



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

M. BOBEK

fremsat den 6. oktober 2021¹

Sag C-348/20 P

Nord Stream 2 AG

mod

Europa-Parlamentet

Rådet for Den Europæiske Union

»Appel – energi – det indre marked for naturgas – direktiv (EU) 2019/692 – anvendelse af direktiv 2009/73/EF på gasledninger til eller fra tredjelande – artikel 263, stk. 4, TEUF – en borgers søgsmålskompetence (*locus standi*) – umiddelbart berørt – individuelt berørt – regler om fremlæggelse af beviser for Unionens retsinstanser – formaliteten vedrørende EU-institutionernes interne dokumenter«

I. Indledning

1. Nord Stream 2 AG (herefter »appellanten«) har anlagt sag til prøvelse af Rettens kendelse², som afviste appellants søgsmål i henhold til artikel 263 TEUF med påstand om annullation af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/692 af 17. april 2019 om ændring af direktiv 2009/73/EF om fælles regler for det indre marked for naturgas (herefter »den anfægtede foranstaltning«)³. Den anfægtede foranstaltning har til formål at sikre, at de regler, som gælder for gastransmissionslinjer, der forbinder to eller flere medlemsstater, ligeledes gælder for gastransmissionslinjer inden for Den Europæiske Union til og fra tredjelande⁴. I den pågældende kendelse anordnede Retten ligeledes, at visse dokumenter, som appellanten havde fremlagt under sagens behandling, skulle udtages af sagsakterne.

2. Den foreliggende appel rejser to vigtige og forskellige spørgsmål af proceduremæssig karakter. Kan – for det første – en enkeltperson være *umiddelbart berørt* – som omhandlet i artikel 263 TEUF – af et direktiv? Hvilke betragtninger bør – for det andet – være vejledende for vurderingen af formaliteten vedrørende skriftlige *beviser*, som parterne har fremlagt i forbindelse med sager for Unionens retsinstanser, navnlig formaliteten vedrørende EU-institutionernes interne dokumenter?

¹ – Originalsprog: engelsk.

² – Kendelse af 20.5.2020, Nord Stream 2 mod Parlamentet og Rådet (T-526/19, EU:T:2020:210) (herefter »den appellerede kendelse«).

³ – EUT 2019, L 117, s. 1.

⁴ – Jf. navnlig tredje betragtning til den anfægtede foranstaltning.

II. Den faktiske og retlige baggrund

3. Den faktiske og retlige baggrund for den foreliggende sag kan sammenfattes som følger.

4. I Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/73/EF af 13. juli 2009 om fælles regler for det indre marked for naturgas og om ophævelse af direktiv 2003/55/EF (herefter »gasdirektivet«)⁵ fastsættes i henhold til dets artikel 1 fælles regler for transmission, distribution, forsyning og oplagring af naturgas. Det fastlægger regler for, hvordan sektoren for naturgas skal organiseres og fungere, hvordan der opnås adgang til markedet, samt hvilke kriterier og procedurer der skal anvendes ved udstedelse af godkendelser til transmission, distribution, forsyning og oplagring af naturgas, samt hvorledes systemerne skal drives.

5. Med henblik på at løse eventuelle interessekonflikter mellem producenter, leverandører og transmissionssystemoperatører og for at skabe incitament til de nødvendige investeringer og ligeledes for at sikre nye markedsdeltagere adgang i et gennemskueligt og effektivt reguleringssystem fastsætter gasdirektivet en adskillelse mellem net på den ene side og produktions- og forsyningsvirksomhed på den anden side⁶. Navnlig fastsætter dette direktivs artikel 9 en forpligtelse til at adskille transmissionssystemer og transmissionssystemoperatører⁷. Endvidere foreskriver gasdirektivet ligeledes, at der indføres en ordning for tredjeparts ikke-diskriminerende adgang til gastransmissions- og distributionssystemer på grundlag af offentliggjorte tariffer (artikel 32), der skal godkendes af de nationale regulerende myndigheder (artikel 41).

6. I henhold til gasdirektivets artikel 36 kan større nye anlæg, herunder sammenkoblingslinjer, på anmodning og på visse betingelser undtages fra nogle af forpligtelserne i dette direktiv for en bestemt periode. For at være omfattet af denne undtagelse skal det bl.a. påvises, at investeringen vil øge konkurrencen i gasforsyningen og øge forsynings sikkerheden, og at risikoen i forbindelse med investeringen er så stor, at investeringen ikke ville finde sted, medmindre en undtagelse blev indrømmet.

7. Appellanten er et schweizisk selskab, hvis eneste aktionær er det offentlige russiske selskab Gazprom. Selskabet står for planlægning, opførelse og drift af gasrørledningen »Nord Stream 2«. Opførelsen af denne gasrørledning blev påbegyndt i 2018 og var ikke færdiggjort på det tidspunkt, hvor den foreliggende appelsag blev anlagt. I lighed med »Nord Stream«-gasrørledningen (nu almindeligvis benævnt »Nord Stream 1« – hvis opførelse blev færdiggjort i 2012 – består »Nord Stream 2«-gasrørledningen af to gasrørledninger, der skal sikre transporten af gas mellem Vyborg (Rusland) og Lubmin (Tyskland).

8. På Europa-Kommissionens forslag af 8. november 2017 vedtog Europa-Parlamentet og Rådet for Den Europæiske Union den anfægtede foranstaltning den 17. april 2019.

9. I henhold til tredje betragtning til den anfægtede foranstaltning tilstræber dette direktiv at tackle hindringer for fuldførelsen af det indre marked for naturgas, som indtil da skyldtes ikkeanvendelsen af Unionens markedsregler på gastransmissionslinjer til og fra tredjelande.

⁵ – EUT 2009, L 211, s. 94.

⁶ – Jf. navnlig sjette til niende betragtning til gasdirektivet.

⁷ – I forbindelse med netværksindustrier anvendes udtrykket »adskillelse« til at betegne adskillelsen af de aktiviteter, der potentielt kan udsættes for konkurrence (såsom produktion og forsyning), og de aktiviteter, hvor konkurrence enten ikke er mulig eller ikke tilladt (såsom transport). Formålet med adskillelsen er at undgå, at operatører af transmissionssystemet opnår en fordel for deres egne forsyningsaktiviteter til ulempe for uafhængige leverandører.

10. I denne henseende bestemmer gasdirektivets artikel 2, nr. 17), som ændret ved den anfægtede foranstaltning, at begrebet »sammenkoblingslinje« ikke alene omfatter »[enhver] transmissionslinje, som krydser en grænse mellem medlemsstater med det formål at forbinde disse medlemsstaters nationale transmissionssystem«, men fremover også »[enhver] transmissionslinje mellem en medlemsstat og et tredjeland op til medlemsstaternes område eller den pågældende medlemsstats søterritorium«.

11. I henhold til gasdirektivets artikel 49a, stk. 1, som indsat ved den anfægtede foranstaltning, kan hvad angår gastransmissionslinjer mellem en medlemsstat og et tredjeland færdiggjort før den 23. maj 2019 den medlemsstat, hvor det første sammenkoblingspunkt for en sådan transmissionslinje med medlemsstaternes net er beliggende, på visse betingelser beslutte at fravige visse bestemmelser i gasdirektivet for de dele af en sådan gastransmissionslinje, der er beliggende på dens område og søterritorium. Sådanne undtagelser er begrænset til op til 20 år, men kan fornyes.

12. Hvad angår gennemførelsen af de ændringer, der blev foretaget af gasdirektivet ved den anfægtede foranstaltning, skal medlemsstaterne, med visse undtagelser, i henhold til direktivets artikel 2 sætte de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme dette direktiv senest den 24. februar 2020, »uden at dette berører eventuelle undtagelser i henhold til [gasdirektivets] artikel 49a«.

III. Sagen for Retten og den appellerede kendelse

13. Ved stævning af 26. juli 2019 anlagde appellanten sag ved Retten i henhold til artikel 263 TEUF med påstand om annullation af den anfægtede foranstaltning.

14. I stævningen gjorde appellanten gældende, at de anførte formål med den anfægtede foranstaltning, nemlig at udvide anvendelsen af gasdirektivets bestemmelser til offshore importørledninger med henblik på at forbedre det indre markeds funktion og samtidig tillade en undtagelse for at beskytte de eksisterende investeringer, reelt ikke er dens egentlige formål. Ifølge appellanten blev den anfægtede foranstaltning vedtaget med henblik på at modvirke og stille udnyttelsen af »Nord Stream 2«-gasrørledningen ringere. Lovligheden af denne foranstaltning var derfor efter appellansens opfattelse behæftet med en tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling, proportionalitetsprincippet og retssikkerhedsprincippet, en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter, magtfordrejning og en mangelfuld begrundelse.

15. Henholdsvis den 10. oktober 2019 og den 11. oktober 2019 rejste Parlamentet og Rådet hver især en formalitetsindsigelse. Appellanten indgav sine bemærkninger til formalitetsindsigelserne den 29. november 2019 og nedlagde påstand om, at behandlingen heraf blev henskudt til afgørelse i forbindelse med sagens realitet, subsidiært, at indsigelserne blev forkastet som ugrundede.

16. Den 11. oktober 2019 nedlagde Rådet i henhold til artikel 130, stk. 2, i Rettens procesreglement (herefter »den særskilte anmodning«) følgende påstande: i) Det bestemmes, at visse dokumenter ikke indgår i sagsakterne, eller for så vidt angår tre af appellanten fremlagte dokumenter at de udtages af sagsakterne, og ii) der ses bort fra alle de passager i stævningen og i bilagene hertil, der henviser til de dokumenter, som Rådet har klassificeret som »Restreint UE/EU Restricted«, der beskriver deres indhold eller nævner dem. De tre dokumenter, som appellanten havde fremlagt, og hvis udtagelse Rådet havde anmodet om, var for det første en udtalelse afgivet

af Rådets Juridiske Tjeneste den 27. september 2017⁸ (herefter »udtalelsen fra Den Juridiske Tjeneste« eller »bilag A.14«), for det andet den af Kommissionen den 9. juni 2017 forelagte henstilling med henblik på Rådets afgørelse om bemyndigelse til at indlede forhandlinger om en aftale mellem Den Europæiske Union og Den Russiske Føderation om driften af »Nord Stream 2«-gasrørledningen (herefter »henstillingen« eller »bilag O.20«) og for det tredje forhandlingsdirektiverne af 12. juni 2017, der er vedlagt som bilag til henstillingen (herefter »forhandlingsdirektiverne«).

17. Den 4. november 2019 indgav appellanten sine bemærkninger til den særskilte anmodning, hvori selskabet nedlagde påstand om, at denne anmodning ikke blev taget til følge.

18. Den 29. november 2019 anmodede appellanten i medfør af artikel 88 i Rettens procesreglement ligeledes Retten om at træffe en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse eller bevisoptagelse, der bestod i at anmode de sagsøgte om at fremlægge visse dokumenter, som Rådet var i besiddelse af (herefter »anmodningen om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse«). Denne anmodning vedrørte fremlæggelsen af *uredigerede* udgaver af disse dokumenter, eftersom Rådet allerede havde stillet en redigeret udgave heraf til rådighed på grundlag af en begæring om aktindsigt i henhold til forordning (EF) nr. 1049/2001⁹ fra en ansat hos appellanten. I denne forbindelse vedlagde appellanten anmodningen to uredigerede versioner af de ønskede dokumenter, som selskabet tidligere havde modtaget, nemlig visse bemærkninger fra den tyske regering vedrørende forslaget til den anfægtede foranstaltning (herefter »de uredigerede tyske dokumenter« eller »bilag M.26 og M.30«).

19. Den 17. januar 2020 indgav Parlamentet og Rådet deres bemærkninger til anmodningen om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse. Rådet anmodede bl.a. om, at bilag M.26 og M.30 blev udtaget af sagsakterne.

20. Den 20. maj 2020 afsagde Retten den appellerede kendelse. Den appellerede kendelses konklusion har følgende ordlyd:

- »1) De dokumenter, som Nord Stream 2 AG har fremlagt som bilag A. 14 og O. 20, udtages af sagsakterne, og der skal ikke tages hensyn til de passager i stævningen og i bilagene, hvori der er gengivet uddrag af disse dokumenter.
- 2) Den særskilte anmodning fra Rådet for Den Europæiske Union tages ikke til følge.
- 3) Dokumenterne, som Nord Stream 2 har fremlagt som bilag M. 26 og M. 30, udtages af sagsakterne.
- 4) Søgsmålet afvises.
- 5) Det er uforholdsmæssigt at træffe afgørelse om anmodningerne om intervention fra Republikken Estland, Republikken Letland, Republikken Litauen, Republikken Polen og Europa-Kommissionen.

⁸ – Denne udtalelse har overskriften »Recommendation for a Council decision authorising the opening of negotiations on an agreement between the European Union and the Russian Federation on the operation of the Nord Stream 2 pipeline – Allocation of competences and related legal issues«.

⁹ – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 30.5.2001 om aktindsigt i Europa-Parlamentets, Rådets og Kommissionens dokumenter (EFT 2001, L 145, s. 43).

- 6) Nord Stream 2 betaler Europa-Parlamentets og Rådets omkostninger med undtagelse af omkostningerne vedrørende anmodningerne om intervention.
- 7) Nord Stream 2, Parlamentet og Rådet samt Republikken Estland, Republikken Letland, Republikken Litauen, Republikken Polen og Kommissionen bærer hver deres egne omkostninger i forbindelse med anmodningerne om intervention.«

IV. Sagens behandling for Domstolen

21. I appel iværksat ved Domstolen den 28. juli 2020 har appellanten nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede kendelse, navnlig punkt 1, 3, 4 og 6 i konklusionen, ophæves.
- Såfremt Domstolen finder, at sagens status gør dette muligt, forkastes formalitetsindsigelsen, det fastslås, at søgsmålet kan antages til realitetsbehandling, og sagen hjemvises til Retten med henblik på realitetsbehandling, eller, subsidiært, det fastslås, at appellanten er umiddelbart berørt af den anfægtede foranstaltning, og sagen hjemvises til Retten med henblik på en bedømmelse af, om appellanten er individuelt berørt, eller den henskydes til afgørelsen af realiteten.
- Rådet og Parlamentet tilpligtes at betale appellants omkostninger, herunder sagsomkostningerne ved Retten.

22. Rådet og Parlamentet (herefter »de sagsøgte«) har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at appellanten tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

23. Den estiske, den lettiske og den polske regering (herefter »intervenienterne«) fremsatte bemærkninger efter at have fået tilladelse til at intervenere til støtte for de sagsøgtes påstande. Appellanten besvarede disse bemærkninger.

24. Den 25. januar 2021 afgav appellanten replik, og den 5. marts 2021 afgav de sagsøgte duplik.

25. I overensstemmelse med en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse truffet af den refererende dommer og generaladvokaten i henhold til artikel 62, stk. 1, i Domstolens procesreglement fremlagde appellanten den 16. juli 2021 de dokumenter for Domstolen, som tidligere var blevet fremlagt for Retten som bilag A.14, O.20, M.26 og M.30 (herefter »de omtvistede bilag«).

V. Bedømmelse

26. Appellanten har fremsat to anbringender. Det første anbringende anfægter Rettens konklusioner om, at betingelsen om at være umiddelbart berørt ikke er opfyldt. Det andet anbringende vedrører Rettens afgørelse vedrørende de dokumenter, der er udtaget af sagsakterne.

27. I dette forslag til afgørelse behandles hvert af de to anbringender i den rækkefølge, hvori de er fremsat af appellanten. Jeg vil derfor i første omgang efterprøve Rettens konklusioner vedrørende spørgsmålet, om appellanten var umiddelbart berørt af den anfægtede foranstaltning (A). Dernæst vil jeg efterprøve Rettens afgørelse vedrørende visse dokumenter og oplysninger, der er fremlagt af appellanten (B).

A. Første anbringende: umiddelbart berørt

28. Med det første anbringende, der er rettet mod den appellerede kendelses præmis 102-124, har appellanten gjort gældende, at Retten begik retlige fejl ved fortolkningen og anvendelsen af betingelsen om, at den pågældende skal være umiddelbart berørt, og følgelig ved at fastslå, at appellanten ikke havde søgsmålskompetence i forhold til den anfægtede foranstaltning. Det første anbringende er opdelt i to.

1. Parternes argumenter

29. I forbindelse med det første anbringendes *første led* har appellanten gjort gældende, at Retten begik retlige fejl ved først og fremmest at lægge til grund, at den anfægtede foranstaltning er et *direktiv*, da den fastslog, at den ikke berørte appellants stilling umiddelbart. Efter appellants opfattelse følger det af fast retspraksis, at det afgørende for så vidt angår artikel 263 TEUF er foranstaltningens indhold og ikke dens form. I denne forbindelse har appellanten henvist til flere sager, hvori Unionens retsinstanser har fastslået, at annullationssøgsmål rettet mod direktiver kan antages til realitetsbehandling.

30. I forbindelse med det første anbringendes *andet led* har appellanten foreholdt Retten, at den konkluderede, at den anfægtede foranstaltning gav de nationale myndigheder en skønsbeføjelse ved gennemførelsen af bestemmelserne i den anfægtede foranstaltning med hensyn til: i) forpligtelsen til adskillelse i gasdirektivets artikel 9, ii) undtagelsesordningen i gasdirektivets artikel 36 og iii) undtagelsesordningen i gasdirektivets artikel 49a. Efter appellants opfattelse efterprøvede Retten ikke, om den anfægtede foranstaltning overlod en *reel* skønsbeføjelse til medlemsstaterne i denne henseende. Endelig har appellanten gjort gældende, at Retten ikke undersøgte, om bestemmelserne om tredjepartsadgang (gasdirektivets artikel 32) og tarifregulering (gasdirektivets artikel 41) berører appellants retsstilling.

31. De sagsøgte har heroverfor – støttet af alle intervenienterne – forsvaret Rettens argumentation for at fastslå, at appellanten ikke var umiddelbart berørt. Disse parter har navnlig fremhævet, at et direktiv *pr. definition* ikke kan have retsvirkninger over for enkeltpersoner, medmindre det er gennemført i national ret. Disse parter har ligeledes gjort gældende, at de specifikke bestemmelser i den anfægtede foranstaltning, som appellanten har anført, ikke kunne berøre dette selskab umiddelbart, eftersom de kun fik virkning, når der var vedtaget gennemførelsesforanstaltninger på nationalt plan.

2. Bedømmelse

32. I henhold til artikel 263, stk. 4, TEUF kan et søgsmål anlagt af en fysisk eller juridisk person til prøvelse af en retsakt, der ikke er rettet til vedkommende, forekomme i to situationer. Dels kan en sådan sag anlægges på betingelse af, at retsaktens berører vedkommende umiddelbart og individuelt. Dels kan den pågældende anlægge søgsmål til prøvelse af en regelfastsættende retsakt, som ikke omfatter gennemførelsesforanstaltninger, hvis denne retsakt berører vedkommende umiddelbart.

