



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. MICHAL BOBEK

présentées le 6 octobre 2021¹

Affaire C-348/20 P

Nord Stream 2 AG

contre

Parlement européen,

Conseil de l'Union européenne

« Pourvoi – Énergie – Marché intérieur du gaz naturel – Directive (UE) 2019/692 – Application de la directive 2009/73/CE aux conduites de gaz à destination et en provenance de pays tiers – Article 263, quatrième alinéa, TFUE – Qualité pour agir d'un particulier – Affectation directe – Affectation individuelle – Règles en matière de production des preuves devant les juridictions de l'Union – Admissibilité de documents internes des institutions de l'Union »

I. Introduction

1. Nord Stream 2 AG (ci-après la « requérante ») a formé un pourvoi contre l'ordonnance du Tribunal de l'Union européenne² qui a rejeté comme étant irrecevable son recours au titre de l'article 263 TFUE en annulation de la directive (UE) 2019/692 du Parlement européen et du Conseil, du 17 avril 2019, modifiant la directive 2009/73/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel³ (ci-après l'« acte attaqué »). L'acte attaqué vise à garantir que les règles applicables aux conduites de transport de gaz reliant deux États membres ou plus sont également applicables, au sein de l'Union européenne, aux conduites de transport de gaz à destination et en provenance de pays tiers⁴. Dans cette ordonnance, le Tribunal a également ordonné que certains documents produits par la requérante au cours de la procédure soient retirés du dossier.

2. Le présent pourvoi soulève deux importantes questions distinctes, de nature procédurale. D'une part, un particulier peut-il être *directement concerné*, au sens de l'article 263 TFUE, par une directive ? D'autre part, quelles considérations devraient guider l'appréciation de l'admissibilité de *preuves écrites* produites par les parties dans des procédures devant les juridictions de l'Union, en particulier l'admissibilité de documents internes des institutions de l'Union ?

¹ Langue originale : l'anglais.

² Ordonnance du 20 mai 2020, Nord Stream 2/Parlement et Conseil (T-526/19, ci-après l'« ordonnance attaquée », EU:T:2020:210).

³ JO 2019, L 117, p. 1.

⁴ Voir, en particulier, considérant 3 de l'acte attaqué.

II. Le cadre factuel et juridique

3. Le cadre factuel et juridique de la présente affaire peut se résumer comme suit.

4. Conformément à son article 1^{er}, la directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE⁵ (ci-après la « directive gaz ») établit des règles communes concernant le transport, la distribution, la fourniture et le stockage de gaz naturel. Elle définit les modalités d'organisation et de fonctionnement du secteur du gaz naturel, l'accès au marché, les critères et les procédures applicables en ce qui concerne l'octroi d'autorisations pour le transport, la distribution, la fourniture et le stockage de gaz naturel ainsi que l'exploitation des réseaux.

5. Afin de supprimer tout conflit d'intérêts entre producteurs, fournisseurs et gestionnaires de réseau de transport, de créer des incitations à la réalisation des investissements nécessaires, ainsi que de garantir l'accès des nouveaux venus sur le marché dans le cadre d'un régime réglementaire transparent et efficace, la directive gaz prévoit la séparation des réseaux par rapport aux activités de production et de fourniture⁶. En particulier, l'article 9 de cette directive établit une obligation de dissocier les réseaux de transport et les gestionnaires de réseau de transport⁷. De plus, la directive gaz prévoit également l'instauration d'un système d'accès non discriminatoire des tiers aux réseaux de transport et de distribution, qui est fondé sur des tarifs publiés (article 32) à approuver par les autorités de régulation nationales (article 41).

6. En application de l'article 36 de la directive gaz, sur demande et à certaines conditions, les nouvelles grandes infrastructures gazières, y compris les interconnexions, peuvent être exemptées pendant une durée déterminée de certaines des obligations établies par cette directive. Pour bénéficier de cette exemption, il faut, entre autres, démontrer que l'investissement renforcera la concurrence dans la fourniture de gaz, qu'il améliorera la sécurité d'approvisionnement et que le niveau de risque lié à cet investissement est tel que celui-ci ne serait pas réalisé si une exemption n'était pas accordée.

7. La requérante est une société de droit suisse dont l'unique actionnaire est la société publique russe par actions Gazprom. Elle est chargée de la planification, de la construction et de l'exploitation du gazoduc « Nord Stream 2 ». La construction de ce gazoduc a débuté dans le courant de l'année 2018 et, à la date d'introduction du pourvoi dans la présente affaire, elle n'était pas encore achevée. Tout comme le gazoduc Nord Stream (désormais communément appelé « Nord Stream 1 ») – dont la construction a été achevée en 2012 – le gazoduc « Nord Stream 2 » se compose de deux conduites de transport de gaz destinées à assurer l'acheminement du gaz entre Vyborg (Russie) et Lubmin (Allemagne).

8. Le 17 avril 2019, sur une proposition de la Commission européenne du 8 novembre 2017, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont adopté l'acte attaqué.

⁵ JO 2009, L 211, p. 94.

⁶ Voir, en particulier, considérants 6 à 9 de la directive gaz.

⁷ Dans le cadre des industries de réseaux, le terme « dissociation » est utilisé pour se référer à la séparation des activités pouvant potentiellement être soumises à une concurrence (telles la production et la fourniture) de celles où la concurrence est soit impossible, soit non autorisée (tel le transport). L'objectif de la dissociation est d'empêcher les gestionnaires de réseau de transport d'avantager leurs propres activités de fourniture au détriment de fournisseurs indépendants.

9. Conformément au considérant 3 de l'acte attaqué, cette directive vise à traiter des obstacles à l'achèvement du marché intérieur du gaz naturel qui découlaient de la non-application, jusqu'alors, des règles du marché de l'Union aux conduites de transport de gaz à destination et en provenance de pays tiers.

10. À cet égard, l'article 2, point 17, de la directive gaz, telle que modifiée par l'acte attaqué, prévoit que la notion d'« interconnexion » couvre non seulement « [toute] conduite de transport qui traverse ou franchit la frontière entre deux États membres afin de relier le réseau de transport national de ces États membres », mais aussi, désormais, « [toute] conduite de transport entre un État membre et un pays tiers jusqu'au territoire des États membres ou jusqu'à la mer territoriale dudit État membre ».

11. En vertu de l'article 49 bis, paragraphe 1, de la directive gaz, tel qu'inséré par l'acte attaqué, en ce qui concerne les conduites de transport de gaz entre un État membre et un pays tiers achevées avant le 23 mai 2019, l'État membre sur le territoire duquel est situé le premier point de connexion d'une telle conduite de transport au réseau de cet État membre peut, dans des conditions déterminées, décider de déroger à certaines des dispositions de la directive gaz pour les tronçons de cette conduite de transport de gaz situés sur son territoire et dans sa mer territoriale. Les dérogations de cet ordre sont limitées à une durée maximale de 20 ans, mais elles sont renouvelables.

12. En ce qui concerne la mise en œuvre des modifications apportées à la directive gaz par l'acte attaqué, l'article 2 de celui-ci exige que, à certaines exceptions près, les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à cette directive au plus tard le 24 février 2020, « sans préjudice d'une dérogation éventuelle au titre de l'article 49 bis de la [directive gaz] ».

III. La procédure devant le Tribunal et l'ordonnance attaquée

13. Par sa requête du 26 juillet 2019, la requérante a saisi le Tribunal d'un recours au titre de l'article 263 TFUE tendant à l'annulation de l'acte attaqué.

14. Dans sa requête, la requérante a fait valoir que les objectifs déclarés de l'acte attaqué, qui sont d'étendre l'application des dispositions de la directive gaz aux gazoducs à l'importation situés en mer afin d'améliorer le fonctionnement du marché intérieur tout en permettant une dérogation pour protéger les investissements existants, ne sont en fait pas l'objectif véritable de cet acte. Selon la requérante, l'acte attaqué a été adopté aux fins de décourager et de désavantager l'exploitation du gazoduc « Nord Stream 2 ». En conséquence, aux yeux de la requérante, cet acte était entaché d'une violation des principes de non-discrimination, de proportionnalité et de sécurité juridique, d'une violation des formes substantielles, d'un détournement de pouvoir et d'un défaut de motivation.

15. Le Parlement et le Conseil ont soulevé, respectivement les 10 et 11 octobre 2019, une exception d'irrecevabilité du recours. La requérante a déposé ses observations sur les exceptions d'irrecevabilité le 29 novembre 2019, en demandant au Tribunal de réserver sa décision jusqu'à ce qu'il statue au fond ou, à titre subsidiaire, de rejeter les exceptions comme étant non fondées.

16. Le 11 octobre 2019, le Conseil a demandé au Tribunal (ci-après la « demande incidente »), conformément à l'article 130, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal, d'une part, d'ordonner que certains documents ne fassent pas partie du dossier de l'affaire ou, en ce qui concernait trois documents produits par la requérante, qu'ils soient retirés de ce dossier et, d'autre part, d'ignorer tous les passages de la requête et de ses annexes qui font référence à ces documents du Conseil, classifiés « RESTREINT UE/EU RESTRICTED », qui décrivent leur contenu ou qui les invoquent. Les trois documents produits par la requérante dont le Conseil demandait le retrait étaient, premièrement, un avis de son service juridique du 27 septembre 2017⁸ (ci-après l'« avis du service juridique » ou l'« annexe A.14 »), deuxièmement, la recommandation de décision du Conseil, présentée par la Commission le 9 juin 2017, autorisant l'ouverture de négociations en vue d'un accord entre l'Union et la Fédération de Russie sur l'exploitation du gazoduc « Nord Stream 2 » (ci-après la « recommandation » ou l'« annexe O.20 ») et, troisièmement, les directives de négociation du 12 juin 2017, annexées à la recommandation (ci-après les « directives de négociation »).

17. Le 4 novembre 2019, la requérante a déposé ses observations sur la demande incidente, dans lesquelles elle a demandé au Tribunal de rejeter cette demande.

18. Le 29 novembre 2019, au titre de l'article 88 du règlement de procédure du Tribunal, la requérante a également demandé au Tribunal d'adopter une mesure d'organisation de la procédure ou, le cas échéant, une mesure d'instruction, consistant à inviter les défendeurs à produire certains documents détenus par le Conseil (ci-après la « demande de mesure d'organisation de la procédure »). Cette demande concernait la production de versions *non occultées* de ces documents, étant donné qu'une version expurgée de ceux-ci avait déjà été mise à disposition par le Conseil à la suite d'une demande d'accès formée au titre du règlement (CE) n° 1049/2001⁹ par un employé de la requérante. Dans ce cadre, la requérante avait joint à sa demande deux versions non occultées des documents demandés qu'elle avait obtenus antérieurement, à savoir des observations formulées par le gouvernement allemand sur la proposition de l'acte attaqué (ci-après les « documents allemands non occultés » ou les « annexes M.26 et M.30 »).

19. Le 17 janvier 2020, le Parlement et le Conseil ont déposé leurs observations sur la demande de mesure d'organisation de la procédure. Le Conseil a demandé, entre autres, que les annexes M.26 et M.30 soient retirées du dossier.

20. Le 20 mai 2020, le Tribunal a adopté l'ordonnance attaquée. Le dispositif de celle-ci énonce ce qui suit :

- « 1) Les documents produits par Nord Stream 2 AG en tant qu'annexes A. 14 et O. 20 sont retirés du dossier et il n'y a pas lieu de tenir compte des passages de la requête et des annexes dans lesquels sont reproduits des extraits de ces documents.
- 2) La demande incidente présentée par le Conseil de l'Union européenne est rejetée pour le surplus.

⁸ Cet avis est intitulé « 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 » (Recommandation de décision du Conseil autorisant l'ouverture de négociations en vue d'un accord entre l'Union européenne et la Fédération de Russie sur l'exploitation du gazoduc « Nord Stream 2 » – Répartition des compétences et questions juridiques connexes).

⁹ Règlement du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (JO 2001, L 145, p. 43).

- 3) Les documents produits par Nord Stream 2 en tant qu'annexes M. 26 et M. 30 sont retirés du dossier.
- 4) Le recours est rejeté comme étant irrecevable.
- 5) Il n'y a pas lieu de statuer sur les demandes en intervention présentées par la République d'Estonie, par la République de Lettonie, par la République de Lituanie, par la République de Pologne et par la Commission européenne.
- 6) Nord Stream 2 est condamnée aux dépens du Parlement européen et du Conseil, à l'exception de ceux afférents aux demandes en intervention.
- 7) Nord Stream 2, le Parlement et le Conseil ainsi que la République d'Estonie, la République de Lettonie, la République de Lituanie, la République de Pologne et la Commission supporteront leurs propres dépens afférents aux demandes en intervention. »

IV. La procédure devant la Cour

21. Dans son pourvoi, déposé le 28 juillet 2020, la requérante demande qu'il plaise à la Cour :

- annuler l'ordonnance attaquée, en particulier les points 1, 3, 4 et 6 du dispositif ;
- dans la mesure où la Cour considère que l'état de la procédure le permet, rejeter l'exception d'irrecevabilité, déclarer le recours recevable et renvoyer l'affaire devant le Tribunal pour que celui-ci statue au fond ou, à titre subsidiaire, déclarer que la requérante est directement concernée par la mesure attaquée et renvoyer l'affaire devant le Tribunal pour qu'il statue sur l'affectation individuelle ou pour qu'il joigne cette question au fond, et
- condamner le Conseil et le Parlement aux dépens exposés par la requérante, y compris les dépens exposés devant le Tribunal.

22. Pour leur part, le Conseil et le Parlement (ci-après les « défendeurs ») demandent à la Cour de rejeter le pourvoi et de condamner la requérante aux dépens.

23. Ayant été autorisés à intervenir au soutien des conclusions des défendeurs, les gouvernements estonien, letton et polonais (ci-après les « parties intervenantes ») ont déposé leurs observations. La requérante a introduit un mémoire en réponse à ces observations.

24. Le 25 janvier 2021, la requérante a déposé un mémoire en réplique et, le 5 mars 2021, les défendeurs ont déposé un mémoire en duplique.

25. Le 16 juillet 2021, conformément à une mesure d'organisation de la procédure adoptée par le juge rapporteur et l'avocat général en application de l'article 62, paragraphe 1, du règlement de procédure de la Cour, la requérante a soumis à la Cour les documents qu'elle avait précédemment déposés devant le Tribunal en tant qu'annexes A.14, O.20, M.26 et M.30 (ci-après les « annexes en cause »).

V. Appréciation

26. À l'appui de son pourvoi, la requérante soulève deux moyens. Le premier moyen est dirigé contre les constatations du Tribunal sur l'absence d'affectation directe. Le second moyen concerne la décision du Tribunal relative aux documents retirés du dossier.

27. Les présentes conclusions traiteront chacun des deux moyens dans l'ordre dans lequel la requérante les a présentés. Par conséquent, je me pencherai, en premier lieu, sur les constatations du Tribunal quant à la question de savoir si la requérante était directement concernée par l'acte attaqué (section A). J'aborderai, ensuite, la décision du Tribunal concernant certains documents et informations présentés par la requérante (section B).

A. Sur le premier moyen : l'affectation directe

28. Par son premier moyen, dirigé contre les points 102 à 124 de l'ordonnance attaquée, la requérante soutient que le Tribunal a commis une erreur de droit dans l'interprétation et l'application de la condition d'affectation directe et, par voie de conséquence, en concluant que la requérante n'avait pas qualité pour agir à l'encontre de l'acte attaqué. Le premier moyen se subdivise en deux branches.

1. Argumentation des parties

29. Dans la *première branche* de son premier moyen, la requérante fait valoir que le Tribunal a commis une erreur de droit en se fondant principalement sur le fait que l'acte attaqué est une *directive* pour conclure qu'il n'a pas affecté directement sa position. Selon la requérante, il résulte d'une jurisprudence constante que ce qui importe aux fins de l'article 263 TFUE est le contenu de l'acte et non sa forme. À cet égard, elle attire l'attention sur plusieurs affaires dans lesquelles les juridictions de l'Union ont déclaré recevables des recours en annulation formés contre des directives.

30. Dans la *seconde branche* de son premier moyen, la requérante reproche au Tribunal d'avoir conclu que l'acte attaqué laissait aux autorités nationales une marge d'appréciation dans la mise en œuvre des dispositions de l'acte attaqué en ce qui concerne : i) les obligations en matière de dissociation prévues à l'article 9 de la directive gaz ; ii) le régime de l'exemption établi à l'article 36 de la directive gaz, et iii) le régime de la dérogation établi à l'article 49 bis de la directive gaz. Selon la requérante, le Tribunal a omis d'examiner si l'acte attaqué laissait une *véritable* marge d'appréciation aux États membres à cet égard. Enfin, la requérante soutient que le Tribunal n'a pas examiné si les dispositions concernant l'accès des tiers (article 32 de la directive gaz) et la régulation des tarifs (article 41 de la directive gaz) affectaient sa position juridique.

31. Pour leur part, les défendeurs, soutenus en cela par l'ensemble des parties intervenantes, souscrivent pleinement au raisonnement que le Tribunal a adopté pour exclure une affectation directe. En particulier, ces parties soulignent que, *par définition*, une directive ne saurait produire des effets juridiques à l'égard de particuliers à moins d'être transposée en droit national. Ces parties soutiennent également que les dispositions spécifiques de l'acte attaqué auxquelles la requérante se réfère ne pouvaient pas l'affecter directement étant donné que, pour devenir opérationnelles, elles nécessitaient l'adoption de mesures d'exécution au niveau national.

2. Analyse

32. En application de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, le recours formé par une personne physique ou morale contre un acte dont elle n'est pas le destinataire peut être recevable dans deux cas. Premièrement, elle peut engager une telle procédure si l'acte la concerne directement et individuellement. Deuxièmement, elle peut engager une procédure contre un acte réglementaire qui ne comporte pas de mesures d'exécution si cet acte réglementaire la concerne directement.

