



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

M. BOBEK

van 6 oktober 2021¹

Zaak C-348/20 P

Nord Stream 2 AG

tegen

Europees Parlement,

Raad van de Europese Unie

„Hogere voorziening – Energie – Interne markt voor aardgas – Richtlijn (EU) 2019/692 – Toepassing van richtlijn 2009/73/EG op gasleidingen naar en van derde landen – Artikel 263, vierde alinea, VWEU – Procesbevoegdheid van een particulier – Rechtstreekse geraaktheid – Individuele geraaktheid – Regels voor het overleggen van bewijs aan de rechterlijke instanties van de Unie – Ontvankelijkheid van interne documenten van de instellingen van de Europese Unie”

I. Inleiding

1. Nord Stream 2 AG (hierna: „rekwirante”) komt op tegen de beschikking van het Gerecht² waarbij het door haar krachtens artikel 263 VWEU ingestelde beroep tot nietigverklaring van richtlijn (EU) 2019/692 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 tot wijziging van richtlijn 2009/73/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas (hierna: „litigieuze handeling”)³, niet-ontvankelijk is verklaard. De litigieuze handeling beoogt ervoor te zorgen dat de regels die gelden voor gastransmissieleidingen tussen twee of meer lidstaten, binnen de Europese Unie ook gelden voor gastransmissieleidingen van en naar derde landen.⁴ Bij die beschikking heeft het Gerecht tevens gelast om bepaalde door rekwirante tijdens de procedure overgelegde documenten uit het dossier te verwijderen.

2. Deze hogere voorziening werpt twee belangrijke en onderscheiden vragen van procedurele aard op. Ten eerste: kan een particulier door een richtlijn *rechtstreeks worden geraakt* in de zin van artikel 263 VWEU? Ten tweede: welke overwegingen moeten ten grondslag liggen aan de beoordeling van de ontvankelijkheid van schriftelijk *bewijs* dat door de partijen in procedures voor de Unierechtbanken wordt overgelegd, in het bijzonder de ontvankelijkheid van interne documenten van de instellingen van de Europese Unie?

¹ Oorspronkelijke taal: Engels.

² Beschikking van 20 mei 2020, Nord Stream 2/Parlement en Raad (T-526/19, EU:T:2020:210) (hierna: „bestreden beschikking”).

³ PB 2019, L 117, blz. 1.

⁴ Zie met name overweging 3 van de litigieuze handeling.

II. Feiten en toepasselijke bepalingen

3. De feiten en de toepasselijke bepalingen van de onderhavige zaak kunnen als volgt worden samengevat.

4. Richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van richtlijn 2003/55/EG (hierna: „gasrichtlijn”)⁵ stelt overeenkomstig artikel 1 ervan gemeenschappelijke regels vast voor de transmissie, de distributie, de levering en de opslag van aardgas. Zij legt de regels vast met betrekking tot de organisatie en de werking van de aardgassector, de toegang tot de markt, de criteria en de procedures voor de verlening van vergunningen voor de transmissie, de distributie, de levering en de opslag van aardgas en het beheer van systemen.

5. Teneinde eventuele belangenconflicten tussen producenten, leveranciers en transmissiesysteembeheerders uit de weg te ruimen, prikkels te creëren voor de nodige investeringen en de toegang van nieuwkomers op de markt met een transparant en efficiënt reguleringstelsel te waarborgen, voorziet de gasrichtlijn in een scheiding tussen de netten enerzijds en de productie- en leveringsactiviteiten anderzijds.⁶ Meer bepaald wordt in artikel 9 van deze richtlijn een verplichting neergelegd tot ontvlechting van transmissiesystemen en van transmissiesysteembeheerders.⁷ Verder voorziet de gasrichtlijn ook in de invoering van een systeem van niet-discriminerende toegang van derden tot transmissie- en distributiesystemen voor gas, waarbij dit systeem is gebaseerd op bekendgemaakte tarieven (artikel 32) die zijn goedgekeurd door de nationale regulerende instanties (artikel 41).

6. Krachtens artikel 36 van de gasrichtlijn kunnen grote nieuwe gasinfrastructuurprojecten, waaronder interconnectoren, op verzoek en onder bepaalde voorwaarden, voor een vastgestelde periode worden ontheven van bepaalde van de in deze richtlijn neergelegde verplichtingen. Om voor de ontheffing in aanmerking te komen moet onder meer worden aangetoond dat de investering de mededinging bij de levering van gas en de leveringszekerheid zal versterken, en dat het investeringsrisico zo groot is dat de investering niet zal worden gedaan als er geen ontheffing wordt verleend.

7. Rekwirante is een vennootschap naar Zwitsers recht met als enig aandeelhouder de Russische openbare naamloze vennootschap Gazprom. Zij is verantwoordelijk voor de planning, de aanleg en de exploitatie van de Nord Stream 2-pijpleiding. De aanleg van deze pijpleiding is in 2018 gestart en was nog niet voltooid op het tijdstip waarop de hogere voorziening in de onderhavige zaak werd ingesteld. Evenals de Nord Stream-pijpleiding (thans algemeen bekend als de Nord Stream 1-pijpleiding), waarvan de aanleg in 2012 is voltooid, bestaat de Nord Stream 2-pijpleiding uit twee gastransmissieleidingen die de gasstroom tussen Vyborg (Rusland) en Lubmin (Duitsland) moeten verzekeren.

8. Op 17 april 2019 hebben het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie, na het voorstel van de Europese Commissie van 8 november 2017, de litigieuze handeling vastgesteld.

⁵ PB 2009, L 211, blz. 94.

⁶ Zie met name de overwegingen 6 tot en met 9 van de gasrichtlijn.

⁷ In de context van netwerkindustrieën wordt de term „ontvlechting” gebruikt om te verwijzen naar het scheiden van activiteiten die mogelijk onderhevig zijn aan concurrentie (zoals productie en levering) enerzijds en activiteiten waarbij concurrentie niet mogelijk of niet toegestaan is (zoals vervoer) anderzijds. Ontvlechting heeft tot doel te voorkomen dat beheerders van transmissiesysteemnetten hun eigen leveringsactiviteiten bevoordelen ten opzichte van onafhankelijke leveranciers.

9. Overeenkomstig overweging 3 van de litigieuze handeling had deze richtlijn tot doel obstakels voor de voltooiing van de interne markt voor aardgas, die het gevolg waren van de niet-toepassing – tot dan toe – van de marktregels van de Unie op gastransmissieleidingen van en naar derde landen, weg te nemen.

10. In dit opzicht bepaalt artikel 2, punt 17, van de gasrichtlijn, zoals gewijzigd bij de litigieuze handeling, dat het begrip „interconnector” thans niet alleen betrekking heeft op een „transmissieleiding die een grens tussen lidstaten overschrijdt of overspant met de bedoeling de nationale transmissiesystemen van die lidstaten aan elkaar te koppelen”, maar ook op „een transmissieleiding tussen een lidstaat en een derde land tot aan het grondgebied van de lidstaten of tot aan de territoriale wateren van die lidstaat”.

11. Krachtens artikel 49 bis, lid 1, van de gasrichtlijn, zoals ingevoegd bij de litigieuze handeling, kan, wat gastransmissieleidingen tussen een lidstaat en een derde land betreft die vóór 23 mei 2019 voltooid zijn, de lidstaat waar zich het eerste connectiepunt van die transmissieleiding met het net van deze lidstaat bevindt, onder bepaalde voorwaarden ertoe besluiten af te wijken van sommige bepalingen van de gasrichtlijn, namelijk voor de gedeelten van de gastransmissieleiding die zich op zijn grondgebied en in zijn territoriale wateren bevinden. Dergelijke afwijkingen zijn in de tijd beperkt tot maximaal twintig jaar, maar deze termijn kan worden verlengd.

12. Wat de tenuitvoerlegging van de bij de litigieuze handeling in de gasrichtlijn aangebrachte wijzigingen betreft, dienen de lidstaten krachtens artikel 2 van de litigieuze handeling de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking te doen treden om uiterlijk op 24 februari 2020 aan deze handeling te voldoen, „onder voorbehoud van eventuele afwijkingen op grond van artikel 49 bis van [de gasrichtlijn]”.

III. Procedure bij het Gerecht en bestreden beschikking

13. Bij verzoekschrift van 26 juli 2019 heeft rekwirante, krachtens artikel 263 VWEU, bij het Gerecht een vordering ingesteld tot nietigverklaring van de litigieuze handeling.

14. In haar verzoekschrift heeft rekwirante betoogd dat de opgegeven doelstellingen van de litigieuze handeling, namelijk het uitbreiden van de toepassing van de bepalingen van de gasrichtlijn tot offshore-invoerpipelineleidingen teneinde de werking van de interne markt te verbeteren, onder het toestaan van afwijkingen om bestaande investeringen te beschermen, in feite niet de echte doelstellingen ervan zijn. Volgens rekwirante is de litigieuze handeling aangenomen met als doel de exploitatie van de Nord Stream 2-pijpleiding te ontmoedigen en te benadelen. De rechtmatigheid van deze handeling was volgens rekwirante derhalve aangetast wegens schending van het discriminatieverbod, het evenredigheids- en het rechtszekerheidsbeginsel, schending van wezenlijke vormvoorschriften, misbruik van bevoegdheid en een ontoereikende motivering.

15. Op respectievelijk 10 en 11 oktober 2019 hebben respectievelijk het Parlement en de Raad een exceptie van niet-ontvankelijkheid van de vordering opgeworpen. Rekwirante heeft op 29 november 2019 haar opmerkingen over de excepties van niet-ontvankelijkheid ingediend en het Gerecht verzocht om zijn beslissing aan te houden tot zijn uitspraak ten gronde over de zaak of, subsidiair, om de excepties ongegrond te verklaren.

16. Op 11 oktober 2019 heeft de Raad het Gerecht overeenkomstig artikel 130, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht verzocht (hierna: „verzoek om een beslissing over een procedurele kwestie”) om: i) te gelasten dat bepaalde documenten geen deel uitmaken van het procesdossier en dat drie door rekwirante overgelegde documenten uit dit dossier worden verwijderd, en ii) geen rekening te houden met alle passages van het verzoekschrift en de bijlagen daarbij die verwijzen naar die documenten van de Raad, die zijn aangemerkt als „Restreint UE/EU Restricted”, die de inhoud ervan beschrijven of die erop steunen. De drie door rekwirante overgelegde documenten waarvan de Raad de verwijdering heeft verzocht, zijn, ten eerste, een advies van de juridische dienst van de Raad van 27 september 2017⁸ (hierna: „advies van de juridische dienst” of „bijlage A.14”), ten tweede, de door de Commissie op 9 juni 2017 ingediende 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 (aanbeveling voor een besluit van de Raad houdende machtiging tot het openen van onderhandelingen over een overeenkomst tussen de Europese Unie en de Russische Federatie betreffende de exploitatie van de Nord Stream 2-pijpleiding; hierna: „aanbeveling” of „bijlage O.20”) en, ten derde, de bij de aanbeveling gevoegde onderhandelingsrichtsnoeren van 12 juni 2017 (hierna: „onderhandelingsrichtsnoeren”).

17. Op 4 november 2019 heeft rekwirante haar opmerkingen betreffende het verzoek om een beslissing over een procedurele kwestie ingediend, waarin zij het Gerecht heeft verzocht om dit verzoek af te wijzen.

18. Op 29 november 2019 heeft rekwirante het Gerecht krachtens artikel 88 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht tevens verzocht een maatregel tot organisatie van de procesgang of, indien aangewezen, een maatregel van instructie vast te stellen waarbij verweerders worden verzocht bepaalde documenten die in het bezit zijn van de Raad, over te leggen (hierna: „verzoek om een maatregel tot organisatie van de procesgang”). Dit verzoek betrof de overlegging van *niet-geredigeerde* versies van deze documenten, aangezien een geredigeerde versie ervan reeds door de Raad ter beschikking was gesteld naar aanleiding van een verzoek om toegang dat door een werknemer van rekwirante was ingediend krachtens verordening (EG) nr. 1049/2001⁹. In dit verband heeft rekwirante bij haar verzoek twee niet-geredigeerde versies van de gevraagde documenten gevoegd die zij eerder in bezit had gekregen, namelijk bepaalde opmerkingen van de Duitse regering over het voorstel voor de litigieuze handeling (hierna: „niet-geredigeerde Duitse documenten” of „bijlagen M.26 en M.30”).

19. Op 17 januari 2020 hebben het Parlement en de Raad hun opmerkingen ingediend betreffende het verzoek om een maatregel tot organisatie van de procesgang. De Raad heeft onder meer verzocht om bijlagen M.26 en M.30 uit het dossier te verwijderen.

⁸ Dit advies heeft als opschrift: „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” (aanbeveling voor een besluit van de Raad houdende machtiging tot het openen van onderhandelingen over een overeenkomst tussen de Europese Unie en de Russische Federatie betreffende de exploitatie van de Nord Stream 2-pijpleiding – toekenning van bevoegdheden en verwante juridische kwesties).

⁹ Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (PB 2001, L 145, blz. 43).

20. Op 20 mei 2020 heeft het Gerecht de bestreden beschikking vastgesteld. Het dictum van de bestreden beschikking luidt als volgt:

- „1) De door Nord Stream 2 AG als bijlagen A. 14 en O. 20 overgelegde documenten worden uit het dossier verwijderd en er dient geen rekening te worden gehouden met de in het verzoekschrift en in de bijlagen opgenomen passages waarin fragmenten uit die documenten zijn overgenomen.
- 2) Het door de Raad van de Europese Unie ingediende incidentele verzoek wordt afgewezen voor het overige.
- 3) De door Nord Stream 2 als bijlagen M. 26 en M. 30 overgelegde documenten worden uit het dossier verwijderd.
- 4) Het beroep wordt niet-ontvankelijk verklaard.
- 5) Op de verzoeken tot interventie van de Republiek Estland, de Republiek Letland, de Republiek Litouwen, de Republiek Polen en de Europese Commissie hoeft niet te worden beslist.
- 6) Nord Stream 2 wordt verwezen in de kosten van het Europees Parlement en de Raad, met uitzondering van de kosten in verband met de verzoeken tot interventie.
- 7) Nord Stream 2, het Parlement en de Raad, alsook de Republiek Estland, de Republiek Letland, de Republiek Litouwen, de Republiek Polen en de Commissie dragen ieder hun eigen kosten in verband met de verzoeken tot interventie.”

IV. Procedure bij het Hof

21. In haar op 28 juli 2020 bij het Hof ingestelde hogere voorziening verzoekt rekwirante het Hof:

- de bestreden beschikking, in het bijzonder de punten 1, 3, 4 en 6 van het dictum, te vernietigen;
- indien het Hof de zaak op dit punt in staat van wijzen acht, de exceptie van niet-ontvankelijkheid te verwerpen, de hogere voorziening ontvankelijk te verklaren en de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht voor een uitspraak ten gronde of, subsidiair, te oordelen dat rekwirante rechtstreeks wordt geraakt door de litigieuze handeling en de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht opdat het uitspraak doet inzake de individuele geraaktheid dan wel deze kwestie bij de uitspraak ten gronde betreft, en
- de Raad en het Parlement te verwijzen in rekwirantes kosten, met inbegrip van de kosten van de procedure voor het Gerecht.

22. De Raad en het Parlement (hierna: „verweerders”) verzoeken het Hof de hogere voorziening af te wijzen en rekwirante in de kosten te verwijzen.

23. De regeringen van Estland, Letland en Polen (hierna: „intervenienten”), die tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van verweerders zijn toegelaten, hebben hun opmerkingen ingediend. Rekwirante heeft op deze opmerkingen geantwoord.

24. Op 25 januari 2021 is door rekwirante een repliek ingediend, en op 5 maart 2021 door verweerders een dupliek.

25. Op 16 juli 2021 heeft rekwirante, overeenkomstig een door de rechter-rapporteur en de advocaat-generaal krachtens artikel 62, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie vastgestelde maatregel tot organisatie van de procesgang, aan het Hof de documenten verstrekt die zij eerder bij het Gerecht had neergelegd als bijlagen A.14, O.20, M.26 en M.30 (hierna: „betrokken bijlagen”).

V. Beoordeling

26. Tot staving van haar hogere voorziening voert rekwirante twee middelen aan. Het eerste middel betwist de bevindingen van het Gerecht betreffende het ontbreken van rechtstreekse geraaktheid. Het tweede middel betreft de beslissing van het Gerecht betreffende de uit het dossier verwijderde documenten.

27. In deze conclusie worden de twee middelen behandeld in de volgorde waarin zij door rekwirante zijn aangevoerd. Derhalve zal ik eerst de bevindingen van het Gerecht toetsen met betrekking tot de vraag of rekwirante rechtstreeks werd geraakt door de litigieuze handeling (A). Daarna zal ik de beslissing van het Gerecht toetsen met betrekking tot bepaalde door rekwirante verstrekte documenten en inlichtingen (B).

A. *Eerste middel: rechtstreekse geraaktheid*

28. Met haar eerste middel, dat tegen de punten 102 tot en met 124 van de bestreden beschikking is gericht, stelt rekwirante dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging en de toepassing van het vereiste van rechtstreekse geraaktheid en dus ook bij haar bevinding dat rekwirante niet bevoegd was om de litigieuze handeling aan te vechten. Het eerste middel bestaat uit twee onderdelen.

1. *Argumenten van partijen*

29. In het *eerste onderdeel* van het eerste middel in hogere voorziening stelt rekwirante dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door hoofdzakelijk op basis van het feit dat de litigieuze handeling een *richtlijn* is, tot de conclusie te komen dat deze handeling haar positie niet rechtstreeks aantast. Volgens rekwirante volgt uit vaste rechtspraak dat voor de toepassing van artikel 263 VWEU de inhoud van de handeling van belang is, en niet de vorm ervan. In dit verband wijst rekwirante op verschillende zaken waarin de rechterlijke instanties van de Unie beroepen tot nietigverklaring van richtlijnen ontvankelijk hebben verklaard.

30. In het *tweede onderdeel* van het eerste middel verwijt rekwirante het Gerecht te hebben geconcludeerd dat de litigieuze handeling de nationale autoriteiten een beoordelingsmarge liet bij de uitvoering van de litigieuze handeling, namelijk met betrekking tot: i) de in artikel 9 van de gasrichtlijn vastgelegde ontvlechtigingsverplichtingen; ii) de in artikel 36 van de gasrichtlijn neergelegde ontheffingsregeling, en iii) de in artikel 49 bis van de gasrichtlijn neergelegde afwijkingsregeling. Volgens rekwirante heeft het Gerecht niet onderzocht of de litigieuze

handeling de lidstaten in dit verband een *reële* beoordelingsmarge liet. Ten slotte stelt rekwirante dat het Gerecht niet heeft onderzocht of de bepalingen inzake toegang van derden (artikel 32 van de gasrichtlijn) en tariefregeling (artikel 41 van de gasrichtlijn) haar rechtspositie aantasten.

31. Verweerders van hun kant, ondersteund door alle interveniënten, verdedigen de door het Gerecht gevolgde redenering om rechtstreekse geraaktheid uit te sluiten. Deze partijen benadrukken met name dat een richtlijn, *per definitie*, geen rechtsgevolgen voor particulieren kan hebben, tenzij zij in nationaal recht is omgezet. Deze partijen stellen voorts dat de door rekwirante aangehaalde specifieke bepalingen van de litigieuze handeling deze onderneming niet rechtstreeks konden raken aangezien zij, om operationeel te worden, de vaststelling van uitvoeringsmaatregelen op nationaal niveau vereisten.

