Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Tredje Udvidede Afdeling)

25. september 2024*

»Energi – det indre marked for elektricitet – kapacitetsberegningsregion – CORE-regionen – ACER's vedtagelse af metoden til fordeling af udgifterne til belastningsomfordeling og modkøb – fastsættelse af toleranceniveauet for lovlige loop flows – artikel 16, stk. 13, i forordning (EU) 2019/943«

I sag T-485/21,

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (BNetzA), Bonn (Tyskland), ved Rechtsanwälte U. Karpenstein og K. Reiter,

sagsøger,

støttet af:

Forbundsrepublikken Tyskland ved J. Möller og N. Scheffel, som befuldmægtigede,

intervenient,

mod

Den Europæiske Unions Agentur for Samarbejde mellem Energireguleringsmyndigheder (ACER) ved P. Martinet, Z. Vujasinovic og E. Tremmel, som befuldmægtigede, bistået af avocats P. Goffinet, L. Bersou og M. Shehu,

sagsøgt,

har

RETTEN (Tredje Udvidede Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, F. Schalin, og dommerne P. Škvařilová-Pelzl, I. Nõmm, G. Steinfatt og D. Kukovec (refererende dommer),

justitssekretær: fuldmægtig I. Kurme,

på grundlag af den skriftlige forhandling

efter retsmødet den 12. og 13. juni 2023,

* Processprog: tysk.

afsagt følgende

Dom

1 Med sit søgsmål støttet på artikel 263 TEUF har sagsøgeren, Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (BNetzA), nedlagt påstand om annullation af afgørelsen truffet af klagenævnet for Den Europæiske Unions Agentur for Samarbejde mellem Energireguleringsmyndigheder (ACER) den 28. maj 2021 om stadfæstelse af ACER's afgørelse nr. 30/2020 af 30. november 2020, vedrørende forslaget fra eltransmissionssystemoperatørerne (herefter »TSO'erne«) i den region, der omfatter Belgien, Den Tjekkiske Republik, Tyskland, Frankrig, Kroatien, Luxembourg, Ungarn, Nederlandene, Østrig, Polen, Rumænien, Slovenien og Slovakiet (herefter »CORE-regionen«), med henblik på beregning af kapaciteten benævnt »CORE«, vedrørende metoden til fordeling af udgifterne til belastningsomfordeling og modkøb og om afslag på klagen i sag A-001-2021 (konsolideret) (herefter »den anfægtede afgørelse«).

I. Tvistens baggrund

2 Sagsøgeren er den tyske regulerende myndighed på nationalt plan som omhandlet i artikel 57, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/944 af 5. juni 2019 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ændring af direktiv 2012/27/EU (EUT 2019, L 158, s. 125). I overensstemmelse med § 56, stk. 1, første punktum, nr. 1, i Gesetz über die Elektrizitäts — und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG) (lov om elektricitets- og gasforsyning) af 7. juli 2005 (BGBl. I, s. 1970) varetager myndigheden i Tyskland de beføjelser, som er tillagt de nationale regulerende myndigheder ved Kommissionens forordning (EU) 2015/1222 af 24. juli 2015 om fastsættelse af retningslinjer for kapacitetstildeling og håndtering af kapacitetsbegrænsninger (EUT 2015, L 197, s. 24).

3 I overensstemmelse med artikel 74, stk. 1, i forordning (EU) 2015/1222 udarbejder TSO'erne i hver kapacitetsberegningsregion, senest 16 måneder efter at afgørelsen om kapacitetsberegningsregionerne er truffet, et forslag til en fælles metode til fordeling af udgifterne til belastningsomfordeling og modkøb (herefter »metoden til fordeling af udgifterne«).

4 Den 17. november 2016 vedtog ACER i overensstemmelse med artikel 15 i forordning 2015/1222 afgørelse nr. 06/2016 om fastsættelse af kapacitetsberegningsregionerne. Artikel 1 i og bilag I til denne afgørelse opregner de områder i medlemsstaterne, der er omfattet af CORE-regionen.

5 Forslaget fra TSO'erne i CORE-regionen vedrørende metoden til fordeling af udgifterne skulle have været fremlagt senest 16 måneder efter denne afgørelse, dvs. senest den 17. maj 2018.

6 TSO'erne i CORE-regionen fremlagde imidlertid ikke noget forslag til en metode til fordeling af udgifterne inden for denne frist. I overensstemmelse med artikel 9, stk. 4, i forordning 2015/1222 meddelte disse TSO'ere de nationale regulerende myndigheder og ACER, at de havde brug for mere tid til at udarbejde et sådant forslag. ACER underrettede Europa-Kommissionen herom, som konsulterede TSO'erne, de nationale regulerende myndigheder og ACER med henblik på at bistå de nævnte TSO'ere med at udarbejde dette forslag og med at fremlægge det til godkendelse så hurtigt som muligt.

7 Den 27. marts 2019 fremlagde TSO'erne i CORE-regionen, i overensstemmelse med artikel 9, stk. 7, litra h), i forordning 2015/1222, et forslag til en metode til fordeling af udgifterne, ledsaget af et forklarende dokument, for alle de nationale regulerende myndigheder i denne region. Disse nationale regulerende myndigheder havde, i overensstemmelse med nævnte forordnings artikel 9, stk. 10, en frist på seks måneder til at træffe afgørelse om dette forslag.

8 Den 26. september 2019 besluttede ACER, efter anmodning fra de nævnte nationale regulerende myndigheder, at forlænge den frist, som disse havde til at godkende det nævnte forslag, med seks måneder, dvs. indtil den 27. marts 2020.

9 Den 27. marts 2020 meddelte formanden for Forummet for Energireguleringsmyndigheder i CORE-regionen, på vegne af alle de nationale regulerende myndigheder i denne region, at sidstnævnte myndigheder ikke var i stand til samme dag at træffe en afgørelse vedrørende det fremlagte forslag, idet dette blev anset for i vidt omfang at være mangelfuldt, og dette i et sådant omfang, at de nationale regulerende myndigheder ikke var i stand til hverken at godkende dette forslag eller at anmode om en ændring heraf.

10 Samme dag meddelte ACER, idet de nationale regulerende myndigheder i CORE-regionen ikke havde kunnet nå til enighed om det forslag til metoden til fordeling af udgifterne, der var fremlagt af TSO'erne, at agenturet havde kompetence til at vedtage en afgørelse om dette forslag, i overensstemmelse med artikel 5, stk. 3, og artikel 6, stk. 10, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2019/942 af 5. juni 2019 om oprettelse af Den Europæiske Unions Agentur for Samarbejde mellem Energireguleringsmyndigheder (EUT 2019, L 158, s. 22) og med artikel 9, stk. 11, i forordning 2015/1222. Ifølge sidstnævnte bestemmelse var ACER forpligtet til at træffe en sådan afgørelse inden for seks måneder, i overensstemmelse med artikel 6, stk. 12, litra a), i forordning 2019/942.

11 Efter en lang periode med samarbejde, høringer og drøftelser mellem ACER, alle de nationale regulerende myndigheder i CORE-regionen og alle TSO'erne i denne region om det forslag til metoden til fordeling af udgifterne, der var fremlagt af disse TSO'ere, og om de ændringer af dette forslag, der blev foretaget på flere møder og ved flere afstemningsrunder, afgav ACER's repræsentantskab, der består af repræsentanter for de nationale regulerende myndigheder, den 18. november 2020 en positiv udtalelse om det nævnte forslag i medfør af artikel 22, stk. 5, litra a), i forordning 2019/942.

12 Den 30. november 2020 vedtog ACER, ved afgørelse nr. 30/2020, metoden til fordeling af udgifterne (»Common methodology for redispatching and countertrading cost sharing for the Core CCR in accordance with Article 74 of Commission Regulation (EU) 2015/1222 of 24 July 2015«), således som denne fremgår af bilag I til sidstnævnte afgørelse (herefter »den omtvistede metode til fordeling af udgifterne«).

13 Den 29. januar 2021 indgav sagsøgeren en klage med påstand om annullation til ACER's klagenævn over afgørelse nr. 30/2020, i overensstemmelse med artikel 28 i forordning 2019/942. Andre TSO'ere og nationale regulerende myndigheder i CORE-regionen indgav ligeledes en klage over denne afgørelse. Den 18. februar 2021 forenede klagenævnet alle disse klager.

14 Den 28. maj 2021 vedtog klagenævnet den anfægtede afgørelse, hvorved klagenævnet stadfæstede afgørelse nr. 30/2020 og afslog de klager med påstand om annullation, der var indgivet over afgørelsen, i deres helhed.

Parternes påstande

15 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

– Den anfægtede afgørelse annulleres.

– Subsidiært, i det tilfælde, at Retten ikke annullerer den anfægtede afgørelse i sin helhed, annulleres denne afgørelse, for så vidt som den stadfæster artikel 1, stk. 1, andet punktum, artikel 2, stk. 2, litra j), artikel 3, artikel 7 og artikel 12, stk. 2, i bilag I til afgørelse nr. 30/2020.

– ACER tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

16 ACER har nedlagt følgende påstande:

– Frifindelse.

– Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

17 Forbundsrepublikken Tyskland har som intervenient til støtte for sagsøgerens påstande nedlagt påstand om, at den anfægtede afgørelse annulleres.

Retlige bemærkninger

18 Sagsøgeren har til støtte for sit søgsmål fremført seks anbringender.

19 Det første anbringende er, at den anfægtede afgørelse fastsætter en ulovlig udvidelse af anvendelsesområdet for den omtvistede metode til fordeling af udgifterne til at omfatte andre netelementer end budområdeoverskridende netelementer (herefter »samkøringslinjer«), det andet anbringende er, at den anfægtede afgørelse ulovligt udelukker hensyntagen til overbelastningsaflastende strømme i forbindelse med fordelingen af udgifterne, det tredje anbringende vedrører en forkert fastsættelse af toleranceniveauet for lovlige loop flows (herefter »toleranceniveauet«), det fjerde anbringende vedrører en forkert prioritering af loop flows i forhold til interne strømme ved fastlæggelsen af årsagerne til netkapacitetsbegrænsninger, det femte anbringende er, at den anvendte metode er ulovlig i sin helhed, og det sjette anbringende er, at TSO'ernes pligt til at fremsætte forslag til ændring af den omtvistede metode til fordeling af udgifterne er ulovlig.

20 ACER har nedlagt påstand om, at sagsøgerens anbringender forkastes som ugrundede.

21 Retten finder det hensigtsmæssigt at behandle det første, det fjerde og det tredje anbringende i nævnte rækkefølge.

Det første anbringende om anvendelsesområdet for den omtvistede metode til fordeling af udgifterne

22 Sagsøgeren har fremsat tre klagepunkter til støtte for sit første anbringende om, at den anfægtede afgørelse fastsætter en ulovlig udvidelse af anvendelsesområdet for den omtvistede metode til fordeling af udgifterne til andre netelementer end samkøringslinjerne. Sagsøgeren synes ikke desto mindre at acceptere, at kapacitetsbegrænsninger på kritiske netelementer ligeledes

medfører en begrænsning af budområdeoverskridende handel som omhandlet i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2019/943 af 5. juni 2019 om det indre marked for elektricitet (EUT 2019, L 158, s. 54). Sagsøgeren synes derfor i det mindste subsidiært at acceptere, at kritiske interne netelementer er omfattet af anvendelsesområdet for den omtvistede metode til fordeling af udgifterne.

23 For det første har sagsøgeren gjort gældende, at det således afgrænsede anvendelsesområde er uforeneligt med artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943 og med artikel 74 i forordning 2015/1222.

24 For det andet har sagsøgeren med henvisning til det manglende retsgrundlag for vedtagelsen af den omtvistede metode til fordeling af udgifterne gjort gældende, at ACER, henset til princippet om kompetencetildeling, ikke kan begrunde en udvidelse af anvendelsesområdet for den omtvistede metode til fordeling af udgifterne i forhold til det, der er fastsat i artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, med den betragtning, at bestemmelserne i den nævnte forordning og i forordning 2015/1222 ikke udelukker en sådan udvidelse af anvendelsesområdet.

25 For det tredje har sagsøgeren gjort gældende, at det udvidede anvendelsesområde for den omtvistede metode til fordeling af udgifterne heller ikke kan begrundes med betragtninger vedrørende driftssikkerheden og princippet om, at forureneren betaler.

26 Forbundsrepublikken Tyskland er enig i sagsøgerens argumenter.

27 ACER har bestridt sagsøgerens og Forbundsrepublikken Tysklands argumenter.

Indledende bemærkninger

28 Indledningsvis bemærkes for det første, at klagenævnet i den anfægtede afgørelse forkastede argumenterne om, at anvendelsesområdet for den omtvistede metode til fordeling af udgifterne er ulovligt, i det væsentlige i den nævnte afgørelses punkt 89-379 (»First Consolidated Plea – Excessive scope of the RDCTCS and unlawful determination of XNEs«), i punkt 1078-1105 (»Eighth Consolidated Plea – Polluter Pays Principle«) samt i punkt 1126-1191 (s. 203-212) (»Fourteenth Consolidated Plea – ACER exceeded its competence and infringed the principle of conferral«).

29 Som det i det væsentlige fremgår af punkt 196-210 i den anfægtede afgørelse, er denne afgørelse delvist baseret på en fortolkning af artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, hvorefter denne bestemmelse afspejler det såkaldte princip om, at forureneren betaler. På samme måde kræver denne bestemmelse, at oprindelsen af de fysiske strømme, der bidrager til overbelastningen mellem områderne, fastlægges, uden derimod at begrænse fordelingen af udgifterne til afhjælpende tiltag, der gennemføres med hensyn til kapacitetsbegrænsninger på samkøringslinjerne.

30 Som det i det væsentlige fremgår af den anfægtede afgørelses punkt 173-180, fandt klagenævnet ligeledes, at den omtvistede metode til fordeling af udgifterne var i overensstemmelse med artikel 74, stk. 2, i forordning 2015/1222, for så vidt som aktiviteterne vedrørende de netelementer, der er omfattet af anvendelsesområdet for den omtvistede metode til fordeling af udgifterne, havde en grænseoverskridende betydning.

31 For det andet indebærer undersøgelsen af det første anbringende, at retsgrundlaget, genstanden og anvendelsesområdet for den omtvistede metode til fordeling af udgifterne, som stadfæstet i den anfægtede afgørelse, fastlægges.

