

## II. KOMENTARZE, OPINIE, POLEMIKI

MARIUSZ SWORA\*

### Kilka uwag na temat zasad działania Komisji Odwoławczej Agencji ds. Współpracy Organów Regulacji Energetyki

#### Wprowadzenie

Zarówno wyroki dotyczące skarg na decyzje komisji odwoławczych europejskich agencji regulacyjnych, jak i same rady odwoławcze nie były przedmiotem odrębnych opracowań w krajowej literaturze prawniczej, choć literatura zagraniczna poświęca tego typu orzeczeniom i samym organom już więcej miejsca<sup>1</sup>. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) w sprawie T-735/18 *Aquind v. Agency for the Cooperation of Energy Regulators / Agencja ds. Współpracy Organów Regulacji Energetyki (ACER)*<sup>2</sup> jest właśnie tego typu orzeczeniem, w którym zaskarżona została decyzja Komisji Odwoławczej (Board of Appeal<sup>3</sup>) Agencji ds. Współpracy Organów Regulacji Energetyki. Nie jest intencją autora polemika z przywołanym orzeczeniem, ale – co podkreśla literatura przedmiotu – nie sposób jego treści pominąć, pragnąc sformułować uwagi i wnioski dotyczące przyszłego funkcjonowania Komisji Odwoławczej ACER.

---

\* Mariusz Swora, dr hab., <https://orcid.org/0000-0003-3119-6192>.

<sup>1</sup> Zob. w szczególności: *Boards of Appeal of EU Agencies: Towards Judicialization of Administrative Review?*, pod red. M. Chamon, A. Volpato, M. Eliantonio, Oxford University Press 2022 oraz wykaz piśmiennictwa we wprowadzeniu na s. 5 i n.

<sup>2</sup> Dalej też „Agencja”.

<sup>3</sup> Dalej „BoA” lub „Komisja Odwoławcza”.

Komisja Odwoławcza ACER, podobnie jak komisje odwoławcze innych agencji Unii Europejskiej (UE), jest z pewnością interesującym przedmiotem badawczym z punktu widzenia proceduralnego, ustrojowego oraz materialnoprawnego. Przy jej analizie należy zachować jednak ostrożność i unikać pokusy prostego przenoszenia wzorców ukształtowanych w procedurach krajowych państw członkowskich. Z podobną rozważą należy podchodzić do porównań pomiędzy komisjami odwoławczymi różnych agencji. Wyzwaniem dla doktryny jest także z pewnością hybrydowy charakter tych organów, które łączą w sobie cechy charakterystyczne dla orzekania administracyjnego z takimi, które zwykło się przypisywać procedurom sądowym. Analizując komisje odwoławcze pod względem proceduralnym i ustrojowym, łatwo zresztą znaleźć pewne odniesienia do szeroko opisywanych dylematów związanych z funkcjonowaniem trybunałów administracyjnych<sup>4</sup>. Należy przede wszystkim, właśnie ku modelowi trybunałów zdaje się zmierzać ewolucja omawianych komisji. Organy tego typu, powołane w każdej agencji posiadającej uprawnienia decyzyjne w UE i funkcjonujące w niektórych państwach członkowskich, nie przyjęły się jednak szerzej w Polsce. W Unii występują jako organy wewnętrzne w wyspecjalizowanych agencjach, natomiast w Europie można spotkać ciekawe przykłady zewnętrznych, wyspecjalizowanych komisji odwoławczych (np. duński Nævnenes Hus).

## 1. Usytuowanie ustrojowe Komisji Odwoławczej

Komisja Odwoławcza ACER działa jako organ odwoławczy usytuowany wewnątrz Agencji, powołany na mocy – uchylonego już – rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 713/2009 z dnia 13 lipca 2009 r. ustanawiającego Agencję ds. Współpracy Organów Regulacji Energetyki<sup>5</sup>, w oparciu o przepisy nowego rozporządzenia oraz przepisy wewnętrzne (m.in. umowę administracyjną, zasady, procedury).

Komisja należy do kategorii organów odwoławczych, które określa się niekiedy podzbiorem europejskiego sądownictwa, choć ich status administracyjny lub quasi-sądowy jest przedmiotem sporów. Niektóre z nich charakteryzują się bardzo dużym obciążeniem, inne mniejszym,

<sup>4</sup> Z. Kmiecik, *Samorządowe kolegia odwoławcze a formuła instancyjności postępowania administracyjnego (na tle prawnoporównawczym)*, „Samorząd Terytorialny” 2015, nr 6, s. 57 i n.