2. Analyse

32. Krachtens artikel 263, vierde alinea, VWEU kan een beroep dat door een natuurlijke of rechtspersoon wordt ingesteld tegen een handeling die niet tot hem is gericht, in twee situaties ontvankelijk zijn. Ten eerste kan een dergelijk beroep worden ingesteld indien de betrokken handeling die persoon rechtstreeks en individueel raakt. Ten tweede kan beroep worden ingesteld tegen een regelgevingshandeling die die persoon rechtstreeks raakt en geen uitvoeringsmaatregelen met zich meebrengt.

33. Partijen zijn het erover eens dat de litigieuze handeling geen „regelgevingshandeling” is in de zin van artikel 263 VWEU, maar een wetgevingshandeling.¹⁰ Rekwirantes bevoegdheid moet derhalve worden onderzocht in het kader van het eerste van de in het vorige punt genoemde scenario's: het door rekwirante bij het Gerecht ingestelde beroep is ontvankelijk indien deze onderneming door de litigieuze handeling zowel *rechtstreeks* als *individueel* wordt geraakt. Aangezien het Gerecht tot de conclusie is gekomen dat rekwirante niet rechtstreeks werd geraakt, is het niet verder ingegaan op de kwestie van de individuele geraaktheid.

34. In de volgende punten zal ik eerst duidelijk maken waarom ik de gronden waarop de bestreden beschikking is gegeven, niet overtuigend vind. Deze gronden kunnen in twee groepen worden ingedeeld: gronden van een systemische, meer abstracte en theoretische aard (a), en gronden die verband houden met rekwirantes specifieke situatie (b). Vervolgens zal ik uiteenzetten hoe het Gerecht is voorbijgegaan aan bepaalde argumenten die rekwirante heeft aangevoerd (c). Op basis van het voorgaande kom ik tot de conclusie dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging en toepassing van artikel 263, vierde alinea, VWEU in het kader van de onderhavige kwestie.

a) De litigieuze handeling is een richtlijn en kan dus niet door een particulier worden aangevochten

35. De eerste reeks van door het Gerecht gegeven gronden betreft overwegingen van systemische aard: de litigieuze handeling kan rekwirante niet rechtstreeks raken omdat het een *richtlijn* betreft.

36. De relevante passages van de bestreden beschikking luiden als volgt: „Een richtlijn kan [...] uit zichzelf geen verplichtingen aan particulieren opleggen en dus als zodanig niet door de nationale autoriteiten tegenover beheerders worden ingeroepen wanneer die autoriteiten vooraf geen maatregelen tot omzetting van die richtlijn hebben vastgesteld [...]. [...] Derhalve kunnen de

¹⁰ Zie ook punt 82 van de bestreden beschikking.

bepalingen van de bestreden richtlijn, nog afgezien van de vraag of zij duidelijk en voldoende nauwkeurig zijn, vóór en los van de vaststelling van omzettingsmaatregelen door de overheid geen rechtstreekse of onmiddellijke bron van verplichtingen voor [rekwirante] zijn, en niet uit dien hoofde haar rechtspositie rechtstreeks raken in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU [...]. [Bovendien heeft de] bestreden richtlijn [...] sinds haar inwerkingtreding en in ieder geval tot aan het verstrijken van de in artikel 2, lid 1, vastgestelde omzettingstermijn als zodanig [...] geen onmiddellijke en concrete gevolgen voor de rechtspositie van beheerders zoals [rekwirante].”¹¹

37. Ik acht de redenering van het Gerecht op dit punt onjuist.

38. Om te beginnen zijn de verklaringen van het Gerecht moeilijk in overeenstemming te brengen met de eerder in de bestreden beschikking aangehaalde rechtspraak volgens welke het enkele feit dat een beroep tot nietigverklaring tegen een richtlijn wordt ingesteld door een particulier, niet volstaat om dit beroep niet-ontvankelijk te verklaren. Het Gerecht heeft hieraan toegevoegd dat een beroep dus ontvankelijk is indien een *richtlijn* de verzoeker rechtstreeks en individueel raakt of indien zij een regelgevingshandeling is die hem rechtstreeks raakt en geen uitvoeringsmaatregelen met zich brengt.¹²

39. Ik ben het met deze beginselen eens. Zij zijn echter in tegenspraak met de in punt 36 hierboven weergegeven verklaringen van het Gerecht. Wat de rechter in eerste aanleg stelt zou immers tot gevolg hebben dat individuele verzoekers worden uitgesloten van de bevoegdheid om *eender welke* richtlijn aan te vechten. Wat dit soort handelingen betreft, zou nooit rechtstreekse geraaktheid kunnen worden vastgesteld, aangezien i) *alle* richtlijnen per definitie omzettingsmaatregelen vereisen, en ii) zij vóór de omzetting ervan geen verplichtingen aan particulieren kunnen opleggen en niet door de nationale autoriteiten aan particulieren kunnen worden tegengeworpen¹³. Dit laatste geldt a fortiori vóór het verstrijken van de in de richtlijn zelf vastgestelde omzettingstermijn.

40. Ik ben evenwel van oordeel dat het conceptueel gezien niet mogelijk is om *rechtstreekse geraaktheid* daadwerkelijk gelijk te stellen met *rechtstreekse werking*. Hoewel de twee begrippen bepaalde overeenkomsten vertonen, zijn zij niettemin ontologisch verschillend en dienen zij niet hetzelfde doel. Artikel 263, vierde alinea, VWEU vereist niet dat de litigieuze handeling rechtstreekse werking heeft, en zeker niet dat zij door de autoriteiten aan particulieren kan worden tegengeworpen. Het genoemde artikel vereist enkel dat de litigieuze handeling „rechtsgevolgen ten aanzien van derden [beoogt te hebben]”.

41. Dit laatste is echter een heel ander begrip, dat in het algemeen, logisch gesproken, een veel ruimere categorie is dan *rechtstreekse werking*. Zoals in de rechtspraak is bepaald, „moet ter vervulling van de in artikel 263, vierde alinea, VWEU gestelde voorwaarde dat een natuurlijke of rechtspersoon rechtstreeks wordt geraakt door het besluit waartegen beroep is ingesteld, aan twee cumulatieve criteria zijn voldaan. Ten eerste moet de bestreden maatregel *rechtstreeks*

¹¹ Punten 106-108 van de bestreden beschikking.

¹² Punten 78 en 79 van de bestreden beschikking.

¹³ Dit is zeker juist met betrekking tot het algemene beginsel. In de praktijk echter kunnen richtlijnen, zelfs vóór de omzetting ervan of bij gebreke van omzetting: i) aanleiding geven tot een blokkerende werking voor de nationale autoriteiten die negatieve gevolgen kan hebben voor particulieren (arrest van 18 december 1997, Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, EU:C:1997:628, punten 35-50); ii) incidentele gevolgen hebben voor derden (arresten van 7 januari 2004, Wells, C-201/02, EU:C:2004:12, punten 54-61, en 30 april 1996, CIA Security International, C-194/94, EU:C:1996:172, punten 40-55), of iii) leiden tot een uitlegging van het nationale recht overeenkomstig de betrokken richtlijn die in het nadeel is van een particulier (zie bijvoorbeeld arrest van 19 april 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

gevolgen hebben voor de rechtspositie van de particulier, en ten tweede moet hij aan degenen tot wie hij is gericht en die met de uitvoering ervan zijn belast, *geen enkele beoordelingsbevoegdheid* laten, omdat de uitvoering zuiver automatisch geschiedt en alleen uit de regelgeving van de Unie voortvloeit zonder de toepassing van andere uitvoeringsbepalingen”¹⁴.

42. In het onderhavige geval kan de litigieuze handeling *rechtsgevolgen hebben* door het uitbreiden van de werkingssfeer van de voorschriften van de gasrichtlijn tot situaties en adressaten die voordien niet onder deze voorschriften vielen. Het is eveneens duidelijk dat door die uitbreiding rekwirantes *rechtspositie* is *gewijzigd*: een gedetailleerd stelsel van regels dat haar activiteiten regelt, is op die activiteiten van toepassing geworden. De kern van de zaak is in werkelijkheid of die wijziging van rekwirantes positie rechtstreeks voortvloeit uit de litigieuze handeling dan wel of zij daarentegen slechts kan voortvloeien uit de vaststelling van uitvoeringsmaatregelen op nationaal niveau.

43. In dit verband impliceert de in punt 41 hierboven vermelde rechtspraak in wezen dat, voor het bestaan van rechtstreekse geraaktheid, de rechtsgevolgen van de litigieuze handeling *automatisch* uit de handeling zelf moeten voortvloeien, zonder dat daartoe een nadere maatregel moet worden vastgesteld door de Europese Unie of de lidstaten. Aan de voorwaarde van rechtstreekse geraaktheid is dus voldaan wanneer kan worden aangetoond dat er een *rechtstreeks causaal verband* bestaat tussen de litigieuze handeling van de Unie en de wijziging van de rechtspositie van de verzoekende partij. Aan de voorwaarde van rechtstreekse geraaktheid is niet voldaan wanneer er sprake is van enig aanvullend optreden door de instellingen van de Unie of door de nationale autoriteiten, dat dit verband kan doorbreken.¹⁵

44. Belangrijk is dat deze beoordeling niet in abstracto kan worden gemaakt door alleen rekening te houden met het soort handeling dat wordt aangevochten. Zij vereist een onderzoek met name van het doel, de inhoud, de draagwijdte en de essentie van de litigieuze handeling in kwestie, alsook van de juridische en feitelijke context waarin deze handeling is vastgesteld.¹⁶ Zoals advocaat-generaal Hogan onlangs heeft gesteld, hebben de rechterlijke instanties van de Unie, bij het onderzoek van de gevolgen van een maatregel voor de rechtspositie van een natuurlijke of rechtspersoon, gekozen voor „een holistische en pragmatische benadering [die] de inhoud voorrang geeft boven de vorm”¹⁷.

45. Deze beginselen zijn van toepassing op *elke* handeling van de Unie die voor de rechterlijke instanties van de Unie kan worden aangevochten, ongeacht de vorm ervan of de naam die eraan is gegeven of het label dat eraan is gehecht. Volgens vaste rechtspraak van de Unierechters „is de vorm waarin de handelingen of besluiten zijn gegoten, in principe *van geen belang*” voor de vraag of nietigverklaring ervan in rechte kan worden gevorderd.¹⁸ Om vast te stellen of een litigieuze handeling bindende rechtsgevolgen doet ontstaan in de zin van artikel 263 VWEU, „moet [immers] worden gekeken naar de *inhoud* van die handeling en moeten die gevolgen worden

¹⁴ Arrest van 6 november 2018, Scuola Elementare Maria Montessori/Commissie, Commissie/Scuola Elementare Maria Montessori en Commissie/Ferracci (C-622/16 P–C-624/16 P, EU:C:2018:873, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Cursivering van mij.

¹⁵ Zie, met verwijzingen naar de relevante rechtspraak en rechtsleer, mijn conclusie in de zaak Brussels Hoofdstedelijk Gewest/Commissie (C-352/19 P, EU:C:2020:588, punt 48).

¹⁶ Zie in die zin onder meer arrest van 22 juni 2021, Venezuela/Raad (C-872/19 P, EU:C:2021:507, punt 66).

¹⁷ Conclusie van advocaat-generaal Hogan in de zaak Venezuela/Raad (C-872/19 P, EU:C:2021:37, punt 105).

¹⁸ Zie arresten van 11 november 1981, IBM/Commissie (60/81, EU:C:1981:264, punt 9), en 12 september 2006, Reynolds Tobacco e.a./Commissie (C-131/03 P, EU:C:2006:541). Cursivering van mij. Zie in die zin, meer recent, arrest van 31 januari 2019, International Management Group/Commissie (C-183/17 P en C-184/17 P, EU:C:2019:78, punt 51), en beschikking van 2 september 2020, ENIL Brussels Office e.a./Commissie (T-613/19, niet gepubliceerd, EU:T:2020:382, punt 25).

beoordeeld aan de hand van objectieve criteria, zoals de inhoud van die handeling, waarbij in voorkomend geval rekening wordt gehouden met de context waarin en de bevoegdheden van de instelling waardoor de betreffende handeling is vastgesteld”¹⁹.

46. Het feit dat de litigieuze handeling een *richtlijn* is, sluit derhalve niet uit dat zij rekwirante rechtstreeks kan raken.

47. Het is inderdaad zo dat het, gezien de specifieke kenmerken van deze vorm van wetgeving in de zin van artikel 288 VWEU, zeer zelden zal voorkomen dat een bepaling van een richtlijn ten aanzien van een particulier voldoet aan het vereiste van rechtstreekse geraaktheid. *Zeer zelden* is echter een andere categorie dan *systematisch uitgesloten*, zoals de redenering van het Gerecht zou impliceren. Indien het transversale dictum van het Hof dat de inhoud boven de vorm gaat, in acht moet worden genomen²⁰, dan kan de keuze van de soort bron van Unierecht niet in abstracto en op zich de aard van de inhoud ervan bepalen. Vaste rechtspraak heeft inderdaad bevestigd dat de mogelijkheid dat bepalingen van een richtlijn een particulier rechtstreeks raken, niet volledig kan worden uitgesloten.²¹

48. In dit verband doet het niet ter zake dat bepaalde gevolgen van de litigieuze handeling nog niet waren teweeggebracht op het tijdstip dat rekwirante het beroep heeft ingesteld omdat de termijn voor de omzetting van deze handeling nog niet was verstreken. Volgens de rechtspraak staat het feit dat de gevolgen van een handeling zich pas voordoen op een later tijdstip dat in diezelfde handeling is bepaald, niet eraan in de weg dat een particulier rechtstreeks door deze handeling wordt geraakt als gevolg van een eruit voortvloeiende verplichting.²²

49. Indien de redenering van het Gerecht in dit opzicht zou worden gevolgd, zou immers bijna geen enkele richtlijn ooit voor de rechterlijke instanties van de Unie kunnen worden aangevochten. De aan de lidstaten toegekende omzettingstermijn is vrijwel altijd langer dan de termijn van twee maanden waarin artikel 263, zesde alinea, VWEU voorziet voor het instellen van een beroep.²³ De benadering van het Gerecht wordt in feite tegengesproken door verschillende beslissingen van de rechterlijke instanties van de Unie, waarin het beroep tegen een richtlijn ontvankelijk werd verklaard, ook al was het ingesteld *vóór* het verstrijken van de termijn voor omzetting van de richtlijn.²⁴

50. Ten slotte dienen nog enkele slotopmerkingen te worden gemaakt met betrekking tot de in de punten 108 en 109 van de bestreden beschikking gegeven verklaringen.

51. Om te beginnen heeft het Gerecht geoordeeld dat de door rekwirante aangevoerde rechtsgevolgen niet volstaan om rechtstreekse geraaktheid vast te stellen. Zij zijn „hoe dan ook slechts het gevolg van [rekwirantes] keuze om haar activiteiten op het grondgebied van de Unie [...] te ontwikkelen en in stand te houden”. Ik zie echter niet in waarom een onderneming een

¹⁹ Zie onder meer arresten van 20 februari 2018, België/Commissie (C-16/16 P, EU:C:2018:79, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 9 juli 2020, Tsjechië/Commissie (C-575/18 P, EU:C:2020:530, punt 47). Cursivering van mij.

²⁰ Diezelfde benadering wordt ook toegepast met betrekking tot andere kwesties, zoals het bestaan van een voor beroep vatbare handeling in de zin van artikel 263 VWEU. Zie bijvoorbeeld arrest van 20 februari 2018, België/Commissie (C-16/16 P, EU:C:2018:79, punt 19).

²¹ Zie onder meer arresten van 7 oktober 2009, Vischim/Commissie (T-420/05, EU:T:2009:391, punten 67, 78 en 79); 7 oktober 2009, Vischim/Commissie (T-380/06, EU:T:2009:392, punten 57-59), en 2 maart 2010, Arcelor/Parlement en Raad (T-16/04, EU:T:2010:54, punt 94 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

²² Zie onder meer arrest van 25 september 2015, PPG en SNF/ECHA (T-268/10 RENV, EU:T:2015:698, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

²³ Zie ook de artikelen 58-60 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht.

²⁴ Zie onder meer beschikking van 13 oktober 2006, Vischim/Commissie (T-420/05 R II, EU:T:2006:304, punt 33).

handeling van de Unie die haar positie aantast niet zou mogen aanvechten, alleen maar omdat zij zich, in theorie, in een land buiten de Unie kan gaan vestigen om zo aan de werkingssfeer van de regels van de interne markt te ontsnappen. Artikel 263 VWEU vereist dat een handeling, om te kunnen worden aangevochten, rechtsgevolgen heeft, niet dat zij „onontkoombare” rechtsgevolgen heeft.

52. De verklaring van het Gerecht is onder meer moeilijk te verenigen met het recht op een doeltreffende voorziening in rechte dat artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) aan „eenieder” toekent (en niet alleen aan natuurlijke en rechtspersonen die „gedwongen” zijn om in de Unie te blijven), met de vrijheid van ondernemerschap en met het recht op eigendom, die in respectievelijk artikel 16 en artikel 17 van het Handvest zijn neergelegd. Indien de redenering van het Gerecht tot het uiterste wordt doorgetrokken, zou nagenoeg geen enkele onderneming ooit een handeling van de Unie kunnen aanvechten, aangezien ondernemingen zich in beginsel altijd in een land buiten de Europese Unie kunnen gaan vestigen.

53. De rechtspraak waarnaar het Gerecht in dit opzicht verwijst, lijkt niet relevant. De aangehaalde zaak, *Air Transport Association of America* en anderen, betreft geen procedurekwestie zoals die welke in casu aan de orde is (de ontvankelijkheid van een door een particulier ingesteld beroep tot nietigverklaring), maar wel een inhoudelijke kwestie (de bevoegdheid van de Europese Unie om maatregelen vast te stellen die volgens bepaalde ondernemingen extraterritoriale gevolgen hebben).²⁵ Wellicht relevanter is dat de rechterlijke instanties van de Unie duidelijk hebben gemaakt dat het bestaan van rechtstreekse geraaktheid niet wordt uitgesloten door het feit dat de gevolgen van de betrokken handeling van de Unie voor de rechtspositie van de verzoeker ook voortvloeien uit bepaalde keuzes van de betrokken marktdeelnemers²⁶, of dat de verzoeker de gevolgen van de litigieuze handeling van de Unie zou kunnen voorkomen door een andere handelwijze te kiezen.²⁷

54. Verder heeft het Gerecht in punt 109 van de bestreden beschikking vastgesteld dat „[i]ndien [...] het standpunt van [rekwirante] zou worden aanvaard dat de inwerkingtreding van de bestreden richtlijn rechtstreeks gevolgen voor haar rechtspositie heeft gehad op grond dat de exploitatie van haar [Nord Stream 2-pijpleiding] anders buiten de materiële werkingssfeer van richtlijn 2009/73 zou zijn gevallen, zou dit neerkomen op het standpunt dat iedere nieuwe wettelijke regeling die de Unie op een bepaald gebied zou vaststellen en die verplichtingen voor beheerders in het leven zou roepen die voordien niet op hen van toepassing waren, die beheerders noodzakelijkerwijs rechtstreeks zou raken in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU, zelfs als die regeling in de vorm van een richtlijn en volgens de gewone wetgevingsprocedure zou worden vastgesteld”. Het Gerecht heeft hieraan toegevoegd dat een dergelijk standpunt in strijd zou zijn met de bewoordingen van artikel 288 VWEU, volgens welke richtlijnen nationale uitvoeringsmaatregelen vereisen.

55. Aangezien ik reeds heb uiteengezet waarom richtlijnen in beginsel niet zijn uitgesloten van een beroep krachtens artikel 263, vierde alinea, VWEU, hoef ik mijn argumenten dienaangaande niet te herhalen. Ik voeg hier alleen aan toe dat het standpunt van het Gerecht ook zou betekenen

²⁵ Arrest van 21 december 2011 (C-366/10, EU:C:2011:864, punten 127 en 128).

