.

4. Klagenævnets beføjelser

66. Artikel 19, stk. 5, i forordning nr. 713/2009 bestemte som nævnt, at klagenævnet kan udøve de beføjelser, der ligger inden for ACER's kompetence, eller hjemvise sagen til agenturets kompetente organ, idet dette organ er bundet af klagenævnets afgørelse.

67. Som Retten med rette har anført (den appellerede doms præmis 54), kunne klagenævnet, når det imødekom en klage, udøve ACER's skønsbeføjelse med henblik på at undersøge, om de oplysninger, som det rådede over efter at have behandlet klagen, gjorde det muligt for det at træffe sin egen afgørelse som et alternativ til at hjemvise sagen til ACER med henblik på en ny afgørelse.

⁴¹ – Artikel 28, stk. 2, i forordning 2019/942. Det yderst begrænsede antal sager for klagenævnet i løbet af de første år var foreneligt med en så kort frist til at træffe afgørelse, men det stigende antal sager fra 2018 har ført til en forlængelse fra to til fire måneder.

68. I henhold til artikel 20, stk. 1, i forordning nr. 713/2009 er det, der kan indbringes for Retten, en afgørelse truffet af klagenævnet og ikke en beslutning truffet af ACER. Dette var tilfældet i denne sag: Sagsøgeren kunne ikke anfægte agenturets afgørelse direkte for Unionens retsinstanser⁴², således som Retten fastslog i den appellerede doms præmis 58.

69. Denne dobbelte konstatering underbygger, at klagenævnet ikke kunne begrænse sit arbejde til at foretage en begrænset prøvelse af ACER's afgørelse på en tilsvarende måde som den domstolsprøvelse, som Unionens retsinstanser foretager.

70. Klagenævnet har som nævnt en teknisk viden, der gør det muligt for det at foretage en fuld prøvelse, der ikke er begrænset til undersøgelsen af, om ACER's afgørelser er behæftet med en åbenbar fejl. Denne fulde prøvelse muliggør efterfølgende en retslig prøvelse ved Retten.

71. Ovenstående betragtninger berøres ikke af den irrelevante fejl, som Retten (den appellerede doms præmis 60) begik ved at nævne, at ACER's afgørelse af 5. oktober 2019⁴³ »eventuelt er uforenelig« med forordning nr. 713/2009.

72. Retten foretog en forkert bedømmelse, eftersom ændringen af ACER's afgørelse nr. 1/2011 skyldtes den forudgående vedtagelse af forordning 2019/942. Artikel 21 i den ændrede afgørelse nr. 1/2011 gengiver blot indholdet af artikel 28, stk. 5, i forordning 2019/942⁴⁴. Den anførte uforenelighed er således ikke til stede.

73. Denne fejl fra Rettens side sker imidlertid i et obiter dictum og vedrører en lovgivningsmæssig ændring, der ikke finder anvendelse i sagen *ratione temporis*. Derfor berører den ikke den endelige afgørelse for så vidt angår intensiteten af den kontrol, som klagenævnet foretager.

5. *Sammenligning mellem ACER's klagenævn og andre EU-agenturers appelorganer*

74. Den sammenligning, som Retten foretog mellem intensiteten af den kontrol, som ECHA's klageudvalg og ACER's klagenævn foretager, med henblik på at overføre sin praksis vedrørende omfanget af prøvelsen af førstnævntes afgørelser på sidstnævnte, forekommer passende.

75. Efter gengivelsen af sit synspunkt til ECHA's klageudvalg (den appellerede doms præmis 61⁴⁵) fastslog Retten, at dette ligeledes gælder for ACER's klagenævn.

⁴² – Den nye artikel 29 i forordning 2019/942 bestemmer nu mere klart, 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«.

⁴³ – Denne afgørelse ændrede artikel 20 i afgørelse nr. 1-2011 om fastsættelse af regler om organisation og om proceduren for klagenævnet. Det fremgår af den (nye) artikel 21, som erstatter artikel 20, i den ændrede afgørelse, at klagenævnet blot enten bekræfter ACER's afgørelse eller hjemviser sagen til ACER's kompetente organ.

⁴⁴ – Artikel 28, stk. 5, i forordning 2019/942 fremmer til en vis grad arbejdet i klagenævnet, som »kan bekræfte afgørelsen eller hjemvise sagen til ACER's kompetente organ«.

