



**EUROPEAN FEDERATION
OF
ENERGY LAW ASSOCIATIONS**

**LA PROCEDURE DE REFERE
DANS LE DOMAINE DE L'ENERGIE**

- ARTICLE -

by

Marc Jaeger

President of the General Court of the European Union



LA PROCEDURE DE REFERE DANS LE DOMAINE DE L'ENERGIE¹

par Marc Jaeger,
Président du Tribunal de l'Union européenne

Le 20 juin 2018, un accord politique provisoire sur la gouvernance de l'union de l'énergie a été obtenu entre les négociateurs de la Commission, du Parlement européen et du Conseil². Les ambassadeurs des États membres auprès de l'Union européenne ayant confirmé cet accord, au nom du Conseil le 29 juin suivant, la proposition de règlement devrait être soumise à l'approbation du Parlement européen au mois d'octobre prochain avant de revenir devant le Conseil en vue de son adoption définitive³.

Cette avancée majeure permet au paysage législatif dans ce domaine de continuer son importante restructuration. Cependant, au regard de l'impact des réformes qu'engendrera cette modification, il ne peut être exclu qu'elle générera quelques interrogations qui trouveront très certainement le chemin du prétoire.

À cet égard, il n'est pas sans intérêt de se pencher sur la question de la place des affaires relevant du domaine de l'énergie dans le contentieux du Tribunal de l'Union européenne (I) et de saisir l'opportunité de l'adoption de récentes décisions pour s'interroger sur un aspect rarement abordé, celui de l'adéquation des spécificités de la procédure de référé aux particularités des affaires en droit de l'énergie (II).

I. LA PLACE DES AFFAIRES EN DROIT DE L'ÉNERGIE DANS LE CONTENTIEUX DU TRIBUNAL

En substance, le Tribunal de l'Union européenne (ci-après, le « Tribunal ») est compétent pour connaître des recours introduits par des personnes physiques ou morales visant à l'annulation d'actes des institutions, des organes ou des organismes de l'Union européenne, des recours formés par les États membres contre la Commission, de certains recours présentés par les États membres contre le Conseil, des recours visant à obtenir réparation des dommages causés par les institutions, de certains recours se fondant sur des contrats passés par l'Union européenne ou encore de certains litiges entre les institutions de l'Union européenne et leur personnel. En 2017, cette compétence procédurale s'est appliquée à près de quarante matières du droit de l'Union⁴.

¹ Cet article prend appui sur le discours introductif prononcé à l'occasion de la visite de la *European Federation of Energy Law Associations* (EFELA) à la Cour de justice de l'Union européenne le 25 juin 2018. Je tiens à remercier M. Vivien Terrien pour son assistance dans la rédaction de cette contribution, qui reflète la situation au 30 juillet 2018. Les opinions exprimées sont personnelles et n'engagent pas le Tribunal de l'Union européenne.

² Communiqué de presse de la Commission n° IP/18/4229 du 20 juin 2019 intitulé « L'union de l'énergie se dote d'une gouvernance simplifiée, robuste et transparente : la Commission salue un accord ambitieux ».

³ Communiqué de presse du Conseil n° 424/18 du 29 juin 2018 intitulé « Gouvernance de l'union de l'énergie : le Conseil confirme l'accord intervenu avec le Parlement européen ».

⁴ Cour de justice de l'Union européenne, Rapport annuel 2017, activité judiciaire, p. 107.

Afin de prendre la mesure de l'importance des affaires relevant du domaine de l'énergie, il convient d'en apprécier tant leur volume que leur substance que ce soit dans le cadre de la procédure principale (A) que dans celui de la procédure de référé (B).

A. APPROCHE QUANTITATIVE VERSUS APPROCHE QUALITATIVE : L'IMPORTANCE DES PROBLEMATIQUES SOULEVEES AU FOND

À titre liminaire, il convient de reconnaître que le contentieux relatif au droit de l'énergie devant le Tribunal ne représente pas, en termes de volume, un nombre important d'affaires. Dans les cinq dernières années, dix-neuf nouvelles affaires ont été enregistrées, sachant que, huit d'entre elles ont été introduites en 2017⁵.