33. Il est constant entre les parties que l'acte attaqué n'est pas un « acte réglementaire » au sens de l'article 263 TFUE, mais bien un acte législatif¹⁰. La qualité pour agir de la requérante doit, dès lors, être examinée dans le cadre de la première hypothèse mentionnée au point précédent : le recours formé par la requérante devant le Tribunal est recevable si celle-ci est à la fois *directement* et *individuellement* concernée par l'acte attaqué. Ayant conclu que la requérante n'était pas directement concernée, le Tribunal n'a pas procédé à l'examen de la question de l'affectation individuelle.

34. Dans les sections suivantes, j'expliquerai, tout d'abord, pourquoi les raisons énoncées dans l'ordonnance attaquée ne me convainquent pas. Ces raisons peuvent être regroupées en deux catégories : les raisons qui sont d'une nature systémique plus abstraite et théorique (sous-section a) et les raisons liées à la situation spécifique de la requérante (sous-section b). J'expliquerai, ensuite, en quoi le Tribunal n'a pas abordé certains arguments avancés par la requérante (sous-section c). La conclusion que je tirerai de ces exposés est que le Tribunal a commis une erreur de droit dans son interprétation de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE et dans l'application qu'il en a faite à la situation en cause.

a) L'acte attaqué est une directive et ne pourrait donc pas être attaqué par un particulier

35. La première catégorie de raisons retenues par le Tribunal se rapporte à des considérations de nature systémique : l'acte attaqué ne saurait affecter directement la requérante parce qu'il s'agit d'une *directive*.

36. Les passages pertinents de l'ordonnance attaquée précisent ce qui suit : une directive « ne peut pas, par elle-même, créer d'obligations à la charge d'un particulier et ne peut donc être invoquée, en tant que telle, par les autorités nationales à l'encontre des opérateurs en l'absence de mesures de transposition de ladite directive préalablement adoptées par ces autorités [...] Ainsi, indépendamment du point de savoir si celles-ci sont claires et suffisamment précises, les dispositions de la directive attaquée ne sauraient antérieurement à, et indépendamment de, l'adoption des mesures étatiques de transposition, être une source directe ou immédiate d'obligations pesant sur la requérante et susceptibles, à ce titre, d'affecter directement sa situation juridique au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE [...] [En outre], la directive attaquée, en tant que telle et depuis son entrée en vigueur, ne produit pas d'effets immédiats et concrets sur la situation juridique d'opérateurs, tels que la requérante et, en tout état de cause, pas avant l'expiration du délai de transposition prévu à son article 2, paragraphe 1 »¹¹.

37. Je considère que le raisonnement du Tribunal sur ce point est erroné.

¹⁰ Voir, également, point 82 de l'ordonnance attaquée.

¹¹ Points 106 à 108 de l'ordonnance attaquée.

38. Pour commencer, les observations du Tribunal sont difficilement conciliables avec la jurisprudence, rappelée plus haut dans l'ordonnance attaquée, selon laquelle la simple circonstance qu'un particulier forme un recours en annulation à l'encontre d'une directive ne suffit pas pour déclarer ce recours irrecevable. Le Tribunal avait ajouté que, ainsi, un recours est recevable si une *directive* concerne directement et individuellement un requérant ou si elle constitue un acte réglementaire qui le concerne directement et ne comporte pas de mesures d'exécution¹².

39. Je suis d'accord avec ces principes. Toutefois, ils contredisent les affirmations du Tribunal reproduites au point 36 des présentes conclusions. En effet, ce que le Tribunal déclare donnerait lieu à l'exclusion d'une qualité pour agir de particuliers à l'encontre de *toute* directive. À l'égard de ce type d'acte, l'affectation directe ne pourrait jamais être établie, puisque, par définition, d'une part, *toutes* les directives requièrent un tant soit peu des mesures de transposition et, d'autre part, avant leur transposition, elles ne peuvent ni imposer des obligations aux particuliers ni être invoquées par les autorités nationales à l'encontre de ceux-ci¹³. Tel est a fortiori le cas avant que n'expire le délai prévu dans la directive elle-même pour sa transposition.

40. Or, je ne crois pas qu'il soit possible, sur le plan conceptuel, d'assimiler effectivement l'*affectation directe* à l'*effet direct*. Bien qu'elles présentent certaines similitudes, les deux notions n'en sont pas moins ontologiquement dissemblables et elles poursuivent des objectifs différents. L'article 263, quatrième alinéa, TFUE n'exige pas que l'acte attaqué ait un effet direct, et encore moins qu'il soit susceptible d'être invoqué par les autorités à l'encontre de particuliers. Cette disposition se borne à exiger que l'acte attaqué « produi[se] des effets juridiques à l'égard des tiers ».

41. La notion de « produire des effets juridiques à l'égard de tiers » est, pour sa part, différente de celle de « l'effet direct » et, dans l'ensemble, il s'agit d'une notion logiquement bien plus vaste. Ainsi que l'énonce la jurisprudence, la condition selon laquelle une personne physique ou morale doit être directement concernée par la décision faisant l'objet du recours, telle que prévue à l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, requiert que deux critères soient cumulativement réunis. D'une part, la mesure contestée doit *produire directement des effets* sur la situation juridique du particulier. D'autre part, elle ne doit laisser *aucun pouvoir d'appréciation* aux destinataires chargés de sa mise en œuvre, celle-ci ayant un caractère purement automatique et découlant de la seule réglementation de l'Union, sans application d'autres règles intermédiaires¹⁴.

42. Dans la présente affaire, l'acte attaqué est capable de *produire des effets juridiques* en étendant le champ d'application des règles de la directive gaz à des situations et à des destinataires que celles-ci ne couvraient pas antérieurement. Il est clair également que, en conséquence de cette extension, la *position juridique* de la requérante est *modifiée* : un ensemble de règles détaillées, qui régit les activités qu'elle exerce, est devenu applicable à ses activités. Toute la question

¹² Points 78 et 79 de l'ordonnance attaquée.

¹³ C'est assurément vrai pour ce qui est du principe général ; en pratique, toutefois, même avant leur transposition ou à défaut de celle-ci, les directives peuvent : i) donner lieu à un effet de blocage sur les autorités nationales, qui est susceptible d'avoir une incidence négative pour des particuliers – voir arrêt du 18 décembre 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628, points 35 à 50) ; ii) générer des effets incidents sur des tiers – voir arrêts du 7 janvier 2004, Wells (C-201/02, EU:C:2004:12, points 54 à 61), et du 30 avril 1996, CIA Security International (C-194/94, EU:C:1996:172, points 40 à 55), ou encore iii) conduire à une interprétation du droit national conforme à une telle directive, qui peut être au désavantage d'un particulier – voir, entre autres, arrêt du 19 avril 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, point 31 et jurisprudence citée).

¹⁴ Arrêt du 6 novembre 2018, Scuola Elementare Maria Montessori/Commission, Commission/Scuola Elementare Maria Montessori et Commission/Ferracci (C-622/16 P à C-624/16 P, EU:C:2018:873, point 42 et jurisprudence citée). Mise en italique par mes soins.

revient à savoir si la modification de la position de la requérante résulte directement de l'acte attaqué ou, au contraire, si elle peut uniquement avoir lieu en conséquence de l'adoption de mesures d'exécution sur le plan national.

43. À cet égard, la jurisprudence mentionnée au point 41 des présentes conclusions implique, en substance, que, pour qu'il existe une affectation directe, les effets juridiques de l'acte attaqué doivent être produits par l'acte lui-même, *automatiquement*, sans que soit ainsi nécessaire l'adoption de toute autre mesure, que ce soit par l'Union ou par les États membres. Partant, la condition d'« affectation directe » est remplie lorsque peut être établie l'existence d'un *lien direct de causalité* entre l'acte de l'Union attaqué et la modification dans la situation juridique du requérant. La condition de l'« affectation directe » n'est pas remplie lorsqu'une quelconque intervention additionnelle, qu'elle provienne des institutions de l'Union ou des autorités nationales, est à même de rompre ce lien¹⁵.

44. Il est significatif que cette appréciation ne peut pas être faite dans l'abstrait, en ne se fondant que sur le type de l'acte qui est attaqué. Elle exige un examen, notamment, de l'objet, du contenu, de la portée et de la substance de l'acte spécifique attaqué, ainsi que du contexte juridique et factuel dans lequel il est intervenu¹⁶. Comme l'avocat général Hogan l'a déclaré récemment, les juridictions de l'Union ont adopté une « approche holistique et pragmatique [qui] privilégie le fond sur la forme » lors de l'examen des effets d'un acte sur la situation juridique d'une personne physique ou morale¹⁷.

45. Ces principes sont applicables à *tout* acte de l'Union susceptible d'être attaqué devant les juridictions de l'Union, quelle que soit sa forme et abstraction faite du nom ou de l'intitulé qui lui est donné. Ainsi que les juridictions de l'Union l'ont réaffirmé invariablement, « la forme dans laquelle des actes ou décisions sont pris est, en principe, *indifférente* » en ce qui concerne la question de savoir s'ils sont susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation¹⁸. En effet, aux fins de l'article 263 TFUE, pour déterminer si l'acte attaqué produit des effets de droit obligatoires, « il y a lieu de s'attacher à la *substance* de cet acte et d'apprécier lesdits effets à l'aune de critères objectifs, tels que le contenu de ce même acte, en tenant compte, le cas échéant, du contexte de l'adoption de ce dernier ainsi que des pouvoirs de l'institution qui en est l'auteur »¹⁹.

46. Par conséquent, le fait que l'acte attaqué est une *directive* n'exclut pas qu'il puisse affecter directement la requérante.

47. Certes, compte tenu des particularités de cette forme de législation en application de l'article 288 TFUE, une disposition d'une directive satisfera très rarement à la condition de l'affectation directe en ce qui concerne un particulier. Toutefois, entre ce qui est *très rarement le cas* et ce qui, comme l'impliquerait le raisonnement du Tribunal, est *systématiquement exclu*, il y a encore une différence. Si l'on respecte le dispositif transversal de la Cour, selon lequel la substance

¹⁵ Voir, pour des références à la jurisprudence et la doctrine pertinentes, mes conclusions dans l'affaire Région de Bruxelles-Capitale/Commission (C-352/19 P, EU:C:2020:588, point 48).

¹⁶ Voir, en ce sens, entre autres, arrêt du 22 juin 2021, Venezuela/Conseil (Affectation d'un État tiers) (C-872/19 P, EU:C:2021:507, point 66).

¹⁷ Conclusions de l'avocat général Hogan dans l'affaire Venezuela/Conseil (Affectation d'un État tiers) (C-872/19 P, EU:C:2021:37, point 105).

¹⁸ Voir arrêts du 11 novembre 1981, IBM/Commission (60/81, EU:C:1981:264, point 9), et du 12 septembre 2006, Reynolds Tobacco e.a./Commission (C-131/03 P, EU:C:2006:541). Mise en italique par mes soins. Voir, en ce sens, plus récemment, arrêt du 31 janvier 2019, International Management Group/Commission (C-183/17 P et C-184/17 P, EU:C:2019:78, point 51), et ordonnance du 2 septembre 2020, ENIL Brussels Office e.a./Commission (T-613/19, non publiée, EU:T:2020:382, point 25).

¹⁹ Voir, entre autres, arrêts du 20 février 2018, Belgique/Commission (C-16/16 P, EU:C:2018:79, point 32 et jurisprudence citée), et du 9 juillet 2020, République tchèque/Commission (C-575/18 P, EU:C:2020:530, point 47). Mise en italique par mes soins.

prévaut sur la forme²⁰, alors le type de source du droit de l'Union choisi ne peut pas, en soi et in abstracto, prédéterminer la nature de sa substance. En effet, une jurisprudence bien établie a confirmé que la possibilité que certaines dispositions d'une directive affectent directement un particulier déterminé ne peut pas purement et simplement être exclue²¹.

48. À cet égard, il importe peu que certains effets de l'acte attaqué n'étaient pas déclenchés au moment où la requérante a intenté la procédure parce que le délai de transposition n'avait pas encore expiré. Selon la jurisprudence, le fait que les effets d'un acte ne se réalisent qu'à une date ultérieure déterminée dans ce même acte n'empêche pas qu'un particulier puisse être directement affecté en raison d'une obligation découlant de celui-ci²².

49. En effet, si l'on devait admettre le raisonnement du Tribunal à cet égard, presque aucune directive ne pourrait encore faire l'objet d'un recours devant les juridictions de l'Union. Le délai de transposition donné aux États membres est pratiquement toujours supérieur au délai de deux mois dans lequel la procédure prévue à l'article 263, sixième alinéa, TFUE doit être intentée²³. L'approche du Tribunal est en fait réfutée par diverses décisions des juridictions de l'Union, dans lesquelles le recours contre une directive a été jugé recevable alors qu'il avait été intenté *avant* que le délai de transposition de cette directive n'expire²⁴.

50. Enfin, les affirmations figurant aux points 108 et 109 de l'ordonnance attaquée appellent encore quelques dernières remarques.

51. D'une part, le Tribunal a considéré que les effets juridiques allégués par la requérante étaient insuffisants pour établir une affectation directe. Ils n'étaient « en tout état de cause que la conséquence de son choix de développer et de maintenir son activité sur le territoire de l'Union ». Pourtant, je vois mal pourquoi une entreprise ne serait pas recevable à contester un acte de l'Union affectant sa position pour la seule raison que, théoriquement, elle pourrait se relocaliser dans un pays en dehors de l'Union et échapper ainsi à la portée des règles du marché intérieur. Pour que l'acte soit susceptible d'un recours, l'article 263 TFUE exige qu'il produise des effets juridiques et non pas qu'il produise des effets juridiques « inéluctables ».

52. L'affirmation du Tribunal peut difficilement se concilier, notamment, avec le droit à un recours effectif que l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte ») garantit à « [t]oute personne » (et non pas aux seules personnes physiques et morales qui sont « forcées » de rester dans l'Union), ainsi qu'avec la liberté d'entreprise et le droit à la propriété consacrés, respectivement, aux articles 16 et 17 de la Charte. Si le raisonnement du Tribunal devait être poussé à l'extrême, pratiquement aucune entreprise ne serait à même d'attaquer un acte de l'Union : toute entreprise peut toujours, en principe, se relocaliser en dehors de l'Union.

53. La jurisprudence à laquelle le Tribunal se réfère sur ce point ne paraît pas pertinente. L'arrêt cité – *Air Transport Association of America e.a.* – concerne non pas une question de procédure telle que celle que la présente affaire soulève (la recevabilité d'un recours en annulation formé

²⁰ La même approche étant appliquée également en ce qui concerne d'autres questions, telles que l'existence d'un acte attaquant au titre de l'article 263 TFUE – voir, entre autres, arrêt du 20 février 2018, *Belgique/Commission* (C-16/16 P, EU:C:2018:79, point 19).

²¹ Voir, entre autres, arrêts du 7 octobre 2009, *Vischim/Commission* (T-420/05, EU:T:2009:391, points 67, 78 et 79), du 7 octobre 2009, *Vischim/Commission* (T-380/06, EU:T:2009:392, points 57 à 59), et du 2 mars 2010, *Arcelor/Parlement et Conseil* (T-16/04, EU:T:2010:54, point 94 et jurisprudence citée).

²² Voir, entre autres, arrêt du 25 septembre 2015, *PPG et SNF/ECHA* (T-268/10 RENV, EU:T:2015:698, point 47 et jurisprudence citée).

²³ Voir, également, articles 58 à 60 du règlement de procédure du Tribunal.

²⁴ Voir, entre autres, ordonnance du 13 octobre 2006, *Vischim/Commission* (T-420/05 RII, EU:T:2006:304, point 33).

par un particulier) mais, au contraire, une question qui relève du fond (la capacité de l'Union d'adopter des actes qui, selon certaines entreprises, avaient des effets extraterritoriaux)²⁵. Ce qui est peut-être plus pertinent encore est que les juridictions de l'Union ont précisé que l'existence d'une affectation directe n'est pas exclue par le fait que l'incidence de l'acte de l'Union en question sur la position juridique de la requérante est due aussi à certains choix faits par les opérateurs économiques concernés²⁶ ou qu'un requérant pouvait éviter les conséquences résultant de l'acte de l'Union qu'il attaque en optant pour une autre ligne de conduite²⁷.

54. D'autre part, au point 109 de l'ordonnance attaquée, le Tribunal a précisé qu'« admettre le point de vue de la requérante selon lequel sa situation juridique a été directement affectée par l'entrée en vigueur de la directive attaquée, au motif que l'exploitation de son [gazoduc "Nord Stream 2"] aurait autrement échappé au champ d'application matériel de la directive 2009/73, reviendrait à considérer que, à chaque fois que l'Union légifère nouvellement dans un domaine en soumettant des opérateurs à des obligations auxquelles ils n'étaient pas antérieurement soumis, cette législation, quand bien même elle serait adoptée sous la forme d'une directive et selon la procédure législative ordinaire, affecterait nécessairement et directement les opérateurs au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE ». Le Tribunal a ajouté qu'une telle position se heurterait au libellé même de l'article 288 TFUE, selon lequel les directives nécessitent des mesures d'exécution nationales.

55. Ayant déjà expliqué pourquoi il n'est pas exclu, en principe, que les directives puissent faire l'objet d'un recours au titre de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, je ne dois pas réitérer mes arguments à cet égard. J'ajoute simplement que la position du Tribunal signifierait aussi que le droit pour des requérants non privilégiés de demander l'annulation d'un acte préjudiciable au titre de l'article 263 TFUE pourrait aisément être vidé de sa substance par les institutions de l'Union si celles-ci recourent à l'expédient d'adopter cet acte sous la forme d'une « directive »²⁸.

56. L'idée du Tribunal qu'il serait par trop facile pour des requérants privés d'attaquer des législations de l'Union si l'argument de la requérante concernant l'affectation directe devait être admis peut donc être écartée en rappelant la différence qui existe entre la notion d'« affectation directe » et celle d'« affectation individuelle ». Ces deux conditions, naturellement cumulatives, jouent un rôle différent dans le cadre de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE. L'affectation directe vise à vérifier si la position d'un requérant est *immédiatement* affectée. L'affectation individuelle vise à déterminer si ce requérant est affecté *en raison de circonstances spécifiques* qui le distinguent de toute autre personne pouvant également être affectée.