33. Det er ubestridt mellem parterne, at den anfægtede foranstaltning ikke er en »regelfastsættende retsakt« som omhandlet i artikel 263 TEUF, men en lovgivningsmæssig retsakt¹⁰. Appellantens søgsmålskompetence skal derfor undersøges på grundlag af det første scenario, der er nævnt i foregående punkt: Det af appellanten ved Retten anlagte søgsmål kan antages til realitetsbehandling, hvis dette selskab er både *umiddelbart* og *individuel* berørt af den anfægtede foranstaltning. Eftersom Retten nåede til den konklusion, at appellanten ikke var umiddelbart berørt, gik den ikke videre til at efterprøve spørgsmålet om, hvorvidt appellanten var individuelt berørt.

34. I de følgende afsnit vil jeg først redegøre for, hvorfor jeg ikke finder de grunde, der er anført i den appellerede kendelse, overbevisende. Disse grunde kan opdeles i to grupper: Grunde, der har en systemisk, mere abstrakt og teoretisk karakter (a), og grunde, der vedrører appellants konkrete situation (b). Efterfølgende vil jeg redegøre for, hvorvidt Retten ikke behandlede visse af appellants argumenter (c). På baggrund af det ovenstående når jeg til den konklusion, at Retten begik retlige fejl ved fortolkningen og anvendelsen af artikel 263, stk. 4, TEUF på den omhandlede situation.

a) *Den anfægtede foranstaltning er et direktiv og kan derfor ikke anfægtes af en enkeltperson*

35. Rettens første gruppe af grunde vedrører betragtninger af systemisk karakter: Den anfægtede foranstaltning kan ikke berøre appellanten umiddelbart, da der er tale om et *direktiv*.

36. De relevante passager i den appellerede kendelse har følgende ordlyd: Et direktiv »kan nemlig ikke i sig selv skabe forpligtelser for private og kan derfor ikke som sådan påberåbes af de nationale myndigheder over for erhvervsdrivende, når disse myndigheder ikke forinden har truffet foranstaltninger til gennemførelse af direktivet. [...] Uanset om disse bestemmelser er klare og tilstrækkeligt præcise, kan bestemmelserne i det anfægtede direktiv således ikke forud for og uafhængigt af vedtagelsen af statslige gennemførelsesforanstaltninger være en direkte eller umiddelbar kilde til forpligtelser, der påhviler [appellanten], og som derfor umiddelbart kan påvirke dennes retsstilling som omhandlet i artikel 263, stk. 4, TEUF [...] [Endvidere har det] anfægtede direktiv [...] imidlertid ikke som sådan og siden dets ikrafttræden haft umiddelbare og konkrete virkninger på retsstillingen for operatører som [appellanten] og får det under alle omstændigheder ikke før udløbet af den gennemførelsesfrist, der er fastsat i direktivets artikel 2, stk. 1«¹¹.

37. Rettens argumentation er i denne henseende efter min opfattelse fejlagtig.

38. Indledningsvis er det vanskeligt at forene Rettens konstateringer med den retspraksis, der er nævnt tidligere i den appellerede kendelse, hvorefter den blotte omstændighed, at en enkeltperson anlægger et annulationssøgsmål til prøvelse af et direktiv, ikke i sig selv er tilstrækkelig til at afvise et sådant søgsmål. Retten tilføjede, at et søgsmål således kan antages til realitetsbehandling, hvis et *direktiv* berører appellanten umiddelbart, eller hvis det udgør en regelfastsættende retsakt, som berører vedkommende umiddelbart, og som ikke omfatter gennemførelsesforanstaltninger¹².

¹⁰ – Jf. ligeledes den appellerede kendelses præmis 82.

¹¹ – Den appellerede kendelses præmis 106-108.

¹² – Den appellerede kendelses præmis 78 og 79.

39. Jeg er enig i disse principper. De strider imidlertid mod Rettens konstateringer, der er gengivet i punkt 36 ovenfor. Det, som førstinstansen har anført, ville nemlig føre til, at individuelle sagsøgers søgsmålskompetence blev udelukket i forhold til prøvelsen af *ethvert* direktiv. Med hensyn til denne type retsakt kan der aldrig være tale om at være umiddelbart berørt, eftersom *alle* direktiver pr. definition i) kræver en eller anden form for gennemførelsesforanstaltning, ii) inden gennemførelsen ikke kan skabe forpligtelser for enkeltpersoner og påberåbes over for dem af de nationale myndigheder¹³. Sidstnævnte gælder så meget desto mere inden udløbet af den i selve direktivet fastsatte frist til gennemførelsen.

40. Jeg mener imidlertid ikke, at det er muligt begrebsmæssigt i realiteten at sidestille spørgsmålet om, hvorvidt den pågældende er *umiddelbart berørt* med *direkte virkning*. Selv om de to begreber har visse ligheder, er de ikke desto mindre ontologisk forskellige og har et forskelligt formål. Artikel 263, stk. 4, TEUF kræver ikke, at den anfægtede retsakt har direkte virkning, og heller ikke, at myndighederne kan påberåbe sig den over for enkeltpersoner. I henhold til denne bestemmelse skal den anfægtede retsakt blot »have retsvirkning over for tredjemand«.

41. Sidstnævnte begreb er imidlertid forskelligt og i det store og hele – logisk set – en meget bredere kategori end direkte virkning. Som det fremgår af retspraksis, kræver betingelsen om, at en fysisk eller juridisk person skal være umiddelbart berørt af den afgørelse, der er genstand for søgsmålet, som fastsat i artikel 263, stk. 4, TEUF, at to kriterier er kumulativt opfyldt. For det første skal den anfægtede foranstaltning *umiddelbart have indvirkning* på den pågældendes retsstilling. For det andet må foranstaltningen *ikke overlade et skøn* til adressaterne, der skal gennemføre den, men gennemførelsen skal ske helt automatisk og udelukkende i medfør af EU-reglerne uden anvendelse af andre mellemkommende regler¹⁴.

42. I den foreliggende sag kan den anfægtede retsakt *have retsvirkning*, idet den udvider anvendelsesområdet for gasdirektivets bestemmelser til at omfatte situationer og adressater, som ikke tidligere var omfattet af disse bestemmelser. Det er ligeledes klart, at appellants *retsstilling* bliver *ændret* som følge af denne udvidelse: Et detaljeret regelsæt, som regulerer selskabets aktiviteter, finder nu anvendelse på dets aktiviteter. Det centrale spørgsmål er egentlig, om denne ændring af appellants retsstilling følger umiddelbart af den anfægtede foranstaltning, eller om den omvendt kun kan følge af vedtagelsen af gennemførelsesforanstaltninger på nationalt plan.

43. I denne henseende indebærer den retspraksis, der er nævnt i præmis 41 ovenfor, i det væsentlige, at retsvirkningerne af den anfægtede retsakt *automatisk* skal hidrøre fra selve retsakten, uden at det er nødvendigt for Unionen eller medlemsstaterne efterfølgende at vedtage andre foranstaltninger. Derfor er betingelsen om at være umiddelbart berørt opfyldt, hvis det kan påvises, at der består en *direkte årsagsforbindelse* mellem den anfægtede EU-retsakt og ændringen

¹³ – Dette er ganske vist korrekt med hensyn til det generelle princip; i praksis kan direktiver imidlertid endog inden eller uden en gennemførelse i) give anledning til en blokerende virkning for de nationale myndigheder, der kan have en negativ virkning for enkeltpersoner – dom af 18.12.1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628, præmis 35-50), eller ii) skabe utilsigtede virkninger for tredjeparter – dom af 7.1.2004, Wells (C-201/02, EU:C:2004:12, præmis 54-61), og af 30.4.1996, CIA Security International (C-194/94, EU:C:1996:172, præmis 40-55), eller iii) føre til en fortolkning af national ret i overensstemmelse med et sådant direktiv, som kan være til skade for en enkeltperson – jf. f.eks. dom af 19.4.2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis).

¹⁴ – Dom af 6.11.2018, Scuola Elementare Maria Montessori mod Kommissionen, Kommissionen mod Scuola Elementare Maria Montessori og Kommissionen mod Ferracci (C-622/16 P – C-624/16 P, EU:C:2018:873, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis). Min fremhævelse.

af sagsøgerens retsstilling. Betingelsen om at være umiddelbart berørt er ikke opfyldt i tilfælde af yderligere indgreb fra EU's institutioners eller de nationale myndigheders side, der kan bryde denne forbindelse¹⁵.

44. Det er vigtigt at nævne, at denne vurdering ikke kan foretages abstrakt, alene på grundlag af den type retsakt, der anfægtes. Der kræves en undersøgelse af bl.a. den konkrete anfægtede foranstaltnings formål, ordlyd, rækkevidde og indhold samt den retlige og faktiske baggrund for den pågældende foranstaltning¹⁶. Som generaladvokat Hogan for nylig formulerede det, har Unionens retsinstanser ved undersøgelsen af en foranstaltnings indvirkning på en fysisk eller juridisk persons retsstilling anvendt en »holistisk og pragmatisk tilgang[, som] foretrækker indhold frem for form«¹⁷.

45. Disse principper gælder for *enhver* EU-retsakt, der kan anfægtes ved Unionens retsinstanser, uanset dens form og uafhængigt af, hvilken betegnelse den har fået, eller hvilken mærkat den er forsynet med. Som Unionens retsinstanser konsekvent har fastslået, er »akternes eller beslutningernes form principielt *uden betydning*« for adgangen til at indbringe dem for domstolen i form af et annullationssøgsmål¹⁸. Således skal ved afgørelsen af, om en anfægtet retsakt har bindende retsvirkninger i henhold til artikel 263 TEUF, »vægten lægges på denne retsakts *indhold*, og de nævnte virkninger skal vurderes ud fra objektive kriterier, såsom denne samme retsakts indhold, i givet fald under hensyn til sammenhængen for dens vedtagelse samt til den udstedende institutions beføjelser«¹⁹.

46. Den omstændighed, at den anfægtede foranstaltning er et *direktiv*, udelukker derfor ikke, at den kan berøre appellanten umiddelbart.

47. Det er korrekt, at det i betragtning af de særlige kendetegn ved denne form for lovgivning i henhold til artikel 288 TEUF vil være meget sjældent, at en bestemmelse i et direktiv – med hensyn til en enkeltperson – gør det muligt at anse betingelsen om at være umiddelbart berørt for opfyldt. *Meget sjældent* er imidlertid en anden kategori end *systematisk udelukket*, som det synes at fremgå af Rettens argumentation. Hvis Domstolens tværgående diktum, at indhold skal veje tungere end form, skal respekteres²⁰, kan den valgte type af EU-retskilde ikke in abstracto og i sig selv foregribe karakteren af dens indhold. Efter fast retspraksis er det nemlig bekræftet, at det ikke på forhånd kan udelukkes, at nogle bestemmelser i et direktiv kan berøre en bestemt enkeltperson umiddelbart²¹.

¹⁵ – Jf. med henvisninger til den relevante retspraksis og juridiske litteratur mit forslag til afgørelse Région de Bruxelles-Capitale mod Kommissionen (C-352/19 P, EU:C:2020:588, punkt 48).

¹⁶ – Jf. i denne retning bl.a. dom af 22.6.2021, Venezuela mod Rådet (C-872/19 P, EU:C:2021:507, præmis 66).

¹⁷ – Generaladvokat Hogans forslag til afgørelse Venezuela mod Rådet (C-872/19 P, EU:C:2021:37, punkt 105).

¹⁸ – Jf. dom af 11.11.1981, IBM mod Kommissionen (60/81, EU:C:1981:264, præmis 9), og af 12.9.2006, Reynolds Tobacco m.fl. mod Kommissionen (C-131/03 P, EU:C:2006:541). Min fremhævelse. Jf. i denne retning senest dom af 31.1.2019, International Management Group mod Kommissionen (C-183/17 P og C-184/17 P, EU:C:2019:78, præmis 51), og kendelse af 2.9.2020, ENIL Brussels Office m.fl. mod Kommissionen (T-613/19, ikke trykt i Sml., EU:T:2020:382, præmis 25).

¹⁹ – Jf. blandt mange dom af 20.2.2018, Belgien mod Kommissionen (C-16/16 P, EU:C:2018:79, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis), og af 9.7.2020, Den Tjekkiske Republik mod Kommissionen (C-575/18 P, EU:C:2020:530, præmis 47). Min fremhævelse.

²⁰ – Med den samme tilgang, der også gælder for andre spørgsmål, såsom om der foreligger en anfægtelig retsakt i henhold til artikel 263 TEUF, jf. f.eks. dom af 20.2.2018, Belgien mod Kommissionen (C-16/16 P, EU:C:2018:79, præmis 19).

²¹ – Jf. bl.a. dom af 7.10.2009, Vischim mod Kommissionen (T-420/05, EU:T:2009:391, præmis 67, 78 og 79), af 7.10.2009, Vischim mod Kommissionen (T-380/06, EU:T:2009:392, præmis 57-59), og af 2.3.2010, Arcelor mod Parlamentet og Rådet (T-16/04, EU:T:2010:54, præmis 94 og den deri nævnte retspraksis).

48. I denne forbindelse er det uden betydning, at visse virkninger af den anfægtede foranstaltning ikke var indtrådt på det tidspunkt, hvor appellanten anlagde søgsmålet, da fristen for dens gennemførelse endnu ikke var udløbet. Det følger af retspraksis, at den omstændighed, at en retsakts virkninger først indtræder på en senere dato, der er fastsat i selve retsakten, ikke er til hinder for, at en borger kan være umiddelbart berørt heraf som følge af en forpligtelse i henhold til denne²².

49. Hvis man fulgte Rettens argumentation i denne henseende, ville næsten ingen direktiver længere kunne anfægtes ved Unionens retsinstanser. Medlemsstaternes gennemførelsesfrist er praktisk taget altid længere end fristen på to måneder til at indgive klager i henhold til artikel 263, stk. 6, TEUF²³. Rettens tilgang er faktisk i strid med forskellige afgørelser fra Unionens retsinstanser, hvor søgsmålet til prøvelse af et direktiv blev anset for at kunne antages til realitetsbehandling, selv om det var anlagt *før* udløbet af fristen for gennemførelse af direktivet²⁴.

50. Endelig vil jeg fremsætte et par afsluttende bemærkninger til konstateringerne i den appellerede kendelses præmis 108 og 109.

51. På den ene side fastslog Retten, at de retsvirkninger, som appellanten har gjort gældende, ikke er tilstrækkelige til at godtgøre, at betingelsen om at være umiddelbart berørt var opfyldt. De er »under alle omstændigheder kun en konsekvens af [appellantens] valg om at udvikle og opretholde sin aktivitet på Unionens område«. Jeg forstår dog ikke, hvorfor en virksomhed ikke skulle kunne anfægte en EU-foranstaltning, der berører dets stilling, blot fordi den i teorien kunne flytte til et land uden for Unionen og derved undgå at blive omfattet af bestemmelserne om det indre marked. I henhold til artikel 263 TEUF skal retsakten have retsvirkning for at kunne anfægtes, ikke »uundgåelige« retsvirkninger.

52. Rettens konstatering kan bl.a. næppe forenes med adgangen til effektive retsmidler, som artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«) sikrer »enhver« (og ikke blot fysiske og juridiske personer, der er »tvunget« til at opholde sig i Unionen), samt friheden til at oprette og drive egen virksomhed og ejendomsretten, der er anerkendt i henholdsvis chartrets artikel 16 og 17. Hvis Rettens argumentation blev ført ud i sin yderste konsekvens, ville praktisk talt ingen virksomhed længere kunne anfægte en EU-foranstaltning, da virksomheder i princippet altid kan flytte uden for Unionen.

53. Den retspraksis, som Retten har henvist til i forbindelse med dette punkt, synes ikke at være relevant. Den sag, der er nævnt – Air Transport Association of America m.fl. – vedrører ikke et procedurespørgsmål som det, der er rejst i den foreliggende sag (formaliteten med hensyn til et annulationssøgsmål anlagt af en enkeltperson), men i stedet et materielt spørgsmål (Unionens beføjelse til at vedtage foranstaltninger, som efter nogle virksomheders opfattelse havde visse ekstraterritoriale virkninger)²⁵. Det er måske mere relevant, at Unionens retsinstanser har præciseret, at det ikke er udelukket, at betingelsen om at være umiddelbart berørt er opfyldt, på

²² – Jf. bl.a. dom af 25.9.2015, PPG og SNF mod ECHA (T-268/10 RENV, EU:T:2015:698, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis).

²³ – Jf. ligeledes artikel 58-60 i Rettens procesreglement.

²⁴ – Jf. bl.a. kendelse af 13.10.2006, Vischim mod Kommissionen (T-420/05 RII, EU:T:2006:304, præmis 33).

²⁵ – Dom af 21.12.2011 (C-366/10, EU:C:2011:864, præmis 127 og 128).

grundlag af, at den omhandlede EU-retsakts indvirkning på sagsøgerens retsstilling ligeledes følger af visse valg, som de berørte erhvervsdrivende har truffet²⁶, eller at sagsøgeren kunne undgå konsekvenserne af en anfægtelse af EU-retsakten ved at vælge en anden fremgangsmåde²⁷.

54. På den anden side fastslog Retten i den appellerede kendelses præmis 109, at »[h]vis [appellantens] synspunkt om, at selskabets retsstilling er blevet direkte berørt af ikrafttrædelsen af det anfægtede direktiv med den begrundelse, at driften af [appellantens] [»Nord Stream 2«-gasrørledning] ellers ville falde uden for det materielle anvendelsesområde for direktiv 2009/73, antages, ville det svare til at antage, at hver gang Unionen vedtager ny lovgivning på et område ved at pålægge erhvervsdrivende forpligtelser, som de ikke tidligere har været underlagt, ville denne lovgivning, selv om den blev vedtaget i form af et direktiv i henhold til den almindelige lovgivningsprocedure, nødvendigvis påvirke de erhvervsdrivende umiddelbart i henhold til artikel 263, stk. 4, TEUF«. Retten tilføjede, at sådan en tilgang ville være i strid med ordlyden af artikel 288 TEUF, hvorefter direktiver kræver nationale gennemførelsesforanstaltninger.

55. Da jeg allerede har forklaret, hvorfor direktiver i princippet ikke er udelukket fra en anfægtelse i henhold til artikel 263, stk. 4, TEUF, behøver jeg ikke at gentage mine argumenter vedrørende dette punkt. Jeg vil blot tilføje, at Rettens opfattelse ligeledes ville betyde, at ikke-privilegerede sagsøgeres ret til at anlægge søgsmål med påstand om annullation af en skadelig foranstaltning i henhold til artikel 263 TEUF let kunne nulstilles af EU-institutionerne, ved at de hensigtsmæssigt vedtager denne foranstaltning som et »direktiv«²⁸.

