

De l'annexion de la Crimée en 2014 à l'invasion de l'Ukraine en 2022 : extension et application des normes européennes au Nord Stream 2

*Sami Ramdani*¹

Le 23 mai 2019, un amendement de la directive gaz européenne a été adopté. Cet amendement étend les normes européennes aux gazoducs provenant de pays tiers. Ces normes exigent une dissociation entre la gestion des réseaux de transport, les activités de production et de fourniture. La législation impose également un « accès aux tiers » aux infrastructures afin de les ouvrir à la concurrence. Ces dispositions sont censées empêcher qu'un même opérateur ne puisse fixer les prix en contrôlant l'ensemble de la chaîne de valeur. Ainsi, Gazprom qui souhaitait exporter son gaz par le Nord Stream 2 n'aurait pas pu contrôler le gazoduc *via* l'entreprise Nord Stream 2 AG dont elle est seule propriétaire et elle aurait perdu le contrôle des tarifs.

Cet amendement proposé par la Commission européenne témoigne de l'évolution graduelle de cette institution d'« une approche régulatrice à une approche plus stratégique » s'inscrivant dans la continuité des travaux d'Andersen, Goldthau et Sitter [2016]. Notre article vise à exposer comment la Commission européenne utilise le pouvoir de marché de l'UE afin d'atteindre des objectifs stratégiques en appliquant sélectivement la réglementation de l'UE à des acteurs spécifiques [Goldthau et Sitter, 2019].

1. Doctorant à l'Institut français de géopolitique de l'université Paris-8, associé à l'Institut de recherche stratégique de l'École militaire. Enseignant-chercheur en géopolitique de l'énergie et des matières premières à l'Institut de relations internationales et stratégiques.

Dans un premier temps nous resituons le contexte ayant abouti à l'amendement de la directive gaz. Puis, nous analysons les différentes procédures administratives et juridiques engendrées par la directive gaz amendée. Cela nous permet de comprendre la place du droit dans la stratégie géopolitique de la Commission européenne contre Nord Stream 2.

Nous nous appuyons sur une méthodologie qualitative d'analyse du discours des acteurs du secteur gazier (gestionnaires de réseaux, fournisseurs, autorités de régulation etc.). Ces discours ont été recueillis, d'une part, dans la littérature grise, d'autre part, lors d'un terrain de recherche effectué de septembre 2021 à mai 2022 auprès des acteurs de l'industrie du gaz (série d'entretiens menés à Bruxelles, Prague, Bratislava, Vienne et à distance).

La situation des gazoducs offshore mise en question : genèse de la directive amendée

De Nord Stream 1 à South Stream : du laxisme à l'intransigeance

Selon Klaus-Dieter Borchardt², lors du développement du Nord Stream 1 (2010), la Commission avait la volonté d'encadrer cette infrastructure selon les normes européennes pour des raisons de sécurité d'approvisionnement. Mais sous pression de l'État allemand la Commission a «toléré» que le Nord Stream 1 échappe à l'application des règles européennes. En 2014, face au projet South Stream devant connecter la Russie à la Bulgarie en passant par la mer Noire, la Commission a durci le ton en menaçant la Bulgarie de recourir à des procédures d'infraction concernant le non-respect de la législation européenne dans l'accord intergouvernemental signé avec la Russie. Les préparatifs de la construction ont été interrompus en Bulgarie, ce qui a conduit le président russe Vladimir Poutine à annuler le projet [Stern, Pirani et Yafimava, 2015]. L'intransigeance de la Commission vis-à-vis de la Bulgarie a coïncidé avec la montée des tensions en Ukraine et l'annexion de la Crimée par la Russie, ce qui suggère que la Commission a utilisé de façon sélective son pouvoir réglementaire pour atteindre des objectifs géopolitiques. Cet usage sélectif de la réglementation est visible dans le traitement différent du Trans Adriatic Pipeline (TAP). Acheminant du gaz azerbaidjanais à destination des mêmes marchés que le South Stream, le TAP a obtenu en 2013 une exemption de l'application des normes de l'UE.

2. Ancien directeur du marché intérieur de l'énergie (2013-2018) et directeur général adjoint de l'énergie (2019-2020) à la Direction générale de l'énergie de la Commission européenne, entretien réalisé le 2 novembre 2021.

