CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
van 16 januari 2025[1]

Gevoegde zaken C-281/23 P en C-282/23 P

Polskie sieci elektroenergetyczne S.A.,
RTE Réseau de transport d'électricité,
Svenska kraftnät,
TenneT TSO BV
tegen

Agentschap van de Europese Unie voor de samenwerking tussen energieregulators (ACER)

„Hogere voorziening – Interne markt voor elektriciteit – Verordening (EU) 2019/942 – Raad van beroep van ACER – Intensiteit van de toetsing van besluiten van ACER – Verordening (EU) 2017/2195 – Balanceringsenergie – Transmissiesysteembeheerders – Oprichting van de Europese platforms voor de uitwisseling van balanceringsenergie – Europees platform voor de uitwisseling van balanceringsenergie uit frequentieherstelreserves met automatische activering (aFRR-platform) – Europees platform voor de uitwisseling van balanceringsenergie uit frequentieherstelreserves met manuele activering (mFRR-platform) – Opstellen en goedkeuren van de tenuitvoerleggingskaders voor de platforms – Functies voor de werking van de platforms – Zoneoverschrijdende capaciteit voor de uitwisseling van balanceringsenergie – Besluit van ACER tot afwijzing van het gezamenlijke voorstel van de transmissiesysteembeheerders"

1. Met deze hogere voorzieningen vorderen verschillende transmissiesysteembeheerders voor elektriciteit (hierna: „TSB's")[2] vernietiging van twee arresten van het Gerecht van 15 februari 2023, Austrian Power Grid e.a./ACER[3] en Austrian Power Grid e.a./ACER[4] (hierna: „bestreden arresten").

[1] Oorspronkelijke taal: Spaans.

[2] De TSB's zijn in een bepaald gebied verantwoordelijk is voor de exploitatie, het onderhoud en, zo nodig, de ontwikkeling van het transmissiesysteem alsook, indien van toepassing, de interconnecties ervan met andere systemen. Zij moeten ervoor zorgen dat het extrahoogspannings- en hoogspanningsstelsel van geïnterconnecteerde systemen op lange termijn kan voldoen aan een redelijke vraag naar transmissie van elektriciteit met het oog op de belevering van eindafnemers of distributiemaatschappijen, de levering zelf niet inbegrepen.

[3] T-606/20, EU:T:2023:64.

[4] T-607/20, EU:T:2023:65.

2. Bij deze arresten heeft het Gerecht de beroepen tot nietigverklaring verworpen die enkele TSB's hadden ingesteld tegen twee beslissingen van 16 juli 2020 van de raad van beroep van het Agentschap van de Europese Unie voor de samenwerking tussen energieregulators (ACER) waarin de geldigheid van de volgende besluiten van dat agentschap werd bevestigd:

– besluit 02/2020 van 24 januari 2020 betreffende het tenuitvoerleggingskader voor het Europees platform voor de uitwisseling van balanceringsenergie uit frequentieherstelreserves met automatische activering (hierna: „aFRR-platform") [5];

– besluit 03/2020 van 24 januari 2020 betreffende het tenuitvoerleggingskader voor het Europees platform voor de uitwisseling van balanceringsenergie uit frequentieherstelreserves met manuele activering (hierna: „mFRR-platform") [6].

3. In de hogere voorzieningen worden, samengevat, twee kwesties opgeworpen, een van meer algemene aard en een met een zeer technisch karakter. In de hogere voorzieningen moet worden vastgesteld of het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting:

– bij het beoordelen van de intensiteit van de door de raad van beroep verrichte (volledige of beperkte) toetsing van de ACER-besluiten 02/2020 en 03/2020;

– bij het uitleggen van enerzijds de artikelen 20 en 21 en anderzijds artikel 37 van verordening (EU) 2017/2195 [7], die respectievelijk het mFRR-platform en het aFRR-platform en de „berekening van zoneoverschrijdende capaciteit" regelen.

I. Toepasselijke bepalingen

A. Verordening 2017/2195

4. Artikel 20 („Europees platform voor de uitwisseling van balanceringsenergie uit frequentieherstelreserves met manuele activering") bepaalt:

„1. Uiterlijk één jaar na de inwerkingtreding van deze verordening stellen alle TSB's een voorstel op voor het tenuitvoerleggingskader voor een Europees platform voor de uitwisseling van balanceringsenergie uit frequentieherstelreserves met manuele activering.

2. Het Europees platform voor de uitwisseling van balanceringsenergie uit frequentieherstelreserves met manuele activering, dat wordt geëxploiteerd door TSB's of via een entiteit die de TSB's zelf oprichten, is gebaseerd op gemeenschappelijke beheersbeginselen en bedrijfsprocessen en bestaat uit minstens de activeringsoptimaliseringsfunctie en de functie voor TSB-TSB-verrekening. Dit Europees platform past een multilateraal TSB-TSB-model toe met gemeenschappelijke biedladders voor de uitwisseling van alle balanceringsenergiebiedingen van alle standaardproducten voor frequentieherstelreserves met manuele activering, behalve voor onbeschikbare biedingen overeenkomstig artikel 29, lid 14.

[5] Zaak A-001-2020 (geconsolideerd). De afkorting aFRR is afgeleid van de Engelse benaming *European platform for the exchange of balancing energy from frequency restoration reserves with automatic activation*.

[6] Zaak A-002-2020 (geconsolideerd). De afkorting mFRR is afgeleid van de Engelse benaming *European platform for the exchange of balancing energy from frequency restoration reserves with manual activation*.

[7] Verordening van de Commissie van 23 november 2017 tot vaststelling van richtsnoeren voor elektriciteitsbalancering (PB 2017, L 312, blz. 6).

3. Het voorstel in lid 1 omvat ten minste:

a) de algemene structuur van het Europees platform;

b) het stappenplan en de termijnen voor de implementatie van het Europees platform;

c) de definitie van de functies die vereist zijn voor de werking van het Europees platform;

d) de voorgestelde regels voor het beheer en de werking van het Europees platform, op basis van het beginsel van non-discriminatie en gelijke behandeling van alle TSB's die lid zijn van het platform, waarbij wordt gegarandeerd dat geen enkele TSB ongerechtvaardigde economische voordelen geniet dankzij de deelname aan de functies van het Europees platform;

e) de voorgestelde aanwijzing van de entiteit of entiteiten die de in het voorstel gedefinieerde functies zullen uitoefenen. [...]

[...]

4. Uiterlijk zes maanden na de goedkeuring van het voorstel voor het tenuitvoerleggingskader voor een Europees platform voor de uitwisseling van balanceringsenergie uit frequentieherstelreserves met manuele activering wijzen alle TSB's de voorgestelde entiteit of entiteiten aan die bevoegd zijn voor het beheer van het Europees platform overeenkomstig lid 3, onder e).

5. Uiterlijk achttien maanden na de goedkeuring van het voorstel voor het tenuitvoerleggingskader voor een Europees platform voor de uitwisseling van balanceringsenergie uit frequentieherstelreserves met manuele activering kunnen alle TSB's een voorstel opstellen voor de wijziging van het Europees platform voor de uitwisseling van balanceringsenergie uit frequentieherstelreserves met manuele activering overeenkomstig lid 1. De voorgestelde wijzigingen dienen te worden ondersteund door een kosten-batenanalyse die door alle TSB's is opgesteld overeenkomstig artikel 61. Het voorstel wordt ingediend bij de Commissie.

[...]"

5. Artikel 21 („Europees platform voor de uitwisseling van balanceringsenergie uit frequentieherstelreserves met automatische activering") is geformuleerd in nagenoeg dezelfde bewoordingen als artikel 20.

6. Artikel 37 („Berekening van zoneoverschrijdende capaciteit") schrijft voor:

„1. Na de gate-sluitingstijd van de zoneoverschrijdende intradaymarkt actualiseren de TSB's voortdurend de beschikbaarheid van zoneoverschrijdende capaciteit voor de uitwisseling van balanceringsenergie of voor de werking van het onbalansnettingsproces. De zoneoverschrijdende capaciteit wordt geactualiseerd telkens wanneer een gedeelte van de zoneoverschrijdende capaciteit is gebruikt of wanneer de zoneoverschrijdende capaciteit is herberekend.

2. Vóór de toepassing van de in lid 3 bedoelde methodologie voor capaciteitsberekening gebruiken TSB's de zoneoverschrijdende capaciteit die overblijft na de gate-sluitingstijd van de zoneoverschrijdende intradaymarkt.

3. Uiterlijk vijf jaar na de inwerkingtreding van deze verordening stellen alle TSB's van een capaciteitsberekeningsregio een methodologie op voor zoneoverschrijdende capaciteitsberekening binnen het balanceringstijdsbestek voor de uitwisseling van balanceringsenergie of voor het gebruik van het onbalansnettingsproces. Deze methodologie moet marktverstoringen voorkomen en moet samenhangend zijn met de overeenkomstig verordening (EU) 2015/1222 vastgestelde methodologie voor zoneoverschrijdende capaciteitsberekening voor de intradaymarkt."

B. Verordening 2019/942

7. Artikel 6 („Taken van ACER in verband met de regulerende instanties"), lid 10, van verordening (EU) 2019/942 [8] luidt:

„ACER is bevoegd om individuele beslissingen te nemen over reguleringskwesties met gevolgen voor de grensoverschrijdende handel of de grensoverschrijdende systeemveiligheid waarvoor een gezamenlijk besluit van ten minste twee regulerende instanties vereist is, wanneer dergelijke bevoegdheden aan de regulerende instanties zijn toegekend op grond van een van de volgende rechtshandelingen:

a) een volgens de gewone wetgevingsprocedure vastgestelde wetgevingshandeling van de Unie, of

b) netcodes en richtsnoeren die vóór 4 juli 2019 en latere herzieningen van deze netcodes en richtsnoeren zijn aangenomen, of

c) netcodes en richtsnoeren die zijn aangenomen als uitvoeringshandelingen overeenkomstig artikel 5 van verordening (EU) nr. 182/2011.