32 Hvad for det første angår retsgrundlaget for og formålet med den omtvistede metode til fordeling af udgifterne bemærkes, at denne metode blev vedtaget i overensstemmelse med artikel 74 i forordning 2015/1222, og at det i denne bestemmelses stk. 2 er fastsat, at der skal vedtages løsninger for deling af udgifter til tiltag, der har grænseoverskridende betydning. Den nævnte metode har således til formål at fordele udgifterne i forbindelse med aktiveringen af de omkostningskrævende afhjælpende tiltag, dvs. belastningsomfordeling og modkøb, mellem TSO'erne.

33 I denne henseende definerer artikel 2, nr. 13), i forordning 2015/1222 »afhjælpende tiltag« som »ethvert tiltag iværksat manuelt eller automatisk af en eller flere transmissionssystemoperatører (TSO'ere) med henblik på at opretholde driftssikkerheden«.

34 Artikel 2, nr. 26), i forordning 2019/943 definerer belastningsomfordeling som en foranstaltning, herunder en afkortning, der aktiveres af en eller flere transmissionssystemoperatører eller distributionssystemoperatører ved at ændre produktionsmønstret, forbrugsmønstret eller begge dele med henblik på at ændre de fysiske strømme i elektricitetssystemet og afhjælpe en fysisk kapacitetsbegrænsning eller på anden måde sikre systemsikkerhed.

35 Artikel 2, nr. 27), i forordning 2019/943 definerer for sit vedkommende modkøb som en budområdeoverskridende udveksling, der igangsættes af systemoperatører mellem to budområder for at afhjælpe fysisk kapacitetsbegrænsning.

36 Kapacitetsbegrænsninger, der udgør en risiko for driftssikkerheden, som kræver et afhjælpende tiltag, defineres i artikel 2, nr. 4), i forordning 2019/943 som »en situation, hvor alle anmodninger fra markedsdeltagere om handel mellem netområder ikke kan tilgodeses, fordi de ville øve betydelig indflydelse på de fysiske strømme på netelementer, som ikke kan håndtere disse strømme«.

37 Kapacitetsbegrænsninger forvoldes af fysiske strømme. Der findes flere slags fysiske strømme, som er defineret ved den omtvistede metode til fordeling af udgifterne. Blandt disse defineres i artikel 2, stk. 2, litra a), i den omtvistede metode til fordeling af udgifterne tildelte strømme som »en fysisk strøm over et netelement, hvor kilden og modtageren befinder sig i forskellige budområder«. Interne strømme defineres i artikel 2, stk. 2, litra o), i den omtvistede metode til fordeling af udgifterne som »en fysisk strøm over et netelement, hvis kilde og modtager samt hele netelementet befinder sig inden for samme budområde«. Ifølge artikel 2, stk. 2, litra p), i den omtvistede metode til fordeling af udgifterne er en loop flow »en fysisk strøm over et netelement, hvor kilden og modtageren befinder sig i samme område, og netelementet eller en del heraf befinder sig i et andet område«.

38 I øvrigt bemærkes, at artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943 fastsætter en fordeling af omkostningerne ved afhjælpende foranstaltninger, der har til formål at afhjælpe kapacitetsbegrænsninger mellem to budområder baseret på bidraget til denne kapacitetsbegrænsning af strømme, der er et resultat af transaktioner inden for samme område. Denne artikel bestemmer nemlig bl.a., at »[v]ed fordelingen af omkostningerne ved afhjælpende foranstaltninger mellem transmissionssystemoperatører analyserer de regulerende myndigheder, i hvilket omfang strømme, der er et resultat af transaktioner inden for samme budområde,

bidrager til den konstaterede kapacitetsbegrænsning mellem to budområder, og fordeler omkostningerne baseret på bidraget til kapacitetsbegrænsningen, til transmissionssystemoperatørerne i de budområder, der skaber sådanne strømme, med undtagelse af omkostninger, som er forårsaget af strømme, der er et resultat af transaktioner inden for samme budområde, og som ligger under det niveau, der kunne forventes uden strukturelle kapacitetsbegrænsninger i et budområde«.

39 I denne henseende er et budområde i artikel 2, nr. 65), i forordning 2019/943 defineret som »det største geografiske område, hvor markedsdeltagerne kan udveksle energi uden kapacitetsfordeling«. I øjeblikket svarer de områder, der er en del af CORE-regionen, i de fleste tilfælde til medlemsstaternes områder.

40 For det andet skal det, som det fremgår af artikel 5, stk. 1, i den omtvistede metode til fordeling af udgifterne, med henblik på at fordele udgifterne til de afhjælpende foranstaltninger fastlægges, på hvilket netelement hver enkelt afhjælpende tiltag rent faktisk udføres.

41 Som det fremhæves i den anfægtede afgørelses punkt 106-110, omfatter anvendelsesområdet for den omtvistede metode til fordeling af udgifterne ikke blot budområdeoverskridende netelementer (samkøringslinjer), men ligeledes alle interne netelementer med et spændingsniveau på 220 kilovolt (kV) eller derover.

42 Den omtvistede metode til fordeling af udgifterne bestemmer nemlig i artikel 3, stk. 4, at alle »netelementer, der har grænseoverskridende betydning« er »egnede til en fordeling af udgifterne«.

43 Hvad for det første angår de netelementer, der har grænseoverskridende betydning, definerer den omtvistede metode til fordeling af udgifterne i artikel 2, stk. 2, litra j), disse elementer som »netelementer, der identificeres som havende grænseoverskridende betydning, og på hvilke overtrædelser af den operationelle sikkerhed skal håndteres på en koordineret måde«.

44 I denne henseende fremgår det af den anfægtede afgørelses punkt 106-110, og det er i øvrigt ubestridt mellem parterne, at begrebet »netelementer med grænseoverskridende betydning« skal forstås på samme måde som det begreb, der fremgår af definitionen i artikel 5 i metoden til koordineret belastningsomfordeling og modkøb i CORE-regionen i overensstemmelse med artikel 35, stk. 1, i forordning 2015/1222, vedtaget ved ACER's afgørelse nr. 35/2020 af 4. december 2020 om metoden til koordineret belastningsomfordeling og modkøb i CORE-regionen (herefter »RDCT-metoden«) i overensstemmelse med artikel 76, stk. 1, i Kommissionens forordning (EU) 2017/1485 af 2. august 2017 om fastsættelse af retningslinjer for drift af elektricitetstransmissionssystemer (EUT 2017, L 220, s. 1), vedtaget ved ACER's afgørelse nr. 33/2020 af 4. december 2020 om metoden til regional koordinering af driftssikkerheden i CORE-regionen (herefter »ROSC-metoden«).

45 Begrebet »netelementer med grænseoverskridende betydning« omfatter således dels alle kritiske netelementer i overensstemmelse med artikel 5, stk. 1, og artikel 7 i de fælles metoder til beregning af day-ahead- og intraday-kapacitet, vedtaget ved ACER's afgørelse nr. 02/2019 af 21. februar 2019 om forslagene fra TSO'erne i CORE-regionen vedrørende de fælles metoder til beregning af day-ahead- og intraday-kapacitet (herefter »CCM-metoderne«), dvs. på nuværende tidspunkt samkøringslinjer og interne netelementer fastsat af TSO'erne, og som har en distributionsfaktor for strømoverførsel således som defineret i artikel 2, nr. 22), i Kommissionens forordning (EU) nr. 543/2013 af 14. juni 2013 om indsendelse og offentliggørelse af data på

elektricitetsmarkederne og om ændring af bilag I til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 714/2009 (EUT 2013, L 163, s. 1), på eller over 5%, dels principielt alle interne netelementer med et spændingsniveau på 220 kV eller derover.

46 I overensstemmelse med definitionen i artikel 2, nr. 69), i forordning 2019/943 er et kritisk netelement »et netelement, der enten ligger i et budområde eller mellem budområder, og som medregnes i kapacitetsberegningsprocessen [på tværs af budområder] og dermed begrænser mængden af elektricitet, der kan udveksles [mellem disse]«.

47 De kritiske netelementer er derfor enten samkøringslinjer eller interne elementer, hvis distributionsfaktor for strømoverførsel er lig med eller større end 5%. I henhold til den omtvistede metode til fordeling af udgifterne er alle netelementer med grænseoverskridende betydning kritiske netelementer og interne netelementer med et spændingsniveau på 220 kV eller derover.

48 Hvad for det andet angår begrebet »belastningsomfordelings- og modkøbstiltag, der har grænseoverskridende betydning« bemærkes, at artikel 3, stk. 1, i den omtvistede metode til fordeling af udgifter præciserer, at denne metode omhandler belastningsomfordelings- og modkøbstiltag med grænseoverskridende betydning, der identificeres ved RDCT-metoden og ved ROSC-metoden.

49 Det følger heraf, således som parterne har bekræftet, at belastningsomfordelings- og modkøbstiltag med grænseoverskridende betydning som omhandlet i den omtvistede metode til fordeling af udgifterne principielt er alle belastningsomfordelings- og modkøbstiltag, der har til formål at afhjælpe kapacitetsbegrænsninger på netelementer med grænseoverskridende betydning.

Analyse af anvendelsesområdet

– *Omfanget af anvendelsesområdet for den omtvistede metode til fordeling af udgifterne*

50 Ifølge sagsøgeren skal udgifter til afhjælpende tiltag, der kan tilskrives interne netværkselementer, der ikke er samkøringslinjer eller højst kritiske netelementer, udelukkes fra fordelingen. Sagsøgeren har navnlig gjort gældende, at kapacitetsbegrænsninger på netelementer med et spændingsniveau på 220 kV eller derover under alle omstændigheder er interne kapacitetsbegrænsninger, som ikke er omfattet af definitionen af kapacitetsbegrænsninger mellem områder som omhandlet i artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943.

51 Det skal derfor undersøges, om sagsøgeren med rette har gjort gældende, at fordelingen af omkostningerne til afhjælpende tiltag skal begrænses til kritiske netelementer, således som de fremgår af CCM-metoderne, når der er tale om elementer, der »begrænser mængden af elektricitet, der kan udveksles« ifølge artikel 2, nr. 69), i forordning 2019/943. Følgelig er det kun en kapacitetsbegrænsning på disse elementer, der er en kapacitetsbegrænsning mellem områder som omhandlet i artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943.

52 Det skal i første række undersøges, om kritiske netelementer er de eneste, der har grænseoverskridende betydning som omhandlet i artikel 74, stk. 2, i forordning 2015/1222.

53 Det bemærkes, at den omtvistede metode til fordeling af udgifterne ifølge artikel 74, stk. 2, i forordning 2015/1222 »skal omfatte løsninger for deling af udgifter til tiltag, der har grænseoverskridende betydning«. Endvidere fastsætter samme forordnings artikel 74, stk. 4, litra b), at den omtvistede metode til fordeling af udgifterne skal definere, »hvilke udgifter som følge af belastningsomfordeling og modkøb, som har til formål at garantere bindende overførselskapacitet, der er egnede til fordeling mellem TSO'erne i en kapacitetsberegningsregion«, i det foreliggende tilfælde CORE-regionen.

54 Med henblik på at fastslå, om den omtvistede metode til fordeling af udgifterne, således som bekræftet i den anfægtede afgørelse, er forenelig med artikel 74, stk. 2, i forordning 2015/1222, skal det således undersøges, i hvilket omfang de afhjælpende tiltag, som den tilsigter at fordele udgifterne til, har til formål at sikre bindende overførselskapacitet.

55 Det skal dog bemærkes, at forordning 2015/1222 er en retsakt til gennemførelse af forordning 2019/943, således som det fremgår af artikel 18, stk. 5, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 714/2009 af 13. juli 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), som efterfølgende er erstattet af forordning 2019/943. Denne er således en trinhøjere retsregel og en retsregel, der ligger efter forordning 2015/1222. Bestemmelserne i en gennemførelsesforordning skal imidlertid, medmindre deres betydning er klar og utvetydig og derfor ikke kræver nogen fortolkning, så vidt muligt fortolkes i overensstemmelse med bestemmelserne i grundforordningen (dom af 28.2.2017, Canadian Solar Emea m.fl. mod Rådet, T-162/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2017:124, præmis 150). Artikel 74 i forordning 2015/1222 skal således fortolkes i overensstemmelse med artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943.

56 I denne henseende skal det fremhæves, at artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943 hverken definerer de netelementer, hvorpå de afhjælpende tiltag tilsigter at afhjælpe kapacitetsbegrænsninger mellem områder, eller de netelementer, som udgifterne til de afhjælpende foranstaltninger med henblik på at afhjælpe kapacitetsbegrænsninger mellem områder skal fordeles på.

57 I samme retning præciserer artikel 2, nr. 4), i forordning 2019/943 heller ikke, hvilke netelementer de fysiske kapacitetsbegrænsninger, herunder dem, der er knyttet til områdeoverskridende udveksling, finder sted på.

58 Artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943 omhandler imidlertid omkostningerne ved de afhjælpende foranstaltninger, som TSO'erne aktiverer for at sikre budområdeoverskridende handel, og kræver herefter, at de nævnte udgifter fordeles mellem TSO'erne i forhold til, i hvilket omfang strømmene som følge af transaktioner inden for samme budområde bidrager til den konstaterede kapacitetsbegrænsning mellem to budområder.

59 Ifølge formålet med artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943 skal det følgelig fastlægges, hvilke kapacitetsbegrænsninger der skal afhjælpes på en koordineret måde for at sikre budområdeoverskridende handel, hvilket i overensstemmelse med præmis 54 og 55 ovenfor vil gøre det muligt dernæst at fastslå, om de afhjælpende foranstaltninger, der er omhandlet i den omtvistede metode til fordeling af udgifterne, har til formål at garantere bindende overførselskapacitet som omhandlet i artikel 74, stk. 4, litra b), i forordning 2015/1222.

60 Det skal i anden række fremhæves, at der med henblik på at foretage en sådan analyse med henblik på at fastlægge, hvilke afhjælpende foranstaltninger der gør det muligt at sikre budområdeoverskridende handel og således er berørt af fordelingen af udgifterne, skal redegøres for de afhjælpende foranstaltningers rolle i forbindelse med processen til beregning af overførselskapaciteten således som fastsat i CCM-metoderne, og den regionale proces til vurdering af driftssikkerheden, således som fastlagt ved ROSC-metoden, i overensstemmelse med artikel 76, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1485 (herefter »CROSA-processen«).

