



## Jurisprudentie

### BESCHIKKING VAN DE PRESIDENT VAN HET GERECHT

21 juli 2017\*

„Kort geding – Interne markt voor aardgas – Richtlijn 2009/73/EG – Verzoek van de Bundesnetzagentur tot wijziging van de voorwaarden voor ontheffing van de Unieregels voor de exploitatie van de OPAL-gasleiding – Besluit van de Commissie betreffende wijziging van de voorwaarden voor ontheffing van de Unieregels – Verzoek tot opschorting van tenuitvoerlegging – Geen spoedeisendheid”

In zaak T-883/16 R,

**Republiek Polen**, vertegenwoordigd door B. Majczyna, M. Kawnik en K. Rudzińska als gemachtigden,  
verzoekster,

ondersteund door

**Republiek Litouwen**, vertegenwoordigd door D. Kriaučiūnas en R. Krasuckaitė als gemachtigden,  
interveniënte,

tegen

**Europese Commissie**, vertegenwoordigd door O. Beynet en K. Herrmann als gemachtigden,  
verweerster,

ondersteund door

**Bondsrepubliek Duitsland**, vertegenwoordigd door T. Henze en R. Kanitz als gemachtigden,  
interveniënte,

betreffende een beroep krachtens de artikelen 278 en 279 VWEU strekkende tot opschorting van de tenuitvoerlegging van besluit C(2016) 6950 final van de Commissie van 28 oktober 2016 houdende herziening van de krachtens richtlijn 2003/55/EG verleende ontheffing van de Ostseepipeline-Anbindungsleitung van de vereisten inzake de toegang van derden en tariefregulering,

geeft

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT

de navolgende

\* Procestaal: Pools.

## Beschikking

### Voorgeschiedenis van het geding

- 1 Bij beschikking C(2009) 4694 van 12 juni 2009 heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen op grond van artikel 22 van richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van richtlijn 98/30/EG (PB 2003, L 176, blz. 57) de Bundesnetzagentur (energietoezichthouder, Duitsland; hierna: „BNetzA”) verzocht om wijziging van haar besluit van 25 februari 2009, waarbij zij de transportcapaciteit van de geplande gasleiding Ostseepipeline-Anbindungsleitung (verbindingsleiding met de Oostzeegasleiding; hierna: „OPAL”) – het gedeelte te land van de gasleiding Nord Stream 1 in het oosten, waarvan het toegangspunt in de buurt van de Duitse gemeente Lubmin, nabij Greifswald, ligt en het uitgangspunt in de Tsjechische gemeente Brandov – heeft uitgezonderd van de toepassing van de regels inzake de toegang van derden zoals neergelegd in artikel 18 van die richtlijn en van de in artikel 25, leden 2 tot en met 4, daarvan voorziene tariefregeling.
- 2 De beschikking van de Commissie van 12 juni 2009 bevatte de volgende voorwaarden:
  - „a) Onverminderd het bepaalde onder b), mag een onderneming met een machtspositie op een of meerdere relevante stroomopwaartse of stroomafwaartse aardgasmarkten die Tsjechië omvatten, jaarlijks niet meer dan 50 % van de exitcapaciteit van de OPAL-gasleiding aan de Tsjechische grens reserveren. De reserveringen van ondernemingen die tot dezelfde groep behoren, zoals Gazprom en Wingas, worden samen onderzocht. De reserveringen van ondernemingen of groepen van ondernemingen met een machtspositie die grootschalige gasleveringsovereenkomsten op lange termijn hebben gesloten, worden samengevoegd voor de behandeling [...].
  - b) Het maximum van 50 % van de capaciteit kan worden overschreden indien de betrokken onderneming de markt een volume van 3 miljard m<sup>3</sup> gas uit de OPAL-gasleiding aanbiedt volgens een open, transparante en niet-discriminerende procedure („gasvrijgaveprogramma’). De beheersmaatschappij van de gasleiding of de onderneming die het programma moet uitvoeren, moet de beschikbaarheid van de bijbehorende transportcapaciteit en de vrije keus van het uitgangspunt garanderen (capaciteitsvrijgaveprogramma). De vorm van de programma’s voor gas- en capaciteitsvrijgave is onderworpen aan goedkeuring door de BnetzA.”
- 3 Op 7 juli 2009 heeft de BNetzA haar besluit van 25 februari 2009 gewijzigd door het aan te passen aan de bovengenoemde voorwaarden van de beschikking van de Commissie van 12 juni 2009. De BNetzA heeft de ontheffing van de regels toegestaan voor een periode van 22 jaar.
- 4 De OPAL-gasleiding is op 13 juli 2011 in gebruik genomen en heeft een capaciteit van ongeveer 36,5 miljard m<sup>3</sup>. Ingevolge de beschikking van de Commissie van 12 juni 2009 en het besluit van de BNetzA van 25 februari 2009, zoals gewijzigd bij haar besluit van 7 juli 2009, werd de capaciteit van de OPAL-gasleiding volledig uitgezonderd van de toepassing van de regels inzake de gereguleerde toegang van derden en van de tariefregeling op basis van richtlijn 2003/55.
- 5 De 50 % niet-gereserveerde capaciteit van die gasleiding is nooit gebruikt, aangezien Gazprom het in de beschikking van de Commissie van 12 juni 2009 bedoelde gasvrijgaveprogramma nooit heeft uitgevoerd. De entry-capaciteit van de gasleiding in de buurt van Greifswald is slechts van belang voor derden die in staat zijn om op dat punt gas in de leiding te pompen. In de huidige technische configuratie kan aan dat toegangspunt enkel aardgas worden geleverd door de gasleiding Nord Stream 1, die door de Gazpromgroep wordt gebruikt voor het transport van gas dat afkomstig is van Russische gasvelden, zodat op het eerste gezicht slechts 50 % van de transportcapaciteit van de OPAL-gasleiding lijkt te worden benut.