ACER is bevoegd de in de eerste alinea gespecificeerde individuele beslissingen te nemen in de volgende situaties:

a) indien de bevoegde regulerende instanties niet in staat zijn gebleken overeenstemming te bereiken binnen zes maanden vanaf de datum waarop het geval naar de laatste van deze regulerende instanties is verwezen, of binnen vier maanden vanaf die datum in gevallen bedoeld in artikel 4, lid 7, van deze verordening of artikel 59, lid 1, onder c), of artikel 62, lid 1, onder f), van richtlijn (EU) 2019/944, of

b) in reactie op een gezamenlijk verzoek van de bevoegde regulerende instanties.

De bevoegde regulerende instanties kunnen gezamenlijk verzoeken om verlenging van de in de tweede alinea, onder a), van dit lid bedoelde periode met maximaal zes maanden, behalve in gevallen bedoeld in artikel 4, lid 7, van deze verordening of artikel 59, lid 1, onder c), of artikel 62, lid 1, onder f), van richtlijn (EU) 2019/944.

Wanneer de bevoegdheid om over de in de eerste alinea bedoelde grensoverschrijdende kwesties te beslissen, is overgedragen aan regulerende instanties in nieuwe netcodes of richtsnoeren die na 4 juli 2019 als gedelegeerde handelingen zijn vastgesteld, is ACER enkel bevoegd om beslissingen

[8] Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 tot oprichting van een Agentschap van de Europese Unie voor de samenwerking tussen energieregulators (herschikking) (PB 2019, L 158, blz. 22).

te nemen op vrijwillige basis overeenkomstig punt b) van de tweede alinea van dit lid, op verzoek van ten minste 60 % meerderheid van de bevoegde regulerende instanties. Indien er slechts twee regulerende instanties bij betrokken zijn, kan een van hen de zaak doorverwijzen naar ACER.

Uiterlijk op 31 oktober 2023 en vervolgens om de drie jaar dient de Commissie bij het Europees Parlement en de Raad een verslag in over de eventuele noodzaak om de betrokkenheid van ACER verder te versterken bij het oplossen van geschillen tussen regulerende instanties met betrekking tot gezamenlijke besluiten over aangelegenheden waarvoor de bevoegdheden na 4 juli 2019 bij een gedelegeerde handeling aan die regulerende instanties werden verleend. Indien nodig gaat het verslag vergezeld van een wetgevingsvoorstel tot wijziging van die bevoegdheden of tot overdracht van de nodige bevoegdheden aan ACER."

II. Voorgeschiedenis

8. In de punten 2 tot en met 18 van de bestreden arresten wordt de voorgeschiedenis van de twee gedingen beschreven in de volgende, door mij samengevatte bewoordingen.

9. Na de inwerkingtreding, op 18 december 2017, van verordening 2017/2195 hebben alle TSB's overeenkomstig artikel 20, lid 1, van die verordening een voorstel voor een mFRR-methodologie en overeenkomstig artikel 21, lid 1, van diezelfde verordening een voorstel voor een aFRR-methodologie opgesteld.

10. Op 18 december 2018 hebben de TSB's overeenkomstig artikel 5, lid 1 en lid 2, onder a), van verordening 2017/2195 hun voorstellen voor respectievelijk een aFRR-methodologie en een mFRR-methodologie ter goedkeuring toegezonden aan alle nationale regulerende instanties (hierna: „NRI's").

11. ACER heeft de TSB's meegedeeld zich niet te kunnen vinden in deze eerste voorstellen, en de TSB's hebben ACER een tweede en een derde versie van het voorstel toegezonden, met enkele varianten.

12. Op 18 december 2019 hebben de TSB's, in antwoord op een e-mail van ACER van 17 december 2019, gewijzigde versies van het derde aFRR-voorstel en het derde mFRR-voorstel toegezonden aan ACER. Daarin bevestigden zij dat één enkele entiteit (één enkele TSB of een door de TSB's gehouden vennootschap) verantwoordelijk zou zijn voor de uitvoering van de specifiek voor de werking van het aFRR- en het mFRR-platform vereiste functies, namelijk activeringsoptimalisering en TSB-TSB-verrekening, en dat de uitvoering van het capaciteitsbeheer, een platformoverschrijdende functie, kon worden toevertrouwd aan één enkele andere entiteit (één enkele TSB of een door de TSB's gehouden vennootschap).

13. Op 20 december 2019 heeft ACER een definitieve versie van zijn ontwerpbesluiten betreffende de aFRR- en de mFRR-methodologie opgesteld, die ter kennis van de TSB's is gebracht.

14. Op 24 januari 2020 heeft ACER besluit 02/2020 inzake de aFRR-methodologie en besluit 03/2020 inzake de mFRR-methodologie vastgesteld.

15. Op 23 maart 2020 hebben Austrian Power Grid, ČEPS, a.s., Polskie sieci elektroenergetyczne S.A., Red Eléctrica de España, S.A., RTE Réseau de transport d'électricité en Svenska kraftnät krachtens artikel 28 van verordening 2019/942 bij de raad van beroep van ACER beroep ingesteld tegen besluit 02/2020, welk beroep aanvankelijk was ingeschreven onder nummer A-001-2020. TenneT TSO BV en TenneT TSO GmbH hebben bij de raad van beroep van ACER beroep ingesteld dat met name was gericht tegen besluit 02/2020, welk beroep aanvankelijk was ingeschreven onder nummer A-004-2020. Aangezien deze twee zaken hetzelfde voorwerp hadden, heeft de raad van beroep ze vervolgens samengevoegd onder zaaknummer A-001-2020 (geconsolideerd).

16. Op 16 juli 2020 heeft de raad van beroep besluit 02/2020 bekrachtigd en de beroepen in zaak A-001-2020 (geconsolideerd) verworpen.

17. Tegen besluit 03/2020, betreffende de mFRR-methodologie, hebben dezelfde TSB's twee beroepen ingesteld bij de raad van beroep van ACER, die werden samengevoegd en ingeschreven onder nummer A-002-2020 (geconsolideerd).

18. Op 16 juli 2020 heeft de raad van beroep besluit 03/2020 bekrachtigd en de beroepen in zaak A-002-2020 (geconsolideerd) verworpen.

III. Procedure bij het Gerecht

19. Op 30 september 2020 hebben verschillende TSB's twee beroepen tot nietigverklaring ingesteld tegen de beslissingen A-001-2020 en A-002-2020 van de raad van beroep van ACER van 16 juli 2020 waarbij besluiten 02/2020 en 03/2020 van ACER werden bekrachtigd.

20. Op 15 februari 2023 heeft het Gerecht deze beroepen tot nietigverklaring verworpen bij de bestreden arresten.

IV. Hogere voorziening bij het Hof

21. Rekwiranten (Polskie sieci elektroenergetyczne, RTE Réseau de transport d'électricité, Affärsverket Svenska kraftnät en TenneT TSO) verzoeken het Hof:

– de bestreden arresten in hun geheel of gedeeltelijk te vernietigen;

– de beslissingen A-001-2020 en A-002-2020 van de raad van beroep van ACER van 16 juli 2020 in hun geheel of gedeeltelijk nietig te verklaren;

– ACER te verwijzen in de door rekwiranten in hogere voorziening en in eerste aanleg voor het Gerecht gemaakte kosten.

22. ACER verzoekt het Hof:

– de hogere voorzieningen in hun geheel of gedeeltelijk niet-ontvankelijk en in ieder geval kennelijk ongegrond te verklaren, teneinde ze in hun geheel te verwerpen;

– rekwiranten te verwijzen in hun eigen kosten en in de door ACER in de onderhavige procedure gemaakte kosten.

23. In hun hogere voorzieningen voeren rekwiranten twee middelen aan voor vernietiging van de bestreden arresten:

– Het Gerecht heeft ten onrechte geoordeeld dat de raad van beroep van ACER had voldaan aan zijn verplichting om een volledige toetsing te verrichten die zich niet beperkte tot kennelijke fouten in de bestreden besluiten van ACER.

– Het Gerecht heeft de artikelen 20, 21 en 37 van verordening 2017/2195 onjuist toegepast bij het beoordelen van de toepasselijke rechtsgrondslagen voor de werking van het aFRR- en het mFRR-platform. Het Gerecht heeft het debat in het voordeel van ACER en de raad van beroep van ACER beslecht op grond van een uitlegging die de bevoegdheden van ACER ten onrechte bevoorrecht ten nadele van die van de TSB's en de NRI's.

24. Alvorens elk van deze twee aangevoerde middelen te analyseren, zal ik mij uitspreken over de excepties van niet-ontvankelijkheid van de hogere voorzieningen.

V. Ontvankelijkheid

25. ACER betoogt dat de hogere voorzieningen niet-ontvankelijk zijn op grond dat:

– de middelen in hogere voorziening zijn ontleend aan argumenten die de TSB's reeds voor het Gerecht hebben aangevoerd. De aangevoerde middelen impliceren een nieuw onderzoek van vragen waarop het Gerecht reeds heeft beslist, iets waartoe het Hof in hogere voorziening niet bevoegd is [9];

– het eerste middel geen praktische gevolgen heeft, aangezien de juridische onenigheid betrekking heeft op een voetnoot bij de beslissing van de raad van beroep waarin deze verklaart dat zijn toetsing zich heeft beperkt tot de kennelijke beoordelingsfout ter zake van technische elementen van [de ACER-besluiten]. De TSB's erkennen dat de raad van beroep niettemin de facto een volledige toetsing heeft uitgevoerd. Derhalve is het middel hypothetisch, heeft het geen praktische gevolgen en levert het rekwiranten geen voordeel op. [10]

26. De dubbele exceptie van niet-ontvankelijkheid moet worden verworpen.

27. Wanneer een rekwirant de uitlegging of de toepassing van het Unierecht door het Gerecht betwist, kunnen de in eerste aanleg onderzochte rechtsvragen in hogere voorziening opnieuw worden behandeld. Indien de hogere voorziening niet kon worden gebaseerd op middelen en argumenten die reeds zijn aangevoerd voor het Gerecht, zou zij grotendeels aan betekenis verliezen. [11] Het Hof heeft herhaaldelijk geoordeeld dat een hogere voorziening kan worden ingesteld waarin middelen worden aangevoerd die uit het bestreden arrest zelf voortvloeien en ertoe strekken de gegrondheid daarvan in rechte te betwisten. [12]

[9] Beschikkingen van 16 maart 2021, XH/Commissie (C-399/20 P, EU:C:2021:205, punt 21), en 12 november 2020, Lazarus/Commissie (C-85/20 P, EU:C:2020:912, punt 39).