²⁶ Zie in dit verband arresten van 13 maart 2008, *Commissie/Infront WM* (C-125/06 P, EU:C:2008:159, punten 41-64); 15 december 2005, *Infront WM/Commissie* (T-33/01, EU:T:2005:461, punten 114-150), en 25 oktober 2011, *Microban International en Microban (Europe)/Commissie* (T-262/10, EU:T:2011:623, punt 28).

²⁷ Zie in die zin arrest van 22 juni 2021, *Venezuela/Raad* (C-872/19 P, EU:C:2021:507, punt 71).

dat het recht van niet-geprivilegieerde verzoekers om nietigverklaring van een nadelige maatregel te vragen krachtens artikel 263 VWEU, gemakkelijk door de instellingen van de Unie zou kunnen worden tenietgedaan door deze maatregel als „richtlijn” vast te stellen.²⁸

56. De suggestie van het Gerecht dat het voor particuliere verzoekers al te gemakkelijk zou zijn om Uniewetgeving aan te vechten indien rekwirantes argument inzake rechtstreekse geraaktheid zou worden aanvaard, kan derhalve terzijde worden geschoven door nog eens te wijzen op het verschil tussen „rechtstreekse geraaktheid” en „individuele geraaktheid”. Deze twee, uiteraard cumulatieve, vereisten spelen een verschillende rol in het kader van artikel 263, vierde alinea, VWEU. Het vereiste van rechtstreekse geraaktheid houdt in dat wordt nagegaan of de positie van de verzoeker *onmiddellijk* wordt aangetast. Het vereiste van individuele geraaktheid houdt in dat wordt vastgesteld of de verzoeker wordt getroffen *wegens specifieke omstandigheden* die hem onderscheiden van elke andere persoon die eveneens kan worden geraakt.

57. Het is dus de vervulling van dit laatste criterium – dat, eenvoudig gezegd, vereist dat de verzoeker zich in een positie bevindt die gelijkwaardig is aan die van een adreessaat van de handeling²⁹ – waardoor een situatie als die waarvoor het Gerecht vreest, wordt uitgesloten. Nieuwe wetgeving (zij het in de vorm van een verordening of van een richtlijn) kan immers meerdere marktdeelnemers raken. Alleen zij die aan de strikte „Plaumann-formule”³⁰ voldoen, kunnen echter als bevoegd krachtens artikel 263, vierde alinea, VWEU worden erkend. Het door het Gerecht genoemde risico dat een *actio popularis* tegen Uniewetgeving wordt gecreëerd, is dus kennelijk misplaatst.

58. Samenvattend ben ik van oordeel dat het eerste onderdeel van rekwirantes eerste middel gegrond is. Deze vaststelling volstaat op zich echter niet om de bestreden beschikking te vernietigen. Zoals hierboven vermeld berust de conclusie van het Gerecht over het ontbreken van rechtstreekse geraaktheid immers ook op een andere reeks gronden.

b) De autoriteiten van de lidstaten beschikten over beoordelingsbevoegdheid bij de omzetting van de relevante bepalingen van de richtlijn

59. De tweede reeks gronden die het Gerecht heeft genoemd om rechtstreekse geraaktheid uit te sluiten, houdt verband met rekwirantes specifieke positie en met de inhoud van de aangevoerde wettelijke bepalingen. In de punten 111 tot en met 123 van de bestreden beschikking heeft het Gerecht rechtstreekse geraaktheid uitgesloten op grond dat de bepalingen van de litigieuze handeling, die volgens rekwirante haar rechtspositie aantasten, uitvoeringsmaatregelen op nationaal niveau vereisen.

60. In dit deel van zijn redenering heeft het Gerecht het criterium van rechtstreekse geraaktheid toegepast, ondanks zijn eigen eerdere voorbehoud op basis van het feit dat dit instrument een richtlijn is. Niettemin kan ik het, wat dit onderdeel van de bestreden beschikking betreft, opnieuw niet eens zijn met het Gerecht.

²⁸ Zoals het Gerecht zelf, op basis van vaste rechtspraak, in punt 78 van de bestreden beschikking opmerkt. Zie ook arrest van 2 maart 2010, Arcelor/Parlement en Raad (T-16/04, EU:T:2010:54, punt 94 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie naar analogie, meer recent, conclusie van advocaat-generaal Hogan in de zaak Venezuela/Raad (Geraaktheid van een derde staat) (C-872/19 P, EU:C:2021:37 punt 119).

²⁹ Zie in die zin ook Lenaerts, K., Maselis, I., en Gutman, K., *EU Procedural Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, blz. 768 en 769.

³⁰ Zie onder andere arresten van 15 juli 1963, Plaumann/Commissie (25/62, EU:C:1963:17, punt 107), en meer recentelijk 17 september 2015, Mory e.a./Commissie (C-33/14 P, EU:C:2015:609, punt 93).

61. Er zij aan herinnerd dat het criterium inzake het ontbreken van uitvoeringsmaatregelen niet betekent dat het bestaan van *eender welke* uitvoeringshandeling onmiddellijk en noodzakelijkerwijs uitsluit dat er sprake is van rechtstreekse geraaktheid. Met name is, zoals in de punten 102 en 103 van de bestreden beschikking terecht is opgemerkt, aan de voorwaarde van rechtstreekse geraaktheid onder meer voldaan wanneer er uitvoeringsmaatregelen bestaan, maar de betrokken autoriteiten in werkelijkheid niet over *echte beoordelingsbevoegdheid* beschikken met betrekking tot de wijze waarop de hoofdhandeling van de Unie moet worden uitgevoerd. Zoals advocaat-generaal Wathelet heeft gesteld, mag, om rechtstreekse geraaktheid uit te sluiten, „de beoordelingsmarge van de auteur van de tussenliggende handeling waarmee de handeling van de Unie ten uitvoer wordt gelegd, niet louter formeel zijn. Zij moet de bron vormen van het rechtens geraakt zijn van de verzoeker.”³¹

62. Dit punt wordt geïllustreerd door een omvangrijke rechtspraak. Zo werd bijvoorbeeld vastgesteld dat er sprake was van rechtstreekse geraaktheid in omstandigheden waarin de betrokken handeling van de Unie uitputtend de *wijze* regelde waarop de nationale autoriteiten hun besluiten moesten vaststellen³², of het te bereiken *resultaat*, ongeacht de inhoud van de specifieke mechanismen die de nationale autoriteiten daartoe hadden ingevoerd³³, waarin de rol van de nationale autoriteiten uiterst gering en van administratieve³⁴ of louter mechanische aard³⁵ was, of waarin lidstaten hoofdzakelijk bijkomende maatregelen vaststelden in aanvulling op de betrokken handeling van de Unie.³⁶

63. Bovendien heeft de Unierechter verklaard dat de vraag of een verzoeker rechtstreeks wordt geraakt door een handeling van de Unie waarvan hij niet de adreassaant is, ook moet worden beoordeeld „naar het doel van deze handeling”³⁷. Dit betekent dat het niet van belang is of andere gevolgen van de litigieuze handeling van de Unie in de praktijk slechts *na* de vaststelling van uitvoeringsmaatregel tot stand kunnen komen, voor zover de door de verzoeker aangevoerde rechtsgevolgen rechtstreeks en automatisch uit die handeling voortvloeien.³⁸

64. Naar mijn mening heeft het Gerecht de logica die aan deze rechtspraak ten grondslag ligt, goed weergegeven in een van zijn vroegere beslissingen: „[W]anneer een handeling van een [instelling van de Unie] tot een lidstaat is gericht en de lidstaat ingevolge die handeling automatisch actie moet ondernemen, of wanneer *hoe dan ook vaststaat* waarop die actie zal uitlopen, [wordt] eenieder voor wie die actie gevolgen heeft, rechtstreeks door die handeling [...]

³¹ Conclusie van advocaat-generaal Wathelet in de zaak Stichting Woonlinie e.a./Commissie (C-133/12 P, EU:C:2013:336, punt 41). Recent ook aangehaald in arrest van 28 november 2019, Banco Cooperativo Español/GAR (T-323/16, EU:T:2019:822, punt 51).

³² Zie arresten van 6 november 1990, Weddel/Commissie (C-354/87, EU:C:1990:371, punt 19), en 13 oktober 2011, Deutsche Post en Duitsland/Commissie (C-463/10 P en C-475/10 P, EU:C:2011:656, punt 70).

³³ Zie in dit verband arresten van 13 maart 2008, Commissie/Infront WM (C-125/06 P, EU:C:2008:159, punt 62), en 17 februari 2011, FIFA/Commissie (T-385/07, EU:T:2011:42, punt 41).

³⁴ Zie arrest van 13 mei 1971, International Fruit Company e.a./Commissie (41/70–44/70, EU:C:1971:53, punten 23-26). Zie in die zin ook arrest van 28 november 2019, Banco Cooperativo Español/GAR (T-323/16, EU:T:2019:822, punten 60-63).

³⁵ Zie in die zin arresten van 17 september 2009, Commissie/Koninklijke FrieslandCampina (C-519/07 P, EU:C:2009:556, punt 49); 26 september 2000, Starway/Raad (T-80/97 DEP, EU:T:2000:216, punten 61-65), en 1 juli 2009, ISD Polska e.a./Commissie (T-273/06 en T-297/06, EU:T:2009:233, punt 68).

³⁶ Zie in dit verband arresten van 29 juni 1994, Fiskano/Commissie (C-135/92, EU:C:1994:267, punt 27), en 25 oktober 2011, Microban International en Microban (Europe)/Commissie (T-262/10, EU:T:2011:623, punt 29).

³⁷ Arrest van 3 april 2003, Royal Philips Electronics/Commissie (T-119/02, EU:T:2003:101, punt 276).

³⁸ Idem, punten 277-281. Zie ook de in voetnoot 21 hierboven aangehaalde rechtspraak.

geraakt. [...] Anders gezegd, de gevolgen die bedoelde handeling teweegbrengt, mogen niet afhangen van de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid door een derde, tenzij duidelijk is dat die bevoegdheid enkel in een bepaalde zin kan worden uitgeoefend.”³⁹

65. Zoals hierboven al is gesteld⁴⁰, is de essentie van de aanpak dat inhoud boven vorm gaat. Indien, volgend op de vaststelling van de Uniehandeling en rechtstreeks daaruit voortvloeiend, de handeling die later op nationaal niveau zal worden vastgesteld, hoe dan ook reeds vaststaat, zou het behoorlijk formalistisch zijn om te stellen dat de particulier niettemin toch weken, maanden of zelfs jaren moet wachten om, in deze situatie, via een prejudiciële beslissing, de voordien reeds bekende inhoud van de handeling aan te vechten.⁴¹

66. De in de punten 111 tot en met 123 van de bestreden beschikking gegeven motivering moet aan deze beginselen worden getoetst.

67. Voor het Gerecht heeft rekwirante betoogd dat de vaststelling van de litigieuze handeling drie gevolgen zou hebben voor haar rechtspositie, door drie bepalingen op haar toepasselijk te maken en haar zo nieuwe verplichtingen op te leggen. Het gaat om de bepalingen betreffende: i) ontvlechting, ii) toegang van derden, en iii) tariefregeling. Rekwirante heeft voorts aangevoerd dat de gasrichtlijn in haar artikelen 36 en 49 bis weliswaar voorzag in de mogelijkheid om respectievelijk een ontheffing en een afwijking⁴² van de toepassing van deze regels te verlenen, maar dat deze bepalingen kennelijk niet van toepassing waren op haar situatie.

68. De kernvraag is dus of het Gerecht terecht heeft vastgesteld dat *geen enkele* van de *drie* soorten rechtsgevolgen waarover rekwirante klaagde, rechtstreeks uit de litigieuze handeling voortvloeide.

69. Ten eerste moet de analyse worden aangevangen met het onderzoek van een element dat het Gerecht bijna terloops heeft behandeld, maar dat naar mijn mening bijzonder relevant is voor alle drie punten die door rekwirante zijn aangevoerd. In de punten 119 tot en met 123 van de bestreden beschikking heeft het Gerecht geoordeeld dat het voor het beantwoorden van de vraag of rekwirante door de litigieuze handeling rechtstreeks wordt geraakt, irrelevant was dat aan deze onderneming niet de ontheffing en/of de afwijking kon worden verleend waarin respectievelijk artikel 36 en artikel 49 bis van de gasrichtlijn voorzien. Het Gerecht heeft in wezen geoordeeld dat rekwirante, ook al zijn de bepalingen van de litigieuze handeling niet op haar van toepassing, toch om een dergelijke afwijking en/of ontheffing had kunnen verzoeken, waarna zij het (de) negatieve besluit(en) had kunnen aanvechten voor de nationale rechterlijke instanties en daarbij de ongeldigheid van de handeling van de Unie had kunnen inroepen, wat aanleiding had gegeven tot een prejudiciële procedure over de geldigheid van de litigieuze handeling.

³⁹ Beschikking van 10 september 2002, Japan Tobacco en JT International/Parlement en Raad (T-223/01, EU:T:2002:205, punt 46). Cursivering van mij.

⁴⁰ Zie hierboven de punten 45-47 van deze conclusie.

⁴¹ Een dergelijke beslissing zou weliswaar ook kunnen worden genomen in het kader van het rechterlijk beleid. De achterliggende visie daarbij zou in wezen zijn dat alle vragen over de geldigheid van Uniemaatregelen waarvoor in de toekomst enige nationale betrokkenheid – hoe gering ook – is vereist, naar het Hof worden geleid via verzoeken om een prejudiciële beslissing over de geldigheid krachtens artikel 267 VWEU, in plaats van ze aan het Gerecht te laten voorleggen krachtens artikel 263, vierde alinea, VWEU. Zie voor een kritische beoordeling van de deugdelijkheid van een dergelijk caseflowmanagement in het licht van de huidige institutionele structuur van rechterlijke instanties van de Unie, mijn conclusie in de zaak Brussels Hoofdstedelijk Gewest/Commissie (C-352/19 P, EU:C:2020:588, punten 137-147), en in de gevoegde zaken Duitsland en Hongarije/Commissie en Commissie/Ville de Paris e.a. (C-177/19 P–C-179/19 P, EU:C:2021:476, punten 108 en 109).

⁴² Duidelijkheidshalve zij erop gewezen dat sommige taalversies van de gasrichtlijn verschillende termen gebruiken om naar deze twee situaties te verwijzen (zoals de Engelse versie met „derogation” en „exemption”, en de Duitse versie met „Ausnahme” en „Abweichung”), maar andere taalversies maar een en dezelfde term gebruiken (zoals in de Franse taalversie met „dérogação”, en de Italiaanse versie met „deroga”).

70. Deze verklaringen lijken het algehele belang van de bepalingen inzake het toestaan van uitzonderingen vrij sterk af te zwakken.

71. Indien rekwirante, die reeds was begonnen met de bouw van de infrastructuur waarop de nieuwe wetgeving van toepassing zou zijn, van de toepassing van het nieuwe rechtskader zou kunnen worden vrijgesteld door een discretionaire beslissing van de nationale autoriteiten, zou logischerwijs de mogelijkheid kunnen wegvallen dat rekwirante rechtstreeks door de litigieuze handeling wordt geraakt. In dat geval zou het immers redelijkerwijs mogelijk zijn dat een discretionaire uitzondering wordt toegestaan door de bevoegde nationale autoriteiten. De beoordeling van de mogelijke toepasselijkheid van de artikelen 36 en 49 bis van de gasrichtlijn op rekwirantes situatie is in de onderhavige zaak dus duidelijk van belang.

72. De verklaringen van het Gerecht in dit verband roepen dus vragen op. Om te beginnen zijn zij niet verenigbaar met de in de punten 61 tot en met 65 hierboven aangehaalde rechtspraak, volgens welke rechtstreekse geraaktheid wordt uitgesloten door het feit dat de nationale autoriteiten over *echte* beoordelingsbevoegdheid beschikken.

73. In meer structurele termen lijkt het, wederom, onredelijk (en belastend, duur en tijdrovend) dat een onderneming zou worden verplicht te verzoeken om een besluit van de nationale autoriteiten in een geval waarin alleen negatief op een dergelijk verzoek kan worden gereageerd, teneinde een in een handeling van de Unie opgenomen duidelijke en uitputtende regeling aan te vechten. Het „volledige stelsel van rechtsmiddelen en procedures” waarnaar het Gerecht verwijst in punt 120 van de bestreden beschikking, is niet bedoeld als een lange hindernisloop voor verzoekers. Dit stelsel is gebaseerd op een rationele en constitutioneel georiënteerde verdeling van taken tussen de nationale rechterlijke instanties en de Unierechters. Eenvoudig gesteld, het is het „vaderschap” van de handeling waardoor de verzoeker daadwerkelijk wordt geraakt, dat bepaalt tot welke rechter hij zich moet wenden om deze handeling aan te vechten.

74. In de onderhavige zaak kan dit vaderschap, wat de artikelen 36 en 49 bis van de gasrichtlijn betreft, uitsluitend aan de Uniewetgever worden toegeschreven. Geen van de door deze bepalingen geboden mogelijkheden blijkt op rekwirante van toepassing te zijn. De Uniewetgever heeft besloten dat i) de afwijking alleen geldt voor gastransmissieleidingen tussen een lidstaat en een derde land, „die vóór 23 mei 2019 voltooid zijn”, en ii) de ontheffing alleen geldt voor grootschalige infrastructuurprojecten waarvoor nog geen definitieve investeringsbeslissing is genomen.⁴³ Ten tijde van de vaststelling van de litigieuze handeling (17 april 2019), was de Nord Stream 2-pijpleiding weliswaar voorbij de pre-investeringsfase⁴⁴, maar zij zou niet vóór 23 mei 2019 voltooid zijn, laat staan operationeel.⁴⁵

75. Ook al geven deze bepalingen de nationale autoriteiten enige speelruimte om in de toekomst aan bepaalde marktdeelnemers een ontheffing of een afwijking toe te staan, voor rekwirante is dit dus niet het geval. In dit opzicht is de (niet-)toepasselijkheid van deze bepalingen volledig tevoren bepaald door de Unieregels, aangezien de nationale autoriteiten *geen enkele manoeuvreerruimte hebben* en dus als een *longa manus* van de Unie moeten handelen. In dit verband herinner ik eraan dat het loutere bestaan, in abstracto, van afwijkingen van of uitzonderingen op de in een

⁴³ Een van de voorwaarden voor de ontheffing is, krachtens artikel 36, lid 1, onder b), van de gasrichtlijn, dat „het investeringsrisico [...] zo groot [is] dat de investering niet wordt gedaan als er geen ontheffing wordt verleend”.

⁴⁴ Dat is onmiskenbaar zo, gelet op het zeer gevorderde stadium waarin de aanleg van de pijpleiding zich bevond. Volgens rekwirante is de definitieve beslissing over de belangrijkste investering in september 2015 genomen.

⁴⁵ Dit is ongeveer een maand na de vaststelling van de litigieuze handeling. Zie met betrekking tot dit laatste aspect ook Beschluss (besluit) BK7-19-108 van het Bundesnetzagentur (federaal netwerkagentschap, Duitsland) van 20 mei 2020.

handeling van de Unie neergelegde regels, geen gevolgen kan hebben voor de positie van een verzoeker indien deze verzoeker kennelijk niet kan profiteren van deze uitzonderingen of afwijkingen.⁴⁶

76. Ten tweede moet, aangezien rekwirante zich niet aan de toepassing van de voorschriften van de gasrichtlijn kan onttrekken door een ontheffing of afwijking, worden vastgesteld of de verplichtingen die thans door deze richtlijn aan rekwirante worden opgelegd, voortvloeien uit de vaststelling van de litigieuze handeling dan wel uit de nationale handelingen ter uitvoering van die handeling.

