



# Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
MICHAL BOBEK  
föredraget den 6 oktober 2021<sup>1</sup>

**Mål C-348/20 P**

**Nord Stream 2 AG  
mot  
Europaparlamentet**

**Europeiska unionens råd**

”Överklagande – Energi – Inre marknaden för naturgas – Direktiv (EU) 2019/692 – Tillämpning av direktiv 2009/73/EG på gasledningar till eller från tredjeländer – Artikel 263 fjärde stycket FEUF – Enskildas talerätt (*locus standi*) – Direkt berörd – Personligen berörd – Regler för inlämning av bevis vid unionsdomstolen – Huruvida interna handlingar från EU-institutionerna kan tillåtas”

## I. Bakgrund

1. Nord Stream 2 AG (klaganden) bestrider tribunalens beslut<sup>2</sup> om att avvisa klagandens talan enligt artikel 263 FEUF om ogiltigförklaring av Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/692 av den 17 april 2019 om ändring av direktiv 2009/73/EG om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas (den angripna rättsakten).<sup>3</sup> Den angripna rättsakten syftar till att säkerställa att reglerna för gasöverföringsledningar som kopplar samman två eller fler medlemsstater också är tillämpliga inom Europeiska unionen på gasöverföringsledningar till och från tredjeländer.<sup>4</sup> Tribunalen beslutade vidare att vissa handlingar som klaganden hade lagt fram under förhandlingarna skulle avlägnas från akten i målet.

2. Detta överklagande väcker två viktiga frågor av processrättslig karaktär. För det första: Kan en enskild vara *direkt berörd* i den mening som avses i artikel 263 FEUF av ett direktiv? För det andra: Vilka överväganden bör vägleda bedömningen av huruvida skriftlig *bevisning* som läggs fram av deltagarna i förfaranden vid unionsdomstolen kan tillåtas, och framför allt av huruvida interna handlingar från EU-institutioner kan tillåtas?

<sup>1</sup> Originalspråk: engelska.

<sup>2</sup> Beslut av den 20 maj 2020, Nord Stream 2/parlamentet och rådet (T-526/19, EU:T:2020:210) (det överklagade beslutet).

<sup>3</sup> EUT L 117, 2019, s. 1.

<sup>4</sup> Se särskilt skäl 3 i den angripna rättsakten.

## II. Faktiska omständigheter och rättslig bakgrund

3. De faktiska omständigheterna i och den rättsliga bakgrunden till förevarande mål kan sammanfattas på följande sätt.

4. Enligt artikel 1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/73/EG av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas och om upphävande av direktiv 2003/55/EG (gasdirektivet)<sup>5</sup> fastställs gemensamma regler om överföring, leverans och lagring av naturgas. Direktivet innehåller regler om naturgassektorns organisation och funktion, tillträde till marknaden och de kriterier och förfaranden som ska tillämpas vid beviljande av tillstånd för överföring, distribution, leverans och lagring av naturgas samt drift av system.

5. För att undanröja eventuella intressekonflikter mellan producenter, handlare och systemansvariga för överföringssystem och skapa incitament för nödvändiga investeringar och även trygga nya marknadsaktörers tillträde inom ramen för ett transparent och effektivt regelverk föreskrivs i gasdirektivet att nät ska åtskiljas från produktions- och leveransverksamhet.<sup>6</sup> Framför allt föreskrivs i artikel 9 i det direktivet en skyldighet att åtskilja överföringssystemen från de systemansvariga för överföringssystemen.<sup>7</sup> Vidare föreskrivs i gasdirektivet att det ska införas ett system för att ge tredje part icke-diskriminerande tillträde till näten för överföring och distribution av gas på grundval av offentliggjorda tariffer (artikel 32) som ska godkännas av de nationella tillsynsmyndigheterna (artikel 41).

6. Enligt artikel 36 i gasdirektivet får större nya gasinfrastrukturprojekt, inklusive sammanlänkningsprojekt, på begäran och på vissa villkor undantas, under en fastställd tid, från några av de skyldigheter som fastställs i det direktivet. För att komma i fråga för det undantaget måste det bland annat visas att investeringen kommer att stärka konkurrensen vad gäller gasförsörjning och försörjningstrygghet, och att den risknivå som är förenad med investeringen är sådan att investeringen inte skulle bli av om inte undantag beviljades.

7. Klaganden är ett bolag bildat enligt schweizisk rätt vars enda ägare är det ryska statliga aktiebolaget Gazprom. Bolaget ansvarar för planering, byggande och drift av gasledningen Nord Stream 2. Byggandet av ledningen inleddes 2018 och arbetet var inte avslutat när överklagandet i förevarande mål lämnades in. I likhet med Nord Stream-ledningen (som allmänt kallas Nord Stream 1) – som färdigställdes 2012 – består Nord Stream 2-ledningen av två gasöverföringsledningar genom vilka gas transporteras mellan Viborg (Ryssland) och Lubmin (Tyskland).

8. Den 17 april 2019 antog Europaparlamentet och Europeiska unionens råd den angripna rättsakten, efter ett förslag från Europeiska kommissionen av den 8 november 2017.

9. Enligt artikel 3 i den angripna rättsakten syftar direktivet till att undanröja de hinder för fullbordandet av den inre marknaden för naturgas som uppstod till följd av den dittillsvarande underlåtelsen att tillämpa unionens marknadsregler för gasöverföringsledningar till och från tredjeländer.

<sup>5</sup> EUT L 211, 2009, s. 94.

<sup>6</sup> Se särskilt skälen 6–9 i gasdirektivet.

<sup>7</sup> När det gäller nätverksindustrier används begreppet ”åtskilja” för att beskriva en separation av verksamhet som skulle kunna bli föremål för konkurrens (till exempel produktion och leverans) från verksamhet där konkurrens inte är möjlig eller inte är tillåten (till exempel transport). Syftet är att hindra systemansvariga för överföringssystem från att ge fördelar för sin egen leveransverksamhet, till nackdel för oberoende leverantörer.

10. I det avseendet anges i artikel 2.17 i gasdirektivet, i dess lydelse enligt den angripna rättsakten, att begreppet sammanlänkning inte endast inbegriper ”en överföringsledning som passerar eller sträcker sig över en gräns mellan medlemsstater i syfte att koppla samman dessa medlemsstaters nationella överföringssystem” utan numera även omfattar ”en överföringsledning mellan en medlemsstat och ett tredjeland fram till den medlemsstatens territorium eller territorialvatten”.

11. När det gäller gasöverföringsledningar mellan en medlemsstat och ett tredjeland som färdigställts före den 23 maj 2019, får den medlemsstat i vilken den första anslutningspunkten för en sådan överföringsledning till en medlemsstats nät är belägen, enligt artikel 49a.1 i gasdirektivet, som infördes genom den angripna rättsakten, besluta att göra undantag från vissa bestämmelser i gasdirektivet för avsnitten av sådana gasöverföringsledningar i dess territorium och territorialvatten. Undantag av det slaget är tidsbegränsade till högst 20 år, men får förnyas.

12. När det gäller tillämpningen av de ändringar som införts i gasdirektivet genom den angripna rättsakten krävs enligt artikel 2 däri att medlemsstaterna, med vissa undantag, ska sätta i kraft de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv senast den 24 februari 2020, ”utan att det påverkar eventuella undantag i enlighet med artikel 49a i [gasdirektivet]”.

### III. Förfarandet vid tribunalen och det överklagade beslutet

13. Genom ansökan av den 26 juli 2019 väckte klaganden, med stöd av artikel 263 FEUF, talan vid tribunalen om ogiltigförklaring av den angripna rättsakten.

14. I sin ansökan gjorde klaganden gällande att de angivna målen för den angripna rättsakten, det vill säga att utöka tillämpningen av bestämmelserna i gasdirektivet till havsbaserade rörledningar för import i syfte att förbättra den inre marknadens funktion och samtidigt göra det möjligt att medge undantag för att skydda befintliga investeringar inte är det verkliga syftet. Enligt klaganden antogs den angripna rättsakten i syfte att motverka och skapa nackdelar för Nord Stream 2-rörledningen. Enligt klaganden är rättsakten inte lagenlig eftersom den innebär ett åsidosättande av principerna om likabehandling, proportionalitet och rättssäkerhet, av väsentliga formföreskrifter. Rättsakten är även behäftad med maktmissbruk och bristfälligt motiverad.

15. Den 10 respektive den 11 oktober 2019 framställde parlamentet och rådet invändningar om rättegångshinder. Klaganden yttrade sig om invändningarna om rättegångshinder den 29 november 2019 och begärde att tribunalen skulle låta prövningen anstå tills den avgjort målet i sak, eller, alternativt, ogilla invändningarna eftersom de var ogrundade.

16. Den 11 oktober 2019 ansökte rådet om att tribunalen i enlighet med artikel 130.2 i tribunalens rättegångsregler (anslutningsansökan) skulle i) besluta att vissa handlingar inte skulle ingå i handlingarna i målet eller, vad gäller de handlingar som företetts av sökanden, att de skulle avlägsnas från akten i målet, och ii) bortse från samtliga avsnitt i ansökan med bilagor där dessa handlingar, vilka rådet har klassificerat som ”Restreint UE/EU Restricted”, omnämns, där deras innehåll beskrivs eller där de återopas. De tre handlingar som den klagande företett och som rådet ansökte om att avlägsna var för det första ett yttrande från rådets rättstjänst av den 27 september 2017<sup>8</sup> (rättstjänstens yttrande eller bilaga A.14), för det andra kommissionens rekommendation av den 9 juni 2017 rekommendationen till rådets beslut om bemyndigande att

<sup>8</sup> Yttrandet har titeln *Rekommendation till rådets beslut om bemyndigande att inleda förhandlingar om ett avtal mellan Europeiska unionen och Ryska federationen om driften av rörledningen Nord Stream 2 – Fördelning av befogenheter och åtföljande rättsliga frågor*.

inleda förhandlingar om ett avtal mellan Europeiska unionen och Ryska federationen om driften av Nord Stream 2-ledningen (rekommendationen eller bilaga O.20), och för det tredje förhandlingsdirektiven av den 12 juni 2017, vilka bifogats rekommendationen (förhandlingsdirektiven).

17. Den 4 november 2019 yttrade sig klaganden om anslutningsansökan och uppmanade tribunalen att avslå ansökan.

18. Den 29 november 2019 begärde klaganden också att tribunalen i enlighet med artikel 88 i tribunalens rättegångsregler skulle vidta en åtgärd för processledning eller, i förekommande fall, en åtgärd för bevisupptagning, bestående i att anmoda svarandena att förete vissa handlingar som innehas av rådet (begäran om en åtgärd för processledning). Enligt begäran skulle rådet förete *oavkortade* versioner av dessa handlingar, eftersom en avkortad version redan hade lämnats ut av rådet enligt en begäran om tillgång i enlighet med förordning (EG) nr 1049/2001<sup>9</sup> från en av klagandens anställda. Till sin begäran bifogade klaganden två oavkortade versioner av de begärda handlingarna, som klaganden tidigare hade erhållit, närmare bestämt vissa kommentarer från den tyska regeringen om förslaget till den angripna rättsakten (de oavkortade tyska handlingarna eller bilagorna M.26 och M.30).

19. Den 17 januari 2020 inkom parlamentet och rådet med sina synpunkter på begäran om en åtgärd för processledning. Rådet begärde bland annat att bilagorna M.26 och M.30 skulle avlägnas från akten i målet.

20. Den 20 maj 2020 meddelade tribunalen det överklagade beslutet. Slutet i det överklagade beslutet har följande lydelse:

- ”1. De handlingar som Nord Stream 2 AG har företett som bilagorna A. 14 och O. 20 ska avlägnas från akten i målet. De delar av ansökan och bilagorna där utdrag ur dessa handlingar återges ska inte beaktas.
2. Den anslutningsansökan som ingetts av Europeiska unionens råd avslås i övrigt.
3. De handlingar som Nord Stream 2 har företett som bilagorna M. 26 och M. 30 ska avlägnas från akten i målet.
4. Talan avvisas.
5. Det saknas anledning att pröva interventionsansökningarna av Republiken Estland, Republiken Lettland, Republiken Litauen, Republiken Polen och Europeiska kommissionen.
6. Nord Stream 2 ska ersätta Europaparlamentets och rådets rättegångskostnader, med undantag av de kostnader som hänför sig till interventionsansökningarna.
7. Nord Stream 2, parlamentet och rådet samt Republiken Estland, Republiken Lettland, Republiken Litauen, Republiken Polen och kommissionen ska bära sina rättegångskostnader i den mån de hänför sig till interventionsansökningarna.”

<sup>9</sup> Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1049/2001 av den 30 maj 2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar (EGT L 145, 2001, s. 43).

#### IV. Förfarandet vid domstolen

21. I sitt överklagande till domstolen, vilket ingavs den 28 juli 2020, har klaganden yrkat att domstolen ska

- upphäva det överklagade beslutet, särskilt punkterna 1, 3, 4 och 6 i slutet,
- i den mån domstolen finner det lämpligt med hänsyn till omständigheterna i målet, i första hand ogilla yrkandet om att överklagandet inte kan tas upp till prövning, slå fast att överklagandet kan tas upp till prövning och återförvisa målet till tribunalen för prövning i sak eller i andra hand, slå fast att den angripna rättsakten berör klaganden direkt och återförvisa målet till tribunalen för prövning av rekvisitet personligen berörd eller avgöra den frågan inom ramen för prövningen i sak, och
- förplikta rådet och parlamentet att ersätta klagandens rättegångskostnader, inklusive de kostnader som uppkommit vid tribunalen.

22. Rådet och parlamentet (motparterna) har yrkat att domstolen ska avvisa överklagandet och förplikta klaganden att ersätta rättegångskostnaderna.

23. Den estniska, den lettiska och den polska regeringen (intervenienterna), som fått tillstånd att intervensera till stöd för motparternas yrkanden, har inkommit med yttranden. Klaganden har bemött dessa yttranden.

24. Den 25 januari 2021 lämnade klaganden in en replik och den 5 mars 2021 lämnade motparterna in en duplik.

25. Den 16 juli 2021 inkom klaganden i enlighet med en åtgärd för processledning som referenten och generaladvokaten hade antagit enligt artikel 62.1 i domstolens rättegångsregler med de handlingar som den tidigare hade ingett till tribunalen som bilagorna A.14, O.20, M.26 och M.30 (de aktuella bilagorna).

#### V. Bedömning

26. Klaganden har anfört två grunder till stöd för sitt överklagande. Genom den första grunden har klaganden kritiserat tribunalens slutsatser om att villkoret direkt berörd ej är uppfyllt. Den andra grunden för överklagandet gäller tribunalens beslut i fråga om de handlingar som avlägsnats från akten.

27. I detta förslag till avgörande kommer jag att behandla de två grunderna för överklagandet i den ordning som de har framställts av klaganden. Därför kommer jag först att granska tribunalens slutsatser om huruvida klaganden var direkt berörd av den angripna rättsakten (A). Därefter kommer jag att granska tribunalens beslut i fråga om vissa handlingar och uppgifter som klaganden har lämnat in (B).

### ***A. Den första grunden för överklagandet: Huruvida klaganden är direkt berörd***

28. Genom sin första grund för överklagandet, som riktas mot punkterna 102–124 i det överklagade beslutet har klaganden gjort gällande att tribunalen gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning vid tolkningen och tillämpningen av kravet ”direkt berörd” och därmed konstaterat att klaganden saknade talerätt för att bestrida den angripna rättsakten. Den första grunden består av två delar.

#### *1. Parternas argument*

29. I *första delen* av den första grunden för överklagandet har klaganden hävdade att tribunalen gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att i första hand grunda sitt resonemang på den omständigheten att den angripna rättsakten är ett *direktiv* och därför inte direkt påverkade klagandens ställning. Klaganden menar att fast rättspraxis visar att det avgörande enligt artikel 263 FEUF är rättsaktens innehåll, inte dess form. Klaganden har därvid hänvisat till flera mål där unionsdomstolen har konstaterat att talan om ogiltigförklaring av direktiv har kunnat tas upp till prövning.

30. I den *andra delen* av den första grunden för överklagandet har klaganden kritiserat tribunalens slutsats att den angripna rättsakten gav nationella myndigheter ett utrymme för skönsmässig bedömning vid tillämpningen av den angripna rättsakten med avseende på i) de regler om åtskillnad som föreskrivs i artikel 9 i gasdirektivet, ii) den ordning för undantag som fastställs i artikel 36 i gasdirektivet, och iii) den ordning för undantag som fastställs i artikel 49a i gasdirektivet. Enligt klaganden har tribunalen inte tagit ställning till huruvida den angripna rättsakten gav medlemsstaterna ett *verkligt* utrymme för skönsmässig bedömning i detta avseende. Slutligen har klaganden hävdade att tribunalen underlät att granska huruvida bestämmelserna om tillträde för tredje part (artikel 32 i gasdirektivet) och tariffbestämmelser (artikel 41 i gasdirektivet) påverkar klagandens rättsliga ställning.

31. Motparterna, med stöd av samtliga intervenienter, försvarar å sin sida det resonemang som tribunalen tillämpat för att komma till slutsatsen att klaganden inte är direkt berörd. Dessa parter betonar framför allt att ett direktiv *per definition* inte kan ha rättsverkningar gentemot enskilda, så länge det inte införlivats med nationell rätt. Parterna har vidare hävdade att de specifika bestämmelser i den angripna rättsakten som klagandebolaget har hänvisat till inte kunde påverka det bolaget direkt eftersom det krävs nationella genomförandebestämmelser för att de ska få effekt.

#### *2. Bedömning*

32. Enligt artikel 263 fjärde stycket FEUF kan en fysisk eller juridisk person ha rätt att väcka talan mot en rättsakt som inte är riktad till denne i två situationer. För det första får en sådan talan väckas om rättsakten direkt och personligen berör denna person. För det andra får han eller hon väcka talan mot en regleringsakt som direkt berör honom eller henne och som inte medför genomförandeåtgärder.