⁴⁵ – »Det er bl.a. allerede blevet fastslået vedrørende ECHA's klageudvalg, at den kontrol, som dette udvalg foretager af de videnskabelige vurderinger, der fremgår af en afgørelse fra ECHA, ikke var begrænset til en efterprøvelse af, om der forelå åbenbare fejl, men at klageudvalget derimod på grund af sine medlemmers juridiske og videnskabelige kompetencer skulle undersøge, om de af sagsøgeren fremførte argumenter kunne godtgøre, at de betragtninger, som ECHA's afgørelse var baseret på, var behæftet med fejl (dom af 20.9.2019, BASF Grenzach mod ECHA, T-125/17, EU:T:2019:638, præmis 87-89). Klagenævnets prøvelse er således mere intensiv end den prøvelse, der foretages af Unionens retsinstanser (jf. analogt dom af 20.9.2019, BASF Grenzach mod ECHA, T-125/17, EU:T:2019:638, præmis 124).«

76. Aquinds kritik af denne del af den appellerede dom støtter sig på de forskellige formål, klageprocedurer (navnlig fristerne for at træffe afgørelse) og ordningen for medlemmerne af ACER's klagenævn og ECHA's klageudvalg. Sådanne forskelle ville ifølge Aquind medføre, at den sammenligning, som Retten foretog, er ugyldig.

77. Disse forskelle berører imidlertid ikke kernen i Rettens synspunkt, som gør sig gældende for såvel ECHA's klageudvalg som ACER's klagenævn: Det ville være i strid med karakteren af de appelorganer, der er oprettet inden for agenturerne, at de udøver en kontrol, der er begrænset til en prøvelse af åbenbare fejl, og at de ikke foretager en fuld prøvelse af de komplekse tekniske, videnskabelige og økonomiske vurderinger, som de indklagede afgørelser indeholder.

78. Eftersom jeg på baggrund af det ovenstående er af den opfattelse, at Rettens synspunkt i denne henseende ikke er behæftet med nogen retlige fejl, kan denne første del af det første appelanbringende også forkastes.

6. Subsidiært argument: Den prøvelse, som klagenævnet foretog, udgjorde en fuld prøvelse

79. Selv hvis ACER anerkender (hvilket ikke er tilfældet), at klagenævnet bør foretage en fuld prøvelse, som ikke er begrænset til en prøvelse af åbenbare fejl, af ACER's afgørelser, når disse omfatter komplekse tekniske og økonomiske vurderinger, har ACER subsidiært anført, at Retten begik en retlig fejl ved at fastslå, at klagenævnet ikke havde foretaget denne form for prøvelse i dette tilfælde.

80. Det subsidiære argument tager imidlertid ikke i betragtning, at klagenævnet selv udtalte (præmis 47 og 52 i dets afgørelse), at det ville begrænse sig til at foretage en prøvelse, der var begrænset til en prøvelse af, om der er anlagt et åbenbart urigtigt skøn, med hensyn til den undtagelse, som Aquind havde anmodet om.

81. Klagenævnet har udtrykkeligt anført dette som en principklæring, der er styrende for dets intervention. Det var således ikke nødvendigt at foretage en indgående undersøgelse af præmis 70-74 og 94-98 i ACER's afgørelse, når klagenævnet selv indledningsvis havde anført, at det ville foretage en prøvelse, der var begrænset til spørgsmålet, om der er anlagt et åbenbart urigtigt skøn. Retten begik endelig ikke nogen retlige fejl i denne forbindelse.

82. På baggrund af de ovenstående betragtninger skal ACER's første anbringende forkastes.

VI. ACER's andet appelanbringende: tilsidesættelse af artikel 17, stk. 1, litra b), i forordning nr. 714/2009

A. Den appellerede dom

83. Ifølge Retten var klagenævnets tilgang med hensyn til undtagelsen hverken begrundet i lyset af forordning nr. 714/2009 eller TEN-T-forordningen. Retten støttede i det væsentlige denne konstatering på følgende argumenter:

- Klagenævnet indførte en yderligere betingelse, som ikke er blandt dem, der er opregnet i artikel 17 i forordning nr. 714/2009.

- Der er ingen bestemmelse i lovgivningen, der gør det muligt at antage, at lovgiver har givet prioritet til en ordning frem for en anden. De to ordninger kan anvendes alternativt.
- Det væsentlige kriterium, der er vejledende for behandlingen af anmodningen om undtagelse, er kriteriet om »risikoen ved investeringen«, der er fastsat i artikel 17, stk. 1, litra b), i forordning nr. 714/2009, og som klagenævnet ikke anvendte.
- Anvendelsen af proceduren for den grænseoverskridende omkostningsfordeling udgør ikke en garanti for, at de risici, som samkøringslinjerne er underlagt, fjernes.