61 For det første bemærkes, at processen til beregning af overførselskapaciteten begynder to dage før leveringen af elektriciteten og anvendes til at fastsætte den mængde energi, der kan udveksles mellem områder inden for rammerne af driftssikkerhedsgrænserne.

62 Kapacitetsberegningsprocessen foretages kun på kritiske netelementer. Dels kan TSO'erne, inden markedet åbnes, begrænse den mængde energi, som deltagerne kan udveksle, for at overholde driftssikkerhedsgrænserne. Dels anvender denne proces også afhjælpende foranstaltninger, såsom belastningsomfordeling og modkøb. Disse afhjælpende foranstaltninger, som ville kunne aktiveres for at maksimere den disponible overførselskapacitet i overensstemmelse med artikel 16, stk. 4, i forordning 2019/943, tages i betragtning af TSO'erne, men er endnu ikke aktiveret.

63 Der aktiveres nemlig ingen afhjælpende foranstaltninger ved beregningen af udvekslingskapaciteten, og der opstår ingen udgifter.

64 For det andet bemærkes, at de bekostelige afhjælpende foranstaltninger vedrørende belastningsomfordeling og modkøb, som er genstand for den foreliggende tvist, udelukkende forekommer i forbindelse med CROSA-processen, som er tæt forbundet med beregningen af overførselskapacitet.

65 I overensstemmelse med artikel 76, stk. 1, litra b), nr. iii), i forordning 2017/1485, der regulerer den koordinerede forberedelse af afhjælpende foranstaltninger med grænseoverskridende betydning, og således som det fremgår af artikel 3, stk. 2, litra b), i ROSC-metoden, har CROSA-processen til formål at koordinere, godkende og gennemføre afhjælpende foranstaltninger med grænseoverskridende betydning. Som det fremgår af artikel 5 og 9 i ROSC-metoden, er afhjælpende foranstaltninger med grænseoverskridende betydning alle foranstaltninger, som i det mindste nogle gange kan imødegå overtrædelser af strømgrænserne på netelementer med grænseoverskridende betydning, dvs. principielt alle de kritiske netelementer, der tages i betragtning ved beregningen af overførselskapacitet, og alle andre netelementer med et spændingsniveau på 220 kV eller derover.

66 På samme måde sikrer CROSA-processen ifølge 12. betragtning til og artikel 5, stk. 1, i ROSC-metoden principielt driftssikkerheden af alle netelementer med et spændingsniveau på 220 kV eller derover efter kendskab til markedsresultaterne og tildeling af overførselskapacitet. På dette tidspunkt har TSO'erne detaljerede oplysninger om den energi, der tilføres eller fjernes fra nettet.

67 CROSA-processen indledes med den lokale vurdering af driftssikkerheden, som hver TSO foretager i sit net i overensstemmelse med artikel 13 og artikel 14, stk. 1, i ROSC-metoden, hvilket fører til, at hver TSO opretter en individuel netmodel.

68 I overensstemmelse med artikel 18 i ROSC-metoden leveres de individuelle netmodeller derefter til de regionale koordinatorer og samles af disse med henblik på at oprette en fælles netmodel for alle dagens timer, der omfatter »et datasæt, der dækker hele Unionen […], som beskriver elnettets […] karakteristika«, i overensstemmelse med artikel 2, nr. 2), i forordning 2015/1222.

69 Når en strøm på et netelement overstiger den maksimale strøm, er det nødvendigt at forberede og gennemføre en afhjælpende foranstaltning for at overholde driftssikkerhedsgrænserne.

70 Som det fremgår af tiende betragtning til ROSC-metoden, er der fastsat en optimering af afhjælpende foranstaltninger i forbindelse med CROSA-processen.

71 Denne optimering i forbindelse med CROSA-processen, der er beskrevet i artikel 2, stk. 1, litra p), i ROSC-metoden, indebærer nærmere bestemt, at det i forbindelse med hver iteration konkret skal fastsættes, hvilken kapacitetsbegrænsning på hvilket netelement, kritisk eller ikke-kritisk, der skal håndteres på en koordineret måde.

72 For hver time i den fælles netmodel identificeres blandt alle afhjælpende foranstaltninger, der er er til rådighed for TSO'erne, oprettelsen af den foranstaltning, der er den mest effektiv og økonomiske i overensstemmelse med artikel 76, stk. 1, litra b), nr. iii), i forordning 2017/1485, og som kan løse alle kapacitetsbegrænsninger på alle samkøringslinjer og på alle interne netelementer med et spændingsniveau på 220 kV eller derover i den fælles netmodel, og dette uden at der skabes nye i overensstemmelse med artikel 20, 23 og 24 samt artikel 27, stk. 1, i ROSC-metoden.

73 For det tredje skal det i lyset af det ovenstående undersøges, om det, således som sagsøgeren har anført, kun er de udgifter, der er forårsaget af de afhjælpende foranstaltninger vedrørende de kritiske netelementer (og følgelig kun samkøringslinjer eller højst interne netelementer med en distributionsfaktor for strømoverførsel på 5% eller derover), der skal være omfattet af anvendelsesområdet for den omtvistede metode til fordeling af udgifterne. Med henblik herpå skal det, som anført i præmis 59 ovenfor, afgøres, hvilke kapacitetsbegrænsninger der skal afhjælpes på en koordineret måde for at sikre budområdeoverskridende handel.

74 I denne henseende bemærkes i første række, at den blotte omstændighed, at der i anvendelsesområdet for den omtvistede metode til fordeling af udgifterne medtages omkostninger, der er forårsaget af overbelastning på netelementerne med et spændingsniveau på 220 kV eller derover, ikke kan være i strid med artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, eftersom denne bestemmelse udelukkende indebærer en fastsættelse af, hvilke kapacitetsbegrænsninger der skal afhjælpes på en koordineret måde for at sikre budområdeoverskridende handel.

75 I anden række kan en TSO anvende maksimalt 30% af kapaciteten for hvert kritisk netelement til at afhjælpe kapacitetsbegrænsninger på sidstnævnte på den betingelse, at 70% af nævnte kapacitet, som fastsat i artikel 16, stk. 8, første afsnit, litra b), i forordning 2019/943, fortsat er til rådighed for budområdeoverskridende handel ifølge artikel 16, stk. 1 og 8, i forordning 2019/943.

76 Den omstændighed, at kapacitetsbegrænsninger kan afhjælpes ved at anvende indtil 30% af kapaciteten af en undergruppe af netelementer, indebærer imidlertid ikke, at det kun er udgifterne til de afhjælpende foranstaltninger, der er udført på denne undergruppe af elementer, der skal deles.

77 I tredje række bemærkes, at garantien for minimumskapaciteten på 70% af hvert kritisk netelement sikres på den mest effektive måde ved en optimering af de afhjælpende tiltag, der aktiveres på alle netelementer med et spændingsniveau på 220 kV eller derover. Denne optimering af de afhjælpende foranstaltninger på alle disse elementer opfylder således formålene med forordning nr. 2019/943, bl.a. om at lade markedssignaler være styrende med henblik på øget effektivitet og forsyningssikkerhed, i overensstemmelse med artikel 1, litra a), i forordning 2019/943.

78 Denne optimering bidrager til at nedbringe omkostningerne ved afhjælpende foranstaltninger og gør det således muligt at begrænse reduktionen af overførselskapaciteten, således som dette fremgår af artikel 16, stk. 4, i forordning 2019/943.

79 I fjerde række gælder, at når de afhjælpende foranstaltninger, som en TSO aktiverer på interne elementer, som ikke er kritiske netelementer, er en del af den optimale løsning med henblik på ligeledes at afbøde kapacitetsbegrænsninger på kritiske netelementer, skal udgifterne vedrørende de første elementer fordeles mellem TSO'erne på samme måde som udgifterne vedrørende de sidstnævnte. Den manglende medtagelse af netelementer med et spændingsniveau på 220 kV eller derover i anvendelsesområdet for metoden til fordeling af udgifterne fører følgelig til en ubegrundet begrænsning, navnlig i lyset af artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, som kræver en fordeling af alle udgifterne ved de afhjælpende foranstaltninger, der aktiveres for at løse kapacitetsbegrænsninger mellem områder, med undtagelse af omkostningerne vedrørende strømme, der bidrager til den konstaterede kapacitetsbegrænsning mellem to budområder, og som ikke overskrider toleranceniveauet.

80 Hvis fordelingen af udgifter var begrænset til kritiske netelementer, ville denne fordeling blive vilkårlig, eftersom udgifter til håndtering af kapacitetsbegrænsninger ville blive fordelt forskelligt afhængigt af det element, med hensyn til hvilket afhjælpende foranstaltninger ville blive aktiveret. Som ACER med rette har anført, ville dette føre til en forskelsbehandling mellem de forskellige netelementer og således mellem de TSO'ere, der ejer disse elementer, hvilket ikke er fastsat i den pågældende lovgivning.

81 De strømme, der er et resultat af interne transaktioner, der bidrager til den observerede overbelastning mellem to budområder, som beskrevet i artikel 16, stk. 13, i forordning nr. 2019/943, og som reducerer overførselskapaciteten på kritiske netelementer, kan følgelig ikke behandles forskelligt ved fordelingen af udgifterne, når disse strømme kanaliseres gennem ikke-kritiske netelementer. De afhjælpende foranstaltninger, der aktiveres på disse to grupper af elementer, optimeres med henblik på at løse problemerne i forbindelse med kapacitetsbegrænsninger.

82 I femte række kan de afhjælpende foranstaltninger, der aktiveres på ikke-kritiske netelementer, undertiden løse kapacitetsbegrænsninger på kritiske netelementer, således som ACER har bemærket som svar på Rettens spørgsmål.

83 Når disse afhjælpende foranstaltninger kan bidrage til at løse sådanne kapacitetsbegrænsninger på kritiske netelementer, skal udgifterne hertil følgelig deles i overensstemmelse med princippet om, at forureneren betaler. Hvis de derimod ikke på et bestemt tidspunkt kan bidrage til at løse kapacitetsbegrænsninger på kritiske netværkselementer, indebærer dette ikke, at de elementer, hvorpå de afhjælpende foranstaltninger aktiveres, mister deres forbindelse med budområdeoverskridende handel. Dels blev disse afhjælpende foranstaltninger nemlig ikke desto mindre valgt i forbindelse med CROSA-processen, henset til andre kapacitetsbegrænsninger og

afhjælpende foranstaltninger, med henblik på at finde den optimale løsning på regionalt plan. Dels har denne kapacitetsbegrænsning, for så vidt som den er forårsaget af en grænseoverskridende strøm, dvs. et loop flow, en grænseoverskridende betydning.

84 Som det fremgår af 35. betragtning til forordning 2019/943, bør TSO'erne på et åbent, konkurrencepræget marked have kompensation for omkostningerne ved at huse grænseoverskridende elektricitetsstrømme i deres net fra de transmissionssystemoperatører, hvorfra de grænseoverskridende strømme kommer, og de systemer, hvor de pågældende strømme ender.

85 De afhjælpende foranstaltninger på alle netelementer, der indgår i CROSA-processen, er således potentielt relevante for budområdeoverskridende handel, ifølge artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, og dette uafhængigt af deres distributionsfaktor for strømoverførsel, idet denne er et begreb, der gentages i CCM-metoderne, og som ikke kan fastsætte fordelingen af omkostninger ifølge artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943.

86 Under alle omstændigheder bemærkes, at hvis TSO'erne godtgør, at et ikke-kritisk netelement med et spændingsniveau på 220 kV eller derover aldrig kan være nyttigt med henblik på at sikre regional sikkerhed og med henblik på at garantere bindende tildelt overførselskapacitet, kan de udelukke dette element fra CROSA-processen i overensstemmelse med artikel 5, stk. 1, litra b), og artikel 7, stk. 3, litra b), i ROSC-metoden og dermed fra fordelingen af omkostningerne.

87 Hvad i sjette række angår 12. betragtning til forordning 2015/1222, som kræver koordinering mellem grænseoverskridende og interne afhjælpende foranstaltninger, skal det fremhæves, at alle afhjælpende foranstaltninger i forbindelse med CROSA-processen har grænseoverskridende betydning, mens alle andre afhjælpende foranstaltninger er interne. CROSA-processen sikrer således koordinering med interne afhjælpende foranstaltninger og sørger ligeledes for sikkerheden af »interne« netelementer.

88 I mangel af en koordineret styring gennem CROSA-processen er der risiko for tilsidesættelse af driftssikkerheden, hvilket bringer den budområdeoverskridende handel i fare. Det skal nemlig fremhæves, at netdriften er en nødvendig forudsætning for energiforsyningssikkerheden, eftersom elektricitet kun kan bringes ud til EU-borgerne gennem nettet, i overensstemmelse med anden betragtning til forordning 2015/1222.

89 Derfor er kapacitetsbegrænsninger »mellem områder« alle de kapacitetsbegrænsninger, som i øjeblikket i CORE-regionen styres på en koordineret måde i forbindelse med CROSA-processen. Princippet om, at forureneren betaler, bør derfor finde anvendelse på udgifterne ved en sådan koordineret styring.

90 Det skal fremhæves, at koordinering og fordeling af omkostninger ikke afhænger af spørgsmålet om, hvorvidt der er en bestemt udveksling eller tildelt strøm på et netelement på et givet tidspunkt, fordi alle afhjælpende foranstaltninger, der aktiveres på alle, kritiske eller ikke-kritiske, netelementer med et spændingsniveau på 220 kV eller derover, potentielt bidrager til at lette budområdeoverskridende handel, mens deres konkrete bidrag til at lette handelen kan variere afhængigt af bl.a. nettets topologi, markedsforholdene og særlige produktions- og forbrugsprogrammer. Følgelig er det ikke muligt uden videre at udelukke netelementer med et spændingsniveau på 220 kV eller derover fra anvendelsesområdet for den omtvistede metode til fordeling af udgifterne.

91 I syvende række blev netelementer med et spændingsniveau på 220 kV eller derover, således som det fremgår af den anfægtede afgørelses punkt 167, og uden at parterne har bestridt dette, anset for elementer med en grænseoverskridende virkning, for så vidt som disse elementer ikke ville være strukturelt overbelastede i mangel af udveksling af energi. Som det fremgår af det nævnte punkt, vurderede samtlige TSO'ere i CORE-regionen i den forklarende note til ROSC-metoden desuden, at disse elementer var de mest relevante for CROSA-processen.