56. Rettens konstatering om, at det ville være alt for let for private sagsøgere at anfægte EU-bestemmelser, hvis appellantens argument om betingelsen om at være umiddelbart berørt blev taget til følge, kan derfor tilbagevises ved at henvise til forskellen mellem begreberne »umiddelbart berørt« og »individuel berørt«. Disse to betingelser, der naturligvis er kumulative, spiller en anden rolle i forbindelse med artikel 263, stk. 4, TEUF. I forbindelse med betingelsen om at være umiddelbart berørt skal det efterprøves, om sagsøgerens stilling berøres *umiddelbart*. I forbindelse med betingelsen om at være individuelt berørt skal det afklares, om sagsøgeren er berørt *på grund af særlige omstændigheder*, der adskiller den pågældende fra enhver anden person, som ligeledes kan være berørt.

57. Det er således opfyldelsen af sidstnævnte kriterium – der enkelt formuleret kræver, at sagsøgeren befinder sig i en retsstilling svarende til den, som en adressat for foranstaltningen befinder sig i²⁹ – der udelukker en situation som den af Retten frygtede. Ny lovgivning (hvad enten det er i form af en forordning eller et direktiv) kan således berøre flere erhvervsdrivende. Det er imidlertid kun de erhvervsdrivende, der opfylder den strenge »*Plaumann*-formel«³⁰, der kan anses for at have søgsmålskompetence i henhold til artikel 263, stk. 4, TEUF. Den af Retten anførte risiko for, at der ville opstå en almen søgsmålsret i forhold til EU-bestemmelser, er således åbenbart fejlagtig.

²⁶ – Jf. i denne retning dom af 13.3.2008, Kommissionen mod Infront WM (C-125/06 P, EU:C:2008:159, præmis 41-64), af 15.12.2005, Infront WM mod Kommissionen (T-33/01, EU:T:2005:461, præmis 114-150), og af 25.10.2011, Microban International og Microban (Europe) mod Kommissionen (T-262/10, EU:T:2011:623, præmis 28).

²⁷ – Jf. i denne retning dom af 22.6.2021, Venezuela mod Rådet (C-872/19 P, EU:C:2021:507, præmis 71).

²⁸ – Som Retten selv bemærkede på grundlag af fast retspraksis i den appellerede kendelses præmis 78. Jf. ligeledes dom af 2.3.2010, Arcelor mod Parlamentet og Rådet (T-16/04, EU:T:2010:54, præmis 94 og den deri nævnte retspraksis). Jf. senest analogt generaladvokat Hogans forslag til afgørelse Venezuela mod Rådet (Berørt tredjeland) (C-872/19 P, EU:C:2021:37, punkt 119).

²⁹ – Jf. tilsvarende K. Lenaerts, I. Maselis og K. Gutman, *EU Procedural Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 768 og 769.

³⁰ – Jf. bl.a. dom af 15.7.1963, Plaumann mod Kommissionen (25/62, EU:C:1963:17, s. 107), og senest af 17.9.2015, Mory m.fl. mod Kommissionen (C-33/14 P, EU:C:2015:609, præmis 93).

58. Sammenfattende er første led af appellanterns første anbringende begrundet. Denne konstatering alene er imidlertid ikke tilstrækkelig til at ophæve den appellerede kendelse. Som nævnt ovenfor er Rettens konklusion om, at appellanten ikke var umiddelbart berørt, nemlig ligeledes støttet på en anden gruppe af grunde.

b) Medlemsstaternes myndigheder havde en skønsbeføjelse ved gennemførelsen af de relevante bestemmelser i direktivet

59. Den anden gruppe af grunde, som Retten har fremført for at udelukke, at appellanten skulle være umiddelbart berørt, er knyttet til appellanterns konkrete stilling og indholdet af de påberåbte retlige bestemmelser. I den appellerede kendelses præmis 111-123 udelukkede Retten, at betingelsen om at være umiddelbart berørt var opfyldt, med den begrundelse, at de bestemmelser i den anfægtede foranstaltning, som efter appellanterns opfattelse berørte dennes retsstilling, krævede gennemførelsesforanstaltninger på nationalt plan.

60. I denne del af begrundelsen anvendte Retten betingelsen om at være umiddelbart berørt trods sine egne tidligere forbehold på grund af, at instrumentet er et direktiv. Dog kan jeg ikke – heller ikke med hensyn til denne del af den appellerede kendelse – tilslutte mig Rettens ræsonnement.

61. Det skal erindres, at kriteriet om, at der ikke foreligger gennemførelsesforanstaltninger, ikke indebærer, at *enhver* gennemførelsesretsakt umiddelbart og nødvendigvis udelukker, at betingelsen om at være umiddelbart berørt kan være opfyldt. Som det med rette er anført i den appellerede kendelses præmis 102 og 103, er betingelsen om at være umiddelbart berørt bl.a. opfyldt, når der ganske vist findes gennemførelsesforanstaltninger, men de pågældende myndigheder i virkeligheden ikke har *nogen reel skønsmargen* med hensyn til, hvordan EU-hovedretsakten skal gennemføres. Som generaladvokat Wathelet anførte, kan – hvis det skal udelukkes, at en given part er umiddelbart berørt – »en mellemkommende retsakt til gennemførelse af en EU-retsakt ikke være rent formel. Den skal være årsagen til, at appellanterns retsstilling berøres«³¹.

62. Der findes en omfattende retspraksis, der illustrerer dette punkt. Det er f.eks. blevet fastslået, at en part var umiddelbart berørt under omstændigheder, hvor den omhandlede EU-retsakt på udtømmende vis regulerede *måden*, hvorpå de nationale myndigheder skulle træffe deres afgørelser³², eller det *resultat*, der skulle opnås, uanset indholdet af de særlige foranstaltninger, de nationale myndigheder traf for at nå målet³³, hvor de nationale myndigheders rolle var ekstremt lille og rent administrativ³⁴ eller rent rutinemæssig³⁵, eller hvor medlemsstaterne hovedsageligt vedtog supplerende foranstaltninger til den omhandlede EU-retsakt³⁶.

³¹ – Generaladvokat Wathelets forslag til afgørelse Stichting Woonlinie m.fl. mod Kommissionen (C-133/12 P, EU:C:2013:336, punkt 41). For nylig ligeledes nævnt i dom af 28.11.2019, Banco Cooperativo Español mod SRB (T-323/16, EU:T:2019:822, præmis 51).

³² – Jf. dom af 6.11.1990, Weddel mod Kommissionen (C-354/87, EU:C:1990:371, præmis 19), og af 13.10.2011, Deutsche Post og Tyskland mod Kommissionen (C-463/10 P og C-475/10 P, EU:C:2011:656, præmis 70).

³³ – Jf. i denne retning dom af 13.3.2008, Kommissionen mod Infront WM (C-125/06 P, EU:C:2008:159, præmis 62), og af 17.2.2011, FIFA mod Kommissionen (T-385/07, EU:T:2011:42, præmis 41).

³⁴ – Jf. dom af 13.5.1971, International Fruit Company m.fl. mod Kommissionen (41/70-44/70, EU:C:1971:53, præmis 23-26). Jf. i denne retning ligeledes dom af 28.11.2019, Banco Cooperativo Español mod SRB (T-323/16, EU:T:2019:822, præmis 60-63).

³⁵ – Jf. i denne retning dom af 17.9.2009, Kommissionen mod Koninklijke FrieslandCampina (C-519/07 P, EU:C:2009:556, præmis 49), af 26.9.2000, Starway mod Rådet (T-80/97, EU:T:2000:216, præmis 61-65), af 1.7.2009, ISD Polska m.fl. mod Kommissionen (T-273/06 og T-297/06, EU:T:2009:233, præmis 68).

³⁶ – Jf. i denne retning dom af 29.6.1994, Fiskano mod Kommissionen (C-135/92, EU:C:1994:267, præmis 27), og af 25.10.2011, Microban International og Microban (Europe) mod Kommissionen (T-262/10, EU:T:2011:623, præmis 29).

63. Unionens retsinstanser har endvidere præciseret, at spørgsmålet om, hvorvidt en sagsøger er umiddelbar berørt af en EU-retsakt, som ikke er rettet til den pågældende, også skal vurderes »på baggrund af formålet med den pågældende retsakt«³⁷. Dette betyder, at det er irrelevant, hvorvidt andre indvirkninger af den anfægtede EU-retsakt i praksis kun kan opstå *efter* vedtagelsen af gennemførelsesforanstaltninger, i det omfang at den indvirkning, som sagsøgeren påberåber sig, stammer umiddelbart og automatisk fra denne retsakt³⁸.

64. Efter min opfattelse har Retten i en af sine tidligere afgørelser gengivet logikken i denne praksis godt: »i det tilfælde hvor en [EU-retsakt] er rettet til en medlemsstat, og den handling, som medlemsstaten skal udføre som følge af retsakten, sker automatisk, eller i hvert fald hvor *resultatet ikke er tvivlsomt*, berører retsakten således umiddelbart enhver person, som er berørt af handlingen. [...] Med andre ord må virkningen af den pågældende retsakt ikke afhænge af, at en tredjemand udøver et skøn, medmindre det er klart, at et sådant skøn kun kan udøves på en bestemt måde«³⁹.

65. Som allerede nævnt ovenfor⁴⁰ er det afgørende for tilgangen igen indhold frem for form: Hvis det efter vedtagelsen af EU-foranstaltningen og som en direkte følge heraf ikke længere er tvivlsomt, hvilken retsakt der senere vil blive vedtaget på nationalt plan, synes den opfattelse at være noget formalistisk, at enkeltpersonen alligevel stadig skal vente i uger, måneder eller endog år med i denne situation ved en præjudiciel afgørelse at anfægte det indhold af foranstaltningen, som allerede var kendt tidligere⁴¹.

66. Det er i lyset af disse principper, at begrundelsen i den appellerede kendelses præmis 111-123 skal efterprøves.

67. Appellanten gjorde for Retten gældende, at den anfægtede foranstaltning ville have tre konsekvenser for selskabets retsstilling som følge af, at tre bestemmelser derved fandt anvendelse på selskabet, hvorved det blev pålagt nye forpligtelser. Der var tale om de bestemmelser, der vedrørte: i) adskillelse, ii) tredjepartsadgang og iii) tarifregulering. Appellanten gjorde endvidere gældende, at selv om gasdirektivets artikel 36 og 49a indeholdt mulighed for at indrømme en undtagelse⁴² fra anvendelsen af disse regler, fandt disse bestemmelser åbenbart ikke anvendelse på selskabets situation.

68. Det centrale spørgsmål er derfor, om det var med rette, at Retten fastslog, at *ingen* af de *tre* typer af retsvirkninger, som appellanten gjorde gældende, fulgte direkte af den anfægtede foranstaltning.

³⁷ – Dom af 3.4.2003, Royal Philips Electronics mod Kommissionen (T-119/02, EU:T:2003:101, præmis 276).

³⁸ – Ibidem, præmis 277-281. Jf. ligeledes den i fodnote 21 nævnte retspraksis.

³⁹ – Kendelse af 10.9.2002, Japan Tobacco og JT International mod Parlamentet og Rådet (T-223/01, EU:T:2002:205, præmis 46). Min fremhævelse.

⁴⁰ – Jf. punkt 45-47 i dette forslag til afgørelse.

⁴¹ – En sådan afgørelse ville ganske vist ligeledes være retspolitisk mulig. Den underliggende vision i denne henseende ville i det væsentlige være at kanalisere samtlige spørgsmål om gyldigheden af alle EU-foranstaltninger, som kræver en fremtidig national inddragelse – uanset hvor begrænset den måtte – til Domstolen i form af anmodninger om præjudiciel afgørelse vedrørende gyldigheden i henhold til artikel 267 TEUF og ikke gøre det muligt, at de kan forelægges for Retten i henhold til artikel 263, stk. 4, TEUF. For et kritisk syn på berettigelsen af en sådan sagsflowstyring i betragtning af Unionens retsinstansers nuværende institutionelle struktur jf. mit forslag til afgørelse Région de Bruxelles-Capitale mod Kommissionen (C-352/19 P, EU:C:2020:588, punkt 137-147) og Tyskland og Ungarn mod Kommissionen og Kommissionen mod Ville de Paris m.fl. (C-177/19 – P-C-179/19 P, EU:C:2021:476, punkt 108 og 109).

⁴² – For klarhedens skyld skal det fremhæves, at visse sprogversioner af gasdirektivet anvender forskellige udtryk for disse to situationer (f.eks. den engelske version »derogation« og »exemption« og den tyske version »Ausnahme« og »Abweichung«, mens andre sprogversioner anvender ét og samme udtryk (f.eks. den franske version »dérogation« og den italienske version »deroga«).

69. For det første skal bedømmelsen indledes med at se nærmere på et element, som Retten behandlede næsten perifert, men som efter min opfattelse er helt relevant for alle tre punkter, som appellanten har rejst. I den appellerede kendelses præmis 119-123 fastslog Retten, at det med henblik på at afgøre, om appellanten er umiddelbart berørt af den anfægtede foranstaltning, var uden betydning, at selskabet ikke kunne indrømmes undtagelsen i gasdirektivets artikel 36 henholdsvis artikel 49a. Retten bemærkede i det væsentlige, at selv om bestemmelserne i den anfægtede foranstaltning ikke finder anvendelse på appellanten, kunne selskabet stadig have anmodet om en sådan undtagelse og efterfølgende have anfægtet de(n) negative afgørelse(r) ved de nationale retter og i denne forbindelse påberåbt sig EU-retsaktens ugyldighed, hvilket havde udløst en præjudiciel procedure vedrørende den anfægtede foranstaltnings gyldighed.

70. Disse konstateringer synes at nedtone den overordnede betydning af bestemmelserne vedrørende indrømmelse af undtagelser ret betydeligt.

71. Hvis appellanten, der allerede havde påbegyndt opførelsen af den infrastruktur, som den nye lovgivning skulle finde anvendelse på, på grundlag af en skønsmæssige afgørelse truffet af de nationale myndigheder kunne undtages fra anvendelsen af den nye retlige ramme, kunne selskabets mulighed for at blive umiddelbart berørt af den anfægtede foranstaltning logisk set bortfalde. Der kunne nemlig så rimeligvis være mulighed for, at de kompetente nationale myndigheder ville indrømme en skønsmæssig undtagelse. Vurderingen af, om gasdirektivets artikel 36 og 49a kunne finde anvendelse på appellants situation, er derfor klart af betydning i den foreliggende sag.

72. Rettens konstateringer i denne henseende giver således anledning til forundring. Indledningsvis kan de ikke forenes med den retspraksis, der er nævnt i punkt 61-65 ovenfor, hvorefter betingelsen om at være umiddelbart berørt ikke kan anses for opfyldt, når de nationale myndigheder har en *reel* skønsmargen.

73. Endnu en gang forekommer det i mere strukturel henseende urimeligt (og byrdefuldt, dyrt og tidskrævende) at forpligte en virksomhed til at anmode om en afgørelse fra de nationale myndigheder, hvis reaktion kun kan være negativ, med henblik på at anfægte en klar og udtømmende bestemmelse i en EU-retsakt. Det »fuldstændig[e] retsmiddel- og proceduresystem«, som Retten henviser til i den appellerede kendelses præmis 120, skal ikke være et langt forhindringsløb for sagsøgere. Dette system hviler på en rationel og forfatningsretligt orienteret opgavefordeling mellem de nationale retter og Unionens retsinstanser. Enkelt formuleret er det »ophavet« til den foranstaltning, der faktisk berører sagsøgeren, som afgør, ved hvilken ret den pågældende skal anfægte denne foranstaltning.

74. I den foreliggende sag kan – hvad angår gasdirektivets artikel 36 og 49a – dette ophav kun henregnes til EU-lovgiver. Ingen af de muligheder, som disse bestemmelser giver, synes at finde anvendelse på appellanten. EU-lovgiver besluttede, at i) undtagelsen kun finder anvendelse på gastransmissionslinjer mellem en medlemsstat og et tredjeland »færdiggjort før den 23. maj 2019«, og at ii) undtagelsen kun kan udnyttes af store infrastrukturprojekter, hvor der ikke er truffet en endelig investeringsafgørelse⁴³. Faktisk var »Nord Stream 2«-gasrørledningen på

⁴³ – En af betingelserne for undtagelsen er i henhold til gasdirektivets artikel 36, stk. 1, litra b), at »risikoen i forbindelse med investeringen er så stor, at investeringen ikke ville finde sted, medmindre en undtagelse blev indrømmet«.

tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede foranstaltning (17.4.2019) kommet forbi præinvesteringsfasen⁴⁴, men ville ikke blive færdiggjort, endside være driftsklar, før den 23. maj 2019⁴⁵.

75. Mens disse bestemmelser derfor giver de nationale myndigheder et vist spillerum med hensyn til at indrømme visse erhvervsdrivende en undtagelse i fremtiden, er dette ikke tilfældet hvad angår appellanten. I denne henseende er (u)anvendeligheden af disse bestemmelser fuldt ud fastsat på forhånd af EU-reglerne, da de nationale myndigheder *mangler ethvert råderum* og derfor må optræde som Unionens forlængede arm. Jeg vil i denne henseende minde om, at den omstændighed alene, at der abstrakt findes undtagelser fra de regler, der er fastsat i en EU-retsakt, ikke kan have nogen betydning for en sagsøgers retsstilling, hvis den pågældende tydeligvis ikke kan gøre brug af disse undtagelser⁴⁶.

76. Da appellanten for det andet ikke kan undslippe anvendelsen af gasdirektivets bestemmelser på grundlag af en undtagelse, skal det undersøges, om de forpligtelser, som dette direktiv nu pålægger appellanten, følger af vedtagelsen af den anfægtede foranstaltning eller snarere af nationale retsakter til gennemførelse af denne foranstaltning.

77. Appellanten har navnlig kritiseret den ved den anfægtede foranstaltning foretagne udvidelse af forpligtelsen til adskillelse i gasdirektivets artikel 9. Retten har ikke bestridt, at den anfægtede foranstaltning i princippet har ført til en sådan udvidelse, idet den har udvidet anvendelsesområdet for reglen om fuld ejerskabsmæssig adskillelse i gasdirektivets artikel 9, stk. 1⁴⁷. Retten fastslog imidlertid, at udvidelsen ikke fulgte af den anfægtede foranstaltning, da medlemsstaterne kunne indføre to *alternativer* til den fulde ejerskabsmæssige adskillelse, nemlig modellen med en »uafhængig systemoperatør« (»Independent System Operator«- eller »ISO«-model)⁴⁸ og modellen med en »uafhængig transmissionssystemoperatør« (»Independent Transmission Operator«- eller »ITO«-model)⁴⁹, der er fastsat i henholdsvis gasdirektivets artikel 9, stk. 8, og artikel 9, stk. 9.

78. Rettens konstatering af, at medlemsstaterne i henhold til gasdirektivets artikel 9 har tre muligheder for at opnå adskillelse, er uden tvivl korrekt. Dette har appellanten selv erkendt⁵⁰. Med denne konstatering behandles appellants egentlige argument imidlertid ikke.

