Recueil de la jurisprudence

ORDONNANCE DU PRÉSIDENT DU TRIBUNAL

21 juillet 2017 *

« Référé – Marché intérieur du gaz naturel – Directive 2009/73/CE – Demande de la Bundesnetzagentur visant à modifier les conditions de dérogation aux règles de l'Union pour l'exploitation du gazoduc OPAL – Décision de la Commission portant modification des conditions de dérogation aux règles de l'Union – Demande de sursis à exécution – Défaut d'urgence »

Dans l'affaire T-849/16 R,

PGNiG Supply & Trading GmbH, établie à Munich (Allemagne), représentée par M^e^ M. Jeżewski, avocat,

partie requérante,

contre

Commission européenne, représentée par M^mes^ O. Beynet et K. Herrmann, en qualité d'agents,

partie défenderesse,

soutenue par

République fédérale d'Allemagne, représentée par MM. T. Henze et R. Kanitz, en qualité d'agents,

partie intervenante,

ayant pour objet une demande fondée sur les articles 278 et 279 TFUE et tendant au sursis à l'exécution de la décision C(2016) 6950 final de la Commission, du 28 octobre 2016, portant sur la modification des conditions de dérogation du gazoduc OPAL aux règles relatives à l'accès des tiers et à la réglementation tarifaire fixées par la directive 2003/55/CE,

LE PRÉSIDENT DU TRIBUNAL

rend la présente

* Langue de procédure : le polonais.

Ordonnance

Antécédents du litige

1 Par la décision C(2009) 4694, du 12 juin 2009, la Commission des Communautés européennes a demandé à la Bundesnetzagentur (BNetzA, agence fédérale des réseaux, Allemagne), en vertu de l'article 22 de la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE (JO 2003, L 176, p. 57), de modifier sa décision du 25 février 2009 excluant les capacités de transport du projet de gazoduc Ostseepipeline-Anbindungsleitung (OPAL), qui est la section terrestre, à l'est, du gazoduc Nord Stream 1, dont le point d'entrée se trouve à proximité de la localité de Lubmin, près de Greifswald, en Allemagne et le point de sortie dans la localité de Brandov, en République tchèque, de l'application des règles d'accès des tiers prévues à l'article 18 de ladite directive et des règles tarifaires prévues par son article 25, paragraphes 2 à 4.

2 La décision de la Commission du 12 juin 2009 fixait les conditions suivantes :

« a) Sans préjudice de la règle figurant [sous] b), une entreprise dominante sur un ou plusieurs grands marchés du gaz naturel en amont ou en aval couvrant la République tchèque n'est pas autorisée à réserver, au cours d'une année, plus de 50 % des capacités de transport du gazoduc OPAL à la frontière tchèque. Les réservations d'entreprises appartenant au même groupe, comme Gazprom et Wingas, seront examinées conjointement. Les réservations d'entreprises dominantes/de groupes d'entreprises dominants ayant conclu de gros contrats à long terme d'approvisionnement en gaz seront examinées sous forme agrégée […]

b) La limite de 50 % des capacités peut être dépassée si l'entreprise concernée cède au marché un volume de 3 milliards de m^3 de gaz sur le gazoduc OPAL, selon une procédure ouverte, transparente et non discriminatoire ("programme de cession de gaz"). La société gestionnaire du gazoduc ou l'entreprise tenue de réaliser le programme doit garantir la disponibilité des capacités de transport correspondantes et le libre choix du point de sortie ("programme de cession de capacités"). La forme des programmes de "cession de gaz" et de "cession de capacités" est soumise à l'approbation de la BNetzA. »

3 Le 7 juillet 2009, la BNetzA a modifié sa décision du 25 février 2009 en l'adaptant aux conditions susmentionnées prévues par la décision de la Commission du 12 juin 2009. La dérogation aux règles a été accordée par la BNetzA pour une période de 22 ans.

4 Le gazoduc OPAL a été mis en service le 13 juillet 2011 et possède une capacité de quelque 36,5 milliards de m^3. En vertu de la décision de la Commission du 12 juin 2009 et de la décision la BNetzA du 25 février 2009, telle que modifiée par sa décision du 7 juillet 2009, les capacités du gazoduc OPAL ont été totalement exemptées de l'application des règles relatives à l'accès réglementé des tiers et des règles tarifaires sur la base de la directive 2003/55.

5 Les 50 % non réservés de la capacité de ce gazoduc n'ont jamais été utilisés, Gazprom n'ayant pas mis en œuvre le programme de cession de gaz visé dans la décision de la Commission du 12 juin 2009. La capacité d'entrée du gazoduc près de Greifswald n'a d'intérêt que pour les tiers qui sont en mesure d'introduire du gaz en ce point du gazoduc. Dans la configuration technique actuelle, le gaz naturel ne peut être fourni à ce point d'entrée que par le gazoduc Nord Stream 1, utilisé par le groupe Gazprom pour transporter du gaz en provenance de gisements russes, de sorte que seulement 50 % de la capacité de transport du gazoduc OPAL semble a priori être utilisée.