33. Parterna är överens om att den angripna rättsakten inte är en ”regleringsakt” i den mening som avses i artikel 263 FEUF, utan en lagstiftningsakt.<sup>10</sup> Klagandens talerätt måste därför prövas enligt det första typfall som angetts i föregående punkt. Den talan som klaganden väckt vid tribunalen kan således tas upp till prövning om bolaget både *direkt* och *personligen* berörs av den angripna rättsakten. Eftersom tribunalen fann att klaganden inte var direkt berörd fortsatte den inte med att pröva frågan om huruvida bolaget var personligen berört.

34. I följande avsnitt kommer jag först att förklara varför jag menar att de skäl som anförts i det överklagade beslutet inte är övertygande. Skälen kan delas in i två grupper: de som är av systembaserad, mer abstrakt och teoretisk karaktär (a) och de som är kopplade till klagandens specifika omständigheter (b). Därefter kommer jag att förklara på vilket sätt tribunalen underlät att behandla vissa argument som klaganden lade fram (c). Slutsatsen jag drar av detta är att tribunalen har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning i sin tolkning och tillämpning av artikel 263 fjärde stycket FEUF med avseende på det föreliggande fallet.

*a) Den angripna rättsakten är ett direktiv och kan därför inte bestridas av en enskild*

35. Tribunalens första uppsättning skäl handlar om överväganden av systembaserad karaktär: den angripna rättsakten kan inte direkt beröra klaganden eftersom den är ett *direktiv*.

36. De relevanta avsnitten i det överklagade beslutet lyder på följande sätt: ett direktiv ”kan nämligen inte i sig medföra skyldigheter för en enskild, och det kan således inte åberopas av nationella myndigheter gentemot operatörer om dessa myndigheter inte först har antagit bestämmelser för att införliva nämnda direktiv. ... Oavsett om bestämmelserna i det angripna direktivet är klara och tillräckligt precisa kan de inte – innan statliga införlivandeåtgärder vidtas och oberoende av dessa – direkt påverka [klagandens] rättsliga ställning i den mening som avses i artikel 263 fjärde stycket FEUF ... Det angripna direktivet har [dessutom] inte i sig, sedan det trädde i kraft, någon omedelbar och konkret inverkan på den rättsliga ställningen för sådana operatörer som [klaganden], i varje fall inte innan den fastställda fristen för införlivande enligt artikel 2.1 i direktivet har löpt ut.”<sup>11</sup>

37. Jag anser att tribunalens resonemang i detta avseende är felaktigt.

38. För det första stämmer tribunalens påståenden knappast överens med den rättspraxis som det hänvisats till tidigare i det överklagade beslutet och som innebär att den omständigheten att en enskild väcker talan om ogiltigförklaring av ett direktiv inte i sig är tillräcklig för att en sådan talan ska avvisas. Tribunalen tillade att en talan alltså kan tas upp till prövning om ett *direktiv* direkt och personligen berör den sökande eller om det utgör en regleringsakt som direkt berör honom eller henne och inte medför genomförandeåtgärder.<sup>12</sup>

39. Jag håller med om de principerna. De motsäger emellertid tribunalens uttalanden, som återges i punkt 36 ovan. Det tribunalen fastställer skulle i själva verket leda till att enskilda sökande aldrig har talerätt att bestrida ett direktiv. När det gäller den typen av rättsakt skulle det aldrig vara möjligt att fastställa att villkoret direkt berörd är uppfyllt, eftersom *alla* direktiv per

<sup>10</sup> Se även punkt 82 i det överklagade beslutet.

<sup>11</sup> Punkterna 106–108 i det överklagade beslutet.

<sup>12</sup> Punkterna 78 och 79 i det överklagade beslutet.

definition i) kräver någon form av införlivande, ii) före införlivandet inte kan medföra skyldigheter för enskilda och åberopas gentemot dem av nationella myndigheter.<sup>13</sup> Det sistnämnda gäller i än högre grad innan tidsfristen för införlivandet av direktivet i sig har löpt ut.

40. Jag anser dock att det inte är begreppsmässigt möjligt att likställa villkoret *direkt berörd* med villkoret *direkt effekt*. De två begreppen har visserligen vissa likheter, men de är ändå ontologiskt olika och tjänar olika syften. Enligt artikel 263 fjärde stycket FEUF krävs inte att den angripna rättsakten ska ha direkt effekt, än mindre att den ska kunna åberopas av myndigheter gentemot enskilda. Det enda som krävs enligt den bestämmelsen är att den angripna rättsakten ska ”ha rättsverkan i förhållande till tredje part”.

41. Det sistnämnda begreppet är dock något annat och omfattar logiskt sett en mycket större kategori än direkt effekt. Som anges i rättspraxis ”är villkoret att en fysisk eller juridisk person ska vara direkt berörd av det beslut som talan avser, som föreskrivs i artikel 263 fjärde stycket FEUF, uppfyllt om två kriterier samtidigt är uppfyllda. För det första måste den angripna rättsakten ha *direkt inverkan* på den enskildes rättsliga ställning. För det andra får akten inte lämna *något utrymme för skönsässig bedömning* för dem till vilka den riktar sig, och som ska genomföra den, vilket innebär att genomförandet ska ha en rent automatisk karaktär och endast följa av unionslagstiftningen, utan tillämpning av några mellanliggande bestämmelser.”<sup>14</sup>

42. I förevarande fall kan den angripna rättsakten ha *rättsverkan* genom att räckvidden för reglerna i gasdirektivet utvidgas till situationer och riktas till personer som inte tidigare omfattades av reglerna. Det är likaså klart att klagandens *rättsliga ställning förändras* till följd av den utvidgningen. En uppsättning detaljerade regler för dess verksamhet har nämligen blivit tillämplig på klagandens verksamhet. Det avgörande är i själva verket huruvida förändringen i klagandens ställning direkt härrör från den angripna rättsakten eller om den tvärtom enbart kan uppstå i och med att nationella genomförandebestämmelser antas.

43. I det avseendet innebär den rättspraxis som angetts i punkt 41 ovan i allt väsentligt att det, för att villkoret för direkt berörd ska anses vara uppfyllt, krävs att rättsverkningarna av den angripna rättsakten åstadkoms av akten själv, *automatiskt*, utan någon annan åtgärd därefter vare sig av unionen eller medlemsstaterna. Villkoret direkt berörd är således uppfyllt när det kan fastställas att det finns ett *direkt orsakssamband* mellan den angripna unionsakten och förändringen i sökandens rättsliga ställning. Villkoret direkt berörd är inte uppfyllt om det föreligger något ytterligare ingripande av unionsinstitutionerna eller av de nationella myndigheterna som kan bryta detta samband.<sup>15</sup>

44. Framför allt går det inte att göra en abstrakt bedömning som enbart utgår från vilken typ av rättsakt som angrips. Det är nödvändigt att framför allt granska syftet, innehållet, räckvidden, föremålet i sak för den akt som angrips och den rättsliga och faktiska bakgrunden till att akten

<sup>13</sup> Det är säkerligen i princip riktigt. I praktiken kan direktiv emellertid, till och med före eller i avsaknad av införlivande ge upphov till i) en blockerande verkan på de nationella myndigheterna, vilket kan påverka enskilda negativt – dom av den 18 december 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628, punkterna 35–50) eller ii) sidoeffekter för tredje part – dom av den 7 januari 2004, Wells (C-201/02, EU:C:2004:12, punkterna 54–61), och dom av den 30 april 1996, CIA Security International (C-194/94, EU:C:1996:172, punkterna 40–55), eller iii) leda till en tolkning av nationell rätt i enlighet med ett sådant direktiv som skulle kunna vara till nackdel för en enskild – se, till exempel, dom av den 19 april 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, punkt 31 och där angiven rättspraxis).

<sup>14</sup> Dom av den 6 november 2018, Scuola Elementare Maria Montessori/kommissionen, kommissionen/Scuola Elementare Maria Montessori och kommissionen/Ferracci (C-622/16–P–C-624/16 P, EU:C:2018:873, punkt 42 och där angiven rättspraxis). Min kursivering.

<sup>15</sup> Se, med hänvisningar till relevant rättspraxis och juridisk doktrin, mitt förslag till avgörande i målet Région de Bruxelles-Capitale/kommissionen (C-352/19 P, EU:C:2020:588, punkt 48).



antogs.<sup>16</sup> Som generaladvokat Hogan nyligen uttryckte det har unionsdomstolen i sin prövning av inverkan av en rättsakt på en fysisk eller juridisk persons ställning intagit ett ”holistiskt och pragmatiskt synsätt [som] prioriterar innehåll framför form”.<sup>17</sup>

45. Dessa principer är tillämpliga på *alla typer* av unionsakter som kan angripas vid unionsdomstolen, oavsett form och oavsett vilket namn eller vilken etikett de får. Unionsdomstolen har konsekvent framhållit att ”den form i vilken de vidtas i princip [*saknar betydelse*] vad gäller möjligheten att angripa dem genom en talan om ogiltigförklaring.<sup>18</sup> För att avgöra huruvida en angripen rättsakt medför bindande rättsverkningar vid tillämpningen av artikel 263 FEUF ”är det nödvändigt att se till denna rättsakts *innehåll* och att bedöma dessa verkningar på grundval av objektiva kriterier såsom rättsaktens innehåll, i förekommande fall med beaktande av det sammanhang i vilket den antogs och den antagande institutionens befogenheter”.<sup>19</sup>

46. Att den angripna rättsakten är ett *direktiv* utesluter alltså inte att den sökande kan vara direkt berörd av den.

47. Det är sant att det med hänsyn till särdragen i denna typ av lagstiftning enligt artikel 288 FEUF kommer att vara mycket sällsynt att en bestämmelse i ett direktiv uppfyller kravet på att en enskild är direkt berörd. Men *mycket sällsynt* är något annat än *systematiskt uteslutet*, vilket tribunalens resonemang tyder på. Om man ska följa domstolens övergripande uttalande om att innehåll ska prioriteras framför form<sup>20</sup> kan den valda typen av unionsrättskälla inte rent abstrakt och i sig själv avgöra arten av dess innehåll. Etablerad praxis har också bekräftat att möjligheten att vissa bestämmelser i ett direktiv direkt berör en viss enskild person inte kan uteslutas helt och hållet.<sup>21</sup>

48. I det sammanhanget har det ingen betydelse att vissa verkningar av den angripna rättsakten inte hade inträtt vid den tidpunkt då talan väcktes, eftersom tidsfristen för införlivande ännu inte hade löpt ut. Den omständigheten att en rättsakts rättsverkningar inträder först vid en senare, i rättsakten angiven, tidpunkt inte innebär att en enskild inte kan beröras direkt av den på grund av en skyldighet som följer av densamma.<sup>22</sup>

49. Om man anlade tribunalens synsätt i detta avseende skulle så gott som inget direktiv någonsin kunna angripas vid unionsdomstolen. Den tidsfrist för införlivande som beviljas medlemsstaterna är i princip alltid längre än den period på två månader för att väcka talan som föreskrivs i

<sup>16</sup> Se bland annat dom av den 22 juni 2021, Venezuela/rådet (C-872/19, EU:C:2021:507, punkt 66).

<sup>17</sup> Se förslag till avgörande av generaladvokaten Hogan i målet Venezuela/rådet (C-872/19, EU:C:2021:37, punkt 105).

<sup>18</sup> Se dom av den 11 november 1981, IBM/kommissionen (60/81, EU:C:1981:264, punkt 9) och dom av den 12 september 2006, Reynolds Tobacco m.fl./kommissionen (C-131/03 P, EU:C:2006:541, punkt 47). Min kursivering. Se mer nyligen, för ett liknande resonemang, dom av den 31 januari 2019, International Management Group/kommissionen (C-183/17 P och C-184/17 P, EU:C:2019:78, punkt 51), och beslut av den 2 september 2020, ENIL Brussels Office m.fl./kommissionen (T-613/19, ej publicerat, EU:T:2020:382, punkt 25).

<sup>19</sup> Se, bland många andra, dom av den 20 februari 2018, Belgien/kommissionen (C-16/16 P, EU:C:2018:79, punkt 32 och där angiven rättspraxis), och dom av den 9 juli 2020, Tjeckien/kommissionen (C-575/18 P, EU:C:2020:530, punkt 47). Min kursivering.

<sup>20</sup> Samma synsätt tillämpas också på andra frågor, till exempel huruvida det är fråga om en akt mot vilken talan kan väckas enligt artikel 263 FEUF – se, till exempel, dom av den 20 februari 2018, Belgien/kommissionen (C-16/16 P, EU:C:2018:79, punkt 19).

<sup>21</sup> Se, bland annat, dom av den 7 oktober 2009, Vischim/kommissionen (T-420/05, EU:T:2009:391, punkterna 67, 78 och 79), dom av den 7 oktober 2009, Vischim/kommissionen (T-380/06, EU:T:2009:392, punkterna 57–59) och dom av den 2 mars 2010, Arcelor/parlamentet och rådet (T-16/04, EU:T:2010:54, punkt 94 och där angiven rättspraxis).

<sup>22</sup> Se, bland annat, dom av den 25 september 2015, PPG och SNF/ECHA (T-268/10 RENV, EU:T:2015:698, punkt 47 och där angiven rättspraxis).

artikel 263 sjätte stycket i FEUF.<sup>23</sup> Tribunalens synsätt motsägs i själva verket av olika avgöranden från unionsdomstolen där det fastställts att talan kunde väckas mot ett direktiv, trots att det hade skett *innan* tidsfristen för införlivandet av direktivet hade löpt ut.<sup>24</sup>

50. Slutligen är det nödvändigt att göra några avslutande påpekanden med hänsyn till de uttalanden som görs i punkterna 108 och 109 i det överklagade beslutet.

51. Å ena sidan fann tribunalen att de rättsverkningar som sökanden gör gällande inte är tillräckliga för att det ska gå att fastställa att villkoret direkt berörd är uppfyllt. De är ”i varje fall endast en följd av sökandens val att utveckla och upprätthålla sin verksamhet inom unionens territorium”. Jag kan emellertid inte förstå varför ett företag inte skulle få angripa en unionsrättsakt som påverkar dess ställning enbart på grund av att företaget i teorin skulle kunna flytta sin verksamhet till ett land utanför unionen och på så sätt slippa omfattas av reglerna för den inre marknaden. Enligt artikel 263 FEUF ska en rättsakt ha rättsverkan för att kunna angripas, inte ”oundviklig” rättsverkan.

52. Bland annat kan tribunalens uttalande knappast anses vara förenligt med den rätt till ett effektivt rättsmedel som ”var och en” (och inte enbart fysiska och juridiska personer som är ”tvungna” att stanna i unionen) tillerkänns genom artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (*stadgan*) och med den näringsfrihet och rätt till egendom som erkänns i artiklarna 16 respektive 17 i stadgan. Om vi skulle dra tribunalens resonemang till sin spets skulle nästan inget företag någonsin kunna angripa en unionsrättsakt: företag kan i princip alltid flytta från unionen.

53. Den rättspraxis som tribunalen hänvisar till i detta avseende verkar inte vara relevant. Det mål som anges – *Air Transport Association of America m.fl.* – gäller inte en sådan rättegångsfråga som framställs i förevarande talan (huruvida en talan om ogiltigförklaring som väcks av en enskild kan tas upp till prövning), utan gäller en sakfråga (Europeiska unionens förmåga att anta rättsakter som vissa företag anser får vissa extraterritoriella effekter).<sup>25</sup> Av större intresse är kanske att unionsdomstolen tydligt har fastställt att det inte är uteslutet att en sökande är direkt berörd enbart på grund av att den berörda unionsaktens inverkan på sökandens rättsliga ställning också är ett resultat av vissa val som de berörda ekonomiska aktörerna har gjort,<sup>26</sup> eller att sökanden skulle kunna undvika konsekvenserna av den angripna unionsakten genom att vidta andra åtgärder.<sup>27</sup>

54. Å andra sidan slog tribunalen i punkt 109 fast att ”[a]tt godta sökandens ståndpunkt, det vill säga att sökandens rättsliga ställning påverkades direkt när det angripna direktivet trädde i kraft, på den grunden att driften av sökandens [Nord Stream 2-rörledning] i annat fall inte skulle ha omfattats av det materiella tillämpningsområdet för direktiv 2009/73, vore att anse att all ny lagstiftning som unionen antar på ett område och som innebär att operatörer underordnas skyldigheter som de tidigare inte haft, med nödvändighet direkt berör dessa operatörer, i den mening som avses i artikel 263 fjärde stycket FEUF, oavsett om denna lagstiftning antas i form av

<sup>23</sup> Se även artiklarna 58–60 i tribunalens rättegångsregler.

<sup>24</sup> Se bland annat beslut av den 13 oktober 2006, *Vischim/kommissionen* (T-420/05 RII, EU:T:2006:304, punkt 33).

<sup>25</sup> Dom av den 21 december 2011 (C-366/10, EU:C:2011:864, punkterna 127 och 128).

<sup>26</sup> Se, för ett liknande resonemang, domar av den 15 december 2005, *Infront WM/kommissionen* (T-33/01, EU:T:2005:461, punkterna 114–150), 13 mars 2008, *kommissionen/Infront WM* (C-125/06 P, EU:C:2008:159, punkterna 41–64), och 25 oktober 2011, *Microban International och Microban (Europe)/kommissionen* (T-262/10, EU:T:2011:623, punkt 28).

<sup>27</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 22 juni 2021, *Venezuela/rådet* (C-872/19 P, EU:C:2021:507, punkt 71).

ett direktiv genom ett vanligt lagstiftningsförfarande”. Tribunalen tillade att ett sådant synsätt skulle strida mot själva lydelsen i artikel 288 FEUF där det anges att det krävs nationella genomförandebestämmelser för direktiv.