57. C'est donc la satisfaction de ce dernier critère – lequel, en d'autres termes, exige qu'un requérant se trouve dans une position équivalente à celle d'un destinataire de l'acte²⁹ – qui exclut une situation telle que celle que craint le Tribunal. En effet, une nouvelle législation (qu'elle se présente sous la forme d'un règlement ou d'une directive) peut affecter plusieurs opérateurs économiques. Cependant, seuls ceux qui satisfont au critère strict de la jurisprudence issue de

²⁵ Arrêt du 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America e.a.* (C-366/10, EU:C:2011:864, points 127 et 128).

²⁶ Voir, en ce sens, arrêts du 13 mars 2008, *Commission/Infront WM* (C-125/06 P, EU:C:2008:159, points 41 à 64), du 15 décembre 2005, *Infront WM/Commission* (T-33/01, EU:T:2005:461, points 114 à 150), et du 25 octobre 2011, *Microban International et Microban (Europe)/Commission* (T-262/10, EU:T:2011:623, point 28).

²⁷ Voir, en ce sens, arrêt du 22 juin 2021, *Venezuela/Conseil (Affectation d'un État tiers)* (C-872/19 P, EU:C:2021:507, point 71).

²⁸ Comme le Tribunal lui-même le souligne au point 78 de l'ordonnance attaquée, sur la base d'une jurisprudence bien établie. Voir, également, arrêt du 2 mars 2010, *Arcelor/Parlement et Conseil* (T-16/04, EU:T:2010:54, point 94 et jurisprudence citée). Voir, plus récemment, par analogie, conclusions de l'avocat général Hogan dans l'affaire *Venezuela/Conseil (Affectation d'un État tiers)* (C-872/19 P, EU:C:2021:37, point 119).

²⁹ Voir, de même, Lenaerts, K., Maselis, I., et Gutman, K., *EU Procedural Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 768 et 769.

l'arrêt Plaumann³⁰ peuvent se voir reconnaître la qualité pour agir au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE. Le risque d'instaurer une *actio popularis* à l'encontre de la législation de l'Union, que le Tribunal évoque, est donc une crainte manifestement injustifiée.

58. En résumé, selon moi, la première branche du premier moyen de la requérante est fondée. Toutefois, cette constatation à elle seule ne suffit pas pour annuler l'ordonnance attaquée. En effet, comme mentionné précédemment, la conclusion du Tribunal relative à l'absence d'affectation directe repose également sur une autre motivation.

b) Les autorités des États membres disposeraient d'une marge de manœuvre dans la transposition des dispositions pertinentes de la directive

59. La seconde motivation retenue par le Tribunal pour exclure l'affectation directe est liée à la position spécifique de la requérante et au contenu des dispositions juridiques invoquées. Aux points 111 à 123 de l'ordonnance attaquée, le Tribunal a exclu l'affectation directe au motif que les dispositions de l'acte attaqué, dont la requérante a considéré qu'elles affectaient sa position juridique, exigeaient des mesures d'exécution au niveau national.

60. Dans cette partie de son raisonnement, le Tribunal a appliqué le critère de l'affectation directe, malgré ses propres réserves antérieures fondées sur le fait que l'instrument est une directive. Néanmoins, en ce qui concerne cette partie de l'ordonnance attaquée, je ne peux pas davantage me déclarer d'accord avec le Tribunal.

61. Il faut garder à l'esprit que le critère tenant à l'absence de mesures d'exécution ne signifie pas que *tout* acte de mise en œuvre, quel qu'il soit, exclurait immédiatement et nécessairement l'affectation directe. En particulier, comme les points 102 et 103 de l'ordonnance attaquée le relèvent à juste titre, la condition de l'affectation directe est remplie, entre autres, lorsque des mesures d'exécution existent mais que, en réalité, les autorités concernées ne disposent d'*aucune réelle marge d'appréciation* quant à la manière dont l'acte principal de l'Union doit être transposé. Ainsi que l'avocat général Wathelet l'a exposé, afin d'exclure l'affectation directe, « la marge d'appréciation de l'auteur de l'acte intermédiaire visant à mettre en œuvre l'acte de l'Union ne peut être purement formelle. Elle doit être la source de l'affectation juridique du requérant »³¹.

62. Une abondante jurisprudence illustre ce point. Ainsi, l'affectation directe a été constatée dans des circonstances où l'acte de l'Union en cause réglait de façon exhaustive la *manière* dont les autorités nationales étaient tenues de prendre leurs décisions³² ou le *résultat* à atteindre, indépendamment du contenu des mécanismes spécifiques que les autorités nationales mettent en place pour l'atteindre³³ ; dans des circonstances où le rôle des autorités nationales était

³⁰ Voir, entre autres, arrêts du 15 juillet 1963, Plaumann/Commission (25/62, EU:C:1963:17, p. 107), et, plus récemment, du 17 septembre 2015, Mory e.a./Commission (C-33/14 P, EU:C:2015:609, point 93).

³¹ Conclusions de l'avocat général Wathelet dans l'affaire Stichting Woonlinie e.a./Commission (C-133/12 P, EU:C:2013:336, point 41). Cité récemment également dans l'arrêt du 28 novembre 2019, Banco Cooperativo Español/CRU (T-323/16, EU:T:2019:822, point 51).

³² Voir arrêts du 6 novembre 1990, Weddel/Commission (C-354/87, EU:C:1990:371, point 19), et du 13 octobre 2011, Deutsche Post et Allemagne/Commission (C-463/10 P et C-475/10 P, EU:C:2011:656, point 70).

³³ Voir, en ce sens, arrêts du 13 mars 2008, Commission/Infront WM (C-125/06 P, EU:C:2008:159, point 62), et du 17 février 2011, FIFA/Commission (T-385/07, EU:T:2011:42, point 41).

extrêmement mineur et de nature purement formelle³⁴ ou purement mécanique³⁵ ; ou encore dans des circonstances où les États membres adoptaient principalement des mesures accessoires supplémentaires par rapport à l'acte de l'Union concerné³⁶.

63. Qui plus est, les juridictions de l'Union ont également précisé que la question de savoir si un requérant est directement concerné par un acte de l'Union dont il n'est pas le destinataire doit également être examinée « au regard de l'objet dudit acte »³⁷. Cela signifie qu'il est sans intérêt de savoir si, en pratique, d'autres effets de l'acte de l'Union attaqué peuvent n'apparaître qu'*après* l'adoption de mesures d'exécution, de sorte que les effets juridiques invoqués par le requérant résultent directement et automatiquement de cet acte³⁸.

64. Dans l'une de ses décisions antérieures, le Tribunal a très bien cerné, à mon avis, la logique qui sous-tend cette jurisprudence : « dans le cas où un acte [de l'Union] est adressé à un État membre par une institution, si l'action que doit entreprendre l'État membre à la suite de l'acte a un caractère automatique, ou si de toute façon *l'issue n'est pas douteuse*, l'acte concerne alors directement n'importe quelle personne qui est affectée par cette action. [...] En d'autres termes, l'acte en question ne doit pas dépendre, pour produire ses effets, de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par un tiers, à moins qu'il soit évident qu'un tel pouvoir ne peut s'exercer que dans un sens déterminé. »³⁹

65. Une fois encore, comme je l'ai déjà souligné plus haut⁴⁰, en définitive, la substance l'emporte sur la forme : si, à la suite de l'adoption de l'acte de l'Union et en résultat direct de celui-ci, l'issue n'est pas douteuse en ce qui concerne l'acte qui sera adopté ultérieurement au niveau national, il serait plutôt formaliste de suggérer que le particulier doit, dans ce cas de figure, néanmoins attendre des semaines, des mois, voire des années, pour contester, par la voie du renvoi préjudiciel, le contenu de l'acte connu déjà bien avant⁴¹.

66. C'est au regard de ces principes que la motivation figurant aux points 111 à 123 de l'ordonnance attaquée doit être examinée.

67. Devant le Tribunal, la requérante a soutenu que, en lui rendant trois dispositions applicables et en lui imposant par là de nouvelles obligations, l'acte attaqué aurait trois conséquences pour sa position juridique. Ces dispositions sont celles qui se rapportent à : i) la dissociation, ii) l'accès des

³⁴ Voir arrêt du 13 mai 1971, *International Fruit Company e.a./Commission* (41/70 à 44/70, EU:C:1971:53, points 23 à 26). Voir, en ce sens, également, arrêt du 28 novembre 2019, *Banco Cooperativo Español/CRU* (T-323/16, EU:T:2019:822, points 60 à 63).

³⁵ Voir, en ce sens, arrêts du 17 septembre 2009, *Commission/Koninklijke FrieslandCampina* (C-519/07 P, EU:C:2009:556, point 49), du 26 septembre 2000, *Starway/Conseil* (T-80/97, EU:T:2000:216, points 61 à 65), et du 1^{er} juillet 2009, *ISD Polska e.a./Commission* (T-273/06 et T-297/06, EU:T:2009:233, point 68).

³⁶ Voir, en ce sens, arrêts du 29 juin 1994, *Fiskano/Commission* (C-135/92, EU:C:1994:267, point 27), et du 25 octobre 2011, *Microban International et Microban (Europe)/Commission* (T-262/10, EU:T:2011:623, point 29).

³⁷ Arrêt du 3 avril 2003, *Royal Philips Electronics/Commission* (T-119/02, EU:T:2003:101, point 276).

³⁸ Arrêt du 3 avril 2003, *Royal Philips Electronics/Commission* (T-119/02, EU:T:2003:101, points 277 à 281). Voir, également, jurisprudence citée à la note en bas de page 21 des présentes conclusions.

³⁹ Ordonnance du 10 septembre 2002, *Japan Tobacco et JT International/Parlement et Conseil* (T-223/01, EU:T:2002:205, point 46). Mise en italique par mes soins.

⁴⁰ Voir points 45 à 47 des présentes conclusions.

⁴¹ Certes, une décision en ce sens pourrait aussi reposer sur un choix de politique juridictionnelle. La vision sous-jacente à cet égard serait, en substance, de canaliser vers la Cour toutes les questions concernant la validité d'un quelconque acte de l'Union nécessitant un tant soit peu une implication nationale future, si marginale soit-elle, à travers des demandes de décision préjudicielle en appréciation de validité au titre de l'article 267 TFUE, au lieu de permettre que ces questions soient portées devant le Tribunal en application de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE. Voir, pour une critique de la logique d'une telle gestion du flux des affaires, eu égard à la structure institutionnelle actuelle des juridictions de l'Union, mes conclusions dans l'affaire *Région de Bruxelles-Capitale/Commission* (C-352/19 P, EU:C:2020:588, points 137 à 147), ou dans les affaires jointes *Allemagne et Hongrie/Commission et Commission/Ville de Paris e.a.* (C-177/19 P à C-179/19 P, EU:C:2021:476, points 108 et 109).

tiers et iii) la régulation tarifaire. En outre, la requérante a fait valoir que, même si la directive gaz a inclus aux articles 36 et 49 bis la possibilité d'accorder, respectivement, une exemption et une dérogation⁴² à l'application de ces règles, ces dispositions n'étaient manifestement pas applicables à sa situation.

68. La question essentielle est donc de savoir si le Tribunal a jugé à bon droit qu'*aucun* des *trois* types d'effet juridique dont la requérante s'est plainte ne découlait directement de l'acte attaqué.

69. En premier lieu, il convient d'entamer l'analyse en se penchant sur un élément que le Tribunal a presque à peine abordé, mais qui, à mon avis, est très pertinent pour les trois points soulevés par la requérante. Aux points 119 à 123 de l'ordonnance attaquée, le Tribunal a considéré que le fait que la requérante ne pouvait pas se voir accorder l'exemption et/ou la dérogation prévues, respectivement, à l'article 36 et à l'article 49 bis de la directive gaz ne revêtait aucune pertinence pour déterminer si elle est directement concernée par l'acte attaqué. Le Tribunal a déclaré, en substance, que, même si les dispositions de l'acte attaqué étaient inapplicables à la requérante, celle-ci aurait toujours pu demander cette dérogation et/ou cette exemption, et attaquer ensuite la ou les décisions négatives devant les juridictions nationales en invoquant dans ce contexte l'invalidité de l'acte de l'Union, ce qui aurait donné lieu à une procédure de renvoi préjudiciel sur la validité de l'acte attaqué.

70. Ces déclarations paraissent minimiser, plutôt fortement, l'importance globale des dispositions relatives à l'octroi d'exceptions.

71. Logiquement, si la requérante – qui avait déjà commencé à construire l'infrastructure à laquelle devait s'appliquer la nouvelle législation – pouvait être soustraite à l'application du nouveau cadre juridique en vertu d'une décision discrétionnaire des autorités nationales, la possibilité qu'elle soit directement concernée par l'acte attaqué pourrait disparaître. En effet, il pourrait alors raisonnablement exister une possibilité que les autorités nationales compétentes accordent une exception discrétionnaire. L'appréciation de l'applicabilité éventuelle des articles 36 et 49 bis de la directive gaz à la situation de la requérante est donc manifestement importante dans la présente affaire.

72. Les observations du Tribunal à cet égard sont donc déconcertantes. Pour commencer, elles ne peuvent pas se concilier avec la jurisprudence mentionnée aux points 61 à 65 des présentes conclusions, selon laquelle l'existence d'une marge d'appréciation *véritable* pour les autorités nationales exclut que la condition de l'affectation directe puisse être remplie.

73. Une fois encore, et ce sur un plan plus structurel, il apparaît déraisonnable (ainsi que lourd, coûteux et chronophage) d'obliger une entreprise à demander une décision des autorités nationales, alors que la réponse ne peut être que négative, en vue d'attaquer une règle claire et exhaustive qui est insérée dans un acte de l'Union. Le « système complet de voies de recours et de procédures » auquel le Tribunal se réfère au point 120 de l'ordonnance attaquée n'est pas censé constituer une longue course d'obstacles pour les requérants. Ce système repose sur une répartition rationnelle et constitutionnelle des tâches entre les juridictions nationales et les juridictions de l'Union. En d'autres termes, c'est la « paternité » de l'acte affectant effectivement un requérant qui détermine la juridiction à laquelle il doit s'adresser pour attaquer cet acte.

⁴² Dans un souci de clarté, il convient de préciser que, alors que certaines versions linguistiques de la directive gaz utilisent des termes différents pour se référer à ces deux situations (tels que les termes, pour la version en langue anglaise, « exemption » et « derogation », et les termes, pour la version en langue allemande, « Ausnahme » et « Abweichung »), d'autres versions linguistiques utilisent un seul et même terme (telle la version en langue française qui utilise le terme « dérogation » et la version en langue italienne qui utilise le terme « deroga »).

74. Dans la présente affaire, en ce qui concerne les articles 36 et 49 bis de la directive gaz, cette paternité ne peut qu'être imputée au législateur de l'Union. Aucun des cas envisagés par ces dispositions n'apparaît être applicable à la requérante. Le législateur de l'Union a décidé, d'une part, que la dérogation n'est possible que pour les conduites de transport de gaz entre un État membre et un pays tiers « achevées avant le 23 mai 2019 » et, d'autre part, que l'exemption n'est possible que pour les projets de grandes infrastructures pour lesquels aucune décision d'investissement définitive n'a été prise⁴³. En fait, au moment de l'adoption de l'acte attaqué, à savoir le 17 avril 2019, le gazoduc « Nord Stream 2 » avait passé le stade du préinvestissement⁴⁴, mais il n'allait pas être achevé avant le 23 mai 2019 et, à plus forte raison, il n'allait pas être opérationnel avant cette date⁴⁵.

75. Dans ces conditions, si ces dispositions donnent aux autorités nationales une certaine latitude pour accorder une exemption ou une dérogation à certains opérateurs dans le futur, tel n'est pas le cas en ce qui concerne la requérante. À cet égard, l'applicabilité (ou non) de ces dispositions est entièrement prédéterminée par les règles de l'Union, les autorités nationales *ne disposant d'aucune marge de manœuvre* et devant ainsi agir en tant que *longa manus* de l'Union. À cet égard, je rappelle que la seule existence, dans l'abstrait, de dérogations ou d'exceptions aux règles établies par un acte de l'Union ne saurait avoir d'incidence sur la position d'un requérant si celui-ci ne peut manifestement pas se prévaloir de ces exceptions ou dérogations⁴⁶.

76. En second lieu, étant donné que la requérante ne peut pas échapper à l'application des règles de la directive gaz en vertu d'une exemption ou d'une dérogation, il convient de vérifier si les obligations que cette directive lui impose désormais découlent de l'adoption de l'acte attaqué ou bien des mesures d'exécution nationales de cet acte.

77. La requérante critique, en particulier, l'extension, qui est opérée par l'acte attaqué, des obligations de dissociation établies à l'article 9 de la directive gaz. Le Tribunal n'a pas nié que, en principe, l'acte attaqué donnait lieu à une telle extension, et ce en élargissant la portée de la règle régissant la dissociation intégrale des structures de propriété prévue à l'article 9, paragraphe 1, de la directive gaz⁴⁷. Toutefois, il a considéré que cette extension ne découlait pas de l'acte attaqué, étant donné que les États membres étaient autorisés à prévoir deux *autres possibilités* que celle de la dissociation intégrale, à savoir ce qu'il est convenu d'appeler le modèle du « gestionnaire de réseau indépendant » (ci-après le « GRI »)⁴⁸ et ce qu'il est convenu d'appeler le modèle du « gestionnaire de réseau de transport indépendant » (ci-après le « GRTI »)⁴⁹, prévus, respectivement, à l'article 9, paragraphe 8, et à l'article 9, paragraphe 9, de la directive gaz.

⁴³ L'une des conditions de l'exemption est, selon l'article 36, paragraphe 1, sous b), de la directive gaz, que « le niveau de risque lié à l'investissement doit être tel que cet investissement ne serait pas réalisé si une [exemption] n'était pas accordée ».

⁴⁴ C'est incontestable vu l'état très avancé de la construction du gazoduc. Selon la requérante, la décision définitive sur l'investissement principal a été adoptée au mois de septembre 2015.

⁴⁵ C'est-à-dire dans un délai d'environ un mois à compter de l'adoption de l'acte attaqué. Voir, également, sur ce dernier aspect, la décision du 20 mai 2020 BK7-19-108 de la Bundesnetzagentur (agence fédérale des réseaux, Allemagne).