92 I denne henseende fremgår det af s. 8 i den forklarende note til ROSC-metoden, som parterne i øvrigt har haft lejlighed til at udtale sig om i retsmødet, at TSO'erne anså de netelementer, der var mest relevante for CROSA-processen, for at være netelementer med et spændingsniveau på 220 kV og 380 kV, »eftersom disse elementer anvend[t]es til at lette energiudveksling mellem budområder i det europæiske energisystem«.

93 I den forklarende note til ROSC-metoden forklarede TSO'erne, at netelementer med et spændingsniveau på 220 kV eller derover letter energiudvekslingen mellem budområder i det europæiske energisystem. TSO'erne har imidlertid ikke godtgjort, hvilke elementer der bør tages i betragtning ved fordelingen af udgifterne til de afhjælpende foranstaltninger.

94 Desuden blev spændingsniveauet på 220 kV valgt i CORE-regionen på grund af dets særligt finmaskede karakter, mens artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943 ikke er til hinder for at vælge andre løsninger, således som det blev præciseret i retsmødet.

95 Desuden er fordelingen af udgifterne i denne sammenhæng nødvendig for at etablere et integreret elektricitetsmarked på europæisk plan.

96 Anvendelsesområdet for den omtvistede metode til fordeling af udgifterne er så meget desto mere ikke defineret geografisk og kan ikke begrænses til kun at omfatte de netelementer, der befinder sig på grænsen mellem to budområder, endog på de samkøringslinjer, der forbinder medlemsstaternes net. Som konstateret i præmis 59 ovenfor kræver artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943 derimod at det identificeres, hvilke kapacitetsbegrænsninger der skal afhjælpes på en koordineret måde for at sikre budområdeoverskridende handel.

97 Henset til det ovenstående har sagsøgeren med urette gjort gældende, at den anfægtede afgørelse er i strid med artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, idet det kun er samkøringslinjer eller højst kritiske netelementer, der skal medtages i fordelingen af udgifterne.

98 I CORE-regionen svarer alle de kapacitetsbegrænsninger, der er afhjulpet af de afhjælpende tiltag, der er aktiveret i overensstemmelse med ROSC-metoden, som fastsat ved afgørelse nr. 33/2020 og stadfæstet ved den anfægtede afgørelse, til »kapacitetsbegrænsninger mellem [...] områder« som omhandlet i artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943.

99 Det skal ligeledes konstateres, at alle de afhjælpende foranstaltninger, der aktiveres i overensstemmelse med ROSC-metoden, som fastsat ved afgørelse nr. 33/2020, i CORE-regionen bidrager til at garantere bindende overførselskapacitet mellem områder i overensstemmelse med artikel 74, stk. 4, litra b), i forordning 2015/1222.

100 Følgelig kan den anfægtede afgørelse heller ikke anses for at være i strid med artikel 74 i forordning 2015/1222 som fortolket i overensstemmelse med artikel 16, stk.13, i forordning 2019/943. Det var således med rette, at klagenævnet afslog klagen over den omtvistede metode til fordeling af udgifterne.

101 De argumenter, som sagsøgeren har fremført mod den anfægtede afgørelse, kan ikke afkræfte denne konklusion.

102 Hvad for det første angår sagsøgerens argument om, at kun en kapacitetsbegrænsning på en samkøringslinje eller højest på et internt kritisk netelement er en kapacitetsbegrænsning, hvis omkostninger kan fordeles på grundlag af artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, skal det fremhæves, at det eneste tilfælde i forbindelse med anvendelsen af den omtvistede metode til fordeling af udgifterne, hvor udgifterne vedrørende de ikke-kritiske netelementer skal fordeles i overensstemmelse med denne bestemmelse, er når kapacitetsbegrænsningen på disse elementer er forårsaget af loop flows som beskrevet i præmis 37 ovenfor, der overskrider det tolerranceniveau, der er nævnt i artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943.

103 Ifølge sjette betragtning til den omtvistede metode til fordeling af udgifterne er de loop flows, der overstiger tolerranceniveauet, den vigtigste faktor for kapacitetsbegrænsninger, der er genstand for en fordeling af udgifterne. Dette følger af konstateringen af, at kapacitetsbegrænsninger forårsaget af interne strømme afholdes af ejeren af det overbelastede netelement, mens udgifter fremkaldt af strømme som følge af interne transaktioner, der bidrager til den observerede overbelastning mellem to budområder, skal fordeles forholdsmæssigt mellem TSO'erne, således som det fremgår af artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943.

104 Et loop flow er en »grænseoverskridende strøm« som omhandlet i artikel 2, nr. 3), i forordning 2019/943, dvs. »en fysisk strøm af elektricitet i en medlemsstats transmissionsnet forårsaget af indvirkning fra producenters, kunders eller begges aktivitet uden for denne medlemsstat på dens transmissionsnet«, der ikke er begrænset til kritiske netelementer.

105 Følgelig kan en kapacitetsbegrænsning, der er forårsaget af en grænseoverskridende strøm, såsom et loop flow, ikke kvalificeres som en kapacitetsbegrænsning, der er udelukket fra anvendelsesområdet for artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943.

106 Hvis en kapacitetsbegrænsning på et ikke-kritisk netelement udelukkende er forårsaget af interne strømme, afholdes udgifterne til afhjælpende foranstaltninger med henblik på behandling af denne kapacitetsbegrænsning endvidere under alle omstændigheder af ejeren af det nævnte netelement, i overensstemmelse med artikel 76, stk. 1, litra b), nr. v), i forordning 2017/1485. I modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, er princippet om, at forureneren betaler, således fortsat undtagelsen fra reglen, da dette princip de facto kun finder anvendelse på de loop flows, der overskrider tolerranceniveauet, mens princippet om, at »ejeren betaler«, finder anvendelse på andre strømme, såsom loop flows, der ikke overskrider tolerranceniveauet, og interne strømme.

107 Desuden er en kapacitetsbegrænsning, der ikke er en kapacitetsbegrænsning »mellem områder« som omhandlet i artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, den kapacitetsbegrænsning, der forekommer på de netelementer, der er udelukket fra den regionale koordinering af driftssikkerhed, enten fordi dette er blevet besluttet af TSO'erne, eller fordi der er tale om elementer, der uden videre er udelukket fra koordineringen af de afhjælpende foranstaltninger, dvs. netelementer med et spændingsniveau under 220 kV.

108 For det andet bemærkes, at den eneste undtagelse til reglen i artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, hvorefter de omkostninger, der er forbundet med korrigerende foranstaltninger vedrørende strømme, der er et resultat af interne transaktioner, der bidrager til den konstaterede

kapacitetsbegrænsning mellem to budområder, skal fordeles, er undtagelsen vedrørende de nævnte strømme, der ikke overskrider toleranceniveauet, med hensyn til hvilke udgifterne skal afholdes af ejeren af det overbelastede netværkselement.

109 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at lovgiver i modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, ikke har ønsket at udelukke en gruppe af netelementer fra fordelingen af omkostningerne, eftersom lovgiver i artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943 har fastsat fordelingen af de omkostninger, der er forårsaget af den koordinerede afhjælpning af kapacitetsbegrænsninger mellem områder.

110 På samme måde er den omstændighed, at artikel 76, stk. 1, litra b), nr. v), i forordning 2017/1485 fastsætter en mulighed for at vedtage andre metoder til fordeling af omkostningerne i forbindelse med de forskellige afhjælpende foranstaltninger, der er omhandlet i nævnte forordnings artikel 22, og som i givet fald supplerer den fælles metode, der er udarbejdet i medfør af artikel 74 i forordning 2015/1222, uden relevans for fortolkningen af artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, som desuden er en trinhøjere norm.

111 For det tredje skal sagsøgerens argument om, at anvendelsesområdet for den omtvistede metode til fordeling af udgifterne, som stadfæstet ved den anfægtede afgørelse, er i strid med artikel 290, stk. 1, TEUF og med artikel 291 TEUF eller savner retsgrundlag, forkastes, for så vidt som ACER har udvidet det anvendelsesområde, der er fastsat i lovgivningen.

112 Navnlig giver koordinerede afhjælpende foranstaltninger på netelementer med et spændingsniveau på 220 kV eller derover mulighed for udveksling mellem områder, bidrager til at forhindre en begrænsning af udvekslingskapaciteten mellem områder og sikrer binding af nævnte kapacitet i overensstemmelse med artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943.

113 På samme måde, og eftersom anvendelsesområdet for den omtvistede metode til fordeling af udgifterne er i overensstemmelse med artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, kan ACER ikke kritiseres for at have udvidet anvendelsesområdet for denne metode ud over artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943 ved at støtte sig på princippet om, at forureneren betaler.

114 Ligeledes skal sagsøgerens argumenter om en tilsidesættelse af de principper om delegering af beføjelser, der er fastsat i dom af 13. juni 1958, Meroni mod Den Høje Myndighed (9/56, EU:C:1958:7, den danske specialudgave 1954-1964, s. 55), forkastes.

115 I denne henseende bemærkes, at ACER er et EU-agentur, der blev oprettet af lovgiver i forbindelse med vedtagelsen af forordning 2019/942. Som det med rette er anført i den anfægtede afgørelses punkt 1151-1158, er ACER's beføjelser til at vedtage en afgørelse såsom den omtvistede metode til fordeling af udgifterne reguleret af den nævnte forordning, navnlig dennes artikel 6, samt af artikel 74 i forordning 2015/1222 og af artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943.

116 Som det fremgår af præmis 10 ovenfor, erklærede ACER sig kompetent til at vedtage en afgørelse som følge af den omstændighed, at de nationale regulerende myndigheder i CORE-regionen ikke var nået til enighed om det forslag til en metode til fordeling af udgifterne, som TSO'erne havde forelagt i overensstemmelse med artikel 5, stk. 3, og artikel 6 i forordning 2019/942 og med artikel 9, stk. 11, i forordning 2015/1222.

117 ACER's beføjelser til at vedtage den omtvistede metode til fordeling af udgifterne er således præcist afgrænsede og er, i overensstemmelse med artikel 28 og artikel 29 i forordning 2019/942, underlagt domstolskontrol for så vidt angår de formål, som Kommissionen har fastsat i forordning 2015/1222, og som lovgiver har fastsat i forordning 2019/943 (jf. analogt dom af 22.1.2014, Det Forenede Kongerige mod Parlamentet og Rådet, C-270/12, EU:C:2014:18, præmis 53).

118 Det var derfor med rette, at klagenævnet forkastede sagsøgerens argumenter i denne henseende.

119 For det fjerde kan sagsøgerens og Forbundsrepublikken Tysklands argument vedrørende den tilblivelseshistorie bag artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, hvorefter lovgiver fra fordelingen mellem TSO'erne ønskede at udelukke de omkostninger, der følger af de afhjælpende foranstaltninger, der er foretaget på de elementer, der befinder sig inden for områderne, da lovgiver i forbindelse med affattelsen af denne bestemmelse afviste at ændre dens ordlyd ved at erstatte »den konstaterede kapacitetsbegrænsning mellem to budområder« med »den konstaterede kapacitetsbegrænsning mellem og inden for to budområder«, ikke tiltrædes.

120 Uafhængigt af spørgsmålet om, hvorvidt Forbundsrepublikken Tyskland og sagsøgeren kan støtte sig på dokumenter vedrørende det lovgivningsmæssige trepartsmøde med henblik på at godtgøre lovgivers vilje i forbindelse med vedtagelsen af artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, konstateres i denne henseende blot, at en eventuel afvisning af udtrykkeligt at medtage kapacitetsbegrænsninger inden for et område ikke er afgørende for spørgsmålet om, hvilke elementer der skal tages hensyn til ved vurderingen af bidragene til kapacitetsbegrænsninger »mellem to områder«.

121 Som det fremgår af præmis 56-59 og præmis 109 ovenfor, definerer artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943 ikke de netelementer, hvorpå udgifterne til de afhjælpende foranstaltninger med henblik på at afhjælpe kapacitetsbegrænsninger mellem to områder skal fordeles, hvilket ikke indebærer, at lovgiver har ønsket at udelukke en gruppe netelementer fra fordelingen af udgifterne.

122 Følgelig skal sagsøgerens argumenter om, at de interne netelementer skal udelukkes fra den omtvistede metode til fordeling af udgifterne på grundlag af artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943 og artikel 74 i forordning 2015/1222, forkastes.

– Incitamenter udledt af medtagelsen af interne netværkselementer i anvendelsesområdet for den omtvistede metode til fordeling af udgifterne

123 Det bemærkes, at medtagelsen af alle de interne netelementer, herunder dem, der har et spændingsniveau på 220 kV eller derover, i anvendelsesområdet for den omtvistede metode til fordeling af udgifterne ikke indebærer incitamenter, der er i strid med formålene med artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943.

124 I denne henseende bemærkes, at artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943 fastsætter en forpligtelse for TSO'erne til at bære omkostningerne ved de afhjælpende foranstaltninger, der er forbundet med strømme, der er et resultat af interne transaktioner, som bidrager til den konstaterede kapacitetsbegrænsning mellem to budområder, der ikke overstiger toleranceniveauet. Dette tilskynder TSO'erne til at udvikle deres net med henblik på at kunne modtage sådanne strømme, når de ikke overskrider toleranceniveauet, som svarer til det forventede niveau for loop flows uden strukturelle kapacitetsbegrænsninger i et budområde.

125 De relevante retsforskrifter fastsætter derimod ikke en forpligtelse for TSO'ere til at udvikle deres net med henblik på at modtage loop flows over det toleranceniveau, der er nævnt i præmis 124 ovenfor. Disse strømme er nemlig ved deres karakter uforudsete og uforudsigelige, og den TSO, der modtager disse strømme, har ingen indflydelse på sidstnævnte.

126 Det bemærkes i denne forbindelse, således som det fremgår af 27. betragtning til forordning 2019/943, at en mindskelse af virkningerne af loop flows og interne kapacitetsbegrænsninger på budområdeoverskridende handel er et af EU-lovgivers hovedmål i forbindelse med fastsættelsen af denne normative ramme.

127 Det fremgår ligeledes af s. 59 i Kommissionens konsekvensanalyse af 30. november 2016, der blev gennemført i forbindelse med udarbejdelsen af energilovgivningspakken (SWD(2016) 410), at loop flows kan reducere overførselskapaciteten og føre til en omkostningskrævende belastningsomfordeling uden for markedet samt til betydelige prisforvridninger og til investeringssignaler i de omkringliggende områder. Dette medfører et betydeligt tab af velstand.