[10] Arresten van 13 juli 2023, D & A Pharma/EMA (C-136/22 P, EU:C:2023:572, punten 43-45), en 27 maart 2019, Canadian Solar Emea e.a./Raad (C-236/17 P, EU:C:2019:258, punt 92).

[11] Arresten van 12 september 2006, Reynolds Tobacco e.a./Commissie (C-131/03 P, EU:C:2006:541, punt 51); 16 mei 2002, ARAP e.a./Commissie (C-321/99 P, EU:C:2002:292, punt 49), en 13 juli 2000, Salzgitter/Commissie (C-210/98 P, EU:C:2000:397, punt 43).

[12] Arresten van 26 februari 2020, SEAE/Alba Aguilera e.a. (C-427/18 P, EU:C:2020:109, punt 54), en 6 september 2018, Tsjechië/Commissie (C-4/17 P, EU:C:2018:678, punt 24).

28. Dat is in deze zaak het geval: in hun middelen tot vernietiging wijzen rekwiranten op de onjuiste rechtsopvattingen waarvan het Gerecht (volgens hen) blijk heeft gegeven. Het in hogere voorziening inroepen van onjuiste rechtsopvattingen ter zake van rechtsvragen die reeds in eerste aanleg zijn behandeld, is, nogmaals, in overeenstemming met de onderliggende logica van hogere voorzieningen.

29. Wat het eerste middel in hogere voorziening betreft, zou toewijzing ervan leiden tot vernietiging van de arresten en in voorkomend geval tot nietigverklaring van de beslissingen van de raad van beroep en de ACER-besluiten, hetgeen de rechtspositie van rekwiranten zou wijzigen. Rekwiranten hebben derhalve belang bij toewijzing van hun eerste middel, dat niet hypothetisch is. Of het middel al dan niet moet worden toegewezen, kan enkel het onderzoek ten gronde uitwijzen.

VI. Eerste middel in hogere voorziening: intensiteit van de toetsing van de ACER-besluiten door de raad van beroep

A. Argumenten van partijen

30. Rekwiranten stellen dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de raad van beroep van ACER de litigieuze besluiten in hun volle omvang heeft getoetst.

31. Volgens hen is het Gerecht tot die onjuiste rechtsopvatting gekomen door voorbij te gaan aan wat de raad van beroep zelf verklaart inzake de intensiteit van de verrichte toetsing en door te onderzoeken of de toetsing al dan niet volledig was geweest. Door aldus te handelen, heeft het Gerecht de rechtspraak van het Hof zoals neergelegd in het arrest ACER/Aquind niet in acht genomen. [13]

32. ACER betwist dit betoog.

B. Beoordeling

33. In het arrest ACER/Aquind heeft het Hof verklaard dat de raad van beroep van ACER niet alleen de juridische beoordelingen, maar ook de ingewikkelde technische, wetenschappelijke en economische beoordelingen die ACER in zijn besluiten verricht, aan een *volledige* toetsing moet onderwerpen. De raad van beroep mag zich niet beperken tot het verrichten van een *beperkte* toetsing waarin hij zich uitsluitend op het bestaan van kennelijke beoordelingsfouten richt. [14]

[13] Arrest van 9 maart 2023, ACER/Aquind (C-46/21 P, EU:C:2023:182, punten 53-74; hierna: „arrest ACER/Aquind").

[14] In mijn conclusie in die zaak (C-46/21 P, EU:C:2022:695, punten 36-78) heb ik hetzelfde standpunt verdedigd.

34. Het is in dit stadium niet nodig om nader in te gaan op de redeneringen die het Hof ertoe hebben gebracht om deze wijze van toetsing op te leggen aan de raad van beroep van ACER [15] na eerst de artikelen 18 en 19 van verordening (EG) nr. 713/2009 [16] te hebben uitgelegd. De rechtspraak die tot uitdrukking komt in het arrest ACER/Aquind staat in deze hogere voorzieningen niet ter discussie.

35. Toen de raad van beroep van ACER de litigieuze beslissingen vaststelde (16 juli 2020) was het arrest ACER/Aquind nog niet gewezen. In die tijd volgde de raad van beroep zijn gebruikelijke praktijk, namelijk het verrichten van een beperkte toetsing van ingewikkelde technische, wetenschappelijke en economische beoordelingen. Die toetsing beperkte zich tot het onderzoek of de besluiten van ACER blijk gaven van kennelijke beoordelingsfouten.

36. Volgens het Gerecht kon uit de door de TSB's aangevochten beslissingen [17] worden afgeleid dat „de raad van beroep overeenkomstig zijn toenmalige beslissingspraktijk enkel de in [de besluiten] opgenomen juridische beoordelingen van ACER in volle omvang heeft getoetst, doch bij de toetsing van zijn ingewikkelde feitelijke beoordelingen van technische aard slechts heeft gezocht naar kennelijke fouten, en daarbij heeft erkend dat ACER ter zake over een zekere beoordelingsmarge beschikte" [18].

37. Nochtans heeft het Gerecht geoordeeld dat:

– „de raad van beroep zijn toetsing in die beslissing voornamelijk heeft gericht op de juridische beoordelingen van ACER in [zijn besluiten], die deze raad in volle omvang heeft getoetst" (punt 203 van de bestreden arresten);

– „de raad van beroep in de zeldzame gevallen waarin hij [...] ingewikkelde technische beoordelingen moest toetsen, in de praktijk [bovendien] meer dan een louter beperkte toetsing [heeft] verricht, zodat hij de facto zijn verplichtingen is nagekomen met betrekking tot de intensiteit van de ten aanzien van [de besluiten van ACER] te verrichten toetsing" (punt 204 van de bestreden arresten).

38. De handelwijze van het Gerecht in deze twee beroepen tot nietigverklaring gaat in tegen zijn handelwijze in zaak T-735/18 [19], waarin het arrest ACER/Aquind is gewezen.

39. In zaak T-735/18 heeft het Gerecht een met de hierboven weergegeven verklaring vergelijkbare verklaring van de raad van beroep van ACER aanvaard en is het niet nagegaan of die raad de facto de ingewikkelde technische beoordelingen in volle omvang had getoetst.

[15] Over de activiteit van de raad van beroep van ACER tot 2021, zie Ollier, J., en Piebalgs, A., „The appeal procedure in the application of the EU Energy Law. Experience from ACER's Board of Appeal 2016-2021", *Robert Schuman Center Policy Paper*, 2023/06.

[16] Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot oprichting van een Agentschap voor de samenwerking tussen energieregulators (PB 2009, L 211, blz. 1).

[17] Het Gerecht haalt voetnoot 83 en punt 193 van de beslissing van de raad van beroep ten aanzien van besluit 03/2020 alsook voetnoot 81 en punt 192 van de beslissing van de raad van beroep ten aanzien van besluit 02/2020 aan.

[18] Punt 200 van de bestreden arresten. In de respectieve punten 192 en 193 van zijn beslissingen heeft de raad van beroep verklaard dat, vanuit technisch oogpunt, het besluit of voor het aFRR-platform en het mFRR-platform de litigieuze functie vereist is, een *ingewikkelde technische kwestie* is ter zake waarvan ACER beschikt over een beoordelingsmarge, en dat *de toetsing van de raad van beroep is beperkt tot het onderzoek of ACER een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt*, in overeenstemming met zijn beslissingspraktijk.

[19] Arrest van 18 november 2020, Aquind/ACER (T-735/18, EU:T:2020:542).

40. Hoewel ACER in de zaak Aquind/ACER betoogde dat de raad van beroep wel degelijk een volledige toetsing van de ingewikkelde technische beoordelingen had verricht, bevestigde het Hof dat het Gerecht geen blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, aangezien uit punt 52 van de beslissing van de raad van beroep uitdrukkelijk bleek dat die raad van beroep zijn toetsing (van besluit nr. 05/2018) had willen beperken tot kennelijke beoordelingsfouten. [20]

41. In casu volgt het Gerecht echter een andere benadering. In plaats van aan te nemen dat, zoals de raad van beroep zelf heeft verklaard, de door hem toegepaste toetsing van ingewikkelde technische vraagstukken een beperkte reikwijdte had, *duikt* het Gerecht in de litigieuze beslissingen om te onderzoeken of de raad van beroep had gedaan wat hij beweerde niet te hebben gedaan.

42. Na te hebben vastgesteld dat zulks inderdaad het geval was, is het Gerecht tot de slotsom gekomen dat de raad van beroep de ingewikkelde technische beoordelingen van ACER de facto zonder beperking en in volle omvang had getoetst. Specifiek verklaarde het Gerecht dat de raad van beroep was nagegaan of het gecentraliseerde of gedecentraliseerde proces van voortdurende actualisering van de beschikbare zoneoverschrijdende transmissiecapaciteit technisch gezien een voor de werking van het aFRR- en het mFRR-platform vereiste functie was. [21]

43. Mijns inziens heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door geen rekening te houden met de verklaring van de raad van beroep. Als die raad erkent dat hij de ingewikkelde technische beoordelingen in de bestreden ACER-besluiten beperkt en marginaal heeft getoetst, zie ik niet in hoe die verklaring kan worden genegeerd en vervangen door het tegendeel.

44. Zoals ik in mijn conclusie in de zaak ACER/Aquind [22] in overweging heb gegeven en zoals het Hof in zijn arrest heeft bevestigd [23], hoeft het Gerecht, wanneer de raad van beroep verklaart een *beperkte toetsing* van de ACER-besluiten te hebben uitgevoerd, die niet verder ging dan het beoordelen van kennelijke fouten in verband met de ingewikkelde technische beoordelingen, niet na te gaan of de raad van beroep „feitelijk" een *volledige toetsing* van die beoordelingen heeft uitgevoerd.

45. Volgens deze premisse had het Gerecht in casu de verklaring van de raad van beroep, die het best in staat is om te weten welk soort toetsing hij in zijn eigen beslissingen heeft toegepast, moeten aanvaarden.