6 Le 13 mai 2016, la BNetzA a notifié à la Commission, sur le fondement de l'article 36 de la directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55 (JO 2009, L 211, p. 94), son intention de modifier certaines dispositions de la dérogation accordée en 2009 concernant le tronçon du gazoduc OPAL géré par Opal Gastransport GmbH & Co. KG (ci-après « OGT »).

7 Le 28 octobre 2016, la Commission a adopté, sur la base de l'article 36, paragraphe 9, de la directive 2009/73, la décision C(2016) 6950 final, portant sur la modification des conditions de dérogation du gazoduc OPAL aux règles relatives à l'accès des tiers et à la réglementation tarifaire fixées par la directive 2003/55 (ci-après la « décision attaquée »), qui est adressée à la BNetzA.

8 Dans la décision attaquée, la Commission a maintenu l'exemption des règles d'accès des tiers accordée au gazoduc OPAL pour le tronçon compris entre le point d'entrée situé près de Greifswald et le point de sortie situé à Brandov pour un maximum de 50 % des capacités, qu'elle avait déjà approuvée dans sa décision du 12 juin 2009. En revanche, les 50 % restants de la capacité sur ce tronçon – non utilisés jusqu'alors en raison de l'absence de mise en œuvre du programme de cession de gaz par Gazprom – ont été libérés, c'est-à-dire soumis aux règles d'accès des tiers. Cette libération doit intervenir sous la forme d'une répartition des capacités de transport, que le gestionnaire du gazoduc est tenu d'attribuer dans le cadre d'une mise aux enchères transparente et non discriminatoire.

9 Cette mise à disposition non discriminatoire et transparente de capacités de transport ainsi libérées pouvant également aboutir, de facto, à leur utilisation par Gazprom eksport, la Commission, afin de s'assurer que les tiers puissent effectivement avoir accès aux capacités « libérées », a relevé le plafond proposé par la BNetzA concernant les capacités d'interconnexion de type FZK (*feste frei zuordenbare Kapazitäten*, capacités fermes librement attribuables) au point de sortie du gazoduc. Ainsi, le gestionnaire du gazoduc OPAL sera tenu de mettre à la disposition d'utilisateurs autres que la société dominante sur le marché tchèque du gaz naturel, dans le cadre d'une mise aux enchères, une capacité d'interconnexion FZK d'un volume initial de 3,2 millions de kWh. Si toutefois il apparaît, lors de la mise aux enchères annuelle, que la demande de capacités de type FZK au point de sortie de Brandov est supérieure à 90 % des capacités offertes, la BNetzA est tenue d'augmenter de 1,6 million de kWh la quantité de capacités FZK disponibles lors de l'enchère annuelle suivante. Les capacités de FZK disponibles peuvent atteindre à terme un volume de 6,4 millions de kWh, soit 20 % de la capacité totale du gazoduc OPAL.

10 En outre, compte tenu du caractère ascendant des enchères et afin d'éviter toute surenchère de la part de l'entité dominante sur le marché tchèque, la Commission a introduit une condition supplémentaire selon laquelle une telle entité ne peut soumettre son offre, dans le cadre de la mise aux enchères de capacités FZK, qu'au prix de base des capacités, impliquant ainsi que le prix proposé ne puisse excéder le prix de base moyen du tarif réglementé sur le réseau de transport de la zone commerciale de Gaspool en Allemagne vers la République tchèque pour des produits comparables la même année.

11 Le 28 novembre 2016, la BNetzA a modifié la dérogation accordée au gestionnaire du gazoduc OPAL par sa décision du 25 février 2009 conformément à la décision attaquée.

Procédure et conclusions des parties

12 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 4 décembre 2016, la requérante, PGNiG Supply & Trading GmbH (ci-après « PGNiG Supply »), a introduit un recours tendant à l'annulation de la décision attaquée.

13 Par acte séparé, déposé au greffe du Tribunal le même jour, PGNiG Supply a introduit la présente demande en référé, dans laquelle elle conclut, en substance, à ce qu'il plaise au président du Tribunal :

– surseoir à l'exécution de la décision attaquée, jusqu'au prononcé de l'arrêt mettant fin à l'instance principale ;

– ordonner que la Commission exige de la BNetzA que cette dernière suspende la mise en œuvre de la position de la Commission, exposée dans la décision attaquée, jusqu'au prononcé de l'arrêt mettant fin à l'instance principale ;

– ordonner que la Commission exige de la BNetzA que cette dernière prenne toutes les mesures juridiques possibles aux fins de suspendre, jusqu'au prononcé de l'arrêt mettant fin à l'instance principale, l'exécution d'une décision, d'une transaction, d'une convention de droit public ou de toute autre mesure d'application modifiant, complétant, abrogeant ou affectant d'une autre manière la décision de la BNetzA du 25 février 2009, dans sa version du 7 juillet 2009 ;

– ordonner que la Commission exige de la BNetzA que cette dernière exerce le droit de résiliation de la convention conclue le 28 novembre 2016 avec OGT, PJSC Gazprom et Gazprom eksport et adopte ensuite un nouvel instrument d'application de droit national, selon une procédure garantissant la participation des tiers, les organisations non gouvernementales comprises ;

– ordonner que la Commission exige d'OGT que cette dernière s'abstienne, jusqu'au prononcé de l'arrêt mettant fin à l'instance principale, d'octroyer un accès aux capacités de transport du gazoduc OPAL à des conditions autres que celles déterminées par la décision de la BNetzA du 25 février 2009, dans sa version du 7 juillet 2009 ;

– rendre toute autre ordonnance que le président du Tribunal jugerait appropriée, à l'égard de la Commission ou d'OGT, aux fins d'atteindre un effet similaire ;

– examiner la présente demande avant le 23 décembre 2016, en application de l'article 157, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal.