Nord Stream 2 : le tournant

À la suite de l'échec du South Stream, en juin 2015, les autorités russes ont annoncé leur volonté de réaliser le projet Nord Stream 2, espérant bénéficier de la même « tolérance » réglementaire que celle dont la Commission avait fait preuve à l'égard de l'Allemagne dans le cas du Nord Stream 1. D'après Klaus-Dieter Borchardt, dès le lancement du projet Nord Stream 2, « la Commission a reçu des signaux envoyés par plusieurs États membres indiquant que Nord Stream 2 ne serait pas accepté s'il n'était pas compatible avec la directive gaz ». Parmi ces États membres, la Pologne³, fervente opposante au Nord Stream 2, disposait de relais de poids au sein des institutions européennes en la personne de Donald Tusk, ancien Premier ministre polonais (2007-2014), initiateur de l'Union de l'énergie, devenu président du Conseil européen en décembre 2014, et Jerzy Buzek, également ancien chef du gouvernement (1997-2001), élu président de la Commission du parlement européen pour l'industrie, la recherche et l'énergie entre 2014 et 2019. Au côté de la Pologne, neuf autres États membres, la Bulgarie, l'Estonie, la Grèce, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie, la Roumanie et la Slovaquie exigeaient l'application des normes européennes au Nord Stream 2⁴. La Commission a donc insisté pour que le Nord Stream 2 se conforme aux règles du marché intérieur de l'UE. Mais tant du côté allemand et autrichien que du côté russe, on a fait comprendre que cette position de la Commission serait contestée devant la justice.

La DG ENER a interprété la directive gaz comme applicable au Nord Stream 2 en raison de l'applicabilité de la réglementation communautaire aux eaux territoriales et à la ZEE des États membres, interprétation contredite par le Service juridique de la Commission qui, en janvier 2016, concluait que la directive gaz ne s'appliquait pas aux gazoducs offshore provenant de pays tiers [Service juridique de la Commission, 2016], conclusion dont la Commission n'a pas tenu compte. Le 24 février 2017, la DG ENER a demandé à l'autorité de régulation allemande de veiller à ce que le Nord Stream 2 fonctionne en adéquation avec les normes européennes [Bundesnetzagentur, 2017]. En réponse, le régulateur allemand s'est aligné sur l'interprétation du service juridique de la Commission et a notamment souligné le caractère discriminatoire de la demande de la Commission, considérant la « pratique réglementaire de longue date » de non-application des règles européennes aux gazoducs de même type.

La Commission se trouvant alors dans une impasse, le 12 juin 2017, elle a demandé un mandat au Conseil de l'UE pour négocier un accord intergouvernemental avec la

3. Euractiv (2015), « Poland wants EU to ban Nord Stream 2 ».

4. Kohlmann T. (2015), « Eastern EU countries' letter of complaint over pipeline », Deutsche Welle.

Russie, dans le but d'appliquer les règles européennes au Nord Stream 2. Persistant dans son interprétation selon laquelle la directive gaz s'applique dans la ZEE des États membres, la Commission estime que cette application créerait un conflit entre deux régimes juridiques différents, en l'occurrence ceux de la Russie et de l'UE. En cas de non-application des normes européennes, la Commission estime que le Nord Stream 2 fonctionnerait alors en situation de vide juridique: «Ni l'UE ni ses États membres ne pourraient prétendre être juridiquement compétents sur la partie d'un gazoduc offshore située en dehors de leur territoire. De même, aucun pays tiers ne pourrait imposer l'application de sa juridiction nationale aux gazoducs offshore situés hors de son territoire. Admettre un vide juridique pour un gazoduc offshore ou appliquer deux régimes juridiques différents, en l'occurrence ceux de la Russie et de l'UE, à un seul et même gazoduc aurait toutefois des répercussions négatives sur le marché, soit en permettant de contourner les principes fondamentaux du droit de l'énergie par des configurations techniques spécifiques du gazoduc, soit en appliquant plusieurs régimes contradictoires à un seul et même tronçon de gazoduc. Ces approches ne sont donc pas non plus des alternatives viables» [Commission européenne, 2017]. Ainsi, selon la Commission, la conclusion d'un accord intergouvernemental avec la Russie permettrait la définition d'un cadre réglementaire cohérent applicable à l'ensemble de l'infrastructure. En réaction à la demande de la Commission, la présidence du Conseil de l'UE a sollicité son Service juridique qui a invalidé les fondements juridiques de cette demande dans une opinion émise le 27 septembre 2017, estimant que «l'analyse des notions de “vide juridique” et de “conflit de lois” conduit à la conclusion que la décision de négocier ou non l'accord envisagé n'est pas liée à une nécessité juridique découlant de ces notions mais relève plutôt d'un choix politique» [Service juridique du Conseil de l'UE, 2017].