- 6 Op 13 mei 2016 heeft de BNetzA overeenkomstig artikel 36 van 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 (PB 2009, L 211, blz. 94) aan de Commissie meegedeeld dat zij voornemens was om een aantal bepalingen van de in 2009 verleende ontheffing te wijzigen met betrekking tot het gedeelte van de OPAL-gasleiding dat wordt beheerd door Opal Gastransport GmbH & Co. KG (hierna: „OGT”).
- 7 Op 28 oktober 2016 heeft de Commissie op grond van artikel 36, lid 9, van richtlijn 2009/73 besluit C(2016) 6950 final houdende herziening van de krachtens richtlijn 2003/55 verleende ontheffing van de OPAL-gasleiding van de vereisten inzake de toegang van derden en tariefregulering (hierna: „bestreden besluit”) vastgesteld. Dat besluit was gericht tot de BNetzA.
- 8 De Commissie heeft bij het bestreden besluit de voor de OPAL-gasleiding verleende ontheffing van de regels inzake de toegang van derden voor het gedeelte tussen het toegangspunt nabij Greifswald en het uitgangspunt in Brandov, voor een maximum van 50 % van de capaciteit, die zij reeds had goedgekeurd in haar beschikking van 12 juni 2009, gehandhaafd. De resterende 50 % van de capaciteit van dat gedeelte – die tot dan nog niet was benut omdat Gazprom het gasvrijgaveprogramma niet had uitgevoerd – is echter vrijgegeven, dat wil zeggen onderworpen aan de regels voor toegang van derden. Deze vrijgave dient te geschieden in de vorm van een verdeling van de transportcapaciteit door de beheerder in het kader van een transparante en niet-discriminerende veiling.
- 9 Aangezien deze niet-discriminerende en transparante terbeschikkingstelling van de aldus vrijgegeven transportcapaciteit er de facto ook toe kan leiden dat Gazprom eksport deze capaciteit gebruikt, heeft de Commissie, teneinde zich ervan te verzekeren dat derden daadwerkelijk toegang hebben tot de „vrijgegeven” capaciteit, het door de BNetzA voorgestelde maximum van de FZK-interconnectiecapaciteit (*feste frei zuordenbare Kapazitäten*, vrij toe te wijzen vaste capaciteit) van het uitgangspunt van de gasleiding verhoogd. De beheerder van de OPAL-gasleiding zal door middel van een veiling een aanvankelijke FZK-interconnectiecapaciteit van 3,2 miljoen kWh ter beschikking moeten stellen aan andere gebruikers dan de onderneming met een machtspositie op de Tsjechische aardgasmarkt. Indien echter bij de jaarlijkse veiling blijkt dat de gevraagde FZK-capaciteit van het uitgangspunt van Brandov hoger is dan 90 % van de aangeboden capaciteit, moet de BNetzA de beschikbare FZK-capaciteit met 1,6 miljoen kWh verhogen bij de volgende jaarlijkse veiling. De beschikbare FZK-capaciteit kan uiteindelijk een volume bereiken van 6,4 miljoen kWh, dat wil zeggen 20 % van de totale capaciteit van de OPAL-gasleiding.
- 10 Aangezien de veilingen bij opbod verlopen en teneinde te vermijden dat de entiteit met een machtspositie op de Tsjechische markt de prijzen opdrijft, heeft de Commissie daarnaast een bijkomende voorwaarde ingevoerd, namelijk dat een dergelijke entiteit bij de veiling van de FZK-capaciteit slechts een bod tegen de basisprijs voor capaciteit kan uitbrengen, waarbij de voorgestelde prijs niet hoger kan zijn dan de gemiddelde basisprijs van het gereguleerde tarief op het transportnet van het Gaspool-marktgebied in Duitsland naar Tsjechië voor soortgelijke producten in hetzelfde jaar.
- 11 Op 28 november 2016 heeft de BNetzA de bij haar besluit van 25 februari 2009 aan de beheerder van de OPAL-gasleiding verleende ontheffing overeenkomstig het bestreden besluit gewijzigd.

### **Procedure en conclusies van partijen**

- 12 Bij op 16 december 2016 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft de Republiek Polen beroep tot nietigverklaring van het bestreden besluit ingesteld.