14 Dans ses observations sur la demande en référé, déposées au greffe du Tribunal le 14 décembre 2016, la Commission conclut, en substance, à ce qu'il plaise au président du Tribunal :

– rejeter cette demande ;

– condamner PGNiG Supply aux dépens.

15 Par ordonnance du 23 décembre 2016, PGNiG Supply & Trading/Commission (T-849/16 R), le président du Tribunal, en vertu de l'article 157, paragraphe 2, du règlement de procédure, a accordé le sursis à exécution sollicité jusqu'à l'intervention de l'ordonnance mettant fin à la présente procédure de référé. Il a, en outre, posé une série de questions aux parties, qui y ont répondu le 16 janvier 2017.

16 Par actes déposés au greffe du Tribunal le 10 janvier 2017, OGT et Gazprom eksport ont demandé à intervenir dans la présente procédure de référé au soutien des conclusions de la Commission. Le 18 janvier 2017, les parties principales ont déposé leurs observations sur ces demandes.

17 Le 1er février 2017, le président du Tribunal a fait droit à la demande d'intervention de la République fédérale d'Allemagne, déposée le 19 janvier 2017, à l'égard de laquelle tant la Commission que PGNiG Supply n'ont pas exprimé d'objection dans leurs observations déposées respectivement le 30 et le

31 janvier 2017. Le mémoire en intervention de la République fédérale d'Allemagne au soutien des conclusions de la Commission a été déposé au greffe du Tribunal le 9 février 2017. La Commission et PGNiG Supply ont déposé leurs observations sur ce mémoire, respectivement, le 3 et le 10 mars 2017.

18 Le 3 février 2017, Operator Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A. (ci-après « Gaz-System ») a demandé à intervenir au soutien des conclusions de PGNiG Supply. Le 14 février 2017, les parties principales ont déposé leurs observations sur cette demande.

19 Le 28 février 2017, PGNiG Supply a déposé un mémoire complémentaire ainsi qu'une annexe consistant en [*confidentiel*] [1]. Le 28 juin 2017, PGNiG Supply a demandé un traitement confidentiel de ces documents à l'égard de la République fédérale d'Allemagne, laquelle n'a pas contesté cette demande.

20 La décision attaquée ayant été publiée le 3 janvier 2017 sur le site Internet de la Commission, PGNiG Supply a déposé, le 13 mars 2017, un mémoire complémentaire à sa demande en référé, sur lequel la Commission et la République fédérale d'Allemagne ont déposé leurs observations le 3 avril 2017.

21 Par courrier du 22 juin 2017, les parties ont été invitées à une audition, fixée au 5 juillet 2017, afin d'exposer leurs arguments portant sur les conditions relatives à l'urgence et à la mise en balance des intérêts. À cette occasion, la Commission et la République fédérale d'Allemagne ont été informées que, en raison de la demande de traitement confidentiel concernant le mémoire complémentaire et son annexe, déposés par PGNiG Supply le 28 février 2017, ces documents ne seraient pas abordés lors de l'audition, sans préjudice de la possibilité que leurs observations sur ces documents soient demandées ultérieurement.

22 OGT, Gazprom et Gaz-System (ci-après, prises ensemble, les « trois demanderesses en intervention ») ont également été invitées à assister à l'audition afin d'y présenter leurs arguments relatifs à la mise en balance des intérêts, sans préjudice de la décision finale sur l'admission de leurs demandes en intervention respectives.

23 Le 5 juillet 2017, PGNiG Supply, la Commission et la République fédérale d'Allemagne ainsi que les trois demanderesses en intervention ont présenté leurs arguments à l'audition et ont répondu aux questions posées par le président du Tribunal. Si les trois demanderesses en intervention ont toutes été autorisées à présenter des arguments sur la mise en balance des intérêts en présence dans le cadre de la présente demande en référé, le président du Tribunal a néanmoins réservé sa décision sur leur admission définitive.

En droit

Considérations générales

24 Il ressort d'une lecture combinée des articles 278 et 279 TFUE, d'une part, et de l'article 256, paragraphe 1, TFUE, d'autre part, que le juge des référés peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, ordonner le sursis à l'exécution d'un acte attaqué devant le Tribunal ou prescrire les mesures provisoires nécessaires, et ce en application de l'article 156 du règlement de procédure. Néanmoins, l'article 278 TFUE pose le principe du caractère non suspensif des recours, les actes adoptés par les institutions de l'Union européenne bénéficiant d'une présomption de légalité. Ce n'est donc qu'à titre exceptionnel que le juge des référés peut ordonner le sursis à l'exécution d'un acte attaqué devant le Tribunal ou prescrire des mesures provisoires (ordonnance du 19 juillet 2016, Belgique/Commission, T-131/16 R, EU:T:2016:427, point 12).