B. Parternes anbringender

84. ACER har foreholdt Retten at have begået en »grundlæggende« retlig fejl ved at have fastslået (navnlig i den appellerede doms præmis 105 og 106), at ingen bestemmelse i lovgivningen gør det muligt at antage, at lovgiver har givet prioritet til ordningen i TEN-T-forordningen frem for undtagelsesordningen i forordning nr. 714/2009.

85. Denne retlige fejl udspringer af den urigtige fortolkning, som Retten anlagde af forholdet mellem TEN-T-forordningens artikel 12 og artikel 17, stk. 1, litra b), i forordning nr. 714/2009. På baggrund af sidstnævnte forordnings, samt dens forgængers, forordning (EF) nr. 1228/2003⁴⁶, ordlyd, formål og den sammenhæng, hvori den indgår, har ACER anført, at TEN-T-forordningen indfører den generelle ordning, og at forordning nr. 714/2009 indfører en undtagelsesordning, som skal fortolkes snævert. Der er ikke tale om lige ordninger, som iværksætterne frit kan vælge mellem, således som Retten ellers fastslog.

86. En anden retlig fejl, som ACER foreholder Retten at have begået i den appellerede dom (præmis 101-104), er konstateringen af, at selv om en eventuel finansiering i henhold til TEN-T-forordningens artikel 12 kan være et relevant kriterium med henblik på at fastlægge risikoen ved investeringen, kan dette kriterium ikke udgøre en ufravigelig betingelse for at opnå en undtagelse⁴⁷.

87. ACER er af den opfattelse, at den manglende tilstrækkelige finansiering inden for den regulerede ordning har grundlæggende betydning for afgørelsen af, om risikoen ved investeringen er dækket, således at denne vurdering indirekte indgår i artikel 17, stk. 1, litra b), i forordning nr. 714/2009 og ikke er en yderligere betingelse for at indrømme undtagelsen til en ny samkøringslinje.

88. ACER har endelig anført, at Retten begik en retlig fejl (den appellerede doms præmis 108 og 109) ved at fastslå, at Aquind ikke kunne gives afslag på ansøgningen om undtagelsen i artikel 17 i forordning nr. 714/2009 under antagelse af, at ansøgningen om støtte i henhold til TEN-T-forordningens artikel 12 ville føre til, at der blev tildelt en økonomisk fordel, der ville gøre det muligt at eliminere den nævnte risiko.

⁴⁶ – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 26.6.2003 om betingelserne for netadgang i forbindelse med grænseoverskridende elektricitetsudveksling (EUT 2003, L 176, s. 1).

⁴⁷ – Ifølge Retten gjorde klagenævnet i realiteten indgivelsen af ansøgningen om finansiel støtte i henhold til TEN-T-forordningens artikel 12 til en »særskilt betingelse for påvisning af risikoen ved investeringen«, hvilken tilgang hverken understøttes af forordning nr. 714/2009 eller af TEN-T-forordningen.

89. Efter ACER's opfattelse var muligheden for at opnå finansiering til samkøringslinjen ved hjælp af en grænseoverskridende omkostningsfordeling ikke hypotetisk, idet den tværtimod støttede sig på Aquinds status som projekt af fælles interesse samt på den analyse af omkostninger, kapacitet og fordele, som ACER havde foretaget. Det er netop denne analyse af risikoen, som artikel 17, stk. 1, litra b), i forordning nr. 714/2009 kræver for at afgøre, om de finansielle risici ved samkøringslinjen kan begrænses ved hjælp af andre midler end indrømmelsen af en undtagelse fra den generelle ordning.

90. Aquind har bestridt ACER's argumenter og er af den opfattelse, at Retten ikke har begået nogen af de retlige fejl, som den foreholdes.

C. *Bedømmelse*

91. Med henblik på en bedre forståelse af problemstillingen bør der først gøres rede for forholdet mellem de to finansieringsordninger og derefter foretages en undersøgelse af argumenterne i dette andet appelanbringende.

1. *Finansiering af samkøringslinjer for elektricitet*

92. Transeuropæiske jævnstrømssamkøringslinjer er infrastruktur, der er afgørende for udviklingen af det europæiske elmarked⁴⁸. De forbinder de nationale elsystemer, sikrer elforsyningen og undgår, at disse systemer isoleres, samtidig med at de fremmer oprettelsen af et integreret elmarked med mere konkurrence og bedre priser for forbrugerne⁴⁹.