Cependant, s'en tenir à une approche quantitative serait gravement trompeur et ne rendrait pas justice à ce domaine du droit. L'importance des questions soulevées devant le Tribunal dans ce domaine n'est, en effet, nullement discutable. L'arrêt du 29 juin 2017 rendu par le Tribunal dans l'affaire T-63/16, *E-Control/ACER*⁶, peut, à cet égard, être mentionné. Dans cette décision, le Tribunal s'est prononcé sur le recours en annulation introduit à l'encontre d'une décision de la commission de recours de l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie (ACER) portant, en substance, sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité.

En outre, le contentieux de l'énergie concerne des problématiques liées (i) à des programmes de l'Union, tel que le programme concernant la promotion de technologies énergétiques pour l'Europe (Thermie)⁷, (ii) à des divers contrats, comme celui concernant un projet de rénovation d'un ensemble immobilier urbain⁸ ou encore (iii) à la concurrence, que ce soit relatif à des concentrations⁹ ou aux aides d'État¹⁰.

Dès lors, il apparaît qu'une approche rigoureuse du contentieux concernant les affaires touchant aux problématiques énergétiques doit prendre en considération non seulement l'aspect protéiforme de ce dernier mais également son caractère transversal.

À cela s'ajoute le fait qu'il ne peut être ignoré que ce contentieux revêt une autre forme lorsque celui-ci est appréhendé sous l'angle procédural ou, en d'autres termes, lorsqu'il est tenu compte de la place des affaires relevant du domaine de l'énergie dans le cadre non pas de la procédure principale mais de la procédure accessoire que représente le référé (B).

⁵ *Ibidem*, p. 216.

⁶ Arrêt du 29 juin 2017, *E-Control/ACER*, T-63/16, non publié, EU:T:2017:456.

⁷ Voir arrêts du 9 mars 2011, *Commission/Edificios Inteco* (T-235/09, non publié, EU:T:2011:79) et du 7 juillet 2010, *Commission/Antiche Terre* (T-51/09, non publié, EU:T:2010:288).

⁸ Arrêt du 10 juin 2009, *ArchiMEDES/Commission*, T-396/05 et T-397/05, non publié, EU:T:2009:184.

⁹ Arrêt du 14 juillet 2006, *Endesa/Commission*, T-417/05, EU:T:2006:219.

¹⁰ Voir, par exemple en matière d'énergie renouvelables, l'arrêt du 10 mai 2016, *Allemagne/Commission* (T-47/15, EU:T:2016:281), sous pourvoi (affaire C-405/16 P, *Allemagne/Commission*).

B. APPROCHE QUANTITATIVE VERSUS APPROCHE QUALITATIVE : L'IMPORTANCE DES PROBLEMATIQUES SOULEVEES EN REFERE

Afin d'avoir un aperçu plus précis de la place des affaires relevant du domaine de l'énergie dans le contentieux du Tribunal, l'examen doit en effet englober les décisions rendues dans le contexte du contentieux de l'urgence, conformément aux articles 278 et 279 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, visant respectivement le sursis à l'exécution de l'acte attaquée dans le cadre de la procédure principale et l'octroi de mesures provisoires.

Quantitativement, le nombre d'ordonnances adoptées par le juge des référés dans ce domaine ne représente pas un pourcentage significatif de son activité. Cependant, l'importance qu'il convient d'apporter à la voie de recours incarnée par la sollicitation d'une protection juridictionnelle provisoire ne peut être négligée au regard des enjeux qui ont été portés devant le président du Tribunal agissant en tant que juge des référés et dont l'office se concentre principalement sur la détermination de l'existence d'un risque imminent de préjudice grave et irréparable dû à l'adoption d'une décision par les institutions de l'Union européenne.

À cet égard, deux séries d'affaires liées au domaine de l'énergie méritent d'être examinées plus en détails : les affaires dites du « charbon espagnol » (1) et celles dites du « gaz naturel » (2).

1. Les affaires dites du « charbon espagnol » : service d'intérêt économique général et risque de fermeture de centrales thermiques et de mines de charbon

Le 17 février 2011, les ordonnances rendues dans les affaires dites « du charbon espagnol »¹¹ ont pu attirer une certaine attention.