⁴⁶ Voir arrêt du 22 juin 2021, Venezuela/Conseil (Affectation d'un État tiers) (C-872/19 P, EU:C:2021:507, point 90).

⁴⁷ Cette règle implique une séparation intégrale entre, d'une part, la propriété ainsi que l'exploitation des réseaux de transport de gaz et, d'autre part, les activités de production et de fourniture de gaz.

⁴⁸ Selon le modèle du GRI, établi à l'article 14 de la directive gaz, une entreprise verticalement intégrée est propriétaire d'un réseau de transport, mais le gestionnaire du réseau de transport doit être une entité indépendante.

⁴⁹ Selon le modèle du GRTI, établi au chapitre IV de la directive gaz, une entreprise verticalement intégrée est propriétaire d'une entité juridiquement distincte qui est propriétaire et qui exploite le réseau de transport (à savoir le GRTI). Cette dernière entité doit opérer de manière autonome par rapport à l'entreprise verticalement intégrée.

78. La constatation du Tribunal selon laquelle, en application de l'article 9 de la directive gaz, les États membres disposent de trois options pour réaliser une dissociation est sans le moindre doute correcte. La requérante l'a reconnu elle-même⁵⁰. Toutefois, cette constatation n'aborde pas l'argument véritable que cette dernière a avancé.

79. La requérante n'a pas contesté la seule dissociation intégrale des structures de propriété. Elle considère que sont illégaux tant le *résultat* à atteindre en application de l'article 9 de la directive gaz (la dissociation) que les trois *méthodes* pour atteindre ce résultat (propriété intégrale, modèle du GRI ou modèle du GRTI).

80. À cet égard, il est constant que, *quelle que soit l'option finalement retenue* par les autorités nationales, la position juridique de la requérante sera inévitablement modifiée. En effet, elle devra : soit vendre l'intégralité du gazoduc « Nord Stream 2 », soit vendre la partie du gazoduc relevant du ressort des autorités allemandes, soit transférer la propriété du gazoduc à une filiale distincte. Abstraction faite des différences entre ces trois modèles, chacun d'eux exige un transfert de propriété et/ou de l'exploitation du gazoduc ou d'une partie de celui-ci, obligeant ainsi la requérante à modifier la structure sociale de son entreprise.

81. Dans ces conditions, et compte tenu de cette situation unique, je dois conclure que c'est l'acte attaqué qui affecte immédiatement la position de la requérante et non pas simplement les mesures de transposition (ultérieures). La façon dont la requérante est affectée est réglée de manière exhaustive dans l'acte attaqué. Les États membres ne disposent pas de la moindre marge d'appréciation en ce qui concerne le résultat final à atteindre. Ils peuvent uniquement faire un choix (limité) quant à la manière de l'atteindre, et ce en optant pour l'un des trois modèles de dissociation prévus par le législateur de l'Union. Il n'en demeure pas moins que, peu importe lequel des trois modèles sera retenu par eux, la requérante sera affectée. En résumé, étant donné qu'ils sont seulement autorisés à choisir l'une des formes prédéterminées du « *comment* », les États membres ne disposent d'aucune marge d'appréciation sur le « *si* » ni sur le « *quoi* ».

82. Le cas d'espèce relève donc de ces situations⁵¹ où les juridictions de l'Union ont invariablement jugé qu'il existait une affectation directe. À cet égard, je vois mal en quoi la présente affaire se distingue, par exemple, de celle examinée par les juridictions de l'Union dans l'affaire Infront WM/Commission⁵², une affaire que la requérante a bien évidemment invoquée devant le Tribunal. Dans une déclaration plutôt apodictique, le Tribunal a considéré que l'affaire Infront WM/Commission était différente en droit et en fait de la présente affaire, au motif que la première concernait une décision (et non une directive) et que la seconde n'est « pas atypique »⁵³.

83. Il ne m'apparaît pas clairement ce que le Tribunal a entendu dire en se référant à la présente affaire comme n'étant « pas atypique » ni comment cet aspect joue un rôle dans le cadre de l'article 263 TFUE⁵⁴. À mon sens, à nouveau, l'élément essentiel est plutôt de savoir si l'on accepte que la dénomination et la forme d'un acte revêtent peu d'importance au regard de cette

⁵⁰ Voir point 113 de l'ordonnance attaquée.

⁵¹ Auxquelles il est fait référence aux points 61 à 65 des présentes conclusions.

⁵² Arrêt du 15 décembre 2005, Infront WM/Commission (T-33/01, EU:T:2005:461).

⁵³ Point 117 de l'ordonnance attaquée.

⁵⁴ Si, par là, le Tribunal entendait (comme le soutient le Conseil dans le cadre du présent pourvoi) que la directive attaquée est une *véritable* directive, et non une décision déguisée, je me bornerai à rappeler la jurisprudence selon laquelle « le seul fait que les dispositions litigieuses fassent partie d'un acte de portée générale *qui constitue une véritable directive et non une décision*, au sens de l'article[263], quatrième alinéa, [TFUE], prise sous l'apparence d'une directive, ne suffit pas en soi pour exclure que ces dispositions puissent concerner directement et individuellement un particulier ». Voir arrêt du 2 mars 2010, Arcelor/Parlement et Conseil (T-16/04, EU:T:2010:54, point 94 et jurisprudence citée). Mise en italique par mes soins.

disposition. Si tel est le cas, la question cruciale devient alors simplement de savoir si l'incidence alléguée sur la position juridique de la requérante est le résultat de l'acte de l'Union attaqué ou le résultat d'une mesure d'exécution ultérieure.

84. Dans ces circonstances, la constatation du Tribunal qui retient, au point 118 de l'ordonnance attaquée, que la requérante n'était pas directement concernée par l'acte attaqué au motif que la disposition régissant la dissociation nécessitait des mesures nationales d'exécution est entachée d'une erreur de droit.

85. Eu égard à ce qui précède, puisque j'estime qu'aucune des deux motivations que le Tribunal a avancées dans l'ordonnance attaquée pour exclure l'affectation directe (d'une part, l'acte attaqué est une directive et, d'autre part, la disposition régissant la dissociation n'affecte pas immédiatement la position juridique de la requérante) n'est correcte, je conclus qu'il a commis une erreur de droit en considérant, au point 116 de l'ordonnance attaquée, que la requérante n'était pas directement concernée, ce qui l'a conduit ensuite à une conclusion erronée, au point 124 de l'ordonnance attaquée, quant à la qualité pour agir au sens de l'article 263 TFUE.

86. À elles seules, ces erreurs de droit sont suffisantes pour annuler le point 4 du dispositif de l'ordonnance attaquée, lequel a rejeté le recours comme étant irrecevable. Cependant, dans un souci d'exhaustivité et afin d'aider pleinement la Cour dans le cadre de ce pourvoi, j'aborderai également l'autre argument que la requérante a avancé dans le premier moyen.

c) L'absence d'examen des autres arguments de la requérante

87. Devant le Tribunal, la requérante a soutenu que l'acte attaqué affectait directement sa position juridique parce que cet acte avait notamment trois types d'effets. Outre qu'il crée une obligation en matière de dissociation, laquelle a été analysée dans la section précédente des présentes conclusions, l'acte attaqué exige également de la requérante qu'elle applique les règles régissant l'accès des tiers et la régulation tarifaire. Dans tous ses exposés devant le Tribunal (et surtout dans sa requête et ses observations sur les exceptions d'irrecevabilité soulevées par les défendeurs), la requérante s'est constamment référée aux effets (selon elle préjudiciables) résultant de l'application de ces trois dispositions à sa situation.

88. Le Tribunal l'a certes constaté dans l'ordonnance attaquée⁵⁵. Néanmoins, il a écarté ensuite l'affectation directe en ne s'attachant qu'aux dispositions régissant la dissociation. Il n'a en rien examiné si – indépendamment des effets allégués découlant des règles en matière de dissociation – la position juridique de la requérante pouvait être affectée par les dispositions régissant l'accès des tiers et/ou la régulation tarifaire.

89. Loin de constituer des considérations accessoires susceptibles d'être ignorées ou rejetées implicitement par le Tribunal, les arguments que la requérante a développés au sujet de l'accès des tiers et de la régulation tarifaire étaient deux éléments constitutifs de son explication en trois volets quant aux raisons pour lesquelles elle était directement affectée par l'acte attaqué. Chacun de ces trois éléments constitutifs pouvait, individuellement, être suffisant pour justifier la constatation d'une affectation directe. En particulier, quelle que soit la forme de dissociation que les autorités nationales retiendront ultérieurement, les obligations en matière d'accès des tiers et de régulation tarifaire imposées à la requérante resteront inchangées.

⁵⁵ Voir points 96 et 98 de l'ordonnance attaquée.

90. Dans ces conditions, l'ordonnance attaquée est entachée aussi, inévitablement, d'un défaut de motivation. Cette erreur de droit relève de l'ordre public. Elle peut être⁵⁶ soulevée d'office par la Cour⁵⁷, notamment lorsqu'elle concerne la recevabilité d'un recours devant le Tribunal⁵⁸.

91. Partant, indépendamment des erreurs de droit constatées ci-dessus en ce qui concerne l'interprétation et l'application des dispositions régissant la dissociation (article 9 de la directive gaz), ainsi que la dérogation et l'exemption (prévues, respectivement, à l'article 49 bis et à l'article 36 de la directive gaz), le point 4 du dispositif de l'ordonnance attaquée doit également être annulé pour défaut de motivation.

92. En outre, s'il avait apprécié correctement les dispositions régissant l'accès des tiers et la régulation tarifaire, le Tribunal aurait conclu que ces dispositions affectaient également directement la requérante.

93. Une fois encore, il est vrai, comme le soulignent les défendeurs et les parties intervenantes, que les dispositions tant de l'article 32 que de l'article 41 de la directive gaz imposent aux États membres de « veiller » à leur exécution.

94. Toutefois, dans ce contexte également, on peut difficilement nier que la requérante ne conteste pas la manière spécifique dont les obligations découlant de ces dispositions seront mises en œuvre. Elle conteste la substance même des obligations qui lui sont imposées en conséquence de l'adoption de l'acte attaqué.

95. En bref, l'article 32 de la directive gaz impose aux gestionnaires de réseau de transport d'accorder aux clients potentiels un accès à leurs capacités, de manière non discriminatoire, sur la base de tarifs publiés. Pour sa part, l'article 41, paragraphes 6, 8 et 10, de cette directive prévoit, en substance, que les tarifs appliqués par les gestionnaires de réseau de transport pour l'utilisation de leurs capacités de transport doivent être approuvés par l'autorité de régulation nationale de l'État membre concerné.

96. En vertu de ces dispositions, la requérante sera juridiquement dans l'impossibilité, dans la mesure prévue par ces règles, d'agir comme un opérateur normal du marché qui choisit librement ses clients et sa politique tarifaire. Elle devra ainsi subir plusieurs nouvelles contraintes de régulation qui limitent son droit de propriété et sa liberté d'entreprise. Ces contraintes sont nouvelles, eu égard au fait que la législation en vigueur au moment de l'investissement – le moment où la construction des infrastructures a démarré et celui où la requérante a conclu des contrats pour son financement et son exploitation future⁵⁹ – ne prévoyait pas l'accès obligatoire des tiers et l'approbation tarifaire par le régulateur national.

⁵⁶ La requérante a dûment soulevé l'omission du Tribunal sur ce point dans le cadre de ses arguments concernant l'interprétation et l'application erronées de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, même si elle n'y a pas fait référence en tant que « défaut de motivation ». Voir point 67 des présentes conclusions.

⁵⁷ Voir, en ce sens, arrêt du 20 décembre 2017, EUIPO/European Dynamics Luxembourg e.a. (C-677/15 P, EU:C:2017:998, point 36 et jurisprudence citée).

⁵⁸ Voir, entre autres, ordonnance du 5 septembre 2013, ClientEarth/Conseil (C-573/11 P, non publiée, EU:C:2013:564, point 20).

⁵⁹ Je me réfère, en particulier, au « Gas Transportation Agreement » (accord de transport de gaz) conclu le 7 mars 2017 avec Gazprom Export LLC et aux « Long Term Debt Financing Agreements » (accords de financement de la dette à long terme) conclus aux mois d'avril et de juin 2017 avec Gazprom, ENGIE SA, OMV AG, Royal Dutch Shell plc, Uniper SE et Wintershall Dea GmbH. Des extraits pertinents de ces accords ont été produits devant le Tribunal.

97. Cela ne signifie pas que, dès lors qu'une entreprise effectue un investissement et se prépare à entrer sur un marché dans le cadre d'un régime donné, peu importe l'ampleur de cet investissement, le législateur ne peut pas valablement modifier ce régime. Bien entendu, tel n'est certainement pas le cas.

98. Quoi qu'il en soit, la question de savoir si les modifications qui sont apportées dans ce régime, et qui créent de toutes nouvelles obligations et restrictions, ont ou non un caractère raisonnable implique une appréciation ayant trait au *bien-fondé* du recours de la requérante. Sur le plan de la *recevabilité*, la seule question pertinente est de savoir si ces obligations et restrictions découlent directement de l'acte attaqué et non de savoir si elles sont raisonnables ou justifiées. Ces restrictions et obligations affectent-elles déjà la position juridique et économique de la requérante, ainsi que sa capacité à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu d'accords préexistants⁶⁰, indépendamment de toutes mesures qui peuvent finalement être adoptées au niveau national ?

99. Enfin, il conviendrait d'aborder deux arguments supplémentaires que les défendeurs et parties intervenantes ont avancés.

100. Premièrement, j'estime qu'est indéfendable l'argument, avancé par le gouvernement polonais, faisant valoir que la position juridique de la requérante ne peut pas être affectée par l'acte attaqué parce que la directive gaz était déjà applicable aux gazoducs tels que le gazoduc « Nord Stream 2 ». Il me semble que ce gazoduc – qui relie un État membre (l'Allemagne) à un État non membre (la Russie) – ne relevait manifestement pas de la définition antérieure de la notion d'« interconnexion » prévue à l'article 2, point 17, de la directive gaz, telle qu'adoptée initialement. Cette définition se référait à « une ligne de transport qui traverse ou franchit la frontière entre deux États membres, à la seule fin de relier les réseaux de transport de ces États membres ».

101. L'acte attaqué a ainsi étendu cette définition de manière à couvrir également « une conduite de transport entre un État membre *et un pays tiers* jusqu'au territoire des États membres ou jusqu'à la mer territoriale dudit État membre »⁶¹. De surcroît, l'argument du gouvernement polonais est réfuté par les termes mêmes de l'acte attaqué, car celui-ci vise, selon son considérant 3, « à traiter des obstacles à l'achèvement du marché intérieur du gaz naturel qui découlent de la *non-application* des règles du marché de l'Union aux *conduites de transport de gaz à destination et en provenance de pays tiers* »⁶².

102. Deuxièmement, j'estime aussi non convaincant l'argument, avancé par le Parlement et par le gouvernement polonais, qui est tiré d'une prétendue absence d'impact sur la requérante au motif que ses activités commerciales n'auraient pas encore commencé. La directive gaz, que l'acte attaqué rend applicable à la requérante, régit non seulement les activités des entreprises opérant actuellement sur le marché, mais également celles des entreprises qui ont l'intention d'entrer sur le marché. Ainsi, les articles 36 et 49 bis de la directive gaz régissent des situations dans lesquelles une entreprise n'a pas encore commencé à fournir ses services. La première de ces dispositions, en particulier, concerne des situations où la construction des infrastructures en question n'a pas même commencé.

⁶⁰ Voir, mutatis mutandis, conclusions de l'avocat général Bot dans l'affaire Sahlstedt e.a./Commission (C-362/06 P, EU:C:2008:587, points 66 à 76).

⁶¹ Mise en italique par mes soins.

⁶² Mise en italique par mes soins.

103. Cela étant précisé, sur le plan de la réalité économique de base, les gazoducs ne sont pas des clémentines⁶³ et c'est peut-être ce qu'il y a de plus important à souligner. Un tel projet de grande infrastructure n'est pas une activité commerciale qui démarre du jour au lendemain. Dans la présente affaire, compte tenu du stade avancé de la construction du gazoduc et de l'investissement considérable consenti par la requérante depuis plusieurs années, l'acte attaqué aura de nombreuses conséquences sur sa structure sociale et sur la manière dont elle peut exploiter ses activités. Certaines des modifications imposées à la requérante devront nécessairement être mises en œuvre *avant* même que ses activités commerciales débutent. Partant, il ne saurait être soutenu que l'impact est purement hypothétique ou, en tout état de cause, lié à des événements futurs.

104. Au vu de ce qui précède, je suis d'avis que la seconde branche du premier moyen de la requérante est également fondée. Le Tribunal a mal interprété l'article 9 de la directive gaz, il a méconnu la portée des articles 36 et 49 bis de cette directive et il n'a pas examiné l'incidence des articles 32 et 41 de celle-ci. Ces dispositions engendrent des obligations nouvelles pour la requérante. La partie essentielle de ces obligations (qui est, il faut le relever, la partie même dont s'est plainte la requérante⁶⁴) ne saurait être substantiellement affectée par les mesures d'exécution nationales.

105. Je conclus donc que la requérante doit être considérée comme étant directement affectée par l'acte attaqué.

B. Sur le second moyen

106. Le second moyen est dirigé contre les points 38 à 72 et 125 à 135 de l'ordonnance attaquée.

107. Aux points 38 à 72 de l'ordonnance attaquée, le Tribunal a examiné la demande incidente du Conseil⁶⁵. Il a ordonné que soient retirés du dossier de l'affaire deux des documents dont le Conseil demandait le retrait (annexes A.14 et O.20). Il a jugé également qu'il n'y avait plus lieu de tenir compte des passages de ces documents reproduits dans les exposés de la requérante. En revanche, il a décidé qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur le retrait d'un troisième document (les directives de négociation), dans la mesure où ce document n'avait pas été produit.