1 Données confidentielles occultées.

25 En outre, l'article 156, paragraphe 4, première phrase, du règlement de procédure dispose que les demandes en référé doivent spécifier « l'objet du litige, les circonstances établissant l'urgence ainsi que les moyens de fait et de droit justifiant à première vue l'octroi de la mesure provisoire à laquelle elles concluent ».

26 Ainsi, le sursis à exécution et les autres mesures provisoires peuvent être accordés par le juge des référés s'il est établi que leur octroi est justifié à première vue en fait et en droit (fumus boni juris) et qu'ils sont urgents, en ce sens qu'il est nécessaire, pour éviter de causer un préjudice grave et irréparable aux intérêts de la partie qui les sollicite, qu'ils soient édictés et produisent leurs effets avant la décision principale. Ces conditions sont cumulatives, de telle sorte que les demandes de mesures provisoires doivent être rejetées dès lors que l'une d'elles fait défaut. Le juge des référés procède également, le cas échéant, à la mise en balance des intérêts en présence (voir ordonnance du 2 mars 2016, Evonik Degussa/Commission, C-162/15 P-R, EU:C:2016:142, point 21 et jurisprudence citée).

27 Dans le cadre de cet examen d'ensemble, le juge des référés dispose d'un large pouvoir d'appréciation et reste libre de déterminer, au regard des particularités de l'espèce, la manière dont ces différentes conditions doivent être vérifiées ainsi que l'ordre de cet examen, dès lors qu'aucune règle de droit ne lui impose un schéma d'analyse préétabli pour apprécier la nécessité de statuer provisoirement [voir ordonnance du 19 juillet 2012, Akhras/Conseil, C-110/12 P(R), non publiée, EU:C:2012:507, point 23 et jurisprudence citée].

28 Dans les circonstances du cas d'espèce, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les fins de non-recevoir soulevées par la Commission, il convient d'examiner d'abord si la condition relative à l'urgence est remplie.

Sur l'urgence

29 Afin de vérifier si les mesures provisoires demandées sont urgentes, il convient de rappeler que la finalité de la procédure de référé est de garantir la pleine efficacité de la future décision définitive, afin d'éviter une lacune dans la protection juridique assurée par le juge de l'Union. Pour atteindre cet objectif, l'urgence doit s'apprécier au regard de la nécessité qu'il y a de statuer provisoirement afin d'éviter qu'un préjudice grave et irréparable ne soit occasionné à la partie qui sollicite la protection provisoire. Il appartient à cette partie d'apporter la preuve qu'elle ne saurait attendre l'issue de la procédure relative au recours au fond sans subir un préjudice grave et irréparable (voir ordonnance du 14 janvier 2016, AGC Glass Europe e.a./Commission, C-517/15 P-R, EU:C:2016:21, point 27 et jurisprudence citée).

30 En l'espèce, PGNiG Supply craint de subir un préjudice consistant, en substance, en la modification grave et irréparable de sa position sur le marché, en cas de rejet de la demande en référé.

31 Elle estime, en effet, que la décision attaquée et la décision de la BNetzA du 28 novembre 2016, qui la met en œuvre, auront pour effet de restreindre son accès tant au gazoduc OPAL qu'au gazoduc Yamal-Europe, en vue de livrer du gaz sur le marché polonais.

32 En premier lieu, en ce qui concerne l'allégation relative à la restriction de son accès au gazoduc OPAL, d'une part, PGNiG Supply souligne que les réservations des capacités de transport mises aux enchères conformément aux nouvelles conditions d'utilisation du gazoduc OPAL pourront se faire pour une durée de quinze ans. Or, elle affirme qu'il convient de s'attendre à ce que Gazprom réserve la majeure partie des capacités de transport pour cette durée, figeant ainsi la situation pour les quinze années à venir.

33 En effet, PGNiG Supply soutient que l'exécution de la décision attaquée permettra à Gazprom de réserver au moins 90 % des capacités de transport du gazoduc OPAL. La décision attaquée organiserait la mise aux enchères de 50 % de la capacité totale de transport du gazoduc OPAL. Cependant, selon PGNiG Supply, les conditions de la dérogation réglementaire fixées dans la décision attaquée auront pour conséquence de permettre à Gazprom d'emporter au moins 80 % des capacités de transport partiellement réglementées du gazoduc OPAL soumises aux enchères. Dans la mesure où les autres 50 % des capacités de transport du gazoduc OPAL sont exclus du droit de l'Union ainsi que des règles relatives à l'accès des tiers, et accordés en totalité à Gazprom, cette dernière pourrait en réalité bénéficier d'un accès garanti à au moins 90 % des capacités totales de transport du gazoduc OPAL. Dès lors, la décision attaquée renforcerait la position dominante de Gazprom et, par là même, affaiblirait directement la position de PGNiG Supply sur le marché.