128 Udelukkelsen af ikke-kritiske netelementer ville endvidere føre til, at den TSO, der udsender loop flows, ikke ville være tilskyndet til at investere tilstrækkeligt i sit net, da TSO'en ikke ville bære de samlede omkostninger til de afhjælpende foranstaltninger, der var nødvendige for at løse de kapacitetsbegrænsninger, som TSO'en har forårsaget. Det er nemlig udelukkende denne TSO, der har kendskab til og ansvar for sit net, som kan træffe andre nødvendige foranstaltninger, såsom omstrukturering af området eller investeringer i sit net. I denne forbindelse bemærkes, at det følger af artikel 35, stk. 5, i forordning 2019/943, at hver TSO er ansvarlig for sit net, og at TSO'ens interne problemer derfor ikke bør belaste de omkringliggende TSO'ere.

129 Hvis hver af de to ansvarlige og omkringliggende TSO'ere desuden blev tilskyndet til at investere i deres eget net, enten for at modtage eller for at reducere loop flows, ville dette i mangel af en koordinering mellem disse to TSO'er føre til en overinvestering og til en dårlig ressourcefordeling, således som ACER med rette har anført i svarskriftets punkt 261.

130 Henset til ovenstående betragtninger bemærkes, at en TSO ikke kan blive fritaget for de udgifter, som denne forvolder andre TSO'ere på de ikke-kritiske elementer af deres net med sine loop flows, der overstiger toleranceniveauet, selv om de afhjælpende foranstaltninger på disse elementer bidrager til at sikre budområdeoverskridende handel.

131 En sådan tilgang ville desuden være i strid med princippet om energisolidaritet som fortolket af Domstolen.

132 Princippet om energisolidaritet rummer rettigheder og forpligtelser såvel for Unionen som for medlemsstaterne, idet Unionen er omfattet af en solidaritetsforpligtelse over for medlemsstaterne, og medlemsstaterne er omfattet af en solidaritetsforpligtelse indbyrdes og over for Unionens fælles interesse og de af Unionen førte politikker (dom af 15.7.2021, Tyskland mod Polen, C-848/19 P, EU:C:2021:598, præmis 49).

133 Under disse omstændigheder ville det være i strid med princippet om energisolidaritet at tillade TSO'ere, der udsender loop flows, der går gennem andre budområder, at unddrage sig omkostningerne til afhjælpende foranstaltninger, der aktiveres i fælles interesse med henblik på at optimere udvekslingskapaciteten mellem områder, og samtidig så effektivt som muligt sikre nettets sikkerhed, hvilket alle TSO'ere og følgelig elforbrugere drager fordel af.

134 Henset til ovenstående betragtninger skal det første anbringende forkastes.

Det fjerde anbringende om prioritering af loop flows

135 Med det fjerde anbringende har sagsøgeren, støttet af Forbundsrepublikken Tyskland, gjort gældende, at den omtvistede metode til fordeling af omkostningerne i dennes artikel 7, stk. 6, litra a), fejlagtigt indfører en prioritering af loop flows som kilde til kapacitetsbegrænsninger i forhold til interne strømme, der fører til en sanktionering af disse strømme.

136 Ifølge sagsøgeren er en prioriteret hensyntagen til loop flows i forhold til interne strømme ved fastsættelsen af årsagerne til kapacitetsbegrænsninger i strid med princippet om, at forureneren betaler, skaber dårlige incitamenter og er uforenelig med billighedsprincippet og med princippet om forbud mod forskelsbehandling.

137 For det første ville en prioriteret hensyntagen til loop flows i forhold til interne strømme ved fordelingen af udgifterne være i strid med princippet om, at forureneren betaler, som fastsat i artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943. Loop flows og interne strømme bidrager nemlig fysisk på samme måde og på samme tidspunkt til overbelastning af netelementer. TSO'erne i de budområder, der genererer loop flows, og TSO'erne i de områder, der skaber interne strømme, bør derfor deltage i omkostningerne til afhjælpende foranstaltninger i forhold til deres respektive bidrag til overbelastningen. Det ville være i strid med dette princip at prioritere loop flows frem for interne strømme.

138 For det andet skaber en prioriteret hensyntagen til loop flows i forhold til interne strømme ifølge sagsøgeren dårlige incitamenter for såvel TSO'erne i de overbelastede net som for TSO'erne i det budområdet, der forårsager loop flows.

139 For det tredje er den anfægtede afgørelse ifølge sagsøgeren ligeledes i strid med billighedsprincippet og med princippet om forbud mod forskelsbehandling. Ulovlige interne strømme og loop flows vil være »forkastelige« i samme grad i henhold til de EU-retlige kriterier, og navnlig henset til det formål, der forfølges med forordning 2019/943 og 2015/1222, hvorefter en fordeling af udgifterne skal fastlægges i forhold til bidraget til kapacitetsbegrænsningen.

140 Forbundsrepublikken Tyskland støtter sagsøgerens argumenter.

141 ACER har bestridt sagsøgerens argumenter, således som de støttes af Forbundsrepublikken Tyskland.

142 I henhold til artikel 16, stk. 13, første afsnit, i forordning 2019/943 er fordelingen af omkostningerne »baseret på bidraget til kapacitetsbegrænsningen«.

143 Ifølge artikel 7, stk. 6, i den omtvistede metode til fordeling af udgifterne fastsættes bidraget til overbelastningen af de forskellige typer strømme på følgende måde.

144 »Overbelastningen« på det pågældende netelement identificeres. Overbelastningen svarer principielt til den mængde strømme, der overstiger den maksimale kapacitet for det pågældende netelement.

145 Desuden fastsættes en prioritetsrækkefølge mellem de forskellige typer strømme. Ifølge denne prioriteringsrækkefølge identificeres overbelastende loop flows, der overstiger toleranceniveauet, i artikel 7, stk. 6, litra a), i den omtvistede metode til fordeling af udgifterne, som dem, der først og fremmest bidrager til en eventuel overbelastning, mens overbelastende interne strømme i denne samme metodes artikel 7, stk. 6, litra b), identificeres som dem, der i anden omgang bidrager til nævnte overbelastning. Ifølge denne prioriteringsrækkefølge følger herefter overbelastende loop flows, der hidrører fra de øvrige kapacitetsberegningsregioner, overbelastende loop flows, der ikke overstiger toleranceniveauet, overbelastende tildelte strømme og overbelastende strømme fra faseskiftende transformere.

146 Alle strømme »bidrager« kun til overbelastningen, hvis de overstiger den maksimale kapacitet for det pågældende netelement.

147 Hvis de interne strømme, sammen med de øvrige strømme, der har en lavere rang på prioriteringslisten, således overstiger den maksimale kapacitet for det pågældende netelement, og hvis der derudover er strømme, der overstiger toleranceniveauet, bestemmes den del af omkostningerne, der vedrører de interne strømme og loop flows, på grundlag af omfanget af disse strømme, der overstiger det pågældende netelements maksimale kapacitet, ifølge den prioriteringsrækkefølge, der er fastsat i artikel 7, stk. 6, i den omtvistede metode til fordeling af udgifterne.

148 Det er henset til disse forklaringselementer, at sagsøgerens klagepunkter om, at prioriteringen af loop flows i forhold til interne strømme som følge af den prioriteringsrækkefølge, der er fastsat i artikel 7, stk. 6, i den omtvistede metode til fordeling af udgifterne ikke er i overensstemmelse med artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, hvorefter fordelingen af udgifterne skal bases på »bidraget til kapacitetsbegrænsningen« og følgelig med princippet om, at forureneren betaler, skal undersøges.

149 I denne henseende konstateres for det første, at en ordlydsfortolkning af ordene »baseret på bidraget til kapacitetsbegrænsningen« er forenelig med såvel den tilgang, der er anvendt i den omtvistede metode til fordeling af udgifterne, som med den tilgang, der forfægtes af sagsøgeren. Dette udtryk kan nemlig forstås således, at der først foreligger et »bidrag« til kapacitetsbegrænsninger fra det tidspunkt, hvor den maksimale kapacitet for det pågældende netelement overskrides. Endvidere må det antages, at en ordlydsfortolkning af ordene »baseret på bidraget til kapacitetsbegrænsningen« gør det muligt at fastsætte en prioritetsrækkefølge mellem de forskellige typer strømme med henblik på at fordele udgifterne mellem disse baseret på deres bidrag til kapacitetsbegrænsningen.

150 Det er for det andet ligeledes muligt, ud fra en streng årsagsbetydning, at forstå udtrykket »baseret på bidraget til kapacitetsbegrænsningen« således, at alle strømme på det pågældende netelement »bidrager« på samme måde til den eventuelle kapacitetsbegrænsning.

151 Under disse omstændigheder skal det undersøges, om prioriteringen af loop flows er begrundet, henset til deres forskellige karakter i forhold til interne strømme, eller om en differentiering og dermed en prioritering, således som sagsøgeren har gjort gældende, ikke kan tillades.

152 Ifølge sagsøgeren fremgår det af flere bestemmelser, at EU-lovgiver ligestiller interne strømme og loop flows, hvilket forbyder, at de behandles forskelligt i forbindelse med fordelingen af omkostningerne til afhjælpende foranstaltninger, idet billighedsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling ellers ville blive tilsidesat.

153 I denne henseende skal det ganske vist bemærkes, således som det fremgår af 27. betragtning til forordning 2019/943, at EU-lovgiver ønsker at undgå, at overførselskapacitet begrænses på grund af interne strømme og loop flows, og således i denne forordnings artikel 16, stk. 8, har fastsat et maksimalt niveau på 30% af kapaciteten for hvert kritisk netelement, som bl.a. kan anvendes til at håndtere kapacitetsbegrænsninger forårsaget af interne strømme og loop flows.

154 Artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943 indfører imidlertid i denne henseende selv en sondring mellem interne strømme og loop flows. Første afsnit i denne bestemmelse fastsætter nemlig et toleranceniveau for »strømme, der er et resultat af transaktioner inden for samme budområde, og som ligger under det niveau, der kunne forventes uden strukturelle kapacitetsbegrænsninger i et budområde«. Selv om dette ikke udtrykkeligt fremgår af ordlyden af artikel 16, stk. 13, i denne forordning, synes dette toleranceniveau kun at skulle fastsættes for loop flows, eftersom dette niveau ifølge andet afsnit i denne bestemmelse fastsættes for hver individuel budområdegrænse.

155 Selv i mangel af strukturelle kapacitetsbegrænsninger er loop flows i et vist omfang uundgåelige i et sammenkoblet elnet, der er stærkt formasket (jf. præmis 180 og 181 nedenfor). Derfor har fastsættelsen af et toleranceniveau for loop flows til formål at udelukke sådanne strømme fra fordelingen af omkostningerne ved de afhjælpende foranstaltninger.

156 Det følger heraf, at artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, i modsætning til det af sagsøgeren anførte, ved at fastsætte en tolerancegrænse for loop flows behandler disse strømme anderledes end interne strømme.

157 Under disse omstændigheder skal artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943 fortolkes således, at den tillader, at interne strømme og loop flows, der overskrider toleranceniveauet, behandles forskelligt med hensyn til fordelingen af omkostningerne ved afhjælpende foranstaltninger, idet en sådan differentiering forekommer begrundet, henset til deres forskellige karakter, i forbindelse med den omhandlede lovgivning.

158 I denne henseende skal det ligeledes fremhæves, at hver TSO i overensstemmelse med artikel 40, stk. 1, litra a), i direktiv 2019/944 er ansvarlig for »at sikre, at systemet til stadighed kan imødekomme rimelige krav om transmission af elektricitet, og på almindelige økonomiske vilkår drive, vedligeholde og udbygge sikre, pålidelige og effektive transmissionssystemer«.

159 TSO'erne skal således afholde udgifterne til udbygning og vedligeholdelse af det net, som de administrerer, samt udgifterne til afhjælpende foranstaltninger, kun med undtagelse af afhjælpende foranstaltninger med hensyn til hvilke det gælder, at omkostningerne fordeles.

160 Således som anført i punkt 133 i afgørelse nr. 30/2020 er elnettene historisk set blevet anlagt for at muliggøre interne strømme, og denne funktion er fortsat i dag et af formålene med disse net. Interne strømme udgør således et elnets grundlæggende funktion.

161 Med oprettelsen af det fælles elektricitetsmarked har nettene været åbne med henblik på grænseoverskridende elektricitetsudveksling, og EU-lovgivningen forpligter TSO'erne til ved hjælp af deres net at sikre denne samhandel.

162 Forekomsten af loop flows er herefter i et vist omfang en uundgåelig, om end uønsket, konsekvens af sammenkoblingen af de elnet, der fungerer efter en zonebestemt model, således som modellen i CORE-regionen.

163 I modsætning til interne strømme og grænseoverskridende strømme, der tildeles i forbindelse med fordeling af overførselskapacitet, er der desuden ingen interesse i, at loop flows passerer via sammenkoblede tilstødende net og fører til overbelastning.

164 Under disse omstændigheder kan det ikke, principielt og med risiko for ikke at overholde den forpligtelse, der er fastsat i artikel 74, stk. 6, litra c), i forordning 2015/1222, til at sikre en retfærdig fordeling af omkostningerne, pålægges TSO'erne at bære omkostningerne ved de afhjælpende foranstaltninger vedrørende loop flows, der overstiger toleranceniveauet, som passerer deres net.

165 Eftersom loop flows i et vist omfang er uundgåelige i et sammenkoblet elnet, der er stærkt formasket, skal toleranceniveauet, som skal fastsættes i henhold til artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, forstås som den »nedre grænse«, indtil hvilken de omkostninger, der opstår som følge af loop flows bidrag til overbelastningerne, skal bæres af den TSO, der er ansvarlig for de pågældende netelementer.

166 Over toleranceniveauet er der således ikke nogen begrundelse for at pålægge TSO'erne at bære omkostningerne ved de afhjælpende foranstaltninger vedrørende de loop flows, der passerer gennem deres net.

167 Det følger heraf, at prioriteringen af loop flows i forhold til interne strømme er begrundet i deres forskellige karakter, og at klagenævnet derfor ikke i den anfægtede afgørelse tilsidesatte det princip om, at forureneren betaler, der er fastsat i artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, og billighedsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling, ved at antage, at prioriteringen af loop flows i den omtvistede metode til fordeling af udgifterne ikke var ulovlig.

168 Denne konklusion kan ikke drages i tvivl under påberåbelse af den omstændighed, at lovgiver sidestiller loop flows og interne strømme i forbindelse med den proces for beregning og tildeling af overførselskapacitet, der er fastsat i artikel 16, stk. 8, i forordning 2019/943.