- 13 Bij een op dezelfde dag ter griffie van het Gerecht neergelegde afzonderlijke akte heeft de Republiek Polen het onderhavige verzoek in kort geding ingediend, waarmee zij de president van het Gerecht in wezen verzoekt om:
- de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit op te schorten tot aan de uitspraak van het eindarrest in de hoofdzaak;
  - de Commissie te gelasten dat zij van de BNetzA eist dat zij de uitvoering van het standpunt van de Commissie zoals uiteengezet in het bestreden besluit opschort tot aan de uitspraak van het eindarrest in de hoofdzaak;
  - de Commissie te gelasten dat zij van de BNetzA eist dat zij alle mogelijke juridische maatregelen treft om de tenuitvoerlegging op te schorten van een besluit, overdracht, overeenkomst van publiek recht of enige andere uitvoeringsmaatregel waarbij het besluit van de BNetzA van 25 februari 2009, in de versie van 7 juli 2009, wordt gewijzigd, aangevuld, ingetrokken of op andere wijze wordt geraakt;
  - de Commissie te gelasten dat zij van OGT eist dat zij tot aan de uitspraak van het eindarrest in de hoofdzaak geen toegang verleent tot de transportcapaciteit van de OPAL-gasleiding tegen andere voorwaarden dan die welke zijn neergelegd in het besluit van de BNetzA van 25 februari 2009, in de versie van 7 juli 2009;
  - het onderhavige verzoek, op grond van artikel 157, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, te behandelen vóór 23 december 2016.
- 14 In haar op 23 december 2016 ter griffie van het Gerecht neergelegde opmerkingen over het verzoek in kort geding heeft de Commissie de president van het Gerecht in wezen verzocht om:
- dit verzoek af te wijzen;
  - de Republiek Polen te verwijzen in de kosten.
- 15 Bij beschikking van 23 december 2016, Polen/Commissie (T-883/16 R), heeft de president van het Gerecht op grond van artikel 157, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit opgeschort tot de uitspraak van de eindbeschikking in het onderhavige kort geding. Daarnaast heeft hij partijen een aantal vragen gesteld, waarop de Republiek Polen op 13 januari 2017 heeft geantwoord en de Commissie op 16 januari 2017. Bij die gelegenheid heeft de Republiek Polen ook een verzoek om maatregelen tot organisatie van de procesgang ingediend, waarover de Commissie op 20 januari 2017 opmerkingen heeft ingediend die strekken tot afwijzing van dat verzoek.
- 16 Op 2 februari 2017 heeft de president van het Gerecht gevolg gegeven aan het op 19 januari 2017 neergelegde verzoek tot interventie van de Bondsrepubliek Duitsland, waartegen de Commissie en de Republiek Polen zich niet hebben verzet in hun opmerkingen van respectievelijk 30 en 31 januari 2017. De memorie in interventie aan de zijde van de Commissie van de Bondsrepubliek Duitsland is op 9 februari 2017 ingeschreven door de griffie van het Gerecht. Op 3 maart 2017 hebben de hoofdpartijen hun opmerkingen over deze memorie ingediend.
- 17 Op 1 maart 2017 heeft de Republiek Polen een aanvullende memorie ingediend, alsook twee brieven – respectievelijk van 30 augustus en 9 december 2016 – van de minister van Energie van de Russische Federatie aan de minister van Energie van de Republiek Polen.

- 18 Op 5 mei 2017 is de Republiek Litouwen toegelaten tot interventie aan de zijde van de Republiek Polen in de hoofdzaak. Haar memorie in interventie in de onderhavige zaak is ingediend op 22 mei 2017. Op 9 juni 2017 hebben de Republiek Polen en de Commissie hun opmerkingen over deze memorie ingediend.
- 19 Bij brief van 22 juni 2017 zijn partijen uitgenodigd voor een pleitzitting op 5 juli 2017, om hun argumenten over de vereisten inzake spoedeisendheid en belangenafweging uiteen te zetten. De Commissie en interveniënten werd naar aanleiding daarvan verzocht hun opmerkingen te maken over de aanvullende memorie die de Republiek Polen op 1 maart 2017 had ingediend en waaraan bijkomend bewijs ter ondersteuning van haar verzoek was gehecht.
- 20 Bij brief van 23 juni 2017 heeft de Republiek Litouwen aan het Gerecht meegedeeld dat zij niet aan de pleitzitting zou deelnemen.
- 21 Tijdens de pleitzitting van 5 juli 2017 hebben de Republiek Polen, de Commissie en de Bondsrepubliek Duitsland hun argumenten uiteengezet en geantwoord op de vragen van de president van het Gerecht.

## **In rechte**

### *Algemene overwegingen*

- 22 Uit de artikelen 278 en 279 VWEU, gelezen in samenhang met artikel 256, lid 1, VWEU, volgt dat de kortgedingrechter op grond van artikel 156 van het Reglement voor de procesvoering opschorting van de tenuitvoerlegging van een voor het Gerecht bestreden handeling of de noodzakelijke voorlopige maatregelen kan gelasten indien naar zijn oordeel de omstandigheden dat vereisen. In artikel 278 VWEU is echter het beginsel neergelegd dat een beroep geen schorsende werking heeft, omdat de handelingen van de instellingen van de Europese Unie vermoed worden rechtmatig te zijn. De kortgedingrechter kan dus slechts bij wijze van uitzondering de opschorting van de tenuitvoerlegging van een voor het Gerecht bestreden handeling of voorlopige maatregelen gelasten (beschikking van 19 juli 2016, België/Commissie, T-131/16 R, EU:T:2016:427, punt 12).
- 23 Artikel 156, lid 4, eerste volzin, van het Reglement voor de procesvoering bepaalt bovendien dat de verzoeken in kort geding „een duidelijke omschrijving [bevatten] van het voorwerp van het geschil en van de omstandigheden waaruit het spoedeisend karakter van het verzoek blijkt, alsmede de middelen, zowel feitelijk als rechtens, op grond waarvan de voorlopige maatregel waartoe wordt geconcludeerd, aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomt”.
- 24 De rechter in kort geding kan dus opschorting van de tenuitvoerlegging en andere voorlopige maatregelen toekennen indien vaststaat dat zij op het eerste gezicht feitelijk en rechtens gerechtvaardigd voorkomen (*fumus boni juris*) en spoedeisend zijn, in die zin dat het ter voorkoming van ernstige en onherstelbare schade aan de belangen van de verzoeker noodzakelijk is dat zij reeds vóór de beslissing in de hoofdzaak worden gelast en effect sorteren. Deze voorwaarden zijn cumulatief, in die zin dat een verzoek om voorlopige maatregelen moet worden afgewezen wanneer aan een van deze voorwaarden niet wordt voldaan. In voorkomend geval weegt de kortgedingrechter eveneens de in het geding zijnde belangen af (zie beschikking van 2 maart 2016, Evonik Degussa/Commissie, C-162/15 P-R, EU:C:2016:142, punt 21 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 25 In het kader van dit algemene onderzoek beschikt de kortgedingrechter over een ruime beoordelingsbevoegdheid en kan hij, met inachtneming van de bijzonderheden van de zaak, vrij bepalen hoe en in welke volgorde deze verschillende voorwaarden worden onderzocht, aangezien geen