34 D'autre part, PGNiG Supply précise que la réservation par Gazprom des capacités de transport supplémentaires, nouvellement « libérées », du gazoduc OPAL aura des effets irréversibles sur les contrats en aval conclus par les opérateurs impliqués dans le transport, la distribution et la livraison de gaz fourni par Gazprom. En effet, selon PGNiG Supply, les réservations, prenant la forme de conventions de droit privé, seront ensuite sources de droits et d'obligations pour des personnes physiques ou morales, sujettes à protection, indépendamment de l'issue du recours principal. Dès lors, même l'annulation de la décision attaquée ne pourra donner lieu à une annulation des contrats de transport ou de fourniture de gaz par l'intermédiaire du gazoduc OPAL. Elle souligne également que ces contrats de transport auront pour conséquence parallèle la conclusion de contrats commerciaux de négoce de gaz, engendrant ainsi un obstacle supplémentaire pour la résiliation des contrats de transport.

35 Ainsi, du fait, d'une part, de la complexité des relations entre les autorités administratives et les entités individuelles impliquées et, d'autre part, des rapports juridiques liant ces entités qui agiront sur la base d'actes bénéficiant de la présomption de légalité de la décision attaquée, PGNiG Supply estime qu'il ne sera possible ni de revenir sur la situation juridique qui en aura résulté afin de retrouver la position dont elle disposait antérieurement, ni d'obtenir une compensation financière.

36 Sans qu'il soit nécessaire d'apprécier, d'une part, le caractère éventuellement hypothétique du comportement que Gazprom adopterait lors des mises aux enchères des capacités de transport libérées par la décision attaquée et, d'autre part, la pertinence de l'argumentation de PGNiG Supply quant à la restriction d'accès au gazoduc OPAL du fait des conditions posées par la décision attaquée comparées à celles précédemment en vigueur, il suffit de relever que le préjudice allégué apparaît, a priori, dépendant de l'irréversibilité sur le long terme des situations nées sous le régime juridique rendu possible par la décision attaquée.

37 En effet, PGNiG Supply semble estimer que la possibilité pour Gazprom d'effectuer, lors des prochaines enchères annuelles relatives à la partie des 50 % des capacités de transport libérées par la décision attaquée, des réservations à long terme aura pour effet de figer la situation de telle sorte que la portée des effets juridiques de la décision attaquée dépasserait de loin la durée de son existence juridique.

38 Cependant, il y a lieu de relever que cette analyse repose sur une compréhension erronée du fonctionnement de l'ordre juridique propre instauré par les traités (voir, en ce sens, arrêt du 15 juillet 1964, Costa, 6/64, EU:C:1964:66, p. 1158). En cas d'annulation de la décision attaquée, les conditions d'utilisation du gazoduc OPAL, telles qu'autorisées par cette décision, ne trouveront plus à s'appliquer. Par conséquent, aucun acte de droit privé fondé sur ces conditions ne pourra être mis en œuvre. Tant la Commission que la République fédérale d'Allemagne ont souligné, à bon droit, cet aspect tant dans leurs écritures que lors de l'audition du 5 juillet 2017.

39 À cet égard, en sus d'obstacles juridiques, dont l'existence ne peut être admise, comme cela a été rappelé au point 38 ci-dessus, PGNiG Supply soulève l'existence de difficultés pratiques dans la mise en œuvre des effets d'une telle annulation. Cependant, il convient également d'écarter cette objection. En effet, d'une part, comme le souligne, de manière catégorique, tant la République fédérale d'Allemagne dans son mémoire en intervention que la Commission dans ses observations sur ce mémoire, si le Tribunal annule la décision attaquée, les contrats de réservation de produits de capacité pour les périodes postérieures au prononcé de l'arrêt du Tribunal ne pourront être exécutés. D'autre part, lors de l'audition du 5 juillet 2017, la Commission a souligné que, premièrement, il ressortait des conditions générales du contrat applicables au transport de gaz par le gazoduc OPAL que le contrat de transport conclu entre les utilisateurs du réseau et OGT en ce qui concerne l'acquisition de produits de capacité par voie d'enchères pourrait être résilié immédiatement pour des motifs importants, l'annulation de la décision attaquée par le Tribunal s'inscrivant indubitablement parmi ces motifs ; deuxièmement, cette annulation constituerait une circonstance fortuite ayant des conséquences juridiques sur le contrat, en ce sens qu'elle justifierait l'adaptation des conditions dudit contrat, et, troisièmement, ces conditions générales autorisaient OGT à modifier les conditions du contrat dans l'avenir si la nécessité de tenir compte de la modification de la situation juridique l'imposait, par exemple en présence d'un arrêt rendu par une juridiction internationale. Au demeurant, il ne semble pas exclu, a priori, que, au regard du litige pendant devant le Tribunal, une clause de sauvegarde soit insérée dans l'ensemble des contrats signés concernant les futures mises aux enchères (par exemple, les contrats en aval conclus par les opérateurs impliqués dans le transport, la distribution et la livraison de gaz fourni par Gazprom, mais également les contrats commerciaux de négoce de gaz), afin de prévoir les conséquences d'une nouvelle suspension éventuelle de la décision attaquée ou d'une annulation de cette dernière. En tout état de cause, dans la mesure où des procédures devant le Tribunal ont été introduites à l'encontre de la décision attaquée, il existe indubitablement un risque commercial qui ne pourra pas être ignoré par les acteurs sur le marché.