L'amendement de la directive gaz

La Commission, n'arrivant définitivement pas à faire accepter son interprétation de la portée géographique de la directive 2009/73/CE, a alors décidé d'amender cette directive de façon à en modifier la portée géographique. Le 8 novembre 2017, la Commission européenne a proposé son amendement [Commission européenne, 2017c]. Leigh Hancker, Kim Talus et Moritz Wüstenberg ont souligné la «hâte» considérable [2021] avec laquelle cette proposition législative a été préparée et le choix de ne pas effectuer d'évaluation d'impact, comme l'exigent les «lignes directrices pour une meilleure réglementation» de la Commission, notamment au prétexte que les modifications engendrées par l'amendement seraient «limitées en substance et en quantité» [Commission européenne, 2017d].

Les discussions à propos de l'amendement de la directive ont commencé au Conseil de l'UE sous la présidence bulgare (1^{er} janvier-30 juin 2018). Il s'est alors avéré impossible d'obtenir une majorité permettant d'adopter l'amendement, notamment car la France se tenait au côté de l'Allemagne lui offrant ainsi une minorité de blocage.

Puis, est venu le temps de la présidence autrichienne du Conseil (1^{er} juillet-31 décembre 2018). Depuis le début du projet Nord Stream 2, le gouvernement autrichien était aligné sur la position allemande. L'entreprise autrichienne OMV était l'un des cinq partenaires européens de Gazprom dans le développement du projet. Klaus-Dieter Borchardt nous a raconté : « L'idée [du gouvernement autrichien] était de laisser la construction de Nord Stream 2 progresser et d'en arriver à une sorte de fait accompli. [...] Il y avait une tactique pour retarder [les négociations sur l'amendement] – avancer le processus de construction et ensuite vous pourriez l'adopter parce qu'alors [Nord Stream 2] tomberait sous le [régime des] gazoducs existants et le régulateur [allemand] pourrait déroger à presque tout. [...] Il était vraiment, vraiment difficile pour la Commission de mettre cela à l'agenda et de le discuter. » En effet, la proposition d'amendement prévoyait un régime de dérogation pour les gazoducs préexistants permettant de ne pas appliquer pleinement les normes européennes. Nous reviendrons en détail sur la question des régimes dérogatoires.

Le processus législatif s'est soudainement accéléré sous la présidence roumaine du Conseil (1^{er} janvier-30 juin 2019). Le 7 février 2019, la France a surpris, notamment les autorités allemandes, en annonçant son soutien à l'amendement de la directive gaz⁵. Au lendemain de l'annonce française, la présidence roumaine du Conseil de l'UE a twitté qu'un accord avait été trouvé entre les vingt-huit États membres⁶. Cet accord a reposé sur la base d'un texte avancé conjointement par la France et l'Allemagne. Pour que l'Allemagne accepte l'amendement de la directive gaz, la France, en négociant l'écriture du texte conjoint, a accepté que ce soit le régulateur allemand qui soit chargé de son application au Nord Stream 2, « mais sans [en] atténuer le contrôle [européen] ». En effet, le compromis stipule que l'application des règles européennes pour les gazoducs provenant de pays tiers incombe à l'État membre où ils sont reliés pour la première fois au réseau européen, ici l'Allemagne.