46. Indien de raad van beroep, zoals in casu het geval is, verklaart een beperkte en marginale toetsing te hebben verricht, moet het Gerecht de beslissingen van die raad zonder meer nietig verklaren overeenkomstig de rechtspraak in de zaak ACER/Aquind. Na deze nietigverklaring zal de raad van beroep nieuwe beslissingen moeten vaststellen waarin hij de ingewikkelde technische beoordelingen aan een volledige toetsing moet onderwerpen. [24]

[20] Arrest ACER/Aquind, punten 73 en 74.

[21] Punt 204 van de bestreden arresten.

[22] Punten 80 en 81.

[23] Arrest ACER/Aquind, punt 74.

[24] De betrokkenen kunnen die nieuwe beslissing ter discussie stellen en betwisten door een beroep tot nietigverklaring in te stellen bij het Gerecht, dat hun recht op een doeltreffende voorziening in rechte waarborgt.

47. Wanneer de raad van beroep daarentegen in een beslissing verklaart een volledige toetsing van de juridische en ingewikkelde technische beoordelingen in een ACER-besluit te hebben verricht, zal het Gerecht de reikwijdte van die toetsing moeten onderzoeken indien de verzoekende partijen van mening zijn dat die reikwijdte niet juist of ontoereikend is. Indien het dat niet zou doen en de beoordeling van de raad van beroep zou bevestigen, zou het Gerecht het recht van de verzoekende partijen op een doeltreffende voorziening in rechte schenden.

48. De voorgaande overwegingen brengen mij ertoe het Hof in overweging te geven om het eerste middel in hogere voorziening toe te wijzen.

VII. Tweede middel in hogere voorziening: het Gerecht heeft de artikelen 20, 21 en 37 van verordening 2017/2195 onjuist toegepast bij het beoordelen van de rechtsgrondslagen van de voor het beheer van het aFRR- en het mFRR-platform vereiste functies

49. Kort gezegd wordt met dit middel betoogd dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat, volgens verordening 2017/2195, de zogenoemde „functie van het beheer van de zoneoverschrijdende capaciteit voor de uitwisseling van balanceringsenergie" een voor het beheer van het aFRR- en het mFRR-platform vereiste functie is.

50. Vanuit tegengestelde posities worden de volgende twee met elkaar conflicterende standpunten verdedigd:

– deze functie moet worden uitgeoefend door de Europese balanceringsplatforms (standpunt van ACER, daarin gesteund door de raad van beroep en het Gerecht);

– voor deze functie zijn de TSB's bevoegd (standpunt van rekwiranten, dat overeenkomt met het standpunt dat alle TSB's, zowel vóór als na de ACER-besluiten 02/2020 en 03/2020, hebben ingenomen) [25].

51. Vanuit technisch oogpunt zou toewijzing van die functie aan de Europese balanceringsplatforms waarschijnlijk een aanbevelenswaardige keuze zijn geweest. Om de redenen die ik hieronder zal uiteenzetten, meen ik echter dat dit niet de keuze van de Uniewetgever was zoals die tot uiting is gebracht in de artikelen 20, 21 en 37 van verordening 2017/2195.

52. Rekwiranten betogen dat het Gerecht de artikelen 20, 21 en 37 van verordening 2017/2195 onjuist heeft toegepast bij het beoordelen van de rechtsgrondslagen van de voor het beheer van het mFRR- en het aFRR-platform vereiste functies. In hun opvatting:

– heeft het Gerecht ten onrechte geoordeeld dat capaciteitsbeheer, als een op platformoverschrijdend niveau gecoördineerd en gecentraliseerd proces van voortdurende actualisering van de beschikbare zoneoverschrijdende transmissiecapaciteit, een voor de

[25] Dit wordt door het Gerecht erkend in de punten 142 en 143 van de bestreden arresten, in verband met de voorstellen van de TSB's van vóór de ACER-besluiten 02/2020 en 03/2020. De TSB's hebben daarna vastgehouden aan dit standpunt, zoals ACER erkent in zijn besluit 14/2022 van 30 september 2022 tot wijziging van het tenuitvoerleggingskader voor het mFRR-platform: „The nature of the CMF [capacity management function] as a required function pursuant to Article 12(2) of ACER Decision 03/2020 is currently the subject matter of actions for annulments in case T-607/20 pending before the General Court. In that regard the TSOs [transmission system operators] mentioned that their submission in the present proceedings is without prejudice to their position, recorded in their final proposal of 18 December 2019 underlying Decision No 03/2020 of 24 January 2020, that the CMF is not a required platform function and does not fall within the scope of Articles 20, 21 and 22 of the EB Regulation" (voetnoot 4).

werking van het mFRR- en het aFRR-platform vereiste functie is in de zin van artikel 20, lid 3, onder c), en artikel 21, lid 3, onder c), van verordening 2017/2195;

– vereist artikel 37 van verordening 2017/2195 dat de TSB's de zoneoverschrijdende elektriciteitstransmissiecapaciteit beheren, maar legt dat artikel niet de verplichting op om dat capaciteitsbeheer op te nemen als een functie die vereist is voor de werking van het mFRR- en het aFRR-platform. Die platforms worden ontwikkeld in het kader van verschillende procedures die zijn geregeld in de artikelen 20 en 21 van voornoemde verordening.

53. Rekwiranten hebben dit middel in hogere voorziening opgesplitst in twee onderdelen, die nauw met elkaar samenhangen:

– Het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de berekening van de zoneoverschrijdende transmissiecapaciteit als bedoeld in artikel 37 van verordening 2017/2195 moet worden beschouwd als een functie die vereist is voor de werking van het aFRR- en het mFRR-platform, zoals geregeld in de artikelen 20 en 21 van die verordening. Hierdoor heeft het Gerecht de regeling van de artikelen 20 en 21 uitgebreid tot de functie bedoeld in artikel 37, dat voorzag in een andere rechtsregeling.

– Ook heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging van de artikelen 20 en 21 van verordening 2017/2195 door de wettelijke verplichtingen van de TSB's te verwarren met de rechten die de TSB's kunnen uitoefenen ten aanzien van de functies van het mFRR- en het aFRR-platform.

54. ACER wijst deze argumenten van de hand.

55. Alvorens over te gaan tot het analyseren van de twee onderdelen waarin rekwiranten dit tweede middel hebben opgesplitst, acht ik het, gelet op het uiterst technische karakter ervan, nuttig om een toelichting te geven op de werking van de markt voor elektriciteitsbalancering en van de Europese platforms die zijn opgericht om grensoverschrijdende verbindingen tussen nationale markten voor elektriciteitsbalancering te bevorderen.

A. Voorafgaande opmerkingen: markten voor elektriciteitsbalancering en Europese platforms voor de uitwisseling van balanceringsenergie

56. Gelet op hun fysieke kenmerken, zijn er vier soorten groothandelsmarkten voor elektriciteit, die worden geregeld in de artikelen 6 tot en met 9 van verordening (EU) 2019/943 [26]:

– day-aheadmarkten, waar de productie een dag van tevoren kan worden gepland en verhandeld;

– intradaymarkten, waar de geplande vraag kort van tevoren kan worden aangepast, afhankelijk van veranderingen die zich voordoen in de elektriciteitsproductie, gegeven met name het toenemende aandeel van energie uit hernieuwbare bronnen, zoals wind- en zonne-energie;

– termijnmarkten, waarmee wordt beoogd de volatiliteit van de spotmarktprijzen te beperken. Hierop kunnen marktdeelnemers, waaronder eigenaren van installaties die elektriciteit uit

[26] Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 betreffende de interne markt voor elektriciteit (herschikking) (PB 2019, L 158, blz. 54).

hernieuwbare bronnen opwekken, zich indekken tegen uit die volatiliteit voortvloeiende risico's;

– balanceringsmarkten, die ervoor moeten zorgen dat vraag en aanbod in het systeem altijd op elkaar aansluiten en het risico van stroomuitval wordt geneutraliseerd. Om deze doelstelling te bereiken moeten er markten zijn waarop de TSB's de energie kunnen inkopen die nodig is om het evenwicht in het systeem [27] te handhaven dicht bij het fysieke leveringstijdstip.

57. Wat die laatste markten betreft, wordt in verordening 2017/2195 „een Uniebrede reeks technische, operationele en marktregels vastgesteld voor het beheer van de werking van elektriciteitsbalanceringsmarkten" [28].

58. Concreet beoogt verordening 2017/2195, teneinde bij te dragen aan de ontwikkeling van de interne markt voor elektriciteit in de Unie, dat de toewijzing van energie van de balanceringsmarkten, die voorheen enkel op nationaal niveau plaatsvond, geleidelijk, volgens het in die verordening voorziene tijdschema, wordt overgeheveld naar het Europese niveau.

59. Verordening 2017/2195 voorziet daartoe in vier Europese balanceringsplatforms [29], een voor elk van de gedefinieerde standaardbalanceringsproducten [30]:

– het Europees platform voor de uitwisseling van balanceringsenergie uit vervangingsreserves, bekend als het RR-platform (*Replacement Reserve Platform*). Zoals wordt voorgeschreven in artikel 19 van verordening 2017/2195, is dit platform door de TSB's zodanig ontworpen dat het reservevervangingsproces wordt uitgevoerd overeenkomstig deel IV van verordening 2017/1485. [31] Dit platform is ontwikkeld in het kader van het project TERRE (*Trans-European Replacement Reserves Exchange*) en is gebaseerd op de LIBRA-oplossing, een gemeenschappelijk IT-systeem. [32] Het platform is sinds januari 2020 operationeel, en de

[27] In artikel 2, punt 1, van verordening 2017/2195 wordt „balancering" gedefinieerd als „alle acties en processen, op alle tijdslijnen, waarmee transmissiesysteembeheerders (TSB's) permanent garanderen dat de systeemfrequentie stabiel blijft binnen een vooraf bepaald bereik, zoals uiteengezet in artikel 127 van verordening (EU) 2017/1485, en dat de reservehoeveelheid wordt aangehouden, met inachtneming van de vereiste kwaliteit, zoals uiteengezet in deel IV, titels V, VI en VII, van verordening (EU) 2017/1485". Zie verordening (EU) 2017/1485 van de Commissie van 2 augustus 2017 tot vaststelling van richtsnoeren betreffende het beheer van elektriciteitstransmissiesystemen (PB 2017, L 220, blz. 1).