169 Den omstændighed, at såvel loop flows som interne strømme, henset til interessen i at sikre kapaciteten for grænseoverskridende handel med elektricitet, risikerer at begrænse en sådan kapacitet, indebærer nemlig ikke, at disse typer strømme ligeledes skal behandles på samme måde hvad angår fordelingen af udgifterne til afhjælpende foranstaltninger. Beregningen af nævnte kapacitet og fordelingen af omkostningerne ved de nævnte foranstaltninger er to forskellige spørgsmål og har ikke samme formål. Endelig kan den forskellige behandling af loop flows i forhold til interne strømme i forbindelse med fordelingen af udgifterne til de afhjælpende foranstaltninger heller ikke, i modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, drages i tvivl på grund af de forkerte incitamenter, som denne forskellige behandling ville medføre.

170 Sagsøgeren har i denne forbindelse bortset fra den omstændighed, at interne strømme, som anført i præmis 158-160 ovenfor, udgør et elektricitetstransmissionsnets grundlæggende funktion.

171 Det er således kun i det tilfælde, hvor disse strømme, sammen med de øvrige strømme, der er placeret lavere på prioriteringslisten, herunder loop flows, der ikke overskrider toleranceniveauet, overskrider den maksimale kapacitet for det pågældende netelement, at det ved fordelingen af omkostningerne ved de korrigerende foranstaltninger er berettiget at tilskynde den TSO, der er ansvarlig for interne strømme, til at investere i sit net.

172 Det er derimod ikke berettiget at tilskynde en TSO til at investere i sit net for at kunne modtage flere loop flows, der overskrider toleranceniveauet.

173 Henset til det ovenstående skal det fjerde anbringende forkastes.

Det tredje anbringende om toleranceniveauet

174 Med det tredje anbringende har sagsøgeren, støttet af Forbundsrepublikken Tyskland, gjort gældende, at klagenævnets afgørelse er ulovlig, for så vidt som nævnte klagenævn stadfæstede afgørelse nr. 30/2020, hvorved ACER foretog en forkert fastsættelse af toleranceniveauet og således tilsidesatte artikel 16, stk. 13, andet afsnit, i forordning 2019/943.

175 For det første har sagsøgeren gjort gældende, at ACER ved selv at fastsætte et midlertidigt toleranceniveau for loop flows har tilsidesat de relevante processuelle bestemmelser. Artikel 16, stk. 13, andet afsnit, i forordning 2019/943 er i forhold til artikel 9 og 74 i forordning 2015/1222 både lex posterior, lex superior og lex specialis, således at ACER ikke havde kompetence i henhold til artikel 9 i forordning 2015/1222. ACER kunne desuden heller ikke have baseret sig på artikel 6, stk. 10, i forordning 2019/942, eftersom TSO'erne hverken havde foretaget den analyse, der kræves i henhold til artikel 16, stk. 13, andet afsnit, i forordning 2019/943, eller forelagt et forslag til toleranceniveau for de nationale regulerende myndigheder til godkendelse, således at disse sidstnævnte ikke havde fået »forelagt sagen« om toleranceniveauet som omhandlet i artikel 6, stk. 10, andet afsnit, litra a), i forordning 2019/942.

176 For det andet har sagsøgeren anført, at ACER ligeledes har tilsidesat de materielle bestemmelser, der følger af artikel 16, stk. 13, andet afsnit, i forordning 2019/943. ACER har fastsat toleranceniveauet uden at have været i besiddelse af den krævede analyse. Desuden har agenturet ikke fastsat toleranceniveauet »for hver individuel […]grænse« og på det »det niveau, der kunne forventes uden strukturelle kapacitetsbegrænsninger«, således som dette kræves i henhold til artikel 16, stk. 13, andet afsnit, i forordning 2019/943.

177 For det tredje har sagsøgeren gjort gældende, at ACER ikke havde kompetence, som følge af en angivelig »nødvendighed«, til at fastsætte et midlertidigt toleranceniveau.

178 Forbundsrepublikken Tyskland støtter sagsøgerens argumenter.

179 ACER har bestridt sagsøgerens argumenter, således som støttet af Forbundsrepublikken Tyskland.

180 Det er ubestridt, at loop flows, selv om der ikke foreligger strukturelle kapacitetsbegrænsninger, er uundgåelige i et stærkt formasket sammenkoblet elnet, der fungerer ifølge en zonebestemt model.

181 Af denne grund har fastsættelsen af et toleranceniveau for loop flows til formål at udelukke sådanne strømme fra fordelingen af omkostningerne til belastningsomfordeling og modkøb.

182 Hvad angår fastsættelsen af toleranceniveauet bestemmer artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943 følgende:

»Ved fordelingen af omkostningerne ved afhjælpende foranstaltninger mellem [TSO'ere] [fordeler] de regulerende myndigheder […] omkostningerne […] med undtagelse af omkostninger, som er forårsaget

af strømme, der er et resultat af transaktioner inden for samme budområde, og som ligger under det niveau, der kunne forventes uden strukturelle kapacitetsbegrænsninger i et budområde.

Dette niveau fastsættes og analyseres i fællesskab af alle [TSO'ere] i en [overførsels]kapacitetsberegningsregion for hver individuel budområdegrænse og er betinget af godkendelse af alle de regulerende myndigheder i kapacitetsberegningsregionen.«

183 For det første fremgår det af artikel, 16, stk. 13, i forordning 2019/943, at toleranceniveauet forudsætter, at niveauet for de forventede loop flows uden strukturelle kapacitetsbegrænsninger simuleres.

184 En »strukturel kapacitetsbegrænsning« defineres i artikel 2, nr. 6), i forordning 2019/943 som en »begrænsning i transmissionssystemet, som det er muligt at definere utvetydigt, er forudsigelig, geografisk stabil over tid og under normale forhold jævnligt forekommer i elektricitetssystemet«.

185 For det andet fremgår det af artikel 16, stk. 13, andet afsnit, i forordning 2019/943, at der forud for fastsættelsen af toleranceniveauet skal foretages en analyse, og at denne analyse skal foretages af TSO'erne.

186 For det tredje fremgår det af samme bestemmelse, at toleranceniveauet skal fastsættes og analyseres »for hver individuel budområdegrænse«.

187 I det foreliggende tilfælde er det ubestridt, at TSO'erne ikke har foretaget den krævede analyse.

188 Det er desuden ubestridt, at ACER heller ikke har foretaget denne analyse.

189 I denne henseende fremgår det af punkt 112 i afgørelse nr. 30/2020, at ACER i mangel af et toleranceniveau, der var fastsat og analyseret af TSO'erne og godkendt af de nationale regulerende myndigheder i overensstemmelse med artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, undersøgte, om det var i stand til selv at foretage denne analyse, og konkluderede, at dette ikke var tilfældet på grund af ressourcemæssige begrænsninger, den tid, der var til rådighed, og den nødvendige ekspertise.

190 Det fremgår desuden af ottende betragtning til den omtvistede metode til fordeling af udgifterne og af punkt 110-114 i afgørelse nr. 30/2020, at ACER i en sådan situation anså sig for bemyndiget til selv midlertidigt at fastsætte et toleranceniveau.

191 Det fremgår endvidere af punkt 115-122 i afgørelse nr. 30/2020, at ACER fastsatte det midlertidige toleranceniveau for hele CORE-regionen på en ensartet måde til 10% af den maksimale kapacitet for hvert af de omhandlede netelementer og derefter fordelte dette niveau ligeligt mellem alle de budområder, der producerede loop flows på det pågældende netelement.

192 I den anfægtede afgørelse forkastede klagenævnet kritikken vedrørende ACER's fastsættelse af et midlertidigt toleranceniveau af de grunde, der er anført i punkt 909-1077 (s. 137-164), punkt 1210-1221 (s. 187-189), og punkt 1192-1226 (s. 212-218).

193 I denne henseende fremgår det bl.a. af den anfægtede afgørelses punkt 924-946 (s. 140-144), punkt 1217-1221 (s. 187-189) og punkt 1199-1226 (s. 213-218), at ACER var af den opfattelse, at agenturet selv skulle fastsætte toleranceniveauet, eftersom fastsættelsen af et sådant niveau efter dets opfattelse var uundværlig for at kunne vedtage metoden til fordeling af udgifterne.

194 Det fremgår desuden af de samme punkter i den anfægtede afgørelse, at ACER's fastsættelse af toleranceniveauet hviler på en »grundig analyse«.

195 Det fremgår ligeledes af disse elementer i den anfægtede afgørelse, at klagenævnet fandt, at ACER var berettiget, endog forpligtet, til selv at fastsætte et midlertidigt toleranceniveau uden at råde over den analyse, der er foreskrevet i artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, med henblik på at undgå en fastlåst situation.

196 I denne henseende er den midlertidige karakter af det toleranceniveau, som ACER således har fastsat, fremhævet i den anfægtede afgørelse. Det fremgår nemlig af den nævnte afgørelses punkt 943 (s. 143), at TSO'erne fortsat til enhver tid kan foretage den krævede analyse, og at de regulerende myndigheder til enhver tid kan erstatte det midlertidige toleranceniveau, der er fastsat i den omtvistede metode til fordeling af udgifterne, med et endeligt toleranceniveau.

197 Henset til det ovenstående skal det undersøges, om klagenævnet uden at begå en retlig fejl i den anfægtede afgørelse kunne antage, at den fastsættelse af toleranceniveauet, som ACER foretog i den omtvistede metode til fordeling af udgifterne, var i overensstemmelse med de krav, der følger af artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943. Hvis dette ikke er tilfældet, skal det undersøges, om ACER, som anført af klagenævnet, i den særlige situation i det foreliggende tilfælde ikke desto mindre kunne støtte sig på en implicit kompetence, der gjorde det muligt for agenturet at fastsætte et toleranceniveau på en anden måde end den, der er fastsat i denne bestemmelse.

Overholdelsen af de krav, der følger af artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943

198 I overensstemmelse med artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943 fastsættes og analyseres toleranceniveauet »for hver individuel budområdegrænse« og skal svare til det »niveau, der kunne forventes uden strukturelle kapacitetsbegrænsninger«.

199 For det første skal det undersøges, om den metode til fastsættelse af toleranceniveauet, som ACER har fulgt i den omtvistede metode til fordeling af udgifterne, som stadfæstet ved den anfægtede afgørelse, overholder kravet om, at dette niveau skal fastsættes og analyseres »for hver individuel budområdegrænse«.

200 I denne henseende fremgår det af artikel 7, stk. 3 og 4, i den omtvistede metode til fordeling af udgifterne, at toleranceniveauet fastsættes i to etaper.

201 I første etape anvendes der et fælles toleranceniveau for hele CORE-regionen for hvert netelement med grænseoverskridende betydning. Dette fælles toleranceniveau er fastsat til 10% af den maksimale kapacitet for det pågældende netelement.

202 I anden etape fordeles det fælles toleranceniveau ligeligt, for hvert af de pågældende netelementer, med antallet af budområder i CORE-regionen, hvorfra de loop flows, der går gennem dette netelement, hidrører. Hvis et budområde ikke fuldt ud udnytter den del af toleranceniveauet, som det er blevet tildelt, fordeles den del, der ikke udnyttes, dernæst ligeligt mellem de resterende budområder.

203 Det følger heraf, at toleranceniveauet for hvert enkelt netelement med grænseoverskridende betydning svarer til 10% af dets maksimale kapacitet, fordelt ligeligt med antallet af budområder i CORE-regionen, hvorfra de loop flows, der går gennem dette netelement, hidrører.

204 Det er korrekt, således som ACER har gjort gældende, at en sådan fordeling fører til et individuelt toleranceniveau for hvert budområde og følgelig, at denne fastsættelse af toleranceniveauet indebærer en vis »individualisering« af sidstnævnte, for så vidt som dette niveau fastsættes på grundlag af den maksimale individuelle kapacitet for hvert relevant netelement og på grundlag af antallet af budområder, hvorfra de loop flows, der går gennem disse netelementer, hidrører.

205 Det må imidlertid konstateres, at denne »individualisering«, der er nævnt i præmis 204 ovenfor, ikke er den, der er foreskrevet i artikel 16, stk. 13, andet afsnit, i forordning 2019/943 ved udtrykket »for hver individuel budområdegrænse«.

206 Som sagsøgeren i det væsentlige har gjort gældende, uden på dette punkt at blive modsagt af ACER, varierer niveauet af loop flows nemlig i forhold til budområdernes karakteristika, såsom størrelsen, graden af formaskningen, andelen af tilførslen af elektricitet fra vedvarende energikilder og antallet af grænser i det pågældende budområde. Loop flows-niveauet kan således variere fra et budområde til et andet, på en »grænse« som omhandlet i artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, endog på de elementer, der påvirker kapacitetsbegrænsningerne mellem to områder. Dette er grunden til, at artikel 16, stk. 13, andet afsnit, i forordning 2019/943 kræver, at toleranceniveauet fastsættes på grundlag af de pågældende budområders karakteristika og de forskellige grænser mellem disse.

207 ACER's fastlæggelse af toleranceniveauet under den første etape er imidlertid støttet på et ensartet toleranceniveau for alle budområder i CORE-regionen med den konsekvens, at der på ingen måde tages hensyn til disse områders særlige karakteristika og til grænserne mellem disse.

208 Den »individualisering«, der foretages i forbindelse med den anden etape, tager desuden heller ikke hensyn til de forskellige budområders karakteristika, men afhænger udelukkende af antallet af budområder, hvorfra de loop flows, der passerer gennem de relevante netelementer, hidrører. Det samme ræsonnement gør sig gældende i tilfælde af en efterfølgende fordeling af et budområdes ikke-udnyttede andel af toleranceniveauet mellem de øvrige budområder.

209 Det følger heraf, at det toleranceniveau, som ACER har fastsat, ikke overholder det krav, der er fastsat i artikel 16, stk. 13, andet afsnit, i forordning 2019/943, hvorefter toleranceniveauet skal fastlægges »for hver individuel budområdegrænse«.

210 Hvad for det andet angår kravet om, at toleranceniveauet skal svare til det »niveau, der kunne forventes uden strukturelle kapacitetsbegrænsninger«, er det ubestridt, at den analyse, der normalt kræves for at fastlægge det loop flow-niveau, der kunne forventes uden strukturelle kapacitetsbegrænsninger, som fastsat i artikel 16, stk. 13, første afsnit, i forordning 2019/943, ikke er blevet gennemført i det foreliggende tilfælde.