93. Samkøringslinjerne for elektricitet er omfangsrige og teknologisk komplekse værker, der kræver en betydelig investering samt flere års arbejde, før de står færdige. Disse kendetegn forklarer vedtagelsen af TEN-T-forordningen og indførelsen af begrebet »projekter af fælles interesse« som en metode til at tilvejebringe finansiering til sådanne projekter⁵⁰.

94. TEN-T-forordningens artikel 1⁵¹ vedrører udpegelsen af projekter af fælles interesse, der er nødvendige for at gennemføre prioriterede korridorer og områder, som er omfattet af de transeuropæiske energiinfrastrukturkategorier. Ud over at omhandle udpegelsen og gennemførelsen af disse projekter fastlægger TEN-T-forordningen regler for at lette og fremskynde disse projekters tilladelse samt for at fremme offentlighedens deltagelse heri.

⁴⁸ – Dom af 11.3.2020, Baltic Cable (C-454/18, EU:C:2020:189, præmis 57): »Som det fremgår af artikel 1, litra a), i forordning nr. 714/2009, er nævnte tildeling af kapacitet på samkøringslinjerne genstand for harmoniserede principper, som skal gøre det muligt at fastsætte fair regler for den grænseoverskridende handel med elektricitet, for dermed at øge konkurrencen på det indre marked for elektricitet.«

⁴⁹ – Jf. rapport fra Commission Expert Group on electricity interconnection: »Towards a sustainable and integrated Europe«, november 2017, https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/report_of_the_commission_expert_group_on_electricity_interconnection_targets.pdf, s. 10-14.

⁵⁰ – Mellem 2014 og 2020 bidrog finansieringsinstrumentet Connecting Europe-faciliteten til finansieringen af 107 projekter af fælles interesse med et samlet budget på 4,7 mia. EUR. Næsten to tredjedele af dette beløb blev anvendt til projekter vedrørende eltransmission og -oplagring samt intelligente elnet (jf. oplysningerne i Europa-Kommissionen: *Connecting Europe Facility. Energy Supported actions 2014-2020*, maj 2021, https://cinea.ec.europa.eu/system/files/2021-05/CEF_Energy_supporting-actions_2021.pdf).

⁵¹ – TEN-T-forordningen er blevet ændret, idet den ikke længere var egnet til at sikre klimaneutralitet i Unionen efter vedtagelsen af den europæiske grønne pagt og de nye retningslinjer for energipolitikken, ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2022/869 af 30.5.2022 om retningslinjer for den transeuropæiske energiinfrastruktur, om ændring af forordning (EF) nr. 715/2009, (EU) 2019/942 og (EU) 2019/943 og af direktiv 2009/73/EF og (EU) 2019/944 og om ophævelse af forordning (EU) nr. 347/2013 (TEN-T-forordningen) (EUT 2022, L 152, s. 45).

95. I denne sag er TEN-T-forordningens artikel 12, der fastlægger regler og vejledninger for den grænseoverskridende omkostningsfordeling i betragtning af risiciene ved projekter af fælles interesse, særligt relevant.

96. Følgende fremgår af TEN-T-forordningens artikel 12, stk. 3, 4, 5 og 6:

- Så snart et projekt, der er omfattet af kategorierne i bilag II, punkt 1, litra a), b) og d, og punkt 2, har nået en tilstrækkelig modenhedsgrad, indsender projektiværksætterne en »investeringsanmodning[, der] omfatter en anmodning om en grænseoverskridende omkostningsfordeling«, til de pågældende nationale regulerende myndigheder.
- Efter høring af projektiværksætterne »træffer de nationale regulerende myndigheder [...] en koordineret afgørelse om fordelingen af de investeringsomkostninger, der skal afholdes af hver systemoperatør for projektet, og om indregningen heraf i tarifferne«.
- De nationale regulerende myndigheder meddeler straks ACER »afgørelsen om omkostningsfordeling sammen med alle relevante oplysninger vedrørende afgørelsen«.
- Hvis de nationale regulerende myndigheder ikke når til enighed om investeringsanmodningen inden seks måneder, underretter de straks ACER, som kan træffe »afgørelsen om investeringsanmodningen, herunder også den grænseoverskridende omkostningsfordeling, [...] samt den måde, hvorpå investeringsomkostningerne skal afspejles i tarifferne«.

97. TEN-T-forordningen blev vedtaget i 2013, og der fandtes ikke tidligere en tilsvarende retsakt i EU-retten, der omhandlede en lignende ordning for finansiering af den transeuropæiske energiinfrastruktur⁵².