79. Appellanten har ikke kun bestridt den fulde ejerskabsmæssige adskillelse. Efter appellants opfattelse er både det *resultat*, der skal opnås i henhold til gasdirektivets artikel 9 (adskillelsen), og de tre *metoder* til at opnå dette resultat (fuldstændig adskillelse af ejerskabsstrukturer, ISO eller ITO), ulovlige.

⁴⁴ – Dette er uomtvisteligt i betragtning af det meget fremskredne stadium af gasrørledningens opførelse. Ifølge appellanten blev den endelige afgørelse om hovedinvesteringen truffet i september 2015.

⁴⁵ – Dvs. inden for ca. en måned fra vedtagelsen af den anfægtede foranstaltning. Jf. vedrørende sidstnævnte aspekt ligeledes afgørelse truffet af Bundesnetzagentur (forbundsagenturet for netværk, Tyskland) den 20.5.2020, BK7-19-108.

⁴⁶ – Jf. dom af 22.6.2021, Venezuela mod Rådet (C-872/19 P, EU:C:2021:507, præmis 90).

⁴⁷ – Denne regel indebærer en fuldstændig adskillelse mellem ejerskab og drift af gastransmissionsnet og aktiviteterne vedrørende gasproduktion og -forsyning.

⁴⁸ – I forbindelse med ISO-modellen i gasdirektivets artikel 14 ejer en vertikalt integreret virksomhed et transmissionssystemet, mens operatøren af transmissionssystemet skal være en uafhængig enhed.

⁴⁹ – I forbindelse med ITO-modellen i gasdirektivets kapitel IV ejer en vertikalt integreret virksomhed en selskabsretligt uafhængig enhed, der ejer og driver transmissionssystemet (nemlig ITO). Sidstnævnte enhed skal drives uafhængigt af den vertikalt integrerede virksomhed.

⁵⁰ – Jf. den appellerede kendelses præmis 113.

80. I denne henseende er det ubestridt, at appellants retsstilling – *uanset hvilken mulighed* der i sidste ende måtte blive *valgt* af de nationale myndigheder – uundgåeligt vil blive ændret. Appellanten vil nemlig skulle: i) sælge hele »Nord Stream 2«-gasrørledningen, ii) sælge den del af gasrørledningen, der hører under tysk jurisdiktion, eller iii) overdrage ejendomsretten til gasrørledningen til et særskilt datterselskab. Uanset forskellene mellem disse tre modeller kræver de hver især en overdragelse af ejendomsretten til og/eller driften af gasrørledningen eller af en del heraf og forpligter derved appellanten til at ændre sin virksomhedsstruktur.

81. Under disse omstændigheder og i betragtning af denne særlige situation kan jeg kun konkludere, at det, der umiddelbart berører appellants retsstilling, er den anfægtede foranstaltning og ikke kun de (efterfølgende) gennemførelsesforanstaltninger. Den måde, hvorpå appellanten er berørt, er udtømmende reguleret i den anfægtede foranstaltning. Medlemsstaterne har ingen skønsmåling med hensyn til det endelige resultat, der skal opnås. De har kun (begrænsede) valgmuligheder med hensyn til, hvordan det skal opnås, ved at vælge én af de tre adskillelsesmodeller, som EU-lovgiver har fastsat. Uanset hvilken af de tre modeller de vælger, vil appellanten imidlertid blive berørt. Sammenfattende har medlemsstaterne ingen skønsmåling med hensyn til *hvorvidt* og *hvad*, da de kun må vælge én af de tre på forhånd fastsatte former for *hvordan*.

82. Den foreliggende sag er således omfattet af de situationer⁵¹, hvor Unionens retsinstanser gentagne gange har fastslået, at betingelsen om at være umiddelbart berørt var opfyldt. I denne henseende forstår jeg ikke, hvorfor den foreliggende sag eksempelvis adskiller sig fra den sag, der blev behandlet af Unionens retsinstanser i Infront-sagen⁵², en sag, som appellanten faktisk fremførte for Retten. Ret kategorisk fastslog Retten, at den pågældende sag i retlig og faktisk henseende var forskellig fra den foreliggende sag, da førstnævnte vedrørte en beslutning (og ikke et direktiv), og sidstnævnte »ikke er atypisk«⁵³.

83. Det står mig ikke klart, hvad Retten mente, da den anførte, at den foreliggende sag »ikke er atypisk«, og hvordan dette element spiller en rolle i henhold til artikel 263 TEUF⁵⁴. Efter min opfattelse er det centrale element igen snarere, om man anerkender, at en retsakt titel og form ikke er af nogen videre betydning i henhold til denne bestemmelse. Hvis dette er tilfældet, bliver det afgørende spørgsmål således kun, om den påståede indvirkning på appellants retsstilling er en konsekvens af anfægtelsen af EU-retsakten eller af en efterfølgende gennemførelsesretsakt.

84. På denne baggrund er Rettens konstatering i den appellerede kendelses præmis 118, hvorefter appellanten ikke var umiddelbart berørt af den anfægtede foranstaltning, fordi bestemmelsen om adskillelse krævede nationale gennemførelsesforanstaltninger, behæftet med en retlig fejl.

85. I lyset af det ovenstående konkluderer jeg – for så vidt som ingen af de to grupper af grunde, som Retten anførte i den appellerede kendelse til at udelukke, at appellanten skulle være umiddelbart berørt (hvorefter den anfægtede foranstaltning er et direktiv, og bestemmelsen om adskillelse ikke berører appellants retsstilling umiddelbart) – at Retten begik en retlig fejl, da

⁵¹ – Nævnt ovenfor i punkt 61-65 i dette forslag til afgørelse.

⁵² – Dom af 15.12.2005, Infront WM mod Kommissionen (T-33/01, EU:T:2005:461).

⁵³ – Den appellerede kendelses præmis 117.

⁵⁴ – Hvis Retten mente, at den anfægtede direktiv var et *ægte* direktiv og ikke en skjult beslutning (som Rådet har gjort gældende i forbindelse med den foreliggende appelsag), vil jeg blot henvise til retspraksis, hvorefter »alene den omstændighed, at de omtvistede bestemmelser er en del af en generel retsakt, som udgør et ægte direktiv og ikke en beslutning i [artikel 263, stk. 4, TEUF's] forstand, truffet i form af et direktiv, ikke i sig selv [er] tilstrækkelig til at udelukke, at disse bestemmelser kan berøre en borger umiddelbart og individuelt«. Jf. dom af 2.3.2010, Arcelor mod Parlamentet og Rådet (T-16/04, EU:T:2010:54, præmis 94 og den deri nævnte retspraksis). Min fremhævelse.

den i den appellerede kendelses præmis 116 fastslog, at appellanten ikke er umiddelbart berørt, hvilket i den appellerede kendelses præmis 124 førte den til en urigtig konklusion om søgsmålskompetence i henhold til artikel 263 TEUF.

86. Disse retlige fejl er i sig selv tilstrækkelige til at ophæve punkt 4 i den appellerede kendelses konklusion, hvorved søgsmålet blev afvist. For fuldstændighedens skyld og for at bistå Domstolen til fulde i forbindelse med denne appelsag vil jeg dog også se på et andet argument fremsat af appellanten i det første anbringende.

c) Manglende behandling af andre af appellants argumenter

87. Appellanten gjorde for Retten gældende, at den anfægtede foranstaltning berørte selskabets retsstilling umiddelbart, da denne foranstaltning navnlig havde tre typer af virkninger. Ud over at fastsætte en forpligtelse med hensyn til adskillelse – der er behandlet i det foregående afsnit i dette forslag til afgørelse – forpligtes appellanten ligeledes til at anvende regler om tredjepartsadgang og tarifregulering. Appellanten har i alle sine indlæg for Retten (og navnlig i stævningen og bemærkningerne til de sagsøgte formalitetsindsigelser) stedse henvist til de (angiveligt skadelige) virkninger som følge af anvendelse af disse tre bestemmelser på selskabets situation.

88. Retten anerkendte for så vidt dette i den appellerede kendelse⁵⁵. Den forkastede dernæst dog betingelsen om at være umiddelbart berørt og tog kun bestemmelserne om adskillelse i betragtning. Retten undersøgte ikke, om appellants retsstilling – uanset de påståede virkninger af bestemmelserne om adskillelse – kunne blive berørt af bestemmelserne om tredjepartsadgang og/eller tarifregulering.

89. De argumenter, som appellanten har fremført vedrørende tredjepartsadgang og tarifregulering, er på ingen måde blot sekundære betragtninger, der kunne ignoreres eller implicit forkastes af Retten, men derimod to elementer af selskabets trestrengede forklaring med hensyn til, hvorfor det var umiddelbart berørt af den anfægtede foranstaltning. Hvert af disse tre elementer kunne hver for sig være tilstrækkeligt som grundlag for en konstatering om betingelsen om at være umiddelbart berørt. Uanset hvilken form for adskillelse der i sidste ende måtte blive valgt af de nationale myndigheder, berøres forpligtelserne for appellanten med hensyn til tredjepartsadgang og tarifregulering navnlig ikke.

90. Under disse omstændigheder er den appellerede kendelse nødvendigvis også behæftet med en begrundelsesmangel. Denne retlige fejl vedrører almindelige retsprincipper. Den kan efterprøves⁵⁶ af Domstolen af egen drift⁵⁷, navnlig når den vedrører spørgsmålet, om et søgsmål kan antages til realitetsbehandling for Retten⁵⁸.

91. Uanset de ovennævnte retlige fejl i forbindelse med fortolkningen og anvendelsen af bestemmelserne om adskillelse (gasdirektivets artikel 9) samt undtagelsen (henholdsvis i gasdirektivets artikel 49a og artikel 36) skal punkt 4 i den appellerede kendelses konklusion derfor ligeledes ophæves på grund af manglende begrundelse.

⁵⁵ – Jf. den appellerede kendelses præmis 96 og 98.

⁵⁶ – Appellanten har behørigt forelagt Rettens fejl i denne henseende i forbindelse med sine argumenter vedrørende en fejlagtig fortolkning og anvendelse af artikel 263, stk. 4, TEUF, selv om appellanten ikke omtalte den som en »begrundelsesmangel«. Jf. punkt 67 ovenfor i dette forslag til afgørelse.

⁵⁷ – Jf. i denne retning dom af 20.12.2017, EUIPO mod European Dynamics Luxembourg m.fl. (C-677/15 P, EU:C:2017:998, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis).

⁵⁸ – Jf. bl.a. kendelse af 5.9.2013, ClientEarth mod Rådet (C-573/11 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:564, præmis 20).

92. Hvis Retten endvidere havde foretaget en korrekt vurdering af bestemmelserne om tredjepartsadgang og tarifregulering, ville den have konkluderet, at disse bestemmelser ligeledes berører appellanten umiddelbart.

93. Igen er det korrekt – som de sagsøgte og intervenienterne har fremhævet – at medlemsstaterne i henhold til bestemmelserne i gasdirektivets artikel 32 og 41 skal »sikre« gennemførelsen heraf.

94. I denne sammenhæng kan det imidlertid næppe heller bestrides, at appellanten ikke har anfægtet den konkrete måde, hvorpå de forpligtelser, der følger af disse bestemmelser, vil blive gennemført. Appellanten har anfægtet selve kernen i de forpligtelser, der er pålagt selskabet som følge af vedtagelsen af den anfægtede foranstaltning.

95. Kort fortalt skal transmissionssystemoperatører i henhold til gasdirektivets artikel 32 uden at forskelsbehandle og på grundlag af offentliggjorte tariffer give potentielle kunder adgang til deres kapacitet. Gasdirektivets artikel 41, stk. 6, 8 og 10, bestemmer for sin del i det væsentlige, at de tariffer, som transmissionssystemoperatører opkræver for brug af deres transportkapacitet, skal godkendes af den nationale reguleringsmyndighed i den pågældende medlemsstat.

96. I henhold til disse bestemmelser vil appellanten i det i disse bestemmelser fastsatte omfang være retligt afskåret fra at handle som en sædvanlig markedsdeltager, som frit kan vælge sine kunder og sin prispolitik. Appellanten vil således stå over for en række nye lovgivningsmæssige begrænsninger, der begrænser selskabets ejendomsret og frihed til at oprette og drive egen virksomhed. Disse begrænsninger er nye, da den lovgivning, der var gældende på tidspunktet for investeringen, dvs. det tidspunkt, hvor opførelsen af infrastrukturen blev påbegyndt, og det tidspunkt, hvor appellanten indgik kontrakter vedrørende dens finansiering og fremtidige drift⁵⁹, ikke foreskrev obligatorisk tredjepartsadgang og tarifgodkendelse fra den nationale tilsynsmyndigheds side.

97. Dette betyder ikke, at lovgiver, når en virksomhed foretager en investering og forbereder sig på at indtræde på et marked på grundlag af en bestemt ordning, uanset investeringens omfang, ikke er i stand til gyldigt at ændre denne ordning. Dette er helt klart ikke tilfældet.

98. Spørgsmålet, om de ændringer af denne ordning, som skaber nye forpligtelser og begrænsninger, der ikke fandtes tidligere, er rimelige, udgør imidlertid en vurdering af, om appellansens søgsmål er *velbegrundet*. Hvad angår *formaliteten* er det eneste relevante spørgsmål, om disse forpligtelser og begrænsninger følger direkte af den anfægtede foranstaltning, og ikke, om de er rimelige eller begrundede. Berører disse begrænsninger og forpligtelser allerede appellansens retlige og økonomiske stilling og dennes mulighed for at opfylde sine forpligtelser i henhold til allerede indgåede aftaler⁶⁰, uanset hvilke foranstaltninger der i sidste ende måtte blive vedtaget på nationalt plan?

99. Endelig skal to yderligere argumenter fremsat af de sagsøgte og intervenienterne behandles.

⁵⁹ – Jeg henviser navnlig til »Gas Transportation Agreement«, der blev indgået den 7.3.2017 med Gazprom Export LLC, og »Long Term Debt Financing Agreements«, der blev indgået i april og juni 2017 med Gazprom, ENGIE SA, OMV AG, Royal Dutch Shell plc, Uniper SE og Wintershall Dea GmbH. Relevante uddrag af disse aftaler blev fremlagt for Retten.

⁶⁰ – Jf., *mutatis mutandis*, generaladvokat Bots forslag til afgørelse Sahlstedt m.fl. mod Kommissionen (C-362/06 P, EU:C:2008:587, punkt 66-76).

100. For det første er den polske regerings argument om, at appellantens retsstilling ikke kan blive berørt af den anfægtede foranstaltning, da gasdirektivet allerede fandt anvendelse på gasrørledninger som »Nord Stream 2«-gasrørledningen, efter min opfattelse uholdbart. Det er min opfattelse, at denne gasrørledning – der forbinder en medlemsstat (Tyskland) med et tredjeland (Rusland) – tydeligvis ikke var omfattet af den tidligere definition af begrebet »sammenkoblingslinje« i gasdirektivets artikel 2, nr. 17), som oprindeligt vedtaget. Denne lovmæssige definition henviste til »transmissionslinje, som krydser en grænse mellem medlemsstater med det ene formål at forbinde disse medlemsstaters nationale transmissionssystemer«.

101. Den anfægtede foranstaltning udvidede derfor denne definition, således at den også omfatter »en transmissionslinje mellem en medlemsstat og et tredjeland op til medlemsstaternes område eller den pågældende medlemsstats søterritorium«⁶¹. Endvidere synes selve ordlyden af den anfægtede foranstaltning at tilbagevise den polske regerings argument: I henhold til tredje betragtning tilstræbte denne foranstaltning »at tackle hindringer for fuldførelsen af det indre marked for naturgas, som skyldes *ikkeanvendelsen* af Unionens markedsregler på *gastransmissionslinjer til og fra tredjelande*«⁶².

102. For det andet er det af Parlamentet og den polske regering fremførte argument om en angiveligt manglende indvirkning på appellanten, da selskabets kommercielle aktiviteter endnu ikke er påbegyndt, efter min opfattelse heller ikke overbevisende. Gasdirektivet, der blev gjort anvendeligt på appellanten ved den anfægtede foranstaltning, regulerer ikke blot de aktiviteter, der udøves af virksomheder, der på nuværende tidspunkt er aktive på markedet, men ligeledes aktiviteterne blandt virksomheder, der ønsker at indtræde på markedet. Gasdirektivets artikel 36 og 49a regulerer f.eks. situationer, hvor en virksomhed endnu ikke er begyndt at levere sine ydelser. Den førstnævnte bestemmelse vedrører navnlig situationer, hvor opførelsen af den pågældende infrastruktur end ikke er påbegyndt.

103. Måske endnu vigtigere – som en grundlæggende økonomisk realitet – er gasrørledninger imidlertid ikke klementiner⁶³. Et sådant stort infrastrukturprojekt er ikke en forretningsaktivitet, der begynder fra den ene dag til den anden. I den foreliggende sag vil den anfægtede foranstaltning i betragtning af det fremskredne stadium af gasrørledningens opførelse og den betydelige investering, som appellanten har foretaget gennem flere år, have mange konsekvenser for appellantens virksomhedsstruktur og den måde, hvorpå selskabet kan udøve sin virksomhed. Nogle af de ændringer, der kræves af appellanten, vil nødvendigvis skulle gennemføres, allerede *inden* selskabets kommercielle aktiviteter påbegyndes. Det kan derfor ikke hævdes, at indvirkningen er rent hypotetisk eller under alle omstændigheder forbundet med fremtidige begivenheder.

104. I lyset af det ovenstående er det min opfattelse, at appellantens første anbringendes andet led ligeledes er begrundet. Retten anlagde en urigtig fortolkning af gasdirektivets artikel 9, fejlfortolkede betydningen af direktivets artikel 36 og 49a og efterprøvede ikke indvirkningen af direktivets artikel 32 og 41. Disse bestemmelser skaber nye forpligtelser for appellanten. Den væsentlige del af disse forpligtelser (som nemlig er netop den del, som appellanten har anfægtet⁶⁴) kan ikke i væsentlig grad berøres af de nationale gennemførelsesforanstaltninger.

⁶¹ – Min fremhævelse.

⁶² – Min fremhævelse.

⁶³ – Dom af 15.7.1963, Plaumann mod Kommissionen (25/62, EU:C:1963:17), selv om arten af den omhandlede forretningsaktivitet i den pågældende sag snarere var relevant for begrebet individuelt berørt.

⁶⁴ – Jf. tilsvarende generaladvokat Bots forslag til afgørelse Kommissionen mod Infront WM (C-125/06 P, EU:C:2007:611, punkt 84).

105. Jeg når således til den konklusion, at appellanten må anses for at være umiddelbart berørt af den anfægtede foranstaltning.