55. Jag har redan förklarat varför det i princip inte är uteslutet att väcka talan mot direktiv enligt artikel 263 fjärde stycket FEUF, varför jag inte behöver upprepa mina argument på den punkten. Jag vill bara tillägga att tribunalens synsätt också skulle innebära att icke-privilegierade sökandes rätt att väcka talan om ogiltigförklaring av en rättsakt som inverkar menligt på dem enligt artikel 263 FEUF lätt skulle kunna omintetgöras av EU-institutionerna genom att de helt enkelt skulle kunna anta rättsakten i form av ett ”direktiv”.<sup>28</sup>

56. Tribunalens föreställning om att det skulle vara alltför enkelt för privata sökande att angripa unionslagstiftning om man godtog de argument som klaganden anfört avseende villkoret direkt berörd kan därför avfärdas med en påminnelse om skillnaden mellan begreppen *direkt berörd* respektive *personligen berörd*. Dessa båda krav, som begripligt nog är kumulativa, har olika funktioner när det gäller artikel 263 fjärde stycket FEUF. Rekviritet direkt berörd är avsett att kontrollera om sökandens ställning påverkas *omedelbart*. Rekviritet personligen berörd är avsett att avgöra om sökanden påverkas *på grund av särskilda omständigheter* som särskiljer sökanden från alla andra personer som kanske också påverkas.

57. Det är alltså när det sistnämnda kriteriet är uppfyllt – vilket, enkelt uttryckt, innebär att sökanden måste befinna sig i en ställning som kan likställas med en part som rättsakten riktar sig till<sup>29</sup> – som en sådan situation som tribunalen fruktar inte kan vara för handen. Ny lagstiftning (oavsett om den har formen av en förordning eller ett direktiv) kan mycket riktigt påverka flera ekonomiska aktörer. Det är dock enbart de som strikt uppfyller ”Plaumann-kriterierna”<sup>30</sup> som kan anses ha talerätt enligt artikel 263 fjärde stycket FEUF. Den risk för att skapa en allmän talerätt (*actio popularis*) mot unionslagstiftning som tribunalen hänvisar till är alltså uppenbart felplacerad.

58. Sammanfattningsvis anser jag att det finns stöd för den första delen av klagandens grund för överklagandet. Den slutsatsen är dock inte i sig tillräcklig för att upphäva det överklagade beslutet. Som nämns ovan bygger tribunalens slutsats om att klaganden inte är direkt berörd också på en annan uppsättning skäl.

*b) Medlemsstaterna hade utrymme för skönsmässig bedömning vid införlivandet av de relevanta bestämmelserna i direktivet*

59. Den andra uppsättningen skäl som tribunalen anfört för att slå fast att klaganden inte är direkt berörd är kopplad till klagandens specifika ställning och innehållet i de rättsliga bestämmelser som den hänvisar till. I punkterna 111–123 i det överklagade beslutet fann tribunalen att klaganden inte är direkt berörd, eftersom bestämmelserna i den angripna rättsakten, som klaganden ansåg påverkade dess rättsliga ställning, krävde genomförandebestämmelser på nationell nivå.

<sup>28</sup> Vilket tribunalen själv påpekar, på grundval av fast rättspraxis, i punkt 78 i det överklagade beslutet. Se även dom av den 2 mars 2010, Arcelor/parlamentet och rådet (T-16/04, EU:T:2010:54, punkt 94 och där angiven rättspraxis). Se mer nyligen, analogt, förslag till avgörande av generaladvokaten Hogan i målet Venezuela/rådet (C-872/19 P, EU:C:2021:37, punkt 119).

<sup>29</sup> Se, för ett liknande resonemang, Lenaerts, K., Maselis, I. och Gutman, K., *EU Procedural Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 768 och 769.

<sup>30</sup> Se, bland annat, dom av den 15 juli 1963, Plaumann/kommissionen (25/62, EU:C:1963:17, s. 107), och för ett nyare exempel, dom av den 17 september 2015, Mory m.fl./kommissionen (C-33/14 P, EU:C:2015:609, punkt 93).

60. I denna del av sin motivering tillämpade tribunalen kriteriet för att avgöra huruvida sökanden är direkt berörd, trots sina tidigare förbehåll med hänsyn till att rättsakten var ett direktiv. När det gäller denna del av det överklagade beslutet kan jag ändå inte hålla med tribunalen.

61. Det är viktigt att komma ihåg att det kriterium som avser avsaknaden av genomförandeåtgärder inte betyder att *varje* genomförandeåtgärde oavsett slag omedelbart och med nödvändighet utesluter att en person är direkt berörd. Som det så riktigt påpekas i punkterna 102 och 103 i det överklagade beslutet, är villkoret direkt berörd bland annat uppfyllt när det finns genomförandebestämmelser, men de berörda myndigheterna i *praktiken saknar utrymme för skönsmässig bedömning* i fråga om på vilket sätt unionsakten ska genomföras. Som generaladvokaten Wathelet har konstaterat ”räcker det inte att den som antar den mellanliggande rättsakten för genomförande av unionsrättsakten har ett rent formellt utrymme för skönsmässig bedömning för att en person inte ska anses vara direkt berörd. Inverkan på den enskildes rättsliga ställning måste härröra från beslutsfattarens utrymme för skönsmässig bedömning.”<sup>31</sup>

62. Det finns en omfattande rättspraxis som illustrerar detta. Det konstaterades till exempel att villkoret direkt berörd var uppfyllt i de fall då den berörda unionsakten på ett uttömmande sätt reglerade *hur* de nationella myndigheterna skulle fatta sina beslut<sup>32</sup> eller vilket *resultat* som skulle uppnås, oberoende av innehållet i de särskilda mekanismer som de nationella myndigheterna infört för att uppnå detta resultat,<sup>33</sup> där de nationella myndigheternas funktion var oerhört liten och av administrativ karaktär,<sup>34</sup> rent mekanisk,<sup>35</sup> eller där medlemsstaterna huvudsakligen antog accessoriska åtgärder i tillägg till den berörda unionsakten.<sup>36</sup>

63. Unionsdomstolen har också slagit fast att frågan om huruvida en sökande är direkt berörd av en unionsakt som inte riktas till den också måste bedömas ”med utgångspunkt i föremålet för nämnda rättsakt”.<sup>37</sup> Detta innebär att det saknar betydelse huruvida andra verkningar av den angripna unionsakten endast kan inträda *efter* det att genomförandeåtgärder har antagits, i den mån de verkningar som åberopats av sökanden följer direkt och automatiskt från denna rättsakt.<sup>38</sup>

64. Jag anser att tribunalen har fångat logiken bakom denna rättspraxis väl i ett av sina tidigare avgöranden: ”i de fall en institution riktar en [unions]rättsakt till en medlemsstat och de åtgärder som medlemsstaten ska vidta till följd av rättsakten har en automatisk karaktär eller om det under alla omständigheter *inte råder någon tvekan* om vilket resultatet blir, berör rättsakten således direkt vilken person som helst som påverkas av dessa åtgärder. ... Rättsakten i fråga ska

<sup>31</sup> Förslag till avgörande av generaladvokaten Wathelet i målet Stichting Woonlinie m.fl./kommissionen (C-133/12 P, EU:C:2013:336, punkt 41). Nyligen även angiven i dom av den 28 november 2019, Banco Cooperativo Español/SRB (T-323/16, EU:T:2019:822, punkt 51).

<sup>32</sup> Se domar av den 6 november 1990, Weddel/kommissionen (C-354/87, EU:C:1990:371, punkt 19) och den 13 oktober 2011, Deutsche Post och Tyskland/kommissionen (C-463/10 P och C-475/10 P, EU:C:2011:656, punkt 70).

<sup>33</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 mars 2008, kommissionen/Infront WM (C-125/06 P, EU:C:2008:159, punkt 62), och den 17 februari 2011, FIFA/kommissionen (T-385/07, EU:T:2011:42, punkt 41).

<sup>34</sup> Se dom av den 13 maj 1971, International Fruit Company m.fl./kommissionen (41/70–44/70, EU:C:1971:53, punkterna 23–26). Se även, för ett liknande resonemang, dom av den 28 november 2019, Banco Cooperativo Español/SRB (T-323/16, EU:T:2019:822, punkterna 60–63).

<sup>35</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 september 2009, kommissionen/Koninklijke FrieslandCampina (C 519/07 P, EU:C:2009:556, punkt 49), dom av den 26 september 2000, Starway/rådet (T-80/97, EU:T:2000:216, punkterna 61–65), och dom den 1 juli 2009, ISD Polska m.fl./kommissionen (T-273/06 och T-297/06, EU:T:2009:233, punkt 68).

<sup>36</sup> Se, för ett liknande resonemang, domar av den 29 juni 1994, Fiskano/kommissionen (C-135/92, EU:C:1994:267, punkt 27) och den 25 oktober 2011, Microban International och Microban (Europe)/kommissionen (T-262/10, EU:T:2011:623, punkt 29).

<sup>37</sup> Dom av den 3 april 2003, Royal Philips Electronics/kommissionen (T-119/02, EU:T:2003:101, punkt 276).

<sup>38</sup> Ibidem, punkterna 277–281. Se även den rättspraxis som anges ovan i fotnot 21.

således för att få rättsverkningar inte vara beroende av att en tredje part utnyttjar sitt utrymme för skönsmässig bedömning, om det inte är uppenbart att detta utrymme endast kan utövas på ett visst sätt.”<sup>39</sup>

65. Men såsom jag redan har angett ovan<sup>40</sup> är innehåll framför form det avgörande: om det redan när unionsakten har antagits och som en direkt följd av detta inte råder någon tvekan om vilken akt som kommer att antas på nationell nivå vore det tämligen formalistiskt att kräva att personen ändå måste vänta i veckor, månader eller till och med år för att, denna gång genom ett förhandsavgörande, angripa det innehåll som redan var känt sedan tidigare.<sup>41</sup>

66. Det är mot bakgrund av dessa principer som motiveringen i punkterna 111–123 i det överklagade beslutet ska granskas.

67. Inför tribunalen gjorde klaganden gällande att den angripna rättsakten skulle ge upphov till tre konsekvenser för klagandens rättsliga ställning genom att tre bestämmelser som skulle medföra nya skyldigheter för klaganden skulle bli tillämpliga på den. Dessa bestämmelser gällde i) åtskillnad, ii) tillträde för tredje part och iii) tariffbestämmelser. Vidare hävdade klaganden att gasdirektivet visserligen genom artiklarna 36 och 49a medgav möjlighet att bevilja undantag<sup>42</sup> från tillämpningen av dessa regler, men att de bestämmelserna uppenbart inte var tillämpliga på klagandens situation.

68. Den avgörande frågan är alltså om tribunalen hade rätt som slog fast att *ingen* av de *tre* former av rättsverkan som klaganden invände mot var en direkt följd av den angripna rättsakten.

69. För det första är det lämpligt att inleda analysen med att titta på en faktor som tribunalen behandlade närmast i förbigående, men som jag menar är högst relevant för samtliga tre frågor som klaganden tagit upp. I punkterna 119–123 i det överklagade beslutet slog tribunalen fast att det för att avgöra om klaganden är direkt berörd av den angripna rättsakten inte var relevant att det bolaget inte kunde beviljas det eller de undantag som anges i artikel 36 respektive artikel 49a i gasdirektivet. Tribunalen angav i allt väsentligt att även om bestämmelserna i den angripna rättsakten inte är tillämpliga på klaganden hade denna ändå kunnat ansöka om ett sådant undantag och därefter bestrida eventuella avslagsbeslut vid nationell domstol och därvid åberopa unionsrättsaktens ogiltighet och på så sätt få utverka ett förhandsavgörande om den angripna rättsaktens giltighet.

70. Dessa uttalanden verkar på ett ganska väsentligt sätt tona ned den övergripande betydelsen av bestämmelserna om beviljande av undantag.

<sup>39</sup> Beslut av den 10 september 2002, Japan Tobacco och JT International/parlamentet och rådet (T-223/01, EU:T:2002:205, punkt 46). Min kursivering.

<sup>40</sup> Se punkterna 45–47 ovan.

<sup>41</sup> Ett sådant beslut skulle visserligen också kunna fattas, som en rättspolitisk fråga. Det bakomliggande syftet skulle i så fall vara att i praktiken styra alla framtida frågor om giltigheten hos unionsakter som kräver någon form av nationell inblandning, hur marginell en sådan inblandning än skulle vara, till domstolen i form av förhandsavgöranden om giltighet enligt artikel 267 FEUF i stället för att låta dem behandlas av tribunalen enligt artikel 263 fjärde stycket FEUF. För en kritisk syn när det gäller sundheten i en sådan ärendehantering med hänsyn till unionsdomstolens institutionella struktur i dag, se mina förslag till avgörande i målet Région de Bruxelles-Capitale/kommissionen (C-352/19 P, EU:C:2020:588, punkterna 137–147) och i de förenade målen Tyskland och Ungern/kommissionen och kommissionen/Ville de Paris m.fl. (C-177/19 P–C-179/19 P, EU:C:2021:476, punkterna 108 och 109).

<sup>42</sup> För tydlighetens skull ska det påpekas att vissa språkversioner av gasdirektivet använder olika termer för att hänvisa till dessa båda situationer (exempelvis används i den engelska språkversionen ”derogation” och ”exemption” och i den tyska ”Ausnahme” och ”Abweichung”). I vissa andra språkversioner används däremot en och samma term (såsom ”dérogation” i den franska språkversionen och ”deroga” i den italienska).

71. Om klaganden, som redan hade börjat uppföra den infrastruktur som den nya lagstiftningen skulle tillämpas på, skulle kunna undantas från tillämpningen av det nya rättsliga regelverket genom ett skönsmässigt beslut av de nationella myndigheterna skulle möjligheten för klaganden att direkt beröras av den angripna rättsakten logiskt sett försvinna. Det skulle i så fall rimligtvis vara möjligt att de behöriga myndigheterna fattade ett skönsmässigt beslut om att bevilja undantag. Således är det uppenbart att bedömningen av huruvida artiklarna 36 och 49a i gasdirektivet kan vara tillämpliga på klaganden är viktig i förevarande mål.

72. Därför är tribunalens uttalanden i detta avseende förbryllande. För det första stämmer de inte överens med den rättspraxis som anges i punkterna 61–65 ovan och som innebär att kravet på att en person ska vara direkt berörd inte är uppfyllt om det finns ett *verkligt* utrymme för skönsmässiga bedömningar av de nationella myndigheterna.

73. Men återigen verkar det, i mer strukturellt hänseende vara orimligt (och betungande, kostsamt och tidskrävande) att tvinga ett företag att ansöka om ett beslut hos de nationella myndigheterna om den enda möjliga utgången är negativ, i syfte att angripa en tydlig och uttömmande regel som ingår i en unionsrättsakt. Det ”fullständig[a] system med rättsmedel och förfaranden för prövning” som tribunalen hänvisar till i punkt 120 i det överklagade beslutet är inte avsett att fungera som ett långt hinderlopp för sökande. Systemet bygger på en rationell och konstitutionellt inriktad uppdelning av uppgifter mellan nationella domstolar och unionsdomstolen. Enkelt uttryckt är det ”ursprunget” till den rättsakt som faktiskt påverkar sökanden som avgör vid vilken domstol talan ska väckas mot den rättsakten.

74. När det gäller artiklarna 36 och 49a i gasdirektivet kan deras ursprung endast hänföras till unionslagstiftaren. Inga av de alternativ som följer av de bestämmelserna förefaller vara tillämpliga på klaganden. Unionslagstiftaren beslutade att i) undantag endast är tillämpligt på gasöverföringsledningar mellan en medlemsstat och ett tredjeland som ”färdigställt för den 23 maj 2019”, och ii) att undantag endast är möjligt för större infrastrukturprojekt för vilka inget slutligt investeringsbeslut ännu har fattats.<sup>43</sup> När den angripna rättsakten antogs (den 17 april 2019) hade Nord Stream 2-rörledningen passerat stadiet före investering,<sup>44</sup> men skulle inte komma att färdigställas, och än mindre kunna tas i drift före den 23 maj 2019.<sup>45</sup>

75. Även om dessa bestämmelser alltså ger de nationella myndigheterna ett visst utrymme att bevilja undantag för vissa operatörer i framtiden är detta inte fallet för klaganden. Huruvida dessa bestämmelser är tillämpliga eller ej fastställs i det avseendet helt och hållet på förhand av unionsreglerna, eftersom de nationella myndigheterna *helt saknar manöverutrymme* och ska agera som unionens förlängda arm. I detta avseende påminner jag om att den omständigheten att det i teorin kan förekomma undantag från de regler som föreskrivs i en unionsakt inte kan påverka en sökandes ställning om den sökande uppenbart inte själv kan använda sig av dessa undantag.<sup>46</sup>

76. För det andra måste det, eftersom klaganden inte kan undgå tillämpningen av reglerna i gasdirektivet genom ett undantag, kontrolleras om de skyldigheter som direktivet nu medför för klaganden är en följd av antagandet av den angripna rättsakten eller av de nationella akter som genomför den rättsakten.

<sup>43</sup> Ett av villkoren för undantaget är enligt artikel 36.1 b i gasdirektivet att den ”risknivå som är förenad med investeringen ska vara sådan att investeringen inte skulle bli av om inte undantag beviljades”.

<sup>44</sup> Detta är obestriddigt med tanke på det mycket långt framskridna skedet i uppförandet av rörledningen. Enligt klaganden antogs det slutliga beslutet om den huvudsakliga investeringen i september 2015.

<sup>45</sup> Det vill säga inom ungefär en månad från antagandet av den angripna rättsakten. Se även, i fråga om den sistnämnda aspekten, beslut av den 20 maj 2020 BK7–19–108 av Bundesnetzagentur (Federala nätverksbyrån, Tyskland).