Ces affaires trouvent leur origine dans la décision du Royaume d'Espagne d'instaurer un régime d'aides financières en faveur de la production d'énergie électrique à partir du charbon d'origine nationale. À cet effet, le régime en cause obligeait plusieurs centrales de production d'énergie électrique à s'approvisionner en charbon indigène (*carbón autóctono*) et à produire certains volumes d'électricité à partir dudit charbon, et ce moyennant une compensation étatique des coûts supplémentaires de production engendrés par l'achat du charbon national.

La Commission ayant autorisé le régime en cause, trois entreprises ont introduit des recours en annulation de cette décision d'autorisation et ont présenté des demandes de sursis à exécution. Tout en admettant l'existence d'un *fumus boni juris* (c'est-à-dire, l'apparence de bien-fondé du recours), il a été exclu l'existence de circonstances créant une urgence de nature à justifier l'octroi des mesures provisoires sollicitées. Quant à la balance des intérêts (critère prétorien facultatif dans l'appréciation d'une demande en référé), après avoir rappelé l'importance que revêtent les services d'intérêt économique général au sein de l'Union et le large pouvoir discrétionnaire dont disposent les autorités nationales pour les fournir, les faire exécuter et les organiser, il a été estimé que les intérêts poursuivis par la mise en œuvre la plus rapide possible

¹¹ Ordonnances du 17 février 2011, [Gas Natural Fenosa SDG/Commission](#), T-484/10 R, non publiée, EU:T:2011:53 ; [Iberdrola/Commission](#), T-486/10 R, non publiée, EU:T:2011:54 ; et [Endesa et Endesa Generación/Commission](#), T-490/10 R, non publiée, EU:T:2011:55.

du service d'intérêt économique général espagnol et de la compensation associée devaient primer sur les intérêts opposés, invoqués par les entreprises requérantes.

Ces dernières s'étant désistées de leurs demandes en référé, trois ordonnances de radiation ont été adoptée, le 12 avril 2011, dans le cadre des procédures de référé, comportant exceptionnellement une motivation ainsi qu'une condamnation des requérantes aux dépens, deux éléments relativement inhabituels dans ce type d'ordonnances¹².

La seconde série d'affaires méritant d'être détaillées dans le cadre de cette contribution ne s'est présentée que récemment, à savoir à la fin de l'année 2016. Elles concernaient le marché intérieur du gaz naturel (2).

2. Les affaires dites du « gaz naturel » : sécurité énergétique et source d'approvisionnement en gaz naturel

L'actualité incite à s'intéresser aux sources d'approvisionnement de l'Union européenne en gaz naturel. Le 21 juin 2018, la Commission a ouvert une enquête sur les restrictions à la libre circulation du gaz vendu par Qatar Petroleum en Europe¹³. Le 24 mai de la même année, la Commission a imposé des obligations contraignantes à la société Gazprom pour permettre la libre circulation du gaz à des prix concurrentiels sur les marchés gaziers d'Europe centrale et orientale¹⁴.

Le Tribunal n'a pas été épargné par certaines problématiques juridiques soulevées dans le cadre de ce marché, le contentieux de l'urgence non plus. En effet, le 21 juillet 2017, trois ordonnances de référé ont été adoptées dans les affaires dites du « gaz naturel », dont les faits sous-jacents sont également colorés par les relations entre l'Union européenne et Gazprom¹⁵.

Ces affaires portaient sur les conditions d'utilisation du gazoduc OPAL qui constitue, à l'est, la section terrestre du gazoduc Nord Stream 1 qui transporte du gaz naturel de la Russie vers l'Europe occidentale à travers la mer Baltique.

¹² Il convient de noter qu'une autre ordonnance, concernant ce sujet, a été rendue le même jour dans l'affaire T-520/10 R, [Comunidad Autónoma de Galicia/Commission](#) (non publiée, EU:T:2011:56) rejetant la demande en référé.

¹³ Voir le communiqué de presse de la Commission européenne n° IP/18/4239 du 21 juin 2018, « Pratiques anticoncurrentielles : la Commission ouvre une enquête sur les restrictions à la libre circulation du gaz vendu par Qatar Petroleum en Europe » concernant l'affaire AT.40416 – *LNG supply to Europe*.

¹⁴ Décision n° C(2018) 3106 final du 24 mai 2018 dans l'affaire AT.39816 – *Upstream gas supplies in Central and Eastern Europe*. Voir également, le communiqué de presse de la Commission européenne n° IP/18/3921 du 24 mai 2018, « Abus de position dominante: la Commission impose des obligations contraignantes à Gazprom pour permettre la libre circulation du gaz à des prix concurrentiels sur les marchés gaziers d'Europe centrale et orientale ».