98. Af denne årsag bestemmer denne forordnings artikel 12, stk. 9, følgende: »Denne artikel finder ikke anvendelse på projekter af fælles interesse, der *har fået* [⁵³]: [...] en undtagelse fra artikel 16, stk. 6, i forordning (EF) nr. 714/2009 [...] i henhold til artikel 17 i forordning (EF) nr. 714/2009 [...] eller d) en undtagelse i henhold til artikel 7 i forordning (EF) nr. 1228/2003.«

99. Samme fortolkning bør anlægges af TEN-T-forordningens artikel 13, stk. 1, andet afsnit, om incitamentet til denne form for transeuropæiske energiinfrastruktur.

100. Denne helhed af retsregler har ikke til formål at indføre et valg mellem anvendelsen af den regulerede ordning for finansiering af samkøringslinjer for elektricitet og af undtagelsesordningen.

101. TEN-T-forordningens artikel 12, stk. 9, og artikel 13, stk. 1, andet afsnit, har til formål at forhindre, at samkøringslinjer for elektricitet, der har været omfattet af undtagelsesordningen i henhold til artikel 17 i forordning nr. 714/2009 (og i artikel 7 i forordning nr. 1228/2003), kan opnå finansiering fra den generelle ordning, der blev indført ved TEN-T-forordningens artikel 12.

⁵² – Europa-Parlamentets og Rådets beslutning nr. 1364/2006/EF af 6.9.2006 om retningslinjer for de transeuropæiske net på energiområdet og om ophævelse af beslutning 96/391/EF og nr. 1229/2003/EF (EUT 2006, L 262, s. 1) er forgængeren for TEN-T-forordningen. Den indførte en yderst skrøbelig ramme for støtte til de transeuropæiske energinet, som ikke indeholdt en generel ordning for finansiering af denne infrastruktur ud over muligheden for at opnå EU-finansiering.

⁵³ – Min fremhævelse.

102. Med hensyn til nye samkøringslinjer for elektricitet, der planlægges efter TEN-T-forordningens ikrafttrædelse, er artikel 12, stk. 9, og artikel 13, stk. 1, andet afsnit, heri uden betydning, idet der er tale om bestemmelser, som kan anses for »overgangsbestemmelser«⁵⁴.

103. Forarbejderne til forordning nr. 1228/2003, som Retten ikke tog i betragtning, bekræfter forholdet mellem den regulerede ordning og undtagelsesordningen. Domstolen har anvendt disse forarbejder i forbindelse med fortolkningen af artikel 16 og 17 i forordning nr. 714/2009⁵⁵.

104. Rådets fælles holdning med henblik på vedtagelsen af forordning nr. 1228/2003 omfattede nærmere bestemt følgende erklæring fra Kommissionen om undtagelsesordningen: »Kommissionen understreger, at den vil fortolke denne undtagelse restriktivt for at sikre, at den begrænses til det minimum, som er nødvendigt, især når det drejer sig om undtagelsens varighed og omfanget af det projekt, undtagelsen gælder, for at kunne opfylde formålet, nemlig at kunne finansiere investeringer med usædvanlig høj risiko«⁵⁶. Den strenge fortolkning af undtagelsen og af dens anvendelse i yderst begrænsede tilfælde gentages i punkt C 4 i den fælles holdning⁵⁷.

105. Kommissionens Generaldirektorat for Energi og Transport offentliggjorde en fortolkningsmeddelelse om forordning nr. 1228/2003 med henblik på at fremme de nationale regulerende myndigheders anvendelse heraf, hvori Kommissionen betonedede undtagelsesordningens ekstraordinære karakter⁵⁸. Dette blev gjort på samme måde i et arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene fra 2009⁵⁹.

106. Kommissionens forarbejder og forklarende dokumenter fremhæver således den ekstraordinære karakter af undtagelsesordningen i artikel 17 i forordning nr. 714/2009 og denne ordnings subsidiære anvendelse i forhold til den generelle ordning for finansiering af samkøringslinjer for elektricitet i TEN-T-forordningen.

⁵⁴ – I samme retning fremgår det af 23. betragtning, sidste punktum, til forordning nr. 714/2009, at »[u]ndtagelser, der er indrømmet i henhold til forordning (EF) nr. 1228/2003, videreføres indtil den planlagte udløbsdato i beslutningen om undtagelse«.

⁵⁵ – Dom af 11.3.2020, *Baltic Cable* (C-454/18, EU:C:2020:189, præmis 48).