La perspective d'une adoption de l'amendement de la directive gaz laissait à ce moment deux solutions possibles pour continuer le développement du projet Nord Stream 2 : soit une restructuration profonde de la propriété de l'infrastructure

5. AFP (2019), « La France favorable à une directive qui compliquera le projet de gazoduc Nord Stream 2 ».

6. AFP (2019b), « Nord Stream 2 : les 28 acceptent le compromis franco-allemand sur le transport du gaz ».

afin de s'aligner avec les normes européennes (ce qui aurait été long et contraire à la volonté de Gazprom), soit l'obtention d'un régime dérogatoire qui aurait été soumise au contrôle de la Commission européenne. Par cette manœuvre diplomatique, la France a offert à la Commission une carte supplémentaire à jouer dans les négociations qui se déroulaient alors pour le maintien du transit ukrainien à l'issue du contrat de transit qui allait arriver à son terme à la fin de 2019⁷. Les autorités françaises ont souhaité lier le sort du Nord Stream 2 aux négociations russo-ukrainiennes chapeautées par la Commission.

D'après Klaus-Dieter Borchardt, les États favorables au Nord Stream 2, principalement l'Allemagne et l'Autriche, auraient fixé quelques « lignes rouges » à la présidence du Conseil dans les orientations destinées à la négociation d'un texte final avec le Parlement européen. Le Parlement européen, en accord avec la proposition initiale de la Commission, désirait une application des normes européennes dans les eaux territoriales des États membres mais aussi dans leurs zones économiques exclusives [Parlement européen, 2018]. Finalement, le Parlement européen a « concédé » à la présidence du Conseil une limitation de la portée territoriale de l'amendement aux eaux territoriales.

Dans la nuit du 12 au 13 février 2019, un accord sur le texte a été trouvé entre les négociateurs du Parlement européen et du Conseil. Le 4 avril 2019, le Parlement européen a approuvé la directive amendée⁸ et le Conseil de l'UE a fait de même le 15 avril. Le texte est entré en vigueur le 23 mai 2019.

Les tentatives de contournement des normes européennes de Nord Stream 2

AG⁹

Nord Stream 2 AG a espéré un accord à l'amiable

Le 12 avril 2019, Matthias Warnig, directeur général allemand de Nord Stream 2 AG, a adressé une lettre à Jean-Claude Juncker, président de la Commission européenne, pour obtenir une dérogation à la directive amendée prochainement.

7. Le 21 janvier 2019, Maros Šefčovič, le vice-président de la Commission européenne pour l'énergie, avait soumis une proposition ambitieuse lors des négociations trilatérales avec le ministre ukrainien des Affaires étrangères, Pavlo Klimkin, et le ministre russe de l'Énergie, Alexandre Novak. Celle-ci consistait en un nouveau contrat de transit d'une durée de dix ans, portant sur un volume de transit annuel garanti de 60 milliards de mètres cubes (mmc) et 30 mmc de volume flexible.

8. 465 voix pour, 95 contre et 68 abstentions.

9. Consortium créé pour la construction et l'exploitation de pipeline.

Dans sa lettre, Matthias Warnig dénonce le caractère sur-mesure de la nouvelle législation européenne.

En effet, Nord Stream 2 AG considère la directive amendée discriminatoire puisque rédigée de telle manière que seul Nord Stream 2 ne puisse pas candidater aux procédures permettant de déroger totalement ou partiellement aux règles européennes. Deux cas de figure sont prévus, l'un par l'article 36, l'autre par l'article 49 bis de la directive :

L'article 36, relatif aux nouvelles infrastructures, prévoit des dérogations pour les projets dont la décision finale d'investissement n'a pas été prise et sera définie par l'octroi d'une telle exemption. La demande de dérogation devrait alors se faire auprès de l'autorité nationale de régulation (allemande dans le cas présent) mais il appartiendrait à la Commission d'approuver, de rejeter ou de modifier cette demande. Or, dans le cas du Nord Stream 2, déjà en construction au moment de cette évolution législative, l'investissement a été décidé en 2015 et une part importante de celui-ci (plus de 5,8 milliards d'euros en avril 2019) a été réalisée en fonction du cadre législatif précédent.

L'article 49a, relatif aux infrastructures existantes, prévoit des dérogations octroyables par « l'État membre sur le territoire duquel est situé le premier point de connexion », ici l'Allemagne, pour les infrastructures achevées à la date d'entrée en vigueur de la directive, soit le 23 mai 2019. Or le chantier du Nord Stream 2 s'est achevé le 10 septembre 2021.