¹⁵ Ordonnances du 21 juillet 2017, [Pologne/Commission](#), T-883/16 R, EU:T:2017:542 ; [PGNiG Supply & Trading/Commission](#), T-849/16 R, EU:T:2017:544 ; et ordonnance du 21 juillet 2017, [Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo/Commission](#), T-130/17 R, EU:T:2017:541.

Depuis 2009, Gazprom était autorisée, conformément à une décision de la Commission, à réserver un maximum de 50 % des capacités de transport du gazoduc OPAL, cette limite ne pouvant être dépassée qu'à la condition que Gazprom cède au marché à certain volume de gaz. Cependant, depuis la mise en service de ce gazoduc en 2011, ce programme de cession de gaz n'avait jamais été mis en œuvre laissant ainsi inutilisés les 50 % non réservés de la capacité de ce gazoduc.

Par une décision adoptée le 28 octobre 2016 à la demande de l'agence fédérale allemande des réseaux, la Commission a remédié à cette situation en ouvrant à la concurrence les 50 % non utilisés afin de promouvoir l'accès de fournisseurs de gaz autres que Gazprom à ce réseau (ci-après, la « décision de la Commission du 28 octobre 2016 »)¹⁶. Cependant, la crainte que cette dernière s'octroie, à l'issue des enchères organisées pour vendre les capacités libérées, la plus grande partie de ces capacités a conduit certains États membres et certains opérateurs à introduire des recours contre cette décision.

C'est dans ce contexte que tant la Pologne que deux sociétés polonaises actives sur le marché du gaz ont demandé le sursis à l'exécution de cette décision, considérant que l'augmentation des capacités de transport via le gazoduc OPAL aboutirait nécessairement à une diminution des transports de gaz par le biais des gazoducs Yamal-Europe et Fraternité – assurant également le transport de gaz naturel russe vers l'Europe centrale et occidentale – et, de ce fait, menacerait la sécurité de l'approvisionnement en gaz en Pologne ou porterait préjudice à la concurrence.

Soulevant des problématiques symptomatiques des affaires relatives au domaine de l'énergie, cette seconde série d'affaires permet d'illustrer la mise en œuvre de divers aspects spécifiques au contentieux de l'urgence dans ce contexte (II).

II. L'ADEQUATION DES SPECIFICITES DE LA PROCEDURE DE REFERE AUX PARTICULARITES DES AFFAIRES EN DROIT DE L'ÉNERGIE

Afin de répondre à l'objectif pour lequel elle a été établie, à savoir prévenir la survenance d'un préjudice grave et irréparable, la procédure de référé bénéficie de dispositions procédurales permettant son adaptation aux particularités du domaine dans lequel elle est appliquée¹⁷, tel que le démontrent l'étude de certaines affaires relevant du droit de l'énergie (A). L'adéquation des règles procédurales de cette voie de droit au domaine de l'énergie ne doit pas faire oublier que l'obtention du sursis à exécution ou des mesures provisoires demandées requiert toutefois la satisfaction de conditions relatives à la nature du préjudice qui peut s'avérer exigeante au regard des caractéristiques des affaires dans ce domaine (B).

¹⁶ 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.

¹⁷ Voir, par exemple en matière de divulgation de document, V. TERRIEN, « La divulgation de documents confidentiels et la protection provisoire en droit de l'Union européenne », in *L'Observateur de Bruxelles*, n° 105, Juillet 2016, Larcier, p. 39.

A. LES ADAPTATIONS PROCEDURALES DU REFERE AU CARACTERISTIQUES DES AFFAIRES RELEVANT DU DOMAINE DE L'ENERGIE

Il est des domaines du droit plus complexes que d'autres. Le juge de l'Union l'a explicitement reconnu en ce qui concerne les affaires de concurrence, par exemple, en affirmant que les recours qui concernent l'application du droit de la concurrence par la Commission présentent un degré de complexité supérieur à d'autres types d'affaires¹⁸. Il ressort des dossiers soumis au Tribunal que nombreuses sont les affaires relevant du domaine de l'énergie qui semblent pouvoir également appartenir à cette catégorie. Or, l'arsenal procédural conféré au juge des référés l'autorise à aborder cette complexité avec une certaine sérénité malgré l'éventuelle urgence dont il lui revient de déterminer l'existence (1). Cet arsenal lui permet également de faire face à un autre aspect qui semble affecter ces affaires, à savoir la volatilité des situations juridico-factuelles soumises aux fluctuations des équilibres politico-diplomatiques (2).