211 I mangel af en sådan analyse vil det toleranceniveau, som ACER har fastsat, imidlertid ikke kunne være i overensstemmelse med kravet om, at dette niveau skal svare til det loop flow-niveau, der kunne forventes uden strukturelle kapacitetsbegrænsninger.

212 I denne henseende fremgår det af den anfægtede afgørelses punkt 958 (s. 145) og punkt 1221 (s. 189), at ACER var af den opfattelse, at det toleranceniveau, som agenturet havde fastsat, svarede til en situation uden strukturelle kapacitetsbegrænsninger.

213 Det fremgår nemlig af punkt 115 i afgørelse nr. 30/2020 og af svarskriftets punkt 215, at ACER forhørte sig blandt TSO'erne om, hvilket loop flow-niveau, der kunne forventes uden strukturelle kapacitetsbegrænsninger. Nogle TSO'ere angav værdier på mellem 3%, 5% og 10%, mens andre ikke svarede eller angav større tærskler end 10%. Under disse omstændigheder, og idet det blev forudsat, at TSO'ernes svar havde været påvirket af deres egne interesser, fastsatte ACER toleranceniveauet til 10% af den maksimale kapacitet for det pågældende netelement som »gennemsnittet« af de afgivne udtalelser, således som det ligeledes fremgår af punkt 115 i afgørelse nr. 30/2020.

214 Det følger heraf, at fastsættelsen til 10% af den maksimale kapacitet for det pågældende netelement som et fælles toleranceniveau for alle CORE-regionens budområder og som første etape i fastsættelsen af toleranceniveauet for hvert af de pågældende netelementer ikke hviler på nogen analyse af toleranceniveauet uden strukturelle kapacitetsbegrænsninger således som anført i artikel 16, stk. 13, første afsnit, i forordning 2019/943, men fremstår som resultatet af et kompromis i forhold til de forskellige holdninger, som de berørte TSO'ere gav udtryk for.

215 Som ACER har anerkendt i den anfægtede afgørelses punkt 930 (s. 141), forudsætter den analyse, der kræves i henhold til artikel 16, stk. 13, første afsnit, i forordning 2019/943, nemlig bl.a. en analyse af investeringerne i netværket og af eventuelle ændringer af budområderne for at fjerne strukturelle kapacitetsbegrænsninger. ACER har erkendt, at agenturet ikke har foretaget en sådan analyse.

216 Under disse omstændigheder er ACER's argument om, at agenturets fastsættelse af toleranceniveauet hviler på en »grundig analyse«, irrelevant, eftersom denne analyse under alle omstændigheder ikke var den, der er foreskrevet i artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943.

217 Det følger heraf, at det toleranceniveau, som ACER har fastsat, ikke overholder de krav, der er fastsat i artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, hvorefter toleranceniveauet skal svare til det »niveau, der kunne forventes uden strukturelle kapacitetsbegrænsninger« og skal defineres »for hver individuel budområdegrænse«.

1. Betingelserne for at anerkende en implicit kompetence

218 Det følger af ovenstående betragtninger, at ACER's fastsættelse af toleranceniveauet i den omtvistede metode til fordeling af udgifterne ikke er i overensstemmelse med artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943.

219 Under disse omstændigheder er spørgsmålet om, hvorvidt ACER principielt havde kompetence til selv at fastsætte et toleranceniveau på grundlag af artikel 6, stk. 10, andet afsnit, litra a), i forordning 2019/942, som det fremgår af den anfægtede afgørelses punkt 924 (s. 140), irrelevant. Denne bestemmelse kan nemlig under alle omstændigheder ikke gøre det muligt for ACER at fastsætte et toleranceniveau, der ikke er i overensstemmelse med kravene i artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943.

220 Det skal derfor undersøges, om ACER, på trods af den omstændighed, at ACER's fastlæggelse af toleranceniveauet ikke var i overensstemmelse med kravene i artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, i den særlige situation, som agenturet befandt sig i, rådede over en implicit kompetence, der gav det beføjelse til at fastsætte et toleranceniveau på en anden måde end den, der er foreskrevet i denne bestemmelse.

221 ACER har nemlig begrundet sin kompetence til at fastsætte et toleranceniveau med nødvendigheden af dets handling. Uden analysen af det toleranceniveau, der kunne forventes uden strukturelle kapacitetsbegrænsninger, som TSO'erne skulle foretage, havde ACER for at undgå en fastlåst situation bemyndigelse til selv midlertidigt at fastsætte et toleranceniveau i den omtvistede metode til fordeling af udgifterne.

222 I første række kan det, henset til legalitetsprincippet, principielt ikke antages, at et EU-agentur såsom ACER kan fravige den gældende retlige ramme. Det følger heraf, at ACER principielt ikke kunne fravige artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943.

223 I anden række bemærkes, at ACER i overensstemmelse med artikel 6, stk. 12, litra b), i forordning 2019/942 kan »træffe en midlertidig afgørelse med henblik på at beskytte [...] den operative sikkerhed«. Det må imidlertid konstateres, at ACER i det foreliggende tilfælde ikke har støttet sig på denne bestemmelse med henblik på at fastsætte toleranceniveauet. I øvrigt kan vedtagelsen af metoden til fordeling af udgifterne under alle omstændigheder ikke anses for at være nødvendig for at »beskytte forsyningssikkerheden eller den operative sikkerhed« som omhandlet i artikel 6, stk. 12, litra b), i forordning 2019/942. Denne metode har nemlig til formål at fordele udgifterne til de afhjælpende foranstaltninger og har ikke til formål at fastsætte de afhjælpende foranstaltninger, der skal iværksættes for at beskytte forsyningssikkerheden eller den operative sikkerhed.

224 Endvidere taler eksistensen af denne bestemmelse og dermed muligheden for under klart afgrænsede omstændigheder at vedtage foreløbige afgørelser imod, at ACER anerkendes en implicit kompetence til, endog midlertidigt, at fastsætte toleranceniveauet i metoden til fordeling af udgifterne på en anden måde end den, der er foreskrevet i artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943.

225 I tredje række følger det af retspraksis, at den blotte påberåbelse af en interesse i effektivitet ikke er tilstrækkelig til at skabe en kompetence til fordel for et EU-agentur (jf. i denne retning dom af 24.10.2019, E-Control mod ACER, T-332/17, ikke trykt i Sml., EU:T:2019:761, præmis 69). Den blotte påberåbelse af en interesse i effektivitet er herefter ikke tilstrækkelig til at gøre det muligt for et EU-agentur at fravige den gældende retlige ramme.

226 Det kan imidlertid ikke udelukkes, at interessen i effektivitet, på betingelse af, at dette opfylder et reelt behov for at sikre den effektive virkning af bestemmelserne i traktaterne eller i den omhandlede forordning, kan begrunde eksistensen af en implicit beslutningskompetence (jf. i denne retning dom af 24.10.2019, E-Control mod ACER, T-332/17, ikke trykt i Sml., EU:T:2019:761, præmis 69).

227 Det skal således undersøges, om betingelserne for at anerkende en implicit kompetence til fordel for ACER i medfør af denne retspraksis i det foreliggende tilfælde var opfyldt.

Anerkendelse af en implicit kompetence til fordel for ACER

228 I overensstemmelse med den retspraksis, der er anført i præmis 227 ovenfor, skal det med henblik på at efterprøve, om ACER kan hævde, at det havde en implicit kompetence, undersøges, om anerkendelsen af en sådan kompetence til fordel for ACER opfyldte et reelt behov for at sikre den effektive virkning af de pågældende bestemmelser.

229 I denne henseende følger det af den anfægtede afgørelses punkt 924-946 (s. 140-144) og punkt 1206-1220 (s. 214-216), at ACER har hævdet, at nødvendigheden af at vedtage en metode til fordeling af udgifterne inden for den fastsatte frist havde tvunget ACER til selv at fastsætte toleranceniveauet, og dette til trods for, at der ikke forelå den analyse, som normalt kræves.

230 Hvad for det første angår det påberåbte behov, henset til tidsplanen, skal det konstateres, at ACER ganske vist principielt var forpligtet til at vedtage en metode til fordeling af udgifterne inden for den frist, der er fastsat i artikel 6, stk. 12, litra a), i forordning 2019/942 og i artikel 9, stk. 11, i forordning 2015/1222, dvs. en frist på seks måneder fra den 27. marts 2020.

231 Det bemærkes imidlertid, at EU-retten ikke knytter nogen sanktion til overskridelsen af den frist på seks måneder, der er fastsat i artikel 6, stk. 12, litra a), i forordning 2019/942 og i artikel 9, stk. 11, i forordning 2015/1222. Der er således ikke tale om en ufravigelig frist, men om en vejledende frist.

232 Når der foreligger en sådan vejledende frist, kan det imidlertid, selv om det EU-organ, som denne frist finder anvendelse på, skal bestræbe sig på at overholde denne, være nødvendigt for dette EU-organ, bl.a. på grund af opgavens kompleksitet og med forbehold af, at en medlemsstats interesser ikke skades, at råde over længere tid (jf. i denne retning dom af 15.1.2013, Spanien mod Kommissionen, T-54/11, EU:T:2013:10, præmis 27).

233 Følgelig er udgangspunktet for ACER's ræsonnement forkert, eftersom det ikke var nødvendigt for ACER at vedtage en metode til fordeling af udgifterne inden for den fastsatte frist, dvs. inden den 28. september 2020.

234 Det er desuden ubestridt, at analysen af det »niveau, der kunne forventes uden strukturelle kapacitetsbegrænsninger«, er kompleks og kræver betydelig tid.

235 ACER kunne derfor principielt give TSO'erne tilstrækkelig tid til at foretage den krævede analyse uden herved at tilsidesætte den frist, der er fastsat i artikel 6, stk. 12, litra a), i forordning 2019/942 og i artikel 9, stk. 11, i forordning 2015/1222.

236 Dette gælder så meget desto mere, som forpligtelsen til at fastsætte et toleranceniveau ved at foretage den analyse, der er fastsat i artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, først trådte i kraft den 1. januar 2020.

237 På det tidspunkt, hvor TSO'erne i CORE-regionen fremlagde deres forslag til en metode til fordeling af udgifterne for alle de nationale regulerende myndigheder i nævnte region til godkendelse, dvs. den 27. marts 2019, var forordning 2019/943 imidlertid endnu ikke vedtaget.

238 I denne henseende skal det konstateres, at hverken afgørelse nr. 30/2020 eller den anfægtede afgørelse undersøger de eventuelle tidsmæssige konsekvenser for vedtagelsen af metoden til fordeling af udgifterne som følge af, at forpligtelsen til at fastsætte et toleranceniveau og dermed foretage en tilsvarende analyse først trådte i kraft den 1. januar 2020.

239 Klagenævnets antagelse i den anfægtede afgørelse om, at det var nødvendigt for ACER at vedtage den omtvistede metode til fordeling af udgifterne, uden at kunne afvente den analyse, der er foreskrevet i artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, på grund af den frist, som ACER havde til at gøre dette, følger af en læsning af lovgivningen, der hverken tager hensyn til den vejledende karakter af den frist, som ACER skal overholde, eller til ændringen af den gældende retlige ramme.

240 Den blotte påberåbelse af en vejledende frist for ACER's vedtagelse af metoden til fordeling af udgifterne er følgelig ikke tilstrækkelig til at godtgøre et reelt behov for at sikre de omhandlede bestemmelsers effektive virkning.

241 For det andet har ACER begrundet behovet for agenturets tiltag med TSO'ernes passivitet. Det fremgår nemlig af den anfægtede afgørelses punkt 955 (s. 145), at ACER har gjort gældende, at TSO'erne »i en periode på næsten tre år« ikke havde været i stand til at foretage den analyse, der kræves i henhold til artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943.

242 Det bemærkes i denne henseende, at forpligtelsen til at fastsætte tolerranceniveauet ved at foretage den analyse, der er foreskrevet i artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, først trådte i kraft den 1. januar 2020.

243 Det skal i øvrigt konstateres, at TSO'erne i modsætning til, hvad ACER har gjort gældende i den anfægtede afgørelses punkt 926 (s. 140), ikke, i det forklarende dokument af 22. februar 2019, der ledsagede forslaget til metoden til fordeling af udgifterne af 27. marts 2019, fandt det obligatorisk at fastsætte et tolerranceniveau, men snarere opfattede dette som en mulighed, der var tildelt dem.

244 Selv hvis det antages, at nødvendigheden af at fastsætte et tolerranceniveau blev anerkendt af TSO'erne inden vedtagelsen af forordning 2019/943, forholder det sig ikke desto mindre således, at artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943 præciserer den måde, hvorpå tolerranceniveauet skulle fastlægges, dvs. på grundlag af en analyse af det »niveau [af loop flows], der kunne forventes uden strukturelle kapacitetsbegrænsninger« og »for hver individuel budområdegrænse«.

245 ACER har imidlertid ikke gjort gældende, at det inden ikrafttrædelsen af forordning 2019/943 stod fast, at tolerranceniveauet skulle fastsættes på denne måde.

246 Under disse omstændigheder kunne ACER ikke med rette foreholde TSO'erne, at de ikke havde været i stand til »i en periode på næsten tre år« at foretage den analyse, der kræves i henhold til artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943.

247 Denne konklusion drages heller ikke i tvivl af de dokumenter, som ACER har fremlagt i retsmødet med henblik på at godtgøre, at TSO'erne og de nationale regulerende myndigheder i CORE-regionen fortsat drøftede den måde, hvorpå den analyse, der kræves i henhold til artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, skulle foretages.

248 Uafhængigt af spørgsmålet om, hvorvidt disse dokumenter kan antages til realitetsbehandling, skal det konstateres, at de igangværende drøftelser, som ACER har påberåbt sig, er uden relevans i det foreliggende tilfælde.

249 Ifølge retspraksis skal lovligheden af en afgørelse nemlig udelukkende bedømmes efter de faktiske og retlige omstændigheder, som forelå på det tidspunkt, da afgørelsen blev vedtaget (jf. dom af 27.4.2022, Roos m.fl. mod Parlamentet, T-710/21, T-722/21 og T-723/21, EU:T:2022:262, præmis 211 og den deri nævnte retspraksis). De forhold, som ACER har påberåbt sig, og som ligger efter den anfægtede afgørelse, kan således ikke tages i betragtning med henblik på at vurdere lovligheden af denne afgørelse.