B. Andet anbringende

106. Det andet anbringende vedrører den appellerede kendelses præmis 38-72 og 125-135.

107. I den appellerede kendelses præmis 38-72 behandlede Retten Rådets anmodning vedrørende et processuelt spørgsmål⁶⁵. Retten traf beslutning om, at to af de af Rådet anfægtede dokumenter skulle udtages af sagsakterne (bilag A.14 og O.20). Den fastslog endvidere, at der ikke længere skulle tages hensyn til de passager i disse dokumenter, der var gengivet i appellansens indlæg. I modsætning hertil fastslog Retten, at det var uforholdsmæssigt at træffe afgørelse vedrørende udtagelsen af et tredje dokument (forhandlingsdirektiverne), for så vidt som dette dokument ikke var blevet fremlagt.

108. I den appellerede kendelses præmis 125-135 behandlede Retten dernæst appellansens anmodning om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse med henblik på, at Retten pålagde de sagsøgte at fremlægge den uredigerede udgave af visse dokumenter⁶⁶. Retten fastslog først, at det var uforholdsmæssigt at tage stilling til denne anmodning. Den bemærkede, at de pågældende dokumenter angiveligt havde til formål at godtgøre, at appellanten var individuelt berørt af den anfægtede foranstaltning. Den fandt imidlertid, at søgsmålet kunne afvises, uden at det var nødvendigt at efterprøve betingelsen om individuelt berørt.

109. Retten behandlede dernæst Rådets anmodning om, at to af appellansens dokumenter, der var vedlagt selskabets anmodning om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse (de uredigerede tyske dokumenter), blev udtaget af sagsakterne. Den fandt, at denne anmodning var begrundet.

110. Appellanten har i appelskriftet gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl, for så vidt som den i) anordnede, at de omtvistede bilag skulle udtages af sagsakterne, og ii) så bort fra de passager i appellansens stævning, som gengav passager i to af disse bilag.

1. Parternes argumenter

111. Appellanten har gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl, for så vidt som den i det væsentlige udelukkende baserede sin argumentation på anvendelsen af bestemmelserne om aktindsigt i forordning nr. 1049/2001. Selv om dette instrument kan give visse oplysninger med hensyn til, hvilke interesser Unionens retsinstanser kan være nødt til at tage hensyn til ved afgørelsen af, om beviser, der fremlægges i verserende sager, kan antages til realitetsbehandling, kan det ikke uden videre anvendes på disse situationer. Retten burde have vurderet, om de omtvistede bilag kunne antages til realitetsbehandling, ved ligeledes at tage hensyn til andre interesser, der er forskellige fra dem, der er anført i forordning nr. 1049/2001. Det følger navnlig af fast retspraksis, at Unionens retsinstanser skal efterprøve, om de dokumenter, som en part har fremlagt, kan være relevante eller endog afgørende for tvistens afgørelse.

⁶⁵ – Jf. punkt 16 og 17 ovenfor i dette forslag til afgørelse.

⁶⁶ – Jf. punkt 18 og 19 ovenfor i dette forslag til afgørelse.

112. Efter Rådets opfattelse kan dette anbringende ikke antages til realitetsbehandling, da appellanten i det væsentlige søger at opnå Domstolens prøvelse af Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder, nemlig om fremlæggelsen af de omtvistede bilag var passende og nødvendig. Endvidere er begge sagsøgte – støttet af intervenienterne – af den opfattelse, at dette anbringende er ugrundet, da Retten anvendte de principper om bevisers antagelse til realitetsbehandling, der følger af praksis fra Unionens retsinstanser, korrekt. De sagsøgte har fremhævet, at de omtvistede bilag var interne dokumenter, som aldrig var gjort tilgængelige for offentligheden.

2. Bedømmelse

113. Indledningsvis skal Rådets argument om, at det andet anbringende ikke kan antages til realitetsbehandling, forkastes. Appellanten har nemlig ikke anmodet Domstolen om at foretage en fornyet prøvelse af Rettens vurdering af relevansen af de omtvistede bilag. Appellanten har derimod kritiseret den retlige ramme, der er anvendt ved vurderingen af, om de omhandlede dokumenter kan antages til realitetsbehandling. Dette er et retsspørgsmål, der som sådant kan efterprøves under en appelsag.

114. Hvad angår det andet anbringendes realitet er jeg enig med appellanten. Retten begik en retlig fejl i forbindelse med sin tilgang til undersøgelsen af, om de omtvistede bilag kunne godtages som beviser.

115. Med henblik på at forklare denne konklusion vil jeg indledningsvis sammenfatte de principper, der gælder for fremlæggelsen af beviser for Unionens retsinstanser, og i den forbindelse redegøre for den åbne tilgang, der er forankret i de relevante bestemmelser og den relevante retspraksis (a). Jeg vil derefter behandle de mulige undtagelser til denne ordning, hvor der i begrænset omfang kan tages udgangspunkt i bestemmelserne i forordning nr. 1049/2001 (b). Dernæst vil jeg fremhæve en yderligere, men vigtig forskel mellem den ordning, der regulerer aktindsigt, og den ordning, der regulerer fremlæggelsen af beviser for Unionens retsinstanser, nemlig konsekvenserne af offentliggørelsen af dokumenter (c). Det er på denne baggrund, at jeg herefter vil redegøre for, hvorfor Retten konkret i den appellerede kendelse begik en retlig fejl ved efterprøvningen af, om de omtvistede bilag kunne antages til realitetsbehandling (d). Endelig vil jeg kort tage stilling til relevansen af disse bilag for den foreliggende sag (e).

a) Den generelt åbne tilgang til bevisers antagelse til realitetsbehandling

116. Statutten for Den Europæiske Unions Domstol indeholder ingen specifik bestemmelse om, hvorvidt de beviser, som parterne fremlægger, kan antages til realitetsbehandling. I henhold til statuttens artikel 24 kan Unionens retsinstanser forlange, at parterne fremlægger *ethvert dokument og meddeler enhver oplysning*, som Unionens retsinstanser finder ønskelig. Endvidere kan Unionens retsinstanser ligeledes afkræve medlemsstaterne og EU's institutioner, organer, kontorer eller agenturer *enhver oplysning*, som findes nødvendig for sagens behandling, selv når de ikke er parter i retssagen.

117. Rettens og Domstolens procesreglementer indeholder heller ingen generel bestemmelse om, hvilke former for beviser der kan antages eller ikke antages til realitetsbehandling. Disse regelsæt regulerer kun *hvornår* og *hvordan* (og ikke *hvilke*) beviser der kan fremlægges af parterne eller afkræves af Domstolen.

118. Det følger således af Domstolens faste praksis, at »princippet om processuel ligestilling, der følger af selve begrebet en retfærdig rettergang, indebærer en forpligtelse til at give hver af parterne rimelig mulighed for at fremlægge sin sag, *herunder sine beviser*, under betingelser, der ikke stiller den pågældende i en situation, der er til dennes ugunst i forhold til modparten«⁶⁷. Endvidere har Domstolen ligeledes fastslået, at »det princip, som gælder i EU-retten, er princippet om den *frie bevisbedømmelse*«, og at »det alene er de forelagte bevisers troværdighed, der er afgørende for bedømmelsen heraf«⁶⁸.

119. Mere specifik retspraksis bekræfter endvidere, at der ikke er tale om nogen umiddelbar udelukkelse med hensyn til, at beviserne skal have bestemte *former* eller en bestemt *oprindelse*⁶⁹. Hvad angår den *måde*, hvorpå beviserne blev opnået, har Unionens retsinstanser præciseret, at det normalt kun er lovligt opnåede beviser, der kan fremlægges frit⁷⁰, hvilket er i overensstemmelse med det almindeligt anerkendte retsprincip *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Ligesom andre høje retsinstanser⁷¹ har Unionens retsinstanser imidlertid heller ikke udelukket, at beviser, der er erhvervet ulovligt (eller uretmæssigt), undtagelsesvis ligeledes kan antages til realitetsbehandling⁷². Dette gælder så meget desto mere, når dokumenternes ægthed ikke er blevet bestridt⁷³, og når det ikke er godtgjort, at den part, der fremlagde beviserne, var den person, der ulovligt havde erhvervet dem⁷⁴.

120. Det følger af det ovenstående, at *alle* beviser i princippet kan fremlægges for Unionens retsinstanser⁷⁵. Den pågældende retsinstans kan imidlertid tage hensyn til, om der foreligger *andre interesser*, som undtagelsesvis kan begrunde afvisningen af at acceptere beviserne og afveje disse interesser med dem, der taler for en accept heraf.

b) Undtagelser vedrørende formaliteten med hensyn til beviser

121. Hvad angår de interesser, der kan have behov for beskyttelse – og således tillade undtagelser fra princippet om den frie bevisførelse – kan der i en vis grad tages udgangspunkt i de undtagelser, som EU-lovgiver udtrykkeligt har fastsat i forordning nr. 1049/2001. Som fastslået af Domstolen

⁶⁷ – Jf. dom af 16.5.2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, præmis 96 og den deri nævnte retspraksis).

⁶⁸ – Jf. senest kendelse af 12.6.2019, OY mod Kommissionen (C-816/18 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2019:486, præmis 6 og den deri nævnte retspraksis). Min fremhævelse.

⁶⁹ – Jf. i denne retning dom af 29.2.1996, Lopes mod Domstolen (T-280/94, EU:T:1996:28, præmis 56-59), af 6.9.2013, Persia International Bank mod Rådet (T-493/10, EU:T:2013:398, præmis 95), og af 12.9.2013, Besselink mod Rådet (T-331/11, ikke trykt i Sml., EU:T:2013:419, præmis 11 og 12 og den deri nævnte retspraksis). Jf. ligeledes analogt dom af 25.1.2007, Dalmine mod Kommissionen (C-407/04 P, EU:C:2007:53, præmis 46-51), og af 1.7.2008, Sverige og Turco mod Rådet (C-39/05 P og C-52/05 P, EU:C:2008:374, præmis 57).

⁷⁰ – Jf. analogt dom af 26.9.2018, Infineon Technologies mod Kommissionen (C-99/17 P, EU:C:2018:773, præmis 65 og den deri nævnte retspraksis).

⁷¹ – Jf. med henvisning til Den Internationale Domstols praksis vedrørende samme problemstilling J.J. Quintana, *Litigation at the International Court of Justice*, Leiden, Brill, 2015, s. 385.

⁷² – Jf. navnlig dom af 12.5.2015, Dalli mod Kommissionen (T-562/12, EU:T:2015:270, præmis 47 og 48 og den deri nævnte retspraksis), og kendelse af 23.3.2017, Troszczynski mod Parlamentet (T-626/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2017:237, præmis 27 og 28), og af 23.3.2017, Gollnisch mod Parlamentet (T-624/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2017:243, præmis 27 og 28).

⁷³ – Jf. i denne retning dom af 8.11.2018, QB mod ECB (T-827/16, EU:T:2018:756, præmis 67). Jf. ligeledes modsætningsvis dom af 17.12.1981, Ludwigshafener Walzmühle Erling m.fl. mod Rådet og Kommissionen (197/80-200/80, 243/80, 245/80 og 247/80, EU:C:1981:311, præmis 16).

⁷⁴ – Dom af 12.5.2015, Dalli mod Kommissionen (T-562/12, EU:T:2015:270, præmis 49), og af 8.11.2018, QB mod ECB (T-827/16, EU:T:2018:756, præmis 68-72).

⁷⁵ – Dette synes ligeledes at være den fremherskende holdning i den juridiske litteratur: jf. bl.a. K.P.E. Lasok, *The European Court of Justice: Practice and Procedure*, 2. udgave, Buttersworth, 1994, s. 344, og E. Barbier de la Serre og A.-L. Sibony, »Expert Evidence Before the EC Courts«, *Common Market Law Review*, 2008, s. 958 og 959, og K. Lenaerts, I. Maselis og K. Gutman, *EU Procedural Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 768 og 769.

har dette instrument »en vis vejledende værdi med henblik på den interesseafvejning, der er nødvendig for afgørelsen af« anmodninger om, at dokumenter, der er fremlagt for Unionens retsinstanser, udtages fra sagsakterne⁷⁶.

122. Selv om dette instrument udgør en fuldstændig og udtømmende ordning hvad angår aktindsigt i dokumenter, kan det imidlertid klart ikke ligeledes gælde for fremlæggelsen af beviser. Unionens retsinstanser kan og bør – når det er relevant – tage hensyn til andre (»indenretslige« eller »udenretslige«) interesser.

123. Generelt vil jeg i denne forbindelse advare mod en automatisk eller under alle omstændigheder overdreven anvendelse af bestemmelserne i forordning nr. 1049/2001. Det er på ingen måde tilfældigt, at dette instrument ikke finder anvendelse på dokumenter, som Den Europæiske Unions Domstol er i besiddelse af, og at de institutioner, der er omfattet af dette instrument, skal afslå at give aktindsigt i dokumenter, »hvis udbredelse ville være til skade for beskyttelsen af [...] retslige procedurer«⁷⁷.

124. Dette er helt logisk. De fleste retssystemer indeholder nemlig særlige ordninger for offentliggørelsen af oplysninger inden for rammerne af retslige procedurer. Det er således rimeligt, at EU-lovgiver besluttede, at de generelle bestemmelser om aktindsigt *ikke må gribe ind* i disse særlige ordninger. Det er så meget desto mere utænkeligt, at et instrument som forordning nr. 1049/2001 så de facto ville få lov til at *regulere* reglerne om fremlæggelse af beviser for Den Europæiske Unions Domstol.

125. Begge regelsæt – aktindsigt og fremlæggelse af beviser – er ganske vist baseret på et lignende »regel-undtagelse«-system. Reglen er udbredelse, og undtagelsen er ingen udbredelse. Her ender imidlertid en eventuel parallel mellem de to ordninger – og frem for alt den overordnede balance, der skal opnås inden for rammerne af dem, mellem konkurrerende værdier og interesser.

126. De to regelsæt i) vedrører aktiviteter af forskellig art og ii) forfølger et andet formål, således at iii) institutionerne skal foretage en helt anden vurdering, når de træffer beslutning om udbredelsen af det pågældende dokument.

127. For det første finder jeg det ikke nødvendigt at undersøge nærmere, hvorfor aktiviteten i form af *udbredelse* af et bestemt dokument til *offentligheden* næppe kan sammenlignes med aktiviteten i form af *indgivelse* af et dokument (og således udbredelse af et sådant dokument) til *ret*. Det er utænkeligt, at Den Europæiske Unions Domstol – den eneste instans med kompetence til at føre tilsyn med og håndhæve lovligheden over for EU's institutioner og organer – i forbindelse med efterprøvelsen af en EU-retsakts lovlighed skal have adgang til disse institutioners og organers dokumenter på samme niveau som – for blot at give nogle få eksempler – journalister, akademikere eller ikke-statslige organisationer.

128. For det andet er det ligeledes vigtigt at fremhæve, at i betragtning af forskellen mellem disse aktiviteter, er de *formål*, der forfølges med de relative regelsæt, også temmelig forskellige.

⁷⁶ – Jf. f.eks. dom af 31.1.2020, Slovenien mod Kroatien (C-457/18, EU:C:2020:65, præmis 67), og kendelse af 14.5.2019, Ungarn mod Parlamentet (C-650/18, ikke trykt i Sml., EU:C:2019:438, præmis 9, 12 og 13).

⁷⁷ – Artikel 4, stk. 2, i forordning nr. 1049/2001.

129. Formålet med forordning nr. 1049/2001 er, som det fremgår af anden betragtning dertil, at øge åbenheden og gennemsigtigheden i den offentlige forvaltning for at give borgerne bedre mulighed for at deltage i beslutningsprocessen og sikre forvaltningen en større legitimitet, effektivitet og gøre den mere ansvarlig. Det overordnede formål er at styrke principperne om demokrati og overholdelse af de grundlæggende rettigheder.

130. Bevisreglerne har for deres vedkommende til formål at sikre en god retspleje, som gør det muligt for Den Europæiske Unions Domstol at udføre sin opgave i henhold til artikel 19 TEU. Det overordnede formål er at sikre enhver den ret til adgang til effektive retsmidler, der er fastsat i chartrets artikel 47.

131. For det tredje formes som følge af disse (forskellige) formål den vurdering, som skal foretages af den EU-institution, der har til opgave at træffe afgørelse om et anfægtet dokument skæbne, nødvendigvis på forskellige måder. Der er navnlig få ligheder mellem på den ene side de måder, hvorpå de modstridende interesser afvejes i de to systemer, og på den anden side resultaterne af afvejningen af de værdier og interesser, der er på spil i begge tilfælde.

132. Bestemmelserne i forordning nr. 1049/2001 tilstræber at finde en balance mellem borgernes interesser i at have en åben og gennemsigtig offentlig forvaltning og behovet for at beskytte EU-institutionernes mulighed for at udføre deres opgaver effektivt⁷⁸. Den institution, der modtager en begæring om at udlevere et dokument, skal således vurdere, om aktindsigt i det omhandlede dokument under de særlige omstændigheder i det foreliggende tilfælde ikke ville bringe institutionens mulighed for at forfølge en af de interesser, der er fastsat i forordningen, i fare. Selv hvis denne mulighed kunne blive berørt, ville institutionen endvidere skulle vurdere, om der eventuelt foreligger en tungtvæjende interesse, der kræver udbredelse.

133. Det er indlysende, at en afgørelse om fremlæggelse af beviser i forbindelse med en retssag indebærer en anden form for bedømmelse. Bevisreglerne har til formål at fastlægge, hvilke informationskilder retten kan eller ikke kan tage i betragtning med henblik på at fastlægge de relevante faktiske omstændigheder ved afgørelsen af en tvist. Det er ikke let at finde gode grunde til, hvorfor Unionens retsinstanser skulle se bort fra visse (potentielt relevante) informationskilder og herved øge risikoen for retlige fejl.

134. Dermed er naturligvis ikke sagt, at nødvendigheden af at beskytte en bestemt interesse i visse tilfælde ikke kan begrunde, at de af parterne fremlagte beviser afvises, uanset om de er relevante. Retspraksis giver nemlig eksempler på situationer, hvor Unionens retsinstanser har tilladt visse undtagelser fra princippet om den frie bevisførelse. Tre eksempler kan nævnes til at illustrere dette.

135. For det første må en part ikke anvende en retslig procedure til at »omgå« bestemmelserne om *aktindsigt i dokumenter*. Dette ville være tilfældet, hvis en part anlagde et ikke reelt søgsmål netop med det formål at opnå aktindsigt i dokumenter, som på anden vis er fortrolige⁷⁹. Det kan ligeledes meget vel være, at en part i forbindelse med en reel tvist begærer aktindsigt i et fortroligt dokument, som en EU-institution er i besiddelse af, hvis udbredelse faktisk kunne skade denne institutions mulighed for at udøve sine funktioner uden for retten.

⁷⁸ – Jf. navnlig 6. og 11. betragtning til forordning nr. 1049/2001.

⁷⁹ – Jf. den appellerede kendelses præmis 128 og den deri nævnte retspraksis.