40 Enfin, tant dans ses observations du 10 mars 2017 sur le mémoire en intervention de la République fédérale d'Allemagne que dans son mémoire complémentaire du 13 mars 2017, PGNiG Supply souligne le fait que, malgré l'ordonnance du 23 décembre 2016, PGNiG Supply & Trading/Commission (T-849/16 R), le gazoduc OPAL a été exploité à un niveau témoignant d'une utilisation de capacités organisées avant la suspension de l'exécution de la décision attaquée suivant les conditions autorisées par cette décision. À cet égard, il suffit de relever, premièrement, que, bien que des questions légitimes puissent se poser quant aux faits relatifs à l'utilisation des capacités de transport sur le gazoduc OPAL qui ont suivi l'adoption de l'ordonnance du même jour, il ressort des éléments du dossier, notamment du mémoire en intervention de la République fédérale d'Allemagne, que l'utilisation actuelle de ce gazoduc est désormais bien régie selon les conditions applicables avant l'adoption de la décision attaquée et, deuxièmement, que, si, lors de l'audition du 5 juillet 2017, la République fédérale d'Allemagne a bien confirmé que certains contrats, liés à des enchères organisées avant l'adoption de l'ordonnance du 23 décembre 2016, PGNiG Supply & Trading/Commission (T-849/16 R), avaient été exécutés en violation des effets de la suspension prononcée par le juge des référés dans son ordonnance, elle a cependant souligné la confusion ayant entouré cette situation. En effet, à la suite de l'adoption de ladite ordonnance, une procédure devant l'Oberlandesgericht (tribunal régional supérieur de Düsseldorf, Allemagne) a été engagée et a conduit à l'adoption d'une décision datée du 30 décembre 2016 suspendant l'accord conclu entre OGT et la BNetzA du 28 novembre 2016. La République fédérale d'Allemagne a ainsi considéré, à tort comme elle l'a reconnu lors de l'audition, que seule l'organisation de mises aux enchères pour l'avenir était concernée, excluant tout effet sur l'exécution des contrats liés aux mises aux enchères passées. Au regard des échanges qui ont ensuite eu lieu dans le cadre de la présente procédure, la République fédérale d'Allemagne estime qu'une telle interprétation erronée ne saurait se reproduire dans l'éventualité tant d'une nouvelle suspension prononcée par le juge des référés que d'une annulation de la décision attaquée par le Tribunal. À cet égard, elle a précisé que la législation allemande lui octroyait des pouvoirs d'injonction à l'encontre de la BNetzA qui sont suffisants pour assurer le plein effet des décisions du Tribunal et du juge des référés. Dès lors, rien ne permet de considérer qu'une nouvelle suspension, ordonnée dans

l'hypothèse d'une saisine du juge des référés en vertu de l'article 160 du règlement de procédure, et l'annulation de la décision attaquée ne seraient pas suivies des effets qui s'attachent à de telles décisions de justice.

41 Il résulte de ce qui précède que, même si leur caractère certain était démontré avec le degré de probabilité requis, toutes les conséquences liées aux évènements décrits aux points 32 à 34 ci-dessus, loin de porter sur une période de quinze années, seraient, en fait, limitées à la période précédant la date du prononcé de l'arrêt du Tribunal mettant fin à l'instance principale.

42 Dès lors, seule l'hypothèse décrite aux points 32 et 33 ci-dessus, envisagée par PGNiG Supply, pourrait éventuellement se produire pendant la période précédant l'adoption de l'arrêt du Tribunal mettant fin à l'instance principale. Or, cette hypothèse, consistant en l'utilisation d'au moins 90 % des capacités de transport du gazoduc OPAL par Gazprom, n'est pas constitutive en elle-même du préjudice allégué par PGNiG Supply dans la mesure où celui-ci dépend de la persistance à long terme de cette situation. Par conséquent, quand bien même les effets de cette hypothèse seraient irréversibles, l'exigence de la démonstration d'un préjudice grave et irréparable pour PGNiG Supply justifiant l'adoption des mesures provisoires demandées ne serait pas satisfaite.

43 En second lieu, en ce qui concerne l'allégation relative à la restriction de son accès au gazoduc Yamal-Europe, PGNiG Supply décrit son domaine d'activité fondamental comme étant le négoce de gaz naturel et d'énergie électrique, tant sur le marché allemand que sur les marchés internationaux, y compris, notamment, l'exportation de gaz vers la Pologne par l'intermédiaire des points d'interconnexion de Mallnow et de Lasów. Or, elle estime que, dans la mesure où la décision attaquée conduira à l'augmentation des capacités de transport par le biais du gazoduc OPAL, l'exploitation des autres gazoducs permettant l'exportation de gaz par Gazprom vers l'Europe occidentale, notamment les gazoducs Yamal-Europe et Fraternité, diminuera. Cette réduction d'utilisation engendrerait une hausse des tarifs de transport entraînant une perte de revenus importante pour PGNiG Supply au point de Lasów et rendrait impossible le transport virtuel en sens inverse par le point de Mallnow.