<sup>46</sup> Jämför med om av den 22 juni 2021, Venezuela/rådet (C-872/19 P, EU:C:2021:507, punkt 90).

77. Klaganden kritiserar framför allt den utvidgning av skyldigheten att göra åtskillnad enligt artikel 9 i gasdirektivet som införs genom den angripna rättsakten. Tribunalen ifrågasatte inte att den angripna rättsakten i princip ledde till en sådan utvidgning, genom att räckvidden utökas för den regel om fullständigt åtskilt ägande som fastställs i artikel 9.1 i gasdirektivet.<sup>47</sup> Tribunalen fann dock att utvidgningen inte var en följd av den angripna rättsakten, eftersom medlemsstaterna fick erbjuda två *alternativ* till fullständigt åtskilt ägande: modellen med ”oberoende systemansvariga” (”ISO”)<sup>48</sup> och modellen med ”oberoende systemansvariga för överföring” (”ITO”),<sup>49</sup> som föreskrivs i artikel 9.8 respektive artikel 9.9 i gasdirektivet.

78. Tribunalens slutsats att medlemsstaterna enligt artikel 9 i gasdirektivet har tre alternativ för att åstadkomma åtskillnad är tveklöst riktig. Klaganden har själv medgett detta.<sup>50</sup> Men den slutsatsen saknar betydelse för klagandens verkliga argument.

79. Klaganden ifrågasatte inte enbart det fullständigt åtskilda ägandet. Klaganden anser att både det *resultat* som ska uppnås enligt artikel 9 i gasdirektivet (åtskillnaden) och de tre *sätt* på vilka det resultatet kan uppnås (fullständigt ägande, ISO eller ITO) är olagliga.

80. I det avseendet går det inte att bestrida att *oavsett vilket alternativ* som de nationella myndigheterna till slut *väljer* kommer klagandens rättsliga ställning ofrånkomligen att ändras. Klaganden kommer i själva verket att behöva i) sälja hela Nord Stream 2-rörledningen, ii) sälja den del av rörledningen som omfattas av tysk jurisdiktion, eller iii) överlåta äganderätten till rörledningen på ett separat dotterföretag. Oavsett skillnaderna mellan dessa tre modeller kräver var och en av dem en överföring av ägande och/eller av driften av rörledningen eller delar av den, med åtföljande krav på att klaganden ändrar sin bolagsstruktur.

81. Under dessa omständigheter och med tanke på den unika situationen måste jag konstatera att det är den angripna rättsakten som direkt påverkar klagandens ställning och inte enbart (de efterföljande) införlivandeakterna. Det sätt som klaganden påverkas på regleras uttömmande i den angripna rättsakten. Medlemsstaterna har inget utrymme att göra skönsmässiga bedömningar vad beträffar det slutresultat som ska uppnås. De får enbart göra ett (begränsat) val i fråga om hur resultatet ska uppnås, genom att välja en av de tre modeller för åtskillnad som föreskrivs av unionslagstiftaren. Klaganden kommer dock i vilket fall som helst att påverkas, oavsett vilken av de tre modellerna som väljs. Sammanfattningsvis har medlemsstaterna inget utrymme att göra skönsmässiga bedömningar av *om* och *vad*, eftersom de enbart får välja någon av de tre på förhand fastställda formerna av *hur*.

82. Förevarande mål rör alltså av de situationer<sup>51</sup> där unionsdomstolen konsekvent har konstaterat att villkoret att en person ska vara direkt berörd är uppfyllt. I detta avseende förstår jag inte varför förevarande mål skiljer sig från till exempel det som unionsdomstolen prövade i målet Infront,<sup>52</sup> som klaganden också åberopade inför tribunalen. I ett ganska oemotsägligt

<sup>47</sup> Den regeln innebär en fullständig åtskillnad mellan ägandet och driften av gasöverföringsnät och gasproduktions- och leveransverksamhet.

<sup>48</sup> Enligt ISO-modellen – som beskrivs i artikel 14 i gasdirektivet – äger ett vertikalt integrerat företag ett nät för överföringssystem, men den systemansvariga för överföringssystemet måste vara en oberoende enhet.

<sup>49</sup> Enligt ITO-modellen – som beskrivs i kapitel IV i gasdirektivet – äger ett vertikalt integrerat företag en rättsligt åtskild enhet som äger och driver överföringssystemet (dvs. ITO). Den sistnämnda enheten måste driva sin verksamhet oberoende av det vertikalt integrerade företaget.

<sup>50</sup> Se punkt 113 i det överklagade beslutet.

<sup>51</sup> Som hänvisas till ovan i punkterna 61–65 i förevarande förslag till avgörande.

<sup>52</sup> Dom av den 15 december 2005, Infront WM/kommissionen (T-33/01, EU:T:2005:461).

uttalande konstaterade tribunalen att det målet rättsligt och faktiskt skilde sig från förevarande mål, eftersom den förstnämnda situationen gällde ett beslut (och inte ett direktiv) och den sistnämnda ”inte är atypisk”.<sup>53</sup>

83. Jag förstår inte riktigt vad tribunalen avsåg med att förevarande mål ”inte är atypiskt” och vad det innebär med avseende på artikel 263 FEUF.<sup>54</sup> Återigen menar jag att den viktigaste faktorn snarast är huruvida man godtar att beteckningen på och formen för en rättsakt inte är särskilt relevant inom ramen för den bestämmelsen. Om så är fallet blir den avgörande frågan enbart om den påstådda inverkan på klagandens rättsliga ställning är ett resultat av den unionsrättsakt som angrips eller är ett resultat av en efterföljande genomförandeakt.

84. Mot den bakgrunden gjorde tribunalen sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den i punkt 118 i det överklagade beslutet slog fast att klaganden inte var direkt berörd av den angripna rättsakten eftersom bestämmelsen om åtskillnad krävde nationella genomförandeakter.

85. Eftersom jag konstaterar att ingen av de två uppsättningar skäl som tribunalen anfört i det överklagade beslutet (den angripna rättsakten är ett direktiv och bestämmelsen om åtskillnad påverkar inte klagandens rättsliga ställning direkt) är korrekt drar jag slutsatsen att tribunalen har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den i punkt 116 i det överklagade beslutet slog fast att klaganden inte är direkt berörd, vilket sedan ledde den till en felaktig slutsats om talerätten enligt artikel 263 FEUF i punkt 124 i det överklagade beslutet.

86. Dessa fel vid rättstillämpningen är i sig tillräckliga för att upphäva punkt 4 i slutet i det överklagade beslutet, där talan avvisas. För fullständighetens skull och för att fullt ut biträda domstolen i detta överklagande kommer jag också att behandla ett annat argument som framförts av klaganden i den första grunden för överklagandet.

*c) Underlåtelsen att behandla övriga argument från klaganden*

87. Inför tribunalen hävdade klaganden att den angripna rättsakten direkt påverkade dess rättsliga ställning eftersom rättsakten framför allt gav tre typer av verkningar. Utöver att skapa en skyldighet avseende åtskillnad, som diskuterats i de föregående avsnitten i detta förslag till avgörande, krävs också att klaganden skulle tillämpa regler för tillträde för tredje part och tariffbestämmelser. I sina inlagor till tribunalen (framför allt i ansökan och i yttrandet om motparternas invändningar om rättegångshinder) hänvisade klaganden konsekvent till de (påstått skadevällande) effekter som tillämpningen av dessa tre bestämmelser skulle ha på klagandens situation.

<sup>53</sup> Punkt 117 i det överklagade beslutet.

<sup>54</sup> Om tribunalen menade att det angripna direktivet är ett *verkligt* direktiv och inte ett förklätt beslut (som rådet har hävdad i förevarande överklagande) skulle jag helt enkelt hänvisa till den rättspraxis som säger att "[e]nbart det förhållandet att de omtvistade bestämmelserna ingår i en allmängiltig rättsakt som *utgör ett verkligt direktiv och inte ett beslut* i den mening som avses i [artikel 263 fjärde stycket FEUF], som skenbart antagits som ett direktiv, är inte i sig tillräckligt för att utesluta möjligheten att dessa bestämmelser kan beröra en enskild direkt och personligen". Se dom av den 2 mars 2010, Arcelor/parlamentet och rådet (T-16/04, EU:T:2010:54, punkt 94 och där angiven rättspraxis). Min kursivering.



88. I det överklagade beslutet erkände tribunalen detta.<sup>55</sup> Den kom likväl fram till att villkoret direkt berörd inte var uppfyllt, och tog därvid enbart ställning till bestämmelserna om åtskillnad. Tribunalen underlät att pröva om klagandens rättsliga ställning – oavsett de påstådda effekterna av reglerna om åtskillnad – skulle kunna påverkas av bestämmelserna om tillträde för tredje part och/eller av tariffbestämmelserna.

89. De argument som klaganden framförde i fråga om tillträde för tredje part och tariffbestämmelser är allt annat än accessoriska överväganden som tribunalen kunde bortse ifrån eller underförstått avfärda, utan utgör två delar av klagandens tredelade förklaring av varför den var direkt berörd av den angripna rättsakten. Var och en av dessa tre delar skulle i sig kunna vara tillräcklig för att motivera en slutsats om att klaganden är direkt berörd. Framför allt kommer de skyldigheter i fråga om tillträde för tredje part och tariffbestämmelser som åläggs klaganden inte att påverkas, oavsett vilken form av åtskillnad som de nationella myndigheterna slutligen väljer.

90. Därför måste det konstateras att det överklagade beslutet också innehåller en bristande motivering. Denna felaktiga rättstillämpning avser tvingande rätt. Den får<sup>56</sup> prövas av domstolen ex officio,<sup>57</sup> särskilt när det handlar om huruvida ett mål vid tribunalen kan tas upp till sakprövning.<sup>58</sup>

91. Oavsett den felaktiga rättstillämpning i olika avseenden som konstaterats ovan i fråga om tolkningen och tillämpningen av bestämmelserna om åtskillnad (artikel 9 i gasdirektivet) och om undantagen (som fastställs i artikel 49a respektive artikel 36 i gasdirektivet), ska punkt 4 i slutet i det överklagade beslutet därför upphävas även på grund av bristande motivering.

92. Om tribunalen hade gjort en ordentlig bedömning av bestämmelserna om tillträde för tredje part och av tariffbestämmelserna skulle den dessutom ha dragit slutsatsen att även dessa bestämmelser direkt berör klaganden.

93. Även i detta fall stämmer det – vilket motparterna och intervenienterna har påpekat – att bestämmelserna i både artikel 32 och artikel 41 i gasdirektivet kräver att medlemsstaterna ”ska se till” att de genomförs.

94. Men även i detta sammanhang råder det knappast några tvivel om att klaganden inte har ifrågasatt de exakta metoder som kommer att användas för att ge verkan åt de skyldigheter som följer av dessa bestämmelser. Klaganden har angripit själva kärnan i de skyldigheter som åläggs den till följd av att den angripna rättsakten har antagits.

95. Kort sagt krävs enligt artikel 32 i gasdirektivet att systemansvariga för överföringssystemen ska tillåta tillträde till deras kapacitet på icke-diskriminerande grund för presumtiva kunder baserat på offentliggjorda tariffer. I artikel 41.6, 41.8 och 41.10 i gasdirektivet föreskrivs i princip att de tariffer som systemansvariga för överföringssystem tar ut för användningen av deras transportkapacitet ska godkännas av den nationella tillsynsmyndigheten i den berörda medlemsstaten.

<sup>55</sup> Se punkterna 96 och 98 i det överklagade beslutet.

<sup>56</sup> Klaganden har i vederbörlig ordning tagit upp tribunalens underlåtenhet i detta avseende inom ramen för sina argument om felaktig tolkning och tillämpning av artikel 263 fjärde stycket FEUF, även om den inte har betecknat det som ”bristande motivering”. Se ovan, punkt 67 i förevarande förslag till avgörande.

<sup>57</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 20 december 2017, EUIPO/European Dynamics Luxembourg m.fl. (C-677/15 P, EU:C:2017:998, punkt 36 och där angiven rättspraxis).

<sup>58</sup> Se, bland annat, beslut av den 5 september 2013, ClientEarth/rådet (C-573/11 P, ej publicerat, EU:C:2013:564, punkt 20).

96. Genom dessa bestämmelser kommer klaganden, i den utsträckning som föreskrivs i de reglerna, vara rättsligt hindrad från att fungera som en normal marknadsaktör som fritt väljer sina kunder och sin prispolitik. Klaganden kommer alltså att ställas inför ett antal nya lagstadgade begränsningar som begränsar dess rätt till egendom och näringsfrihet. Begränsningarna är nya eftersom den lagstiftning som var i kraft vid tidpunkten för investeringen, vid tidpunkten då uppförandet av infrastrukturen inleddes och tidpunkten då klaganden ingick avtal om dess finansiering och framtida drift,<sup>59</sup> inte innehöll bestämmelser om obligatoriskt tillträde för tredje part och den nationella tillsynsmyndighetens godkännande av tariffer.

97. Detta innebär inte att lagstiftaren, när ett företag gör en investering och förbereder sig på att träda in på en marknad inom ramen för den ordningen, oavsett hur stor investeringen är, inte på ett giltigt sätt kan ändra en viss ordning. Detta är verkligen inte fallet.

98. Huruvida de ändringar som införs genom den ordningen och som medför nya skyldigheter och begränsningar som inte fanns tidigare är rimliga är dock en bedömning som måste göras med hänsyn till *sakfrågan* i klagandens talan. När det gäller *möjligheten att ta upp ett mål till sakprövning* är den enda fråga som måste ställas huruvida dessa skyldigheter och begränsningar följer direkt av den angripna rättsakten och inte huruvida de är rimliga eller motiverade. Påverkar dessa begränsningar och skyldigheter redan klagandens rättsliga och ekonomiska ställning och dess förmåga att fullgöra sina skyldigheter enligt redan ingångna avtal<sup>60</sup> oavsett vilka rättsakter som eventuellt kan komma att antas på nationell nivå?

99. Slutligen bör två ytterligare argument som lades fram av motparterna och intervenienterna bemötas.

100. För det första kan jag inte ansluta mig till den polska regeringens argument om att klagandens rättsliga ställning inte kan påverkas av den angripna rättsakten eftersom gasdirektivet redan var tillämpligt på rörledningar som Nord Stream 2-rörledningen. Enligt mig är det uppenbart att en rörledning – som ansluter en medlemsstat (Tyskland) till en icke-medlemsstat (Ryssland) – inte omfattades av den tidigare definition av *sammanlänkning* som fastställdes i artikel 2.17 i gasdirektivet i dess ursprungliga lydelse. I den rättsliga definitionen hänvisades till en ”överföringsledning som passerar eller sträcker sig över en gräns mellan två medlemsstater utslutande i syfte att koppla samman dessa medlemsstaters överföringssystem”.

101. Genom den angripna rättsakten utvidgades således definitionen till att även omfatta ”en överföringsledning mellan en medlemsstat och ett tredjeland fram till den medlemsstatens territorium eller territorialvatten”.<sup>61</sup> Själva lydelsen i den angripna rättsakten verkar dessutom motsäga den polska regeringens argument: enligt skäl 3 syftar den rättsakten till att ”undandröja hindren för fullbordandet av den inre marknaden för naturgas till följd av *underlåtelsen att tillämpa* unionens marknadsregler för *gasöverföringsledningar till och från tredjeländer*”.<sup>62</sup>

<sup>59</sup> Jag avser framför allt det ”avtal om gasöverföring” som ingicks den 7 mars 2017 med Gazprom Export LLC och de ”långsiktiga skuldfinansieringsavtal” som ingicks i april och juni 2017 med Gazprom, Engie SA, OMV AG, Royal Dutch Shellplc, Uniper SE och Wintershall Dea GmbH. Relevanta utdrag ur dessa avtal har företetts vid tribunalen.

<sup>60</sup> Se, i tillämpliga delar, förslag till avgörande av generaladvokaten Bot i målet Sahlstedt m.fl./kommissionen (C-362/06 P, EU:C:2008:587, punkterna 66–76).

<sup>61</sup> Min kursivering.

<sup>62</sup> Min kursivering.

102. För det andra övertygas jag inte av parlamentets och den polska regeringens argument med innebörden att klaganden inte är berörd eftersom dess kommersiella verksamhet ännu inte har inletts. Gasdirektivet, som blir tillämpligt på klaganden genom den angripna rättsakten, reglerar inte enbart verksamheten för de företag som för närvarande är verksamma på marknaden utan även för de företag som har för avsikt att träda in på marknaden. Exempelvis reglerar artiklarna 36 och 49a i gasdirektivet situationer i vilka ett företag ännu inte har börjat tillhandahålla sina tjänster. I synnerhet den förstnämnda bestämmelsen gäller situationer där uppförandet av den berörda infrastrukturen inte ens har påbörjats ännu.

103. Men kanske ännu viktigare, på en grundläggande ekonomisk nivå, är att rörledningar inte är clementiner.<sup>63</sup> Ett sådant stort infrastrukturprojekt är inte en affärsverksamhet som inleds över en natt. I förevarande mål kommer, med tanke på det långt framskridna uppförandet av rörledningen och de stora investeringar som klaganden har gjort under ett antal år, den angripna rättsakten att få en mängd konsekvenser för klagandens företagsstruktur och för hur den kommer att kunna bedriva sin verksamhet. Några av de förändringar som krävs av klaganden kommer med nödvändighet att behöva genomföras *innan* dess kommersiella verksamhet ens kan inledas. Därför går det inte att hävda att inverkan är rent hypotetisk eller i varje fall kopplad till framtida händelser.