136. For det andet kan nødvendigheden af at beskytte EU-institutionernes eller de nationale institutioners interne drøftelser – og navnlig deres mulighed for at *indhente juridiske udtalelser* og modtage åbne, objektive og fuldstændige udtalelser – ligeledes begrunde visse begrænsninger i parternes mulighed for at fremlægge dokumenter, som ikke er gjort og ikke skulle gøres tilgængelige for offentligheden⁸⁰. De juridiske rådgivere kunne nemlig være tilbageholdende med at give udførlig rådgivning skriftligt, hvis de ved, at EU-institutionen i sidste instans kan vælge ikke at følge den, og at de efterfølgende i en retssal kan blive konfronteret med deres egen rådgivning i forbindelse med forsvaret af den pågældende institutions afgørelse.

137. For det tredje kan der sagtens forekomme situationer, hvor visse dokumenter indeholder følsomme oplysninger, såsom *følsomme personoplysninger*, som i tilfælde af udbredelse kan skade en bestemt persons privat- eller arbejdsliv. Det samme kunne gælde for *forretningshemmeligheder*. I disse tilfælde kan Unionens retsinstanser være nødt til at foretage en afvejning mellem på den ene side en parts interesse i at fremlægge (eller opnå) de beviser, der er nødvendige for, at den pågældende kan udøve sin ret til en effektiv domstolsprøvelse, og på den anden side de ulemper, som udbredelsen af sådanne beviser sandsynligvis kan medføre for en persons privatliv eller andre beskyttede interesser⁸¹.

138. I alle ovennævnte tilfælde tilkommer det Unionens retsinstans at foretage en afvejning af de pågældende modstridende interesser med henblik på at tage stilling til, om dokumentet kan antages til realitetsbehandling. Dette indebærer, at de sandsynlige følger af, at dokumentet kan antages til realitetsbehandling eller ikke kan antages til realitetsbehandling, skal vurderes⁸². På den ene side skal Unionens retsinstans efterprøve, om den eller de interesser, der påberåbes til støtte for ikke at offentliggøre dokumentet, er reel(le) og bør beskyttes, samt vurdere arten og omfanget af den eventuelt forvoldte skade, såfremt fremlæggelsen af dokumentet tillades⁸³. På den anden side skal Domstolen vurdere, om og i hvilket omfang dens rolle som »efterprøver af faktiske omstændigheder« kan blive påvirket negativt, hvis dokumentet ikke fremlægges: Er det omtvistede dokument i givet fald vigtigt eller endog af afgørende betydning med henblik på at fastslå visse faktiske omstændigheder, eller er det blot ét af flere dokumenter, som kan være hensigtsmæssige i dette øjemed?⁸⁴. Foreligger der endvidere en anden »indenretslig« interesse såsom procesøkonomi, retfærdig rettergang eller overholdelse af retten til forsvar, som i givet fald kunne tale for at acceptere eller ikke acceptere visse dokumenter?⁸⁵

139. Det skal imidlertid klart fremhæves, at der i begrænset omfang er overlapning mellem reglerne om fremlæggelse af beviser inden for rammerne af retslige procedurer og bestemmelserne i forordning nr. 1049/2001 med hensyn til input, nemlig arten af de interesser, der kan afvejes over for udbredelsen. Derimod er selve afvejningen og navnlig det sandsynlige udfald heraf meget forskellige. Det er faktisk absolut sandsynligt, at med hensyn til et stort antal

⁸⁰ – Jf. bl.a. kendelse af 23.10.2002, Østrig mod Rådet (C-445/00, EU:C:2002:607, præmis 12 og 13), og af 23.3.2007, Stadtgemeinde Frohnleiten og Gemeindebetriebe Frohnleiten (C-221/06, EU:C:2007:185, præmis 20-22), og dom af 31.1.2020, Slovenien mod Kroatien (C-457/18, EU:C:2020:65, præmis 70).

⁸¹ – Jf. f.eks. dom af 23.9.2015, Cerafogli mod ECB (T-114/13 P, EU:T:2015:678, præmis 43).

⁸² – Jf. i denne henseende generelt R. Barents, *Remedies and Procedures Before the EU Courts*, 2. udgave, Wolters Kluwer, 2020, s. 651 og 652.

⁸³ – Jf. f.eks. dom af 12.5.2015, Dalli mod Kommissionen (T-562/12, EU:T:2015:270, præmis 50-53).

⁸⁴ – Jf. i denne retning kendelse af 13.2.2014, Kommissionen mod Rådet (C-425/13, ikke trykt i Sml., EU:C:2014:91, præmis 22-24), og dom af 6.3.2001, Dunnett m.fl. mod EIB (T-192/99, EU:T:2001:72, præmis 33 og 34), af 11.7.2014, Esso m.fl. mod Kommissionen (T-540/08, EU:T:2014:630, præmis 61), og af 12.5.2015, Dalli mod Kommissionen (T-562/12, EU:T:2015:270, præmis 51).

⁸⁵ – Jf. f.eks. dom af 11.7.2014, Esso m.fl. mod Kommissionen (T-540/08, EU:T:2014:630, præmis 62), og af 4.7.2017, European Dynamics Luxembourg m.fl. mod Den Europæiske Unions Jernbaneagentur (T-392/15, EU:T:2017:462, præmis 52-56), og kendelse af 25.2.2015, BPC Lux 2 m.fl. mod Kommissionen (T-812/14 R, ikke trykt i Sml., EU:T:2015:119, præmis 14).

dokumenter kan beskyttelsen af visse interesser begrunde et afslag på en begæring om aktindsigt som omhandlet i forordning nr. 1049/2001, selv om de samme grunde ikke ville være tilstrækkelige til i en tvist for Unionens retsinstanser at begrunde en udtagelse af sagsakterne⁸⁶.

140. Hvis det forholdt sig anderledes, ville den faktiske sammensmeltning af de to ordninger i det mindste føre til en række meget tvivlsomme resultater. For det første ville den eneste retsinstans, der havde beføjelse til fuldt ud at overvåge EU-institutionerne, ved varetagelsen af denne opgave have adgang til oplysninger på samme niveau som enhver anden. For det andet ville afgørelsen af, om beviser for Unionens retsinstanser kunne antages til realitetsbehandling, i sidste instans i vidt omfang blive overladt til EU-institutionerne, som selv ville udvælge, hvilke dokumenter de ønsker efterprøvet. For det tredje ville det ovenstående – som en ret indgribende konsekvens heraf – resultere i, at Den Europæiske Unions Domstol ville være foranlediget til at censurere eller bringe en part fuldstændig til tavshed, som normalt ville have en ubegrænset ret til at udtrykke sig frit for Domstolen, potentielt til skade for denne parts ret til at blive hørt i henhold til chartrets artikel 47.

141. Alt det ovenstående er efter min opfattelse – også under hensyntagen til den nye sociale realitet med hensyn til udbredelse af og adgang til oplysninger⁸⁷, ikke fremmede for Domstolens funktion og opfattelsen af denne. Unionens retsinstanser anmodes stadig hyppigere af de andre EU-institutioner om at optræde i en temmelig mærkværdig *commedia dell'arte*, hvor alle egentlig kender Pulcinellas hemmelighed, undtagen Domstolen, eller snarere, hvor Domstolen er den eneste, der ikke må fortælle denne hemmelighed. Med al respekt og sympati for *commedia dell'arte* kan dette næppe være en sund rolle for nogen ret.

142. Kort sagt afhænger bevisers antagelse til realitetsbehandling i en retssag udelukkende af de relevante omstændigheder i hver enkelt sag. Unionens retsinstanser er ikke bundet af nogen streng regel og kan frit afgøre, om et dokument er relevant, og om der til trods herfor foreligger særlige omstændigheder, der taler imod en fremlæggelse. Som Domstolen for nylig fastslog, er bevisbedømmelsen ikke resultatet af en abstrakt bedømmelse, men snarere en efterprøvelse af de faktiske forhold og omstændighederne i det enkelte tilfælde⁸⁸.

143. I denne henseende skal det ligeledes erindres, at selv om Domstolen af egen drift kan efterprøve spørgsmålet om bevisers antagelse til realitetsbehandling, påhviler det normalt den part, der modsætter sig fremlæggelsen af et dokument, at forklare Domstolen klart og præcist⁸⁹ og rettidigt⁹⁰, hvordan den påberåbte interesse konkret kunne skades af en udbredelse. Vage eller generelle konstateringer i denne henseende er ikke tilstrækkelige⁹¹.

⁸⁶ – Jf. i denne retning dom af 21.7.2011, Sverige mod MyTravel og Kommissionen (C-506/08 P, EU:C:2011:496, præmis 118). Jf. ligeledes analogt generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Dagnea mod Kommissionen (C-351/20 P, EU:C:2021:625, punkt 92).

⁸⁷ – Navnlig bliver – på den ene eller anden måde – stadig flere dokumenter gjort offentligt tilgængelige, uden at dette kan tilskrives den part, der senere ønsker at påberåbe sig disse.

⁸⁸ – Kendelse af 12.6.2019, OY mod Kommissionen (C-816/18 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2019:486, præmis 7).

⁸⁹ – Jf. i denne retning dom af 8.11.2000, Ghignone m.fl. mod Rådet (T-44/97, EU:T:2000:258, præmis 45), og analogt dom af 21.7.2011, Sverige mod MyTravel og Kommissionen (C-506/08 P, EU:C:2011:496, præmis 115).

⁹⁰ – Jf. i denne retning dom af 24.9.2002, Falck og Acciaierie di Bolzano mod Kommissionen (C-74/00 P og C-75/00 P, EU:C:2002:524, præmis 60 og 61).

⁹¹ – Jf. analogt dom af 21.7.2011, Sverige mod MyTravel og Kommissionen (C-506/08 P, EU:C:2011:496, præmis 116 og den deri nævnte retspraksis).

c) *De forskellige konsekvenser med hensyn til fremlæggelse af beviser på den ene side og aktindsigt på den anden side*

144. På dette sted er det vigtigt at fremhæve et andet aspekt, hvor ordningen om aktindsigt adskiller sig fra ordningen om fremlæggelse af beviser for Unionens retsinstanser. Det vedrører de potentielle *konsekvenser* af »offentliggørelsen« af de pågældende dokumenter. I modsætning til det i realiteten snarere binære resultat i henhold til forordning nr. 1049/2001 (enten gives aktindsigt eller ej) giver procedurerne for Unionens retsinstanser mulighed for andre, langt mere forholdsmæssige løsninger end en fuldstændig udtagelse af et dokument af sagsakterne.

145. En EU-institution kan ikke længere kontrollere eller begrænse videregivelsen af et dokument, som den har givet aktindsigt i henhold til forordning nr. 1049/2001. I modsætning hertil findes der specifikke regler i Unionens retsorden, der har til formål at sikre fortroligheden af dokumenter og oplysninger, som fremlægges af parterne i forbindelse med en retssag⁹². Navnlig sikrer ad hoc-regler om adgangen til sagsakterne⁹³, at fortrolige oplysninger ikke gengives i de dokumenter, som offentligheden har adgang til⁹⁴, og gør det muligt at udelukke, at fortrolige oplysninger forkyndes for eller videregives til andre parter⁹⁵.

146. I denne henseende skal det erindres, at Unionens retsinstanser råder over en lang række instrumenter, der kan anvendes til at opfylde behovet for at beskytte fortroligheden af dokumenter (eller dele deraf), som er indgivet i forbindelse med retslige procedurer i forhold til de øvrige parter, samtidig med at alle parters ret til forsvar respekteres. F.eks. har Unionens retsinstanser i nogle tilfælde anmodet en part om at fremlægge en ikkefortrolig udgave eller et kort resumé af de omhandlede dokumenter med henblik på at fremsende disse dokumenter til de øvrige parter⁹⁶. Endvidere kan Unionens retsinstanser i undtagelsestilfælde beslutte, at kun parternes advokater kan få adgang til visse beviser⁹⁷, eller i ekstreme tilfælde, at de øvrige parter i sagen ikke gives aktindsigt i visse dokumenter⁹⁸.

147. På en vis måde ville hver af disse potentielle løsninger stadig være mere forholdsmæssige og bedre respektere ikke blot parternes rettigheder i henhold til chartrets artikel 47, men ligeledes Unionens retsinstansers rolle end en direkte udelukkelse af de fremlagte beviser. Dette viser endnu engang, at Unionens retsinstanser ikke blot kan »låne« samtlige bestemmelser om aktindsigt og anvende dem, som om de også fandt anvendelse på fremlæggelsen af beviser for dem. Under omstændigheder, hvor der er en god begrundelse for at holde visse dokumenter (en del af dem eller samtlige) fortrolige i forhold til den brede offentlighed eller endog parterne, kan Unionens retsinstanser faktisk træffe forskellige foranstaltninger for at sikre denne fortrolighed og samtidig give en part mulighed for at fremlægge de beviser, som den pågældende finder relevante.

⁹² – Jf. først og fremmest artikel 15, stk. 3, TEUF.

⁹³ – Jf. navnlig artikel 38 i Rettens procesreglement og artikel 22, stk. 2, i Domstolens procesreglement.

⁹⁴ – Jf. navnlig artikel 66 i Rettens procesreglement. Jf. ligeledes dom af 1.7.2010, AstraZeneca mod Kommissionen (T-321/05, EU:T:2010:266, præmis 25).

⁹⁵ – Jf. navnlig artikel 68, stk. 4, artikel 103, artikel 104 og artikel 144 i Rettens procesreglement og artikel 131, stk. 2-4, i Domstolens procesreglement. Jf. ligeledes dom af 12.5.2010, Kommissionen mod Meierhofer (T-560/08 P, EU:T:2010:192, præmis 72 og den deri nævnte retspraksis).

⁹⁶ – Jf. f.eks. dom af 12.5.2011, Missir Mamachi di Lusignano mod Kommissionen (F-50/09, EU:F:2011:55, præmis 156).

⁹⁷ – Jf. dom af 10.4.2019, Jindal Saw og Jindal Saw Italia mod Kommissionen (T-301/16, EU:T:2019:234, præmis 48-51).

⁹⁸ – Jf. artikel 105, stk. 2, i Rettens procesreglement og artikel 190a i Domstolens procesreglement. Jf. ligeledes Domstolens afgørelse (EU) 2016/2386 af 20.9.2016 om de sikkerhedsregler, der finder anvendelse på de oplysninger eller dokumenter, som fremlægges for Retten i henhold til artikel 105 i Rettens procesreglement (EUT 2016, L 355, s. 5), og Rettens afgørelse (EU) 2016/2387 af 14.9.2016 om de sikkerhedsregler, der finder anvendelse på de oplysninger eller dokumenter, som fremlægges i henhold til procesreglementets artikel 105, stk. 1 eller 2 (EUT 2016, L 355, s. 18).

148. Når dette er sagt, vil jeg nu efterprøve, om Rettens vurdering i den foreliggende sag med hensyn til, om de omtvistede bilag kan antages til realitetsbehandling, er i overensstemmelse med de ovennævnte principper.

d) De retlige fejl i forbindelse med fremlæggelsen af beviser

149. Appellantens andet anbringende er efter min opfattelse principielt begrundet.

150. Retten har i den appellerede kendelses præmis 39 (med rette) fastslået, at forordning nr. 1049/2001 kan have en *vejledende værdi*. Den anvendte imidlertid derefter disse bestemmelser ret mekanisk på situationen uden at tage hensyn til, at det foreliggende problem og det retlige spørgsmål, som den skulle tage stilling til, var, om de omtvistede bilag skulle udtages af sagsakterne, og ikke, om der skulle gives aktindsigt i disse dokumenter.

151. Med andre ord er der intetsteds i den appellerede kendelse – dvs. hverken i afsnittet med overskriften »Det af Rådet rejste processuelle spørgsmål«⁹⁹ eller i afsnittet med overskriften »Anmodningen om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse«¹⁰⁰ – noget holdepunkt for, at Retten faktisk foretog en anden vurdering end den, der kræves i henhold til forordning nr. 1049/2001. Det ser imidlertid ikke ud til, at Retten tog hensyn til de forskellige værdier (eller foretog en afvejning), som ligger til grund for antagelsen af beviser til realitetsbehandling ved Unionens retsinstanser.

152. Indledningsvis identificerede Retten de interesser, hvis beskyttelse kunne begrunde en udtagelse af sagsakterne på grundlag af artikel 4, stk. 1, 2 og 3, i forordning nr. 1049/2001. Retten henviste navnlig til behovet for i) at sikre, at EU-institutionerne modtager åbne, objektive og fuldstændige juridiske udtalelser¹⁰¹, ii) at undgå omgåelse af bestemmelserne om aktindsigt i dokumenter¹⁰² og iii) ikke at skade Unionens internationale forbindelser¹⁰³. I denne henseende er jeg enig med Retten i, at disse samme interesser i princippet ligeledes kunne begrunde Unionens retsinstansers afslag på at anerkende visse dokumenter som beviser.

153. I modsætning hertil er den måde, hvorpå Retten efterfølgende foretog en vurdering af, om og hvordan disse interesser i den foreliggende sag kunne lide skade, såfremt de omtvistede bilag forblev i sagsakterne, ikke overbevisende. I forbindelse med denne efterprøvelse tog Retten ikke hensyn til eventuelle »indenretslige« interesser, hvormed den i givet fald kunne have begrundet afvisningen af Rådets anmodning. I denne sammenhæng førte Rettens blinde henvisning til bestemmelserne i forordning nr. 1049/2001 derfor til, at den begik en fejl. Følgende aspekter er særligt illustrative i denne henseende.

⁹⁹ – Dette afsnit består af nogle »indledende bemærkninger«, hvor Retten ønskede at fastsætte den gældende retlige ramme (præmis 38-46), og af tre specifikke underafsnit, hvor den anvendte denne ramme til at efterprøve, om de forskellige dokumenter, der var omfattet af Rådets anmodning, kunne antages til realitetsbehandling (præmis 47-56 vedrørende det første omtvistede dokument, præmis 57-64 vedrørende det andet omtvistede dokument og præmis 65-68 vedrørende det tredje omtvistede dokument).

¹⁰⁰ – Den appellerede kendelses præmis 125-135.

¹⁰¹ – Den appellerede kendelses præmis 40, 52 og 55.

¹⁰² – Den appellerede kendelses præmis 51.

¹⁰³ – Den appellerede kendelses præmis 41, 42 og 135.

154. For det første blev der hverken taget hensyn til, om Retten muligvis selv skulle have aktindsigt i de omhandlede dokumenter for at danne sin egen opfattelse af de hævdede faktiske omstændigheder¹⁰⁴, eller til begrænsningen af appellanternes ret til forsvar (som omfatter dennes frihed til at fremlægge beviser), som ville følge af den eventuelle udtagelse af de omtvistede bilag af sagsakterne. Denne mangel er så meget desto mere overraskende i betragtning af, at appellanten havde gjort gældende, at nogle af de omtvistede bilag var af »afgørende« betydning som bevis for et af dennes argumenter.