<sup>5</sup> Dz. Urz. UE 2009, L 211/1, dalej „rozp. 713/2009”.

jeżeli chodzi o liczbę rozpatrywanych spraw. BoA ACER jest komisją, która w pierwszej kadencji nie była szczególnie aktywna – rozstrzygała właściwie dwie sprawy na podstawie kryteriów proceduralnych, a dopiero intensyfikacja procesu integracji rynków energii i wdrażanie kodeksów sieciowych w latach 2016–2021 spowodowały znaczące zwiększenie liczby sporów pomiędzy ACER a uczestnikami rynku<sup>6</sup>. W zasadzie każda z decyzji BoA była wtedy przedmiotem zaskarżenia do TSUE, co zaskutkowało kilkoma interesującymi orzeczeniami tego sądu. W orzecznictwie tym, oprócz kwestii kompetencji i zakresu władzy dyskrecjonalnej ACER, znalazło się szereg istotnych wątków odnoszących się do samego BoA.

*De lege lata*, ustrój i funkcjonowanie BoA reguluje rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/942 z dnia 5 czerwca 2019 r. ustanawiające Agencję Unii Europejskiej ds. Współpracy Organów Regulacji Energetyki<sup>7</sup>, które poświęca funkcjonowaniu Komisji zaledwie cztery przepisy. Motyw (34) rozp. 2019/942 w następujący sposób tłumaczy decyzję o powołaniu BoA: „W przypadku gdy ACER przysługują uprawnienia decyzyjne, z uwagi na szybkość postępowania zainteresowane strony powinny mieć prawo odwołania się do Komisji Odwoławczej, która powinna stanowić część ACER, zachowując jednak niezależność od jego struktury administracyjnej i regulacyjnej. Aby zagwarantować funkcjonowanie i pełną niezależność Komisji Odwoławczej, powinna ona dysponować odrębną linią budżetową w budżecie ACER. Mając na uwadze zachowanie ciągłości działań, powoływanie lub odnawianie kadencji członków Komisji Odwoławczej powinno dopuszczać częściową wymianę jej członków. Od decyzji Komisji Odwoławczej przysługuje odwołanie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej”. BoA ma być więc przede wszystkim organem wewnętrznym ACER, któremu przyznany jest przymiot niezależności w sferze regulacyjnej (orzeczniczej) oraz administracyjnej, której istotną gwarancją jest odrębność budżetu w ramach ogólnego budżetu ACER. Innymi słowy, Komisja ma charakteryzować się niezależnością wewnętrzną (*vis a vis* wszystkich organów ACER) i zewnętrzną (w szczególności wobec krajowych organów regulacyjnych i operatorów systemów przesyłowych).

<sup>6</sup> C. Tovo, *The Boards of Appeal of Networked Services: Specialized Arbitrators of Transnational Regulatory Conflicts*, w: *Boards of Appeal of EU Agencies: Towards Judicialization of Administrative Review?*, pod red. M. Chamon, A. Volpato, M. Eliantonio, Oxford University Press 2022, s. 45.

<sup>7</sup> Dz. Urz. UE 2019, L 158/22, dalej „rozp. 2019/942”.

BoA nie może korzystać z zasobów merytorycznych ACER, na przykład w celu pozyskiwania analiz technicznych czy ekonomicznych. Pomiedzy członkami komisji a kierownictwem nie ma relacji podległości, BoA ma bowiem swoje odrębne kierownictwo. Jej niezależność mają również gwarantować kryteria kooptyacyjne, o których będzie jeszcze mowa w niniejszym opracowaniu. Interesujące jest przy tym, że relacje pomiędzy ACER a BoA normuje umowa administracyjna. Zgodnie z przytoczonym motywem BoA można więc skategoryzować jako wewnętrzny organ ACER, choć niezależny i dysponujący własnymi kompetencjami decyzyjnymi. Zgodnie z przesłaniem preambuły powołanie Komisji miało na celu zapewnienie szybkości postępowania, co z natury rzeczy powinno przekładać się również na specyfikę orzekania i głębokość badania spraw przez BoA.