enkele rechtsregel hem een vooraf vastgesteld onderzoeksschema voor de beoordeling van de noodzaak van voorlopige maatregelen voorschrijft [zie beschikking van 19 juli 2012, Akhras/Raad, C-110/12 P(R), niet gepubliceerd, EU:C:2012:507, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

26 In casu moet eerst worden onderzocht of is voldaan aan de voorwaarde van spoedeisendheid.

### *Spoedeisendheid*

27 Bij de beoordeling van de vraag of de gevorderde voorlopige maatregelen spoedeisend zijn, moet in herinnering worden geroepen dat de procedure in kort geding ertoe strekt de volle werking van de toekomstige definitieve uitspraak te waarborgen, teneinde een lacune in de door de Unierechter verzekerde rechtsbescherming te voorkomen. Daartoe moet de spoedeisendheid worden getoetst aan de vraag of een voorlopige beslissing noodzakelijk is ter voorkoming van ernstige en onherstelbare schade voor de partij die om de voorlopige bescherming verzoekt. Het staat aan die partij om te bewijzen dat zij ernstige en onherstelbare schade zou lijden indien zij de uitkomst van de procedure in de hoofdzaak zou moeten afwachten (zie beschikking van 14 januari 2016, AGC Glass Europe e.a./Commissie, C-517/15 P-R, EU:C:2016:21, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

28 In casu vreest de Republiek Polen om ernstige en onherstelbare schade te lijden indien het verzoek in kort geding wordt afgewezen, op grond dat de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit, waardoor meer transportcapaciteit van de OPAL-gasleiding wordt benut, noodzakelijkerwijze leidt tot minder gastransport via de Yamal-Europe- en de Fraternité-gasleidingen, zodat de voorzieningszekerheid van gas in Polen in het gedrang komt.

29 Om te beginnen zij opgemerkt dat niet wordt betwist dat het bestreden besluit tot gevolg zal hebben dat een grotere capaciteit van de OPAL-gasleiding wordt benut.

30 Het verband tussen de uitbreiding van de gastransportcapaciteit van de OPAL-gasleiding, een daling van het gastransport via de Yamal-Europe- en de Fraternité-gasleidingen en de bedreiging van de gasvoorzieningszekerheid in Polen, vloeit volgens de Republiek Polen in wezen voort uit de combinatie van twee samengaannde reeksen omstandigheden.

31 In de eerste plaats stelt de Republiek Polen dat de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit Gazprom in staat zal stellen 90 % van de transportcapaciteit van de OPAL-gasleiding te reserveren. Krachtens het bestreden besluit wordt 50 % van de totale transportcapaciteit van de OPAL-gasleiding geveild. Volgens de Republiek Polen volgt echter uit de in het bestreden besluit vastgestelde voorwaarden voor de ontheffing van de wettelijke regeling dat Gazprom minstens 80 % van de gedeeltelijk gereguleerde transportcapaciteit van de OPAL-gasleiding die wordt geveild, kan verwerven. Aangezien voor de resterende 50 % van de transportcapaciteit van de OPAL-gasleiding het Unierecht en de regels inzake de toegang van derden niet gelden, en deze capaciteit in haar geheel aan Gazprom is toegewezen, zou zij in feite een gewaarborgde toegang van minstens 90 % van de totale transportcapaciteit van de OPAL-gasleiding kunnen hebben.

32 In de tweede plaats stelt de Republiek Polen dat deze mogelijkheid voor Gazprom om meer transportcapaciteit van de OPAL-gasleiding te benutten, Gazprom de gelegenheid zal bieden haar commerciële strategie in die zin te wijzigen dat zij de levering van gas aan de Duitse markt via de Yamal-Europe-gasleiding substantieel verlaagt of volledig onderbreekt en dat de voorwaarden voor de levering van gas aan de Poolse markt via de Yamal-Europe- en de Fraternité-gasleiding wezenlijk veranderen. Om te beginnen heeft die vermindering of het stopzetten van de exploitatie door Gazprom met name ten eerste tot gevolg dat de werkingskosten van de Yamal-Europe-gasleiding moeten worden omgeslagen op basis van een kleiner gasvolume, zodat de transportprijzen gevoelig stijgen, waardoor de betrokken marktdeelnemers niet langer toegang tot die infrastructuur zouden hebben via de belangrijkste grensconnectie uit het oosten [interconnectiepunt van Mallnow