1. La complexité des affaires dans le domaine de l'énergie et le prononcé d'une suspension à titre provisoire en vertu de l'article 157, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal

Centrales nucléaires¹⁹, sécurité de l'approvisionnement énergétique d'un État assurée par les accords d'achat d'électricité²⁰, conditions d'accès des tiers aux installations de stockage de gaz²¹... les affaires ancrées dans le domaine de l'énergie comportent très souvent des conséquences importantes qui nécessitent d'intervenir rapidement afin de s'assurer qu'une situation irrémédiable ne s'impose *de facto*. Tel est alors tout l'intérêt de la mesure prévue à l'article 157, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal, énonçant que :

« [l]e président du Tribunal peut faire droit à la demande avant même que l'autre partie ait présenté ses observations. Cette mesure peut être ultérieurement modifiée ou rapportée, même d'office ».

Cette disposition permet, en fait, l'octroi d'une suspension provisoire de l'exécution de l'acte attaqué le temps pour le juge des référés de se prononcer sur la demande en référé.

Dans les affaires dites du « charbon espagnol », eu égard à l'adoption imminente d'une décision de l'autorité espagnole compétente obligeant les requérantes à s'engager, dans un délai de trois jours, à acquérir des quantités déterminées de charbon national, une telle suspension fut ordonnée jusqu'à l'adoption des ordonnances mettant fin aux procédures de référé. Il est intéressant de noter que, dans ces affaires, le Royaume d'Espagne ayant demandé que cette

¹⁸ Arrêt du 10 janvier 2017, *Gascogne Sack Deutschland et Gascogne/Union*, T-577/14, EU:T:2017:1, para. 66.

¹⁹ Voir, par exemple, l'arrêt du 12 juillet 2018, *Autriche/Commission* (T-356/15, EU:T:2018:439) portant sur l'aide envisagée par le Royaume-Uni en faveur de l'unité C de la centrale nucléaire de Hinkley Point.

²⁰ Voir, par exemple, l'arrêt du 30 avril 2014, *Dunamenti Erőmű/Commission* (T-179/09, non publié, EU:T:2014:236), confirmé sur pourvoi (arrêt du 1^{er} octobre 2015, *Electrabel et Dunamenti Erőmű/Commission*, C-357/14 P, EU:C:2015:642).

²¹ Voir, par exemple, l'arrêt du 6 septembre 2013, *Globula/Commission* (T-465/11, EU:T:2013:406).

suspension provisoire soit rapportée et les requérantes ayant, à un stade particulièrement tardif de la procédure, manifesté leur intention de renoncer à leur recours, il a été estimé que, dans l'attente de la radiation finale des recours, il y avait lieu de se prononcer, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, sur le maintien ou la privation d'effet de la suspension provisoire de la décision de la Commission. Les demandes en référé ayant été finalement rejetées, la suspension provisoire de la décision attaquée a été rapportée.

Dans les affaires dites du « gaz naturel », il a également été décidé, le 23 décembre 2016, de prononcer une suspension provisoire de l'exécution de la décision de la Commission du 28 octobre 2016 au titre de l'article 157, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal, afin de conserver le statu quo et d'étudier l'éventuel bien-fondé des demandes de suspension. Cette mesure procédurale a permis d'engager des échanges apaisés entre les parties, les demandeurs en intervention et le juge des référés, pendant lesquels tous les arguments et les preuves au soutien des différentes positions ont été fournis.

Dans ces deux séries d'affaires, au regard de leur complexité, une audition, étape procédurale facultative et exceptionnelle, a été organisée²² afin de clarifier tous les points soulevés pendant la procédure écrite. Cette approche précautionneuse, qui a donc commencé par le prononcé le 23 décembre 2016 d'une suspension temporaire maintenue tout au long de l'examen de la demande et qui s'est terminée par la tenue d'une audition, doit être particulièrement soulignée afin de mesurer la prudence qui a été suivie dans ce domaine sensible aux contours réglementaires multiples.