## 2. Spór o głębokość i zakres orzekania Komisji

Wynikające z preambuły ukierunkowanie na ekonomikę postępowania, można było uznać za ważną dyrektywę kierunkową dotyczącą głębokości i zakresu orzekania Komisji, zwłaszcza w trakcie obowiązywania rozp. 713/2009, które dawało BoA dwa miesiące na rozstrzygnięcie w bardzo złożonych sprawach regulacyjnych, podczas gdy obecnie obowiązujące rozp. 2019/942 przewiduje już termin czteromiesięczny. Dodatkowo, przeciwko tezie zakładającej powierzenie Komisji Odwoławczej badania w pełnym zakresie przemawiał fakt, że organ składający się z członków niepowiązanych zawodowo z Komisją (jedyną więzią był akt powołania) nie posiadał również żadnego rozbudowanego aparatu wykonawczego, który mógłby służyć na przykład do sporządzania pogłębionych analiz techniczno-ekonomicznych na jej rzecz. Zarówno budżet BoA, jak również czas przeznaczony na rozpoznanie sprawy nie pozwalały na skorzystanie z ekspertów zewnętrznych, a przynajmniej bardzo to utrudniały.

Cała procedura postępowania przed BoA została pomyślana jako kontrydiktoryjna, co oznacza również, że organ jest zobowiązany do badania pism i wniosków stron oraz przeprowadzenia rozprawy administracyjnej, jeżeli taki wniosek został złożony, co właściwie w praktyce było regułą. Organ musi zagwarantować przecież stronom prawo do obrony, co było zresztą i jest czynione w sposób profesjonalny, biorąc pod uwagę fakt, że sprawy rozstrzygane przez BoA niosą ze sobą

znaczące konsekwencje finansowe dla przedsiębiorstw energetycznych, reprezentowanych przez profesjonalnych pełnomocników. Nie można jednak dać się zwieść zrębowości procedury przed BoA, zapisanej w rozporządzeniu ustrojowym i regulaminie. Poszerzanie praw proceduralnych stron było już widoczne w praktyce BoA, a kontynuację takiego kierunku można zaobserwować choćby po niedawnym, ważnym orzeczeniu w sprawie *Qualcomm v. Komisja Europejska*<sup>8</sup>. Choć to wyrok dotyczący innej procedury i zasad postępowania innego organu, pokazuje on tendencję, która w przyszłości może mieć wpływ również na postępowania przed komisjami odwoławczymi.

Kwestie dotyczące długości procedury i ograniczonych zasobów w swoisty sposób zinterpretował TSUE, stwierdzając w sprawie *Aquind v. ACER*, że dwumiesięczny termin jest wystarczający na dogłębne zbadanie sprawy i w sposób niejednoznaczny odnosząc się również do tematu zasobów BoA. W tym drugim aspekcie sąd uznał, że być może jest to problem, ale *de facto* powinien być rozwiązany przez ACER. W kontekście takiego podejścia TSUE można zadać pytanie, jakimi w takim razie względami kierował się ustawodawca w nowym rozp. 2019/942, wydłużając termin na rozpatrzenie sprawy z dwóch do czterech miesięcy? Można postawić tutaj tezę, że termin dwumiesięczny, bardzo krótki biorąc pod uwagę złożoność rozpatrywanych spraw i konieczność zapewnienia czynnego udziału stronom i interwenientom w postępowaniach, był jednak – wbrew opinii sądu – skorelowany z założeniem ograniczonego badania przez BoA. Trudno to jednak jednoznacznie przesądzić w obliczu skąpych przesłanek unormowanych w rozporządzeniu. Te które zostały w nim zapisane, wskazywały raczej na ekonomikę postępowania jako cel ustawodawcy, determinujący charakter orzekania BoA.

W samym rozp. 2019/942 brak jest bliższych wskazówek dotyczących standardu orzeczniczego, który miałyby stosować Komisja, brak też jest unormowań bardziej ogólnych, które pozwalałyby cokolwiek w tej sprawie wnioskować. Cały czas cieniem kładzie się tutaj brak europejskiego kodeksu postępowania administracyjnego, który normowałby m.in. szczegółowe zasady postępowania przed agencjami i komisjami odwoławczymi, choć sam postulat przyjęcia takiego kodeksu jest formułowany od przynajmniej dwóch dekad<sup>9</sup>. W efekcie nadal mamy

<sup>8</sup> Wyrok TSUE z 15 IV 2022 r., ECLI:EU:T:2022:358.