(Duitsland)]. Ten tweede kunnen de marktdeelnemers minder gebruikmaken van diensten van virtuele omkering op de Yamal-Europe-gasleiding, waardoor de toegang tot de Poolse gasmarkt voor andere leveranciers die in Duitsland gekocht gas wensen te verkopen, in vergelijking met Gazprom wordt beperkt. Ten derde nemen de kosten van gaslevering op andere connectiepunten tussen Polen en de Unie toe omdat er meer vraag is naar andere grensoverschrijdende capaciteit. Voorts kan Gazprom door het onderbreken van de gaslevering uit het oosten profiteren van haar machtspositie op de Poolse markt en vrij de prijs van gaslevering aan Polen bepalen, wat tot een prijsstijging voor de eindgebruiker leidt. Tot slot betoogt de Republiek Polen dat de toegang tot bijkomende capaciteit op de OPAL-gasleiding Gazprom in staat zal stellen haar heroriëntatie van de gasdoorvoer van het Oekraïense grondgebied naar de gasleiding Nord Stream 1 voort te zetten, waardoor het Poolse grondgebied niet langer kan worden bevoorrad via de vertakking van de Fraternité-gasleiding op het punt Drozdowicze, aan de Pools-Oekraïense grens. Dit zou de energievoorziening in Polen in het gedrang brengen, aangezien het onmogelijk zal zijn om de continuïteit van de levering aan klanten in het zuidoosten van Polen – die rechtstreeks vanuit Oekraïne worden bevoorrad – te waarborgen.

- 33 In het onderhavige geval kan ermee worden volstaan vast te stellen dat de gestelde schade niet onmiddellijk dreigt in te treden, zonder dat hoeft te worden nagegaan of deze twee reeksen omstandigheden, die door de Republiek Polen worden gestaafd met een aantal – door de Commissie en de Bondsrepubliek Duitsland weliswaar betwiste – gegevens en documenten die moeten aantonen dat zij voldoende zeker zijn, eventueel hypothetisch zijn, of dat er een oorzakelijk verband is tussen die twee reeksen omstandigheden en het bestreden besluit.
- 34 Zoals in punt 27 hierboven in herinnering is gebracht, is het vaste rechtspraak dat de spoedeisendheid van een verzoek in kort geding moet worden getoetst aan de vraag of een voorlopige beslissing noodzakelijk is ter voorkoming van ernstige en onherstelbare schade voor de partij die om de voorlopige maatregelen verzoekt, vóór de uitspraak op de hoofdvordering tot nietigverklaring, en staat het aan die partij om gedegen bewijs te leveren dat zij persoonlijk dergelijke schade zou lijden indien zij de uitkomst van de procedure in de hoofdzaak zou moeten afwachten.
- 35 In casu blijkt uit elementen van het dossier die de Republiek Polen niet betwist, dat er momenteel tot 2020 een doorvoerovereenkomst geldt die met Gazprom is gesloten voor het transport van aardgas (tot 32,3 miljard m<sup>3</sup>) via het Poolse gedeelte van de Yamal-Europe-gasleiding voor de bevoorrading van de West-Europese markt, waaronder Polen, en daarnaast tot eind 2022 een overeenkomst die PGNiG S.A. en Gazprom in 1996 hebben gesloten voor de levering van aardgas (tot 10,2 miljard m<sup>3</sup>).
- 36 Deze gegevens, die niet werden vermeld in het oorspronkelijke verzoek van de Republiek Polen en voor het eerst door de Commissie zijn meegedeeld in haar opmerkingen van 23 december 2016, zijn van wezenlijk belang bij de beoordeling van het vereiste van spoedeisendheid door de kortgedingrechter. Uit die overeenkomsten blijkt immers op het eerste gezicht dat de exploitatie van de transportcapaciteit van het Poolse gedeelte van de Yamal-Europe-gasleiding minstens tot eind 2019 is gewaarborgd en de levering aan de Poolse markt door Gazprom tot 2022. Tegen niet-nakoming van deze contractuele verbintenissen staan in dit verband specifieke beroepswegen open, waarvan de Republiek Polen in voorkomend geval gebruik moet maken. In die context zou de Republiek Polen bovendien kunnen overwegen om zich tot de kortgedingrechter te wenden op grond van artikel 160 van het Reglement voor de procesvoering.
- 37 Bijgevolg, en op het eerste gezicht, zou de door de Republiek Polen gestelde schade, zelfs indien voldoende was aangetoond dat zij vaststond, ten vroegste kunnen intreden wanneer die overeenkomsten aflopen, voor zover zij niet worden verlengd. In haar opmerkingen van 3 maart 2017 op de memorie van de Bondsrepubliek Duitsland, gaat de Republiek Polen ervan uit dat het arrest ten gronde in de onderhavige zaak waarschijnlijk zal worden gegeven binnen een termijn van twee jaar, dus in de loop van 2019. De Republiek Polen levert dus geen gedegen bewijs dat zij persoonlijk ernstige en onherstelbare schade zou lijden indien zij de uitkomst van de procedure in de hoofdzaak zou moeten afwachten.