[28] Overweging 5 van verordening 2017/2195. Daar wordt in diezelfde overweging aan toegevoegd dat de verordening „regels [bevat] voor de inkoop van balanceringscapaciteit, de activering van balanceringsenergie en de financiële verrekening van balanceringsverantwoordelijken [...]. Ze schrijft ook voor dat geharmoniseerde methoden moeten worden opgesteld voor de toewijzing van zoneoverschrijdende transmissiecapaciteit voor balanceringsdoeleinden. Dergelijke regels vergroten de liquiditeit van kortetermijnmarkten omdat ze meer grensoverschrijdende handel toelaten en zorgen voor een efficiënter gebruik van het bestaande net met het oog op energiebalancering. De concurrentie tussen energiebiedingen vindt plaats op balanceringsplatforms voor de hele EU, waardoor de concurrentie wordt bevorderd."

[29] Voor deze platforms, zie de website van het Europees netwerk van transmissiesysteembeheerders voor elektriciteit (ENTSO-E): https://www.entsoe.eu/network_codes/eb/#implement, en de website van ACER: https://www.acer.europa.eu/electricity/market-rules/electricity-balancing/balancing-energy-platforms. Zie ook de analyse van Gröper, F., en Stamati, M., „Network regulation and third party access", en Jones, C., en Kettlewell, W-J., (eds.), *EU Energy Law. Vol. I: The Internal Energy Market*, 5e ed., Claeys & Casteels, Deventer, 2021, blz. 38-41.

[30] De stand van de ontwikkeling van deze platforms is te vinden in ENTSO-E, *ENTSO-E Market Report 2023*, blz. 37, 38 en 65-78, beschikbaar op: https://ee-public-nc-downloads.azureedge.net/strapi-test-assets/strapi-assets/ENTSO_E_Market_Report_2023_11a344f1c1.pdf.

[31] Https://www.entsoe.eu/network_codes/eb/terre/. De vervangingsreserves zijn bestemd voor het oplossen van eventuele verschillen tussen opwekking en verbruik zoals vastgesteld na sluiting van de intradaymarkt.

[32] Voor dit platform, zie de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Swissgrid/Commissie (C-121/23 P, EU:C:2024:615), waarin nog geen arrest is gewezen en die uitsluitend betrekking heeft op de rechtsbevoegdheid van TSB Swissgrid om beroep tot nietigverklaring in te stellen tegen een brief van de Commissie waarbij hem de deelname aan dit platform werd ontzegd.

werking ervan is uiteengezet in het tenuitvoerleggingskader *Replacement Reserve Implementation Framework*[33];

– het mFRR-platform, dat is opgericht krachtens artikel 20 van verordening 2017/2195, is ontwikkeld in het kader van het project *Manually Activated Reserves Initiative* (MARI) en is geregeld bij ACER-besluit 03/2020. Het platform is operationeel sinds 5 oktober 2022 en de TSB's van de lidstaten sluiten zich er geleidelijk bij aan;

– het aFRR-platform, dat is opgericht krachtens artikel 21 van verordening 2017/2195, is ontwikkeld in het kader van het project *Platform for the International Coordination of Automated Frequency Restoration and Stable System Operation*) (PICASSO) en is geregeld bij ACER-besluit 02/2020. Het platform is operationeel sinds 1 juni 2022 en de TSB's van de lidstaten sluiten zich er geleidelijk bij aan;

– het Europees platform voor onbalansnetting, ook bekend als het *Imbalance Netting Platform* of het *IN-platform*. Dit platform is op 24 juni 2021 opgericht krachtens artikel 22 van verordening 2017/2195 op basis van het project *International Grid Control Cooperation*[34]. De TSB's hebben besloten om voor het aFRR-platform en het IN-platform hetzelfde IT-systeem en dezelfde communicatiekanalen te gebruiken.

60. De TSB's hebben Amprion GmbH en TransnetBW GmbH aangewezen als entiteiten voor de ontwikkeling, het onderhoud en het beheer van het mFRR- en het aFRR/IN-platform.[35] Zoals ACER tijdens de mondelinge behandeling heeft opgemerkt, zouden de TSB's zich gedurende een overgangsperiode tot 24 juni 2024 geleidelijk aansluiten bij deze platforms, maar in de praktijk zijn er in dit proces vertragingen opgetreden.[36]

61. Het verschil tussen het mFRR- en het aFRR-platform berust, zoals hun benaming al aangeeft, op de omstandigheid of „de balanceringsenergie manueel door een operator of automatisch en met een terugkoppelingslus wordt geactiveerd"[37].

[33] De ontwikkeling van dit platform wordt gespecificeerd in het document *Implementation framework for the exchange of balancing energy from Replacement Reserves in accordance with Article 19 of Commission Regulation (EU) 2017/2195 of 23 November 2017 establishing a guideline on electricity balancing* van 10 maart 2023. Zie de informatie over het platform op https://www.entsoe.eu/network_codes/eb/terre/.

[34] Zie de informatie over het *European platform for operating the imbalance netting process* op https://www.entsoe.eu/network_codes/eb/imbalance-netting/.

[35] ENTSO-E: *Explanatory document of proposals for amendment of the implementation frameworks for the European balancing platforms in accordance with articles 20(1), 21(1) and 22(1) of Commission Regulation (EU) 2017/2195 of 23 November 2017 establishing a guideline on electricity balancing*, 31 maart 2022, blz. 4.

[36] Zie de documenten *aFRR-Platform Accession roadmap* van 26 september 2024, beschikbaar op PICASSO_12th_Accession_roadmap_ext.pdf (eepublicdownloads.blob.core.windows.net), en *mFRR-Platform Accession roadmap* van 10 oktober 2024, beschikbaar op MARI_Accession_roadmap_OCT_2024.pdf (eepublicdownloads.blob.core.windows.net).

[37] Zie artikel 2, punt 34, van verordening 2017/2195.

B. Eerste onderdeel van het tweede middel: verwarring tussen de wettelijke verplichtingen die worden opgelegd bij artikel 37 enerzijds en de artikelen 20 en 21 van verordening 2017/2195 anderzijds.

62. Rekwiranten betogen dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de berekening van de zoneoverschrijdende transmissiecapaciteit moet worden beschouwd als een voor de werking van het mFRR- en het aFRR-platform vereiste functie. Aldus heeft het Gerecht de regeling van de artikelen 20 en 21 van verordening 2017/2195 uitgebreid naar de functie bedoeld in artikel 37, dat voorziet in een andere rechtsregeling.

63. Volgens het Gerecht is de raad van beroep terecht tot de slotsom gekomen dat de capaciteitsbeheerfunctie een van de functies is die zijn vereist voor de werking van het aFRR- en het mFRR-platform. De redenering van het Gerecht ter zake kan als volgt worden samengevat [38]:

– De door de TSB's opgestelde voorstellen voor een methodologie moeten de definitie van de functies die vereist zijn voor de werking van het aFRR- en het mFRR-platform omvatten.

– Uit verordening 2017/2195 volgt dat deze platforms minstens de activeringsoptimaliseringsfunctie [39] en de functie voor TSB-TSB-verrekening moeten omvatten, zonder dat andere functies zijn uitgesloten.

– Specifiek is de functie „berekening van zoneoverschrijdende transmissiecapaciteit" een van de functies die vereist zijn voor de werking van het aFRR- en het mFRR-platform. Dat is met name het geval wanneer de toevoeging van die functie noodzakelijk is om de algemene structuur van deze platforms te ontwerpen op basis van gemeenschappelijke beheersbeginselen en bedrijfsprocessen.

– Bij de uitlegging van het begrip „functie die vereist is voor de werking van het aFRR- en het mFRR-platform" moet rekening worden gehouden met de context en met de met verordening 2017/2195 nagestreefde doelstellingen. Volgens deze criteria gaat het om functies die uit zowel technisch als juridisch oogpunt *noodzakelijk* zijn voor een efficiënte en veilige uitvoering en werking van die platforms.

– Juridisch gezien verplicht artikel 37, lid 1, van verordening 2017/2195 de TSB's ertoe om de beschikbare zoneoverschrijdende transmissiecapaciteit voortdurend te actualiseren voor de uitwisseling van balanceringsenergie of voor onbalansnetting.

– Technisch gezien vormt de voortdurende actualisering van die capaciteit, waar de capaciteitsbeheersfunctie op is gebaseerd, blijkens de door de TSB's opgestelde methodevoorstellen voor aFRR en mFRR essentiële informatie voor de activeringsoptimaliseringsfunctie. Die laatste functie is zelf een vereiste functie van de platforms om de activering van de hoogst gerangschikte biedingen voor balanceringsenergie (op de gemeenschappelijke biedladder) te optimaliseren, rekening houdend met de beperkt beschikbare zoneoverschrijdende transmissiecapaciteit.

[38] Punten 110-124 van de bestreden arresten.

[39] Volgens artikel 2, punt 39, van verordening 2017/2195 is de „activeringsoptimaliseringsfunctie" „de functie voor het bedienen van het algoritme dat wordt toegepast om de activering van balanceringsenergiebiedingen te optimaliseren".

– De capaciteitsbeheersfunctie is overigens door de TSB's zelf aan de platforms toegevoegd om te voldoen aan de eisen van verordening 2017/2195 inzake een algemene structuur in termen van doeltreffendheid en veiligheid.

64. Op basis hiervan oordeelt het Gerecht dat „de functie waarmee de beschikbare zoneoverschrijdende transmissiecapaciteit kan worden berekend en voortdurend geactualiseerd volgens een voor alle TSB's geharmoniseerde methodologie, in het licht van de met verordening 2017/2195 nagestreefde doelstelling om een efficiënte en veilige werking van [de platforms] te waarborgen, worden beschouwd als een functie die zowel uit technisch als uit juridisch oogpunt vereist is voor de werking van [platforms] waarvan de structuur, zoals is gememoreerd in artikel 21, lid 3, onder a), [en artikel 20, lid 3, onder a),] van verordening 2017/2195, algemeen van aard moet zijn en moet beantwoorden aan gemeenschappelijke beheersbeginselen en bedrijfsprocessen" [40].