<sup>9</sup> M. Swora, *Aktualne tendencje w zakresie tworzenia agencji w Unii Europejskiej – administracja europejska in statu nascendi*, Warszawa 2006, s. 17.

do czynienia z występowaniem negatywnego zjawiska fragmentacji uregulowań postępowania administracyjnego, prowadzącego do braku przejrzystości, zrozumienia i zaufania do administracyjnych i regulacyjnych procedur UE oraz ich wyniku<sup>10</sup>. W konsekwencji komisje odwoławcze pozostawione są same sobie, jeżeli chodzi o doprecyzowanie tak istotnych kwestii jak standard orzeczniczy, i kierują się jedynie ogólnymi wytycznymi wynikającymi z rozporządzeń ustrojowych, normami traktatowymi czy orzecznictwem TSUE. Jeżeli chodzi o kwestie proceduralne, to są one normowane w wewnętrznych procedurach samodzielnie ustanawianych przez BoA. W decyzji Komisji Odwoławczej ACER nr 12011 przyjętej na podstawie art. 25(3) rozp. 713/2009, wydanej w dniu 1 grudnia 2011 r., ustanawiającej zasady organizacji i postępowania komisji odwoławczej, w art. 8 ust. 1 lit. e) czytamy jedynie, że odwołanie musi zawierać zarzuty prawne oparte na argumentach faktycznych i prawnych. Odpowiedzi na temat standardu orzeczniczego próżno szukać również w art. 28 rozp. 2019/942. Z art. 28 ust. 5 wynika jedynie, że Komisja Odwoławcza może utrzymać decyzję agencji lub przekazać sprawę właściwemu organowi ACER. Treść tego przepisu zawęża w istocie kompetencje BoA w stosunku do art. 19 ust. 5 rozp. 713/2009, który stanowił, że „Komisja odwoławcza może, zgodnie z niniejszym artykułem, wykonywać wszelkie uprawnienia, które wchodzą w zakres kompetencji Agencji, lub przekazać sprawę do rozstrzygnięcia właściwemu organowi Agencji. Decyzja komisji odwoławczej jest dla niego wiążąca”. Paradoksalnie więc, w nowym rozp. 2019/942 zwiększeniu czasu przyznanego na rozpatrzenie decyzji przez BoA towarzyszyło ograniczenie kompetencji do wydawania przez ten organ orzeczeń o charakterze reformatoryjnym. Jest to rozwiązanie, które można uznać za sprzeczne z przesłaniem omawianego wyroku.

W sprawie *Aquind v. ACER* TSUE podszedł do standardu orzeczniczego stosowanego przez BoA w sposób pryncypialny, negując koncepcję kontroli ograniczonej komisji odwoławczej i stwierdzając m.in. „[...] w przeciwieństwie do sądu Unii, komisja odwoławcza jest właściwa, w ramach kontroli celowości, do uchylenia lub zastąpienia decyzji agencji wyłącznie ze względów technicznych i ekonomicznych”. Tak więc, w praktyce orzekanie BoA ACER może zdaniem Sądu wykraczać

<sup>10</sup> D.R., Kijowski, *Idea i założenia modelu kodeksu postępowania administracyjnego Unii Europejskiej Grupy ReNEUAL a perspektywy zmian w polskich procedurach administracyjnych*, w: *Kodeks postępowania administracji Unii Europejskiej*, pod red. J. Supernata, B. Kowalczyk, Warszawa 2017, s. 32.

poza kryterium legalności, czy tym bardziej legalności kwalifikowanej (rażące naruszenie prawa). Wizja Sądu była tu więc taka, że – wbrew deklarowanemu w rozporządzeniu podporządkowaniu zasadzie ekonomiki procesowej – BoA miała dublować agencję w jej kompetencjach, dodatkowo gwarantując dogłębne merytoryczne rozpatrzenie racji strony. W praktyce zresztą, jeżeli spojrzymy na obszerność i głębokość orzekania BoA, a jej miarą uczynimy uzasadnienia decyzji (co sugeruje zresztą literatura przedmiotu), to BoA (pomimo ostrożności w deklaracjach) stosowała wysoki standard orzecznicy, wypełniający faktycznie wymogi postawione przez Sąd w *Aquind v. ACER*<sup>11</sup>. Deklaracja BoA mogła być uwarunkowana różnymi czynnikami, na przykład zastosowaniem swoistej zasady samoograniczenia w stosunku do ACER, czy też sprowokowaniem do wypowiedzi Sądu w obliczu niedoskonałości regulacji.