- 38 In dit verband dient evenwel te worden opgemerkt dat de Republiek Polen bij haar aanvullende memorie van 1 maart 2017 twee brieven van de minister van Energie van de Russische Federatie aan de minister van Energie van de Republiek Polen heeft gevoegd, respectievelijk van 30 augustus en 9 december 2016. De eerste brief heeft betrekking op het besluit van de Urząd Regulacji Energetyki (energietoezichthouder, Polen) van 19 mei 2015 over de toekenning aan Gaz-System van een certificaat van onafhankelijkheid voor de uitoefening van de functie van beheerder van het Poolse deel van de Yamal-Europe-gasleiding, waarvan de Russische minister stelt dat het in strijd is met de overeenkomst van 25 oktober 2010 inzake de verplichtingen van de voor het Poolse segment van die gasleiding verantwoordelijke ondernemer, die was gebaseerd op de Russisch-Poolse overeenkomst van 25 augustus 1993 inzake de constructie van gasleidingen voor de doorvoer van Russisch gas door het Poolse grondgebied. Met de tweede brief werd de Poolse minister in kennis gesteld van de moeilijkheden die Gazprom in Oekraïne ondervond, waar zij was beboet door de Oekraïense overheid. De Russische minister informeerde zijn collega aldus dat die moeilijkheden van dien aard waren dat zij, indien deze niet werden opgelost, tot een vermindering van de gaslevering door Gazprom konden leiden. De Republiek Polen voert dus in wezen aan dat deze documenten aantonen dat er een daadwerkelijk risico op een beperking of een onderbreking van de gaslevering via de Yamal-Europe-gasleiding op het Poolse grondgebied bestaat, waarbij deze beperking mogelijk is gemaakt door de nieuwe exploitatievoorwaarden van de OPAL-gasleiding zoals neergelegd in het bestreden besluit.
- 39 Om te beginnen zij opgemerkt dat ondanks het wezenlijke belang dat de Republiek Polen aan dit bijkomende bewijs lijkt te hechten, hiervan geen sprake was in het verzoek in kort geding dat op 16 december 2016 is ingediend. Zonder dat het nodig is om in dit stadium uitspraak te doen over het bestaan van een verband tussen de inhoud van die documenten en het bestreden besluit, kan er voorts mee worden volstaan op te merken dat de gestelde bedreigingen op het eerste gezicht afhangen van de uitvoering van het besluit van de energietoezichthouder van 19 mei 2015, die ten laatste in mei 2017 had moeten plaatsvinden. Tijdens de pleitzitting heeft de Republiek Polen de president van het Gerecht meegedeeld dat dit besluit nog steeds niet is uitgevoerd. Dergelijke repressieve acties zouden dus, indien zij na die uitvoering zouden worden ondernomen, naar alle waarschijnlijkheid nieuwe elementen vormen op grond waarvan de Republiek Polen zich overeenkomstig artikel 160 van het Reglement voor de procesvoering zou kunnen wenden tot de kortgedingrechter, die dan een nieuwe opschortingsmaatregel inaudita altera parte zou kunnen treffen op grond van artikel 157, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, teneinde de regeling die van kracht was vóór de instelling van het stelsel van het bestreden besluit tijdelijk opnieuw te laten gelden, tot een uitspraak over de gegrondheid van het nieuwe verzoek op basis van de nieuwe feiten.
- 40 Bijgevolg is niet aangetoond dat de gestelde schade dreigt in te treden, zodat de Republiek Polen niet heeft voldaan aan de voorwaarde dat zij de gestelde schade zou lijden indien zij de uitspraak van de beslissing van het Gerecht in de hoofdzaak zou moeten afwachten.
- 41 Dit zou enkel anders zijn indien zich thans gebeurtenissen zouden voordoen waardoor de gestelde schadeveroorzakende situatie nu al onomkeerbaar zou worden. De Republiek Polen lijkt van mening te zijn dat de feiten in de onderhavige zaak tot een dergelijke vaststelling leiden, omdat Gazprom de mogelijkheid heeft om bij de volgende jaarlijkse veilingen van het door het bestreden besluit vrijgegeven gedeelte van 50 % van de transportcapaciteit reserveringen op lange termijn te maken die de situatie zodanig bevriezen dat het bestreden besluit veel langer dan zijn juridische bestaan rechtsgevolgen zou hebben.
- 42 In de eerste plaats benadrukt de Republiek Polen dat de transportcapaciteit die wordt geveild overeenkomstig de nieuwe gebruiksvoorwaarden van de OPAL-gasleiding, kan worden gereserveerd voor vijftien jaar. Zij stelt dat te verwachten valt dat Gazprom het grootste deel van de transportcapaciteit voor die duur reserveert en zo de situatie zoals beschreven in punt 32 voor de komende vijftien jaar bevriest.