250 For det tredje har ACER begrundet behovet for dets handling med, at TSO'erne ikke har overholdt den frist, som agenturet havde fastsat for dem. I denne henseende har ACER anført, at agenturet pålagde TSO'erne en frist på fire måneder, fra den 18. april til den 20. august 2020, til at foretage den analyse, der er foreskrevet i artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, og har tilføjet, at TSO'erne ikke har overholdt denne frist.

251 Som det fremgår af den anfægtede afgørelses punkt 930 (s. 141), punkt 954 (s. 145) og punkt 1131 (s. 202), var ACER imidlertid selv af den opfattelse, at den analyse, der var fastsat i artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, var kompleks og krævede betydelig tid.

252 ACER har endvidere ikke godtgjort, at agenturet, i løbet af den frist på fire måneder, som det havde givet TSO'erne, på den ene eller den anden måde havde lettet sidstnævntes arbejde med henblik på at foretage den analyse, der er foreskrevet i artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943.

253 I overensstemmelse med artikel 6, stk. 11, i forordning 2019/942, som afspejler det princip om loyalt samarbejde, der er fastsat i artikel 4, stk. 3, TEU, er ACER forpligtet til at høre de nationale regulerende myndigheder og TSO'erne, når det udarbejder en afgørelse på grundlag af den nævnte forordnings artikel 6, stk. 10.

254 I henhold til princippet om loyalt samarbejde og under hensyn til EU-lovgivers klare hensigt om at gøre beslutningstagningen om vanskelige, men nødvendige grænseoverskridende anliggender mere effektiv og hurtigere (dom af 7.9.2022, BNetzA mod ACER, T-631/19, EU:T:2022:509, præmis 46), skulle ACER lette TSO'ernes og de nationale regulerende myndigheders udarbejdelse af den analyse, der kræves i henhold til artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943.

255 Under disse omstændigheder kan ACER ikke med rette foreholde TSO'erne, at de ikke var i stand til at foretage den analyse, der kræves i henhold til artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, inden for den fastsatte frist, dvs. fire måneder.

256 For det fjerde har ACER endvidere begrundet nødvendigheden af at vedtage den omtvistede metode til fordeling af udgifterne uden at kunne afvente den analyse, der kræves i henhold til artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, med to andre betragtninger.

257 For det første har ACER i retsmødet gjort gældende, at det var nødvendigt at give TSO'erne tilstrækkelig tid efter vedtagelsen af den omtvistede metode til fordeling af udgifterne, for at gøre det muligt for dem at indføre de tiltag, der er nødvendige for dens korrekte gennemførelse.

258 Det bemærkes imidlertid, at det følger af artikel 13, stk. 2, i den omtvistede metode til fordeling af udgifterne, sammenholdt med artikel 37, stk. 2, i RDCT-metoden, at en første etape i gennemførelsen af den første af disse metoder var fastsat til den 4. juni 2023, mens den fuldstændige anvendelse af denne var fastsat til den 4. juni 2025.

259 Eftersom den første delvise gennemførelse af den omtvistede metode til fordeling af udgifterne først skulle finde sted to et halvt år efter vedtagelsen af denne og den fuldstændige gennemførelse heraf fire et halvt år efter den nævnte vedtagelse, er den blotte påberåbelse af TSO'ernes behov for at indføre de nødvendige tiltag til en korrekt gennemførelse af denne metode ikke tilstrækkelig til at godtgøre, henset til den meget lange tid, der er afsat til gennemførelsen heraf, et reelt behov for at vedtage denne metode uden at kunne afvente den analyse, der kræves i henhold til artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943.

260 For det andet fremgår det af den anfægtede afgørelses punkt 946 (s. 144), at ACER er af den opfattelse, at gennemførelsen af den omtvistede metode til fordeling af udgifterne skulle foretages samtidig med gennemførelsen af RDCT-metoden og ROSC-metoden.

261 I denne henseende er det tilstrækkeligt at konstatere, at det i det foreliggende tilfælde på ingen måde er spørgsmålet, om ACER havde bemyndigelse til at fastsætte de samme datoer for gennemførelsen af den omtvistede metode til fordeling af udgifterne, RDCT-metoden og ROSC-metoden, men snarere at afgøre, om ACER kunne vedtage den omtvistede metode til fordeling af udgifterne uden at kunne afvente den analyse, der er fastsat i artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943.

262 Under disse omstændigheder er argumentet om, at det angiveligt var nødvendigt at gennemføre den omtvistede metode til fordeling af udgifterne, RDCT-metoden og ROSC-metoden samtidigt, irrelevant i forhold til spørgsmålet om, på hvilket tidspunkt metoden til fordeling af udgifterne skulle vedtages.

263 Følgelig kunne ACER heller ikke begrunde nødvendigheden af agenturets tiltag med betragtninger vedrørende et ønske om at give TSO'erne tilstrækkelig tid med henblik på at gøre det muligt for dem at indføre de nødvendige tiltag til en korrekt gennemførelse af den omtvistede metode til fordeling af udgifterne samtidig med to andre metoder.

264 Det følger heraf, at ACER ikke har godtgjort, at det var nødvendigt at vedtage den omtvistede metode til fordeling af udgifterne uden at kunne afvente den analyse, der kræves i henhold til artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943.

265 Følgelig har ACER ikke godtgjort, at der forelå et reelt behov for at sikre den effektive virkning af de omhandlede bestemmelser, der begrunder anerkendelsen af en implicit kompetence til fordel for agenturet.

266 Under alle omstændigheder skal det konstateres, at ACER's fastsættelse af toleranceniveauet ikke kan sikre de omhandlede bestemmelsers effektive virkning.

267 Denne fastsættelse af toleranceniveauet gjorde det ganske vist muligt for ACER at vedtage den omtvistede metode til fordeling af udgifterne den 30. november 2020, dvs. lidt efter den frist, der udløb den 27. september 2020, og som var fastsat for agenturet med henblik herpå. Dette gjorde det imidlertid ikke muligt at sikre den effektive virkning af de omhandlede materielle bestemmelser.

268 Den omtvistede metode til fordeling af udgifterne skal nemlig i overensstemmelse med artikel 74, stk. 6, litra a), i forordning 2015/1222 give incitamenter til effektivt at investere i håndtering af kapacitetsbegrænsninger. Ifølge 34. betragtning til forordning 2019/943 bør denne håndtering desuden give TSO'erne og markedsdeltagerne de rigtige økonomiske signaler.

269 Som det blev konstateret i præmis 218 ovenfor, overholder det af ACER fastsatte toleranceniveau som stadfæstet i den anfægtede afgørelse imidlertid ikke kravene i artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, hvorefter toleranceniveauet skal svare til det »niveau, der kunne forventes uden strukturelle kapacitetsbegrænsninger« og fastsættes »for hver individuel budområdegrænse«.

270 Under disse omstændigheder kan den omtvistede metode til fordeling af udgifterne på grund af denne fastsættelse af toleranceniveauet ikke, ved fordelingen af udgifterne til afhjælpende foranstaltninger, give »de rigtige økonomiske signaler« til investeringer i nettene.

271 Desuden skal det ligeledes konstateres, at den afvejning af interessen i at overholde den fastsatte frist og interessen i at overholde artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, som tilsyneladende blev foretaget af ACER, ikke begrunder fastsættelsen af et toleranceniveau, der ikke er i overensstemmelse med den relevante lovgivning.

272 Som det fremgår af præmis 232 ovenfor, var den frist, som ACER havde til at vedtage metoden til fordeling af udgifterne, nemlig kun vejledende, således at ønsket om at overholde denne frist i en interesseafvejning ikke kan gå forud for overholdelsen af kravene i artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943.

273 Dette resultat kan ikke drages i tvivl af ACER's argument om, at agenturet kun havde fastsat toleranceniveauet midlertidigt. Den nævnte fastsættelses midlertidige karakter er nemlig på ingen måde muligt en formildende omstændighed i forbindelse med ACER's og klagenævnets tilsidesættelse af den relevante lovgivningsmæssige ramme.

274 Den omstændighed, at den midlertidige karakter af fastsættelsen af toleranceniveauet kun eksisterer de jure, gør det imidlertid ikke muligt at bortse fra ACER's manglende overholdelse af den relevante lovgivningsmæssige ramme.

275 Følgelig kan ACER ikke begrunde sin handling, der bestod i ved afvejningen at lade interessen i at overholde den fastsatte frist gå forud for interessen i at overholde kravene i artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, idet agenturet påberåbte sig den midlertidige karakter af det indgreb, der følger heraf i forhold til den lovgivningsmæssige ramme, med fastsættelsen af et toleranceniveau, der ikke er i overensstemmelse med denne ramme. ACER kunne følgelig ikke med henblik på dets fastsættelse af toleranceniveauet støtte sig på en implicit kompetence.

276 Henset til ovenstående betragtninger må det konkluderes, at ACER's fastsættelse af toleranceniveauet i den omtvistede metode til fordeling af udgifterne, således som stadfæstet ved den anfægtede afgørelse, er i strid med artikel 16, stk. 13, i forordning 2019/943, for så vidt som dette niveau hverken svarer til kriteriet om, at toleranceniveauet skal svare til det »niveau, der kunne forventes uden strukturelle kapacitetsbegrænsninger«, eller til kriteriet om, at toleranceniveauet skal fastsættes »for hver individuel budområdegrænse«. Det fremgår desuden af det ovenstående, at ACER heller ikke havde beføjelse til at fastsætte et toleranceniveau på en anden måde med henblik på at overholde den frist, som agenturet havde til at vedtage den omtvistede metode til fordeling af udgifterne.

277 Under disse omstændigheder skal det tredje anbringende tages til følge, uden at det er nødvendigt at undersøge de øvrige klagepunkter, som sagsøgeren har påberåbt sig til støtte herfor.

278 For så vidt som det tredje anbringende vedrører et centralt element i den omtvistede metode til fordeling af udgifterne, der er genstand for den anfægtede afgørelse, er det umuligt for Retten kun at træffe afgørelse om en delvis annullation af den anfægtede afgørelse.

279 Følgelig skal sagsøgerens søgsmål på grundlag af det tredje anbringende tages til følge, og den anfægtede afgørelse skal annulleres, for så vidt som den stadfæster ACER's afgørelse nr. 30/2020 og afslår sagsøgerens klage i sag A-001-2021 (konsolideret).

280 Under disse omstændigheder er det ufornødent at undersøge sagsøgerens femte og sjette anbringende.

Eventuel opretholdelse af den anfægtede afgørelse

281 I medfør af artikel 264, stk. 2, TEUF kan Retten, dersom den skønner det nødvendigt, angive, hvilke af den annullerede retsakts virkninger der skal betragtes som bestående.

282 Som svar på de foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, som Retten har truffet, har parterne udtalt sig herom.

283 I det foreliggende tilfælde har ACER gjort gældende, at en annullation af den anfægtede afgørelse og følgelig af den omtvistede metode til fordeling af udgifterne vil have alvorlige konsekvenser. TSO'erne skal bære samtlige udgifter til alle de afhjælpende foranstaltninger, der aktiveres på deres netelementer, selv om sådanne tiltag har været nødvendige på grund af loop flows fra andre budområder. Denne situation vil sandsynligvis føre til, at TSO'erne vil blive tilskyndet til at begrænse sammenkoblingskapaciteten, hvilket vil resultere i højere eludgifter.

284 I overensstemmelse med retspraksis kan virkningerne af en retsakt opretholdes af retssikkerhedsmæssige grunde, bl.a. når de umiddelbare virkninger af en annullation heraf vil kunne få alvorlige negative konsekvenser for de berørte personer, og når den anfægtede retsakts lovlighed ikke anfægtes på grund af dens formål eller indhold, men på grund af ophavsmandens inkompetence eller tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter (jf. dom af 15.7.2021, Kommissionen mod Landesbank Baden-Württemberg og Afviklingsinstansen, C-584/20 P og C-621/20 P, EU:C:2021:601, præmis 175 og den deri nævnte retspraksis).

285 I denne henseende skal det for det første konstateres, at annullationen af den anfægtede afgørelse bl.a. er baseret på en tilsidesættelse af materiel ret, dvs. en tilsidesættelse af artikel 16, stk. 13, andet afsnit, i forordning 2019/943 og ikke udelukkende på en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter.

286 For det andet hviler ACER's argumentation på den antagelse, at den omtvistede metode til fordeling af udgifterne allerede finder anvendelse.

287 Det fremgår imidlertid af parternes svar på Rettens spørgsmål, at den omtvistede metode til fordeling af udgifterne, der er genstand for den anfægtede afgørelse, ikke finder anvendelse i sin helhed før den 4. juni 2025, og at denne anvendelse på grund af forsinkelser endog risikerer at blive yderligere udskudt.

288 Under disse omstændigheder er der ikke grundlag for at begrænse virkningerne af annullationen af den anfægtede beslutning.

Sagsomkostninger

289 Ifølge artikel 134, stk. 1, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom.

290 Da ACER har tabt sagen, og da sagsøgeren har nedlagt påstand herom, bør ACER pålægges at betale sagsomkostningerne.

291 Ifølge procesreglementets artikel 138, stk. 1, bærer de medlemsstater og institutioner, der er indtrådt som intervenienter i en sag, deres egne omkostninger. Forbundsrepublikken Tyskland bør derfor bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Tredje Udvidede Afdeling):

1) Afgørelsen truffet af klagenævnet ved Den Europæiske Unions Agentur for Samarbejde mellem Energireguleringsmyndigheder (ACER) den 28. maj 2021 i forbindelse med sag A-001-2021 (konsolideret) annulleres, for så vidt som den stadfæster ACER's afgørelse nr. 30/2020 af 30. november 2020 vedrørende forslaget fra eltransmissionssystemoperatørerne i den region, der omfatter Belgien, Den Tjekkiske Republik, Tyskland, Frankrig, Kroatien, Luxembourg, Ungarn, Nederlandene, Østrig, Polen, Rumænien, Slovenien og Slovakiet med henblik på beregning af kapaciteten benævnt »CORE«, vedrørende metoden til fordeling af udgifterne til belastningsomfordeling og modkøb og afslår sagsøgerens klage i nævnte sag.

2) ACER bærer sine egne omkostninger og betaler de omkostninger, der er afholdt af Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (BNetzA).

3) Forbundsrepublikken Tyskland bærer sine egne omkostninger.

Schalin Škvařilová-Pelzl Nõmm

Steinfatt Kukovec

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 25. september 2024.

Underskrifter