77. Rekwirante heeft met name kritiek op de door de litigieuze handeling bewerkstelligde uitbreiding van de ontvlechtigingsverplichtingen waarin artikel 9 van de gasrichtlijn voorziet. Het Gerecht heeft niet betwist dat de litigieuze handeling in beginsel tot deze uitbreiding heeft geleid door de werkingssfeer van de in artikel 9, lid 1, van de gasrichtlijn neergelegde regel inzake volledige ontvlechting van de eigendom uit te breiden.⁴⁷ Het heeft echter vastgesteld dat de uitbreiding niet voortvloeide uit de litigieuze handeling, aangezien de lidstaten twee *alternatieven* voor volledige ontvlechting van eigendom mochten aanbieden, namelijk het zogenoemde „onafhankelijke systeembeheerder”-model (hierna: „ISO-model”)⁴⁸ en het „onafhankelijke transmissiebeheerder”-model (hierna: „ITO-model”)⁴⁹, waarin artikel 9, lid 8, respectievelijk artikel 9, lid 9, van de gasrichtlijn voorzien.

78. De vaststelling van het Gerecht dat de lidstaten krachtens artikel 9 van de gasrichtlijn over drie opties beschikken om ontvlechting tot stand te brengen, is ongetwijfeld juist. Dit is door rekwirante zelf erkend.⁵⁰ Deze vaststelling gaat echter voorbij aan het werkelijke argument dat rekwirante heeft aangevoerd.

79. Rekwirante heeft niet alleen de volledige ontvlechting van eigendom aangevochten. Rekwirante acht zowel het krachtens artikel 9 van de gasrichtlijn te bereiken *resultaat* (de ontvlechting) als de drie *methoden* om dit resultaat te bereiken (volledige eigendom, ISO of ITO) onrechtmatig.

80. In dit verband staat vast dat rekwirantes rechtspositie onvermijdelijk zal worden gewijzigd, *ongeacht de* uiteindelijk door de nationale autoriteiten *gekozen optie*. Rekwirante zal immers worden verplicht i) de gehele Nord Stream 2-pijpleiding te verkopen, ii) het deel van de pijpleiding te verkopen dat onder Duitse jurisdictie valt, of iii) de eigendom van de pijpleiding aan een aparte dochteronderneming over te dragen. Ongeacht de verschillen tussen deze drie modellen, vereist elk model een overdracht van de eigendom en/of de exploitatie van de pijpleiding of een deel daarvan, waardoor rekwirante wordt verplicht haar bedrijfsstructuur aan te passen.

⁴⁶ Zie arrest van 22 juni 2021, Venezuela/Raad (Geraaktheid van een derde staat) (C-872/19 P, EU:C:2021:507, punt 90).

⁴⁷ Deze regel houdt een volledige scheiding in tussen de eigendom en de exploitatie van gastransmissienetwerken enerzijds, en de activiteiten op het gebied van de productie en de levering van gas anderzijds.

⁴⁸ Volgens het in artikel 14 van de gasrichtlijn vastgestelde ISO-model is een verticaal geïntegreerd bedrijf eigenaar van een transmissiesysteemnetwerk, maar moet de beheerder van het transmissiesysteem een onafhankelijke entiteit zijn.

⁴⁹ Volgens het in hoofdstuk IV van de gasrichtlijn vastgestelde ITO-model is een verticaal geïntegreerd bedrijf eigenaar van een juridisch ervan gescheiden entiteit die eigenaar is van het transmissiesysteem en dit exploiteert (de ITO). Deze laatste entiteit moet zijn activiteiten onafhankelijk van het verticaal geïntegreerde bedrijf uitoefenen.

⁵⁰ Zie punt 113 van de bestreden beschikking.

81. In deze omstandigheden en gelet op deze unieke situatie moet ik concluderen dat rekwirantes positie onmiddellijk wordt aangetast door de litigieuze handeling, en niet alleen door de (eropvolgende) omzettingsmaatregelen. De wijze waarop rekwirante wordt geraakt, is in de litigieuze handeling uitputtend geregeld. De lidstaten beschikken niet over een beoordelingsmarge wat het te bereiken eindresultaat betreft. Zij hebben slechts een (beperkte) keuze met betrekking tot de wijze waarop zij dit resultaat willen bereiken, in die zin dat zij kunnen kiezen uit een van de drie ontvlechtigingsmodellen waarin de Uniewetgever heeft voorzien. Rekwirante zal echter worden geraakt, ongeacht welk van de drie modellen wordt gekozen. Kortom, de lidstaten hebben geen discretionaire bevoegdheid over *of* en *wat*, aangezien zij slechts uit een van de drie vooraf bepaalde vormen van *hoe* mogen kiezen.

82. De onderhavige zaak valt dus onder de situaties⁵¹ waarin de rechterlijke instanties van de Unie steeds hebben geoordeeld dat er sprake was van rechtstreekse geraaktheid. In dit opzicht begrijp ik niet waarom het onderhavige geval verschilt van bijvoorbeeld het geval dat door de rechterlijke instanties van de Unie is onderzocht in de zaak Infront⁵², een zaak waarop rekwirante zich inderdaad heeft beroepen voor het Gerecht. In een tamelijk besliste verklaring heeft het Gerecht geoordeeld dat die zaak juridisch en feitelijk verschilde van de onderhavige zaak, op grond dat die eerste zaak betrekking had op een besluit (en niet op een richtlijn) en dat de onderhavige zaak „niet atypisch” is.⁵³

83. Het is mij niet duidelijk wat het Gerecht heeft bedoeld toen het de onderhavige zaak „niet atypisch” heeft genoemd en hoe dit element een rol speelt in het kader van artikel 263 VWEU.⁵⁴ Nogmaals, naar mijn mening is het belangrijkste element of wordt aanvaard dat de benaming en de vorm van een handeling van weinig belang zijn in het kader van die bepaling. Indien dit het geval is, dan is de cruciale vraag alleen nog of de beweerde gevolgen voor rekwirantes rechtspositie voortvloeien uit de handeling van de Unie waartegen wordt opgekomen, dan wel uit een latere uitvoeringshandeling.

84. Tegen deze achtergrond geeft het Gerecht blijk van een onjuiste rechtsopvatting met zijn in punt 118 van de bestreden beschikking opgenomen vaststelling dat rekwirante niet rechtstreeks door de litigieuze handeling werd geraakt, daar de bepaling inzake ontvlechting nationale uitvoeringsmaatregelen vereiste.

85. Gelet op het voorgaande en aangezien naar mijn mening geen van de twee door het Gerecht in de bestreden beschikking aangevoerde redenen tot uitsluiting van rechtstreekse geraaktheid (de litigieuze handeling is een richtlijn en de bepaling inzake ontvlechting tast niet onmiddellijk rekwirantes rechtspositie aan) correct is, concludeer ik dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 116 van de bestreden beschikking te oordelen dat rekwirante niet rechtstreeks wordt geraakt, waardoor het vervolgens in punt 124 van de bestreden beschikking tot een onjuiste conclusie is gekomen met betrekking tot de procesbevoegdheid krachtens artikel 263 VWEU.

⁵¹ Zie hierboven, punten 61-65 van deze conclusie.

⁵² Arrest van 15 december 2005, Infront WM/Commissie (T-33/01, EU:T:2005:461).

⁵³ Punt 117 van de bestreden beschikking.

⁵⁴ Indien het Gerecht heeft bedoeld dat de litigieuze richtlijn een *echte* richtlijn is, en geen verkapt besluit (zoals de Raad in deze hogere voorziening stelt), dan zou ik slechts willen verwijzen naar de rechtspraak volgens welke „het enkele feit dat de litigieuze bepalingen deel uitmaken van een handeling van algemene strekking *die een echte richtlijn is en niet een als richtlijn vastgestelde beschikking* in de zin van [artikel 263, vierde alinea, VWEU], [...] op zich niet [volstaat] om de mogelijkheid uit te sluiten dat die bepalingen een particulier rechtstreeks en individueel kunnen raken”. Zie arrest van 2 maart 2010, Arcelor/Parlement en Raad (T-16/04, EU:T:2010:54, punt 94 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Cursivering van mij.

86. Deze onjuiste rechtsopvattingen volstaan op zich om punt 4 van het dictum van de bestreden beschikking, waarin het beroep niet-ontvankelijk is verklaard, te vernietigen. Volledigheidshalve, en om het Hof in deze hogere voorziening optimaal bij te staan, ga ik echter ook in op een ander argument dat rekwirante in het eerste middel heeft aangevoerd.

c) Het niet ingaan op verdere argumenten van rekwirante

87. Voor het Gerecht heeft rekwirante aangevoerd dat zij door de litigieuze handeling rechtstreeks werd geraakt in haar rechtspositie doordat deze handeling meer bepaald drie soorten gevolgen had. Behalve dat een verplichting tot ontvlechting ontstond, zoals besproken in het vorige deel van deze conclusie, werd rekwirante ook verplicht om regels inzake de toegang van derden en de tariefregeling toe te passen. Tijdens haar hele betoog voor het Gerecht (en met name in haar verzoekschrift en in haar opmerkingen over de door verweerders opgeworpen excepties van niet-ontvankelijkheid), heeft rekwirante steeds verwezen naar de (beweerdelijk nadelige) gevolgen die voortvloeien uit de toepassing van deze drie bepalingen op haar situatie.

88. In de bestreden beschikking heeft het Gerecht het bestaan van deze gevolgen erkend.⁵⁵ Vervolgens heeft het echter het vereiste van rechtstreekse geraaktheid verworpen door alleen te kijken naar bepalingen inzake ontvlechting. Het Gerecht heeft niet onderzocht of, los van de gestelde gevolgen die voortvloeien uit de ontvlechtigingsregels, rekwirantes rechtspositie kan worden aangetast door de bepalingen inzake toegang van derden en/of tariefregeling.

89. De door rekwirante aangevoerde argumenten inzake de toegang van derden en de tariefregeling waren allesbehalve bijkomstige overwegingen die door het Gerecht buiten beschouwing konden worden gelaten of impliciet konden worden verworpen, maar vormden twee elementen van haar driedelige toelichting van de redenen waarom zij rechtstreeks door de litigieuze handeling werd geraakt. Elk van deze drie elementen kan op zich volstaan als grond voor de vaststelling van rechtstreekse geraaktheid. Ongeacht de uiteindelijk door de nationale autoriteiten gekozen vorm van ontvlechting, blijven met name de aan rekwirante opgelegde verplichtingen inzake toegang van derden en tariefregeling onverminderd van kracht.

90. In deze omstandigheden is de bestreden beschikking onvermijdelijk ook ontoereikend gemotiveerd. Deze juridische fout is van openbare orde. Zij kan⁵⁶ door het Hof ambtshalve aan de orde worden gesteld⁵⁷, met name wanneer het gaat om de ontvankelijkheid van een beroep bij het Gerecht.⁵⁸

91. Ongeacht de hierboven vastgestelde juridische fouten met betrekking tot de uitlegging en de toepassing van de bepalingen inzake ontvlechting (artikel 9 van de gasrichtlijn) en inzake de afwijking en de ontheffing (respectievelijk artikel 49 bis en artikel 36 van de gasrichtlijn), dient punt 4 van het dictum van de bestreden beschikking derhalve ook wegens een ontbrekende motivering te worden vernietigd.

⁵⁵ Zie de punten 96 en 98 van de bestreden beschikking.

⁵⁶ Rekwirante heeft de fout van het Gerecht op dit punt naar behoren aan de orde gesteld in het kader van haar betoog betreffende een onjuiste uitlegging en toepassing van artikel 263, vierde alinea, VWEU, ofschoon zij deze niet als een „ontbrekende motivering” heeft aangemerkt. Zie hierboven, punt 67 van deze conclusie.

⁵⁷ Zie in die zin arrest van 20 december 2017, EUIPO/European Dynamics Luxembourg e.a. (C-677/15 P, EU:C:2017:998, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁵⁸ Zie onder meer beschikking van 5 september 2013, ClientEarth/Raad (C-573/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:564, punt 20).

92. Bovendien zou het Gerecht, indien het de bepalingen inzake de toegang van derden en de tariefregeling naar behoren had onderzocht, tot de conclusie zijn gekomen dat ook deze bepalingen rekwirante rechtstreeks raken.

93. Zoals verweerders en interveniënten stellen, verplichten de bepalingen van zowel artikel 32 als artikel 41 van de gasrichtlijn de lidstaten inderdaad om „zorg te dragen” voor de uitvoering ervan.

94. Ook in dit verband valt echter nauwelijks te betwisten dat rekwirante niet de specifieke wijze aanvecht waarop de uit deze bepalingen voortvloeiende verplichtingen operationeel zullen worden gemaakt. Rekwirante betwist juist de kern zelf van de verplichtingen die haar wegens de vaststelling van de litigieuze handeling zijn opgelegd.

95. Kort gezegd verplicht artikel 32 van de gasrichtlijn de transmissiesysteembeheerders om potentiële afnemers, op niet-discriminerende wijze, toegang tot hun capaciteit te verlenen op basis van bekendgemaakte tarieven. In artikel 41, leden 6, 8 en 10, van de gasrichtlijn wordt in wezen bepaald dat de tarieven die door de transmissiesysteembeheerders worden aangerekend voor het gebruik van hun transmissiecapaciteit, moeten worden goedgekeurd door de nationale regulerende instantie van de betrokken lidstaat.

96. Krachtens deze bepalingen is het voor rekwirante, voor zover bepaald bij deze regels, juridisch onmogelijk om te handelen als een normale marktdeelnemer die vrij zijn klanten kan kiezen en zijn prijsbeleid kan bepalen. Rekwirante zal dus worden geconfronteerd met een aantal nieuwe wettelijke beperkingen die haar recht op eigendom en vrijheid van ondernemerschap aantasten. Deze beperkingen zijn nieuw, aangezien de wetgeving die van kracht was op het tijdstip van de investering, het tijdstip waarop met de bouw van de infrastructuur werd begonnen en het tijdstip waarop rekwirante overeenkomsten sloot voor de financiering en de toekomstige exploitatie⁵⁹, niet voorzag in verplichte toegang van derden en tariefgoedkeuring door de nationale regelgevende instantie.

97. Dit betekent niet dat wanneer een onderneming een investering doet en zich voorbereidt om een markt te betreden onder een bepaalde regeling, ongeacht de omvang van die investering, de wetgever die regeling niet rechtsgeldig kan wijzigen. Dat is geenszins het geval.

98. Of de in die regeling aangebrachte wijzigingen, die nieuwe, voorheen niet bestaande verplichtingen en beperkingen in het leven roepen, al dan niet redelijk zijn, komt echter neer op een beoordeling van de *gegrondheid* van rekwirantes beroep. Wat de *ontvankelijkheid* betreft, is de enige relevante vraag of deze verplichtingen en beperkingen rechtstreeks uit de litigieuze handeling voortvloeien, en niet of zij redelijk of gerechtvaardigd zijn. Hebben deze beperkingen en verplichtingen reeds gevolgen voor rekwirantes economische en rechtspositie, en haar vermogen om haar verplichtingen uit hoofde van reeds bestaande overeenkomsten na te komen⁶⁰, ongeacht eventuele maatregelen die uiteindelijk op nationaal niveau worden vastgesteld?

99. Ten slotte dient nog te worden ingegaan op twee extra argumenten van verweerders en interveniënten.

⁵⁹ Ik verwijs in het bijzonder naar de „Gas Transportation Agreement” (gastransmissieovereenkomst) die op 7 maart 2017 werd gesloten met Gazprom Export LLC, en de „Long Term Debt Financing Agreements” (overeenkomsten voor schuldfinanciering op lange termijn) die in april en juni 2017 werden gesloten met Gazprom, ENGIE SA, OMV AG, Royal Dutch Shell plc, Uniper SE en Wintershall Dea GmbH. Relevante uittreksels van deze overeenkomsten zijn aan het Gerecht overgelegd.

⁶⁰ Zie *mutatis mutandis* de conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaak Sahlstedt e.a./Commissie (C-362/06 P, EU:C:2008:587, punten 66-76).

100. Ten eerste acht ik het door de Poolse regering aangevoerde argument dat rekwirante door de litigieuze handeling niet in haar rechtspositie kan worden geraakt omdat de gasrichtlijn reeds van toepassing was op pijpleidingen zoals de Nord Stream 2-pijpleiding, onhoudbaar. Het komt mij voor dat deze pijpleiding, die een lidstaat (Duitsland) verbindt met een niet-lidstaat (Rusland), kennelijk niet valt onder de vroegere definitie van „interconnector”, zoals vermeld in artikel 2, punt 17, van de gasrichtlijn, zoals oorspronkelijk vastgesteld. Deze wettelijke definitie verwees naar een „transmissieleiding die een grens tussen lidstaten overschrijdt of overspant met uitsluitend als bedoeling de nationale transmissiesystemen van die lidstaten onderling te koppelen”.

101. De litigieuze handeling heeft deze definitie dus uitgebreid zodat zij ook betrekking heeft op „een transmissieleiding tussen een lidstaat *en een derde land* tot aan het grondgebied van de lidstaten of tot aan de territoriale wateren van die lidstaat”⁶¹. Bovendien blijken de bewoordingen van de litigieuze handeling het argument van de Poolse regering te weerleggen. Volgens overweging 3 ervan heeft deze handeling namelijk tot doel „obstakels voor de voltooiing van de interne markt voor aardgas, die het gevolg zijn van de *niet-toepassing* van de marktregels van de Unie op *gastransmissieleidingen van en naar derde landen*, weg te nemen”⁶².

102. Ten tweede vind ik ook het door het Parlement en de Poolse regering aangevoerde argument dat rekwirante geen gevolgen zou ondervinden omdat haar commerciële activiteiten nog niet zijn begonnen, niet overtuigend. De gasrichtlijn, die door de litigieuze handeling op rekwirante van toepassing is geworden, regelt niet alleen de activiteiten van ondernemingen die thans op de markt actief zijn, maak ook die van ondernemingen die voornemens zijn de markt te betreden. Zo regelen de artikelen 36 en 49 bis van de gasrichtlijn situaties waarin een onderneming nog niet is begonnen met het verrichten van haar diensten. De eerstgenoemde bepaling heeft met name betrekking op situaties waarin de aanleg van de betrokken infrastructuur zelfs nog niet is begonnen.

103. Misschien nog belangrijker is echter de fundamentele economische realiteit dat pijpleidingen geen mandarijnen zijn.⁶³ Een dergelijk groot infrastructuurproject is geen bedrijfsactiviteit die van de ene op de andere dag van start gaat. In het onderhavige geval zal de litigieuze handeling, gelet op het vergevorderde stadium waarin de aanleg van de pijpleiding zich bevindt en de aanzienlijke investering die rekwirante gedurende een aantal jaren heeft gedaan, talrijke gevolgen hebben voor rekwirantes bedrijfsstructuur en de wijze waarop zij haar activiteiten kan uitoefenen. Sommige van de wijzigingen die van rekwirante worden geëist, zullen zelfs noodzakelijkerwijs moeten worden doorgevoerd *voordat* haar commerciële activiteiten een aanvang nemen. Bijgevolg kan niet worden gesteld dat de gevolgen louter hypothetisch zijn, of althans verband houden met toekomstige gebeurtenissen.

104. In het licht van het voorgaande ben ik van mening dat ook het tweede onderdeel van rekwirantes eerste middel gegrond is. Het Gerecht heeft artikel 9 van de gasrichtlijn onjuist uitgelegd, is voorbijgegaan aan de betekenis van de artikelen 36 en 49 bis ervan en heeft geen rekening gehouden met de gevolgen van de artikelen 32 en 41 ervan. Deze bepalingen doen voor

⁶¹ Cursivering van mij.

⁶² Cursivering van mij.