- 43 In de tweede plaats preciseert zij dat de reserveringen, die de vorm hebben van privaatrechtelijke overeenkomsten, vervolgens een bron van rechten en plichten voor natuurlijke personen en rechtspersonen worden, die bescherming geniet, ongeacht de uitkomst van de hoofdzaak. Volgens haar kan zelfs de nietigverklaring van het bestreden besluit niet leiden tot nietigverklaring van de overeenkomsten voor het transport of de levering van gas via de OPAL-gasleiding. Zij benadrukt voorts dat parallel met deze transportovereenkomsten commerciële overeenkomsten betreffende gashandel zullen worden gesloten, waardoor een bijkomende belemmering voor de ontbinding van de transportovereenkomsten ontstaat.
- 44 Deze analyse berust echter op een onjuiste opvatting van de werking van de eigen rechtsorde die bij de Verdragen is ingesteld (zie in die zin arrest van 15 juli 1964, Costa, 6/64, EU:C:1964:66, blz. 1218). Indien het bestreden besluit nietig wordt verklaard, zijn de gebruiksvoorwaarden van de OPAL-gasleiding zoals goedgekeurd door dat besluit, niet langer van toepassing. Bijgevolg kunnen privaatrechtelijke handelingen die op die voorwaarden zijn gebaseerd, niet worden uitgevoerd. Zowel de Commissie als de Bondsrepubliek Duitsland heeft dit aspect terecht benadrukt in de schriftelijke stukken en tijdens de pleitzitting van 5 juli 2017.
- 45 Dienaangaande stelt de Republiek Polen dat er naast juridische belemmeringen, waarvan het bestaan – zoals in punt 44 hierboven in herinnering is gebracht – niet kan worden aangenomen, ook praktische problemen bestaan bij de tenuitvoerlegging van een dergelijke nietigverklaring. Ook dit bezwaar moet echter worden afgewezen. Zoals de Commissie in haar antwoord van 16 januari 2017 op de vragen van de president van het Gerecht van 23 december 2016 heeft benadrukt, moet bij nietigverklaring van het bestreden besluit door het Gerecht de reservering van jaarlijkse capaciteitsproducten voor de periode na de uitspraak van het arrest van het Gerecht immers ongeldig worden verklaard, aangezien zij betrekking heeft op verschillende jaarlijkse producten die enkel kunnen worden gereserveerd voor een periode tot vijftien jaar indien zij worden samengevoegd met andere. Het gaat dus om producten die onafhankelijk zijn van elkaar. Bovendien volgt uit de algemene contractvoorwaarden die gelden voor het transport van gas via de OPAL-gasleiding, zoals verstrekt door de Commissie, dat de transportovereenkomst tussen de gebruikers van het net en OGT inzake de verwerving van capaciteitsproducten door middel van veilingen met onmiddellijke ingang kan worden ontbonden om belangrijke redenen. Nietigverklaring van het bestreden besluit door het Gerecht is zonder twijfel een dergelijke reden. De Commissie voegt daar terecht aan toe dat die nietigverklaring een onvoorziene omstandigheid met rechtsgevolgen voor de overeenkomst zou vormen, op grond waarvan het gerechtvaardigd is de voorwaarden van die overeenkomst aan te passen. Daarnaast kan de OGT krachtens die algemene voorwaarden de contractvoorwaarden in de toekomst aanpassen indien dit nodig is om rekening te houden met een gewijzigde rechtstoestand, zoals het bestaan van een arrest van een internationale rechterlijke instantie. Het lijkt overigens niet a priori uitgesloten dat, gelet op het bij het Gerecht aanhangige geding, een vrijwaringsclausule wordt opgenomen in alle met betrekking tot de toekomstige veilingen gesloten overeenkomsten (bijvoorbeeld in de stroomafwaartse overeenkomsten die zijn gesloten door marktdeelnemers die betrokken zijn bij het transport, de distributie en de levering van het door Gazprom verstrekte gas, maar ook in de commerciële overeenkomsten betreffende gashandel) teneinde voorbereid te zijn op de gevolgen van een eventuele nieuwe opschorting van het bestreden besluit of van een nietigverklaring daarvan. Hoe dan ook bestaat er, aangezien er tegen het bestreden besluit procedures voor het Gerecht zijn ingeleid, zonder twijfel een commercieel risico dat door de marktdeelnemers niet kan worden genegeerd.
- 46 Gelet op het voorgaande blijken alle gevolgen die voortvloeien uit de combinatie van de twee reeksen van de in de punten 31 en 32 beschreven omstandigheden, zelfs indien zou worden aangetoond dat zij zeker zijn, geenszins betrekking te hebben op een periode van vijftien jaar, maar in feite beperkt te zijn tot de periode die de datum van de uitspraak van het eindarrest van het Gerecht in de hoofdzaak voorafgaat. In dit verband moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat ofschoon de Republiek Polen het niet nuttig vond om in het kader van haar hoofdberoep te verzoeken om behandeling volgens de versnelde procedure, het niet uitgesloten is dat het Gerecht krachtens artikel 151, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering ambtshalve beslist om deze zaak volgens een dergelijke

procedure te behandelen. Indien dit niet het geval is, kan ook steeds krachtens artikel 67, lid 2, van dit Reglement worden overwogen om deze zaak bij voorrang te berechten indien de omstandigheden dit vereisen. In de tweede plaats benadrukt de Republiek Polen in haar opmerkingen op de memorie van de Bondsrepubliek Duitsland dat haar schade voornamelijk voortvloeit uit de mogelijke wijzigingen van de doorvoerroutes voor gas naar de Unie. Zoals in de punten 35 en 36 hierboven is aangegeven, verhinderen juridische instrumenten die momenteel van kracht zijn, minstens tot 2020 dat deze hypothese werkelijkheid wordt, en bovendien verzekeren specifieke beroepswegen, waaronder de mogelijkheid om zich tot de kortgedingrechter te wenden op basis van nieuwe feiten, de Republiek Polen effectieve rechterlijke bescherming in het kader van haar beroep bij het Gerecht wanneer deze instrumenten niet worden nageleefd. Derhalve kan er in de periode vóór het eindarrest van het Gerecht in de hoofdzaak eventueel enkel sprake zijn van de in punt 31 hierboven beschreven hypothese waarnaar de Republiek Polen verwijst. Die hypothese, namelijk het gebruik van 90 % van de transportcapaciteit van de OPAL-gasleiding door Gazprom, vormt echter op zich niet de door de Republiek Polen gestelde schade, te weten de bedreiging van de gasvoorzieningszekerheid in Polen. Bijgevolg zou, zelfs indien de gevolgen van die hypothese onomkeerbaar zouden zijn, niet zijn voldaan aan het vereiste dat wordt aangetoond dat de Republiek Polen ernstige en onherstelbare schade lijdt die de vaststelling van de gevorderde voorlopige maatregelen rechtvaardigt.