⁵⁶ – SEK/2003/0160 endelig udg., Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet i henhold til EF-traktatens artikel 251, stk. 2, andet afsnit, vedrørende Rådets fælles holdning med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets forordning om betingelserne for netadgang i forbindelse med grænseoverskridende elektricitetsudveksling, bilag E.

⁵⁷ – »Kommissionen mener, at de strenge, begrænsende betingelser, som Rådet har uddybet yderligere, og Kommissionens gennemgang af eventuelle [fritagelsesbeslutninger] er tilstrækkelig garanti til at sikre, at denne undtagelsesmulighed kun benyttes i tilfælde, hvor den er absolut nødvendig for at sikre en investering i det indre markeds og forsyningssikkerhedens interesse.«

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, s. 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 – Dok. SEC(2009)642 final, 6.5.2009, 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. Punkt 17 er affattet således: »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.«

2. *Bedømmelse af anbringendet*

107. Efter min opfattelse er Rettens ræsonnement behæftet med en retlig fejl, især i den appellerede doms præmis 105 og 106, fordi den placerer to forskellige retlige ordninger på samme niveau. Som tidligere nævnt:

- indfører TEN-T-forordningen den generelle ordning for finansiering af samkøringslinjer, der udgør projekter af fælles interesse
- udgør reglerne om undtagelsen i artikel 17 i forordning nr. 714/2009 derimod en undtagelsesordning, således at iværksætterne ikke gives ret til at vælge, om deres projekt skal behandles efter den ene eller anden ordning.

108. I princippet skal iværksættere af en samkøringslinje for elektricitet, der er kvalificeret som et projekt af fælles interesse, for at sikre projektets finansielle bæredygtighed benytte den generelle ordning (eller regulerede ordning, således som ACER benævner den) i TEN-T-forordningen, som hovedsageligt findes i denne forordnings artikel 12.

109. Hvis iværksætterne ikke opnår støtte ved hjælp af grænseoverskridende omkostningsfordeling, kan de eventuelt godtgøre, at deres projekt indebærer en finansiell risiko, der begrundes, at undtagelsen i artikel 17 i forordning nr. 714/2009 indrømmes.

110. Dog kan iværksætterne som nævnt ikke direkte vælge den ekstraordinære undtagelsesordning, hvilket ville medføre, at forholdet mellem sidstnævnte ordning og den generelle ordning for finansiell støtte til nye samkøringslinjer undergraves. Nedenstående følger af dette forhold:

- Undtagelsesordningen indebærer en midlertidig ophævelse af de almindelige principper om anvendelse af indtægter, adskillelsen af transmissionssystemer og transmissionssystemoperatører samt tredjeparters adgang til transmissions- eller distributionssystemer, som er vigtige faktorer med henblik på liberaliseringen af Unionens elmarked.
- Den generelle ordning for støtte til grænseoverskridende energiinfrastruktur i TEN-T-forordningen har netop til formål at undgå undtagelser for iværksættere af sådanne projekter, der indebærer begrænsninger af den frie konkurrence på Unionens elmarked.
- Kun når det ikke er muligt at opnå økonomisk bæredygtighed gennem den generelle ordning for økonomisk støtte, giver det undtagelsesvis mening at indrømme undtagelsen i artikel 17 i forordning nr. 714/2009.

111. Denne fejlagtige forståelse af forholdet mellem de to ordninger gav anledning til en ny retlig fejl, der navnlig fremgår af den appellerede doms præmis 101 og 102. Heri anførte Retten, at klagenævnet ikke kunne gøre en forudgående ansøgning om finansiell støtte i henhold til TEN-T-forordningens artikel 12 til en betingelse for påvisning af risikoen ved investeringen.

112. Det er korrekt, at manglende finansiel støtte skaber en økonomisk risiko, der kan bringe opførelsen af samkøringslinjen i fare. Således som Retten anførte, skal ACER tage denne faktor i betragtning ved anvendelsen af betingelsen om, at der skal foreligge en risiko ved investeringen, der begrundes en undtagelse til den regulerede ordning, som er fastlagt i artikel 17, stk. 1, litra b), i forordning nr. 714/2009.

113. Derfor bør ACER's kontrol af, om der er ydet finansiel støtte gennem den generelle ordning, ske med henblik på at efterprøve risikoen og indrømme eller give afslag på at indrømme undtagelsen⁶⁰. Dette gjorde ACER, og ACER's klagenævn bekræftede, at denne undersøgelse opfyldte kravene i artikel 17, stk. 1, i forordning nr. 714/2009.