⁶³ Arrest van 15 juli 1963, Plaumann/Commissie (25/62, EU:C:1963:17), ook al had in die zaak de aard van de betrokken bedrijfsactiviteit een zekere relevantie voor het begrip „individuele geraaktheid”.

rekwirante nieuwe verplichtingen ontstaan. Het wezenlijke deel van deze verplichtingen (en, wat belangrijk is, precies het deel waartegen rekwirante opkomt⁶⁴) kan door de nationale uitvoeringsmaatregelen niet substantieel worden gewijzigd.

105. Ik concludeer derhalve dat moet worden vastgesteld dat rekwirante door de litigieuze handeling rechtstreeks wordt geraakt.

B. Tweede middel

106. Het tweede middel is gericht tegen de punten 38 tot en met 72 en 125 tot en met 135 van de bestreden beschikking.

107. In de punten 38 tot en met 72 van de bestreden beschikking heeft het Gerecht het verzoek van de Raad inzake een procedurele kwestie behandeld.⁶⁵ Het heeft gelast dat twee van de door de Raad betwiste documenten uit het dossier werden verwijderd (bijlagen A.14 en O.20). Verder heeft het geoordeeld dat de passages van deze documenten die in rekwirantes betoog zijn overgenomen, niet langer in aanmerking mochten worden genomen. Daarentegen heeft het Gerecht geoordeeld dat niet hoefde te worden beslist over de verwijdering van een derde document (de onderhandelingsrichtsnoeren), aangezien dit document niet was overgelegd.

108. In de punten 125 tot en met 135 van de bestreden beschikking heeft het Gerecht vervolgens rekwirantes verzoek om een maatregel tot organisatie van de procesgang behandeld, waarbij het Gerecht werd verzocht verweerders te gelasten de niet-geredigeerde versie van bepaalde documenten over te leggen.⁶⁶ Het Gerecht heeft eerst geoordeeld dat op dit verzoek geen uitspraak hoefde te worden gedaan. Het merkte op dat de betrokken documenten bedoeld zouden zijn om aan te tonen dat rekwirante door de litigieuze handeling individueel werd geraakt. Het heeft echter geoordeeld dat het beroep niet-ontvankelijk kon worden verklaard zonder dat het vereiste van individuele geraaktheid hoefde te worden onderzocht.

109. Vervolgens heeft het Gerecht het verzoek van de Raad onderzocht om twee van rekwirantes documenten, die bij haar verzoek om een maatregel tot organisatie van de procesgang waren gevoegd (de niet-geredigeerde Duitsland-documenten), uit het dossier te verwijderen. Zij heeft dit verzoek gegrond verklaard.

110. In haar hogere voorziening stelt rekwirante dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door i) te gelasten dat de betrokken bijlagen uit het dossier werden verwijderd, en ii) de passages van rekwirantes verzoekschrift waarin passages van twee van deze bijlagen zijn overgenomen, niet in aanmerking te nemen.

1. Argumenten van partijen

111. Rekwirante stelt dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zijn redenering in wezen volledig te baseren op de toepassing van de in verordening nr. 1049/2001 neergelegde regels inzake de toegang tot documenten. Dit instrument kan weliswaar bepaalde aanwijzingen geven met betrekking tot de belangen die de rechterlijke

⁶⁴ Zie naar analogie conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaak Commissie/Infront WM (C-125/06 P, EU:C:2007:611, punt 84).

⁶⁵ Zie hierboven de punten 16 en 17 van deze conclusie.

⁶⁶ Zie hierboven de punten 18 en 19 van deze conclusie.

instanties van de Unie in aanmerking moeten nemen wanneer zij uitspraak doen over de ontvankelijkheid van in hangende procedures overgelegd bewijs, maar het kan niet ipso facto op deze situaties worden toegepast. Het Gerecht had bij zijn beoordeling van de ontvankelijkheid van de betrokken bijlagen ook rekening moeten houden met andere, verschillende belangen dan die welke in verordening nr. 1049/2001 zijn vermeld. Volgens vaste rechtspraak moeten de rechterlijke instanties van de Unie met name onderzoeken of de door een partij overgelegde documenten relevant of zelfs beslissend kunnen zijn voor de beslechting van het geschil.

112. De Raad is van mening dat dit middel niet-ontvankelijk is, aangezien rekwirante het Hof in wezen verzoekt om toetsing van een door het Gerecht verrichte feitelijke beoordeling – namelijk of de overlegging van de betrokken bijlagen passend en noodzakelijk was. Bovendien stellen beide verweerders, ondersteund door interveniënten, dat dit middel ongegrond is, aangezien het Gerecht de uit de rechtspraak van de rechterlijke instanties van de Unie voortvloeiende beginselen inzake de ontvankelijkheid van bewijs correct heeft toegepast. Verweerders benadrukken dat de betrokken bijlagen interne documenten waren die nooit openbaar waren gemaakt.

2. Analyse

113. Om te beginnen moet het argument van de Raad met betrekking tot de niet-ontvankelijkheid van dit middel worden afgewezen. Rekwirante vraagt het Hof immers niet om de beoordeling van het Gerecht over de relevantie van de betrokken bijlagen te herzien. Rekwirante bekritiseert veeleer het rechtskader dat is toegepast om de ontvankelijkheid van de betrokken documenten te beoordelen. Dat is een juridische kwestie, die als zodanig in hogere voorziening kan worden getoetst.

114. Wat de inhoud van dit middel betreft, ben ik het met rekwirante eens. Het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij zijn benadering van de beoordeling of de betrokken bijlagen als bewijs konden worden toegelaten.

115. Om die conclusie toe te lichten, zal ik eerst een overzicht geven van de beginselen die gelden voor het overleggen van bewijs aan de rechterlijke instanties van de Unie, waarbij ik wijs op de open benadering die is vastgelegd in de relevante bepalingen en rechtspraak (a). Daarna zal ik ingaan op de mogelijke uitzonderingen op deze regeling, waarvoor in beperkte mate inspiratie kan worden geput uit de bepalingen van verordening nr. 1049/2001 (b). Vervolgens zal ik wijzen op een bijkomend maar belangrijk verschil tussen de regeling voor de toegang tot documenten en die voor het overleggen van bewijs aan de rechterlijke instanties van de Unie, namelijk de verschillende gevolgen en regelingen voor documenten die in procedures voor de Unierechters kunnen worden onderzocht (c). Tegen deze achtergrond zal ik daarna de specifieke redenen uiteenzetten waarom het Gerecht in de bestreden beschikking blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij zijn beoordeling van de ontvankelijkheid van de betrokken bijlagen (d). Ten slotte zal ik kort een standpunt innemen over de relevantie van deze bijlagen in de onderhavige procedure (e).

a) In het algemeen open benadering ten aanzien van de ontvankelijkheid van bewijs

116. Het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie bevat geen specifieke bepalingen over de ontvankelijkheid van door de partijen overgelegd bewijs. Artikel 24 ervan bepaalt evenwel dat de Unierechters partijen kunnen verzoeken *alle stukken over te leggen en alle inlichtingen te*

verstrekken welke zij wenselijk achten. Verder kunnen de Unierechters aan de lidstaten en aan de instellingen, organen of instanties – ook als zij geen partij in het proces zijn – verzoeken alle inlichtingen te verstrekken welke zij voor het proces nodig achten.

117. Ook het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht en dat van het Hof bevatten geen algemene bepalingen over de (on)ontvankelijkheid van soorten bewijs. Deze reglementen regelen alleen *wanneer* en *hoe* bewijs (en niet *welk* bewijs) door de partijen kan worden overgelegd of door het Hof kan worden verkregen.

118. Het Hof heeft dan ook consequent geoordeeld dat „het beginsel van ‚equality of arms‘, dat een logisch uitvloeisel is van het begrip eerlijk proces, inhoudt dat elke partij een redelijke mogelijkheid moet worden geboden om haar zaak, *daaronder begrepen haar bewijzen*, onder zodanige omstandigheden voor te dragen dat zij tegenover de tegenpartij niet wezenlijk wordt benadeeld”⁶⁷. Bovendien heeft het Hof verklaard dat „in het Unierecht het beginsel van de *vrije beoordeling van het bewijs* primeert” en dat „alleen de betrouwbaarheid van het aan het Hof overgelegde bewijsmateriaal beslissend is voor de beoordeling van de waarde ervan”⁶⁸.

119. Meer specifieke rechtspraak bevestigt verder dat er geen sprake van is dat bepaalde *vormen* of een bepaalde *herkomst* van bewijs a priori worden uitgesloten.⁶⁹ Wat betreft de *wijze* waarop bewijs is verkregen, hebben de Unierechters duidelijk gemaakt dat normaliter alleen rechtmatig verkregen bewijs vrij kan worden overgelegd⁷⁰, overeenkomstig het algemeen aanvaarde rechtsbeginsel *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Evenals andere hoogste rechters⁷¹ hebben ook de rechterlijke instanties van de Unie echter niet uitgesloten dat, bij wijze van uitzondering, op onrechtmatige (of ongepaste) wijze verkregen bewijs toelaatbaar kan zijn.⁷² Dat is des te meer het geval wanneer de authenticiteit van de documenten niet in twijfel is getrokken⁷³ en wanneer niet is vastgesteld dat de partij die het bewijs heeft overgelegd, degene is die het onrechtmatig heeft verkregen.⁷⁴

⁶⁷ Zie arrest van 16 mei 2017, *Berlioz Investment Fund* (C-682/15, EU:C:2017:373, punt 96 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁶⁸ Zie, recent, beschikking van 12 juni 2019, *OY/Commissie* (C-816/18 P, niet gepubliceerd, EU:C:2019:486, punt 6 en aldaar aangehaalde rechtspraak). *Cursivering van mij*.

⁶⁹ Zie in die zin arresten van 29 februari 1996, *Lopes/Hof van Justitie* (T-280/94, EU:T:1996:28, punten 56-59); 6 september 2013, *Persia International Bank/Raad* (T-493/10, EU:T:2013:398, punt 95), en 12 september 2013, *Besselink/Raad* (T-331/11, niet gepubliceerd, EU:T:2013:419, punten 11 en 12 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook naar analogie arresten van 25 januari 2007, *Dalmine/Commissie* (C-407/04 P, EU:C:2007:53, punten 46-51), en 1 juli 2008, *Zweden en Turco/Raad* (C-39/05 P en C-52/05 P, EU:C:2008:374, punt 57).

⁷⁰ Zie naar analogie arrest van 26 september 2018, *Infineon Technologies/Commissie* (C-99/17 P, EU:C:2018:773, punt 65 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁷¹ Zie, onder verwijzing naar de rechtspraak van het Internationaal Gerechtshof over dezelfde kwestie, Quintana, J.J., *Litigation at the International Court of Justice: Practice and Procedure*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, blz. 385.

⁷² Zie met name arrest van 12 mei 2015, *Dalli/Commissie* (T-562/12, EU:T:2015:270, punten 47 en 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en beschikkingen van 23 maart 2017, *Troszczyński/Parlement* (T-626/16, niet gepubliceerd, EU:T:2017:237, punten 27 en 28), en 23 maart 2017, *Gollnisch/Parlement* (T-624/16, niet gepubliceerd, EU:T:2017:243, punten 27 en 28).

⁷³ Zie in die zin arrest van 8 november 2018, *QB/ECB* (T-827/16, EU:T:2018:756, punt 67). Zie ook, a contrario, arrest van 17 december 1981, *Ludwigshafener Walzmühle Erling e.a./Raad en Commissie* (197/80–200/80, 243/80, 245/80 en 247/80, EU:C:1981:311, punt 16).

⁷⁴ Arresten van 12 mei 2015, *Dalli/Commissie* (T-562/12, EU:T:2015:270, punt 49), en 8 november 2018, *QB/ECB* (T-827/16, EU:T:2018:756, punten 68-72).

120. Uit het voorgaande volgt dat, in beginsel, *elk* bewijs aan het Hof kan worden overgelegd.⁷⁵ De betrokken rechterlijke instantie van de Unie kan evenwel rekening houden met het bestaan van *andere belangen* die, bij wijze van uitzondering, kunnen rechtvaardigen dat wordt geweigerd om het bewijs te aanvaarden, en deze belangen afwegen tegen die welke voor de aanvaarding van dit bewijs pleiten.

b) Uitzonderingen betreffende de ontvankelijkheid van bewijs

121. Wat betreft de belangen die mogelijk moeten worden beschermd, en die dus een reden kunnen vormen voor uitzonderingen op het beginsel van de vrije bewijslevering, kan enige inspiratie worden geput uit die welke door de Uniewetgever uitdrukkelijk worden genoemd in verordening nr. 1049/2001. Zoals het Hof heeft geoordeeld, heeft dit instrument „een zekere indicatieve waarde [...] in het kader van de belangenafweging die vereist is om uitspraak te doen” over verzoeken tot verwijdering uit het dossier van aan de rechterlijke instanties van de Unie overgelegde documenten.⁷⁶

122. Ook al is dit instrument een volledige, uitputtende regeling wat betreft de toegang tot documenten, het kan dit echter duidelijk niet zijn wat betreft de bewijslevering. De Unierechters kunnen en, in voorkomend geval, moeten rekening houden met andere („gerechtelijke” of „buitengerechtelijke”) belangen.

123. In het algemeen zou ik willen waarschuwen voor een automatisch of althans buitensporig beroep op de bepalingen van verordening nr. 1049/2001 in dit verband. Het is absoluut geen toeval dat dit instrument niet van toepassing is op documenten die bij het Hof van Justitie van de Europese Unie berusten, en dat de instellingen die onder dit instrument vallen de toegang tot documenten dienen te weigeren „wanneer de openbaarmaking ervan zou leiden tot ondermijning van de bescherming van [...] gerechtelijke procedures”⁷⁷.

124. Dat is niet meer dan logisch. De meeste rechtsstelsels voorzien immers in speciale regelingen voor de verlening van inzage in het kader van gerechtelijke procedures. Het is dan ook redelijk dat de Uniewetgever heeft besloten dat de algemene regels inzake de toegang tot documenten *niet in de weg mogen staan* aan deze bijzondere regelingen. Het is a fortiori ondenkbaar dat een instrument als verordening nr. 1049/2001 dan de facto de regels inzake de bewijslevering aan het Hof van Justitie van de Europese Unie zou mogen *beheersen*.

125. Weliswaar berusten beide regelingen – toegang tot documenten en bewijslevering – op een gelijksoortig „regel versus uitzondering”-systeem. De regel is openbaarmaking, en de uitzondering is niet-openbaarmaking. Hier eindigt echter elke passende parallel tussen de twee regelingen, en vooral het algemene evenwicht dat binnen elk van beide regelingen moet worden bereikt tussen de concurrerende waarden en belangen.

⁷⁵ Dit blijkt ook de heersende opvatting te zijn onder juridische commentatoren: zie onder meer Lasok, K.P.E., *The European Court of Justice: Practice and Procedure*, 2e druk, Buttersworth, 1994, blz. 344; Barbier de la Serre, E., en Sibony, A.-L., *Expert Evidence Before the EC Courts*, *Common Market Law Review*, 2008, blz. 958 en 959, en Lenaerts, K., Maselis, I., en Gutman, K., *EU Procedural Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, blz. 768 en 769.

⁷⁶ Zie bijvoorbeeld arrest van 31 januari 2020, Slovenië/Kroatië (C-457/18, EU:C:2020:65, punt 67), en beschikking van 14 mei 2019, Hongarije/Parlement (C-650/18, niet gepubliceerd, EU:C:2019:438, punten 9, 12 en 13).

⁷⁷ Artikel 4, lid 2, van verordening nr. 1049/2001.

126. De twee regelingen i) betreffen activiteiten van verschillende aard en ii) streven een verschillende doelstelling na, waardoor iii) de instellingen een verschillende beoordeling moeten uitvoeren wanneer zij besluiten over de openbaarmaking van het betrokken document.

127. Ten eerste denk ik niet dat het nodig is om in te gaan op de vraag waarom het *openbaar maken* van een bepaald document aan het *publiek* nauwelijks vergelijkbaar is met het *overleggen* van een document (en dus het kenbaar maken van dit document) aan een *rechterlijke instantie*. Het is ondenkbaar dat het Hof van Justitie van de Europese Unie, als enige toezichthouder en handhaver van de wettigheid ten aanzien van de instellingen en organen van de Unie, bij het toetsen van de rechtmatigheid van een handeling van de Unie dezelfde mate van toegang tot de documenten van die instellingen en organen zou hebben als, om maar een paar voorbeelden te noemen, journalisten, academici of niet-gouvernementele organisaties.

128. Ten tweede is het eveneens belangrijk erop te wijzen dat, gelet op het verschil tussen openbaar maken en overleggen, de door de respectieve regelingen nagestreefde *doelstellingen* ook behoorlijk van elkaar verschillen.

129. Het doel van verordening nr. 1049/2001, zoals verwoord in de tweede overweging ervan, is het vergroten van de openheid en transparantie van de overheid zodat burgers van dichterbij kunnen deelnemen aan het besluitvormingsproces, en het waarborgen dat de administratie een grotere legitimiteit geniet en doelmatiger en verantwoordelijker functioneert. Het overkoepelende doel is de versterking van de beginselen van democratie en eerbiediging van de grondrechten.

130. De bewijsregels beogen dan weer een goede rechtsbedeling te waarborgen, zodat het Hof van Justitie van de Europese Unie zijn opdracht krachtens artikel 19 VEU kan uitvoeren. Het overkoepelende doel is om voor eenieder het in artikel 47 van het Handvest neergelegde recht op een doeltreffende voorziening in rechte te waarborgen.

131. Ten derde geven deze (verschillende) doelstellingen noodzakelijkerwijs op verschillende wijze vorm aan de beoordeling die moet worden uitgevoerd door de instelling van de Unie die tot taak heeft te beslissen over het lot van een betwist document. Meer bepaald zijn er weinig overeenkomsten tussen ten eerste de wijzen waarop de concurrerende belangen in de twee stelsels worden afgewogen, en ten tweede de resultaten van de afweging van de waarden en belangen die in beide gevallen op het spel staan.

132. De regels van verordening nr. 1049/2001 trachten een evenwicht te vinden tussen het belang van de burgers om over een open en transparante overheid te beschikken, en de noodzaak om het vermogen van de instellingen van de Unie om hun taken doeltreffend uit te voeren, te behouden.⁷⁸ Derhalve dient de instelling die te maken krijgt met een verzoek om vrijgave van een document, na te gaan of, in de specifieke omstandigheden van het geval, het feit dat aan het publiek toegang wordt verleend tot het betrokken document geen afbreuk zou doen aan het vermogen van de instelling om een van de in de verordening genoemde belangen na te streven. Bovendien zou de instelling, zelfs indien dit vermogen kon worden aangetast, moeten beoordelen of er sprake is van een hoger belang dat openbaarmaking vereist.

⁷⁸ Zie met name de overwegingen 6 en 11 van verordening nr. 1049/2001.

133. Het spreekt voor zich dat een beslissing over de overlegging van bewijs in het kader van een gerechtelijke procedure een ander soort analyse vereist. De bewijsregels zijn bedoeld om te bepalen welke informatiebronnen de rechter al dan niet in aanmerking mag nemen om de relevante feiten vast te stellen bij de beslechting van een geschil. Het is niet gemakkelijk om goede redenen te vinden waarom de rechterlijke instanties van de Unie bepaalde (mogelijk relevante) informatiebronnen buiten beschouwing zouden moeten laten, waarbij het risico op gerechtelijke fouten zou toenemen.

134. Dit betekent uiteraard niet dat de noodzaak om een bepaald specifiek belang te beschermen in bepaalde gevallen geen grond kan vormen voor de weigering om door de partijen overgelegd bewijs toe te laten, ongeacht de relevantie ervan. De rechtspraak verschaft immers enkele voorbeelden van situaties waarin de Unierechters uitzonderingen op het beginsel van de vrije overlegging van bewijs hebben aanvaard. Ter illustratie kunnen drie voorbeelden worden genoemd.