65. Deze vaststelling wordt in soortgelijke bewoordingen herhaald in andere passages van de bestreden arresten. Met name verklaart het Gerecht in punt 122 dat „de voortdurende actualisering van de beschikbare zoneoverschrijdende transmissiecapaciteit, die ten grondslag ligt aan de capaciteitsbeheersfunctie, en dus ook de capaciteitsbeheersfunctie zelf in het algemeen moeten worden aangemerkt als functies die vereist zijn voor de werking van [de platforms]".

66. Mijn uitlegging van de verhouding tussen artikel 37 en de artikelen 20 en 21 van verordening 2017/2195 verschilt van die van het Gerecht. Ik zal artikel 37, enerzijds, en de artikelen 20 en 21, anderzijds, afzonderlijk behandelen en vervolgens mijn argumenten inzake de gecombineerde uitlegging van deze bepalingen bundelen.

1. Artikel 37 van verordening 2017/2195

67. Artikel 37 van verordening 2017/2195 bevat de wettelijke regeling voor de voortdurende actualisering van de beschikbaarheid van zoneoverschrijdende capaciteit voor uitwisseling. Dit artikel 37, overeenkomstig die regeling:

– verplicht de TSB's om na de gate-sluitingstijd van de zoneoverschrijdende intradaymarkt de beschikbaarheid van zoneoverschrijdende capaciteit voor de uitwisseling van balanceringsenergie of voor de werking van het onbalansnettingsproces voortdurend te actualiseren (lid 1);

– vereist dat uiterlijk vijf jaar na de inwerkingtreding van deze verordening alle TSB's van een capaciteitsberekeningsregio een methodologie opstellen voor zoneoverschrijdende capaciteitsberekening binnen het balanceringstijdsbestek voor de uitwisseling van balanceringsenergie of voor het gebruik van het onbalansnettingsproces (lid 3);

– schrijft voor dat de TSB's vóór de toepassing van de in lid 3 bedoelde methodologie voor capaciteitsberekening de zoneoverschrijdende capaciteit gebruiken die overblijft na de gate-sluitingstijd van de zoneoverschrijdende intradaymarkt (lid 2).

[40] Punt 115 van de bestreden arresten.

68. De opdrachten van artikel 37 van verordening 2017/2195 zijn gericht tot de TSB's en verwijzen nergens naar de Europese balanceringsplatforms (artikelen 19-22 van dezelfde verordening).

69. Ik ben – net als rekwiranten – van mening dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen de aan de TSB's opgelegde verplichtingen en de aan de platforms toegewezen functies. In verordening 2017/2195 zijn die verplichtingen en functies, vanuit systematisch oogpunt, ondergebracht onder verschillende opschriften:

– Titel II („Elektriciteitsbalanceringsmarkt"), hoofdstuk 2 („Europese platforms voor de uitwisseling van balanceringsenergie") omvat de artikelen 20 en 21, die het mFRR- en het aFRR-platform regelen.

– Titel IV („Zoneoverschrijdende capaciteit voor balanceringsdiensten"), hoofdstuk 1 („Uitwisseling van balanceringsenergie of het onbalansnettingsproces") regelt daarentegen hoe TSB's de beschikbare zoneoverschrijdende transmissiecapaciteit moeten gebruiken (artikel 36) en berekenen (artikel 37).

70. Het onderscheid betreft niet alleen de systematische plaatsing binnen verordening 2017/2195. Bij lezing van artikel 37 blijkt dat deze bepaling geen enkele verwijzing of kruisverwijzing naar de artikelen 20 en 21 bevat. Met name kan uit artikel 37 niet worden afgeleid dat het beheer van de zoneoverschrijdende transmissiecapaciteit is *vereist* voor de werking van het mFRR- en het aFRR-platform. Wat de platforms nodig hebben, zijn de gegevens betreffende de capaciteit zoneoverschrijdende balanceringsenergie die beschikbaar is voor uitwisseling tussen TSB's, zodat de activeringsoptimaliseringsfunctie in werking kan worden gesteld.

71. Het begrip „functies die vereist zijn voor de werking van het platform" behoort niet tot de 45 begrippen die in artikel 2 van verordening 2017/2195 zijn omschreven. Dat begrip wordt alleen gebruikt in de artikelen 20 en 21 van diezelfde verordening, aan de hand waarvan de betekenis ervan moet worden vastgesteld.

2. Artikelen 20 en 21 van verordening 2017/2195

72. Het eerste lid van deze artikelen schrijft voor dat de TSB's een voorstel voor het tenuitvoerleggingskader voor het mFRR- en het aFRR-platform opstellen. In het tweede lid worden de volgende kenmerken van beide platforms gespecificeerd: i) zij moeten worden geëxploiteerd door TSB's of via een entiteit die de TSB's zelf oprichten, ii) zij moeten zijn gebaseerd op gemeenschappelijke beheersbeginselen en bedrijfsprocessen, iii) zij omvatten minstens de activeringsoptimaliseringsfunctie en de functie voor TSB-TSB-verrekening, iv) zij moeten een multilateraal TSB-TSB-model toepassen met gemeenschappelijke biedladders voor de uitwisseling van alle balanceringsenergiebiedingen van alle standaardproducten voor frequentieherstelreserves met (manuele of automatische) activering.

73. Het voorstel van de TSB's moet deze kenmerken van de platforms in acht nemen en moet ten minste de in artikel 20, lid 3, en artikel 21, lid 3, van verordening 2017/2195 gespecificeerde elementen omvatten. Tot die elementen behoren „a) de algemene structuur van het Europees platform" en „c) de definitie van de functies die vereist zijn voor de werking van het Europees platform".

74. Tot de functies van het mFRR- en het aFRR-platform behoren *noodzakelijkerwijs* de activeringsoptimaliseringsfunctie en de functie voor TSB-TSB-verrekening. Beide zijn dus functies die *vereist* zijn voor de werking van het mFRR- en het aFRR-platform. Als zodanig moeten zij worden opgenomen in de voorstellen van de TSB's.

75. Het debat heeft zich toegespitst op de uitlegging van de term „minstens" in artikel 20, lid 2, en artikel 21, lid 2, van verordening 2017/2195. Volgens het Gerecht staat de verwijzing in beide bepalingen naar (minstens) de activeringsoptimaliseringsfunctie en de functie voor TSB-TSB-verrekening er niet aan in de weg dat ACER eist dat de platforms ook andere dan die twee functies omvatten onder diezelfde noemer van *vereiste functies*.

76. Mijns inziens is deze uitlegging echter niet juist. Door slechts twee functies te beschouwen als onontbeerlijk („vereist") voor de werking ervan, heeft de wetgever de platforms willen uitrusten met een minimum aan functies. Uiteraard verhindert niets de toevoeging van andere functies, zoals de functie van het beheer van de zoneoverschrijdende transmissiecapaciteit, maar het besluit om al dan niet een functie toe te voegen staat aan de TSB's, zonder dat ACER bevoegd is om dit aan hen op te leggen.

77. De TSB's die in de onderhavige zaken rekwiranten zijn, ontkennen niet dat gegevens betreffende de zoneoverschrijdende transmissiecapaciteit noodzakelijk zijn voor de doeltreffende werking van de balanceringsplatforms.[41] Daaruit kan echter niet worden afgeleid dat de berekening van die gegevens moet worden verricht – als noodzakelijke functie – door de entiteit die is aangewezen om het platform te exploiteren of door het platform zelf.

78. In werkelijkheid is het artikel 37 van verordening 2017/2195 dat de berekening van zoneoverschrijdende transmissiecapaciteit toewijst aan de TSB's (en niet aan de platforms). Het proces van berekening en actualisering van de gegevens over de beschikbaarheid van die capaciteit is een bevoegdheid van de TSB's.

79. Dat dergelijke gegevens onontbeerlijk zijn voor de goede werking van het mFRR- en het aFRR-platform (wat geen twistpunt tussen partijen vormt) betekent, nogmaals, niet dat de berekeningen van de zoneoverschrijdende transmissiecapaciteit en de voortdurende actualisering ervan dwingend aan deze platforms moeten worden toevertrouwd, bij besluit van ACER. De berekening van de zoneoverschrijdende transmissiecapaciteit hoeft niet noodzakelijkerwijs te worden uitgevoerd als een functie die *vereist* is voor de platforms en voor de entiteiten die belast zijn met de exploitatie ervan.

80. Uit de vragen die het Hof ter terechtzitting heeft gesteld, is gebleken dat artikel 37 van verordening 2017/2195 de TSB's, onder toezicht van de NRI's, belast met de functie bestaande in het genereren van de gegevens betreffende de zoneoverschrijdende capaciteit voor de uitwisseling van balanceringsenergie en het voortdurend actualiseren van die gegevens. Alleen TSB's beschikken over de technische middelen en zijn in staat om die gegevens te produceren, zodat het niet mogelijk is om de functie bestaande in het genereren van die gegevens over te dragen aan het algoritme van een platform. Anders zou de zekerheid van de elektriciteitsvoorziening, waarvoor de TSB's verantwoordelijk zijn op hun respectieve grondgebieden, mogelijkerwijs in gevaar worden gebracht.

[41] Punt 32 van de hogere voorzieningen.

81. Om die reden meen ik dat het onjuist is om de functie bestaande in het genereren en actualiseren van gegevens inzake zoneoverschrijdende balanceringsenergie aan te merken als een van de voor de exploitatie van het mFRR- en het aFRR-platform vereiste functies. Beide platforms kunnen de zoneoverschrijdende capaciteit voor de uitwisseling van balanceringsenergie en de actualisering daarvan niet beheren, ofschoon ze deze gegevens nodig hebben voor hun werking. De TSB's zijn verplicht om die gegevens op individuele basis of, indien zij dat praktischer achten, gecentraliseerd door te geven aan de platforms door middel van een gemeenschappelijke computermodule.

3. Argumenten die pleiten voor toewijzing van het eerste onderdeel van het tweede middel in hogere voorziening

82. In de eerste plaats, en zoals het Gerecht heeft erkend [42], functioneerden het mFRR- en het aFRR-platform aanvankelijk zonder de functie van het beheren van zoneoverschrijdende transmissiecapaciteit.