114. Det kan imidlertid ikke fastslås, således som Retten fejlagtigt vurderede, at ACER med denne tilgang tilføjer en ny betingelse til dem, der allerede er fastsat ved artikel 17, stk. 1, i forordning nr. 714/2009, med henblik på at indrømme en undtagelse.

115. ACER og dets klagenævn krævede i øvrigt ikke, at Aquind skulle indgive en ansøgning om finansiering gennem den regulerede ordning. De vurderede blot, i hvilket omfang den økonomiske risiko ved Aquind-samkøringslinjen ville være blevet nedbragt, såfremt der var blevet opnået finansiering gennem den regulerede ordning. Sammen med en cost-benefit-analyse og andre faktorer vurderede ACER⁶¹, at »risikoen ved investeringen er så stor, at investeringen ikke ville finde sted, medmindre en undtagelse blev indrømmet«.

116. Jeg er således af den opfattelse, at ACER's analyse, som blev bekræftet af ACER's klagenævn, var passende, og at den, i modsætning til det af Retten fastslåede, ikke indebærer, at der blev indført en betingelse, der ikke er opregnet i artikel 17, stk. 1, i forordning nr. 714/2009, med henblik på at indrømme undtagelsen.

117. I samme retning er Rettens argumentation i den appellerede doms præmis 107-110 behæftet med en fejl. Rettens to hovedargumenter er som følger:

- Klagenævnet og ACER støttede sig hovedsageligt på et hypotetisk ræsonnement, nemlig på den »mulighed«, at en ansøgning i henhold til TEN-T-forordningens artikel 12 giver anledning til finansiel støtte til Aquind, og på den omstændighed, at det ikke »kunne udelukkes«, at en positiv afgørelse i henhold til denne bestemmelse giver en tilstrækkelig garanti for potentielle investorer. Fordelen ved den finansielle støtte gennem den regulerede ordning kunne ikke blot hvile på en formodning eller præsenteres som en fastslået omstændighed.
- Muligheden for at opnå finansiel støtte i henhold til TEN-T-forordningens artikel 12 gør det på ingen måde muligt automatisk at udelukke den finansielle risiko ved investeringen. Anvendelsen af proceduren for den grænseoverskridende omkostningsfordeling udgør ikke en garanti for, at samtlige de risici, som samkøringslinjerne er underlagt, fjernes.

⁶⁰ – Kommissionen valgte et lignende ræsonnement, idet den nægtede at indrømme en undtagelse til fordel for en tjekkisk gaslagerforvalter i sin afgørelse C(2011) 4509 af 27.6.2011 om en undtagelse for et underjordisk gaslager i Dambořice (kan findes på adressen https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2011_damborice_decision_en.pdf). Denne undtagelse var baseret på artikel 36, stk. 1, i direktiv 2009/73, som finder anvendelse på gasområdet, og som svarer til undtagelsen i artikel 17, stk. 1, litra b), i forordning nr. 714/2009.

⁶¹ – ACER har på dette punkt en vis skønsbeføjelse, således som det blev fastslået med hensyn til tilsvarende undtagelser i forbindelse med gasmarkedet i dom af 4.12.2019, *Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo mod Kommissionen* (C-342/18 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2019:1043, præmis 48).

118. Jeg finder ikke det første argument overbevisende. Kvalificeringen af Aquind-samkøringslinjen som et projekt af fælles interesse banede vejen for, at dette projekt kunne finansieres gennem den regulerede ordning om grænseoverskridende omkostningsfordeling og incitamentet i TEN-T-forordningen. Heraf følger, at ACER og dets klagenævn kunne antage, at denne finansiering var inden for Aquinds rækkevidde, såfremt dette selskab havde ansøgt herom⁶².

119. Under alle omstændigheder forpligtede analysen af »risikoen ved investeringen« som omhandlet i artikel 17, stk. 1, litra b), i forordning nr. 714/2009 ACER til at vurdere, om den finansielle risiko ved projektet kunne være blevet minimeret ved hjælp af andre finansieringsmetoder, der anvendes generelt og har forrang for indrømmelsen af undtagelsen. Som følge af sin karakter af ekstraordinær ordning er sidstnævnte som nævnt en »sidste udvej«, idet den har en negativ indvirkning på liberaliseringen af det fælles elmarked.

120. Rettens andet argument forekommer mig heller ikke overbevisende. Den kendsgerning, at den generelle finansieringsordning i TEN-T-forordningen ikke er en garanti for, at samtlige de risici, som samkøringslinjerne er underlagt, fjernes, kan ikke føre til, at undtagelsen i artikel 17 i forordning nr. 714/2009 indrømmes.