135. Ten eerste mag een partij uiteraard niet een gerechtelijke procedure gebruiken om de regels inzake de *toegang tot documenten* te „omzeilen”. Dit zou echter het geval zijn indien een partij onder valse voorwendselen een geding inleidt met het specifieke doel om toegang te verkrijgen tot documenten die normaal gesproken vertrouwelijk zijn.⁷⁹ Het is ook mogelijk dat een partij, in het kader van een echt geschil, toegang vraagt tot een bij een instelling van de Unie berustend vertrouwelijk document waarvan de openbaarmaking in feite afbreuk kan doen aan het vermogen van deze instelling om haar taken buiten de rechtszaal uit te voeren.

136. Ten tweede kan ook de noodzaak om de interne beraadslagingen van de Unie of van de nationale instellingen – met name hun vermogen om *juridisch advies in te winnen* en om openhartig, objectief en uitgebreid advies te verkrijgen – te beschermen, rechtvaardigen dat een aantal beperkingen wordt opgelegd aan het vermogen van de partijen om documenten over te leggen die niet openbaar zijn gemaakt en die ook niet bedoeld zijn om openbaar te worden gemaakt.⁸⁰ Juridische adviseurs zouden immers kunnen aarzelen om gedetailleerd schriftelijk advies te verstrekken indien zij zich ervan bewust zijn dat de instelling van de Unie er uiteindelijk voor kan kiezen om dit advies niet op te volgen, en zij later in een rechtszaal met hun eigen advies kunnen worden geconfronteerd wanneer zij het besluit van deze instelling verdedigen.

137. Ten derde kunnen er zich situaties voordoen waarin bepaalde documenten gevoelige informatie bevatten, zoals *gevoelige persoonsgegevens*, die bij vrijgave het privé- of beroepsleven van een bepaalde particulier kunnen schaden. Mutatis mutandis kan zich een vergelijkbare situatie voordoen met betrekking tot *zakengeheimen*. In die gevallen moeten de rechterlijke instanties van de Unie mogelijk een afweging maken tussen het belang van een partij bij het overleggen (of verkrijgen) van het bewijs dat zij nodig heeft om haar recht op een doeltreffende voorziening in rechte naar behoren te kunnen uitoefenen, enerzijds, en de nadelen die de openbaarmaking van dit bewijs wellicht zal meebrengen voor de persoonlijke levenssfeer van een particulier of andere beschermde belangen, anderzijds.⁸¹

⁷⁹ Zie punt 128 van de bestreden beschikking en aldaar aangehaalde rechtspraak.

⁸⁰ Zie onder meer beschikkingen van 23 oktober 2002, Oostenrijk/Raad (C-445/00, EU:C:2002:607, punten 12 en 13), en 23 maart 2007, Stadtgemeinde Frohnleiten en Gemeindebetriebe Frohnleiten (C-221/06, EU:C:2007:185, punten 20-22), en arrest van 31 januari 2020, Slovenië/Kroatië (C-457/18, EU:C:2020:65, punt 70).

⁸¹ Zie bijvoorbeeld arrest van 23 september 2015, Cerafogli/ECB (T-114/13 P, EU:T:2015:678, punt 43).

138. In alle bovengenoemde situaties moet de betrokken Unierechter de concurrerende belangen in kwestie tegen elkaar afwegen teneinde te beslissen over de ontvankelijkheid van het document. Dit betekent dat moet worden nagegaan wat de waarschijnlijke gevolgen zijn van respectievelijk de ontvankelijkheid en de niet-ontvankelijkheid van het document.⁸² Enerzijds moet de Unierechter vaststellen of de belangen die voor de niet-openbaarmaking pleiten, reëel zijn en bescherming rechtvaardigen, en moet hij de aard en de omvang inschatten van de schade die zou kunnen ontstaan, indien de overlegging van het document wordt toegestaan.⁸³ Anderzijds moet deze rechter beoordelen of en in welke mate de rol van het document als „toetssteen voor de feiten” kan worden aangetast indien het document niet wordt overgelegd: is het document in kwestie mogelijk belangrijk, of zelfs beslissend, om bepaalde feiten vast te stellen, of is het niet meer dan een van de verschillende documenten die daartoe van nut kunnen zijn?⁸⁴ Is er daarnaast enig ander „gerechtelijk” belang, zoals de proceseconomie, het eerlijke verloop van de procedure of de eerbiediging van de rechten van de verdediging, dat naargelang van de omstandigheden pleit voor het al dan niet aanvaarden van bepaalde documenten?⁸⁵

139. Het moet echter duidelijk worden benadrukt dat de regels inzake de overlegging van bewijs in het kader van een gerechtelijke procedure en de regels van verordening nr. 1049/2001 elkaar qua uitgangspunt in beperkte mate overlappen, namelijk de aard van de belangen die kunnen worden afgewogen tegen de openbaarmaking. Wat de afweging zelf betreft, en vooral wat de waarschijnlijke uitkomst ervan betreft, zijn de respectievelijk genoemde regels daarentegen zeer verschillend. Het is in feite zeer waarschijnlijk dat, met betrekking tot een groot aantal documenten, de bescherming van bepaalde belangen een grond kan vormen voor de afwijzing van een verzoek om toegang tot documenten in de zin van verordening nr. 1049/2001, terwijl diezelfde redenen niet zouden volstaan als grond voor verwijdering uit het dossier in een geding voor de rechterlijke instanties van de Unie.⁸⁶

140. Was dit niet het geval, dan zou de de-factosamenvoeging van beide regelingen op zijn zachtst gezegd tot een aantal zeer twijfelachtige resultaten leiden. Ten eerste zou de enige rechterlijke instantie die bevoegd is om volledig toezicht te houden op de instellingen van de Unie, bij het uitvoeren van die taak hetzelfde niveau van toegang tot informatie hebben als een willekeurige particulier. Ten tweede zou de beslissing over de ontvankelijkheid van bewijs voor de rechterlijke instanties van de Unie in hoge mate daadwerkelijk worden overgelaten aan de instellingen van de Unie, die zelf de documenten zouden selecteren die zij willen laten toetsen. Ten derde zou al het voorgaande als ongelukkig gevolg hebben dat het Hof een partij die normaliter een onbelemmerd recht zou hebben om vrijuit tot het Hof te spreken, gedeeltelijk of volledig het stilzwijgen zou opleggen, mogelijk ten nadele van het recht van die partij om te worden gehoord krachtens artikel 47 van het Handvest.

⁸² Zie in dit verband, in het algemeen, Barents, R., *Remedies and Procedures Before the EU Courts*, 2e druk, Wolters Kluwer, 2020, blz. 651 en 652.

⁸³ Zie bijvoorbeeld arrest van 12 mei 2015, Dalli/Commissie (T-562/12, EU:T:2015:270, punten 50-53).

⁸⁴ Zie in die zin beschikking van 13 februari 2014, Commissie/Raad (C-425/13, niet gepubliceerd, EU:C:2014:91, punten 22-24), en arresten van 6 maart 2001, Dunnett e.a./EIB (T-192/99, EU:T:2001:7, punten 33 en 34); 11 juli 2014, Esso e.a./Commissie (T-540/08, EU:T:2014:630, punt 61), en 12 mei 2015, Dalli/Commissie (T-562/12, EU:T:2015:270, punt 51).

⁸⁵ Zie bijvoorbeeld arresten van 11 juli 2014, Esso e.a./Commissie (T-540/08, EU:T:2014:630, punt 62), en 4 juli 2017, European Dynamics Luxembourg e.a./Spoorwegbureau van de Europese Unie (T-392/15, EU:T:2017:462, punten 52-56), en beschikking van 25 februari 2015, BPC Lux 2 e.a./Commissie (T-812/14 R, niet gepubliceerd, EU:T:2015:119, punt 14).

⁸⁶ Zie in die zin arrest van 21 juli 2011, Zweden/MyTravel en Commissie (C-506/08 P, EU:C:2011:496, punt 118). Zie ook, naar analogie, conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Dragnea/Commissie (C-351/20 P, EU:C:2021:625, punt 92).

141. Al het voorgaande is, naar mijn mening, ook gelet op de nieuwe maatschappelijke realiteit op het gebied van de verspreiding van en de toegang tot informatie⁸⁷, niet bevorderlijk voor de werking en het imago van het Hof. Steeds vaker worden de rechterlijke instanties van de Unie door de andere instellingen van de Unie gevraagd om op te treden in een nogal vreemde poppenkast, waarbij iedereen behalve de rechter daadwerkelijk op de hoogte is van het geheim van Jan Klaassen, of beter gezegd, waarbij de rechter de enige is die gezworen heeft dit geheim niet te verklappen. Met alle respect en genegenheid voor de poppenkast, dit kan voor geen enkele rechter een gezonde rol zijn.

142. Kortom, de ontvankelijkheid van het bewijs in een gerechtelijke procedure hangt uitsluitend af van de relevante omstandigheden van het geval. De rechterlijke instanties van de Unie zijn niet aan starre regels gebonden en kunnen vrijelijk bepalen of een document relevant is en of er, los daarvan, specifieke omstandigheden zijn die tegen de overlegging ervan pleiten. Zoals het Hof onlangs heeft geoordeeld, „is de beoordeling van bewijs niet het resultaat van een abstracte analyse, maar eerder van een onderzoek van de feiten en omstandigheden van geval tot geval.”⁸⁸

143. In dit verband moet ook in aanmerking worden genomen dat het Hof weliswaar ambtshalve de ontvankelijkheid van bewijs aan de orde kan stellen, maar dat het normaliter aan de partij is die zich tegen de overlegging van een document verzet, om het Hof duidelijk en gedetailleerd⁸⁹, en tijdig⁹⁰, uit te leggen hoe het ingeroepen belang concreet zou worden geschaad door een openbaarmaking. Vage of algemene verklaringen dienaangaande zijn niet voldoende.⁹¹

c) Verschillende gevolgen in het geval van de overlegging van bewijs enerzijds, en toegang tot documenten anderzijds

144. Op dit punt wordt het belangrijk te wijzen op een ander aspect dat de regeling inzake de toegang tot documenten onderscheidt van de regeling inzake de overlegging van bewijs aan de rechterlijke instanties van de Unie. Het betreft de mogelijke *gevolgen* van de „bekendmaking” van de betrokken documenten. In tegenstelling tot de inderdaad zeer binaire uitkomst overeenkomstig verordening nr. 1049/2001 (toegang wordt wel of niet verleend), bieden de procedures voor de Unierechters andere, veel evenrediger oplossingen dan de volledige verwijdering van een document uit het dossier.

145. Een instelling van de Unie kan de verspreiding van een document waartoe zij op grond van verordening nr. 1049/2001 toegang heeft verleend, niet langer controleren of beperken. In de rechtsorde van de Unie bestaan er daarentegen specifieke regels om de vertrouwelijkheid te waarborgen van documenten en informatie die door de partijen in het kader van een gerechtelijke procedure zijn overgelegd.⁹² Met name zorgen ad-hocregels betreffende de toegang

⁸⁷ Met name verschijnen steeds meer documenten op een of andere wijze in het publieke domein, zonder dat dit kan worden toegeschreven aan de partij die zich later op een document wil beroepen.

⁸⁸ Beschikking van 12 juni 2019, OY/Commissie (C-816/18 P, niet gepubliceerd, EU:C:2019:486, punt 7).

⁸⁹ Zie in dit verband arrest van 8 november 2000, Ghignone e.a./Raad (T-44/97, EU:T:2000:258, punt 45), en naar analogie arrest van 21 juli 2011, Zweden/MyTravel en Commissie (C-506/08 P, EU:C:2011:496, punt 115).

⁹⁰ Zie in die zin arrest van 24 september 2002, Falck en Acciaierie di Bolzano/Commissie (C-74/00 P en C-75/00 P, EU:C:2002:524, punten 60 en 61).

⁹¹ Zie naar analogie arrest van 21 juli 2011, Zweden/MyTravel en Commissie (C-506/08 P, EU:C:2011:496, punt 116 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁹² Zie ten eerste artikel 15, lid 3, VWEU.

tot de procesdossiers⁹³ ervoor dat vertrouwelijke informatie niet wordt weergegeven in de documenten waartoe het publiek toegang heeft⁹⁴, en maken zij het mogelijk vertrouwelijke informatie uit te sluiten van de betekening of de kennisgeving aan de andere partijen.⁹⁵

146. In dit verband mag niet uit het oog worden verloren dat de rechterlijke instanties van de Unie beschikken over een verscheidenheid aan instrumenten die kunnen worden gebruikt om tegemoet te komen aan de noodzaak om de vertrouwelijkheid van in het kader van een gerechtelijke procedure overgelegde documenten (of delen ervan) te beschermen ten overstaan van de andere partijen, terwijl tegelijk de rechten van verdediging van alle partijen worden geëerbiedigd. Zo hebben de Unierechters in bepaalde gevallen een partij verzocht om een niet-vertrouwelijke versie van de betrokken documenten of een samenvatting ervan over te leggen, zodat deze documenten aan de andere partijen konden worden meegedeeld.⁹⁶ Bovendien kunnen de Unierechters in uitzonderlijke situaties beslissen dat alleen de raadslieden van de partijen toegang krijgen tot bepaalde bewijsstukken⁹⁷ of, in extreme gevallen, dat de andere partijen in de procedure geen toegang krijgen tot bepaalde documenten.⁹⁸

147. In zekere zin zou elk van deze mogelijke oplossingen nog steeds evenrediger en respectvoller zijn – niet alleen ten aanzien van de rechten van de partijen krachtens artikel 47 van het Handvest, maar ook ten aanzien van de rol van de rechterlijke instanties van de Unie – dan een botte uitsluiting van het overgelegde bewijs. Hieruit blijkt eens te meer dat de rechterlijke instanties van de Unie niet zonder meer en bloc de regels inzake de toegang tot documenten kunnen „lenen” en deze gebruiken alsof zij ook op de overlegging van bewijs aan hen van toepassing zijn. In omstandigheden waarin er gegronde redenen zijn om bepaalde documenten (geheel of ten dele) vertrouwelijk te houden ten aanzien van het algemene publiek of zelfs ten aanzien van de partijen, kunnen de rechterlijke instanties van de Unie inderdaad verschillende maatregelen vaststellen om deze vertrouwelijkheid te waarborgen, terwijl het tegelijk voor een partij mogelijk wordt gemaakt om het door haar relevant geachte bewijs over te leggen.

148. Na deze uiteenzetting zal ik thans nagaan of de door het Gerecht in de onderhavige zaak gemaakte beoordeling met betrekking tot de ontvankelijkheid van de betrokken bijlagen in overeenstemming is met de hierboven uiteengezette beginselen.

d) Onjuiste rechtsopvattingen betreffende de overlegging van bewijs

149. Ik ben van mening dat rekwirantes tweede middel in beginsel gegrond is.

⁹³ Zie met name artikel 38 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht en artikel 22, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof.

⁹⁴ Zie met name artikel 66 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht. Zie ook arrest van 1 juli 2010, AstraZeneca/Commissie (T-321/05, EU:T:2010:266, punt 25).

⁹⁵ Zie met name artikel 68, lid 4, en de artikelen 103, 104 en 144 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, en artikel 131, leden 2 tot en met 4, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof. Zie ook arrest van 12 mei 2010, Commissie/Meierhofer (T-560/08 P, EU:T:2010:192, punt 72 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁹⁶ Zie bijvoorbeeld arrest van 12 mei 2011, Missir Mamachi di Lusignano/Commissie (F-50/09, EU:F:2011:55, punt 156).

⁹⁷ Zie arrest van 10 april 2019, Jindal Saw en Jindal Saw Italia/Commissie (T-301/16, EU:T:2019:234, punten 48-51).

⁹⁸ Zie artikel 105, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, en artikel 190 bis van het Reglement voor de procesvoering van het Hof. Zie ook besluit (EU) 2016/2386 van het [Hof] van 20 september 2016 betreffende de beveiligingsvoorschriften die van toepassing zijn op de inlichtingen of stukken die aan het Gerecht worden overgelegd op grond van artikel 105 van zijn Reglement voor de procesvoering (PB 2016, L 355, blz. 5), en besluit (EU) 2016/2387 van het Gerecht van 14 september 2016 betreffende de beveiligingsvoorschriften die van toepassing zijn op de inlichtingen of stukken die op grond van artikel 105, lid 1 of lid 2, van het Reglement voor de procesvoering worden overgelegd (PB 2016, L 355, blz. 18).

150. In punt 39 van de bestreden beschikking heeft het Gerecht (terecht) vastgesteld dat verordening nr. 1049/2001 *een indicatieve waarde* kan hebben. Vervolgens heeft het deze regels echter nogal mechanisch op de situatie toegepast, zonder rekening te houden met het feit dat het aan de orde zijnde probleem en de voor deze rechter op te lossen juridische kwestie was of de betrokken bijlagen uit het dossier moesten worden verwijderd, en niet of het publiek toegang tot deze documenten moest worden verleend.

151. Met andere woorden, nergens in de bestreden beschikking, dat wil zeggen noch in het onderdeel „Door de Raad opgeworpen procesincident”⁹⁹, noch in het onderdeel „Verzoek om een maatregel tot organisatie van de procesgang”¹⁰⁰, is er enige aanwijzing dat het Gerecht een andere beoordeling heeft uitgevoerd die welke door verordening nr. 1049/2001 wordt vereist. Het lijkt niet zo dat het Gerecht rekening heeft gehouden met de verschillende waarden die ten grondslag liggen aan de ontvankelijkheid van bewijs voor de rechterlijke instanties van de Unie (of dat het een afweging heeft gemaakt).

152. Om te beginnen heeft het Gerecht de belangen vastgesteld waarvan de bescherming een reden kan vormen voor verwijdering uit het dossier op basis van artikel 4, leden 1, 2 en 3, van verordening nr. 1049/2001. Het Gerecht heeft met name verwezen naar de noodzaak om i) ervoor te zorgen dat de instellingen van de Unie eerlijke, objectieve en volledige adviezen ontvangen¹⁰¹, ii) te voorkomen dat de regels inzake de toegang van het publiek tot documenten worden omzeild¹⁰², en iii) de internationale betrekkingen van de Europese Unie niet te ondermijnen¹⁰³. In dit opzicht ben ik het met het Gerecht eens dat diezelfde belangen in beginsel ook een rechtvaardiging kunnen vormen voor een weigering van de rechterlijke instanties van de Unie om bepaalde documenten als bewijs te aanvaarden.

153. De wijze waarop het Gerecht vervolgens heeft beoordeeld of en hoe die belangen in casu zouden kunnen worden geschaad indien de betrokken bijlagen in het dossier werden bewaard, overtuigt daarentegen niet. Bij dit onderzoek heeft het Gerecht geen rekening gehouden met eventuele „binnengerechtelijke” belangen die deze rechter mogelijkerwijs gronden hadden kunnen verschaffen om het verzoek van de Raad af te wijzen. Dit is derhalve de context waarin het Gerecht, door blind te vertrouwen op het bepaalde in verordening nr. 1049/2001, blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. De volgende aspecten zijn in dit verband bijzonder illustratief.

154. Ten eerste is geen rekening gehouden met de eventuele noodzaak voor het Gerecht zelf om toegang te hebben tot de betrokken documenten teneinde zich met kennis van zaken een oordeel te vormen over de gestelde feiten¹⁰⁴, noch met de beperking van rekwirantes recht van verdediging (waaronder haar vrijheid om bewijs over te leggen) die zou voortvloeien uit een eventuele verwijdering van de betrokken bijlagen uit het dossier. Deze afwezigheid is des te verrassender daar rekwirante had aangevoerd dat bepaalde van de betrokken bijlagen „beslissend” waren om een van haar argumenten te bewijzen.