155. For det andet følger den angivelige skade for de interesser, som Rådet har gjort gældende, efter Rettens opfattelse alene af, at de omtvistede bilag kunne forblive i sagsakterne og efterprøves af Retten. Rådet var ikke forpligtet af Retten til at redegøre nærmere – endsige føre det fornødne bevis – for, hvordan og i hvilket omfang de påberåbte interesser konkret kunne skades.

156. Selv hvis det antages, at Rettens blotte antagelser kunne anses for tilstrækkelige med hensyn til nødvendigheden af at undgå omgåelse af bestemmelserne om aktindsigt i dokumenter¹⁰⁵ og beskyttelsen af den juridiske rådgivning (hvilket ikke er tilfældet)¹⁰⁶, kunne det samme næppe siges om sådanne antagelser med hensyn til beskyttelsen af Unionens internationale forbindelser. Retten synes nemlig at se bort fra, at appellanten allerede er i besiddelse af de omtvistede bilag og således efter forgodtbefindende kunne anvende dem i ethvert andet *forum*. Under alle omstændigheder kan man ganske vist forestille sig, at der er risiko for, at de omtvistede bilag kunne afsløre Unionens strategiske mål under fremtidige forhandlinger med Rusland og derved skade EU-institutionernes mulighed for at indgå en tilfredsstillende aftale, hvis de omtvistede dokumenter blev offentliggjort, men dette betyder absolut ikke, at en sådan risiko ville opstå som følge af, at disse dokumenter fremlægges i forbindelse med en retssag.

157. Endvidere kan Rettens konstatering om, at udbredelsen af indholdet af de uredigerede tyske dokumenter i den foreliggende sag kunne være til skade for beskyttelsen af Unionens internationale forbindelser, heller ikke anses for korrekt¹⁰⁷. Indledningsvis er der hverken i den appellerede kendelse eller i de sagsøgte og intervenienternes indlæg redegjort klart for, hvorfor appellanternes (en privat investor) anlæggelse af en voldgiftssag mod Unionen i henhold til energichartertraktatens artikel 26¹⁰⁸ skulle vedrøre *internationale* forbindelser i snæver forstand (dvs. forbindelser mellem Den Europæiske Union og tredjelande, internationale organisationer eller lignende enheder). Ved første blik synes dette at være en privatretlig tvist.

158. I øvrigt kan alene den omstændighed, at Unionens retsinstanser kunne efterprøve disse dokumenter, ikke automatisk »give legitimitet« til disse dokumenter. Dette ville kun være tilfældet, såfremt Retten *støttede sig* på disse dokumenter og anerkendte deres indhold.

159. Desuden – hvad lige så vigtigt er – er det vel i sig selv noget tvivlsomt, hvis bestemmelserne om gennemsigtighed og åbenhed i forordning nr. 1049/2001 blev opfattet som et regelsæt, der gør det muligt for institutionerne at afslå udbredelse, hver gang der findes et dokument, der potentielt kunne anvendes i forbindelse med en retssag mod Unionen. Ét af formålene med dette regelsæt er

¹⁰⁴ – En kortfattet betragtning vedrørende dette punkt kan måske »implicit« udledes af den appellerede kendelses præmis 129 med hensyn til de uredigerede tyske dokumenter.

¹⁰⁵ – Jf. navnlig den appellerede kendelses præmis 51.

¹⁰⁶ – Jf. navnlig den appellerede kendelses præmis 52.

¹⁰⁷ – Den appellerede kendelses præmis 135.

¹⁰⁸ – Voldgiftssagen blev anlagt den 26.9.2019 i henhold til energichartertraktatens artikel 26, stk. 4, litra b), og artikel 3 i voldgiftskonventionen vedtaget af De Forenede Nationers Kommission for International Handelsret (UNCITRAL) i 1976.

netop at muliggøre en offentlig kontrol med EU-institutionernes handlinger. Dette må så meget desto mere gælde for bestemmelserne om fremlæggelse af beviser, som næppe kan forstås således, at de stiller en (offentlig) part bedre i forhold til en anden (privat) part.

160. For det tredje anvendte Retten ved den *specifikke* vurdering af, om der skulle gøres en undtagelse (udtagelse af de omtvistede bilag af sagsakterne) fra reglen (bevisernes antagelse til realitetsbehandling), i det væsentlige bestemmelserne i og retspraksis vedrørende forordning nr. 1049/2001. Rettens argumentation med hensyn til udtagelsen af henstillingen er særligt kendetegnende for denne tilgang. Begrundelsen vedrører alene dokumentets udbredelse til offentligheden og ikke udtagelsen af sagsakterne. Eftersom afslaget på at offentliggøre dokumentet blev anset for at være begrundet, fulgte det – ifølge Retten – *uundgåeligt* heraf, at fremlæggelsen af dette dokument i forbindelse med en retssag ligeledes måtte udelukkes¹⁰⁹. På tilsvarende måde var udtagelsen af de uredigerede tyske dokumenter af sagsakterne udelukkende baseret på, at udbredelsen af disse dokumenter i forbindelse med retssagen angiveligt kunne skade beskyttelsen af Unionens internationale forbindelser »som omhandlet i artikel 4, stk. 1, i forordning nr. 1049/2001«¹¹⁰. Dette kan, som anført i punkt 139 ovenfor, ikke være rigtigt.

161. For det fjerde blev den samme problematiske tilgang fulgt i det eneste tilfælde, hvor Retten efter at have konkluderet, at fremlæggelsen af de omtvistede bilag faktisk kunne skade offentlighedens interesser, som Rådet havde gjort gældende, ville efterprøve, om der forelå grunde, som ikke desto mindre kunne begrunde, at *dokumenterne forblev i sagsakterne*. I den appellerede kendelses præmis 54 krævede Retten i det væsentlige, at appellanten førte bevis for, at der bestod en »mere tungtvejende offentlig interesse« i at lade det første omtvistede dokument forblive i sagsakterne. Da der ikke forelå en sådan mere tungtvejende interesse, konkluderede Retten, at appellants ret til at fremlægge beviser ikke var beskyttelsesværdig, eftersom appellanten kun forfulgte sin egen private interesse.

162. Selv om betingelsen om bevis for en »mere tungtvejende offentlig interesse« er rimelig i forbindelse med en vurdering af, om et dokument skal gøres offentligt tilgængeligt af en institution, giver det imidlertid ingen mening i forbindelse med en retssag. En privat sagsøger vil pr. definition forfølge sin egen private interesse med anlæggelsen af søgsmålet¹¹¹. Det er næppe foreneligt med princippet om lighed for loven, hvis der for sagsøgere, der anlægger søgsmål af »ædle« grunde¹¹², gælder stærkere processuelle rettigheder og garantier end for sagsøgere, der anlægger søgsmål ud fra egne private interesser.

163. Selv hvis man fulgte Rettens problematiske argumentation, ville det under alle omstændigheder ikke være vanskeligt at identificere vigtige offentlige interesser, som kunne varetages bedre af en retsinstans, der kan efterprøve alle relevante dokumenter. Eksempelvis er bedre oplyste retter mere effektive med hensyn til at sikre en god retspleje (da de er mindre tilbøjelige til at begå visse retlige fejl) og styrke retsstatsprincippet (ved at befri Unionens

¹⁰⁹ – Den appellerede kendelses præmis 57-63. Præmis 63 er særlig tydelig i denne henseende, hvor Retten afsluttede analysen med den konstatering, at »Rådet med rette er af den opfattelse, at *udbredelsen* af dette dokument konkret og faktisk ville være til skade for beskyttelsen af offentlighedens interesser med hensyn til internationale forbindelser som omhandlet i artikel 4, stk. 1, i forordning nr. 1049/2001 [...], hvilket *sig selv* begrundet, at det nævnte dokument udtages af sagsakterne, uden at det er nødvendigt at foretage en afvejning af beskyttelsen af denne offentlige interesse med en mere tungtvejende offentlig interesse [...]«. Min fremhævelse.

¹¹⁰ – Den appellerede kendelses præmis 135.

¹¹¹ – Jeg behøver næppe at nævne i denne forbindelse, at én af betingelserne for private sagsøgers søgsmålskompetence netop er, at de har en søgsmålsinteresse.

¹¹² – Uden overhovedet at gå ind på spørgsmålet om, hvem der vil kunne afgøre (og hvordan), hvornår der foreligger en ædel grund, der bør omfattes af særlige rettigheder, og hvad der blot er normal individuel egoisme.

retsorden for potentielt ulovlige retsakter). Det er min opfattelse, at disse interesser er uomgængeligt forbundet med alle retssager og ikke kun dem, der anlægges af »barmhjertige samaritanere«¹¹³.

164. Endelig undlod Retten på dette punkt ligeledes at tage hensyn til, at i det mindste nogle af de omtvistede bilag (de uredigerede tyske dokumenter) vedrører en lovgivningsprocedure, som ifølge retspraksis kræver større gennemsigtighed og dermed, at adgangen udvides¹¹⁴. I den appellerede kendelses præmis 131 anerkendte Retten denne omstændighed, men undlod dernæst at efterprøve, om denne omstændighed kunne have haft nogen indvirkning i den foreliggende sag.

165. For det femte findes den samme fejlagtige tilgang fra Rettens side ligeledes i de passager, hvor Retten vurderede de *beviser*, som parterne havde fremlagt til støtte for deres argumenter vedrørende formaliteten. I den appellerede kendelses præmis 53 anerkendte Retten, at en part, Rådet, havde støttet sin argumentation for, at det var nødvendigt at udtage et dokument af sagsakterne, *ved at fremlægge sin egen afgørelse om afslag på aktindsigt heri*.

166. Jeg vil naturligvis ikke antyde, at Rådets afgørelse må være uden relevans i denne sammenhæng. Den kan imidlertid absolut ikke være *afgørende*, som Retten synes at have antaget. Denne afgørelse afspejlede blot opfattelsen hos ophavsmanden – den samme part, der fremlagde den for Retten – af et relateret, men, som nævnt, ikke identisk spørgsmål, nemlig det forhold, at der ikke var givet aktindsigt i dokumentet i henhold til forordning nr. 1049/2001. Som nævnt i punkt 139 ovenfor medfører selv en lovlig afgørelse om ikke at give aktindsigt i henhold til forordning nr. 1049/2001 ikke automatisk, at det omhandlede dokument ikke kan antages til realitetsbehandling som bevis for Unionens retsinstanser.

167. Hvis man følger Rettens tilgang, ville det desuden i alle praktiske henseender indebære, at den indstævnte institution selv kan udvælge, hvilke beviser der kan fremlægges¹¹⁵. Ved ikke at udlevere et dokument i henhold til forordning nr. 1049/2001 ville en institution nemlig være i stand til at vælge de beviser, som en part, der ønsker at anfægte dennes retsakt for Unionens retsinstanser, ville kunne anvende. Dette er absolut problematisk i relation til princippet om processuel ligestilling og princippet om effektiv domstolsprøvelse.

168. Endvidere er det korrekt, at institutionernes interne dokumenter, der indeholder juridisk rådgivning, generelt kun kan fremlægges, hvis fremlæggelsen er blevet tilladt af den pågældende institution eller anordnet af Unionens retsinstanser¹¹⁶. Det er imidlertid ligeledes korrekt, at endog EU-institutionernes fortrolige eller interne dokumenter ifølge fast retspraksis i visse tilfælde lovligt kan indgå i sagsakterne, selv om den pågældende institution modsætter sig dette¹¹⁷. Der

¹¹³ – For fuldstændighedens skyld kan det tilføjes, at den retspraksis, som Retten henviste til i denne forbindelse, vedrørte forskellige typer af søgsmål og (til dels) ligeledes forskellige typer af dokumenter. Begge de afgørelser, der er nævnt i slutningen af den appellerede kendelses præmis 54, blev afsagt i tvister mellem *privilegerede sagsøgere*, som i henhold til traktaternes bestemmelser og statuten for Den Europæiske Unions Domstol pr. definition befinder sig i en anden situation end private sagsøgere (såsom appellanten i den foreliggende sag).

¹¹⁴ – Jf. navnlig sjette betragtning til forordning nr. 1049/2001. Jf. ligeledes dom af 1.7.2008, Sverige og Turco mod Rådet (C-39/05 P og C-52/05 P, EU:C:2008:374, præmis 45-47), og af 4.9.2018, ClientEarth mod Kommissionen (C-57/16 P, EU:C:2018:660, præmis 84-95).

¹¹⁵ – Jf. allerede punkt 140 ovenfor i dette forslag til afgørelse.

¹¹⁶ – Jf. bl.a. kendelse af 23.10.2002, Østrig mod Rådet (C-445/00, EU:C:2002:607, præmis 12), og af 14.5.2019, Ungarn mod Parlamentet (C-650/18, ikke trykt i Sml., EU:C:2019:438, præmis 8).

¹¹⁷ – Jf. i denne retning dom af 8.11.2018, QB mod ECB (T-827/16, ECLI:EU:T:2018:756, præmis 65 og den deri nævnte retspraksis). Jf. ligeledes dom af 3.10.1985, Kommissionen mod Tordeur (C-232/84, EU:C:1985:392), og kendelse af 15.10.1986, LAISA mod Rådet (31/86, ikke trykt i Sml.).

kan nemlig foreligge omstændigheder, hvor ulovligheden af en bestemt EU-retsakt udelukkende kan fastslås på grundlag af interne eller fortrolige dokumenter¹¹⁸. Retten »ignorerede« ganske enkelt sidstnævnte retspraksis og appellants argumenter i denne forbindelse.

169. Fejlen med hensyn til kravet om, at parterne skal underbygge deres argumenter, er endnu mere bemærkelsesværdig i forbindelse med vurderingen af de uredigerede tyske dokumenter, dvs. dokumenter, som EU-institutionerne ikke var ophavsmand til, men (formentlig) den tyske regering. Retten efterkom Rådets anmodning og bestemte, at de skulle udtages af sagsakterne alene på grundlag af to antagelser. For det første antog Retten, at de var fortrolige, uden så meget som at anmode den tyske regering om at bekræfte dette¹¹⁹. For det andet antog Retten, at appellanten havde erhvervet disse dokumenter ulovligt, blot fordi appellanten ikke havde fremlagt beviser for, at de var blevet erhvervet lovligt, selv om denne part benægtede at have begået noget ulovligt¹²⁰. I overensstemmelse med de almindelige principper om bevisbyrde skulle det imidlertid have påhvilet Rådet at bevise sine påstande.

170. Appellants andet anbringende er derfor ligeledes begrundet. Retten begik en retlig fejl ved at anvende en urigtig analyseramme i forbindelse med efterprøvelsen af, om de omtvistede bilag kunne antages til realitetsbehandling.

171. Retten anvendte ved vurderingen af, om de omtvistede bilag kunne antages til realitetsbehandling, i det væsentlige de bestemmelser, der er fastsat i, og den logik, der følges af, forordning nr. 1049/2001. Retten har på ingen måde begrænset sig til i givet fald at tage udgangspunkt i disse bestemmelser, men ganske enkelt behandlet appellants fremlæggelse af de omtvistede bilag, *som om* den vedrørte en begæring om aktindsigt i henhold til forordning nr. 1049/2001. Det fremgår, at der ikke blevet taget hensyn til de indlysende forskelle mellem de to retlige rammer. Der blev heller ikke taget hensyn til en eventuel »indenretslig« interesse, som kunne have talt for, at disse dokumenter skulle forblive i sagsakterne. Ved at gøre dette – eller snarere mere præcist ved at undlade at gøre dette – begik Retten en fejl ved fortolkningen og anvendelsen af de ovennævnte principper, der gælder for fremlæggelsen af beviser, hvilket er i strid med fast retspraksis.

172. Følgelig skal den appellerede kendelse ligeledes ophæves for så vidt angår den del, hvori Retten anordnede, at de omtvistede bilag skulle udtages af sagsakterne, og fastslog, at der ikke skulle tages hensyn til de passager i indlæggene, hvori der var gengivet uddrag af disse dokumenter (konklusionens punkt 1 og 3).

e) De omtvistede bilag er ikke relevante for den foreliggende sag

173. Som nævnt i punkt 25 ovenfor fremlagde appellanten de omtvistede bilag på grundlag af en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse truffet af den refererende dommer og generaladvokaten i henhold til artikel 62, stk. 1, i Domstolens procesreglement.

174. Efter at have efterprøvet disse dokumenter mener jeg ikke, at de er relevante for den foreliggende appelsag.

¹¹⁸ – Dette kan være tilfældet, når der anlægges søgsmål på grund af magtfordrejning på grundlag af oplysninger fra whistleblowere, eller når søgsmål kan være forbundet med et strafferetligt ansvar for nogle af institutionernes ansatte.

¹¹⁹ – Hvilket den – som nævnt i punkt 116 ovenfor – havde beføjelse til at gøre.

¹²⁰ – Den appellerede kendelses præmis 131-135.

175. På baggrund af de argumenter, som appellanten har fremført i såvel første instans som i appelsagen, mener jeg, at appellanten med disse dokumenter i det væsentlige forfulgte to formål. For det første ønskede appellanten at »styrke« visse retlige argumenter, der blev fremført i den foreliggende sag, ved at redegøre for den holdning, som visse EU-institutioner eller medlemsstaternes regeringer indtog i denne henseende. For det andet ønskede appellanten at underbygge sin påstand om, at den anfægtede foranstaltning hovedsagelig sigtede mod selskabets gasrørledning.

176. Jeg er imidlertid ikke overbevist om, at de omtvistede bilag virkelig vil yde Domstolen bistand i nogen af disse henseender.

177. For det første er den faktiske situation, der er forelagt Domstolen, efter min opfattelse helt klar og kan under alle omstændigheder ikke gøres til genstand for en fornyet prøvelse under en appelsag. Hvad angår de eventuelle retlige argumenter, der er indeholdt i disse bilag, gælder princippet *iura novit curia*. Det tilkommer Domstolen at fortolke retten. Det turde være overflødigt at nævne, at de retlige argumenter, som appellanten har fremført – selv argumenter, der potentielt er taget fra et andet dokument¹²¹ – ikke bliver mere troværdige for Domstolen, blot fordi de ligeledes er blevet støttet eller endog tidligere blevet tilkendegivet af en EU-institution eller en medlemsstat. Spørgsmålet er snarere, om disse argumenter i sig selv er overbevisende¹²².

178. Hvad for det andet angår appellantens hensigt om at underbygge sine argumenter med hensyn til at være »individuelt berørt« af den anfægtede foranstaltning, er det min opfattelse, at Domstolen i denne henseende råder over tilstrækkelige oplysninger og beviser i sagsakterne. Som jeg vil redegøre for i det følgende afsnit, er jeg af den opfattelse, at appellanten nemlig både er umiddelbart og individuelt berørt af den anfægtede foranstaltning, og at de oplysninger, der er nødvendige for at drage denne konklusion, faktisk allerede findes i sagsakterne eller allerede er offentliggjort.

179. Af disse grunde finder jeg det er ufornuddent, at Domstolen efterprøver, om de omtvistede bilag – når der er anvendt en korrekt retlig ramme – bør antages til realitetsbehandling. I forbindelse med den foreliggende appelsag er de uden relevans.