104. Mot bakgrund av det ovanstående anser jag att det också finns stöd för den andra delen i klagandens första grund för överklagandet. Tribunalen feltolkade artikel 9 i gasdirektivet, underlät att bedöma betydelsen av artiklarna 36 och 49a i det direktivet och underlät att ta hänsyn till effekterna av artiklarna 32 och 41 i det direktivet. Dessa bestämmelser ger upphov till nya skyldigheter för klaganden. Den väsentliga delen i de skyldigheterna (som är just den del som klaganden har invänt emot<sup>64</sup>) kan inte påverkas i sak av de nationella genomförandeakterna.

105. Därför konstaterar jag att klaganden måste anses vara direkt berörd av den angripna rättsakten.

## ***B. Den andra grunden***

106. Den andra grunden avser punkterna 38–72 och 125–135 i det överklagade beslutet.

107. I punkterna 38–72 i det överklagade beslutet behandlade tribunalen rådets anslutningsansökan.<sup>65</sup> Tribunalen beslutade att två av de handlingar som rådet invände emot skulle avlägsnas från akten (bilagorna A.14 och O.20). Vidare fastställde tribunalen att de avsnitt i de handlingarna som återgavs i klagandens inlagor inte längre skulle beaktas. Däremot beslutade domstolen att det inte fanns något behov att pröva avlägsnandet av en tredje handling (förhandlingsdirektiven) eftersom den handlingen inte hade företetts.

108. I punkterna 125–135 i det överklagade beslutet behandlade tribunalen därefter klagandens begäran om att tribunalen som en åtgärd för processledning skulle anmoda motparterna att förete oavkortade versioner av vissa handlingar.<sup>66</sup> Först konstaterade tribunalen att det inte fanns

<sup>63</sup> Dom av den 15 juli 1963, Plaumann/kommissionen (25/62, EU:C:1963:17), även om den berörda verksamhetens art i det målet hade stor relevans för begreppet ”personligen berörd”.

<sup>64</sup> Se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokaten Bot i kommissionen/Infront WM (C-125/06 P, EU:C:2007:611, punkt 84)

<sup>65</sup> Se punkterna 16 och 17 ovan i detta förslag till avgörande.

<sup>66</sup> Se punkterna 18 och 19 ovan i detta förslag till avgörande.

något behov att pröva den begäran. Den påpekade att de berörda handlingarna påstods visa att klaganden var direkt berörd av den angripna rättsakten. Tribunalen ansåg emellertid att talan kunde avvisas utan att det behövde prövas huruvida klaganden var direkt berörd.

109. Därefter prövade tribunalen rådets begäran om att två av klagandens handlingar som bifogats dess begäran om en åtgärd för processledning (de oavkortade tyska handlingarna) skulle avlägsnas från akten. Tribunalen fann att det fanns stöd för den begäran.

110. I sitt överklagande har klaganden hävdats att tribunalen har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att i) beordra att de berörda bilagorna skulle avlägsnas från akten och ii) bortse från de avsnitt i klagandens ansökan som återgav delar av två av de bilagorna.

### *1. Parternas argument*

111. Klaganden har hävdats att tribunalen gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att i princip basera hela sitt resonemang på tillämpningen av reglerna om tillgång till handlingar enligt förordning nr 1049/2001. Den förordningen kan visserligen ge viss vägledning i fråga om de intressen som unionsdomstolen kan behöva ta hänsyn till när den avgör huruvida bevis som företes i pågående förhandlingar är tillåtna, men den kan inte tillämpas i sig på sådana situationer. Tribunalen borde ha bedömt de berörda bilagornas tillåtlighet genom att också beakta även andra intressen än de som anges i förordning 1049/2001. Enligt fast rättspraxis ska unionsdomstolen framför allt pröva huruvida handlingar som företes av en part kan vara relevanta eller till och med avgörande för att lösa tvisten.

112. Rådet menar att denna grund för överklagandet inte kan tas upp till prövning i sak eftersom klaganden i princip vill att domstolen ska pröva tribunalens bedömning av sakförhållanden, det vill säga huruvida det var lämpligt och nödvändigt att förete de berörda bilagorna. Dessutom har båda motparterna hävdats – med stöd av intervenienterna – att överklagandet i detta avseende saknar grund eftersom tribunalen gjort en korrekt tillämpning av de principer om tillåtlighet av bevis som följer av unionsdomstolens praxis. Motparterna har betonats att de berörda bilagorna var interna handlingar som aldrig hade offentliggjorts för allmänheten.

### *2. Bedömning*

113. För det första bör rådets argument om att den andra grunden för överklagandet inte kan tas upp till prövning underkännas. Klaganden har faktiskt inte begärt att domstolen ska ompröva tribunalens bedömning av de berörda bilagornas relevans, utan har kritiserat det regelverk som tillämpats vid bedömningen av de berörda handlingarnas tillåtlighet. Detta är en rättslig fråga och kan därför prövas i högre instans.

114. Vad beträffar den andra grunden i sak håller jag med klaganden. Tribunalen har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning i sin metod för att pröva huruvida de berörda bilagorna kunde tillåtas som bevisning.

115. För att förklara denna slutsats kommer jag först att sammanfatta principerna för ingivande av bevisning vid unionsdomstolen och peka på den öppna inställning som fastställs i berörda bestämmelser och rättspraxis (a). Därefter kommer jag att ta upp de möjliga undantagen från den ordningen, för vilka en viss begränsad ledning kan hämtas i bestämmelserna i förordning nr 1049/2001 (b). Sedan kommer jag att framhålla ytterligare en, men viktig, skillnad mellan den

ordning som styr tillgång till handlingar och den som styr ingivandet av bevisning vid unionsdomstolen: konsekvenserna av att handlingar lämnas ut (c). Mot den bakgrunden kommer jag sedan att lägga fram de särskilda skälen till att tribunalen i det överklagade beslutet gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den övervägde huruvida de berörda bilagorna var tillåtliga (d). Slutligen kommer jag kortfattat att uttala mig om relevansen hos de bilagorna i förevarande förfarande (e).

*a) Den i allmänhet öppna inställningen i fråga om bevisnings tillåtlighet*

116. Stadgan för Europeiska unionens domstol innehåller ingen särskild bestämmelse om vilken bevisning som inges av parterna som ska tillåtas. Enligt artikel 24 i stadgan får unionsdomstolen emellertid kräva att parterna inkommer med *alla de dokument och upplysningar* som den anser är önskvärt. Vidare får domstolen även begära att medlemsstater och institutioner, organ eller byråer ska lämna *alla upplysningar* som anses vara nödvändig för förhandlingarna, även när de inte är parter i målet.

117. Det finns heller ingen allmän bestämmelse om (o)tillåtligheten hos olika typer av bevisning i tribunalens eller domstolens rättegångsregler. Dessa regelsamlingar reglerar enbart *när* och *hur* (och inte *vilken*) bevisning som får inges av parterna eller inhämtas av domstolen.

118. Därför har domstolen konsekvent slagit fast att ”principen om parternas likställdhet i processen – vilken är en naturlig följd av själva begreppet rättvis rättegång – att varje part ges en rimlig möjlighet att lägga fram sin sak, och sin bevisning, på villkor som inte ger denna part väsentliga nackdelar gentemot motparten”.<sup>67</sup> Dessutom har domstolen också slagit fast att ”principen om *fri bevisprövning* är den dominerande principen i unionsrätten” och att ”det enda kriteriet för värderingen av den bevisning som lagts fram är dess trovärdighet”.<sup>68</sup>

119. Mer specifik rättspraxis bekräftar vidare att det inte finns regler om att vissa *former* av bevisning eller bevisning av visst *ursprung* principiellt inte ska tillåtas.<sup>69</sup> När det gäller det *sätt* på vilket bevisningen inhämtades har unionsdomstolen slagit fast att normalt sett kan enbart bevisning som har erhållits på laglig väg fritt inges<sup>70</sup> i enlighet med den allmänt accepterade rättsliga principen om att ingen kan åberopa egen brottslig gärning till sitt försvar (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). I likhet med andra domstolar i högsta instans<sup>71</sup> har unionsdomstolen dock inte heller uteslutit att bevisning som har erhållits på olagligt (eller

<sup>67</sup> Se dom av den 16 maj 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, punkt 96 och där angiven rättspraxis).

<sup>68</sup> Se, nyligen, beslut av den 12 juni 2019, OY/kommissionen (C-816/18 P, ej publicerat, EU:C:2019:486, punkt 6 och där angiven rättspraxis). Min kursivering.

<sup>69</sup> Se, för ett liknande resonemang, domar av den 29 februari 1996, Lopes/domstolen (T-280/94, EU:T:1996:28, punkterna 56–59), den 6 september 2013, Persia International Bank/rådet (T-493/10, EU:T:2013:398 punkt 95) och den 12 september 2013, Besselink/rådet (T-331/11, ej publicerat, EU:T:2013:419, punkterna 11 och 12 och där angiven rättspraxis). Se även, analogt, domar av den 25 januari 2007, Dalmine/kommissionen (C-407/04 P, EU:C:2007:53, punkterna 46–51) och den 1 juli 2008, Sverige och Turco/rådet (C-39/05 P och C-52/05 P, EU:C:2008:374, punkt 57).

<sup>70</sup> Se, analogt, dom av den 26 september 2018, Infineon Technologies/kommissionen (C-99/17 P, EU:C:2018:773, punkt 65 och där angiven rättspraxis).

<sup>71</sup> Se, med avseende på Internationella domstolens rättspraxis om samma fråga, Quintana, J.J., *Litigation at the International Court of Justice*, Leiden, Brill, 2015, s. 385.

otillbörligt sätt) också i undantagsfall kan vara tillåtlig.<sup>72</sup> Detta gäller i ännu högre grad när dokumentens äkthet inte har ifrågasatts<sup>73</sup> och när det inte har fastställts att den part som inger bevisningen var den som olagligen hade inhämtat den.<sup>74</sup>

120. Av ovan sagda följer att i princip *all* bevisning får inges till unionsdomstolen.<sup>75</sup> Den berörda instansen får emellertid ta hänsyn till att det föreligger *andra intressen* som undantagsvis kan motivera att bevisningen inte tillåts och väga de intressena mot intressena hos de som vill att bevisningen godtas.

#### b) Undantag i fråga om bevisnings tillåtlighet

121. Vad gäller de intressen som kan kräva skydd – och därmed tillåta undantag från principen om fri bevisföring – går det att hämta viss vägledning i de intressen som unionslagstiftaren uttryckligen nämner i förordning nr 1049/2001. Som domstolen har konstaterat har det instrumentet ”ett visst värde för den avvägning av intressen som krävs för att pröva” en begäran om att handlingar ska avlägsnas från de handlingar som företetts vid unionsdomstolen.<sup>76</sup>

122. Men även om det instrumentet är en fullständig, uttömmande ordning vad avser tillgång till handlingar kan det uppenbart inte vara det i fråga om ingivande av bevisning. Unionsdomstolen får och bör i förekommande fall ta hänsyn till andra intressen (”inom domstolen” och ”utanför domstolen”).

123. Generellt skulle jag varna för att automatiskt och under alla omständigheter i alltför hög grad förlita sig på bestämmelserna i förordning 1049/2001 i detta sammanhang. Det är inte någon slump att den rättsakten inte är tillämplig på handlingar som innehas av Europeiska unionens domstol och att de institutioner som omfattas av den rättsakten ska vägra att bevilja tillgång till handlingar ”om ett utlämnande skulle undergräva skyddet för ... rättsliga förfaranden”.<sup>77</sup>

124. Detta är fullkomligt logiskt. I de flesta rättssystem föreskrivs särskilda ordningar för utlämning av information i samband med rättsliga förfaranden. Därför är det rimligt att unionslagstiftaren beslutade att de allmänna reglerna för tillgång till handlingar *inte skulle inkräkta på* dessa särskilda ordningar. Det är i ännu högre grad otänkbart att en rättsakt som förordning nr 1049/2001 då i praktiken skulle tillåtas *styra* reglerna för ingivande av bevisning vid Europeiska unionens domstol.

<sup>72</sup> Se, framför allt, dom av den 12 maj 2015, Dalli/kommissionen (T-562/12, EU:T:2015:270, punkterna 47 och 48 och där angiven rättspraxis), och beslut av den 23 mars 2017, Troszczynski/parlamentet (T-626/16, ej publicerat, EU:T:2017:237, punkterna 27 och 28) och den 23 mars 2017, Gollnisch/parlamentet (T-624/16, ej publicerat, EU:T:2017:243, punkterna 27 och 28).

<sup>73</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 november 2018, QB/ECB (T-827/16, ECLI:EU:T:2018:756, punkt 67). Se även, *e contrario*, dom av den 17 december 1981, Ludwigshafener Walzmühle Erling m.fl./rådet och kommissionen (197/80–200/80, 243/80, 245/80 och 247/80, EU:C:1981:311, punkt 16).

<sup>74</sup> Domar av den 12 maj 2015, Dalli/kommissionen (T-562/12, EU:T:2015:270, punkt 49) och den 8 november 2018, QB/ECB (T-827/16, EU:T:2018:756, punkterna 68–72).

<sup>75</sup> Detta verkar också vara den vanligaste ståndpunkten i doktrinen: se, bland annat, Lasok, K.P.E., *The European Court of Justice: Practice and Procedure*, andra utgåvan, Buttersworth, 1994, s. 344, och Barbier de la Serre, E., och Sibony, A.L., ”Expert Evidence Before the EC Courts”, *Common Market Law Review*, 2008, s. 958 och 959, och Lenaerts, K., Maselis, I., och Gutman, K., *EU Procedural Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 768 och 769.

<sup>76</sup> Se, till exempel, dom av den 31 januari 2020, Slovenien/Kroatien (C-457/18, EU:C:2020:65, punkt 67), och beslut av den 14 maj 2019, Ungern/parlamentet (C-650/18, ej publicerat, EU:C:2019:438, punkterna 9, 12 och 13).

<sup>77</sup> Artikel 4.2 i förordning nr 1049/2001.

125. Båda uppsättningarna regler – tillgång till handlingar och ingivning av bevisning – bygger på ett liknande system för ”regel och undantag”. Regeln är att information lämnas ut och undantaget är att information inte lämnas ut. Men där upphör varje lämplig parallell mellan de båda ordningarna och framför allt den övergripande avvägning som behöver göras inom ramen för vardera ordningen mellan konkurrerande värden och intressen.

126. De båda regeluppsättningarna i) handlar om olika typer av verksamhet, ii) har olika målsättningar, som därför iii) kräver att institutionerna gör en annan värdering när de avgör om den berörda handlingen ska lämnas ut.

127. För det första anser jag inte att det är nödvändigt att gå närmare in på varför det handlande som består i att *lämna ut* en viss handling till *allmänheten* knappast kan jämföras med det handlande som består i att *inge* en handling (och därmed lämna ut en sådan handling) till en *domstol*. Det kan inte vara så att Europeiska unionens domstol – ensam övervakare och ansvarig för att verkställa unionsrätten gentemot EU:s institutioner och organ – när den prövar lagligheten i en unionsrättsakt skulle ha samma nivå av tillgång till handlingar från de institutionerna och organen som, för att ge några exempel, journalister, akademiker och icke-statliga organisationer.

128. För det andra är det även viktigt att påpeka att med hänsyn till skillnaden mellan dessa handlanden är målsättningarna för de båda regeluppsättningarna också ganska olika.

129. Syftet med förordning nr 1049/2001, som beskrivs i skäl 2 i förordningen, är att öka öppenheten och insynen i den offentliga förvaltningen för att ge medborgarna bättre möjligheter att delta i beslutsförfarandet, och garantera att förvaltningen åtnjuter större legitimitet, är effektivare och har ett större ansvar. Det övergripande målet är att stärka principerna om demokrati och respekt för grundläggande rättigheter.

130. Syftet med reglerna för bevisning är att säkerställa en god rättskipning och göra det möjligt för EU-domstolen att fullgöra sitt uppdrag enligt artikel 19 FEU. Det övergripande målet är att garantera alla den rätt till ett effektivt rättsmedel som stadfästs i artikel 47 i stadgan.

131. För det tredje formar dessa (olika) målsättningar (på olika sätt) den bedömning som krävs av den EU-institution som har i uppdrag att avgöra vad som ska hända med en omtvistad handling. Framför allt finns det inga större likheter vad gäller *avvägningen* av motstridiga intressen i de båda systemen och den jämvikt mellan värden och intressen som uppnås.

132. Reglerna i förordning nr 1049/2001 syftar till att upprätta en balans mellan medborgarnas intresse av att ha en öppen och transparent offentlig förvaltning och behovet av att bevara EU-institutionernas förmåga att utföra sina uppgifter effektivt.<sup>78</sup> Den institution som får en begäran om att lämna ut en handling måste alltså bedöma huruvida det under de specifika omständigheterna inte skulle hota institutionens förmåga att skydda något av de intressen som anges i förordningen, om allmänheten beviljas tillgång till den berörda handlingen. Även om denna förmåga kunde påverkas skulle institutionen behöva ta ställning till om det eventuellt fanns ett övergripande intresse som krävde att handlingen lämnades ut.

<sup>78</sup> Se, framför allt, skälen 6 och 11 i förordning nr 1049/2001.

133. Det säger sig självt att ett beslut om ingivande av bevisning inom ramen för rättsliga förfaranden innefattar en annan typ av analys. Reglerna för bevisning syftar till att fastställa vilka källor till information som domstolen kan eller inte kan ta hänsyn till för att fastställa de relevanta sakförhållandena när den avgör en tvist. Det är inte lätt att hitta goda skäl till varför unionsdomstolen skulle bortse från vissa (potentiellt relevanta) källor till information och därigenom öka risken för felaktiga rättsliga avgöranden.

134. Det innebär naturligtvis inte att behovet i vissa fall att skydda ett visst specifikt intresse inte kan motivera en vägran att tillåta bevisning som läggs fram av parterna, oavsett relevans. I rättspraxis finns också vissa exempel på situationer där unionsdomstolen har godkänt vissa undantag från principen om fri bevisföring. Tre exempel kan nämnas som illustration.