La procédure de référé relative aux affaires dites du « gaz naturel » s'étant achevée par le rejet des trois demandes pour défaut d'urgence, le juge des référés a ordonné que soit rapportée la suspension provisoire, prononcée en vertu de l'article 157, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal. À cet égard, il n'est pas sans intérêt de noter qu'aucun pourvoi n'a été introduit à l'encontre de ces trois ordonnances.

La clôture de la procédure de référé pour rejet de la demande du fait de l'absence d'urgence n'exclut pas l'introduction d'une nouvelle demande sur le fondement de l'apparition d'éléments nouveaux. Un tel scénario semble loin d'être hypothétique dans les affaires touchant au domaine de l'énergie où, si l'imminence du préjudice allégué peut parfois paraître questionnable (voir les développements sous II.B.1 ci-après), un changement de circonstances motivé par des considérations politico-diplomatiques peut renverser la situation (2).

2. Les implications politico-diplomatiques des affaires dans le domaine de l'énergie et la prise en compte de faits nouveaux en vertu de l'article 160 du règlement de procédure du Tribunal

Il est évident que, si, au moment de l'adoption de la décision sur la demande en référé, l'examen de la satisfaction de la condition relative à l'urgence a conclu que cette dernière fait défaut, cette

²² Le 10 janvier 2011 pour les affaires dites du « charbon espagnol » et le 5 juillet 2017 pour les affaires dites du « gaz naturel ».

appréciation ne préjuge pas de l'éventuelle occurrence d'événements futurs venant remettre en question le raisonnement ayant conduit au rejet de la demande pour défaut d'urgence.

À cet égard, l'article 160 du règlement de procédure du Tribunal prévoit que :

« [l]e rejet de la demande relative à une mesure provisoire n'empêche pas la partie principale qui l'avait introduite de présenter une autre demande fondée sur des faits nouveaux ».

Il est notoire que le secteur de l'énergie fait souvent l'objet de tensions géopolitiques qui peuvent venir bouleverser une situation de fait et/ou de droit. Les affaires dites du « gaz naturel » ne font pas exception. En effet, à l'occasion de l'échange des différents mémoires entre les parties lors de la procédure en référé, des documents ont été fournis au soutien de l'argumentation selon laquelle, malgré l'existence d'obligations contractuelles de longue durée, le préjudice redouté aurait été imminent (voir les développements sous II.B.1 ci-après). Ces documents consistaient en des lettres du gouvernement russe faisant état de menaces d'interruption de la livraison de gaz par Gazprom.

Sans qu'il ait été nécessaire de se prononcer sur la valeur probante de ces documents dans le cadre de la procédure de référé, il a suffi de relever que la mise à exécution de ces menaces, qui devait avoir déjà eu lieu, n'avait cependant pas été effectuée. Dès lors, il a été indiqué que, si de telles actions répressives venaient à se concrétiser, elles constitueraient, selon toute vraisemblance, des éléments nouveaux permettant à la République de Pologne de saisir le juge des référés, conformément à l'article 160 du règlement de procédure du Tribunal, lequel pourrait alors prendre une nouvelle mesure de suspension temporaire, en vertu de l'article 157, paragraphe 2, du même règlement, 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 nouveaux²³.

Ainsi, il ressort que la combinaison des mesures prévues aux articles 157, paragraphe 2, et 160 du règlement de procédure du Tribunal vient répondre à la situation exceptionnelle – qui, dans le domaine de l'énergie, n'apparaît pas totalement hypothétique au regard de l'actualité – dans laquelle la stabilité contractuelle se voit perturbée par l'immixtion de considérations politiques.

La procédure de référé prévoit donc des règles permettant de répondre aisément à certaines caractéristiques des affaires relatives au droit de l'énergie. D'autres aspects propres à ces affaires vont en revanche rendre plus compliqué la satisfaction des conditions d'existence de l'urgence et, par conséquent, l'obtention de la protection provisoire (B).