83. Die omstandigheid deed zich voor omdat de TSB's krachtens artikel 37, lid 3, van verordening 2017/2195 eerst een methodologie voor zoneoverschrijdende capaciteitsberekening binnen het balanceringstijdsbestek moesten opstellen. De TSB's besloten dat deze functie zou worden uitgevoerd middels een computermodule, op een op platformoverschrijdend niveau gecoördineerde en gecentraliseerde wijze, waartoe zij eerst zo'n module moesten creëren en het beheer ervan moesten organiseren. [43]

84. In de tweede plaats en zoals ik reeds heb opgemerkt, voorziet artikel 37 van verordening 2017/2195 in een wettelijke regeling voor de voortdurende actualisering van de beschikbaarheid van zoneoverschrijdende transmissiecapaciteit en voor het opstellen van een methodologie voor het berekenen van die capaciteit. Die wettelijke regeling is een andere dan die welke van toepassing is op de vier Europese balanceringsplatforms (artikelen 19-22 van dezelfde verordening). Dit zijn onderscheiden regelingen, die de keuze van de wetgever weerspiegelen om ze elk een autonome inhoud te geven.

85. In de derde plaats verschilt de besluitvormingsprocedure die van toepassing is op de oprichting van het mFRR- en het aFRR-platform van die van artikel 37 van verordening 2017/2195. Volgens artikel 5, lid 2, van deze verordening staat het aan de regulerende instanties om hun goedkeuring te hechten aan de door de TSB's opgestelde voorstellen inzake: „a) het kader voor de oprichting van de Europese platforms overeenkomstig artikel 20, lid 1, [en] artikel 21, lid 1", en „b) de wijzigingen van het kader voor de oprichting van de Europese platforms overeenkomstig artikel 20, lid 5, en artikel 21, lid 5". Het is dus ACER dat, op voorstel van de TSB's, besluit over de tenuitvoerleggingskaders en wijzigingen daarvan waar het gaat om het mFRR- en het aFRR/IN-platform.

86. Daarentegen staat het aan de TSB's om overeenkomstig artikel 5, lid 3, onder f), van verordening 2017/2195 de methodologie voor de berekening van zoneoverschrijdende capaciteit voor elke berekeningsregio voor te stellen en ter goedkeuring voor te leggen aan de NRI's van de betrokken regio, overeenkomstig artikel 37, lid 3. [44] In die gevallen is de tussenkomst van ACER

[42] Punten 120 en 121 van de bestreden arresten.

[43] Een toelichting op deze module is te vinden in ENTSO-E, *ENTSO-E Market Report 2023*, blz. 78 en 79.

[44] Zie arrest van 7 september 2022, BNetzA/ACER (T-631/19, EU:T:2022:509, punten 37-39).

mogelijk wanneer de NRI's niet tot overeenstemming zijn gekomen of wanneer zij ACER verzoeken een besluit te nemen, zoals bepaald in artikel 5, lid 7, van verordening 2017/2195 en in artikel 6, lid 10, onder b), tweede alinea, van verordening 2019/942.

87. Het nut van en de grotere efficiëntie die resulteert uit het opnemen van het beheer van zoneoverschrijdende capaciteit voor de uitwisseling van balanceringsenergie in de Europese platforms rechtvaardigt naar mijn mening niet de erkenning van een impliciete bevoegdheid van ACER om deze functie te kwalificeren als een voor de werking van het mFRR- en het aFRR-platform vereiste functie. Het zijn de TSB's die beschikken over de technische middelen om de zoneoverschrijdende capaciteit te berekenen en te actualiseren, en het is niet evident dat het mFRR- en het aFRR-platform deze activiteit efficiënter kunnen uitvoeren. Deze impliciete bevoegdheid zou bovendien in strijd zijn met artikel 37 van verordening 2017/2195. [45]

88. In de vierde plaats gelast artikel 37, lid 1, van verordening 2017/2195 de TSB's om de beschikbaarheid van zoneoverschrijdende capaciteit voor de uitwisseling van balanceringsenergie voortdurend te actualiseren. Dientengevolge rust op elke TSB de verplichting om de transmissiecapaciteit te beheren, als een voor de zoneoverschrijdende uitwisseling van balanceringsenergie noodzakelijke activiteit. In artikel 37 wordt niets gezegd over de toewijzing van deze functie aan de Europese balanceringsplatforms.

89. Uit artikel 37, lid 1, van verordening 2017/2195 kan derhalve worden opgemaakt dat de informatie over de tussen zones uitwisselbare balanceringsenergie wordt verstrekt door elke TSB. Zoals ik reeds heb opgemerkt, zijn het de TSB's die beschikken over de technische middelen om gegevens over de beschikbare zoneoverschrijdende capaciteit voor de uitwisseling van balanceringsenergie te verstrekken. Artikel 37, lid 2, bevestigt dit argument door te bepalen dat de TSB's de zoneoverschrijdende capaciteit die overblijft na de gate-sluitingstijd van de zoneoverschrijdende intradaymarkt gebruiken totdat de in lid 3 bedoelde methodologie voor capaciteitsberekening is ontwikkeld en wordt toegepast.

90. In de vijfde plaats voorziet artikel 37, lid 3, van verordening 2017/2195 in de geleidelijke invoering van een geharmoniseerd beheer van de capaciteitsbeheerfunctie voor de zoneoverschrijdende uitwisseling van balanceringsenergie. Specifiek wordt daarin bepaald dat alle TSB's van een capaciteitsberekeningsregio binnen vijf jaar een methodologie voor zoneoverschrijdende capaciteitsberekening voor de uitwisseling van balanceringsenergie moeten opstellen. Het zijn derhalve de TSB's die deze methodologie ontwikkelen en de NRI's die haar goedkeuren. Het zijn ook de TSB's die moeten zorgen voor samenhang met de overeenkomstig verordening (EU) 2015/1222 [46] vastgestelde methodologie voor zoneoverschrijdende capaciteitsberekening voor de intradaymarkt.

91. Anders dan het Gerecht stelt, acht ik het niet logisch dat de functie van het beheer van zoneoverschrijdende capaciteit wordt toegewezen aan de Europese platforms maar de ontwikkeling van de methodologie van die zoneoverschrijdende capaciteit toekomt aan de TSB's en de goedkeuring ervan aan de NRI's. Tussen de leden 1 en 3 van artikel 37 van verordening 2017/2195 moet een samenhang bestaan die in de bestreden arresten mijns inziens niet wordt geëerbiedigd.

[45] Zie arresten van het Gerecht van 24 oktober 2019, E-Control/ACER (T-332/17, EU:T:2019:761, punt 69), en 25 september 2024, RTE/ACER (T-472/21, EU:T:2024:648, punt 194).

[46] Verordening van de Commissie van 24 juli 2015 tot vaststelling van richtsnoeren betreffende capaciteitstoewijzing en congestiebeheer (PB 2015, L 197, blz. 24).

92. Het Gerecht heeft onvoldoende rekening gehouden met het verband tussen artikel 37, lid 3, van verordening 2017/2195 en verordening 2015/1222. Zoals ik reeds heb opgemerkt, vereist eerstgenoemde bepaling dat wordt gezorgd voor samenhang tussen de methodologie voor de berekening van zoneoverschrijdende capaciteit voor de uitwisseling van balanceringsenergie, zoals ontwikkeld door de TSB's, en de methodologie voor de berekening van zoneoverschrijdende capaciteit binnen de tijdsbestekken voor de day-ahead- en intradaymarkten. Artikel 15, lid 1, van verordening 2015/1222 bepaalt dat alle TSB's gezamenlijk een gemeenschappelijk voorstel voor de afbakening van de capaciteitsberekeningsregio's moeten ontwikkelen, en artikel 20, lid 2, van diezelfde verordening bepaalt dat alle TSB's in elke capaciteitsberekeningsregio een voorstel voor een gemeenschappelijke gecoördineerde capaciteitsberekeningsmethodologie voor de desbetreffende regio moeten indienen.

93. Verordening 2015/1222 voorziet derhalve niet in een voor alle TSB's gemeenschappelijke methodologie[47] voor de berekening van de zoneoverschrijdende capaciteit binnen de tijdsbestekken voor de day-ahead- en intradaymarkten, doch in verschillende regionale methodologieën. De berekening van de zoneoverschrijdende capaciteit voor de uitwisseling van balanceringsenergie hoeft niet noodzakelijkerwijs te worden uitgevoerd volgens één geharmoniseerde methodologie die verplicht is voor alle TSB's.

94. In de zesde plaats is de systematische en teleologische uitlegging van verordening 2017/2195 door het Gerecht niet doorslaggevend om het beheer van de zoneoverschrijdende capaciteit voor de uitwisseling van balanceringsenergie aan te merken als een voor de exploitatie van het mFRR- en het aFRR-platform vereiste functie.

95. Om de in de overwegingen 1, 6, 7 en 10 en artikel 3 van verordening 2017/2195 geformuleerde doelstellingen te verwezenlijken, volstaat het dat de TSB's de Europese platforms op passende wijze voorzien van de gegevens over de zoneoverschrijdende capaciteit voor de uitwisseling van balanceringsenergie.

96. Bijgevolg moet het eerste onderdeel van het tweede middel in hogere voorziening worden toegewezen.

C. Tweede onderdeel van het tweede middel in hogere voorziening: onjuiste rechtsopvatting wat de wettelijke verplichtingen van de TSB's en hun rechten uit hoofde van de artikelen 20 en 21 van verordening 2017/2195 betreft

97. Met het tweede onderdeel van het tweede middel in hogere voorziening verwijten rekwiranten het Gerecht dat het blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door geen onderscheid te maken tussen enerzijds de verplichtingen die op de TSB's rusten in verband met de functies die zijn „vereist" voor de werking van het mFRR- en het aFRR-platform, en anderzijds hun recht om de opneming van aanvullende functies in deze platforms voor te stellen. Rekwiranten betogen dat ACER hen niet kan opleggen dat zij aanvullende functies opnemen, in tegenstelling tot wat door de raad van beroep en het Gerecht is aanvaard.