44 De nouveau, sans qu'il soit nécessaire d'apprécier, premièrement, le caractère éventuellement hypothétique des évènements décrits au point 43 ci-dessus, pour lesquels PGNiG Supply produit un certain nombre d'informations et de documents tendant à prouver le degré suffisant de certitude, contesté néanmoins par la Commission et la République fédérale d'Allemagne, deuxièmement la réalité du lien de causalité entre ces évènements et la décision attaquée et, troisièmement, l'éventuel caractère exclusivement pécuniaire du préjudice, il suffit de relever que l'imminence du préjudice allégué dans le cas présent fait défaut.

45 Comme il a été rappelé au point 29 ci-dessus, il est de jurisprudence constante que le caractère urgent d'une demande en référé doit s'apprécier par rapport à la nécessité qu'il y a de statuer provisoirement afin d'éviter qu'un préjudice grave et irréparable ne soit occasionné à la partie qui sollicite les mesures provisoires avant qu'il ne soit statué sur la demande principale en annulation et qu'il appartient à cette partie d'apporter la preuve sérieuse qu'elle ne saurait attendre l'issue de la procédure relative au recours principal sans avoir à subir personnellement un préjudice de cette nature.

46 Or, en l'espèce, il ressort de la demande en référé que s'applique actuellement un contrat de transit conclu avec Gazprom pour le transport du gaz naturel par le tronçon polonais du gazoduc Yamal-Europe aux fins de l'approvisionnement des marchés d'Europe occidentale, y compris la Pologne, jusqu'en 2020 ainsi qu'un contrat conclu entre PGNiG S.A. et Gazprom pour des livraisons de gaz naturel, qui expirera à la fin de l'année 2022. Dans ses réponses aux questions du Tribunal du 23 décembre 2016, déposées le 16 janvier 2017, PGNiG Supply précise que l'éventuelle décision de Gazprom de réorienter la totalité du flux actuel passant par le gazoduc Yamal-Europe vers d'autres infrastructures de transport ne pourra être prise qu'après la date d'échéance des contrats de transport

de gaz en vigueur jusqu'en mai 2020. D'ailleurs, les deux scénarios possibles qu'elle considère comme étant préjudiciables à sa situation concernent, d'une part, une période couvrant les années 2020 à 2022 et, d'autre part, une période démarrant après l'année 2023.

47 Il résulte de ces contrats que l'exploitation de la capacité de transport du tronçon polonais du gazoduc Yamal-Europe est, à première vue, assurée au moins jusqu'à la fin de l'année 2019 et que les livraisons de Gazprom au marché polonais le sont jusqu'en 2022. Comme le souligne à juste titre la République fédérale d'Allemagne dans son mémoire en intervention du 9 février 2017, dans la mesure où l'utilisation du gazoduc Yamal-Europe est déterminée, tout au moins, jusqu'en 2020 pour le transit vers l'Europe occidentale sur la base d'un contrat à long terme, une modification du flux transporté par l'intermédiaire du gazoduc Yamal-Europe n'est pas attendue. À cet égard, il doit être rappelé que le non-respect de ces obligations contractuelles ouvrirait des voies de droit spécifiques qu'il reviendrait à PGNiG Supply de mettre en œuvre, le cas échéant. Dans ce contexte, il serait, en outre, envisageable pour PGNiG Supply de recourir à l'article 160 du règlement de procédure, lui garantissant ainsi une protection juridictionnelle effective dans le cadre de son contentieux devant le Tribunal, en cas de violation de ces obligations.

48 Par conséquent, même dans l'hypothèse où le caractère certain du préjudice allégué par PGNiG Supply serait suffisamment démontré, ce dernier ne pourrait se réaliser au plus tôt qu'à l'expiration desdits contrats, si, en outre, ces derniers ne font pas l'objet d'un renouvellement. Or, au regard de la durée moyenne des procédures devant le Tribunal, l'arrêt au fond dans la présente affaire sera vraisemblablement rendu dans un délai de deux ans, soit dans le courant de l'année 2019. En outre, si l'expiration desdits contrats venait à se confirmer alors que le Tribunal n'a pas encore rendu son arrêt, il n'est pas exclu que le Tribunal considère qu'il existe des circonstances exceptionnelles, de sorte qu'il déciderait d'office de statuer sur cette affaire selon une procédure accélérée, en vertu de l'article 151, paragraphe 2, du règlement de procédure. À défaut, il n'est également pas exclu que, si les circonstances l'exigent, il soit décidé de faire juger cette affaire en priorité, conformément à l'article 67, paragraphe 2, du même règlement.

49 Dès lors, il convient d'observer que PGNiG Supply reste en défaut d'apporter la preuve sérieuse qu'elle ne saurait attendre l'issue de la procédure relative au recours principal sans avoir à subir personnellement un préjudice grave et irréparable.