B. LES EXIGENCES RELATIVES A LA NATURE DU PREJUDICE DANS LE REFERE FACE AUX CARACTERISTIQUES DES AFFAIRES RELEVANT DU DOMAINE DE L'ENERGIE

Il est de jurisprudence constante qu'il n'y a urgence que si le préjudice grave et irréparable redouté par la partie qui sollicite les mesures provisoires est imminent à tel point que la réalisation du prétendu préjudice est prévisible avec un degré de probabilité suffisant. Cette

²³ Ordonnance du 21 juillet 2017, [Pologne/Commission](#), T-883/16 R, EU:T:2017:542, paras 38 à 40.

partie demeure, en tout état de cause, tenue de prouver les faits qui sont censés fonder la perspective d'un tel préjudice, étant entendu qu'un préjudice de nature purement hypothétique, en ce qu'il est fondé sur la survenance d'événements futurs et incertains, ne saurait justifier l'octroi de mesures provisoires²⁴. Or, les relations contractuelles qu'entretiennent les acteurs économiques sur le marché de l'énergie rendent l'imminence du préjudice allégué plus difficile à prouver (1), sauf à ce qu'il soit démontré qu'une situation irréversible puisse se produire indépendamment de la stabilité contractuelle. Les liens juridiques caractérisant la structure des relations entre opérateurs sur le marché de l'énergie ne permettent néanmoins pas d'établir une telle hypothèse (2).

1. La condition relative à l'imminence du préjudice appréciée au regard des relations contractuelles de longues durées applicables au marché de l'énergie

Les affaires touchant au domaine de l'énergie sont souvent caractérisées par l'existence de relations contractuelles de longue durée entre les protagonistes. En effet, les investissements nécessaires au développement des infrastructures, par exemple, s'accompagnent de garanties d'exclusivité. Les approvisionnements énergétiques requièrent également une certaine visibilité temporelle afin d'assurer la fourniture de ces ressources.

Comme mentionné ci-dessus, dans les affaires dites du « gaz naturel », la Pologne faisait valoir un risque de préjudice grave et irréparable en cas de rejet de la demande en référé dans la mesure où l'exécution de la décision attaquée, ayant pour effet l'augmentation des capacités de transport par le biais du gazoduc OPAL, aboutirait nécessairement à une diminution des transports de gaz par le biais des gazoducs Yamal-Europe et Fraternité, et, de ce fait, menacerait la sécurité de son approvisionnement en gaz.

Cependant, à l'occasion de l'échange des différents mémoires entre les parties lors de la procédure en référé, il est apparu que s'appliquaient 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 en 1996 entre PGNiG S.A. et Gazprom pour des livraisons de gaz naturel dont l'expiration était fixée à la fin de l'année 2022. Au regard de ces faits révélés lors de l'instruction de cette affaire, il a été jugé que tant l'exploitation de la capacité de transport du tronçon polonais du gazoduc Yamal-Europe que les livraisons de Gazprom au marché polonais étaient assurées, sous peine d'engagement de la responsabilité contractuelle de la partie éventuellement défaillante, pour les trois prochaines années au moins. Par conséquent, l'imminence du préjudice allégué faisant défaut, le rejet des demandes en référé s'est principalement fondé sur le défaut de démonstration de l'existence d'un préjudice grave et irréparable imminent.

À cet égard, il convient de relever que l'évolution générale du temps de traitement des affaires au principal par le Tribunal a été prise en compte afin de s'assurer que, bien que l'immédiateté du préjudice fasse défaut, l'occurrence d'un tel préjudice ne risquait pas de survenir avant la clôture

²⁴ Voir, par exemple, ordonnance du 22 juin 2018, *FMC Corp. /Commission*, T-719/17 R, EU:T:2018:408, para. 26.

de l'affaire au principal. Or, depuis la mise en place de la réforme structurelle de cette juridiction²⁵, lui attribuant un nombre de juges supplémentaires en trois étapes jusqu'à atteindre en 2019 le ratio de deux juges par États membres, soit 56 juges au total (ou 54 après le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne), la durée de procédure pour les affaires clôturées par arrêt n'a cessé de diminuer pour s'établir en 2017 à 19,5 mois alors qu'elle était en 2013 à plus de 30 mois²⁶.