135. För det första får en part inte använda domstolsförfarande för att "kringgå" reglerna om *tillgång till handlingar*. Det skulle till exempel vara fallet om en part inledde en vilseledande tvist i syfte att få tillgång till handlingar som annars skulle vara sekretessbelagda.<sup>79</sup> Det skulle mycket väl också kunna vara fallet att en part inom ramen för en verklig tvist begär tillgång till en sekretessbelagd handling som innehåller av en EU-institution och där ett utlämnande av den handlingen rent faktiskt skulle skada institutionens förmåga att fullgöra sina skyldigheter utanför rättssalen.

136. För det andra kan behovet att skydda interna överläggningar inom EU-institutioner eller nationella institutioner – och framför allt deras förmåga att *söka juridisk rådgivning* och få uppriktig, objektiv och uttömmande rådgivning – också motivera vissa begränsningar i parternas möjlighet att inge handlingar som inte har offentliggjorts och som inte var avsedda att bli offentliggjorda.<sup>80</sup> Juridiska rådgivare skulle kunna vara ovilliga att lämna detaljerad skriftlig rådgivning om de var medvetna om att EU-institutionen i förlängningen kanske inte följde den och att de senare kan komma att konfronteras med sin egen rådgivning i en domstol, när de försvarar institutionens beslut.

137. För det tredje kan det mycket väl finnas situationer där vissa handlingar innehåller känslig information, till exempel *känsliga personuppgifter*, som, om de offentliggörs, skulle kunna vara till skada för en viss persons privatliv eller yrkesliv. I tillämpliga delar skulle det kunna finnas en liknande situation i fråga om *affärshemligheter*. I sådana fall kan unionsdomstolen behöva väga en parts intresse av att lämna in (eller få) den nödvändiga bevisningen för att tillfredsställande kunna utöva sin rätt till ett effektivt rättsmedel, å ena sidan, mot de nackdelar som utlämnandet av sådan bevisning sannolikt skulle medföra med avseende på en enskilds integritet eller andra skyddade intressen, å andra sidan.<sup>81</sup>

138. I samtliga de ovan nämnda situationerna måste den berörda unionsdomstolen göra en avvägning mellan de motstående intressena för att avgöra om handlingen kan tillåtas. Det betyder att den måste utvärdera de sannolika konsekvenserna av att handlingen tillåts respektive inte tillåts.<sup>82</sup> Unionsdomstolen måste å ena sidan avgöra om det intresse eller de intressen som talar för att en handling inte lämnas ut är verkliga och motiverar skydd, och uppskatta vilken typ och omfattningen av en skada som eventuellt skulle uppstå om handlingen tillåts läggas

<sup>79</sup> Se punkt 128 i det överklagade beslutet och där angiven rättspraxis.

<sup>80</sup> Se, bland annat, beslut av den 23 oktober 2002, Österrike/rådet (C-445/00, EU:C:2002:607, punkterna 12 och 13) och den 23 mars 2007, Stadtgemeinde Frohnleiten och Gemeindebetriebe Frohnleiten (C-221/06, EU:C:2007:185, punkterna 20–22), och dom av den 31 januari 2020, Slovenien/Kroatien (C-457/18, EU:C:2020:65, punkt 70).

<sup>81</sup> Se, till exempel, dom av den 23 september 2015, Cerafogli/ECB (T-114/13 P, EU:T:2015:678, punkt 43).

<sup>82</sup> Se mer allmänt i det avseendet Barents, R., *Remedies and Procedures Before the EU Courts*, andra utgåvan, Wolters Kluwer, 2020, s. 651 och 652.



fram.<sup>83</sup> Å andra sidan måste domstolen bedöma om och i vilken grad dess funktion som ”den som prövar fakta” kan påverkas negativt om handlingen inte läggs fram: är den berörda handlingen eventuellt viktig, rentav avgörande, för att fastställa vissa omständigheter, eller är den enbart en av flera handlingar som kan vara användbara för det syftet?<sup>84</sup> Finns det för övrigt något annat intresse ”inom domstolen”, såsom processekonomi, rättvisa förhandlingar, eller respekt för rätten till försvar som, beroende på omständigheterna, skulle kunna tala för att vissa handlingar godtas eller inte godtas?<sup>85</sup>

139. Det som dock tydligt måste betonas är att reglerna om bevisföring inom ramen för rättsliga förfaranden och reglerna i förordning nr 1049/2001 överlappar varandra i viss mån i fråga om underlag – arten av de intressen som bör vägas mot ett utlämnande. När det gäller själva avvägningen i sig och framför allt dess sannolika resultat, är de dock mycket olika varandra. Det är faktiskt ganska sannolikt att, för ett stort antal handlingar, skyddet av vissa intressen skulle kunna motivera ett avslag på en ansökan om tillgång till handlingar i den mening som avses i förordning nr 1049/2001, medan samma skäl inte skulle vara tillräckliga för att motivera att en handling avlägsnas från akten i en tvist inför unionsdomstolen.<sup>86</sup>

140. I annat fall skulle det i praktiken ske en sammansmältning av båda ordningarna, vilket skulle leda till ett antal ytterst tvivelaktiga resultat, minst sagt. För det första skulle den enda domstol som har rätt att till fullo kontrollera EU-institutionerna ha samma grad av tillgång till information som vilken Svensson som helst. För det andra skulle besluten om huruvida bevisning som inges till unionsdomstolen är tillätlig i stor utsträckning avgöras av EU-institutionernas eget val av vilka handlingar de vill ska granskas. För det tredje skulle allt det ovan sagda få det ganska besvärliga resultatet att Europeiska unionens domstol skulle censurera eller helt tysta en part i dennes normalt obegränsade rätt att tala fritt inför domstolen, vilket skulle kunna skada deras rätt att yttra sig enligt artikel 47 i stadgan.

141. Jag menar att allt det ovanstående, även med hänsyn till den nya sociala verkligheten när det gäller spridning av och tillgång till information,<sup>87</sup> inte skulle vara till fördel för domstolens verksamhet och framtoning. Allt oftare uppmanas unionsdomstolen av de övriga EU-institutionerna att delta i en ganska märklig ”commedia dell’arte”, där alla utom domstolen känner till Pulcinellas hemlighet, eller snarare där domstolen är den enda som inte får yppa hemligheten. Med all respekt för och förkärlek för commedia dell’arte kan detta knappast vara en sund roll för en domstol.

142. Huruvida bevisning i rättsliga förfaranden är tillätlig beror kort sagt uteslutande på de relevanta omständigheterna i varje fall. Unionsdomstolen är inte bunden av någon strikt regel utan kan fritt avgöra om en handling är relevant och om det, trots detta, föreligger särskilda

<sup>83</sup> Se, till exempel, dom av den 12 maj 2015, Dalli/kommissionen (T-562/12, EU:T:2015:270, punkterna 50–53).

<sup>84</sup> Se, för ett liknande resonemang, beslut av den 13 februari 2014, kommissionen/rådet (C-425/13, ej publicerat, EU:C:2014:91, punkterna 22–24), och dom av den 6 mars 2001, Dunnett m.fl./EIB (T-192/99, EU:T:2001:7, punkterna 33 och 34), dom av den 11 juli 2014, Esso m.fl./kommissionen (T-540/08, EU:T:2014:630, punkt 61), och dom av den 12 maj 2015, Dalli/kommissionen (T-562/12, EU:T:2015:270, punkt 51).

<sup>85</sup> Se, till exempel, dom av den 11 juli 2014, Esso m.fl./kommissionen (T-540/08, EU:T:2014:630, punkt 62) och dom av den 4 juli 2017, European Dynamics Luxembourg m.fl./Europeiska unionens järnvägsbyrå (T-392/15, EU:T:2017:462, punkterna 52–56), samt beslut av den 25 februari 2015, BPC Lux 2 m.fl./kommissionen (T-812/14 R, ej publicerat, EU:T:2015:119, punkt 14).

<sup>86</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 juli 2011, Sverige/MyTravel och kommissionen (C-506/08 P, EU:C:2011:496, punkt 118). Se även, analogt, förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i målet Dragnea/kommissionen (C-351/20 P, EU:C:2021:625, punkt 92).

<sup>87</sup> Framför allt hamnar fler och fler handlingar i den publika domänen på ett eller annat sätt utan att detta kan tillskrivas den part som senare vill återopa dem.

omständigheter som talar emot att handlingen inges. Som domstolen nyligen slog fast är ”utvärderingen av bevisningen inte resultatet av en abstrakt analys utan snarare en prövning av sakförhållanden och omständigheter från fall till fall”.<sup>88</sup>

143. I det avseendet är det också viktigt att komma ihåg att även om domstolen på eget initiativ kan ta upp frågan om huruvida bevisning är tillåtlig, ankommer det normalt sett på den part som motsätter sig ingivandet av en handling att klart och tydligt<sup>89</sup> och utan dröjsmål<sup>90</sup> förklara för domstolen på vilket sätt det återopade intresset skulle skadas av ett utlämnande. Det räcker inte med att göra vaga eller generella påståenden i det avseendet.<sup>91</sup>

*c) De olika konsekvenserna när det rör sig om ingivande av bevisning respektive om tillgång till handlingar*

144. Här blir det viktigt att lyfta fram en annan aspekt som skiljer ordningen för tillgång till handlingar från ordningen för ingivande av bevisning till unionsdomstolen. Den handlar om de eventuella *konsekvenserna* av att de berörda handlingarna lämnas ut. Till skillnad från det rätt binära resultatet enligt förordning nr 1049/2001 (tillgång beviljas eller beviljas inte), tillåter förfarandena vid unionsdomstolen andra och mycket mer proportionerliga lösningar än att en handling avlägsnas helt och hållet från akten.

145. En EU-institution kan inte längre kontrollera eller begränsa spridningen av en handling som den har beviljat tillgång till enligt förordning nr 1049/2001. Däremot finns det särskilda regler i unionens rättsordning för att skydda sekretessen för handlingar och information som lämnas av parterna inom ramen för rättsliga förfaranden.<sup>92</sup> Framför allt säkerställs genom för ändamålet särskilda regler som styr tillgången till handlingarna i målet<sup>93</sup> att hemlig information inte återges i de handlingar som allmänheten har tillgång till<sup>94</sup> och det är tillåtet att undanta hemlig information från delgivning med eller utlämnande till de andra parterna.<sup>95</sup>

146. I detta avseende är det viktigt att komma ihåg att unionsdomstolen har en rad olika instrument att tillgå som kan användas för att tillgodose behovet av att skydda sekretessen för handlingar (eller delar därav) som lämnas in inom ramen för rättsliga förfaranden gentemot de övriga parterna samtidigt som alla parter rätt till försvar respekteras. I vissa mål har unionsdomstolen till exempel anmodat en part att framställa en icke-konfidentiell version av de berörda handlingarna eller en sammanfattning av dem för att dessa handlingar ska kunna

<sup>88</sup> Beslut av den 12 juni 2019, OY/kommissionen (C-816/18 P, ej publicerat, EU:C:2019:486, punkt 7).

<sup>89</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 november 2000, Ghignone m.fl./rådet (T-44/97, EU:T:2000:258, punkt 45), och, analogt, dom av den 21 juli 2011, Sverige/MyTravel och kommissionen (C-506/08 P, EU:C:2011:496, punkt 115).

<sup>90</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 september 2002, Falck och Acciaierie di Bolzano/kommissionen (C-74/00 P och C-75/00 P, EU:C:2002:524, punkterna 60 och 61).

<sup>91</sup> Se, analogt, dom av den 21 juli 2011, Sverige/MyTravel och kommissionen (C-506/08 P, EU:C:2011:496, punkt 116 och där angiven rättspraxis).

<sup>92</sup> Se, framför allt, artikel 15.3 FEUF.

<sup>93</sup> Se, framför allt, artikel 38 i tribunalens rättegångsregler och artikel 22.2 i domstolens rättegångsregler.

<sup>94</sup> Se, framför allt, artikel 66 i tribunalens rättegångsregler. Se även dom av den 1 juli 2010, AstraZeneca/kommissionen (T-321/05, EU:T:2010:266, punkt 25).

<sup>95</sup> Se, framför allt, artiklarna 68.5, 68.4, 103, 104 och 144 i tribunalens rättegångsregler och artikel 131.2–131.4 i domstolens rättegångsregler. Se även dom av den 12 maj 2010, kommissionen/Meierhofer (T-560/08 P, EU:T:2010:192, punkt 72 och där angiven rättspraxis).

överlämnas till de övriga parterna.<sup>96</sup> I undantagsfall får unionsdomstolen dessutom besluta att enbart parternas ombud ska få tillgång till viss bevisning<sup>97</sup> eller, i extrema fall, att övriga parter i målet inte ska ges tillgång till vissa handlingar.<sup>98</sup>

147. På ett sätt skulle var och en av dessa möjliga lösningar ändå vara mer proportionerliga och visa större respekt, inte enbart för parternas rättigheter enligt artikel 47 i stadgan, utan också för unionsdomstolens roll, än ett trubbigt beslut om att inte tillåta ingiven bevisning. Detta visar återigen att unionsdomstolen inte bara kan ”låna” reglerna om tillgång till handlingar i deras helhet och använda dem som om de också var tillämpliga på ingivande av bevisning till domstolen. Under omständigheter när det finns verkliga skäl att hålla vissa handlingar (delvis eller i deras helhet) hemliga gentemot allmänheten eller till och med gentemot parterna kan unionsdomstolen mycket riktigt vidta olika åtgärder som kan garantera den sekretessen och samtidigt låta en part inge sådan bevisning som den anser är relevant.

148. Med beaktande av det ovanstående kommer jag nu att pröva om tribunalens bedömning i förevarande mål i fråga om de berörda bilagornas tillåtlighet är förenlig med de principer som beskrivits ovan.

#### *d) Den felaktiga rättstillämpningen i fråga om ingivandet av bevisning*

149. Jag anser att det i princip finns stöd för klagandens andra grund för överklagandet.

150. I punkt 39 i det överklagade beslutet konstaterade tribunalen (med rätta) att förordning nr 1049/2001 kan ha *ett visst värde*. Men därefter fortsatte tribunalen med att mer eller mindre mekaniskt tillämpa de reglerna på situationen utan hänsyn till att det aktuella problemet och den rättsliga fråga som tribunalen hade att lösa var huruvida de berörda bilagorna skulle avlägsnas från akten och inte huruvida allmänheten måste beviljas tillgång till de handlingarna.

151. Det finns med andra ord inte någon indikation någonstans i det överklagade beslutet – varken i avsnittet ”Rådets ansökan om att tribunalen ska avgöra en rättegångsfråga”<sup>99</sup> eller i avsnittet ”Begäran om åtgärder för processledning”<sup>100</sup> – på att tribunalen gjorde någon bedömning som i praktiken skiljde sig från den som krävs enligt förordning nr 1049/2001. Tribunalen förefaller inte ha tagit hänsyn till (eller gjort någon avvägning mellan) de olika värden som ligger till grund för huruvida bevisning kan inges vid unionsdomstolen.

152. Först identifierade tribunalen de intressen vars skydd kunde motivera ett avlägsnande från akten enligt artikel 4.1, 4.2 och 4.3 i förordning nr 1049/2001. Tribunalen hänvisade framför allt till behovet av att i) säkerställa att EU-institutionerna erhåller uppriktig, objektiv och fullständig

<sup>96</sup> Se, till exempel, dom av den 12 maj 2011, *Missir Mamachi di Lusignano/kommissionen* (F-50/09, EU:F:2011:55, punkt 156).

<sup>97</sup> Se dom av den 10 april 2019, *Jindal Saw och Jindal Saw Italia/kommissionen* (T-301/16, EU:T:2019:234, punkterna 48–51).

<sup>98</sup> Se artikel 105.2 i tribunalens rättegångsregler och artikel 190a i domstolens rättegångsregler. Se även domstolens beslut (EU) 2016/2386 av den 20 september 2016 om säkerhetsbestämmelser för upplysningar eller handlingar som har getts in till tribunalen enligt artikel 105 i dess rättegångsregler (EUT L 355, 2016, s. 5), och tribunalens beslut (EU) 2016/2387 av den 14 september 2016 om säkerhetsbestämmelser för upplysningar eller handlingar som har getts in enligt artikel 105.1 eller 105.2 i rättegångsreglerna (EUT L 355, 2016, s. 18).

<sup>99</sup> Det avsnittet består av några ”inledande synpunkter” där tribunalen försökte fastställa den tillämpliga rättsliga ramen (punkterna 38–46) och av tre särskilda avsnitt där tribunalen i tur och ordning tillämpade den ramen för att undersöka om de olika handlingar som omfattades av rådets begäran kunde tillåtas som bevisning (punkterna 47–56 i fråga om den första berörda handlingen, punkterna 57–64 i fråga om den andra berörda handlingen och punkterna 65–68 i fråga om den tredje berörda handlingen).

<sup>100</sup> Punkterna 125–135 i det överklagade beslutet.

juridisk rådgivning,<sup>101</sup> ii) undvika att reglerna om allmänhetens tillgång till handlingar kringgås,<sup>102</sup> och iii) inte undergräva Europeiska unionens internationella förbindelser.<sup>103</sup> I det avseendet håller jag med tribunalen om att dessa intressen, i princip, också skulle kunna motivera att unionsdomstolen inte tillåter vissa handlingar som bevisning.

153. Däremot är tribunalens metod för att bedöma om och hur sådana intressen i förevarande mål skulle kunna skadas om de omtvistade bilagorna fick vara kvar i akten inte övertygande. Vid granskningen tog tribunalen inte hänsyn till några intressen "inom domstolen" som eventuellt skulle ha kunnat ge den några skäl till att avslå rådets begäran. I detta sammanhang är det alltså det faktum att tribunalen blint har följt bestämmelserna i förordning nr 1049/2001 som har lett den till en felaktig rättstillämpning. Följande aspekter är särskilt belysande i det avseendet.