180. Som redegjort for i de foregående afsnit i dette forslag til afgørelse anvendte Retten imidlertid et forkert retligt kriterium, da den nåede frem til sin konklusion om, at de omtvistede bilag ikke kunne antages til realitetsbehandling. Såfremt Domstolen endvidere er enig i analysen i dette forslag til afgørelse, vil Retten være forpligtet til at behandle sagen på ny.

181. Under disse omstændigheder finder jeg det ligeledes hensigtsmæssigt at foreslå Domstolen at ophæve punkt 1 og 3 i den appellerede kendelses konklusion. Dette skulle give Retten mulighed for om nødvendigt at foretage en ny og konkret vurdering af, om disse bilag kan antages til realitetsbehandling som beviser, henset til de oplysninger, der er blevet fremført for den, og denne gang på grundlag af det korrekte kriterium.

¹²¹ – Hvilket i praksis fortsat er muligt. Selv om Domstolen i undtagelsestilfælde kan udelukke et bestemt dokument fra sagsakterne, har den nemlig næppe til opgave at lede et censurkontor og kritisk gennemgå indholdet af en parts indlæg og dobbeltkontrollere, om et retligt argument fremført af en part eventuelt allerede var indeholdt i et andet dokument.

¹²² – Udgangspunktet er således nødvendigvis fortsat forskellen mellem en henvisning til en ekstern myndighed (»dette er korrekt, fordi en EU-institution har sagt det, og det er her, de sagde det«), og et selvstændigt, meritbaseret argument, der metaforisk står på egne ben, uden at det er nødvendigt at anføre en ekstern myndighed.

VI. Konsekvenser af bedømmelsen: Hvordan der bør træffes afgørelse i den foreliggende sag

182. Det første og andet anbringende er begrundede. Punkt 1, 3 og 4 i den appellerede kendelses konklusion bør derfor ophæves. Da de øvrige dele af den appellerede kendelse er accessoriske, bør den appellerede kendelse efter min opfattelse ophæves i sin helhed.

183. I henhold til artikel 61, stk. 1, i statuten for Den Europæiske Unions Domstol kan Domstolen, hvis den ophæver den af Retten truffne afgørelse, hjemvise sagen til Retten til afgørelse, eller selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse.

184. I den foreliggende sag er det min opfattelse, at sagen er moden til påkendelse, og at Domstolen derfor kan træffe endelig afgørelse om appellansens søgsmålskompetence (A). Det indebærer imidlertid ikke, at Domstolen kan tage stilling til sagens realitet (B).

A. Individuelt berørt

185. Efter at have fastslået, at appellanten var umiddelbart berørt, er det med henblik på at træffe en endelig afgørelse om appellansens søgsmålskompetence i forhold til den anfægtede foranstaltning nødvendigt at afklare, om appellanten ligeledes er *individuelt* berørt af denne foranstaltning. Selv om Retten ikke undersøgte dette punkt, kan Domstolen efter min opfattelse selv foretage denne vurdering, da der er tale om et retligt spørgsmål, som endvidere er ret enkelt.

186. Det følger af Domstolens faste praksis, at andre personer end en foranstaltnings adressat kun kan gøre gældende, at de berøres individuelt som omhandlet i artikel 263, stk. 4, TEUF, hvis foranstaltningen rammer dem på grund af visse egenskaber, som er særlige for dem, eller på grund af en faktisk situation, der adskiller dem fra alle andre og derfor individualiserer dem på lignende måde som adressaten for foranstaltningen¹²³.

187. Sagsøgere anses principielt ikke for at være individuelt berørt af foranstaltninger, der finder anvendelse på objektivt afgrænsede situationer og har retsvirkninger for grupper af personer, der er bestemt generelt og abstrakt¹²⁴. Endvidere indebærer den omstændighed, at det er muligt med større eller mindre nøjagtighed at fastlægge antallet eller endog identiteten af de retssubjekter, som denne foranstaltning finder anvendelse på, ikke, at de pågældende retssubjekter må anses for individuelt berørt af foranstaltningen, eftersom denne retsvirkning er baseret på objektive retlige eller faktiske kriterier, som er opstillet i den pågældende retsakt¹²⁵.

188. Domstolen har imidlertid ligeledes præciseret, at den omstændighed, at en anfægtet foranstaltning på grund af sin art og rækkevidde har almengyldig eller normativ karakter, for så vidt som den finder anvendelse på de omhandlede erhvervsdrivende, ikke i sig selv udelukker, at den også kan berøre visse af disse individuelt¹²⁶.

¹²³ – Jf. bl.a. dom af 15.7.1963, Plaumann mod Kommissionen (25/62, EU:C:1963:17, s. 107), og senest af 17.9.2015, Mory m.fl. mod Kommissionen (C-33/14 P, EU:C:2015:609, præmis 93).

¹²⁴ – Jf. i denne retning dom af 6.11.2018, Scuola Elementare Maria Montessori mod Kommissionen, Kommissionen mod Scuola Elementare Maria Montessori og Kommissionen mod Ferracci (C-622/16 P – C-624/16 P, EU:C:2018:873, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis).

¹²⁵ – Jf. bl.a. dom af 19.12.2013, Telefónica mod Kommissionen (C-274/12 P, EU:C:2013:852, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis).

¹²⁶ – Jf. dom af 17.9.2009, Kommissionen mod Koninklijke Friesland Campina (C-519/07 P, EU:C:2009:556, præmis 51 og den deri nævnte retspraksis). Jf. ligeledes dom af 18.5.1994, Codorniu mod Rådet (C-309/89, EU:C:1994:197, præmis 19).

189. Dette er tilfældet, når sagsøgeren er i stand til at godtgøre, at »der foreligger en situation, der i forhold til den omtvistede bestemmelse adskiller dette selskab fra alle andre erhvervsdrivende«¹²⁷. Dette betyder dog ikke, at en sagsøger skal være den eneste person, der er særligt berørt af den anfægtede foranstaltning, for at kunne anses for at være individuelt berørt. Domstolen har således fastslået, at når en retsakt »berører en gruppe personer, som var *identificerede eller kunne identificeres* på tidspunktet for vedtagelsen af retsakten og på grundlag af kriterier, som er specifikke for medlemmerne af denne gruppe, kan disse antages at være individuelt berørt af denne retsakt, da de indgår i en *sluttet gruppe* af erhvervsdrivende«¹²⁸. Sagt på en anden måde har Domstolen konsekvent anerkendt, at en person er individuelt berørt, når EU-institutionerne på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede foranstaltning var i stand til at vide, hvilke virksomheder – hvis antal og identitet klart kunne skelnes – specifikt ville være berørt af foranstaltningen¹²⁹.

190. I denne henseende har Domstolen lagt særlig vægt på den omstændighed, at den gruppe af personer, som en sagsøger tilhører, består af et *bestemt antal* personer, der *ikke kan stige efter vedtagelsen af den anfægtede foranstaltning*¹³⁰. Dette er navnlig blevet lagt til grund, når den anfægtede foranstaltning ændrer de rettigheder, der er erhvervet før dens vedtagelse¹³¹. Endvidere har Domstolen fastslået, at en erhvervsdrivende er individuelt berørt, når den anfægtede retsakt vedrørte »et bestemt antal [erhvervsdrivende] kendetegnet ved den individuelle adfærd«, de havde haft eller formodedes at have haft¹³².

191. Andre omstændigheder kunne imidlertid ligeledes være relevante i forbindelse med »Plaumann-formlen«. Dette kriterium er ganske vist strengt, men i det mindste ved første blik ligeledes relativt åbent og fleksibelt. For eksempelvis at afgøre, om sagsøgere var tilstrækkeligt individualiseret ved en anfægtet foranstaltning, har Domstolen – alene eller i forbindelse med andre elementer – taget hensyn til, om i) sagsøgerne havde deltaget i den procedure, der førte til vedtagelsen af foranstaltningen¹³³, ii) deres markedsposition var »*mærkbart påvirket*« af en *målrettet* foranstaltning¹³⁴, og/eller iii) ophavsmanden til den anfægtede foranstaltning skulle tage hensyn til sagsøgernes særlige situation¹³⁵.

192. Har appellanten på denne baggrund godtgjort, at selskabet er individuelt berørt af den anfægtede foranstaltning?

193. Jeg mener, at dette er tilfældet.

¹²⁷ – Jf. dom af 18.5.1994, Codorniu mod Rådet (C-309/89, EU:C:1994:197, præmis 22).

¹²⁸ – Jf. i denne retning dom af 17.1.1985, Piraiki-Patraiki m.fl. mod Kommissionen (11/82, EU:C:1985:18, præmis 31), af 22.6.2006, Belgium og Forum 187 mod Kommissionen (C-182/03 og C-217/03, EU:C:2006:416, præmis 60), og af 27.2.2014, Stichting Woonpunt m.fl. mod Kommissionen (C-132/12 P, EU:C:2014:100, præmis 59 og 60).

¹²⁹ – Generaladvokat VerLoren van Themaats forslag til afgørelse Piraiki-Patraiki m.fl. mod Kommissionen (11/82, EU:C:1982:356, s. 218).

¹³⁰ – Generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse Codorniu mod Rådet (C-309/89, EU:C:1992:406, punkt 38). Min fremhævelse.

¹³¹ – Jf. dom af 13.3.2008, Kommissionen mod Infront WM (C-125/06 P, EU:C:2008:159, præmis 72), og af 27.2.2014, Stichting Woonpunt m.fl. mod Kommissionen (C-132/12 P, EU:C:2014:100, præmis 59).

¹³² – Jf. dom af 18.11.1975, CAM mod EØF (100/74, EU:C:1975:152, præmis 18). Tilsvarende dom af 13.5.1971, International Fruit Company m.fl. mod Kommissionen (41/70-44/70, EU:C:1971:53, præmis 17 og 18).

¹³³ – Jf. dom af 28.1.1986, Cofaz m.fl. mod Kommissionen (169/84, EU:C:1986:42, præmis 24 og 25).

¹³⁴ – Jf. i denne retning dom af 22.12.2008, British Aggregates mod Kommissionen (C-487/06 P, EU:C:2008:757, præmis 50-57). Tilsvarende dom af 12.12.2006, Asociación de Estaciones de Servicio de Madrid og Federación Catalana de Estaciones de Servicio mod Kommissionen (T-95/03, EU:T:2006:385, præmis 52-55).

¹³⁵ – Jf. i denne retning dom af 10.4.2003, Kommissionen mod Nederlandse Antillen (C-142/00 P, EU:C:2003:217, præmis 71-76 og den deri nævnte retspraksis), og af 3.2.2005, Comafrica og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen (T-139/01, EU:T:2005:32, præmis 110). Jf. ligeledes dom af 6.11.1990, Weddel mod Kommissionen (C-354/87, EU:C:1990:371, præmis 20-22), og af 15.6.1993, Abertal m.fl. mod Kommissionen (C-213/91, EU:C:1993:238, præmis 23).

194. For det første tilhører appellanten en gruppe af personer, der var *lukket og identificerbar* på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede foranstaltning. Det var nemlig i teorien kun to gasrørledninger, der kunne berøres umiddelbart af udvidelsen af gasdirektivets anvendelsesområde: »Nord Stream 2«-gasrørledningen og den transadriatiske rørledning, Trans-Adriatic. Da der imidlertid allerede var opnået en udvidelse for den sidstnævnte gasrørledning, er det mere passende at tale om appellanten som den *eneste* virksomhed, der tilhører denne (rent teoretiske) gruppe af personer, der er berørt af den anfægtede foranstaltning¹³⁶.

195. For det andet befandt appellanten sig – henset til dennes faktiske situation – i flere henseender i en *særlig situation* i forhold til den anfægtede foranstaltning. På tidspunktet for vedtagelsen af denne foranstaltning og dens ikrafttræden var opførelsen af gasrørledningen ikke blot påbegyndt, men havde nået et meget fremskredent stadium. Samtidig kunne denne gasrørledning imidlertid ikke færdiggøres inden udløbet af fristen i gasdirektivets artikel 49a. Følgelig fandt den nye ordning umiddelbart anvendelse på appellanten, som dermed var fanget mellem to stole, da ingen af undtagelserne i gasdirektivet fandt anvendelse.

196. Det kan næppe bestrides, at *kun* appellanten befandt sig i denne situation, da foranstaltningen blev vedtaget. Ingen anden virksomhed vil på noget tidspunkt befinde sig i denne situation i fremtiden. Enhver anden gasrørledning – hvad enten den er opført tidligere eller vil blive opført i fremtiden – kunne i princippet være omfattet af en af undtagelserne.

197. For det tredje var EU-institutionerne ikke alene *bevidste* om, at appellanten i medfør af den anfægtede foranstaltning ville blive omfattet af den nye ordning, men det var *netop hensigten*, at appellanten skulle omfattes af denne nye ordning¹³⁷. I øvrigt vil jeg fremhæve, at appellanten i første instans fremlagde flere andre dokumenter end dem, som Retten havde udelukket, hvilket antyder, at udvidelsen af EU's regler på gasområdet til at omfatte appellantens aktiviteter faktisk var en af *hovedgrundene* – hvis ikke hovedgrunden – til, at EU-institutionerne vedtog den anfægtede foranstaltning¹³⁸.

198. Jeg vil i forbifarten tilføje, at alt dette synes at være almindeligt kendt. En overfladisk gennemgang af artikler i presse og litteratur om vedtagelsen af den anfægtede foranstaltning synes at bekræfte appellantens argumentation på dette punkt. I denne henseende behøver jeg næppe at nævne, at Domstolen med henblik på at fastlægge de relevante faktiske omstændigheder ligeledes kan støtte sig på velkendte kendsgerninger¹³⁹. Retsvæsenet fremstilles ofte som værende blindt. Denne allegori skal imidlertid i det mindste efter min erindring ikke fortolkes således, at retsvæsenet ikke er i stand til at se noget, som er blindt indlysende for enhver anden.

¹³⁶ – Som anerkendt f.eks. af Kommissionen selv, da den fremsatte sit forslag til den anfægtede foranstaltning, jf. Europa-Kommissionens faktablad, »Questions and Answers on the Commission proposal to amend the Gas Directive (2009/73/EC)«, MEMO/17/4422, 8.11.2017 (svar på spørgsmål 10).

¹³⁷ – Jf. blandt andre frit tilgængelige dokumenter i) Europa-Kommissionens faktablad, »Questions and Answers on the Commission proposal to amend the Gas Directive (2009/73/EC)«, MEMO/17/4422, 8.11.2017 (svar på spørgsmål 8-11), ii) spørgsmål fra Europa-Parlamentet, svar fra Arias Cañete på vegne af Europa-Kommissionen (E-004084/2018(ASW)), 24.9.2018, og iii) Europa-Parlamentets Research Service Briefing, EU Legislation in Progress, »Common rules for gas pipelines entering the EU internal market«, 27.5.2019, s. 2.

¹³⁸ – Jf. navnlig svar fra kommissæren med ansvar for energi, Cañete, og den briefing fra Parlamentet, der er nævnt i den foregående fodnote. Jf. ligeledes Bundesnetzagentur's afgørelse, der er nævnt i fodnote 43 ovenfor.

¹³⁹ – Jf. f.eks. dom af 28.2.2018, Kommissionen mod Xinyi PV Products (Anhui) Holdings (C-301/16 P, EU:C:2018:132, præmis 78), og af 20.3.2014, Kommissionen mod Litauen (C-61/12, EU:C:2014:172, præmis 62).

199. For det fjerde er det i betragtning af det fremskredne stadium af projektets opførelse og den investering, som appellanten allerede havde foretaget på tidspunktet for vedtagelsen af den omtvistede foranstaltning, åbenbart, at appellanten som følge af vedtagelsen af den omtvistede foranstaltning forpligtes til at foretage gennemgribende ændringer af sin virksomhedsstruktur og finansielle struktur samt af sin forretningsmodel – alt inden for et relativt kort tidsrum, da den omtvistede foranstaltning skulle gennemføres inden for ca. ti måneder fra vedtagelsen heraf¹⁴⁰. Det er således helt klart, at den anfægtede foranstaltning ikke blot har potentiale, men også havde til formål *mærkbart at påvirke* appellants stilling på markedet. Appellanten har ligeledes – uden at blive modsagt af de sagsøgte eller intervenienterne – gjort gældende, at den anfægtede foranstaltning vil kræve ændringer af forskellige aftaler, som appellanten tidligere har indgået, hvorved en allerede erhvervet retsstilling bliver påvirket¹⁴¹.

200. På baggrund af det ovenstående er det trods den anfægtede foranstaltnings almengyldige karakter vanskeligt at forestille sig en situation, hvor der kan påvises en mere klar og konkret forbindelse mellem appellants stilling og den anfægtede foranstaltning. På grund af visse karakteristika, der er specifikke for appellanten, og de særlige omstændigheder i forbindelse med vedtagelsen af den anfægtede foranstaltning adskiller appellants stilling i forhold til denne foranstaltning sig fra enhver anden virksomheds stilling, der i medfør af den anfægtede foranstaltning er eller vil blive omfattet af gasdirektivets bestemmelser.

201. På baggrund af det ovenstående konkluderer jeg, at appellanten, eftersom selskabet er umiddelbart og individuelt berørt, har søgsmålskompetence i henhold til artikel 263, stk. 4, TEUF.

B. Sagens realitet

202. I stævningen for Retten fremførte appellanten seks anbringender mod den anfægtede foranstaltning.

203. Med henblik på at vurdere disse anbringender er det nødvendigt at foretage en detaljeret retlig og faktisk vurdering af de argumenter, som alle sagens parter har fremført, på grundlag af de beviser, de har fremlagt.

204. Da der ikke er foretaget en sådan vurdering i den appellerede kendelse, er sagen ikke moden til påkendelse ved Domstolen i den foreliggende sag.

205. Sagen bør som følge heraf hjemvises til Retten, og afgørelsen om sagens omkostninger bør udsættes.

VII. Forslag til afgørelse

206. Jeg foreslår, at Domstolen træffer følgende afgørelse:

»– Kendelse af 20. maj 2020, Nord Stream 2 mod Parlamentet og Rådet (T-526/19, EU:T:2020:210), ophæves.

¹⁴⁰ – Jf. den anfægtede foranstaltnings artikel 2. Ganske interessant blev medlemsstaterne indrømmet en omtrent dobbelt så lang frist til at gennemføre gasdirektivet (jf. direktivets artikel 54) og endog en endnu længere frist til at anvende bestemmelsen om adskillelse (jf. direktivets artikel 9).

¹⁴¹ – Jf. ligeledes punkt 96 ovenfor i dette forslag til afgørelse.

- Nord Stream 2 AG's annullationssøgsmål antages til realitetsbehandling.
- Sagen hjemvises til Retten med henblik på, at denne træffer afgørelse om sagens realitet.
- Afgørelsen om sagsomkostningerne udsættes.«