108. Aux points 125 à 135 de l'ordonnance attaquée, le Tribunal a alors examiné la demande de mesure d'organisation de la procédure, que la requérante avait déposée pour obtenir qu'il ordonne aux défendeurs de produire eux-mêmes la version non occultée de certains documents⁶⁶. Tout d'abord, le Tribunal a jugé qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur cette demande. Il a observé que les documents en question visaient prétendument à établir que la requérante était concernée individuellement par l'acte attaqué. Or, il a considéré que le recours pouvait être rejeté comme étant irrecevable sans qu'il soit nécessaire d'examiner la condition de l'affectation individuelle.

⁶³ Arrêt du 15 juillet 1963, Plaumann/Commission (25/62, EU:C:1963:17), même si, dans cette affaire, la nature des activités commerciales en cause était plutôt pertinente pour la notion d'« affectation individuelle ».

⁶⁴ Voir, de même, conclusions de l'avocat général Bot dans l'affaire Commission/Infront WM (C-125/06 P, EU:C:2007:611, point 84).

⁶⁵ Voir points 16 et 17 des présentes conclusions.

⁶⁶ Voir points 18 et 19 des présentes conclusions.

109. Ensuite, le Tribunal a examiné la demande du Conseil tendant au retrait du dossier de l'affaire de deux documents que la requérante avait joints à sa demande de mesure d'organisation de la procédure (les documents allemands non occultés). Il a jugé que cette demande était fondée.

110. Dans son pourvoi, la requérante soutient que le Tribunal a commis une erreur de droit en ordonnant, d'une part, le retrait des annexes en question du dossier de l'affaire et, d'autre part, de ne pas tenir compte des passages du recours de la requérante où des extraits de ces deux annexes étaient reproduits.

1. Argumentation des parties

111. La requérante fait valoir que le Tribunal a commis une erreur de droit, et ce, en substance, en basant entièrement son raisonnement sur l'application des règles en matière d'accès aux documents qui sont prévues dans le règlement n° 1049/2001. Bien que ce règlement puisse fournir certaines orientations concernant les intérêts que les juridictions de l'Union peuvent avoir à prendre en considération lorsqu'elles se prononcent sur l'admissibilité des preuves produites dans une procédure en cours, cet instrument ne saurait être appliqué ipso facto à ces situations. Le Tribunal aurait dû apprécier l'admissibilité des annexes en cause en tenant également compte d'intérêts autres que ceux énoncés dans ledit règlement. En particulier, une jurisprudence constante exige des juridictions de l'Union qu'elles examinent si les documents produits par une partie peuvent être pertinents, voire déterminants, pour la solution du litige.

112. Le Conseil estime que ce moyen est irrecevable, étant donné que, en substance, la requérante demande que la Cour procède à un contrôle d'une appréciation factuelle que le Tribunal a opérée, à savoir celle qui se rapporte au caractère approprié et nécessaire de la production des annexes en cause. En outre, les deux défendeurs, soutenus par les parties intervenantes, soutiennent que ce moyen n'est pas fondé, étant donné que le Tribunal a correctement appliqué les principes en matière d'admissibilité des preuves qui découlent de la jurisprudence des juridictions de l'Union. Les défendeurs soulignent que les annexes en cause constituent des documents internes qui n'ont jamais été rendus accessibles au public.

2. Analyse

113. D'emblée, il convient de rejeter l'argument du Conseil sur l'irrecevabilité du second moyen. En effet, la requérante ne demande pas à la Cour de réexaminer l'appréciation du Tribunal concernant la pertinence des annexes en cause. Plus exactement, la requérante critique le cadre juridique appliqué pour apprécier l'admissibilité des documents concernés. Il s'agit là d'une question de droit et, comme telle, elle est susceptible de faire l'objet d'un contrôle dans le cadre d'un pourvoi.

114. Quant au fond du second moyen, je partage l'avis de la requérante. Le Tribunal a commis une erreur de droit dans l'approche qu'il a retenue pour examiner si les annexes en cause pouvaient être admises en tant que preuves.

115. Afin d'expliquer cette conclusion, je commencerai par récapituler les principes qui régissent la production des preuves devant les juridictions de l'Union, en soulignant l'approche ouverte consacrée par les dispositions et la jurisprudence pertinentes (sous-section a). Puis, je me tournerai vers les exceptions éventuelles à ce régime, pour lesquelles les dispositions du règlement n° 1049/2001 peuvent constituer, dans une certaine limite, une source

d'inspiration (sous-section b). Ensuite, je soulignerai une différence supplémentaire, mais importante, qui existe entre le régime de l'accès aux documents et celui de la production des preuves devant les juridictions de l'Union : les conséquences résultant de la communication des documents (sous-section c). C'est sur cette toile de fond que j'exposerai alors les raisons spécifiques pour lesquelles, dans l'ordonnance attaquée, le Tribunal a commis une erreur de droit dans l'examen de l'admissibilité des annexes en cause (sous-section d). Enfin, je prendrai brièvement position sur la pertinence de ces annexes dans le cadre de la présente procédure (sous-section e).

a) *L'approche généralement ouverte de l'admissibilité des preuves*

116. Le statut de la Cour de justice de l'Union européenne ne contient aucune disposition spécifique sur l'admissibilité des preuves produites par les parties. Toutefois, l'article 24 de celui-ci prévoit que les juridictions de l'Union peuvent demander aux parties de produire *tous documents et de fournir toutes les informations* qu'elles estiment désirables. De surcroît, elles peuvent également demander aux États membres et aux institutions, organes ou organismes de l'Union de fournir *tous renseignements* qu'elles estiment nécessaires aux fins du procès, même s'ils ne sont pas parties à celui-ci.

117. De même, aucune disposition générale sur l'admissibilité ou non des moyens de preuve ne figure dans les règlements de procédure du Tribunal et de la Cour. Ces règlements ne règlent que le « *quand* » et le « *comment* » les éléments de preuve peuvent être présentés par les parties ou peuvent être obtenus par la Cour (et non de *quel* élément de preuve il peut s'agir).

118. De ce fait, la Cour a constamment réaffirmé que « le principe d'égalité des armes, qui est un corollaire de la notion même de procès équitable, implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause, *y compris ses preuves*, dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »⁶⁷. Qui plus est, la Cour a précisé également que « le principe qui prévaut dans le droit de l'Union est celui de la *libre appréciation des preuves* » et que « le seul critère pour apprécier la valeur des preuves produites réside dans leur crédibilité »⁶⁸.

119. Une jurisprudence plus spécifique confirme, en outre, qu'il n'existe pas d'exclusion de principe en ce qui concerne certaines *formes* ou *origines* des éléments de preuves⁶⁹. En ce qui concerne la *manière* dont les éléments de preuve ont été obtenus, les juridictions de l'Union ont précisé que, normalement, seuls les éléments obtenus régulièrement peuvent être produits librement⁷⁰, dans le droit fil du principe du droit généralement accepté *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Cependant, tout comme d'autres juridictions suprêmes⁷¹, les juridictions de l'Union n'ont pas exclu que, exceptionnellement, des preuves obtenues de manière illégale (ou

⁶⁷ Voir arrêt du 16 mai 2017, *Berlioz Investment Fund* (C-682/15, EU:C:2017:373, point 96 et jurisprudence citée).

⁶⁸ Voir, récemment, ordonnance du 12 juin 2019, *OY/Commission* (C-816/18 P, non publiée, EU:C:2019:486, point 6 et jurisprudence citée). Mise en italique par mes soins.

⁶⁹ Voir, en ce sens, arrêts du 29 février 1996, *Lopes/Cour de justice* (T-280/94, EU:T:1996:28, points 56 à 59), du 6 septembre 2013, *Persia International Bank/Conseil* (T-493/10, EU:T:2013:398, point 95), et du 12 septembre 2013, *Besselink/Conseil* (T-331/11, non publié, EU:T:2013:419, points 11 et 12 ainsi que jurisprudence citée). Voir, également, par analogie, arrêts du 25 janvier 2007, *Dalmine/Commission* (C-407/04 P, EU:C:2007:53, points 46 à 51), et du 1^{er} juillet 2008, *Suède et Turco/Conseil* (C-39/05 P et C-52/05 P, EU:C:2008:374, point 57).

⁷⁰ Voir, par analogie, arrêt du 26 septembre 2018, *Infineon Technologies/Commission* (C-99/17 P, EU:C:2018:773, point 65 et jurisprudence citée).

⁷¹ Voir, concernant la jurisprudence de la Cour internationale de justice sur la même problématique, Quintana, J. J., *Litigation at the International Court of Justice*, Leiden, Brill, 2015, p. 385.

irrégulière) puissent également être admissibles⁷². Il en va d'autant plus ainsi lorsque l'authenticité des documents n'a pas été mise en doute⁷³ et lorsqu'il n'est pas établi que la partie qui produit les éléments de preuve se les est elle-même procurée illégalement⁷⁴.

120. Il s'ensuit que, en principe, toute preuve peut être soumise devant la Cour de justice de l'Union européenne⁷⁵. Toutefois, le juge de l'Union concerné peut tenir compte de l'existence d'autres intérêts susceptibles, à titre exceptionnel, de justifier le refus d'admettre cette preuve et procéder à une mise en balance de ces intérêts avec ceux qui plaident en faveur de son admissibilité.

b) Les exceptions relatives à l'admissibilité de la preuve

121. En ce qui concerne les intérêts pouvant nécessiter une protection – et qui autorisent ainsi des exceptions au principe de la libre administration de la preuve –, ceux que le législateur de l'Union mentionne expressément dans le règlement n° 1049/2001 peuvent servir d'inspiration. Ainsi que la Cour l'a jugé, cet instrument revêt « une certaine valeur indicative en vue de la pondération des intérêts requise pour statuer » sur des demandes de retrait du dossier de l'affaire de documents produits devant les juridictions de l'Union⁷⁶.

122. Néanmoins, même s'il constitue un régime exhaustif en matière d'accès aux documents, tel ne saurait manifestement être le cas en ce qui concerne la production de preuves. Les juridictions de l'Union peuvent et, le cas échéant, doivent tenir compte d'autres intérêts (« intrajudiciaires » ou « extrajudiciaires »).

123. De manière générale, il y a lieu de se montrer circonspect à l'égard d'une utilisation automatique ou, en tout état de cause, excessive des dispositions du règlement n° 1049/2001 dans ce cadre. Ce n'est en aucune façon dû au hasard que cet instrument n'est pas applicable en ce qui concerne les documents détenus par la Cour de justice de l'Union européenne et que les institutions qu'il vise sont tenues de refuser l'accès aux documents « dans le cas où [leur] divulgation porterait atteinte à la protection [...] des procédures juridictionnelles »⁷⁷.

124. Cela est tout à fait logique. En effet, la plupart des systèmes juridiques prévoient des régimes particuliers de production de pièces dans le cadre des procédures juridictionnelles. Il est donc normal que le législateur de l'Union ait décidé que les règles générales d'accès aux documents *ne devaient pas empiéter* sur ces régimes spéciaux. A fortiori, il est impensable de laisser alors un instrument tel que le règlement n° 1049/2001 *régir*, de facto, les règles relatives à la production des preuves devant la Cour de justice de l'Union européenne.

⁷² Voir, en particulier, arrêt du 12 mai 2015, Dalli/Commission (T-562/12, EU:T:2015:270, points 47 et 48 ainsi que jurisprudence citée), et ordonnances du 23 mars 2017, Troszczynski/Parlement (T-626/16, non publiée, EU:T:2017:237, points 27 et 28), et du 23 mars 2017, Gollnisch/Parlement (T-624/16, non publiée, EU:T:2017:243, points 27 et 28).

⁷³ Voir, en ce sens, arrêt du 8 novembre 2018, QB/BCE (T-827/16, EU:T:2018:756, point 67). Voir, également, a contrario, arrêt du 17 décembre 1981, Ludwigshafener Walzmühle Erling e.a./Conseil et Commission (197/80 à 200/80, 243/80, 245/80 et 247/80, EU:C:1981:311, point 16).

⁷⁴ Arrêts du 12 mai 2015, Dalli/Commission (T-562/12, EU:T:2015:270, point 49), et du 8 novembre 2018, QB/BCE (T-827/16, EU:T:2018:756, points 68 à 72).

⁷⁵ Cela paraît également être le point de vue le plus largement admis dans la doctrine : voir, entre autres, Lasok, K. P. E., *The European Court of Justice : Practice and Procedure*, 2^e éd., Buttersworth, Oxford, 1994, p. 344 ; Barbier de la Serre, E., et Sibony, A.L., « Expert Evidence Before the EC Courts », *Common Market Law Review*, 2008, p. 958 et 959, ainsi que Lenaerts, K., Maselis, I., et Gutman, K., *EU Procedural Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 768 et 769.

⁷⁶ Voir, entre autres, arrêt du 31 janvier 2020, Slovénie/Croatie (C-457/18, EU:C:2020:65, point 67), et ordonnance du 14 mai 2019, Hongrie/Parlement (C-650/18, non publiée, EU:C:2019:438, points 9, 12 et 13).

⁷⁷ Article 4, paragraphe 2, du règlement n° 1049/2001.

125. Certes, ces deux ensembles de règles – celui de l'accès aux documents et celui de la production des preuves – se fondent sur un système similaire d'opposition entre *la règle et l'exception*, la règle étant la production des pièces et l'exception la non-divulgation. Toutefois, là s'arrêtent tout parallèle approprié à établir entre les deux régimes et, surtout, l'équilibre d'ensemble à atteindre entre les valeurs et intérêts concurrents à l'intérieur de ces régimes.

126. Les deux ensembles de règles se rapportent à des actions d'une nature différente (i), ils poursuivent un objectif différent (ii), lequel impose donc aux institutions, dans la décision à prendre sur la divulgation du document en question, d'opérer une évaluation bien différente (iii).

127. Premièrement, je ne pense pas qu'il soit nécessaire d'examiner pourquoi l'action de *divulguer* un certain document au *public* n'est guère comparable à l'action de *déposer* un document devant une *juridiction* (et donc de le lui divulguer). Il est impensable que la Cour de justice de l'Union européenne – la seule autorité de surveillance et de contrôle, en matière de légalité, des institutions, organes et organismes de l'Union – devrait, lorsqu'elle contrôle la légalité d'un acte de l'Union, disposer d'un niveau d'accès aux documents de ces institutions, organes et organismes qui serait identique à celui, pour ne citer que quelques exemples, des journalistes, des universitaires ou des organisations non gouvernementales.

128. Deuxièmement, il importe aussi de souligner que, compte tenu de la différence entre ces actions, les *objectifs* poursuivis par les ensembles de règles respectifs sont également très différents.

129. L'objectif du règlement n° 1049/2001, tel que le restitue le considérant 2 de ce règlement, est d'accroître la transparence dans l'administration publique, pour assurer une meilleure participation des citoyens au processus décisionnel, ainsi que pour garantir une plus grande légitimité, efficacité et responsabilité de l'administration. Le but essentiel est de renforcer les principes de la démocratie et le respect des droits fondamentaux.

130. En ce qui les concerne, les règles en matière de preuve visent à assurer la bonne administration de la justice, en permettant à la Cour de justice de l'Union européenne d'accomplir sa mission au titre de l'article 19 TUE. Le but essentiel est de garantir à toute personne le droit à un recours effectif, consacré à l'article 47 de la Charte.

131. Troisièmement, ces objectifs (dissemblables) orientent, nécessairement, de manières différentes l'appréciation à opérer par l'institution de l'Union chargée de se prononcer sur le sort d'un document dont la production ou la divulgation est contestée. Plus exactement, il existe peu de similitudes, premièrement, entre les manières dont les intérêts en concurrence sont mis en balance dans les deux systèmes et, deuxièmement, entre les résultats de la mise en balance des valeurs et intérêts en jeu dans les deux cas.

132. Les règles prévues dans le règlement n° 1049/2001 tentent de ménager un équilibre entre l'intérêt pour les citoyens d'avoir une administration publique transparente et la nécessité de sauvegarder la capacité des institutions de l'Union à accomplir efficacement leurs missions⁷⁸. De ce fait, l'institution placée devant une demande de divulgation d'un document doit vérifier si, dans les circonstances spécifiques du cas de figure, l'octroi de l'accès public au document en

⁷⁸ Voir, en particulier, considérants 6 et 11 du règlement n° 1049/2001.

question ne compromettrait pas la capacité de l'institution à défendre l'un des intérêts prévus dans ce règlement. En outre, même si cette capacité pourrait être affectée, l'institution aurait à apprécier l'existence éventuelle d'un intérêt supérieur justifiant la divulgation.

133. De toute évidence, une décision sur la production de preuves dans le cadre d'une procédure juridictionnelle implique une analyse d'un type différent. Les règles en matière de preuve visent à déterminer les sources d'information que le juge de l'Union concerné peut ou non examiner en vue d'établir les faits pertinents pour trancher un litige. Il me paraît difficile de trouver des raisons valables justifiant que les juridictions de l'Union soient tenues d'écarter certaines sources d'information (potentiellement pertinentes), augmentant par là le risque d'erreurs judiciaires.

134. Bien entendu, cela ne signifie pas qu'il n'existerait pas des cas où la nécessité de protéger un intérêt spécifique déterminé ne motiverait pas le refus d'admettre des preuves produites par les parties, indépendamment de leur pertinence. En effet, la jurisprudence fournit quelques exemples de situations dans lesquelles les juridictions de l'Union ont admis certaines exceptions au principe de la libre administration des preuves. À titre d'illustration, trois types de cas de figure peuvent être mentionnés.

135. Premièrement, bien sûr, une partie ne peut pas utiliser une procédure juridictionnelle pour « court-circuiter » les règles en matière d'*accès aux documents*. Tel serait le cas si une partie devait tenter un procès spécieux dans le but même d'obtenir l'accès à des documents qui sont, normalement, confidentiels⁷⁹. Il se pourrait aussi que, dans le cadre d'un litige véritable, une partie demande communication d'un document confidentiel qui est détenu par une institution de l'Union et dont la divulgation pourrait, en dehors du prétoire, effectivement porter atteinte à la capacité de cette institution à s'acquitter de ses obligations.