⁹⁹ Dit onderdeel bestaat uit enkele „overwegingen vooraf”, waarin het Gerecht het toepasselijke rechtskader heeft willen vaststellen (punten 38-46) en uit drie specifieke secties waarin het dit kader dan heeft toegepast om de ontvankelijkheid te onderzoeken van de verschillende documenten waarop het verzoek van de Raad betrekking heeft (punten 47-56 voor het eerste, punten 57-64 voor het tweede en punten 65-68 voor het derde litigieuze document).

¹⁰⁰ Punten 125-135 van de bestreden beschikking.

¹⁰¹ Punten 40, 52 en 55 van de bestreden beschikking.

¹⁰² Punt 51 van de bestreden beschikking.

¹⁰³ Punten 41, 42 en 135 van de bestreden beschikking.

¹⁰⁴ Een korte overweging dienaangaande kan wellicht als „impliciet” worden beschouwd in punt 129 van de bestreden beschikking met betrekking tot de niet-geredigeerde Duitsland-documenten.

155. Ten tweede vloeit de gestelde aantasting van de door de Raad ingeroepen belangen, volgens het Gerecht, voort uit het enkele feit dat de betrokken bijlagen in het dossier konden worden bewaard en door het Gerecht konden worden onderzocht. Het Gerecht heeft niet geëist dat de Raad in detail zou uiteenzetten, laat staan genoegzaam zou aantonen, op welke wijze en in welke mate de ingeroepen belangen concreet konden worden geschaad.

156. Zelfs indien ervan zou worden uitgegaan dat louter veronderstellingen vanwege het Gerecht kunnen volstaan met betrekking tot de noodzaak om te voorkomen dat de regels inzake de toegang tot documenten¹⁰⁵ en inzake de bescherming van juridisch advies worden omzeild (*quod non*)¹⁰⁶, kan hetzelfde moeilijk worden gezegd van dergelijke veronderstellingen met betrekking tot de bescherming van de internationale betrekkingen van de Europese Unie. Het Gerecht blijkt over het hoofd te zien dat rekwirante reeds in het bezit is van de betrokken bijlagen en ze dus naar eigen goedgevoelen in andere fora kan gebruiken. Hoe dan ook, ook al bestaat er mogelijkwelks een risico dat de betrokken bijlagen het strategische doel van de Europese Unie in toekomstige onderhandelingen met Rusland onthullen, waardoor het vermogen van de instellingen van de Unie om een bevredigende overeenkomst te sluiten wordt ondermijnd indien de betreffende documenten openbaar worden gemaakt, dit betekent zeker niet dat een dergelijk risico zou ontstaan als gevolg van de overlegging van deze documenten in een gerechtelijke procedure.

157. Bovendien kan de verklaring van het Gerecht dat de openbaarmaking van de inhoud van de niet-gereedige Duitsland-documenten in de onderhavige procedure, de bescherming van de internationale betrekkingen van de Europese Unie kan ondermijnen, evenmin als juist worden beschouwd.¹⁰⁷ Om te beginnen wordt noch in de bestreden beschikking, noch in het betoog van verweerders en interveniënten, duidelijk uiteengezet waarom de krachtens artikel 26 van het Verdrag inzake het Energiehandvest¹⁰⁸ door rekwirante (een particuliere investeerder) tegen de Europese Unie ingeleide arbitrageprocedure betrekking zou moeten hebben op internationale relaties *stricto sensu* (te weten relaties tussen de Europese Unie en derde landen, internationale organisaties of soortgelijke entiteiten). Op het eerste gezicht gaat het hier om een particulier geschil.

158. Bovendien betekent het loutere feit dat de rechterlijke instanties van de Unie deze documenten hebben kunnen onderzoeken, niet dat er automatisch „legitimiteit aan wordt verleend”. Dit zou alleen het geval zijn indien het Gerecht zich op die documenten zou *beroepen* en de inhoud ervan zou onderschrijven.

159. Bovendien, en dit is vrij belangrijk, er is iets intrinsiek betwistbaars aan de opvatting dat de bepalingen inzake transparantie en openheid van verordening nr. 1049/2001 een regeling vormen op grond waarvan de instellingen openbaarmaking kunnen weigeren telkens wanneer er sprake is van een document dat mogelijkwelks in een procedure tegen de Europese Unie kan worden gebruikt. Een van de doelstellingen van deze regelgeving is precies om publiek toezicht op het optreden van de instellingen van de Unie mogelijk te maken. Dit moet des te meer gelden voor regels inzake de overlegging van bewijs, regels waarvan moeilijk kan worden aangenomen dat zij een (publieke) partij bevoordelen ten opzichte van een andere (private) partij.

¹⁰⁵ Zie met name punt 51 van de bestreden beschikking.

¹⁰⁶ Zie met name punt 52 van de bestreden beschikking.

¹⁰⁷ Punt 135 van de bestreden beschikking.

¹⁰⁸ De arbitrageprocedure is op 26 september 2019 ingeleid op grond van artikel 26, lid 4, onder b), van het Verdrag inzake het Energiehandvest en artikel 3 van de Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (Uncitral) 1976 (arbitrageregels van de Commissie van de Verenigde Naties voor internationaal handelsrecht 1976).

160. Ten derde heeft het Gerecht bij de *concrete* beoordeling van de vraag of een uitzondering (verwijdering uit het dossier van de betrokken bijlagen) op de regel (ontvankelijkheid van het bewijs) moet worden gemaakt, in wezen de bepalingen van en de rechtspraak over verordening nr. 1049/2001 toegepast. De redenering die het Gerecht met betrekking tot de verwijdering van de aanbeveling heeft gevolgd, is bijzonder veelzeggend voor deze benadering. De motivering betreft alleen de openbaarmaking van het document aan het publiek, en niet de verwijdering uit het dossier. Aangezien de weigering om het document openbaar te maken, gerechtvaardigd was bevonden, volgde hieruit volgens het Gerecht *onvermijdelijk* dat ook de overlegging van dit document in het kader van een gerechtelijke procedure moest worden uitgesloten.¹⁰⁹ Evenzo was de verwijdering van de niet-gereedigde Duitsland-documenten uit het dossier uitsluitend gebaseerd op de gestelde nadelige gevolgen die de openbaarmaking van deze documenten in het kader van de procedure zou kunnen hebben voor de bescherming van de internationale betrekkingen van de Europese Unie „in de zin van artikel 4, lid 1, van verordening nr. 1049/2001”¹¹⁰. Zoals uiteengezet in punt 139 hierboven, kan dit niet juist zijn.

161. Ten vierde is dezelfde problematische benadering gevolgd in het enige geval waarin het Gerecht, na te hebben geconcludeerd dat de overlegging van de betrokken bijlagen de door de Raad ingeroepen openbare belangen daadwerkelijk kon schaden, wilde beoordelen of er redenen bestonden die niettemin konden rechtvaardigen dat *de documenten in het dossier werden bewaard*. In punt 54 van de bestreden beschikking heeft het Gerecht in wezen van rekwirante geëist dat zij bewijs zou overleggen van het bestaan van een „hoger openbaar belang” dat rechtvaardigde dat het eerste litigieuze document deel bleef uitmaken van het dossier. Het Gerecht heeft, bij gebreke van een dergelijk hoger openbaar belang, geconcludeerd dat rekwirantes recht om bewijs over te leggen, geen bescherming verdiende aangezien rekwirante slechts haar eigen particuliere belang nastreefde.

162. Het vereiste om een „hoger openbaar belang” aan te tonen is weliswaar redelijk in het kader van een beoordeling van de vraag of een document door een instelling al dan niet openbaar moet worden gemaakt, maar heeft geen zin in het kader van een gerechtelijke procedure. Een particuliere verzoeker die een gerechtelijke procedure inleidt, streeft daarbij per definitie zijn eigen particuliere belang na.¹¹¹ Het zou nauwelijks verenigbaar zijn met het beginsel van gelijkheid voor de wet indien verzoekers die een procedure inleiden voor „nobe” doelen¹¹², sterkere procedurele rechten en waarborgen zouden genieten dan verzoekers die een procedure inleiden voor hun eigen particuliere belangen.

163. Zelfs indien de problematische redenering van het Gerecht wordt gevolgd, is het hoe dan ook niet moeilijk om bepaalde belangrijke openbare belangen vast te stellen die beter worden gediend door een rechter die alle relevante documenten kan onderzoeken. Zo zijn beter geïnformeerde rechters doeltreffender om een goede rechtsbedeling te waarborgen (aangezien de kans kleiner is dat zij bepaalde juridische fouten zullen maken) en om de rechtsstaat te versterken (door de

¹⁰⁹ Punten 57-63 van de bestreden beschikking. Punt 63 is in dit opzicht bijzonder veelzeggend. Het Gerecht besluit de analyse namelijk door te stellen dat „de Raad terecht stelt dat de *openbaarmaking* van dat document concreet en daadwerkelijk afbreuk zou doen aan de bescherming van het openbaar belang wat betreft de internationale betrekkingen in de zin van artikel 4, lid 1, van verordening nr. 1049/2001 [...] hetgeen *als zodanig* rechtvaardigt dat dat document uit het dossier wordt verwijderd, zonder dat een afweging hoeft te worden gemaakt tussen de bescherming van dat openbare belang en een hoger algemeen belang”. *Cursivering van mij*.

¹¹⁰ Punt 135 van de bestreden beschikking.

¹¹¹ Ik hoef er in dit verband nauwelijks op te wijzen dat een van de vereisten voor de procesbevoegdheid van particuliere verzoekers juist het bestaan van procesbelang is.

¹¹² Zonder zelfs maar in te gaan op de vraag wie in een positie zou zijn om te beslissen (en hoe hij dit zou moeten doen) wat een nobel doel is dat speciale rechten verdient, en wat gewoon normaal individueel egoïsme is.

rechtsorde van de Europese Unie te zuiveren van mogelijk onrechtmatige handelingen). Het lijkt mij dat deze belangen inherent zijn aan alle gerechtelijke procedures, niet alleen die welke door „barmhartige Samaritanen” worden ingeleid.¹¹³

164. Ten slotte heeft het Gerecht op dit punt evenmin rekening gehouden met het feit dat ten minste een aantal van de betrokken bijlagen (de niet-geredigeerde Duitsland-documenten) betrekking hebben op een wetgevingsprocedure die volgens de rechtspraak een grotere transparantie en dus ruimere toegang vereist.¹¹⁴ In punt 131 van de bestreden beschikking heeft het Gerecht dit feit erkend, maar heeft dan vervolgens niet beoordeeld of dit feit in het onderhavige geval enig gevolg kan hebben.

165. Ten vijfde is dezelfde onjuiste benadering van het Gerecht ook terug te vinden in de passages waarin deze rechter het *bewijs* heeft beoordeeld dat door partijen ter staving van hun argumenten inzake ontvankelijkheid is overgelegd. In punt 53 van de bestreden beschikking heeft het Gerecht aanvaard dat een partij, namelijk de Raad, haar argumenten inzake de noodzaak om een document uit het dossier te verwijderen, had onderbouwd *door haar eigen besluit over te leggen waarbij zij de toegang tot dit document had geweigerd*.

166. Ik suggereer uiteraard niet dat het besluit van de Raad in dit verband niet relevant kan zijn. Het kan echter zeker niet, zoals het Gerecht blijkt te hebben geoordeeld, *beslissend* zijn. Dat document gaf enkel het standpunt van de auteur ervan (dezelfde partij die het als bewijs had overgelegd) weer over een verwante, maar, zoals vermeld, niet identieke kwestie: de niet-toegankelijkheid van het document krachtens verordening nr. 1049/2001. Maar nogmaals: zoals vermeld in punt 139 hierboven, leidt zelfs een legitiem besluit tot niet-openbaarmaking op grond van verordening nr. 1049/2001 niet automatisch tot niet-ontvankelijkheid van het betrokken document als bewijs voor de rechterlijke instanties van de Unie.

167. Bovendien zou instemming met de benadering van het Gerecht in de praktijk betekenen dat de verwerende instelling zelf het toelaatbare bewijs mag selecteren.¹¹⁵ Door een document op grond van verordening nr. 1049/2001 niet openbaar te maken, zou een instelling in staat zijn om het bewijs te kiezen dat kan worden gebruikt door een partij die haar handeling voor de Unierechter wil aanvechten. Dat is bijzonder problematisch vanuit het oogpunt van de beginselen van „equality of arms” en effectieve rechterlijke toetsing.

168. Verder is het zo dat, in het algemeen, interne documenten van de instellingen die juridisch advies bevatten alleen mogen worden overgelegd mits daartoe toestemming is verleend door de betrokken instelling of dit is gelast door de betrokken rechterlijke instantie van de Unie.¹¹⁶ Volgens vaste rechtspraak is het echter ook zo dat in bepaalde gevallen zelfs vertrouwelijke of interne documenten van de instellingen van de Unie, ondanks verzet van de betrokken instelling,

¹¹³ Volledigheidshalve kan hieraan worden toegevoegd dat de rechtspraak waarnaar het Gerecht in dit verband heeft verwezen, betrekking had op verschillende soorten beroepen en (ten dele) ook op verschillende soorten documenten. Beide op het einde van punt 54 van de bestreden beschikking aangehaalde beslissingen zijn gegeven in geschillen tussen geprivilegieerde verzoekers, die zich krachtens de regels van de Verdragen en het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie per definitie in een andere positie bevinden dan particuliere verzoekers (zoals rekwirante in de onderhavige procedure).

¹¹⁴ Zie met name overweging 6 van verordening nr. 1049/2001. Zie ook arresten van 1 juli 2008, Zweden en Turco/Raad (C-39/05 P en C-52/05 P, EU:C:2008:374, punten 45-47), en 4 september 2018, ClientEarth/Commissie (C-57/16 P, EU:C:2018:660, punten 84-95).

¹¹⁵ Zie reeds hierboven punt 140 van deze conclusie.

¹¹⁶ Zie onder meer beschikkingen van 23 oktober 2002, Oostenrijk/Raad (C-445/00, EU:C:2002:607, punt 12), en 14 mei 2019, Hongarije/Parlement (C-650/18, niet gepubliceerd, EU:C:2019:438, punt 8).

rechtmatig deel mogen uitmaken van het dossier van een zaak.¹¹⁷ Er kunnen zich inderdaad omstandigheden voordoen waarin de onrechtmatigheid van een bepaalde handeling van de Unie alleen kan worden bewezen op grond van interne of vertrouwelijke documenten.¹¹⁸ Het Gerecht heeft deze laatste rechtspraak en de ermee verband houdende argumenten van rekwirante eenvoudigweg „genegeerd”.

169. De fout met betrekking tot het vereiste dat de partijen hun argumenten moeten staven, is nog opvallender wat betreft de beoordeling van de niet-gereedige Duitsland-documenten, die niet zijn opgesteld door de instellingen van de Europese Unie, maar (vermoedelijk) door de Duitse regering. Het Gerecht heeft het verzoek van de Raad gevolgd en heeft op basis van maar twee veronderstellingen de verwijdering van deze documenten uit het dossier gelast. Ten eerste heeft het Gerecht aangenomen dat de documenten betrouwbaar waren, zonder zelfs maar hiervan bevestiging van de Duitse regering te vragen.¹¹⁹ Ten tweede is het Gerecht ervan uitgegaan dat rekwirante deze documenten op onrechtmatige wijze had verkregen, alleen maar omdat zij geen bewijs had geleverd dat zij de documenten op rechtmatige wijze in haar bezit had gekregen, ook al had zij ontkend een overtreding te hebben begaan.¹²⁰ Overeenkomstig de algemene beginselen inzake de bewijslast stond het evenwel aan de Raad om zijn beweringen met bewijzen te staven.

170. Als conclusie moet derhalve worden gesteld dat ook rekwirantes tweede middel gegrond is. Het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door bij de toetsing van de ontvankelijkheid van de betrokken bijlagen een verkeerd analytisch kader toe te passen.

171. Het Gerecht heeft in wezen de in verordening nr. 1049/2001 neergelegde regels en methode toegepast om de ontvankelijkheid van de betrokken bijlagen te beoordelen. In plaats van zich in voorkomend geval louter door deze regels te laten inspireren, heeft het Gerecht de overlegging door rekwirante van de betrokken bijlagen eenvoudigweg behandeld *alsof* het een verzoek om toegang tot documenten op grond van verordening nr. 1049/2001 betrof. De duidelijke verschillen tussen de twee kaders zijn kennelijk niet in aanmerking genomen. Evenmin is rekening gehouden met mogelijke „binnengerechtigde” belangen die hadden kunnen rechtvaardigen dat deze documenten in het dossier werden bewaard. Door zo te handelen (of beter gezegd, door dit na te laten), heeft het Gerecht bovenvermelde beginselen inzake de overlegging van bewijs onjuist uitgelegd en toegepast, in strijd met vaste rechtspraak.

172. Derhalve moet de bestreden beschikking eveneens worden vernietigd voor zover het Gerecht de verwijdering van de betrokken bijlagen uit het dossier heeft gelast en heeft beslist dat er geen rekening diende te worden gehouden met de passages uit het betoog waarin fragmenten uit die documenten zijn overgenomen (punten 1 en 3 van het dictum).

¹¹⁷ Zie in die zin arrest van 8 november 2018, QB/ECB (T-827/16, EU:T:2018:756, punt 65 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook arrest van 3 oktober 1985, Commissie/Tordeur (C-232/84, EU:C:1985:392), en beschikking van 15 oktober 1986, LAISA/Raad (31/86, niet gepubliceerd).

¹¹⁸ Dit kan het geval zijn wanneer rechtsoverredingen worden ingesteld wegens machtsmisbruik, of naar aanleiding van lekken door klokkenluiders, of wanneer vorderingen strafrechtelijke aansprakelijkheid van sommige personeelsleden van de instellingen met zich kunnen meebrengen.

¹¹⁹ Terwijl het hiertoe, zoals vermeld in punt 116 hierboven, bevoegd was.

¹²⁰ Punten 131-135 van de bestreden beschikking.

e) Irrelevantie van de betrokken bijlagen voor de onderhavige procedure

173. Zoals in punt 25 hierboven is vermeld, heeft rekwirante de betrokken bijlagen overgelegd naar aanleiding van een maatregel tot organisatie van de procesgang die krachtens artikel 62, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof door de rechter-rapporteur en de advocaat-generaal was vastgesteld.

174. Na onderzoek van deze documenten acht ik ze niet relevant voor deze procedure in hogere voorziening.

175. Gelet op de argumenten die rekwirante zowel in eerste aanleg als in hogere voorziening heeft aangevoerd, komt het mij voor dat rekwirante met deze documenten in wezen twee doelstellingen nastreefde. Ten eerste heeft rekwirante getracht bepaalde juridische argumenten die in deze zaak zijn aangevoerd, „kracht bij te zetten”, door te wijzen op het standpunt dat bepaalde instellingen van de Unie of regeringen van lidstaten dienaangaande hebben ingenomen. Ten tweede wilde rekwirante haar bewering staven dat haar pijpleiding het voornaamste doelwit van de litigieuze handeling was.

176. Ik ben er echter niet van overtuigd dat de betrokken bijlagen het Hof in een van deze opzichten echt van nut zijn.

177. Ten eerste is de feitelijke situatie voor het Hof naar mijn mening volstrekt duidelijk en in ieder geval niet vatbaar voor een hernieuwd onderzoek in hogere voorziening. Wat eventueel in deze bijlagen opgenomen juridische argumenten betreft, geldt: *jura novit curia*. Het is aan het Hof om het recht uit te leggen. Er hoeft nauwelijks op te worden gewezen dat de door rekwirante aangevoerde juridische argumenten, zelfs die welke zij eventueel uit een ander document heeft overgenomen¹²¹, maar tot haar eigen argumenten heeft gemaakt, voor het Hof niet geloofwaardiger worden door het enkele feit dat zij ook door een instelling van de Unie of door een lidstaat zijn onderschreven of zelfs eerder zijn geuit. De vraag is veeleer of deze argumenten op zichzelf overtuigend zijn.¹²²

178. Ten tweede, wat rekwirantes voornemen betreft om haar betoog te staven dat zij door de litigieuze handeling „individueel wordt geraakt”, meen ik dat het Hof dienaangaande over voldoende informatie en bewijs beschikt in het dossier van de zaak. Zoals ik in het volgende deel zal uiteenzetten, ben ik van mening dat rekwirante door de litigieuze handeling inderdaad rechtstreeks en individueel wordt geraakt. De voor deze conclusie noodzakelijke informatie bevindt zich immers reeds in het dossier van de zaak of in het publieke domein.