154. För det första togs ingen hänsyn till tribunalens eventuella behov av att själv ha tillgång till de berörda handlingarna för att kunna få en välgrundad bild av de påstådda sakförhållandena.<sup>104</sup> Inte heller togs någon hänsyn till den begränsning av klagandens rätt till försvar (som innefattar klagandens frihet att lägga fram bevisning) som skulle följa av att handlingen eventuellt avlägsnades från de berörda bilagorna. Denna underlåtenhet är desto mer överraskande eftersom klaganden hade gjort gällande att några av de berörda bilagorna var "avgörande" för att bevisa ett av klagandens argument.

155. För det andra skulle den påstådda skadan för de intressen som rådet hänvisar till – enligt tribunalen – uppstå enbart till följd av att de berörda bilagorna bibehölls i akten och granskades av tribunalen. Tribunalen uppmanade inte rådet att i detalj förklara, och än mindre styrka på vilket sätt och i vilken grad de nämnda intressena mer specifikt kunde skadas.

156. Även om man ansåg att tribunalens rena antaganden var tillräckliga i fråga om behovet att undvika att reglerna om tillgång till handlingar kringgås<sup>105</sup> och att skydda rättslig rådgivning (vilket de inte är),<sup>106</sup> skulle man knappast kunna säga detsamma om sådana antaganden i fråga om skyddet för Europeiska unionens internationella förbindelser. Tribunalen verkar bortse från att klaganden redan har tillgång till de berörda bilagorna och alltså skulle kunna använda dem i vilken annan instans som helst, efter eget godtycke. Det skulle kanske kunna finnas en risk för att de berörda bilagorna skulle kunna avslöja Europeiska unionens strategiska mål för framtida förhandlingar med Ryssland och på så sätt undergräva EU-institutionernas förmåga att ingå ett tillfredsställande avtal om de berörda handlingarna offentliggjordes, men det skulle definitivt inte betyda att en sådan risk föreligger till följd av att de framställs i rättsliga förfaranden.

157. Vidare kan tribunalens konstaterande att ett utlämnande av de oavkortade tyska handlingarna i förevarande mål skulle kunna undergräva skyddet för Europeiska unionens internationella förbindelser inte anses vara korrekt.<sup>107</sup> För det första innehåller varken det överklagade beslutet eller motparternas och intervenienternas inlagor någon tydlig förklaring av varför klagandens (en privat investerare) inledande av skiljedomsförfarande enligt artikel 26 i

<sup>101</sup> Punkt 40, 52 och 55 i det överklagade beslutet.

<sup>102</sup> Punkt 51 i det överklagade beslutet.

<sup>103</sup> Punkterna 41, 42 och 135 i det överklagade beslutet.

<sup>104</sup> Eventuellt kan man anse att det görs en kort "underförstådd" bedömning i punkt 129 i det överklagade beslutet i fråga om de oavkortade tyska handlingarna.

<sup>105</sup> Se särskilt punkt 51 i det överklagade beslutet.

<sup>106</sup> Se särskilt punkt 52 i det överklagade beslutet.

<sup>107</sup> Punkt 135 i det överklagade beslutet.

energistadgefördraget<sup>108</sup> mot Europeiska unionen skulle gälla *internationella* förbindelser i strikt bemärkelse (det vill säga förbindelser mellan unionen och tredjestater, internationella organisationer eller liknande enheter). Vid första anblicken förefaller detta vara en privat tvist.

158. Enbart den omständigheten att unionens domstol kunde granska dessa handlingar ger dessutom inte automatiskt dessa handlingar ”legitimitet”. Det skulle enbart bli fallet om tribunalen skulle *grunda sig på* dessa handlingar och ställa sig bakom deras innehåll.

159. Dessutom, vilket är viktigt, är det något i grunden tvivelaktigt med att uppfatta bestämmelserna om öppenhet och transparens i förordning nr 1049/2001 som en uppsättning regler som tillåter institutionerna att vägra att lämna ut handlingar varje gång det finns en handling som potentiellt skulle kunna användas i talan mot Europeiska unionen. Ett av själva syftena med dessa regler är att ge allmänheten möjlighet att granska EU-institutionernas agerande. Det måste gälla i ännu högre grad i fråga om reglerna för att lägga fram bevisning, vilka knappast kan anses gynna en (offentlig) part framför en annan (privat) part.

160. För det tredje, när tribunalen *specifikt* bedömde om det borde göras ett undantag (avlägsna de berörda bilagorna från akten) från regeln (bevisningen bör tillåtas) tillämpade den i princip bestämmelserna i förordning nr 1049/2001 och rättspraxis avseende den förordningen. Tribunalens resonemang i fråga om att avlägsna rekommendationen visar särskilt tydligt det synsättet. Motiveringen rör enbart offentliggörande av handlingen för allmänheten och inte avlägsnande från akten. Eftersom det konstaterades att det var motiverat att neka att offentliggöra handlingen för allmänheten var den *oundvikliga* följden – enligt tribunalen – att det också måste vara uteslutet att lägga fram den handlingen inom ramen för rättsliga förfaranden.<sup>109</sup> På motsvarande sätt motiverades avlägsnandet från akten av de oavkortade tyska handlingarna enbart av en påstådd negativ inverkan som offentliggörandet av de handlingarna i talan skulle kunna få för skyddet av Europeiska unionens internationella förbindelser ”i den mening som avses i artikel 4.1 i förordning nr 1049/2001”.<sup>110</sup> Som förklarats i punkt 139 ovan kan detta inte vara korrekt.

161. För det fjärde tillämpades samma problematiska synsätt i det enda fall där tribunalen, efter att ha konstaterat att framläggandet av de berörda bilagorna faktiskt skulle kunna skada de allmänintressen som rådet åberopat, sedan övergick till att utvärdera huruvida det fanns några skäl som ändå skulle kunna motivera att *handlingarna behölls i akten*. I punkt 54 i det överklagade beslutet krävde tribunalen i princip att klaganden skulle styrka att det förelåg ett ”övervägande allmänintresse” av att behålla den första omtvistade handlingen i akten. Tribunalen konstaterade att utan ett sådant överordnat allmänintresse förtjänar klagandens rätt att inge bevisning inte att skyddas, eftersom klaganden enbart agerade i eget intresse.

162. Men även om kravet på att bevisa ett ”övervägande allmänintresse” är rimligt inom ramen för en bedömning av huruvida en handling ska offentliggöras av en institution är det inte meningsfullt inom ramen för rättsliga förfaranden. En privat sökande agerar per definition i eget

<sup>108</sup> Skiljedomsförfarandet inleddes den 26 september 2019 i enlighet med artikel 26.4 b i energistadgefördraget och artikel 3 i skiljedomsreglerna från Förenta nationernas kommission för internationell handelsrätt (Uncitral) 1976.

<sup>109</sup> Punkterna 57–63 i det överklagade beslutet. Punkt 63 är särskilt avslöjande i det avseendet: tribunalen avslutade sin analys med att fastställa att ”rådet gjorde en riktig bedömning när det fann att ett *utlämnande* av denna handling i det nu aktuella fallet konkret och faktiskt skulle undergräva skyddet för det allmänna samhällsintresset i fråga om internationella förbindelser, i den mening som avses i artikel 4.1 i förordning nr 1049/2001 ..., vilket *i sig* motiverar att handlingen avlägsnas från akten, utan att det behövs någon avvägning av skyddet för detta allmänna samhällsintresse och ett överordnat allmänintresse ...”. Min kursivering.

<sup>110</sup> Punkt 135 i det överklagade beslutet.

intresse när den väcker talan.<sup>111</sup> Det skulle knappast vara förenligt med principen om likhet inför lagen om sökande som väcker talan för en ”ädel” sak<sup>112</sup> skulle åtnjuta starkare processuella rättigheter och garantier än sökande som väcker talan för egna privata intressen.

163. Även om man tillämpade tribunalens problematiska resonemang vore det under alla omständigheter inte svårt att identifiera några viktiga allmänintressen som skulle tjänas av att en domstol kan granska alla relevanta handlingar. Mer välinformerade domstolar är till exempel effektivare när det gäller att säkerställa en god rättskipning (eftersom det är mindre sannolikt att de begår vissa rättsliga fel) och stärka rättsstatsprincipen (genom att befria unionens rättsordning från potentiellt olagliga rättsakter). För mig verkar dessa intressen ingå i alla rättsliga förfaranden, inte bara de som väcks av ”barmhärtiga samariter”.<sup>113</sup>

164. Slutligen underlät tribunalen också att överväga den omständigheten att åtminstone några av de berörda bilagorna (de oavkortade tyska handlingarna), rör ett lagstiftningsförfarande, vilket enligt rättspraxis kräver ökad transparens och därmed mer omfattande tillgång.<sup>114</sup> I punkt 131 i det överklagade beslutet medgav tribunalen denna omständighet, men underlät sedan att bedöma om det skulle kunna inverka på det förevarande målet.

165. För det femte återfinns samma felaktiga synsätt hos tribunalen också i de delar där domstolen bedömde den *bevisning* som lagts fram av parterna som stöd för sina argument om tillåtlighet. I punkt 53 i det överklagade beslutet medgav tribunalen att en part, rådet hade styrkt sin argumentation om behovet av att avlägsna en handling från akten *genom att lägga fram sitt eget beslut om att neka tillgång* till det.

166. Jag antyder naturligtvis inte att rådets beslut skulle sakna relevans i sammanhanget. Men det kan självklart inte vara *avgörande*, vilket tribunalen verkar ha ansett. Det beslutet avspeglade enbart upphovsmannens åsikt – samma part som lade fram det som bevisning vid tribunalen – i en relaterad, men (som sagt) inte identisk fråga: att handlingen inte skulle göras tillgänglig i enlighet med förordning nr 1049/2001. Men, som påpekats i punkt 139 ovan, leder inte ens ett legitimt beslut om att inte lämna ut en handling enligt förordning nr 1049/2001 automatiskt till att den berörda handlingen inte kan tillåtas som bevisning vid unionsdomstolen.

167. Om tribunalens synsätt godtas skulle detta dessutom i praktiken innebära att den svarande institutionen själv skulle kunna välja vilken bevisning som ska tillåtas.<sup>115</sup> Genom att inte bevilja tillgång till en handling enligt förordning nr 1049/2001 skulle en institution i så fall kunna välja den bevisning som skulle kunna användas av en part som vill angripa dess rättsakt vid unionsdomstolen. Detta är riktigt problematiskt med tanke på principerna om parternas likställdhet i processen och en effektiv rättslig prövning.

<sup>111</sup> Jag behöver i sammanhanget knappast påpeka att ett av kraven för privata sökandens talerätt är just att det föreligger ett intresse av att få saken prövad.

<sup>112</sup> Utan att ens gå in på frågan om vem som skulle kunna avgöra (och hur) vad som är en ädel sak som är värdig nog att beviljas särskilda rättigheter och vad som bara är vanlig individuell egoism.

<sup>113</sup> För fullständighetens skull kan det tilläggas att den rättspraxis som tribunalen hänvisade till i detta sammanhang gällde olika typer av talan och (delvis) också olika typer av handlingar. Båda de avgöranden som anges i punkt 54 i det överklagade beslutet meddelades i tvister mellan *priviligierade sökande* som, enligt reglerna i fördragen och stadgan för Europeiska unionens domstol, per definition befinner sig i en annan ställning än privata sökande (som klaganden i förevarande mål).

<sup>114</sup> Se särskilt skäl 6 i förordning nr 1049/2001. Se även dom av den 1 juli 2008, Sverige och Turco/rådet (C-39/05 P och C-52/05 P, EU:C:2008:374, punkterna 45–47) och dom av den 4 september 2018, ClientEarth/kommissionen (C-57/16 P, EU:C:2018:660, punkterna 84–95).

<sup>115</sup> Se punkt 140 i detta förslag till avgörande.

168. Vidare är det visserligen sant att interna handlingar från institutionerna som innehåller juridisk rådgivning generellt endast får lämnas in om ingivandet har godkänts av den berörda institutionen eller beordrats av den berörda instansen inom unionsdomstolen.<sup>116</sup> Men det är också sant att i enlighet med fast rättspraxis får även hemliga eller interna handlingar från unionsinstitutionerna i vissa fall lagligen infogas i akten, trots att den berörda institutionen motsätter sig detta.<sup>117</sup> Det kan finnas fall där det enbart går att bevisa olagligheten i en viss unionsrättsakt på grundval av interna eller hemliga handlingar.<sup>118</sup> Tribunalen ”bortsåg” helt enkelt från denna sistnämnda rättspraxis och klagandens tillhörande argument.

169. Felet i fråga om kravet att parterna skulle styrka sina argument är desto mer slående när det gäller bedömningen av de oavkortade tyska handlingarna. Dessa handlingar utarbetades inte av EU-institutionerna utan (får man anta) av den tyska regeringen. Tribunalen följde rådets begäran och beslutade att avlägsna dem från akten enbart på grundval av två antaganden. För det första antog tribunalen att de var hemliga utan att ens be den tyska regeringen att bekräfta detta.<sup>119</sup> För det andra antog tribunalen att klaganden olagligt hade inhämtat dessa handlingar helt enkelt för att klaganden inte hade företett bevisning för att de hade inhämtats lagligt, trots att den parten förnekade att något fel hade begåtts.<sup>120</sup> Men i enlighet med principerna om bevisbördan borde det ha varit rådets sak att bevisa sina påståenden.

170. Sammanfattningsvis finns det också stöd för klagandens andra grund för överklagandet. Tribunalen gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning genom att tillämpa en felaktig analytisk ram i sin prövning av huruvida de berörda bilagorna kunde tillåtas.

171. Tribunalen har i princip tillämpat de regler som föreskrivs i förordning nr 1049/2001 och den systematik som följs i förordningen för att bedöma huruvida de berörda bilagorna kunde tillåtas. I stället för att enbart, i förekommande fall, låta sig inspireras av dessa regler har tribunalen helt enkelt behandlat klagandens ingivande av de berörda bilagorna *som om* det gällde en ansökan om tillgång till handlingar enligt förordning nr 1049/2001. Ingen hänsyn verkar ha tagits till de uppenbara skillnaderna mellan de båda regelverken. Ingen hänsyn togs till ett eventuellt intresse ”inom domstolen” som hade kunnat tyda på att dessa handlingar borde behållas i akten. Genom att göra detta (eller snarare genom att underlåta att göra detta), gjorde sig tribunalen skyldig till en felaktig tolkning och tillämpning av de principer för bevisföring som avses ovan, i strid med väletablerad rättspraxis.

172. Därför måste det överklagade beslutet också upphävas i den del där tribunalen beslutade att de berörda bilagorna ska avlägsnas från akten och att det inte fanns något behov av att ta hänsyn till de delar i inlagorna där utdrag ur dessa handlingar återges (punkterna 1 och 3 i slutet).

<sup>116</sup> Se, bland annat, beslut av den 23 oktober 2002, Österrike/rådet (C-445/00, EU:C:2002:607, punkt 12), och den 14 maj 2019, Ungern/parlamentet (C-650/18, ej publicerat, EU:C:2019:438, punkt 8).

<sup>117</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 november 2018, QB/ECB (T-827/16, EU:T:2018:756, punkt 65 och där angiven rättspraxis). Se även dom av den 3 oktober 1985, kommissionen/Tordeur (C-232/84, EU:C:1985:392), och beslut av den 15 oktober 1986, Laisa/rådet (31/86, ej publicerat i rättsfallssamlingen).

<sup>118</sup> Det kan vara fallet när talan väcks på grund av maktmissbruk eller efter läckor från visselblåsare, eller om talan kan beröra brott som har begåtts av någon tjänsteman vid institutionerna.

<sup>119</sup> Vilket den, som anges i punkt 116, hade befogenhet att göra.

<sup>120</sup> Punkterna 131–135 i det överklagade beslutet.

e) *De berörda bilagorna är inte relevanta för förevarande mål*

173. Som anges i punkt 25 ovan lämnade klaganden in de berörda bilagorna efter en åtgärd för processledning som vidtogs enligt artikel 62.1 i domstolens rättegångsregler av referenten och generaladvokaten.

174. Efter att ha granskat dessa handlingar anser jag att de inte är relevanta för förevarande mål om överklagande.

175. Mot bakgrund av de argument som klaganden fört fram både i första och andra instans verkar klaganden huvudsakligen ha haft två syften med dessa handlingar. För det första ville klaganden ”stärka” vissa rättsliga argument som framförts i målet genom att visa den ståndpunkt som intagits i det avseendet av vissa unionsinstitutioner eller medlemsstaters regeringar. För det andra ville klaganden styrka sitt påstående om att klagandens rörledning var det huvudsakliga målet för den angripna rättsakten.

176. Jag är dock inte övertygad om att de berörda bilagorna egentligen är till någon nytta för domstolen i något av de avseendena.

177. För det första menar jag att de faktiska omständigheterna är ganska klara för domstolen och i varje fall inte kan omprövas i andra instans. Vad gäller eventuella rättsliga argument i de berörda bilagorna gäller principen *jura novit curia*. Det är domstolens sak att tolka lagen. Det behöver knappast påpekas att de rättsliga argument som klaganden framfört, även de som eventuellt hämtats från en annan handling,<sup>121</sup> inte blir mer trovärdiga för domstolen bara för att de också har fått stöd eller till och med tidigare har uttryckts av en unionsinstitution eller en medlemsstat. Frågan är snarare om dessa argument är övertygande i sig.<sup>122</sup>

178. När det för det andra gäller klagandens avsikt att underbygga sina argument om att den är ”personligen berörd” av den angripna rättsakten menar jag att domstolen har tillräckligt med information och bevisning i akten i det avseendet. Som jag kommer att förklara i det följande anser jag att klaganden mycket riktigt är både direkt och personligen berörd av den angripna rättsakten och att den information som behövs för att nå den slutsatsen i själva verket finns redan i akten eller i den publika domänen.