Cet élément est primordial dans l'appréciation des demandes en référé. En effet, le demandeur se doit d'apporter la preuve sérieuse qu'il ne saurait attendre l'issue de la procédure relative au recours principal sans avoir à subir personnellement un préjudice grave et irréparable. Or, en présence de contrats de longue durée, le préjudice redouté ne peut, en principe, se manifester qu'au terme de ces obligations contractuelles. Par conséquent, dans le cas d'une durée d'expiration des contrats supérieure à 20 mois, délai moyen pour rendre une décision concernant la substance d'une affaire, il est, à priori, difficile de concevoir que ledit préjudice satisfasse la condition relative à l'imminence.

Le défaut d'imminence du préjudice du fait de l'existence de relations contractuelles de longue durée pourrait cependant être remis en question si la survenance d'événements rendant une situation préjudiciable irréversible avant même l'échéance desdits contrats était démontrée (2).

2. La condition relative à l'irréversibilité du préjudice appréciée au regard des liens juridiques caractérisant la structure des relations entre opérateurs sur le marché de l'énergie

L'étude des particularités de la procédure de référé appliquée dans le cadre d'affaires relevant du domaine de l'énergie appelle une dernière remarque tirée de l'examen des affaires dites du « gaz naturel ».

En effet, malgré la présence de garantie de stabilité – tels des contrats de longue durée – comme expliqué ci-dessus, le juge des référés s'est vu confronté à la question de savoir si l'imminence du préjudice pouvait néanmoins être démontrée dans l'hypothèse où des événements viendraient à survenir avant l'échéance des obligations contractuelles, rendant d'ores et déjà la situation préjudiciable alléguée irréversible.

Tel était l'argument des demandeurs dans ces affaires du fait de 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 ayant pour effet de figer

²⁵ Sur ce sujet, voir ma contribution intitulée « *Optimal Competition Policy for a Dynamic World: the Perspective of the Judiciary* » in *Dynamic Markets, Dynamic Competition and Dynamic Enforcement - The impact of the digital revolution and globalisation on competition law enforcement in Europe*, ed. B. MEYRING, D. GERARD et E. MORGAN DE RIVERY, GCLC Annual Conference Series, Bruylant/Larcier, janvier 2018, p. 263 et s.

²⁶ Cour de justice de l'Union européenne, Rapport annuel 2017, activité judiciaire, p. 222.

la situation de telle sorte que la portée des effets juridiques de la décision attaquée dépasserait de loin la durée de son existence juridique.

En réalité, se posait ainsi, au juge des référés, la question des effets d'une annulation prononcée par le juge de l'Union sur des situations de faits acquises. Dans ce contexte, il a dû être rappelé avec force la signification du principe de primauté permettant d'affirmer que, en cas d'annulation de la décision attaquée, les conditions d'utilisation du gazoduc OPAL, telles qu'autorisées par cette décision, ne trouveraient plus à s'appliquer et, par conséquent, aucun acte de droit privé fondé sur ces conditions ne pourrait être mis en œuvre.

Il convient de noter que, à condition que certaines hypothèses avancées se produisent effectivement, l'existence potentielle de conséquences irréversibles n'a pas été entièrement exclue. Cependant, cette reconnaissance a été limitée à la période précédant l'adoption de l'arrêt mettant fin à l'instance principale. Ainsi l'importance, dans l'appréciation du juge des référés, de l'évolution de la durée de procédure devant le Tribunal resurgit. La durée moyenne étant de vingt mois, l'irréversibilité des conséquences envisagées s'est vue confinée à une période plus courte que celle avancée par les demandeurs, et dès lors moins préjudiciable. À cet égard, il doit être rappelé que d'autres procédures d'urgence peuvent s'appliquer si nécessaire, telle que la procédure accélérée, décrite à l'article 151, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal, ou encore le traitement prioritaire, prévu à l'article 67, paragraphe 2, du même règlement.

Certains aspects spécifiques à la procédure de référé prennent donc une dimension toute particulière lorsqu'appliqués aux affaires relevant du domaine de l'énergie, comme l'illustrent les ordonnances rendues dans les affaires dites du « gaz naturel ».

La complexité de la réglementation, l'implication de considérations géostratégiques, la durée des relations contractuelles, l'enchevêtrement des liens juridico-factuels existants entre opérateurs, fournisseurs, distributeurs, et utilisateurs finaux sont autant de caractéristiques de ces affaires qui imposent au juge des référés d'adapter au mieux la procédure et son analyse de l'urgence afin de répondre de la manière la plus appropriée aux défis posés dans le domaine de l'énergie.