136. Deuxièmement, la nécessité de protéger les délibérations internes des institutions nationales ou de l'Union – et, en particulier, leur capacité de *demandeur des avis juridiques* et à recevoir des avis francs, objectifs et complets – peut aussi justifier certaines limitations à la possibilité des parties de produire des documents qui n'ont pas été rendus publics et ne sont pas destinés à l'être⁸⁰. En effet, les conseillers juridiques pourraient se montrer réticents à fournir un avis détaillé par écrit s'ils gardent à l'esprit que, en fin de compte, l'institution de l'Union pourrait décider de ne pas le suivre et que, ultérieurement, en défendant en justice la décision prise par cette institution, ils pourraient se voir opposer leur propre avis.

137. Troisièmement, des situations peuvent exister dans lesquelles certains documents contiennent des informations sensibles, telles que des *données à caractère personnel sensibles*, qui, si elles étaient divulguées, pourraient porter atteinte à la vie privée ou professionnelle d'une personne déterminée. Mutatis mutandis, une même situation peut se présenter en ce qui concerne les *secrets d'affaires*. Dans de tels cas de figure, les juridictions de l'Union peuvent être amenées à opérer la mise en balance de l'intérêt d'une partie à produire (ou à disposer) des éléments de preuve nécessaires pour lui permettre d'exercer utilement son droit à un recours juridictionnel effectif, d'une part, avec les inconvénients que la divulgation de ces éléments est susceptible de comporter pour la vie privée d'une personne ou pour tout autre intérêt protégé, d'autre part⁸¹.

⁷⁹ Voir point 128 de l'ordonnance attaquée et jurisprudence citée.

⁸⁰ Voir, entre autres, ordonnances du 23 octobre 2002, Autriche/Conseil (C-445/00, EU:C:2002:607, points 12 et 13), ainsi que du 23 mars 2007, Stadtgemeinde Frohnleiten et Gemeindebetriebe Frohnleiten (C-221/06, EU:C:2007:185, points 20 à 22), et arrêt du 31 janvier 2020, Slovénie/Croatie (C-457/18, EU:C:2020:65, point 70).

⁸¹ Voir, entre autres, arrêt du 23 septembre 2015, Cerafogli/BCE (T-114/13 P, EU:T:2015:678, point 43).

138. Dans tous les cas de figure susmentionnés, le juge de l'Union concerné doit mettre en balance les intérêts concurrents qui sont en jeu afin de se prononcer sur l'admissibilité du document. Cela implique d'évaluer les conséquences probables découlant, respectivement, de l'admissibilité ou de l'inadmissibilité du document⁸². D'une part, le juge de l'Union concerné doit déterminer si l'intérêt ou les intérêts qui plaident pour la non-divulgation sont réels et justifient une protection, et il doit estimer le type et l'ampleur du préjudice potentiel susceptible d'être causé au cas où la production du document est autorisée⁸³. D'autre part, il doit apprécier si, et dans quelle mesure, son rôle de « juge des faits » peut être affecté négativement si le document n'est pas produit : le document en cause est-il éventuellement important, voire déterminant, pour établir certains faits ou constitue-t-il simplement une pièce parmi bien d'autres pouvant être utile à cette fin⁸⁴ ? En outre, existe-t-il d'autres intérêts « intrajudiciaires », tels que l'économie de la procédure, le caractère équitable de la procédure ou le respect des droits de la défense, qui pourraient, selon les circonstances, plaider en faveur de l'acceptation ou de la non-acceptation de certains documents⁸⁵ ?

139. Il convient toutefois de souligner clairement que les règles sur la production des preuves dans le cadre des procédures juridictionnelles et celles découlant du règlement n° 1049/2001 se recoupent, dans une mesure limitée, en matière d'intrants : la nature des intérêts pouvant être mis en balance avec la divulgation. Par contre, en ce qui concerne la mise en balance elle-même et, surtout, en ce qui concerne son résultat probable, ces règles sont très différentes. En réalité, il y a toutes les chances que, pour un grand nombre de documents, la protection de certains intérêts puisse justifier le rejet d'une demande d'accès à des documents au sens du règlement n° 1049/2001, alors que les mêmes raisons ne suffiraient pas à justifier un retrait du dossier d'une affaire dans un litige devant les juridictions de l'Union⁸⁶.

140. S'il devait en être autrement, la fusion de fait des deux régimes conduirait, pour le moins, à plusieurs résultats très contestables. Premièrement, la seule juridiction habilitée à contrôler pleinement les institutions de l'Union se verrait conférer le même niveau d'accès aux informations dans l'exercice de cette tâche que n'importe qui. Deuxièmement, la décision en matière de l'admissibilité de preuves déposées devant la Cour de justice de l'Union européenne reviendrait, dans une large mesure, aux institutions de l'Union, qui sélectionneraient elles-mêmes les documents qu'elles souhaitent voir contrôler. Troisièmement, l'ensemble de ce qui précède aurait comme conséquence tout à fait inéquitable d'amener la Cour de justice de l'Union européenne à censurer ou réduire complètement au silence une partie qui aurait normalement un droit sans entrave à s'exprimer librement devant elle, et ce, le cas échéant, au détriment du droit de cette partie à être entendue au titre de l'article 47 de la Charte.

⁸² Voir, à cet égard, de manière générale, Barents, R., *Remedies and Procedures Before the EU Courts*, 2^e éd., Wolters Kluwer, 2020, p. 651 et 652.

⁸³ Voir, entre autres, arrêt du 12 mai 2015, Dalli/Commission (T-562/12, EU:T:2015:270, points 50 à 53).

⁸⁴ Voir, en ce sens, ordonnance du 13 février 2014, Commission/Conseil (C-425/13, non publiée, EU:C:2014:91, points 22 à 24), et arrêts du 6 mars 2001, *Dunnett e.a./BEI* (T-192/99, EU:T:2001:72, points 33 et 34), du 11 juillet 2014, *Esso e.a./Commission* (T-540/08, EU:T:2014:630, point 61), et du 12 mai 2015, *Dalli/Commission* (T-562/12, EU:T:2015:270, point 51).

⁸⁵ Voir, entre autres, arrêts du 11 juillet 2014, *Esso e.a./Commission* (T-540/08, EU:T:2014:630, point 62), ainsi que du 4 juillet 2017, *European Dynamics Luxembourg e.a./Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer* (T-392/15, EU:T:2017:462, points 52 à 56), et ordonnance du 25 février 2015, *BPC Lux 2 e.a./Commission* (T-812/14 R, non publiée, EU:T:2015:119, point 14).

⁸⁶ Voir, en ce sens, arrêt du 21 juillet 2011, *Suède/MyTravel et Commission* (C-506/08 P, EU:C:2011:496, point 118). Voir, également, par analogie, conclusions de l'avocat général Kokott dans l'affaire *Dragnea/Commission* (C-351/20 P, EU:C:2021:625, point 92).

141. À mon sens, compte tenu également de la nouvelle réalité sociale sur le plan de la diffusion des informations et de l'accès à celles-ci⁸⁷, tout cela n'a rien de bénéfique au fonctionnement de la Cour de justice de l'Union européenne et à son image. Elle est invitée, de plus en plus souvent, par les autres institutions de l'Union à jouer dans une bien étrange *commedia dell'arte*, dans laquelle soit le secret de Polichinelle est connu effectivement de tous, sauf d'elle, soit elle est la seule à ne pas être autorisée à révéler ce secret. Sans vouloir porter atteinte au respect et à l'affection dus à la *commedia dell'arte*, tel ne peut guère être, pour aucune juridiction, un rôle sain à assumer.

142. En bref, l'admissibilité des preuves dans le cadre d'une procédure juridictionnelle dépend uniquement des circonstances pertinentes de chaque affaire. Les juridictions de l'Union ne sont liées par aucune règle rigide et peuvent déterminer librement si un document est pertinent et si, malgré cela, il existe des circonstances spécifiques qui plaident à l'encontre de sa production. Ainsi que la Cour l'a jugé récemment, « l'appréciation des preuves résulte non pas d'une analyse abstraite, mais d'un examen des faits et des circonstances au cas par cas »⁸⁸.

143. À cet égard, il convient également de garder à l'esprit que, bien que les juridictions de l'Union puissent soulever d'office une question d'admissibilité des preuves, c'est à la partie qui s'oppose à la production d'un document qu'il appartient normalement de leur expliquer, avec clarté et précision⁸⁹, et en temps utile⁹⁰, comment l'intérêt invoqué serait concrètement lésé par une divulgation. Des affirmations vagues ou génériques à cet égard ne sont pas suffisantes⁹¹.

c) Les conséquences différentes dans le cas de la production des preuves, d'une part, et dans le cas de l'accès aux documents, d'autre part

144. À ce stade, il devient important de souligner un autre aspect qui distingue le régime de l'accès aux documents de celui de la production des preuves devant les juridictions de l'Union. Cet aspect se rapporte aux *conséquences* potentielles découlant de la communication des documents en question. Contrairement à l'issue effectivement tout à fait binaire du règlement n° 1049/2001 (l'accès est ou non accordé), les procédures devant les juridictions de l'Union permettent d'autres solutions, qui sont bien plus proportionnées que celle d'un retrait complet d'un document du dossier de l'affaire.

145. Une institution de l'Union n'est plus en mesure de contrôler ou limiter la mise en circulation d'un document auquel elle a accordé l'accès conformément au règlement n° 1049/2001. En revanche, il existe des règles spécifiques, dans l'ordre juridique de l'Union, pour garantir la confidentialité des documents et informations produits par les parties dans le cadre d'une procédure juridictionnelle⁹². En particulier, des règles ad hoc, régissant l'accès au dossier des

⁸⁷ En particulier, de plus en plus de documents apparaissent, d'une façon ou d'une autre, dans le domaine public sans que cela puisse être attribué à la partie qui tente ultérieurement de se fonder sur ceux-ci.

⁸⁸ Ordonnance du 12 juin 2019, OY/Commission (C-816/18 P, non publiée, EU:C:2019:486, point 7).

⁸⁹ Voir, en ce sens, arrêts du 8 novembre 2000, Ghignone e.a./Conseil (T-44/97, EU:T:2000:258, point 45), et, par analogie, du 21 juillet 2011, Suède/MyTravel et Commission (C-506/08 P, EU:C:2011:496, point 115).

⁹⁰ Voir, en ce sens, arrêt du 24 septembre 2002, Falck et Acciaierie di Bolzano/Commission (C-74/00 P et C-75/00 P, EU:C:2002:524, points 60 et 61).

⁹¹ Voir, par analogie, arrêt du 21 juillet 2011, Suède/MyTravel et Commission (C-506/08 P, EU:C:2011:496, point 116 et jurisprudence citée).

⁹² Voir, en premier lieu, article 15, paragraphe 3, TFUE.

affaires⁹³, garantissent que les informations confidentielles ne sont pas reproduites dans les documents auxquels le public a accès⁹⁴ et permettent d'exclure que des informations confidentielles soient signifiées ou communiquées aux autres parties⁹⁵.

146. À cet égard, il convient de garder à l'esprit que les juridictions de l'Union disposent de divers instruments pour répondre à la nécessité de protéger la confidentialité de documents (ou de parties de ceux-ci) qui sont déposés dans le cadre de procédures juridictionnelles, et ce par rapport aux autres parties, tout en respectant les droits de la défense de toutes les parties. Ainsi, dans certains cas, elles ont demandé à une partie de produire une version non confidentielle des documents en question ou un résumé de ceux-ci, pour pouvoir communiquer ces documents aux autres parties⁹⁶. En outre, dans des situations exceptionnelles, les juridictions de l'Union peuvent décider que seul le conseil des parties peut avoir accès à certaines pièces probantes⁹⁷ ou, dans des cas extrêmes, qu'aucun accès n'est accordé à certains documents aux autres parties à la procédure⁹⁸.

147. D'une certaine façon, à l'égard non seulement des droits des parties dans le cadre de l'article 47 de la Charte mais aussi du rôle des juridictions de l'Union, chacune de ces mesures potentielles constituerait toujours une solution plus proportionnée et respectueuse qu'une exclusion abrupte des éléments de preuve produits. Cela démontre une nouvelle fois que les juridictions de l'Union ne peuvent pas tout bonnement « emprunter », en bloc, les règles en matière d'accès aux documents et les utiliser comme si elles s'appliquaient également à la production des preuves devant elles. Dans des circonstances où il existe des raisons véritables de garder certains documents (en tout ou en partie) confidentiels vis-à-vis du grand public, voire des parties, les juridictions de l'Union sont bel et bien en mesure d'adopter diverses mesures propres à assurer cette confidentialité, tout en permettant à une partie de produire les éléments de preuve qu'elle juge pertinents.

148. Cela ayant été précisé, j'examinerai à présent si l'appréciation que le Tribunal a opérée dans la présente affaire en ce qui concerne l'admissibilité des annexes en cause est conforme aux principes exposés ci-dessus.

d) Les erreurs de droit en ce qui concerne la production des preuves

149. J'estime que le second moyen de la requérante est, en principe, fondé.

150. Au point 39 de l'ordonnance attaquée, le Tribunal avait déclaré (à juste titre) que le règlement n° 1049/2001 peut revêtir *une certaine valeur indicative*. Toutefois, ensuite, il a appliqué à la situation, de façon très mécanique, les règles de ce règlement sans même prendre en

⁹³ Voir, en particulier, article 38 du règlement de procédure du Tribunal et article 22, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour.

⁹⁴ Voir, en particulier, article 66 du règlement de procédure du Tribunal. Voir, également, arrêt du 1^{er} juillet 2010, AstraZeneca/Commission (T-321/05, EU:T:2010:266, point 25).

⁹⁵ Voir, en particulier, article 68, paragraphe 4, article 103, article 104, ainsi qu'article 144 du règlement de procédure du Tribunal et article 131, paragraphes 2 à 4, du règlement de procédure de la Cour. Voir, également, arrêt du 12 mai 2010, Commission/Meierhofer (T-560/08 P, EU:T:2010:192, point 72 et jurisprudence citée).

⁹⁶ Voir, entre autres, arrêt du 12 mai 2011, Missir Mamachi di Lusignano/Commission (F-50/09, EU:F:2011:55, point 156).

⁹⁷ Voir arrêt du 10 avril 2019, Jindal Saw et Jindal Saw Italia/Commission (T-301/16, EU:T:2019:234, points 48 à 51).

⁹⁸ Voir article 105, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal et article 190 bis du règlement de procédure de la Cour. Voir, également, décision (UE) 2016/2386 de la Cour, du 20 septembre 2016, concernant les règles de sécurité applicables aux renseignements ou pièces produits devant le Tribunal au titre de l'article 105 de son règlement de procédure (JO 2016, L 355, p. 5) et décision (UE) 2016/2387 du Tribunal, du 14 septembre 2016, concernant les règles de sécurité applicables aux renseignements ou pièces produits au titre de l'article 105, paragraphe 1 ou 2, du règlement de procédure (JO 2016, L 355, p. 18).

considération que le problème qui se posait sur le plan juridique et qu'il avait à résoudre était de savoir s'il y avait lieu de retirer les annexes concernées du dossier de l'affaire et non s'il y avait lieu d'accorder un accès public à ces documents.

151. En d'autres termes, l'ordonnance attaquée ne contient nulle part – c'est-à-dire ni dans la section intitulée « Sur l'incident de procédure soulevé par le Conseil »⁹⁹ ni dans celle intitulée « Sur la demande de mesure d'organisation de la procédure »¹⁰⁰ – la moindre indication que le Tribunal a opéré une appréciation qui serait, effectivement, différente de ce que le règlement n° 1049/2001 requiert. Il ne semble pas avoir tenu compte des différentes valeurs (ou avoir procédé à leur mise en balance) qui sous-tendent l'admissibilité des preuves devant les juridictions de l'Union.

152. Pour commencer, le Tribunal a identifié les intérêts dont la protection pouvait justifier un retrait du dossier de l'affaire sur la base de l'article 4, paragraphes 1, 2 et 3, du règlement n° 1049/2001. En particulier, il s'est référé à la nécessité, premièrement, d'assurer que les institutions de l'Union reçoivent des avis juridiques francs, objectifs et complets¹⁰¹ ; deuxièmement, d'éviter que les règles en matière d'accès du public aux documents soient contournées¹⁰², et, troisièmement, de ne pas compromettre les relations internationales de l'Union¹⁰³. À cet égard, sur le plan du principe, je suis d'accord avec le Tribunal que les intérêts précités pourraient justifier également un refus de la part des juridictions de l'Union d'accepter certains documents en tant qu'éléments de preuve.

153. En revanche, la façon dont le Tribunal a apprécié ensuite si et comment ces intérêts pouvaient en l'espèce être lésés au cas où les annexes en cause étaient conservées dans le dossier de l'affaire ne me convainc guère. Au cours de cet examen, le Tribunal n'a pas pris en considération le moindre intérêt « intrajudiciaire » susceptible, le cas échéant, de lui fournir des motifs pour rejeter la demande incidente du Conseil. C'est donc dans ce contexte que l'utilisation aveugle par le Tribunal des dispositions du règlement n° 1049/2001 l'a conduit à commettre une erreur de droit. Les aspects suivants sont particulièrement illustratifs à cet égard.

154. Premièrement, le Tribunal n'a examiné ni la nécessité éventuelle d'avoir, lui-même, accès aux documents en question en vue de se former un avis, en connaissance de cause, des faits allégués¹⁰⁴ ni la restriction apportée au droit de la défense de la requérante (qui comprend sa liberté de produire des éléments de preuve) qui résulterait d'un retrait éventuel des annexes en cause du dossier de l'affaire. Cette omission est d'autant plus étonnante eu égard au fait que la requérante avait soutenu que certaines des annexes en cause étaient « déterminantes » pour faire la preuve de l'un de ses arguments.

⁹⁹ Cette section se compose de quelques « considérations préliminaires », dans lesquelles le Tribunal a cherché à établir le cadre juridique applicable (points 38 à 46), et de trois sous-sections spécifiques où il a appliqué ce cadre, successivement, aux différents documents visés par la demande incidente du Conseil en vue d'examiner leur admissibilité (points 47 à 56 pour le premier document en cause, points 57 à 64 pour le deuxième document en cause et points 65 à 68 pour le troisième document en cause).