W sprawie *Aquind v. ACER* TSUE zanegował podejście BoA odnośnie do zadeklarowanego formalnie przez tenże organ kryterium ograniczonej kontroli, nie wnikając zbyt w to, jak głęboko Komisja orzekała w rzeczywistości, z wyjątkiem jedynie jednego aspektu sprawy, który sąd uznał za niespełniający przyjętego przezeń kryterium, który jego zdaniem wymagał zresztą przeprowadzenia złożonych analiz o charakterze technicznym i ekonomicznym<sup>12</sup>. W literaturze prawniczej błędnie uznaje się przy tym, że „pogłębienie” orzekania BoA miało miejsce dopiero w konsekwencji wyroku w sprawie *Aquind vs. ACER*, uznając jednocześnie, że wzrastająca liczba spraw, połączona ze złożonym naukowo-merytorycznym ich charakterem, w obliczu napiętych prawnych terminów orzekania, powinna skłaniać do przemyślenia kwestii wzmocnienia tychże organów<sup>13</sup>. Z drugiej strony, komentując omawiany wyrok, podnosi się też, że wzrastająca liczba spraw spornych na europejskim rynku energii w połączeniu z wymogiem dogłębności orzekania, może w efekcie doprowadzić do ograniczenia prawa do dostępu

<sup>11</sup> M. Krajewski, *Judicial and Extra-Judicial Review: The Quest for Epistemic Certainty*, „iCourts Working Paper Series” 2020, no. 226, s. 36.

<sup>12</sup> Cyt.: „Dokładniej rzecz ujmując, Sąd stwierdza, że w ramach analizy kwestii dotyczących ryzyka w rozumieniu art. 17 ust. 1 lit. b) rozporządzenia nr 714/2009, podniesionych przez skarżącą w szczególności w pkt 129–156 i 158–172 jej odwołania do komisji odwoławczej i przywołanych również podczas przesłuchania ekspertów przed tą komisją, przeprowadziła ona w pkt 70–74 i 94–98 swojej decyzji jedynie ograniczoną kontrolę decyzji agencji co do tych kwestii wymagających złożonych analiz o charakterze technicznym i ekonomicznym”.

<sup>13</sup> C. Tovo, op.cit., s. 81.

do wymiaru sprawiedliwości jako prawa podstawowego<sup>14</sup>. Głębokość orzekania jest kwestią dalece ocenną i trudno przyjąć, że zarzut ten sam w sobie, bez dogłębnej analizy merytorycznej i wykazania konkretnych niedostatków w rozumowaniu organu, może być zarzutem wystarczającym dla podważania konkretnej decyzji, jedynie opierając się na krytyce deklaracji organu.

Choć w wyroku *Aquind v. ACER* znalazło się wiele istotnych poglądów dotyczących koncepcji komisji odwoławczych, nie kończy on z pewnością dyskusji na temat charakteru tego typu organów. Nadal pozostają one prawnym eksperymentem, którego ostateczny kształt wykuwa się w praktyce<sup>15</sup>. Jeżeli nawet uznać, że Komisja Odwoławcza miałaby – podobnie jak inne tego typu organy – stanowić dodatkową instancję pierwszostopniową, zapewniającą stronie dogłębne badanie merytoryczne sprawy, powinno za tym pójść jej wzmocnienie instytucjonalne oraz zmiany w przepisach ustrojowych, które w jasny sposób by taką intencję ucieleśniały.

### 3. Skład Komisji Odwoławczej

Interesującą wskazówką orzekania BoA ACER, która została również poddana analizie w sprawie *Aquind v. ACER*, jest skład organu – ma być on dobierany z uwzględnieniem kryterium fachowości, które jest zresztą charakterystyczne dla organów regulacyjnych<sup>16</sup>. Odwołując się do art. 18 ust. 1 rozp. 713/2009, Sąd stwierdził, że BoA „składa się z sześciu członków i sześciu zastępców wybranych spośród aktualnego lub byłego wyższego rangą personelu krajowych organów regulacyjnych, organów ochrony konkurencji lub innych instytucji krajowych lub wspólnotowych, którzy posiadają odpowiednie doświadczenie w sektorze energetycznym”. Sąd przyjął tutaj, przywołując jeszcze przykład rady odwoławczej ECHA, że „zamiarem prawodawcy było wyposażenie zarówno Rady Odwoławczej ECHA, jak i komisji odwoławczej ACER w wiedzę ekspercką konieczną do tego, by mogły one samodzielnie przeprowadzać oceny dotyczące złożonych okoliczności faktycznych o charakterze naukowym, technicznym i ekonomicznym”. W przypadku rozpatrywania spraw z zakresu regulacji energetyki istotne jest zapewnienie

<sup>14</sup> A. Johnston, H. Bjørnebye, *EU Energy Law and Fundamental Rights*, MarLus 2021, no. 551, s. 154–155.

<sup>15</sup> M. Krajewski, op. cit., s. 11.