98. ACER verwerpt dit argument en is van mening dat de uitlegging in de bestreden arresten rechtens juist is.

[47] Artikel 21, lid 4, van verordening 2015/1222 bepaalt dat „[a]lle TSB's in elke capaciteitsberekeningsregio [...] voor zover mogelijk geharmoniseerde capaciteitsberekeningsinputs [gebruiken]".

99. Het standpunt van het Gerecht stoelt onder meer op de volgende uitgangspunten:

– „[de] gewijzigde derde [voorstellen], [die] uiteindelijk door ACER in aanmerking [zijn] genomen, [voorzagen] in de aanwijzing van één enkele verantwoordelijke entiteit voor de twee functies die vereist zijn voor de werking van [de platforms] in de zin van artikel 20, lid 3, onder c), [en artikel 21, lid 3, onder c),] van verordening 2017/2195 en die uitdrukkelijk worden genoemd in artikel 20, lid 2, [en artikel 21, lid 2,] van die verordening, namelijk activeringsoptimalisering en TSB-TSB-verrekening. Ook capaciteitsbeheer was opgenomen in [de] gewijzigde derde [voorstellen], namelijk als platformoverschrijdende functie waarvan de uitvoering noodzakelijk was voor de werking van [de platforms], ofschoon die functie op [die platforms] niet was aangemerkt als een voor die werking vereiste functie in de zin van artikel 20, lid 3, onder c), [en artikel 21, lid 3, onder c),] van verordening 2017/2195.” [48]

– „de TSB’s [hadden] in [de] gewijzigde derde [voorstellen] zelf […] voorgesteld om ter verbetering van de coördinatie tussen de balanceringsplatforms één enkele entiteit aan te wijzen die verantwoordelijk zou zijn voor de uitvoering van capaciteitsbeheer als platformoverschrijdende functie. Het is juist dat de TSB’s, anders dan ACER, hadden aangevoerd dat capaciteitsbeheer geen voor de werking van elk platform vereiste functie was. […]” [49]

100. Het Gerecht bevestigt kortom de beslissing van de raad van beroep, die op zijn beurt de met het standpunt van de TSB’s conflicterende besluiten van ACER bekrachtigt. Het Gerecht verklaart dat het beheer van zoneoverschrijdende capaciteit, zoals vastgesteld in artikel 37 van verordening 2017/2195, „in het algemeen moeten worden aangemerkt” [50] als een voor de werking van het mFRR- en het aFRR-platform vereiste functie.

101. Ik wijs er allereerst op dat de inhoud van dit onderdeel van het tweede middel in hogere voorziening grotendeels overlapt met die van het eerste onderdeel. Ik ben dan ook van mening dat de onjuiste rechtsopvatting waarvan blijk is gegeven in de bestreden arresten opnieuw gelegen is in de miskenning van het feit dat de vereiste functies, als functies die volgens de artikelen 20 en 21 van verordening 2017/2195 onontbeerlijk zijn voor de oprichting van het mFRR- en het aFRR-platform en zoals in die bepalingen ook uitdrukkelijk wordt vermeld, de activeringsoptimaliseringsfunctie en de functie voor TSB-TSB-verrekening zijn.

102. De functie bestaande in het beheren en voortdurend actualiseren van de beschikbare zoneoverschrijdende capaciteit is – ik herhaal – niet een voor de werking van de balanceringsplatforms *vereiste* functie; deze functie valt daarentegen onder de – andere – wettelijke regeling van artikel 37 van verordening 2017/2195.

103. Doordat ACER, tegen het standpunt van de TSB’s in, de functie bestaande in het beheren en voortdurend actualiseren van de zoneoverschrijdende capaciteit aan het mFRR- en het aFRR-platform toewijst, verliezen de TSB’s en de NRI’s feitelijk het recht dat hun door artikel 37 van verordening 2017/2195 is toegekend. Aldus wordt hun de bevoegdheid ontnomen om gezamenlijk te besluiten over de beste wijze om die functie te beheren, die volgens hun voorstel de aanwijzing van één entiteit voor het beheer van de capaciteit (als platformoverschrijdende functie) was.

[48] Punt 135 van de bestreden arresten.

[49] Punt 143 van de bestreden arresten.

[50] Punt 122 van de bestreden arresten.

104. In de bij ACER ingediende voorstellen voor het mFRR- en het aFRR-platform waren de TSB's overeengekomen dat de capaciteitsbeheerfunctie feitelijk een platformoverschrijdende functie was die door al deze platforms op een gecoördineerde en gecentraliseerde manier moest worden uitgevoerd. De berekening van de beschikbare zoneoverschrijdende capaciteit zou voor alle betrokken TSB's worden uitgevoerd door een „computermodule voor capaciteitsbeheer", die de verkregen output rechtstreeks zou invoeren in de activeringsoptimaliseringsfunctie van die platforms.

105. De TSB's hebben in hun voorstellen verklaard dat zij de vrijheid wensten te behouden om het capaciteitsbeheer in gecoördineerde en gecentraliseerde vorm te kunnen toevertrouwen aan een andere entiteit dan de enkele entiteit die verantwoordelijk is voor de uitvoering van de activeringsoptimalisering en de TSB-TSB-verrekening. De TSB's waren van mening dat zolang de capaciteitsbeheersfunctie in deze gecoördineerde en gecentraliseerde vorm nog niet bestond, de enkele voor de uitvoering van de activeringsoptimalisering en de TSB-TSB-verrekening verantwoordelijke entiteit in theorie ook het capaciteitsbeheer kon waarnemen door in de activeringsoptimaliseringsfunctie de door elk van de betrokken TSB's verstrekte gegevens in te voeren. [51]

106. Zoals ik reeds heb opgemerkt, staat het niet ter discussie dat het mFRR- en het aFRR-platform de gegevens inzake zoneoverschrijdende capaciteit voor de uitwisseling van balanceringsenergie nodig hebben. Die gegevens kunnen echter door TSB's aan de platforms worden verstrekt en hoeven niet rechtstreeks op de platforms te worden beheerd.

107. Niets staat eraan in de weg dat de TSB's in onderlinge overeenstemming besluiten om voor te stellen dat de capaciteitsbeheerfunctie wordt opgenomen in het mFRR- en het aFRR-platform als aanvullende functie, indien dat efficiëntiewinsten zou opleveren. Dat besluit valt echter onder de bevoegdheid van de TSB's en die van de NRI's, krachtens artikel 37 van verordening 2017/2195, en kan niet aan hen worden opgelegd door ACER overeenkomstig de artikelen 20 en 21 van die verordening.

108. Ik meen derhalve dat ook het tweede onderdeel van het tweede middel in hogere voorziening moet worden toegewezen.

VIII. Beslissing op de beroepen tot nietigverklaring bij het Gerecht

109. Artikel 61, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie bepaalt dat in geval van gegrondheid van het verzoek om hogere voorziening, het Hof van Justitie de beslissing van het Gerecht vernietigt. Het Hof kan dan zelf de zaak afdoen wanneer deze in staat van wijzen is.

110. Ik wil het Hof voorstellen om de hogere voorzieningen van de TSB's toe te wijzen en de bestreden arresten dienovereenkomstig te vernietigen. Gedeeltelijke vernietiging van de bestreden arresten is in mijn ogen niet mogelijk, aangezien de punten waarin blijk wordt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting cruciale punten van die arresten zijn. De bestreden arresten moeten derhalve in hun geheel worden vernietigd.

111. Daarenboven beschikt het Hof mijns inziens over de informatie die nodig is om definitief uitspraak te doen op de beroepen tot nietigverklaring van de litigieuze beslissingen bij het Gerecht.

[51] Zie de punten 118 en 119 van de bestreden arresten.

112. Om de hierboven uiteengezette redenen moeten het derde voor het Gerecht opgeworpen middel tot nietigverklaring, wat betreft de niet-nakoming door de raad van beroep van de op hem rustende verplichting om een volledige toetsing van de besluiten van ACER te verrichten, en het vierde tot en met het achtste onderdeel van het tweede middel tot nietigverklaring worden toegewezen. Bijgevolg moeten de twee litigieuze beslissingen van de raad van beroep van ACER in hun geheel nietig worden verklaard.

IX. Kosten

113. Overeenkomstig artikel 184, lid 2, van zijn Reglement voor de procesvoering beslist het Hof over de kosten wanneer het beroep gegrond is en het Hof zelf de zaak afdoet.

114. Volgens artikel 138, lid 1, van dat Reglement, dat krachtens artikel 184, lid 1, van datzelfde Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd.

115. Rekwiranten hebben verwijzing van ACER in de kosten gevorderd. Indien, zoals ik voorstel, hun hogere voorzieningen gegrond worden verklaard, dient ACER te worden verwezen in de kosten van de hogere voorzieningen en van de procedures in eerste aanleg bij het Gerecht.

X. Conclusie

116. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging:

– de hogere voorzieningen toe te wijzen en de arresten van het Gerecht van 15 februari 2023, Austrian Power Grid e.a./ACER (T-606/20, EU:T:2023:64), en Austrian Power Grid e.a./ACER (T-607/20, EU:T:2023:65) te vernietigen;

– de beslissing van de raad van beroep van het Agentschap van de Europese Unie voor de samenwerking tussen energieregulators (ACER) van 16 juli 2020 houdende bevestiging van besluit 02/2020 van ACER van 24 januari 2020 betreffende het tenuitvoerleggingskader voor het Europees platform voor de uitwisseling van balanceringsenergie uit frequentieherstelreserves met automatische activering en houdende verwerping van het beroep van de transmissiesysteembeheerders voor elektriciteit in zaak A-001-2020 (geconsolideerd), nietig te verklaren;

– de beslissing van de raad van beroep van ACER van 16 juli 2020 houdende bevestiging van besluit 03/2020 van ACER van 24 januari 2020 betreffende het tenuitvoerleggingskader voor het Europees platform voor de uitwisseling van balanceringsenergie uit frequentieherstelreserves met manuele activering en houdende verwerping van het beroep van de transmissiesysteembeheerders voor elektriciteit in zaak A-002-2020 (geconsolideerd), nietig te verklaren;

– ACER te verwijzen in de kosten.