50 À cet égard, il convient, cependant, de relever que, dans ses observations sur le mémoire en intervention de la République fédérale d'Allemagne, PGNiG Supply relève qu'il est possible qu'elle subisse un préjudice avant l'année 2020. Si les éléments sur lesquels se fonde une telle allégation ne ressortent pas clairement de ses écritures, il apparaît, à tout le moins, qu'elle renvoie aux arguments soulevés dans son mémoire complémentaire du 28 février 2017. Dès lors, s'il semble toutefois venir au soutien de ses arguments relatifs à la démonstration de l'existence d'un fumus boni juris, le document annexé par PGNiG Supply à ce mémoire pourrait, ainsi, être interprété comme un élément tentant de prouver l'imminence du préjudice allégué malgré l'existence des contrats de transport et de livraison de gaz mentionnés au point 46 ci-dessus, dont l'expiration est prévue, respectivement, en 2020 et en 2022.

51 [*confidentiel*]

52 [*confidentiel*] Selon PGNiG Supply, la matérialisation des risques mentionnés au point 43 ci-dessus n'est donc pas uniquement liée à l'expiration du contrat de transit de gaz par le gazoduc Yamal-Europe vers l'Europe occidentale en 2020, suivie de l'expiration du contrat de fourniture de gaz à la Pologne par ce même gazoduc en 2022, mais, plus particulièrement, par l'approche suivie par Gazprom et par la Fédération de Russie quant aux questions relatives au respect des accords conclus et au risque d'arrêt des fournitures de gaz à tout moment, dès lors qu'il existera une alternative permettant de livrer le gaz par une autre voie (par exemple celle de Nord Stream 1 et d'OPAL).

53 Tout d'abord, il y a lieu de relever que, malgré le caractère primordial que PGNiG Supply semble attacher à cet élément de preuve supplémentaire, ce dernier était absent de sa demande en référé déposée le 4 décembre 2016. Ensuite, sans qu'il soit besoin de se prononcer à ce stade sur l'existence d'un lien entre le contenu de ce document et la décision attaquée, il suffit de relever que les menaces alléguées sont, à première vue, conditionnées à la mise en œuvre de la décision de l'office de régulation de l'énergie polonais du 19 mai 2015, qui devait avoir lieu au plus tard au mois de mai 2017, mais qui n'est toujours pas effective. Dès lors, si de telles actions répressives venaient à se concrétiser après cette mise en œuvre, elles constitueraient, selon toute vraisemblance, des éléments nouveaux permettant à PGNiG Supply de saisir le juge des référés, conformément à l'article 160 du règlement de procédure, lequel pourrait alors prendre une nouvelle mesure de suspension inaudita altera parte, en vertu de l'article 157, paragraphe 2, du règlement de procédure, afin de rétablir provisoirement la réglementation applicable avant la mise en place du régime prévu par la décision attaquée jusqu'à ce qu'il se prononce sur le bien-fondé de la nouvelle demande au regard des faits nouveaux.

54 Par conséquent, il doit être conclu que, l'imminence du préjudice allégué n'ayant pas été démontrée, PGNiG Supply n'a pas satisfait à la condition selon laquelle elle ne saurait attendre l'issue de la procédure relative au recours principal sans avoir à subir personnellement un préjudice grave et irréparable du fait de l'exécution de la décision attaquée.

55 Il s'ensuit que la condition de l'urgence n'est pas remplie, de telle sorte que la présente demande en référé doit être rejetée, sans qu'il soit besoin d'examiner la condition tenant à l'existence d'un fumus boni juris ni de procéder à la mise en balance des intérêts.

56 Dans ces conditions, et eu égard à la jurisprudence selon laquelle l'intérêt invoqué par la partie intervenante est pris en compte, le cas échéant, dans le cadre de la mise en balance des intérêts (ordonnance du 26 juillet 2004, Microsoft/Commission, T-201/04 R, EU:T:2004:246, point 34), il n'est pas nécessaire de statuer sur les demandes en intervention des trois demanderesses en intervention.

57 À cet égard, il convient de noter que, par requête du 18 janvier 2017, PGNiG Supply a demandé le traitement confidentiel d'un certain nombre d'informations à l'égard d'OGT et de Gazprom. Au regard du point 56 ci-dessus, il y a lieu de requalifier cette demande comme une demande de traitement confidentiel à l'égard du public, conformément à l'article 66 du règlement de procédure. Dans ce contexte, il suffit de relever que les informations contenues dans la présente ordonnance, excepté celles spécifiquement omises aux points 19, 51 et 52 de la version publique de la présente ordonnance, soit ont été présentées et discutées lors de l'audition publique qui s'est tenue le 5 juillet 2017, soit n'ont pas fait l'objet de justification suffisante quant à leur omission et que, ainsi il n'existe pas de raison légitime de faire droit à la demande.

58 En vertu de l'article 158, paragraphe 5, du règlement de procédure, il convient de réserver les dépens.

Par ces motifs,

LE PRÉSIDENT DU TRIBUNAL

ordonne :

1) La demande en référé est rejetée.

2) L'ordonnance du 23 décembre 2016, PGNiG Supply & Trading/Commission (T-849/16 R), est rapportée.

3) Les dépens sont réservés.

Fait à Luxembourg, le 21 juillet 2017.

Le greffier
E. Coulon

Le président
M. Jaeger