<sup>16</sup> M. Swora, *Niezależne organy administracji*, Warszawa 2012, s. 109 i n.



wiedzy eksperckiej z trzech różnych dziedzin, a mianowicie wiedzy ekonomiczno-rynkowej, technicznej i prawnej. Doświadczeni regulatywiści mogą – a nawet powinni – posiadać, w mniejszym lub większym stopniu, wiedzę składającą się na wspomnianą „triadę regulacyjną”. Wspomniane kryteria doboru, oczywiście nie wymagają, aby kandydaci legitymowali się udokumentowanym wykształceniem w każdej z tych trzech dziedzin, ale pozwalają mieć nadzieję, że w ramach kooptacji ukształtuje się skład organu mający charakter multidyscyplinary, co umożliwi wszechstronne zbadanie sprawy. Kryterium doboru członków Komisji nie oznacza jednak, że jedynie ich wiedza i doświadczenie wystarczają do rozpatrzenia złożonych spraw regulacyjnych. Jeżeli weźmiemy na poważnie wymagania dogłębności orzekania, członkowie BoA powinni – zgodnie z maksymą E.S. Savasa – raczej sterować, a nie wiosłować, czyli decydować na podstawie zgromadzonego materiału, który może pochodzić od stron i interwenientów, z zasobów wewnętrznych lub od biegłych, a nie z ich własnych analiz, sporządzanych na potrzeby sprawy. Wiedza i doświadczenie jest tutaj dodatkową, ważną gwarancją profesjonalnego rozpatrzenia sprawy.

#### 4. Akty będące przedmiotem zaskarżenia

W sprawie *Aquind v. ACER* przedmiotem zaskarżenia była decyzja wydana przez ACER – regulatorzy francuski i brytyjski nie byli w stanie osiągnąć porozumienia w przedmiocie wniosku o zwolnienie dla nowej infrastruktury elektroenergetycznej i przekazali wniosek Agencji, zgodnie z art. 17 ust. 5 rozporządzenia nr 714/2009, aby to ona podjęła decyzję<sup>17</sup>. Generalnie ACER ma, w konsekwencji zastosowania doktryny *Meroni*, kompetencje do wydawania decyzji w kwestiach technicznych, w ściśle określonych prawem przypadkach i nie może swojej władzy rozszerzać w drodze domniemania kompetencji<sup>18</sup>.

Zgodnie z treścią art. 28 ust. 1 rozp. 2019/942 „Każda osoba fizyczna lub prawna, w tym organy regulacyjne, może odwołać się od decyzji,

---

<sup>17</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 714/2009 z dnia 13 VII 2009 r. w sprawie warunków dostępu do sieci w odniesieniu do transgranicznej wymiany energii elektrycznej i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1228/2003 (Dz.U. UE 2009, L 211, s. 15).

<sup>18</sup> O.A. Stefan, M. Petri, *Too Weak to Be Controlled: Judicial Review of ACER Soft Law*, „Yearbook of European Law” 2018, vol. 37, s. 525–550, <https://doi.org/10.1093/yel/yey009>.

o której mowa w art. 2 lit. d), która jest do niej skierowana, lub od decyzji, która mimo że jest decyzją skierowaną do innej osoby dotyczy jej bezpośrednio i indywidualnie". Analiza przywołanego artykułu wskazuje wyraźnie, że przedmiotem zaskarżenia mogą być wydawane przez Agencję, enumeratywnie wyliczone decyzje indywidualne. Nie mieści się w kompetencjach BoA orzekanie w odniesieniu do aktów typu *soft law*, takich jak opinie, zalecenia czy wytyczne ramowe. BoA ACER nie jest przy tym skłonna do rozszerzania zakresu swoich kompetencji, czemu dała wyraz w decyzji dotyczącej not obciążeniowych<sup>19</sup>, sprzeciwiając się wykładni rozszerzającej art. 2 lit. d) i włączaniu do katalogu decyzji podlegających zaskarżeniu aktów tam niewymienionych przez wzgląd na zasady ekonomiki procesowej oraz odmawiając tego typu aktom przymiotu decyzji indywidualnych<sup>20</sup>. Jakkolwiek nie wynika to wyraźnie z treści przytoczonych przepisów, można przyjąć – na podstawie art. 29 rozp. 2019/942, że skargę można wnieść również w sytuacji niewydania przez Agencję decyzji w wyznaczonym czasie.