179. Om deze redenen acht ik het niet nodig dat het Hof onderzoekt of de betrokken bijlagen, na toepassing van een correct rechtskader, al dan niet als ontvankelijk moeten worden beschouwd. In het kader van deze hogere voorziening zijn zij irrelevant.

¹²¹ Wat praktisch gezien mogelijk zal blijven. Ook al kan het Hof in uitzonderlijke gevallen inderdaad een bepaald document uit het dossier verwijderen, het is niet zijn taak om een censuurbureau te runnen en het betoog van een partij inhoudelijk te onderzoeken, door dubbel te controleren of een door een partij naar voren gebracht juridisch argument mogelijk reeds in een ander document was opgenomen.

¹²² De basislijn blijft dus noodzakelijkerwijs het verschil tussen een beroep op een externe autoriteit („dit is juist omdat een instelling van de Unie het heeft gezegd, en dit is waar zij het heeft gezegd”) en een op zichzelf staand argument ten gronde, dat metaforisch gezien op eigen benen staat, zonder dat een externe autoriteit hoeft te worden ingeroepen.

180. Zoals in de vorige delen van deze conclusie is uiteengezet, heeft het Gerecht bij zijn conclusie over de niet-ontvankelijkheid van de betrokken bijlagen echter een onjuiste juridische toets toegepast. Bovendien zal het Gerecht, mocht het Hof instemmen met de in deze conclusie gegeven analyse, de zaak opnieuw moeten behandelen.

181. In deze omstandigheden acht ik het tevens passend het Hof in overweging te geven de punten 1 en 3 van het dictum van de bestreden beschikking te vernietigen. Dit zou het Gerecht in staat moeten stellen om in voorkomend geval, de ontvankelijkheid van deze bijlagen als bewijs opnieuw en specifiek voor dit geval te beoordelen in het licht van de voor het Gerecht aangevoerde elementen, waarbij het ditmaal de juiste maatstaf hanteert.

VI. Gevolgen van de beoordeling: uitkomst in de onderhavige zaak

182. Het eerste en het tweede middel zijn gegrond. Bijgevolg moeten de punten 1, 3 en 4 van het dictum van de bestreden beschikking worden vernietigd. Aangezien de andere onderdelen van de bestreden beschikking bijkomstig zijn, moet de bestreden beschikking naar mijn mening in haar geheel worden vernietigd.

183. Overeenkomstig artikel 61, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, kan het Hof, nadat het een beslissing van het Gerecht heeft vernietigd, de zaak voor afdoening verwijzen naar het Gerecht of, wanneer zij in staat van wijzen is, haar zelf afdoen.

184. In deze zaak ben ik van mening dat de stand van het geding het Hof toelaat een definitief standpunt in te nemen over rekwirantes procesbevoegdheid (A). In deze stand van het geding kan het Hof echter niet beslissen over de gegrondheid van het beroep (B).

A. *Individuele geraaktheid*

185. Nu ik heb geconcludeerd dat rekwirante rechtstreeks werd geraakt, moet, om definitief te kunnen beslissen over haar bevoegdheid om de litigieuze handeling aan te vechten, worden vastgesteld of zij door deze handeling ook *individueel* wordt geraakt. Hoewel het Gerecht dit punt niet heeft onderzocht, ben ik van mening dat, aangezien het een juridische kwestie betreft die bovendien weinig gecompliceerd is, het Hof zelf deze beoordeling mag uitvoeren.

186. Volgens vaste rechtspraak kunnen degenen die niet de adressaat van een handeling zijn, slechts stellen individueel te worden geraakt in de zin van artikel 263, vierde alinea, VWEU, indien deze handeling hen betreft uit hoofde van bepaalde bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie die hen ten opzichte van ieder ander karakteriseert en daardoor individualiseert op soortgelijke wijze als de adressaat.¹²³

187. Verzoekers worden in beginsel niet geacht individueel te worden geraakt door handelingen die van toepassing zijn op objectief bepaalde situaties en rechtsgevolgen hebben voor algemeen en abstract omschreven categorieën personen.¹²⁴ Verder impliceert de enkele omstandigheid dat het aantal of zelfs de identiteit van de rechtssubjecten op wie een handeling van toepassing is, meer of minder nauwkeurig kan worden bepaald, niet dat deze subjecten moeten worden geacht

¹²³ Zie onder meer arrest van 15 juli 1963, Plaumann/Commissie (25/62, EU:C:1963:17, blz. 107), en recenter arrest van 17 september 2015, Mory e.a./Commissie (C-33/14 P, EU:C:2015:609, punt 93).

¹²⁴ Zie in die zin arrest van 6 november 2018, Scuola Elementare Maria Montessori/Commissie, Commissie/Scuola Elementare Maria Montessori en Commissie/Ferracci (C-622/16 P–C 624/16 P, EU:C:2018:873, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

individueel door deze handeling te worden geraakt, wanneer deze toepasselijkheid wordt bepaald op grond van een door de betrokken maatregel omschreven objectieve feitelijke of rechtssituatie.¹²⁵

188. Het Hof heeft echter ook verduidelijkt dat het feit dat een litigieuze handeling, qua aard en draagwijdte, een algemeen of wetgevend karakter heeft, waar hij van toepassing is op alle betrokken marktdeelnemers, evenwel niet uitsluit dat hij bepaalde marktdeelnemers individueel kan raken.¹²⁶

189. Dit is het geval wanneer de verzoeker „het bestaan van een situatie [kan aantonen] die haar, wat de bestreden bepaling betreft, karakteriseert ten opzichte van iedere andere marktdeelnemer”¹²⁷. Dit betekent echter niet dat een verzoeker de enige persoon moet zijn die specifiek door de litigieuze handeling wordt geraakt opdat hij wordt geacht individueel geraakt te zijn. Het Hof heeft namelijk geoordeeld dat, wanneer een handeling „een groep personen raakt die op het tijdstip waarop deze handeling werd vastgesteld *waren geïdentificeerd of konden worden geïdentificeerd* op basis van specifieke kenmerken van de leden van deze groep, deze personen door deze handeling individueel kunnen zijn geraakt voor zover zij deel uitmaken van een *bepaalde kring* van marktdeelnemers”¹²⁸. Anders gezegd, het Hof heeft consequent aanvaard dat er sprake was van individuele geraaktheid wanneer de instellingen van de Unie, op het tijdstip dat zij de litigieuze handeling vaststelden, konden weten welke ondernemingen door de handeling specifiek zouden worden geraakt, in die zin dat het aantal ondernemingen en de identiteit ervan duidelijk konden worden vastgesteld.¹²⁹

190. In dit verband heeft het Hof bijzonder belang gehecht aan de omstandigheid dat de categorie personen waartoe een verzoeker behoort, bestaat uit een *vaststaand aantal* personen dat *na de vaststelling van de litigieuze handeling niet groter kan worden*.¹³⁰ Dit bleek met name het geval te zijn wanneer de litigieuze handeling rechten aantastte die de verzoeker vóór de vaststelling van deze handeling had verworven.¹³¹ Bovendien heeft het Hof vastgesteld dat er sprake was van individuele geraaktheid wanneer de litigieuze handeling was afgestemd op „een bepaald aantal [marktdeelnemers] die door een werkelijk of vermeend individueel gedrag [waren] geïdentificeerd”.¹³²

191. Ook andere omstandigheden kunnen echter relevant zijn onder de „Plaumann”-formule. Deze toets is weliswaar streng, maar althans op het eerste gezicht ook betrekkelijk open en flexibel. Zo heeft het Hof, teneinde te bepalen of verzoekers door een litigieuze handeling voldoende waren geïndividualiseerd, in aanmerking genomen – alleen of in combinatie met andere elementen – of i) de verzoekers hadden deelgenomen aan de procedure die tot de

¹²⁵ Zie onder meer arrest van 19 december 2013, Telefónica/Commissie (C-274/12 P, EU:C:2013:852, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

¹²⁶ Zie arrest van 17 september 2009, Commissie/Koninklijke FrieslandCampina (C-519/07 P, EU:C:2009:556, punt 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook arrest van 18 mei 1994, Codorníu/Raad (C-309/89, EU:C:1994:197, punt 19).

¹²⁷ Zie arrest van 18 mei 1994, Codorníu/Raad (C-309/89, EU:C:1994:197, punt 22).

¹²⁸ Zie in die zin arresten van 17 januari 1985, Piraiki-Patraiki e.a./Commissie (11/82, EU:C:1985:18, punt 31); 22 juni 2006, België en Forum 187/Commissie (C-182/03 en C-217/03, EU:C:2006:416, punt 60), en 27 februari 2014, Stichting Woonpunt e.a./Commissie (C-132/12 P, EU:C:2014:100, punten 59 en 60).

¹²⁹ Conclusie van advocaat-generaal VerLoren van Themaat in de zaak Piraiki-Patraiki e.a./Commissie (11/82, EU:C:1982:356, blz. 218).

¹³⁰ Conclusie van advocaat-generaal Lenz in de zaak Codorníu/Raad (C-309/89, EU:C:1992:406, punt 38).

¹³¹ Zie arresten van 13 maart 2008, Commissie/Infront WM (C-125/06 P, EU:C:2008:159, punt 72), en 27 februari 2014, Stichting Woonpunt e.a./Commissie (C-132/12 P, EU:C:2014:100, punt 59).

¹³² Zie arrest van 18 november 1975, CAM/Commissie (100/74, EU:C:1975:152, punt 18). Zie naar analogie arrest van 13 mei 1971, International Fruit Company e.a./Commissie (41/70–44/70, EU:C:1971:53, punten 17 en 18).

vaststelling van de handeling had geleid¹³³, ii) hun marktpositie „merkbaar werd aangetast” door een *gerichte* handeling¹³⁴, en iii) de auteur van de litigieuze handeling rekening had moeten houden met de specifieke situatie van de verzoekers.¹³⁵

192. Heeft rekwirante, tegen deze achtergrond, aangetoond dat zij door de litigieuze handeling individueel wordt geraakt?

193. Volgens mij wel.

194. Ten eerste behoort rekwirante tot een groep personen die ten tijde van de vaststelling van de litigieuze handeling *gesloten en identificeerbaar* was. In feite zouden, in theorie, slechts twee pijpleidingen onmiddellijk worden getroffen door de uitbreiding van de werkingssfeer van de gasrichtlijn, namelijk de Nord Stream 2- en de trans-Adriatische pijpleiding. Aangezien voor deze laatste pijpleiding reeds een ontheffing was verkregen, is het echter passender om naar rekwirante te verwijzen als de *enige* onderneming die deel uitmaakt van deze (zuiver theoretische) groep van door de litigieuze handeling getroffen particulieren.¹³⁶

195. Ten tweede bevond rekwirante zich, gelet op haar feitelijke situatie, in veel opzichten in een *unieke positie* ten opzichte van de litigieuze handeling. Op het tijdstip van de vaststelling van deze handeling en de inwerkingtreding ervan, was de aanleg van de pijpleiding niet alleen begonnen, maar reeds in een vergevorderd stadium. Tegelijk kon deze pijpleiding echter niet worden voltooid vóór de in artikel 49 bis van de gasrichtlijn vastgestelde termijn. Bijgevolg zou de nieuwe regeling onmiddellijk van toepassing zijn op rekwirante, die daarbij tussen wal en schip viel: noch de afwijking, noch de ontheffing van de gasrichtlijn waren van toepassing.

196. Het kan nauwelijks worden betwist dat *alleen* rekwirante zich in die positie bevond toen de handeling werd vastgesteld. Geen enkel ander bedrijf zal zich in de toekomst ooit in die positie bevinden. Elke andere pijpleiding (of zij nu in het verleden is aangelegd of in de toekomst zal worden aangelegd) kan in beginsel profiteren van hetzij de afwijking, hetzij de ontheffing.

197. Ten derde waren de instellingen van de Unie er zich niet alleen van *bewust* dat, krachtens de litigieuze handeling, rekwirante aan de nieuwe wettelijke regeling zou worden onderworpen, maar handelden zij *juist met de bedoeling* om rekwirante aan deze nieuwe regeling te onderwerpen.¹³⁷ Bovendien stel ik vast dat rekwirante in eerste aanleg verschillende documenten heeft overgelegd, andere dan die welke door het Gerecht zijn uitgesloten, die erop wijzen dat de

¹³³ Zie arrest van 28 januari 1986, Cofaz e.a./Commissie (169/84, EU:C:1986:42, punten 24 en 25).

¹³⁴ Zie in die zin arrest van 22 december 2008, British Aggregates/Commissie (C-487/06 P, EU:C:2008:757, punten 50-57). Zie ook naar analogie arrest van 12 december 2006, Asociación [de Empresarios] de Estaciones de Servicio de Madrid en Federación Catalana de Estaciones de Servicio/Commissie (T-95/03, EU:T:2006:385, punten 52-55).

¹³⁵ Zie in die zin arresten van 10 april 2003, Commissie/Nederlandse Antillen (C-142/00 P, EU:C:2003:217, punten 71-76 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 3 februari 2005, Comafrika en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie (T-139/01, EU:T:2005:32, punt 110). Zie ook arresten van 6 november 1990, Weddel/Commissie (C-354/87, EU:C:1990:371, punten 20-22), en 15 juni 1993, Abertal e.a./Commissie (C-213/91, EU:C:1993:238, punt 23).

¹³⁶ Zoals bijvoorbeeld door de Commissie zelf werd erkend bij de indiening van haar voorstel voor de litigieuze handeling: zie European Commission Fact Sheet, „Questions and Answers on the Commission proposal to amend the Gas Directive (2009/73/EC)”, MEMO/17/4422, 8 november 2017 (antwoord op vraag 10).

¹³⁷ Zie naast andere vrij toegankelijke documenten: i) European Commission Fact Sheet, „Questions and Answers on the Commission proposal to amend the Gas Directive (2009/73/EC)”, MEMO/17/4422, 8 november 2017 (antwoord op de vragen 8-11), ii) Parlementaire vragen (Europees Parlement), antwoord van Arias Cañete namens de Europese Commissie (E-004084/2018(ASW)), 24 september 2018, en iii) European Parliamentary Research Service Briefing, EU Legislation in Progress, „Common rules for gas pipelines entering the EU internal market”, 27 mei 2019, blz. 2.

uitbreiding van de Unieregels inzake gas tot rekwirantes activiteiten een van de belangrijkste redenen, zo niet de belangrijkste reden was waarom de instellingen van de Unie de litigieuze handeling hebben vastgesteld.¹³⁸

198. Ik zou hier terloops aan willen toevoegen dat dit alles algemeen bekend blijkt te zijn. Een vluchtige blik in de pers en de wetenschappelijke artikelen betreffende de vaststelling van de litigieuze handeling blijkt rekwirantes betoog op dit punt te bevestigen. In dit verband hoef ik er nauwelijks op te wijzen dat het Hof zich voor de vaststelling van de relevante feiten ook kan baseren op algemeen bekende zaken.¹³⁹ Justitie wordt vaak als blind voorgesteld. Deze allegorie is echter, althans naar ik mij herinner, niet bedoeld om aldus te worden uitgelegd dat men iets niet ziet wat voor alle anderen zonneklaar is.

199. Ten vierde is het, gelet op het vergevorderde stadium van de aanleg van het project en de investeringen die rekwirante reeds had gedaan op het tijdstip van de vaststelling van de litigieuze handeling, duidelijk dat de vaststelling van de litigieuze handeling tot gevolg had dat rekwirante ingrijpende veranderingen moest aanbrengen aan haar bedrijfs- en financiële structuur en aan haar bedrijfsmodel, en dit alles in een relatief kort tijdsbestek, aangezien de litigieuze handeling binnen ongeveer tien maanden na de vaststelling ervan diende te zijn omgezet.¹⁴⁰ Het is dus duidelijk dat de litigieuze handeling niet alleen *belangrijke gevolgen* kón hebben voor rekwirantes marktpositie, maar daartoe ook bedoeld was. Rekwirante heeft ook aangevoerd, zonder daarbij door verweerders of interveniënten te worden tegengesproken, dat wegens de vaststelling van de litigieuze handeling wijzigingen moesten worden aangebracht aan verschillende overeenkomsten die zij eerder had gesloten, waardoor een reeds verworven rechtspositie zou worden aangetast.¹⁴¹

200. Op grond van alle bovenstaande overwegingen is het moeilijk om zich een situatie voor te stellen waarin, ondanks het feit dat de litigieuze handeling van algemene toepassing is, een duidelijker en specifiekere verband tussen rekwirantes situatie en de litigieuze handeling zou kunnen worden vastgesteld. Wegens bepaalde kenmerken die specifiek zijn voor rekwirante en de bijzondere omstandigheden in verband met de vaststelling van de litigieuze handeling, kan rekwirantes positie ten aanzien van deze handeling worden onderscheiden van de positie van iedere andere onderneming die krachtens de litigieuze handeling aan de regels van de gasrichtlijn is, of zal worden onderworpen.

201. Gelet op het voorgaande concludeer ik dat rekwirante, aangezien zij zowel rechtstreeks als individueel wordt geraakt, bevoegd is om krachtens artikel 263, vierde alinea, VWEU de litigieuze handeling aan te vechten.

B. Gegrontheid van het beroep

202. In haar bij het Gerecht ingediende verzoekschrift heeft rekwirante zes middelen tegen de litigieuze handeling aangevoerd.

¹³⁸ Zie met name het antwoord van de commissaris voor Energie Cañete en de briefing van het Parlement waarnaar in de vorige voetnoot wordt verwezen. Zie ook het besluit van het Bundesnetzagentur waarnaar in voetnoot 43 hierboven wordt verwezen.

¹³⁹ Zie bijvoorbeeld arresten van 28 februari 2018, Commissie/Xinyi PV Products (Anhui) Holdings (C-301/16 P, EU:C:2018:132, punt 78), en 20 maart 2014, Commissie/Litouwen (C-61/12, EU:C:2014:172, punt 62).

¹⁴⁰ Zie artikel 2 van de litigieuze handeling. Opvallend genoeg hebben de lidstaten ongeveer twee keer zoveel tijd gekregen om de gasrichtlijn om te zetten (zie artikel 54 ervan) en zelfs nog meer tijd om de bepaling inzake ontvlechting toe te passen (zie artikel 9 ervan).

¹⁴¹ Zie ook hierboven punt 96 van deze conclusie.

203. De beoordeling van deze middelen vereist een gedetailleerde beoordeling, rechtens en feitelijk, van de door alle partijen in de procedure aangevoerde argumenten, in het licht van het door hen overgelegde bewijs.

204. Bij gebreke van een dergelijke beoordeling in de bestreden beschikking, staat de stand van de procedure het Hof niet toe om definitief uitspraak te doen in deze zaak.

205. Bijgevolg moet de zaak worden terugverwezen naar het Gerecht en dient de beslissing omtrent de kosten te worden aangehouden.

VII. Conclusie

206. Ik geef het Hof in overweging:

- de beschikking van 20 mei 2020, Nord Stream 2/Parlement en Raad (T-526/19, EU:T:2020:210), te vernietigen;
- het beroep tot nietigverklaring van Nord Stream 2 AG ontvankelijk te verklaren;
- de zaak voor afdoening terug te verwijzen naar het Gerecht, en
- de beslissing omtrent de kosten aan te houden.