¹⁰⁰ Points 125 à 135 de l'ordonnance attaquée.

¹⁰¹ Points 40, 52 et 55 de l'ordonnance attaquée.

¹⁰² Point 51 de l'ordonnance attaquée.

¹⁰³ Points 41, 42 et 135 de l'ordonnance attaquée.

¹⁰⁴ Une certaine réflexion à cet égard peut, éventuellement, être considérée comme « implicite » au point 129 de l'ordonnance attaquée en ce qui concerne les documents allemands non occultés.

155. Deuxièmement, l'atteinte alléguée aux intérêts invoqués par le Conseil résulte, selon le Tribunal, du simple fait que les annexes en cause pourraient être conservées dans le dossier et être examinées par lui-même. Le Tribunal n'a pas exigé du Conseil qu'il explique en détail, et encore moins qu'il prouve à suffisance de droit, de quelle manière et dans quelle mesure les intérêts invoqués pouvaient être concrètement lésés.

156. Même si l'on devait estimer que de simples suppositions de la part du Tribunal pourraient être considérées comme suffisantes au regard de la nécessité d'éviter que soient contournées les règles en matière d'accès aux documents¹⁰⁵ et de protection des avis juridiques (*quod non*)¹⁰⁶, il pourrait difficilement en aller de même en ce qui concerne les suppositions concernant la protection des relations internationales de l'Union. En effet, le Tribunal semble faire abstraction du fait que la requérante était déjà en possession des annexes en cause et pouvait ainsi les utiliser devant tout autre for de son choix. En tout état de cause, si un risque peut se concevoir que les annexes en cause seraient susceptibles de révéler l'objectif stratégique de l'Union dans des négociations futures avec la Fédération de Russie, compromettant ainsi la capacité des institutions de l'Union de conclure un accord satisfaisant au cas où les documents en cause seraient rendus publics, cela ne signifie pas qu'un tel risque serait suscité du fait de leur production dans le cadre d'une procédure juridictionnelle.

157. En outre, l'affirmation du Tribunal selon laquelle la divulgation, dans la présente affaire, du contenu des documents allemands non occultés pourrait porter atteinte à la protection des relations internationales de l'Union ne peut pas davantage être considérée comme exacte¹⁰⁷. Tout d'abord, ni l'ordonnance attaquée ni les exposés des défendeurs et des parties intervenantes n'expliquent clairement pourquoi la procédure d'arbitrage intentée en application de l'article 26 du traité sur la charte de l'énergie¹⁰⁸ par la requérante (un investisseur privé) contre l'Union concernerait les relations *internationales* stricto sensu (c'est-à-dire les relations entre l'Union et des États tiers, des organisations internationales ou entités similaires). À première vue, il paraît s'agir d'un litige d'ordre privé.

158. De plus, le simple fait que les juridictions de l'Union pourraient examiner ces documents n'a pas, automatiquement, pour effet de « légitimer » ces documents. Tel ne pourrait être le cas que si le Tribunal devait *se fonder* sur ceux-ci et en avaliser le contenu.

159. De surcroît, et il faut le souligner, percevoir les dispositions en matière de transparence du règlement n° 1049/2001 comme représentant un ensemble de règles autorisant les institutions à refuser la divulgation d'un document à chaque fois que celui-ci pourrait potentiellement être utilisé dans une procédure contre l'Union a quelque chose d'intrinsèquement critiquable. L'un des objectifs mêmes de cet ensemble de règles est de permettre un contrôle public de l'action des institutions de l'Union. La même logique doit, à plus forte raison, s'appliquer en ce qui concerne les règles en matière de production des preuves, règles qui ne peuvent vraiment pas être perçues comme favorisant une partie (publique) par rapport à une autre (privée).

¹⁰⁵ Voir, en particulier, point 51 de l'ordonnance attaquée.

¹⁰⁶ Voir, en particulier, point 52 de l'ordonnance attaquée.

¹⁰⁷ Point 135 de l'ordonnance attaquée.

¹⁰⁸ La procédure d'arbitrage a été intentée le 26 septembre 2019 au titre de l'article 26, paragraphe 4, sous b), du traité sur la charte de l'énergie et de l'article 3 du règlement d'arbitrage de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) (1976).

160. Troisièmement, pour apprécier *spécifiquement* si une exception (le retrait des annexes en cause du dossier de l'affaire) devait être faite à la règle (l'admissibilité des preuves), le Tribunal a appliqué essentiellement les dispositions du règlement n° 1049/2001 et la jurisprudence qui s'y rapporte. Le raisonnement suivi par le Tribunal en ce qui concerne le retrait de la recommandation est particulièrement révélateur de cette approche. La motivation ne concerne que la divulgation du document au public et non le retrait du dossier de l'affaire. Étant donné que le refus de rendre le document public a été jugé justifié, il s'en ensuivait *inévitablement* – selon le Tribunal – que la production de ce document dans le cadre d'une procédure juridictionnelle devait également être exclue¹⁰⁹. De même, le retrait du dossier de l'affaire des documents allemands non occultés était fondé uniquement sur les répercussions préjudiciables alléguées que la divulgation, dans la procédure, de ces documents pourrait avoir pour la protection des relations internationales de l'Union « au sens de l'article 4, paragraphe 1, du règlement n° 1049/2001 »¹¹⁰. Comme expliqué au point 139 des présentes conclusions, cela ne peut pas être exact.

161. Quatrièmement, le Tribunal a suivi la même approche problématique l'unique fois où, après avoir conclu que la production des annexes en cause pouvait effectivement porter atteinte aux intérêts publics invoqués par le Conseil, il s'est efforcé d'évaluer s'il existait des raisons pouvant néanmoins justifier que les *documents soient conservés dans le dossier*. Au point 54 de l'ordonnance attaquée, il a exigé, en substance, que la requérante apporte la preuve de l'existence d'un « intérêt public supérieur » à la conservation du premier document en cause dans le dossier. En l'absence d'un tel intérêt public supérieur, le Tribunal a conclu que le droit de la requérante de présenter des éléments de preuve ne méritait pas de protection, car la requérante ne poursuivait que son propre intérêt privé.

162. Toutefois, alors que l'exigence de la preuve d'un « intérêt public supérieur » est raisonnable dans le cadre d'une appréciation concernant la question de savoir si un document doit ou non être divulgué au public par une institution, cette exigence ne revêt aucun sens dans le cadre d'une procédure juridictionnelle. En intentant une procédure juridictionnelle, une requérante de droit privé agit, par définition, dans son propre intérêt privé¹¹¹. Il serait difficilement compatible avec le principe de l'égalité devant la loi que des requérants intentant une action pour de « nobles » causes¹¹² bénéficient de droits et garanties procéduraux plus importants que ceux qui intentent une procédure dans leur propres intérêts privés.

163. En tout état de cause, même en suivant le raisonnement problématique du Tribunal, on n'aurait aucun mal à identifier certains intérêts publics importants pour lesquels il y a tout avantage à ce qu'une juridiction ait la possibilité d'examiner tous les documents pertinents. Ainsi, une meilleure connaissance de cause permet aux juridictions d'être plus efficaces pour assurer une bonne administration de la justice (étant, de ce fait, moins susceptibles de commettre certaines erreurs judiciaires) et pour renforcer l'État de droit (en supprimant de l'ordre juridique de

¹⁰⁹ Points 57 à 63 de l'ordonnance attaquée. Le point 63 est particulièrement parlant à cet égard : le Tribunal conclut l'analyse en déclarant que « c'est à bon droit que le Conseil estime que la *divulgation* de ce document porterait concrètement et effectivement atteinte à la protection de l'intérêt public en ce qui concerne les relations internationales au sens de l'article 4, paragraphe 1, du règlement n° 1049/2001, [...] ce qui justifie, *en soi*, que ledit document soit écarté du dossier, sans qu'il soit nécessaire de mettre en balance la protection de cet intérêt public avec un intérêt général supérieur [...] ». Mise en italique par mes soins.

¹¹⁰ Point 135 de l'ordonnance attaquée.

¹¹¹ Nul besoin de préciser que, dans ce cadre, l'existence d'un intérêt à agir est justement l'une des conditions de la qualité pour agir des requérants de droit privé.

¹¹² Sans compter la question de savoir qui serait en mesure de décider (et comment) ce qui constitue une noble cause digne de droits spéciaux et ce qui constitue simplement de l'égoïsme individuel normal.

l'Union des actes éventuellement illégaux). Il me semble que ces intérêts sont inhérents à toute procédure juridictionnelle et non pas seulement à celles intentées par de « bons Samaritains »¹¹³.

164. Enfin, sur ce point, le Tribunal a aussi omis de tenir compte du fait que, à tout le moins, certaines des annexes en cause (les documents allemands non occultés) concernaient une procédure législative qui, selon la jurisprudence, exige une transparence accrue et donc un accès plus large¹¹⁴. Au point 131 de l'ordonnance attaquée, le Tribunal a admis ce fait, mais il a ensuite omis d'apprécier si, en l'espèce, cela aurait pu avoir une quelconque incidence.

165. Cinquièmement, cette approche erronée du Tribunal se retrouve également dans les passages où il a apprécié les *éléments de preuve* produits par les parties afin de corroborer leurs arguments concernant l'admissibilité. Au point 53 de l'ordonnance attaquée, le Tribunal a admis qu'une partie, le Conseil, avait étayé son argumentation concernant la nécessité de retirer un document du dossier de l'affaire *en produisant sa propre décision refusant l'accès* à ce document.

166. Je ne sous-entends évidemment pas, par là, que la décision du Conseil ne revêtirait aucune pertinence dans ce cadre. Toutefois, elle ne saurait assurément être *déterminante* comme le Tribunal semble l'avoir considérée. Cette décision reflète simplement l'avis de son auteur – la partie même qui l'a produite devant le Tribunal – sur une question qui, tout en étant connexe, à savoir celle de la non-accessibilité du document en application du règlement n° 1049/2001, n'en est toutefois pas pour autant, comme déjà indiqué, une question identique. Une fois encore, comme précisé au point 139 des présentes conclusions, même une décision légitime de non-divulgaration au titre du règlement n° 1049/2001 n'aboutit pas à l'inadmissibilité automatique du document concerné en tant qu'élément de preuve devant les juridictions de l'Union.

167. De plus, en pratique, admettre l'approche du Tribunal reviendrait à permettre à l'institution défenderesse de procéder elle-même à la sélection des preuves admissibles¹¹⁵. En effet, par le biais de la non-divulgaration d'un document au titre du règlement n° 1049/2001, une institution serait en mesure de choisir les éléments de preuve que serait autorisée à utiliser une partie qui entend contester devant les juridictions de l'Union un acte que l'institution concernée a adopté. C'est au plus haut point problématique au regard du principe d'égalité des armes et du principe d'un contrôle juridictionnel effectif.

168. Par ailleurs, il est vrai, de manière générale, que les documents internes des institutions contenant un avis juridique ne peuvent être produits que si la production a été autorisée par l'institution en cause ou ordonnée par le juge de l'Union concerné¹¹⁶. Cependant, il est vrai aussi que, selon une jurisprudence constante, même des documents confidentiels ou internes des institutions de l'Union peuvent, dans certains cas, figurer légitimement au dossier de l'affaire, malgré l'opposition de l'institution concernée¹¹⁷. En effet, il peut y avoir des circonstances où

¹¹³ Par souci d'exhaustivité, il peut être ajouté que la jurisprudence à laquelle le Tribunal s'est référé dans ce cadre concernait différents types d'actions et (en partie) également différents types de documents. Les deux décisions citées au point 54 de l'ordonnance attaquée ont été rendues dans des litiges opposant des *requérants privilégiés* qui, au titre des règles des traités et du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, sont par définition dans une position différente de celle de requérants de droit privé (tels que la requérante en l'espèce).

¹¹⁴ Voir, en particulier, considérant 6 du règlement n° 1049/2001. Voir, également, arrêts du 1^{er} juillet 2008, Suède et Turco/Conseil (C-39/05 P et C-52/05 P, EU:C:2008:374, points 45 à 47), et du 4 septembre 2018, ClientEarth/Commission (C-57/16 P, EU:C:2018:660, points 84 à 95).

¹¹⁵ Voir, à ce sujet, point 140 des présentes conclusions.

¹¹⁶ Voir, entre autres, ordonnances du 23 octobre 2002, Autriche/Conseil (C-445/00, EU:C:2002:607, point 12), et du 14 mai 2019, Hongrie/Parlement (C-650/18, non publiée, EU:C:2019:438, point 8).

¹¹⁷ Voir, en ce sens, arrêt du 8 novembre 2018, QB/BCE (T-827/16, EU:T:2018:756, point 65 et jurisprudence citée). Voir, également, arrêt du 3 octobre 1985, Tordeur (232/84, EU:C:1985:392), et ordonnance du 15 octobre 1986, LAISA/Council (31/86, non publiée).

l'illégalité d'un acte spécifique de l'Union peut seulement être établie sur la base de documents internes ou confidentiels¹¹⁸. Le Tribunal a simplement fait « abstraction » de cette dernière jurisprudence et des arguments de la requérante qui s'y rapportaient.

169. L'erreur sur le plan de l'exigence que les parties étayent leurs arguments est encore plus frappante en ce qui concerne l'appréciation faite par rapport aux documents allemands non occultés, à savoir des documents qui avaient été rédigés non pas par les institutions de l'Union mais (probablement) par le gouvernement allemand. Le Tribunal a accueilli la demande du Conseil et a ordonné leur retrait du dossier de l'affaire uniquement sur la base de deux suppositions. D'une part, il a supposé qu'ils étaient confidentiels, sans même demander confirmation sur ce point au gouvernement allemand¹¹⁹. D'autre part, il a supposé que la requérante avait obtenu ces documents de manière irrégulière pour la seule raison qu'elle n'avait pas apporté la preuve qu'elle les avait obtenus légalement, et ce malgré le fait que la requérante avait nié avoir commis le moindre acte répréhensible¹²⁰. Or, conformément aux principes généraux en matière de charge de la preuve, il incombait au Conseil de prouver ses allégations.

170. En conclusion, le second moyen de la requérante est également fondé. Le Tribunal a commis une erreur de droit en appliquant un cadre d'analyse erroné lors du contrôle de l'admissibilité des annexes en cause.

171. Pour apprécier l'admissibilité des annexes en cause, le Tribunal a en substance appliqué les règles établies par le règlement n° 1049/2001 et suivi la logique de celui-ci. Loin de se borner à s'inspirer, s'il y avait lieu, de ces règles, le Tribunal a simplement traité la production des annexes en cause par la requérante *comme si* ce dont il s'agissait était une demande d'accès aux documents dans le cadre du règlement n° 1049/2001. Apparemment, il n'a été tenu compte d'aucune des différences flagrantes entre les deux cadres juridiques. Il n'a pas été davantage tenu compte du moindre intérêt « intrajudiciaire » éventuel pouvant laisser penser que ces documents auraient dû être maintenus dans le dossier de l'affaire. Ce faisant – ou, plus exactement, en ne le faisant pas –, le Tribunal a commis une erreur dans l'interprétation et l'application des principes régissant la production des preuves auxquels il est fait référence plus haut, et ce en méconnaissance d'une jurisprudence bien établie.

172. Par conséquent, l'ordonnance attaquée doit également être annulée dans la mesure où le Tribunal a ordonné le retrait du dossier de l'affaire des annexes en cause et a décidé qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte des passages des exposés où des extraits de ces documents avaient été reproduits (points 1 et 3 du dispositif).

e) Les annexes en cause ne sont pas pertinentes pour la présente procédure

173. Ainsi qu'il a été mentionné au point 25 des présentes conclusions, à la suite d'une mesure d'organisation de la procédure adoptée par le juge rapporteur et l'avocat général au titre de l'article 62, paragraphe 1, du règlement de procédure de la Cour, la requérante a produit les annexes en cause.

¹¹⁸ Il peut en être ainsi en cas de recours intentés pour détournement de pouvoir, à la suite de fuites provoquées par des lanceurs d'alerte, ou en cas de recours pouvant impliquer une responsabilité pénale de certains membres du personnel des institutions.

¹¹⁹ Ce qu'il avait le pouvoir de faire, comme indiqué au point 116 des présentes conclusions.

¹²⁰ Points 131 à 135 de l'ordonnance attaquée.

174. Ayant examiné ces documents, je ne les considère pas comme pertinents aux fins de la présente procédure de pourvoi.

175. Compte tenu des arguments avancés par la requérante tant en première instance que dans le cadre du pourvoi, il me semble que, par ces documents, la requérante poursuivait, en substance, deux objectifs. D'une part, elle cherchait à « renforcer » certains arguments juridiques présentés en l'espèce, et ce en montrant la position prise à cet égard par certaines institutions de l'Union ou par certains gouvernements des États membres. D'autre part, elle cherchait à corroborer son allégation selon laquelle l'acte attaqué ciblait principalement son gazoduc.

176. Or, je ne suis pas convaincu que les annexes en cause soient d'une réelle utilité à la Cour ni pour l'un ni pour l'autre de ces aspects.

177. Premièrement, à mon avis, la situation factuelle dont la Cour est saisie est parfaitement claire et, en tout état de cause, non susceptible de faire l'objet d'un réexamen dans le cadre d'un pourvoi. En ce qui concerne les arguments juridiques éventuels contenus dans ces annexes, iura novit curia. Il appartient à la Cour d'interpréter le droit. Il n'y a guère lieu de souligner que les arguments juridiques avancés par la requérante, même ceux éventuellement tirés d'un autre document¹²¹, ne deviennent pas plus crédibles pour la Cour du seul fait qu'ils ont également été avalisés ou même préalablement exprimés par une institution de l'Union ou un État membre. La question est plutôt de savoir si ces arguments sont en eux-mêmes convaincants¹²².

178. Deuxièmement, en ce qui concerne l'intention de la requérante de corroborer ses arguments selon lesquels elle est « individuellement affectée » par l'acte attaqué, je pense que la Cour dispose, dans le dossier de l'affaire, d'éléments d'informations et de preuve suffisants à cet égard. Ainsi que je l'exposerai dans la section qui suit, je considère, en effet, que la requérante est à la fois directement et individuellement concernée par l'acte attaqué, et que les informations nécessaires pour cette conclusion se trouvent, en réalité, déjà dans le dossier ou dans le domaine public.