## 5. BoA ACER – niewykorzystana funkcja mediatora

Rozstrzygnięcie sporów przez BoA ACER sprowadza się do podejmowania decyzji w ramach określonych przez rozp. 2019/942, scharakteryzowanych już w poprzedniej części niniejszego opracowania. Zarówno jednak rozporządzenie ustrojowe, jak i regulamin pomijają niestety rozpoznawane powszechnie korzyści płynące z zastosowania

<sup>19</sup> Decyzja BoA ACER z 31 V 2021 r., sygn. A-008-2021 w sprawie *vp Energieportfolio UG (haftungsbeschränkt) v. ACER*.

<sup>20</sup> Cyt.: „[...] należy wyjaśnić, że Komisja Odwoławcza nie może podejmować decyzji bez podstawy prawnej przyznającej jej do tego kompetencje. Artykuł 28 ust. 1 rozporządzenia ACER jest *lex specialis* i należy go tak interpretować. Ogranicza zarówno kompetencje Komisji Odwoławczej, jak i prawa adresatów decyzji do skorzystania z procedury odwoławczej przed Komisją Odwoławczą w sprawach odwoławczych dotyczących decyzji indywidualnych wymienionych w art. 2 lit. d) rozporządzenia w sprawie ACER. Artykuł 28 ust. 1 nie można interpretować w sposób, który stwarza prawo do odwołania się do Komisji Odwoławczej od decyzji innych niż wymienione w art. 2 lit. d). Nie można tego odczytywać w taki sposób, że jakkolwiek decyzja przyjęta przez ACER podlega procedurze tam ustalonej. Komisję Odwoławczą powołano do rozpatrywania odwołań od niektórych, określonych rodzajów decyzji ACER określonych w art. 2 lit. d), w przypadku których za korzystne uznano jej powołanie”.

alternatywnych metod rozstrzygnięcia sporów<sup>21</sup>, nie nakładają też żadnych wymagań w zakresie dążenia do polubownego rozstrzygnięcia. Taki stan rzeczy ogranicza w znaczący sposób rolę BoA i zaprzecza jednocześnie zadeklarowanej w rozporządzeniu zasadzie ekonomiki procesowej. Teoretycznie można byłoby rozpatrywać możliwość osiągnięcia jakiegoś rodzaju konsensu w przypadku orzeczeń reformatoryjnych Komisji, które jednak zostały w zasadzie wyłączone w konsekwencji wejścia w życie rozp. 2019/942. Pewne możliwości zdają się stwarzać jedynie nieformalne porozumienia pomiędzy Komisją a stronami. Wola ugody nie była wprawdzie podstawą decyzji w sprawie *ENTSO-E v. ACER*, w której postanowiono, że nie ma potrzeby wydawania decyzji przez BoA, wskutek anulowania zaskarżonej przez ACER, ale takie rozstrzygnięcie, w innym stanie faktycznym, mogłoby być – przynajmniej teoretycznie – wynikiem mediacji pomiędzy stronami sporu<sup>22</sup>. Tego typu rozwiązanie można ewentualnie rozpatrywać wyjątkowo i w żaden sposób nie rozwiązuje ono problemu braku systemowych rozwiązań w zakresie alternatywnego rozstrzygnięcia sporów przed Komisją.

## Podsumowanie

Komisja Odwoławcza ACER, podobnie jak inne tego typu komisje usytuowane w agencjach UE, jest z pewnością interesującym przedmiotem badawczym z punktu widzenia ustrojowego, proceduralnego i materialnoprawnego. Problem w tym, że administrację, której częścią są tego typu komisje, tworzoną w Unii Europejskiej od kilkudziesięciu lat, nadal można określić jedynie w kategoriach *in statu nascendi*. Podstawowym wyzwaniem jest tutaj nadal brak jednolitych i przejrzystych reguł, które byłyby ujęte w europejskim kodeksie postępowania administracyjnego, co należy ocenić krytycznie z punktu widzenia zasady praworządności. Analizowany przykład BoA ACER, której ustroj i zasady postępowania są ujęte w czterech artykułach rozporządzenia unijnego i wewnętrznym regulaminie, doskonale obrazuje tak postawioną tezę. Nie powinno być tak, że reguły proceduralne wykuwane są dopiero w orzecznictwie TSUE, ponieważ nie gwarantuje to stronom właściwej ochrony, a przede

<sup>21</sup> A. Skoczylas, M. Swora, *Administrative Judiciary in Poland in Search for Fairness and Efficiency – an Overview*, „Transylvanian Review of Administrative Sciences” 2007, no. 19 E, s. 123.

<sup>22</sup> Decyzja BoA ACER z 8 XII 2021 r., sygn. A-012-2021.

wszystkim nie dostarcza wystarczającej informacji o tym, czego mogą oczekiwać w postępowaniu przed organem.