179. Av de skälen anser jag att det inte är nödvändigt för domstolen att pröva huruvida, när väl korrekt regelverk tillämpas, de berörda bilagorna ska anses vara tillättna. De är inte relevanta för syftet med detta överklagande.

180. Som förklaras i föregående avsnitt i detta förslag till avgörande tillämpade emellertid tribunalen fel rättsligt kriterium för att nå sin slutsats att de berörda bilagorna inte skulle tillåtas. Om domstolen håller med om analysen i detta förslag till avgörande kommer tribunalen dessutom att behöva pröva målet igen.

<sup>121</sup> Vilket rent praktiskt fortfarande är möjligt. Även om domstolen i undantagsfall faktiskt undantar en viss handling i en akt är det knappast domstolens sak att bedriva censur och kontrollera innehållet i inlagorna från en part för att se om ett rättsligt argument som framförs av en part eventuellt redan förekommit eller inte förekommit i en annan handling.

<sup>122</sup> Utgångspunkten måste alltså med nödvändighet alltid vara skillnaden mellan att hänvisa till en extern auktoritet (”detta är korrekt eftersom en unionsinstitution har sagt det och det var här den sade det”) och ett fristående argument i sak, som så att säga står på egna ben, utan behov av att hänvisa till en extern auktoritet.



181. Därför anser jag att det är lämpligt att också föreslå för domstolen att punkterna 1 och 3 i det överklagade beslutet ska upphävas. Det bör ge tribunalen möjlighet att vid behov göra en ny och skraddarsydd bedömning av huruvida dessa bilagor kan tillåtas med hänsyn till de omständigheter som åberopas inför tribunalen, denna gång med hjälp av rätt måttstock.

## **VI. Konsekvenser av bedömningen: vilken utgången ska bli i förevarande mål**

182. Det finns stöd för den första och den andra grunden för överklagandet. Följaktligen bör punkterna 1, 3 och 4 i slutet av det överklagade beslutet upphävas. Eftersom de övriga delarna i det överklagade beslutet är accessoriska till de punkterna anser jag att det överklagade beslutet bör upphävas i sin helhet.

183. I enlighet med artikel 61 första stycket i stadgan för Europeiska unionens domstol får domstolen efter att ha upphävt ett avgörande av tribunalen återförvisa målet till tribunalen för avgörande eller, om det är färdigt för avgörande, själv slutligt avgöra målet.

184. I förevarande mål anser jag att målet är färdigt för avgörande och att domstolen slutlig kan pröva frågan om klagandens talerätt (A). Däremot är det inte färdigt för att domstolen ska kunna göra en prövning i sak (B).

### **A. Villkoret personligen berörd**

185. Efter att ha konstaterat att klaganden var direkt berörd är det nödvändigt att avgöra om klaganden också är *personligen* berörd av den angripna rättsakten för att slutligt kunna avgöra om klaganden har talerätt i fråga om denna. Tribunalen prövade inte den punkten, men jag anser ändå att domstolen själv kan göra den bedömningen – eftersom frågan är rättslig och dessutom ganska okomplicerad.

186. Enligt fast rättspraxis får andra rättssubjekt än de som en rättsakt är riktad till göra gällande, att de är personligen berörda i den mening som avses i artikel 263 fjärde stycket FEUF, om rättsakten påverkar dem på grund av vissa för dem utmärkande egenskaper eller på grund av faktiska omständigheter som särskiljer dem från alla andra rättssubjekt, och därigenom medför att de individualiseras på motsvarande sätt som den som rättsakten är riktad till.<sup>123</sup>

187. Sökande anses i princip inte vara personligen berörda av rättsakter som är tillämpliga på objektivt bestämda situationer och medför rättsverkningar gentemot personkategorier som definieras på ett allmänt och abstrakt sätt.<sup>124</sup> Vidare innebär enbart den omständigheten att det är möjligt att mer eller mindre exakt fastställa antalet rättssubjekt som en rättsakt är tillämplig på, eller till och med deras identitet, inte att dessa rättssubjekt ska anses personligen berörda av rättsakten om den är tillämplig på grundval av en objektiv, rättslig eller faktisk, situation som fastställts i rättsakten i fråga.<sup>125</sup>

<sup>123</sup> Se, bland annat, dom av den 15 juli 1963, Plaumann/kommissionen (25/62, EU:C:1963:17, s. 107), och, mer nyligen, dom av den 17 september 2015, Mory m.fl./kommissionen (C-33/14 P, EU:C:2015:609, punkt 93).

<sup>124</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 november 2018, Scuola Elementare Maria Montessori/kommissionen, kommissionen/Scuola Elementare Maria Montessori och kommissionen/Ferracci (C-622/16 P–C624/16 P EU:C:2018:873, punkt 31 och där angiven rättspraxis).

<sup>125</sup> Se, bland annat, dom av den 19 december 2013, Telefónica/kommissionen (C-274/12 P, EU:C:2013:852, punkt 47 och där angiven rättspraxis).

188. Domstolen har emellertid också slagit fast att den omständigheten att en angripen akt genom sin art och sin räckvidd är allmän eftersom den är generellt tillämplig på samtliga ekonomiska aktörer inte i sig utesluter att den kan beröra vissa av dem personligen.<sup>126</sup>

189. Detta är fallet när sökanden kan visa ”att det föreligger en situation som när det gäller den omtvistade bestämmelsen skiljer bolaget från alla andra [ekonomiska aktörer]”.<sup>127</sup> Detta innebär dock inte att en sökande måste vara den enda person som påverkas särskilt av den angripna rättsakten för att den ska anses vara personligen berörd. Domstolen har i själva verket slagit fast att om en rättsakt ”berör en grupp personer som, på grund av kriterier som är utmärkande för gruppmedlemmarna *kunde identifieras eller skulle ha kunnat identifieras* när rättsakten antogs, kan dessa personer vara personligen berörda av rättsakten då de ingår i en *begränsad krets* av [ekonomiska aktörer]”.<sup>128</sup> Domstolen har med andra ord konsekvent ansett att villkoret personligen berörd är uppfyllt om unionsinstitutionerna när de antog den angripna rättsakten hade möjlighet att känna till vilka företag, vars antal och identitet tydligt gick att fastställa, som särskilt skulle påverkas av rättsakten.<sup>129</sup>

190. I detta avseende har domstolen lagt särskild vikt vid den omständigheten att den kategori av personer som en sökande tillhör består av ett *fast antal* personer som *inte kan utökas efter det att den angripna rättsakten har antagits*.<sup>130</sup> Detta konstaterades särskilt vara fallet när den angripna rättsakten ändrade de rättigheter som sökanden förvärvat före dess antagande.<sup>131</sup> Vidare fann domstolen att villkoret personligen berörd var uppfyllt när den angripna rättsakten påverkade ”ett begränsat antal [ekonomiska aktörer] som identifierades av ett individuellt handlande” som de hade ägnat sig åt eller antogs ha ägnat sig åt.<sup>132</sup>

191. Andra omständigheter skulle dock också kunna vara relevanta enligt ”Plaumann-kriterierna”. Det kriteriet är visserligen strikt, men åtminstone vid första anblicken också förhållandevis öppet och flexibelt. För att till exempel avgöra om sökande är tillräckligt individualiserade av en angripen akt har domstolen tagit hänsyn till – ensamt eller i kombination med andra faktorer – om i) sökandena hade deltagit i det förfarande som ledde till att rättsakten antogs,<sup>133</sup> ii) deras ställning på marknaden *påverkades väsentligen* av en *riktad* rättsakt,<sup>134</sup> och/eller iii) upphovsmannen till den angripna rättsakten var skyldig att beakta sökandenas särskilda situation.<sup>135</sup>

<sup>126</sup> Se dom av den 17 september 2009, kommissionen/Koninklijke Friesland Campina (C-519/07 P, EU:C:2009:556, punkt 51 och där angiven rättspraxis). Se även dom av den 18 maj 1994, Codorniu/rådet (C-309/89, EU:C:1994:197, punkt 19).

<sup>127</sup> Se dom av den 18 maj 1994, Codorniu/rådet (C-309/89, EU:C:1994:197, punkt 22).

<sup>128</sup> Se, för ett liknande resonemang, domar av den 17 januari 1985, Piraiki-Patraiki m.fl./kommissionen (11/82, EU:C:1985:18, punkt 31), den 22 juni 2006, Belgien och Forum 187/kommissionen (C-182/03 och C-217/03, EU:C:2006:416, punkt 60), och den 27 februari 2014, Stichting Woonpunt m.fl./kommissionen (C-132/12 P, EU:C:2014:100, punkterna 59 och 60).

<sup>129</sup> Förslag till avgörande av generaladvokaten VerLoren van Themaat i målet Piraiki-Patraiki m.fl./kommissionen (11/82, EU:C:1982:356, s. 218).

<sup>130</sup> Förslag till avgörande av generaladvokaten Lenz i målet Codorniu/rådet (C-309/89, EU:C:1992:406, punkt 38). Min kursivering.

<sup>131</sup> Se domar av den 13 mars 2008, kommissionen/Infront WM (C-125/06 P, EU:C:2008:159, punkt 72), och den 27 februari 2014, Stichting Woonpunt m.fl./kommissionen (C-132/12 P, EU:C:2014:100, punkt 59).

<sup>132</sup> Se dom av den 18 november 1975, CAM/EEG (100/74, EU:C:1975:152, punkt 18). Se, på liknande sätt, dom av den 13 maj 1971, International Fruit Company m.fl./kommissionen (41/70–44/70, EU:C:1971:53, punkterna 17 och 18).

<sup>133</sup> Se dom av den 28 januari 1986, Cofaz m.fl./kommissionen (169/84, EU:C:1986:42, punkterna 24 och 25).

<sup>134</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 22 december 2008, British Aggregates/kommissionen (C-487/06 P, EU:C:2008:757, punkterna 50–57). Se, på liknande sätt, dom av den 12 december 2006, Asociación de Estaciones de Servicio de Madrid och Federación Catalana de Estaciones de Servicio/kommissionen (T-95/03, EU:T:2006:385, punkterna 52–55).

<sup>135</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 april 2003, kommissionen/Nederlands Antillen (C-142/00 P, EU:C:2003:217, punkterna 71–76 och där angiven rättspraxis), och dom av den 3 februari 2005, Comafra and Dole Fresh Fruit Europe/kommissionen (T-139/01, EU:T:2005:32, punkt 110). Se även dom av den 6 november 1990, Weddel/kommissionen (C-354/87, EU:C:1990:371, punkterna 20–22), och dom av den 15 juni 1993, Abertal m.fl./kommissionen (C-213/91, EU:C:1993:238, punkt 23).

192. Har klaganden mot denna bakgrund visat att den är personligen berörd av den angripna rättsakten?

193. Min uppfattning är att den har det.

194. För det första tillhör klaganden en grupp av personer som var *sluten och identifierbar* när den angripna rättsakten antogs. Det var faktiskt bara två rörledningar som i teorin påverkades direkt av att räckvidden för gasdirektivet utvidgades: Nord Stream 2 och den transadriatiska rörledningen. Eftersom den sistnämnda dock redan hade beviljats undantag är det lämpligare att beteckna klaganden som det *enda* företag som tillhör den (rent teoretiska) grupp av enskilda som påverkas av den angripna rättsakten.<sup>136</sup>

195. För det andra befann sig klaganden, med tanke på dess faktiska situation, på många sätt i en *unik ställning* i förhållande till den angripna rättsakten. När rättsakten antogs och när den trädde i kraft hade uppförandet av klagandens rörledning inte bara inletts utan befann sig i ett långt framskridet skede. Samtidigt kunde emellertid rörledningen inte färdigställas innan den tidsfrist som anges i artikel 49a i gasdirektivet löpte ut. Alltså skulle den nya ordningen direkt bli tillämplig på klaganden, som hamnade mellan två stolar: inget av de undantag som anges i gasdirektivet var tillämpligt.

196. Det kan knappast ifrågasättas att *enbart* klaganden befann sig i den positionen när rättsakten antogs. Inget annat företag kommer någonsin att befinna sig i den positionen i framtiden. Alla andra rörledningar som redan har uppförts eller som kommer att uppföras i framtiden skulle i princip kunna komma i fråga för något av dessa undantag.

197. För det tredje var unionsinstitutionerna inte bara *medvetna* om att klaganden skulle omfattas av den nyligen inrättade rättsordningen genom den angripna rättsakten, utan de agerade *med avsikten* att klaganden skulle omfattas av den nya ordningen.<sup>137</sup> Dessutom konstaterar jag att klaganden i första instans har ingett flera handlingar utöver dem som utslöts av tribunalen, som pekar på att utvidgningen av EU:s gasregler till klagandens verksamhet i själva verket var ett av de *viktigaste* (om inte det allra viktigaste) skälen till att unionsinstitutionerna antog den angripna akten.<sup>138</sup>

198. Jag vill i förbigående nämna att allt detta verkar vara allmänt känt. En snabb blick på tidningsartiklar och akademiska artiklar om antagandet av den angripna akten verkar bekräfta klagandens argument i detta avseende. Här behöver jag knappast påpeka att domstolen för att fastställa de relevanta sakförhållandena också får ta hänsyn till omständigheter som är allmänt kända.<sup>139</sup> Rättvisan beskrivs ofta som blind. Men som jag minns det syftar den liknelsen på något annat än att man inte kan se det som finns mitt framför allas ögon.

<sup>136</sup> Vilket till exempel kommissionen själv medgav när den lade fram sitt förslag till den angripna rättsakten: se kommissionens faktablad *Questions and Answers on the Commission proposal to amend the Gas Directive (2009/73/EC)*, MEMO/17/4422, 8 november 2017 (svar på fråga 10).

<sup>137</sup> Se, bland andra fritt tillgängliga handlingar, i) kommissionens faktablad *Questions and Answers on the Commission proposal to amend the Gas Directive (2009/73/EC)*, MEMO/17/4422, 8 november 2017 (svar på frågorna 8–11), ii) frågor från Europaparlamentet, svar av Arias Cañete på Europeiska kommissionens vägnar (E-004084/2018(ASW)) den 24 september 2018, och iii) information från Europaparlamentets utredningstjänst, *EU Legislation in Progress*, "Common rules for gas pipelines entering the EU internal market", 27 maj 2019, s. 2.

<sup>138</sup> Se, framför allt, svar från kommissionären med ansvar för energi Arias Cañete och den information till parlamentet som anges i föregående fotnot. Se även det beslut från Bundesnetzagentur som anges i fotnot 43.

<sup>139</sup> Se, till exempel, dom av den 28 februari 2018, kommissionen/Xinyi PV Products (Anhui) Holdings (C-301/16 P, EU:C:2018:132, punkt 78), och dom av den 20 mars 2014, kommissionen/Litauen (C-61/12, EU:C:2014:172, punkt 62).

199. För det fjärde är det med tanke på det långt framskridna bygget av projektet och de investeringar som klaganden redan hade gjort när den angripna rättsakten antogs uppenbart att antagandet av den angripna rättsakten leder till att klaganden tvingas göra genomgripande ändringar i sin bolagsstruktur och finansiella struktur och även av sin affärsmodell – allt på förhållandevis kort tid eftersom den angripna rättsakten skulle införlivas inom ungefär tio månader från det att den antogs.<sup>140</sup> Därför är det ganska uppenbart att den angripna akten inte bara har kapacitet utan även var avsedd att *väsentligt påverka* klagandens ställning på marknaden. Klaganden har också gjort gällande – och varken motparterna eller intervenienterna har gjort några invändningar – att den angripna akten kommer att kräva att det görs ändringar i olika avtal som den tidigare har ingått, vilket alltså påverkar en redan etablerad rättslig ställning.<sup>141</sup>

200. Mot bakgrund av allt vad som anförts ovan är det svårt att föreställa sig en situation där det, trots att den angripna rättsakten är allmänt tillämplig, går att identifiera en tydligare och mer specifik koppling mellan klagandens situation och den angripna rättsakten. På grund av några av klagandens särskilda egenskaper och de särskilda omständigheterna i samband med antagandet av den angripna rättsakten kan klagandens ställning i förhållande till den rättsakten särskiljas från ställningen för varje annat företag som omfattas eller kommer att omfattas av reglerna i gasdirektivet genom den angripna rättsakten.

201. Därför konstaterar jag att klaganden är direkt och personligen berörd och kan väcka talan mot den angripna rättsakten enligt artikel 263 fjärde stycket FEUF.

### ***B. Huruvida talan är välgrundad***

202. I sin ansökan till tribunalen åberopade klaganden sex grunder mot den angripna akten.

203. För att bedöma dessa grunder skulle det krävas en detaljerad rättslig och faktisk bedömning av de argument som framlagts av alla parter i förfarandet, mot bakgrund av den bevisning som ingetts av dem.

204. I avsaknad av en sådan bedömning är målet i förevarande fall inte färdigt för avgörande.

205. Följaktligen ska målet återförvisas till tribunalen och beslutet om rättegångskostnader anstå.

## **VII. Förslag till avgörande**

206. Jag föreslår att domstolen ska

- upphäva beslutet av den 20 maj 2020, Nord Stream 2/parlamentet och rådet (T-526/19, EU:T:2020:210),
- förklara att Nord Stream 2 AG:s ogiltighetstalan kan tas upp till prövning i sak,
- återförvisa målet till tribunalen för avgörande i sak, och

<sup>140</sup> Se artikel 2 i den angripna rättsakten. Intressant nog beviljades medlemsstaterna en period på ungefär dubbelt så lång tid för att införliva gasdirektivet (se artikel 54 i direktivet) och ännu längre tid för att tillämpa bestämmelsen om åtskillnad (se artikel 9 i direktivet).

<sup>141</sup> Se också punkt 96 ovan.

- förordna att frågan om rättegångskostnader ska anstå.