121. For iværksætterne af et projekt af fælles interesse som f.eks. Aquind-samkøringslinjen ville det være tilstrækkeligt ikke at anmode om støtte fra den regulerede ordning for at øge den finansielle risiko ved deres projekt og således »fremtvinge« en indrømmelse af undtagelsen. Således ville de i sidste ende få lov til at vælge mellem to ordninger for støtte til denne type infrastruktur, der ikke befinder sig på det samme niveau. Rettens grundlæggende fejl, som blev undersøgt tidligere, forekommer atter i forbindelse med denne argumentation i den appellerede dom.

122. Desuden vil bedømmelsen af »risikoen ved investeringen« være foretaget automatisk, og den betingelse, der er opstillet i artikel 17, stk. 1, litra b), i forordning nr. 714/2009, vil miste sin betydning, hvis det antages, at eventuelle forsinkelser og usikkerheden i forbindelse med tildelingen af finansiel støtte gennem den generelle ordning i TEN-T-forordningen begrundes, at undtagelsen indrømmes.

123. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen tager dette appelanbringende til følge, for så vidt som Retten begik en retlig fejl i forbindelse med fortolkningen af artikel 17, stk. 1, litra b), i forordning nr. 714/2009, sammenholdt med TEN-T-forordningens artikel 12.

VII. Aquinds kontraappel

124. Ud over at gøre indsigelse mod ACER's appel har Aquind iværksat kontraappel, hvori selskabet har nedlagt de påstande, der fremgår af punkt 19 i dette forslag til afgørelse.

125. Eftersom jeg har foreslået, at Domstolen forkaster det første af ACER's appelanbringender og stadfæster Rettens dom, for så vidt som den annullerer klagenævnets afgørelse, er det ikke nødvendigt at foretage en specifik behandling af Aquinds kontraappel.

⁶² – Jeg bør tilføje, at Aquind efterfølgende ansøgte om denne finansiering gennem den generelle ordning.

126. Den appellerede dom skal stadfæstes i appelsagen, i hvilken forbindelse det første anbringende forkastes, selv om det andet anbringende tages til følge. Således bekræftes den fuldstændige annullation af klagenævnets afgørelse som følge af den omstændighed, at klagenævnet foretog en kontrol, der var begrænset til en prøvelse af åbenbare fejl. Det er hverken nødvendigt eller tilrådeligt, at Domstolen behandler yderligere annullationsanbringender vedrørende den pågældende afgørelse, således som Aquind har nedlagt påstand om. Aquinds kontraappel skal dermed forkastes.

VIII. Manglende hjemvisning til Retten

127. I henhold til artikel 61 i statuten for Domstolen kan Domstolen, når den giver appellanten medhold, ophæve den af Retten truffede afgørelse. Domstolen kan i denne forbindelse enten selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse, eller hjemvise den til Retten til afgørelse.

128. Det er ikke nødvendigt, at Domstolen hjemviser sagen til Retten, når sidstnævntes dom er blevet stadfæstet, for så vidt som den annullerer afgørelsen truffet af ACER's klagenævn i det hele.

129. Det tilkommer klagenævnet at opfylde Rettens dom i overensstemmelse med de præciseringer, som Domstolen har foretaget i appelsagen, hvilket indebærer, at klagenævnet ser bort fra denne dom for så vidt angår forholdet mellem artikel 17 i forordning nr. 714/2009 og TEN-T-forordningens artikel 12.

130. Den omstændighed, at det andet appelanbringende tages til følge, kræver ikke, at sagen hjemvises til Retten, da det som nævnt ikke var nødvendigt for Retten at tage stilling til forholdet mellem artikel 17, stk. 1, litra b), i forordning nr. 714/2009 og TEN-T-forordningens artikel 12.

IX. Sagsomkostninger

131. Ifølge artikel 138, stk. 3, i Domstolens procesreglement, som finder anvendelse i appelsager i henhold til artikel 184, bærer hver part sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter.

132. Eftersom jeg har foreslået, at ACER's første appelanbringende forkastes i overensstemmelse med Aquinds påstand, men at det andet appelanbringende tages til følge, bærer hver part sine egne omkostninger. Den samme fordeling af sagsomkostninger gælder for kontraappellen, som er nært forbundet med appellen.

X. Forslag til afgørelse

133. På grundlag af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen træffer følgende afgørelse:

- »1) ACER's første appelanbringende forkastes.
- 2) ACER's andet appelanbringende tages til følge.
- 3) Aquinds kontraappel forkastes i det hele.

4) ACER og Aquind bærer hver deres egne omkostninger.«