- 47 Uit bovenstaande overwegingen volgt dus dat de Republiek Polen niet heeft bewezen dat zij persoonlijk ernstige en onherstelbare schade zou lijden door de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit indien zij de uitkomst van de procedure in de hoofdzaak zou moeten afwachten.
- 48 Derhalve is het vereiste van spoedeisendheid niet vervuld, zodat het onderhavige verzoek in kort geding moet worden afgewezen, zonder dat het bestaan van een fumus boni juris hoeft te worden onderzocht en zonder dat een belangenafweging hoeft te worden verricht.

#### ***Verzoek om maatregelen tot organisatie van de procesgang***

- 49 Met haar op 13 januari 2017 ingediende verzoek om maatregelen tot organisatie van de procesgang verzoekt de Republiek Polen het Gerecht in wezen om de Commissie te gelasten om inlichtingen te verstrekken over:
- de gevolgen van de toepassing van het bestreden besluit, met bijzondere aandacht voor het aantal en de soorten veilingen van transportcapaciteit van de OPAL-gasleiding die zijn georganiseerd sinds het bestreden besluit van toepassing is, alsook de resultaten van die veilingen en de omvang van de stijging (in volume en percentage) van de gasstromen in de OPAL-gasleiding in vergelijking met de vorige periode;
  - de wijze van tenuitvoerlegging van de beschikking van 23 december 2016, Polen/Commissie (T-883/16 R), waarbij de opschorting van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit is gelast, met toelichting van de redenen waarom veilingen van transportcapaciteit van de OPAL-gasleiding zijn georganiseerd na de datum van uitspraak van die beschikking en vermelding van de omvang van de stijging (in volume en percentage) van de gasstromen in de OPAL-gasleiding sinds de datum van uitspraak van de beschikking.
- 50 Dienaangaande kan ermee worden volstaan in de eerste plaats op te merken dat er weliswaar legitieme vragen kunnen rijzen over het feitelijke verloop van het gebruik van de transportcapaciteit van de OPAL-gasleiding na de uitspraak van de beschikking van 23 december 2016, Polen/Commissie (T-883/16 R), maar dat uit de stukken blijkt dat het huidige gebruik van die gasleiding is onderworpen aan de voorwaarden die golden vóór de vaststelling van het bestreden besluit en dat de veilingen die gepland waren voor 6 maart 2017, waarvan de Republiek Polen in het bijzonder een toelichting van de omstandigheden had willen krijgen, niet zijn doorgegaan.

- 51 In de tweede plaats heeft de Bondsrepubliek Duitsland tijdens de pleitzitting van 5 juli 2017 weliswaar bevestigd dat bepaalde overeenkomsten, die samenhangen met veilingen die zijn georganiseerd vóór de uitspraak van de beschikking van 23 december 2016, Polen/Commissie (T-883/16 R), zijn uitgevoerd in strijd met de gevolgen van de door de kortgedingrechter in die beschikking gelaste opschorting, maar zij wijst erop dat zij met een verwarrende situatie werd geconfronteerd. Na de uitspraak van die beschikking is immers een procedure ingesteld bij het Oberlandesgericht Düsseldorf (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Noordrijn-Westfalen, Düsseldorf, Duitsland), dat bij beslissing van 30 december 2016 de overeenkomst tussen OGT en de BNetzA van 28 november 2016 heeft opgeschort. De Bondsrepubliek Duitsland was aldus – zoals zij tijdens de pleitzitting heeft erkend – ten onrechte van mening dat de beschikking van 23 december 2016, Polen/Commissie (T-883/16 R), enkel betrekking had op toekomstige veilingen en geen gevolgen had voor de uitvoering van de overeenkomsten die samenhangen met eerdere veilingen. Gelet op latere communicatie in het kader van de onderhavige procedure, meent de Bondsrepubliek Duitsland dat zij niet opnieuw tot een dergelijke onjuiste uitlegging zou komen indien de kortgedingrechter een nieuwe opschorting zou gelasten of het Gerecht het bestreden besluit nietig zou verklaren. Zij heeft in dit verband verduidelijkt dat zij krachtens de Duitse wetgeving de bevoegdheid heeft om de BNetzA bevelen te geven, hetgeen volstaat om de volle werking van de beslissingen van het Gerecht en zijn kortgedingrechter te verzekeren.
- 52 Het is bijgevolg niet nodig om de met dit verzoek gevraagde inlichtingen te verkrijgen, zodat het verzoek moet worden afgewezen.
- 53 Op grond van artikel 158, lid 5, van het Reglement voor de procesvoering moet de beslissing omtrent de kosten worden aangehouden.

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT

beschikt:

- 1) **Het verzoek in kort geding wordt afgewezen.**
- 2) **De beschikking van 23 december 2016, Polen/Commissie (T-883/16 R), wordt ingetrokken.**
- 3) **De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.**

Luxemburg, 21 juli 2017.

De griffier  
E. Coulon

De president  
M. Jaeger