179. Pour ces motifs, j'estime qu'il n'y a pas lieu que la Cour examine si, après application d'un cadre juridique correct, les annexes en cause doivent ou non être considérées comme admissibles. Aux fins du présent pourvoi, elles sont dénuées de pertinence.

180. Toutefois, comme exposé dans les sections qui précèdent, en parvenant à sa conclusion quant à l'inadmissibilité des annexes en cause, le Tribunal a appliqué un critère juridique erroné. De plus, au cas où la Cour partage l'analyse opérée dans les présentes conclusions, le Tribunal sera tenu de prendre à nouveau connaissance de l'affaire.

181. Dans ces conditions, je pense qu'il convient également de proposer à la Cour d'annuler les points 1 et 3 du dispositif de l'ordonnance attaquée. Cela devrait permettre au Tribunal d'opérer, au besoin, une appréciation nouvelle et propre à l'affaire quant à l'admissibilité de ces annexes en tant qu'éléments de preuve, eu égard aux éléments invoqués devant lui, en utilisant cette fois le critère correct.

¹²¹ Ce qui, concrètement, restera possible. En effet, même si, dans des cas exceptionnels, la Cour peut exclure certains documents du dossier de l'affaire, son rôle n'est guère de tenir un bureau de censure et d'inspecter les exposés d'une partie quant à leurs contenus, en vérifiant plutôt deux fois qu'une si un argument juridique avancé par une partie est ou non éventuellement déjà inclus dans un autre document.

¹²² La « ligne de base » reste donc nécessairement la différence entre la référence faite à une autorité externe (en faisant valoir que telle chose est exacte parce qu'une institution de l'Union l'a dit et en montrant alors où cette institution l'a dit) et un argument autonome sur le fond, qui tient debout, en soi, sans avoir besoin de faire référence à une autorité externe.

VI. Les conséquences de l'appréciation : comment la présente affaire devrait être réglée

182. Les premier et second moyens du pourvoi sont fondés. En conséquence, il convient d'annuler les points 1, 3 et 4 du dispositif de l'ordonnance attaquée. Étant donné que les autres parties de l'ordonnance attaquée sont accessoires, l'ordonnance attaquée devrait, à mon sens, être annulée dans son ensemble.

183. Conformément à l'article 61, premier alinéa, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, après avoir annulé la décision du Tribunal, la Cour peut renvoyer l'affaire devant le Tribunal pour qu'il statue ou, lorsque celle-ci est en état d'être jugée, statuer elle-même définitivement sur le litige.

184. En l'espèce, je suis d'avis que l'état de la procédure permet à la Cour de prendre une position définitive sur la qualité pour agir de la requérante (section A). En revanche, il ne lui permet pas de se prononcer sur le bien-fondé du recours (section B).

A. L'affectation individuelle

185. En vue de prendre une décision définitive sur la qualité pour agir de la requérante à l'encontre de l'acte attaqué, il faut, après avoir conclu à l'affectation directe de celle-ci, déterminer si elle est aussi affectée *individuellement* par cet acte. Bien que le Tribunal n'ait pas examiné ce point, j'estime que la Cour peut procéder elle-même à cette appréciation, puisqu'il s'agit d'une question de droit qui, du reste, est assez simple.

186. Selon une jurisprudence constante, les sujets autres que les destinataires d'un acte ne sauraient prétendre être individuellement concernés, au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, que si cet acte les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et, de ce fait, les individualise d'une manière analogue à celle dont le destinataire d'un tel acte le serait¹²³.

187. En principe, les requérants ne sont pas considérés comme étant concernés individuellement par des actes qui s'appliquent à des situations déterminées objectivement et qui comportent des effets juridiques à l'égard de catégories de personnes envisagées de manière générale et abstraite¹²⁴. En outre, la simple possibilité de déterminer, avec plus ou moins de précision, le nombre ou même l'identité des sujets de droit auxquels s'applique une mesure n'implique nullement que ces sujets doivent être considérés comme étant concernés individuellement par cette mesure dès lors que cette application est effectuée en vertu d'une situation objective de droit ou de fait définie par l'acte en cause¹²⁵.

188. Toutefois, la Cour a également précisé que le fait qu'une mesure attaquée a, par sa nature et sa portée, un caractère général ou est de nature législative, en ce qu'elle s'applique à la généralité des opérateurs économiques intéressés, n'exclut pas pour autant qu'elle puisse concerner individuellement certains d'entre eux¹²⁶.

¹²³ Voir, entre autres, arrêts du 15 juillet 1963, *Plaumann/Commission* (25/62, EU:C:1963:17, p. 107), et, plus récemment, arrêt du 17 septembre 2015, *Mory e.a./Commission* (C-33/14 P, EU:C:2015:609, point 93).

¹²⁴ Voir, en ce sens, arrêt du 6 novembre 2018, *Scuola Elementare Maria Montessori/Commission, Commission/Scuola Elementare Maria Montessori et Commission/Ferracci* (C-622/16 P à C-624/16 P, EU:C:2018:873, point 31 et jurisprudence citée).

¹²⁵ Voir, entre autres, arrêt du 19 décembre 2013, *Telefónica/Commission* (C-274/12 P, EU:C:2013:852, point 47 et jurisprudence citée).

¹²⁶ Voir arrêt du 17 septembre 2009, *Commission/Koninklijke FrieslandCampina* (C-519/07 P, EU:C:2009:556, point 51 et jurisprudence citée). Voir, également, arrêt du 18 mai 1994, *Codorniu/Conseil* (C-309/89, EU:C:1994:197, point 19).

189. Tel est le cas lorsque la partie requérante est en mesure d'établir « l'existence d'une situation qui la caractérise, au regard de la disposition litigieuse, par rapport à tout autre opérateur économique »¹²⁷. Cependant, cela ne signifie pas que, pour qu'elle puisse être considérée comme étant individuellement concernée, il faut qu'elle soit la seule personne spécialement concernée par l'acte attaqué. En effet, la Cour a jugé que lorsque l'acte attaqué « affecte un groupe de personnes qui étaient *identifiées ou identifiables* au moment où cet acte a été pris et en fonction de critères propres aux membres du groupe, ces personnes pouvaient être individuellement concernées par cet acte en tant qu'elles font partie d'un *cercle restreint* d'opérateurs économiques »¹²⁸. En d'autres termes, la Cour a invariablement admis l'affectation individuelle lorsque les institutions de l'Union pouvaient savoir, au moment de l'adoption de l'acte attaqué, quelles entreprises se distinguant clairement par leur nombre et leur identité seraient spécialement concernées par l'acte¹²⁹.

190. À cet égard, la Cour a accordé une importance particulière à la circonstance que la catégorie de personnes à laquelle le requérant appartient est composée d'un *nombre déterminé* de personnes, qui *ne peut pas augmenter après l'adoption de la mesure attaquée*¹³⁰. Tel a été jugé le cas, en particulier, lorsque l'acte attaqué avait modifié les droits que le requérant avait acquis antérieurement à son adoption¹³¹. En outre, la Cour a retenu l'affectation individuelle lorsque l'acte attaqué affectait « un nombre déterminé d'opérateurs identifiés en raison d'un comportement individuel » qu'ils avaient eu ou étaient censés avoir eu¹³².

191. Toutefois, d'autres circonstances pourraient également être pertinentes dans le cadre du critère de la jurisprudence issue de l'arrêt du 15 juillet 1963, Plaumann/Commission (25/62, EU:C:1963:17). Ce critère est certes strict, mais, du moins à première vue, il est aussi relativement ouvert et souple. Ainsi, afin de déterminer si les requérants étaient suffisamment individualisés par un acte attaqué, la Cour a tenu compte de la circonstance – à elle seule ou conjointement avec d'autres circonstances – que i) les requérants avaient participé à la procédure ayant conduit à l'adoption de l'acte¹³³, ii) que la position des requérants sur le marché était « *substantiellement affectée* » par une mesure *ciblée*¹³⁴ et/ou iii) que l'auteur de l'acte attaqué était tenu de tenir compte de la situation spécifique des requérants¹³⁵.

192. Dans ces conditions, la requérante a-t-elle établi qu'elle est individuellement concernée par l'acte attaqué ?

¹²⁷ Voir arrêt du 18 mai 1994, Codorniu/Conseil (C-309/89, EU:C:1994:197, point 22).

¹²⁸ Voir, en ce sens, arrêts du 17 janvier 1985, Piraiki-Patraiki e.a./Commission (11/82, EU:C:1985:18, point 31), du 22 juin 2006, Belgique et Forum 187/Commission (C-182/03 et C-217/03, EU:C:2006:416, point 60), et du 27 février 2014, Stichting Woonpunt e.a./Commission (C-132/12 P, EU:C:2014:100, points 59 et 60).

¹²⁹ Conclusions de l'avocat général VerLoren van Themaat dans l'affaire Piraiki-Patraiki e.a./Commission (11/82, non publiées, EU:C:1982:356, p. 218).

¹³⁰ Conclusions de l'avocat général Lenz dans l'affaire Codorniu/Conseil (C-309/89, non publiées, EU:C:1992:406, point 38). Mise en italique par mes soins.

¹³¹ Voir arrêts du 13 mars 2008, Commission/Infront WM (C-125/06 P, EU:C:2008:159, point 72), et du 27 février 2014, Stichting Woonpunt e.a./Commission (C-132/12 P, EU:C:2014:100, point 59).

¹³² Voir arrêt du 18 novembre 1975, CAM/CEE (100/74, EU:C:1975:152, point 18). De même, arrêt du 13 mai 1971, International Fruit Company e.a./Commission (41/70 à 44/70, EU:C:1971:53, points 17 et 18).

¹³³ Voir arrêt du 28 janvier 1986, Cofaz e.a./Commission (169/84, EU:C:1986:42, points 24 et 25).

¹³⁴ Voir, en ce sens, arrêt du 22 décembre 2008, British Aggregates/Commission (C-487/06 P, EU:C:2008:757, points 50 à 57). De même, voir arrêt du 12 décembre 2006, Asociación de Estaciones de Servicio de Madrid et Federación Catalana de Estaciones de Servicio/Commission (T-95/03, EU:T:2006:385, points 52 à 55).

¹³⁵ Voir, en ce sens, arrêts du 10 avril 2003, Commission/Nederlandse Antillen (C-142/00 P, EU:C:2003:217, points 71 à 76 et jurisprudence citée), et du 3 février 2005, Comafra et Dole Fresh Fruit Europe/Commission (T-139/01, EU:T:2005:32, point 110). Voir, également, arrêts du 6 novembre 1990, Weddel/Commission (C-354/87, EU:C:1990:371, points 20 à 22), et du 15 juin 1993, Abertal e.a./Commission (C-213/91, EU:C:1993:238, point 23).

193. Je suis d'avis que tel est le cas.

194. Premièrement, la requérante appartient à un cercle de sujets *fermé et identifiable* au moment où l'acte attaqué a été adopté. En fait, seuls deux gazoducs étaient, en théorie, immédiatement affectés par l'extension du champ d'application de la directive gaz : le gazoduc « Nord Stream 2 » et le gazoduc trans-adriatique. Toutefois, puisque ce dernier avait déjà obtenu une dérogation, il est plus approprié de parler de la requérante comme de la *seule* entreprise qui appartient à ce cercle (purement théorique) de particuliers affectés par l'acte attaqué¹³⁶.

195. Deuxièmement, compte tenu de la situation factuelle, la requérante était à plusieurs égards dans une *position unique* par rapport à l'acte attaqué. Au moment où cet acte a été adopté et où il est entré en vigueur, non seulement la construction de son gazoduc avait commencé, mais cette construction avait atteint un stade très avancé. Toutefois, le gazoduc de la requérante ne pouvait pas être achevé avant la date fixée à l'article 49 bis de la directive gaz. En conséquence, le nouveau régime serait immédiatement d'application à la requérante, qui se retrouvait assise entre deux chaises, puisque ni la dérogation ni l'exemption établies dans la directive gaz ne pouvaient s'appliquer.

196. Il est difficilement contestable que *seule* la requérante se trouvait dans cette position au moment de l'adoption de l'acte. Il n'y aura jamais aucune autre entreprise qui se retrouvera dans cette situation à l'avenir. Tout autre gazoduc, ayant été construit par le passé ou à construire dans le futur, pourrait en principe bénéficier soit de la dérogation, soit de l'exemption.

197. Troisièmement, non seulement les institutions de l'Union étaient *conscientes* que, en vertu de l'acte attaqué, la requérante allait être soumise au régime juridique nouvellement établi, mais elles ont agi dans l'*intention même* de la soumettre à ce nouveau régime¹³⁷. En outre, j'observe que, en première instance, la requérante a fourni plusieurs documents, autres que ceux exclus par le Tribunal, qui laissent entendre que l'extension des règles de l'Union en matière de gaz aux activités de la requérante était en fait l'une des raisons *principales*, voire la raison principale, ayant conduit les institutions de l'Union à adopter l'acte attaqué¹³⁸.

198. J'ajouterais, au passage, que tout cela apparaît être de notoriété publique. Un coup d'œil jeté sur les articles de presse et les articles universitaires concernant l'adoption de l'acte attaqué semblerait confirmer l'argument de la requérante sur ce point. À cet égard, je n'ai certainement pas à rappeler que, pour établir les faits pertinents, la Cour peut aussi s'appuyer sur des faits notoires¹³⁹. La justice est souvent représentée les yeux bandés, mais cette représentation allégorique ne signifie pas, dans mon souvenir du moins, qu'elle soit incapable de voir ce qui saute aux yeux de tout un chacun.

¹³⁶ Comme l'a admis, par exemple, la Commission elle-même lorsqu'elle a déposé sa proposition pour l'acte contesté : voir European Commission Fact Sheet, « Questions and Answers on the Commission proposal to amend the Gas Directive (2009/73/EC) », MEMO/17/4422, 8 novembre 2017 (réponse à la question 10).

¹³⁷ Voir, parmi d'autres documents librement accessibles, i) European Commission Fact Sheet, « Questions and Answers on the Commission proposal to amend the Gas Directive (2009/73/EC) », MEMO/17/4422, 8 novembre 2017 (réponses aux questions 8 à 11), ii) Questions parlementaires, réponse donnée par M. Arias Cañete au nom de la Commission européenne [E-004084/2018(ASW)], 24 septembre 2018, et iii) Service de recherche du Parlement européen, Briefing (note d'information), EU Legislation in Progress, « Common rules for gas pipelines entering the EU internal market », 27 mai 2019, p. 2.

¹³⁸ Voir, en particulier, réponse donnée par M. Cañete, commissaire à l'Énergie, et note d'information du Parlement à laquelle il est fait référence dans la note en bas de page qui précède. Voir, également, décision du Bundesnetzagentur (agence fédérale des réseaux) à laquelle il est fait référence à la note en bas de page 45 des présentes conclusions.

¹³⁹ Voir, entre autres, arrêts du 28 février 2018, Commission/Xinyi PV Products (Anhui) Holdings (C-301/16 P, EU:C:2018:132, point 78), et du 20 mars 2014, Commission/Lituanie (C-61/12, EU:C:2014:172, point 62).

199. Quatrièmement, eu égard au stade avancé de la construction du projet et à l'investissement déjà consenti par la requérante au moment de l'adoption de l'acte attaqué, il est évident que la promulgation de celui-ci a pour effet d'imposer à la requérante d'introduire de profonds changements dans sa structure sociale et financière, ainsi que dans son modèle économique, et ce dans un délai relativement bref, puisque l'acte attaqué devait être transposé dans les dix mois, environ, de son adoption¹⁴⁰. Il est donc évident que, non seulement l'acte attaqué a la capacité d'*affecter significativement* la position sur le marché de la requérante, mais qu'il visait également à le faire. La requérante a allégué aussi – sans être contredite ni par les défendeurs ni par les parties intervenantes – que l'acte attaqué exigera d'apporter des modifications à différents accords qu'elle a conclus antérieurement, affectant ainsi une position juridique acquise¹⁴¹.

200. Sur la base de toutes ces considérations, il me paraît difficile d'envisager un cas de figure où, malgré le caractère général de l'acte attaqué, un lien plus clair et spécifique pourrait être constaté entre cet acte et la situation de la requérante. En raison de certaines caractéristiques propres à la requérante et des circonstances particulières se rapportant à l'adoption de l'acte attaqué, la position de la requérante par rapport à cet acte se distingue de celle de toute autre entreprise qui est ou sera soumise aux règles de la directive gaz en vertu de l'acte attaqué.

201. Au vu de ce qui précède, je conclus que, étant donné qu'elle est directement et individuellement concernée, la requérante a qualité pour agir contre l'acte attaqué au titre de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE.

B. Le bien-fondé du recours

202. Dans sa requête devant le Tribunal, la requérante a soulevé six moyens à l'encontre de l'acte attaqué.

203. Pour apprécier ces moyens, il serait nécessaire de procéder à une appréciation détaillée en droit et en fait des arguments avancés par toutes les parties à la procédure, en ayant égard aux éléments de preuve qu'elles ont produits.

204. En l'absence d'une telle appréciation dans l'ordonnance attaquée, l'état de la procédure ne permet pas à la Cour de statuer définitivement dans la présente affaire.

205. Par conséquent, il y a lieu de renvoyer l'affaire devant le Tribunal et de réserver les dépens.

VII. Conclusion

206. Je propose à la Cour :

- d'annuler l'ordonnance du 20 mai 2020, Nord Stream 2/Parlement et Conseil (T-526/19, EU:T:2020:210) ;
- de déclarer recevable le recours en annulation de Nord Stream 2 AG ;

¹⁴⁰ Voir article 2 de l'acte attaqué. Il est intéressant d'observer que les États membres se sont vu accorder un délai d'environ le double pour transposer la directive gaz (voir article 54) et un délai encore plus long pour appliquer la disposition sur la dissociation (voir article 9).

¹⁴¹ Voir point 96 des présentes conclusions.

- de renvoyer l'affaire devant le Tribunal pour qu'il statue au fond, et
- d'ordonner que les dépens soient réservés.