Jeżeli chodzi o głębokość i zakres orzekania przez Komisję Odwoławczą ACER, to sprawa – mimo wyroku TSUE – jest nadal dyskusyjna. W modelu dogłębnej kontroli Komisja mogłaby swoim orzecznictwem odciążyć TSUE w zakresie analizy merytorycznej rozpatrywanych spraw, jednak aby właściwie mogła pełnić tak określoną funkcję, konieczne byłoby w pierwszej kolejności jej wzmocnienie instytucjonalne. Model kontroli ograniczonej ma też swoje uzasadnienie, jeżeli nacisk zostanie położony przede wszystkim na ekonomikę procesową. W dyskusji w doktrynie i w orzecznictwie więcej wskazuje się na to, że docelowo zostanie wybrane pierwsze rozwiązanie.

Obecnie trudno nie zgodzić się z poglądem, że komisje odwoławcze są nadal eksperymentem, wymagającym niezbędnych reform, aby ich potencjał mógł być właściwie i w pełni wykorzystywany. Z wyrokiem w sprawie *Aquind v. ACER* można się zgadzać bądź nie, ale z pewnością jest on najważniejszym głosem judykatury w dyskusji na temat przyszłości tego typu organów.

## **SOME REMARKS ON THE FUNCTIONING OF THE BOARD OF APPEAL OF THE EU AGENCY FOR THE COOPERATION OF ENERGY REGULATORS**

### **Summary**

The Board of Appeal (BoA) of the Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER) belongs to the category of appeal bodies hearing appeals against the decisions of EU administrative agencies. ACER BoA acts on the basis of legal framework dedicated to the Agency, while the rules of conduct before the Board are regulated by internal rules of procedure. These regulations are practically the only legal acts regulating the procedure before the BoA, as the EU has not adopted a single administrative code that would regulate the procedure before such bodies, inter alia. The BoA is a specialised body responsible for adjudicating complex cases in the field of the EU common energy market related to the implementation of European network codes. The CJEU (General Court) sought to dispel any doubts concerning the rules of adjudication of the BoA in the *ACER v. Aquind* judgment by expressing a number of views on the scope and standard of adjudication, but even in the light of this judgment, a number of matters remain unclear. Consequently, it is all the more urgent to adopt a clear procedural and systemic framework governing the functioning of the BoA.

**Keywords:** Board of Appeal – administrative procedure – energy law – ACER

## LITERATURA

- Boards of Appeal of EU Agencies: Towards Judicialization of Administrative Review?*, pod red. M. Chamon, A. Volpato, M. Eliantonio, Oxford University Press 2022.
- Johnston A., Bjørnebye H., *EU Energy Law and Fundamental Rights*, Marluś 2021, no. 551.
- Kijowski D.R., *Idea i założenia modelu kodeksu postępowania administracyjnego Unii Europejskiej Grupy ReNEUAL a perspektywy zmian w polskich procedurach administracyjnych*, w: *Kodeks postępowania administracji Unii Europejskiej*, pod red. J. Supernata, B. Kowalczyk, Warszawa 2017.
- Kmieciak Z., *Samorządowe kolegia odwoławcze a formuła instancyjności postępowania administracyjnego (na tle prawnoporównawczym)*, „Samorząd Terytorialny” 2015, nr 6.
- Krajewski M., *Judicial and Extra-Judicial Review: The Quest for Epistemic Certainty*, „iCourts Working Paper Series” 2020, no. 226.
- Skoczylas A., Swora M., *Administrative Judiciary in Poland in Search for Fairness and Efficiency – an Overview*, „Transylvanian Review of Administrative Sciences” 2007, no. 19 E.
- Stefan O.A., Petri M., *Too Weak to Be Controlled: Judicial Review of ACER Soft Law*, „Yearbook of European Law” 2018, vol. 37, <https://doi.org/10.1093/yel/yey009>.
- Swora M., *Aktualne tendencje w zakresie tworzenia agencji w Unii Europejskiej – administracja europejska in statu nascendi*, Warszawa 2006.
- Swora M., *Niezależne organy administracji*, Warszawa 2012.
- Tovo C., *The Boards of Appeal of Networked Services: Specialized Arbitrators of Transnational Regulatory Conflicts?*, w: *Boards of Appeal of EU Agencies: Towards Judicialization of Administrative Review?*, pod red. M. Chamon, A. Volpato, M. Eliantonio, Oxford University Press 2022.