La lettre de Matthias Warnig constitue un « avis de contestation » à l'Union européenne au titre de la Charte de l'énergie. Une rencontre entre Nord Stream 2 AG et la Commission a eu lieu le 25 juin 2019 mais n'a pas permis de parvenir à un règlement à l'amiable, tel que prévu par l'article 26 de la Charte de l'énergie, avant le 12 juillet, date butoir indiquée par la filiale de Gazprom avant qu'elle n'entame une procédure d'arbitrage pour cause de possible violation du traité¹⁰.

Une demande d'annulation de l'amendement devant la justice européenne en cours et une demande de dérogation auprès du régulateur allemand refusée

Avant d'initier formellement une procédure d'arbitrage contre l'UE au titre de la Charte de l'énergie, Nord Stream 2 AG a décidé d'ouvrir un autre front. Le 26 juillet 2019, l'entreprise a déposé une plainte auprès du Tribunal de l'UE afin de faire reconnaître le caractère discriminatoire de l'amendement de la directive gaz et d'obtenir l'annulation de cet amendement (Case T-526/19).

10. Gotev G. (2019), « Nord Stream 2, EU drifting towards legal arbitration », Euractiv.

Le 10 janvier 2020, Nord Stream 2 AG a déposé une demande de dérogation au titre de l'article 49 bis de la directive amendée auprès du régulateur allemand de l'énergie, la Bundesnetzagentur. Le 15 mai 2020, le régulateur allemand a rejeté la demande de l'entreprise s'alignant ainsi avec la volonté de la Commission européenne. Cinq jours après la décision de la Bundesnetzagentur, le Tribunal de l'UE a rejeté la plainte que l'entreprise avait déposée l'année précédente.

Selon le tribunal, toute contestation de la directive doit s'opérer au niveau national car les effets découlant de la directive sont engendrés par la transposition en droit national. Nord Stream 2 AG a retenu de la décision du tribunal qu'elle ne concerne que des questions de forme et non des questions de fond, à savoir le caractère discriminatoire de l'amendement¹¹. L'entreprise a donc décidé de contester la décision du tribunal le 28 juillet 2020 et de poursuivre sa bataille juridique à l'échelle européenne auprès de la Cour de justice de l'UE (CJUE).

Le 6 octobre 2021, l'avocat général de la Cour de justice, dont la Cour suit généralement les recommandations, Michal Bobek, a donné raison à Nord Stream 2 AG dans sa volonté de poursuivre la bataille juridique à l'échelle européenne estimant inexact le raisonnement du tribunal selon lequel «la directive de modification ne saurait affecter directement Nord Stream 2 AG étant donné qu'elle nécessite l'adoption de mesures d'exécution au niveau national¹²». En effet, l'avocat général souligne que si Nord Stream 2 AG se conforme à la directive de modification, sa position juridique sera inévitablement modifiée. Nord Stream 2 AG devra soit 1) vendre l'intégralité de son gazoduc, soit 2) vendre la partie du gazoduc construite sur le territoire européen, soit 3) transférer la propriété du gazoduc à une filiale distincte. La position juridique de l'entreprise serait également affectée par les dispositions relatives à l'accès des tiers et/ou à la régulation tarifaire.

Les conclusions de l'avocat général ont considérablement renforcé la position juridique de Nord Stream 2 AG qui estime avoir été discriminée par l'amendement. Michal Bobek s'accorde avec la vision de l'entreprise selon laquelle l'amendement de la directive gaz impacte non seulement Nord Stream 2 directement mais surtout l'impacte spécifiquement. Michal Bobek a proposé de renvoyer l'affaire devant le tribunal et le 12 juillet 2022, la CJUE s'est alignée sur ses conclusions¹³.

11. TASS (2020), «Nord Stream 2 operator can appeal against EU Court decision in Gas Directive action».

12. Cour de justice de l'UE (2021), «Selon l'avocat général Bobek, Nord Stream 2 AG peut contester devant les juridictions de l'Union la directive étendant le champ d'application de la directive gaz aux gazoducs reliant l'Union à des pays tiers», communiqué de presse n° 179/21.

13. Cour de justice de l'UE, (2022), «La Cour déclare partiellement recevable le recours de Nord Stream 2 AG contre la directive étendant certaines règles du marché intérieur du gaz naturel aux gazoducs en provenance de pays tiers», communiqué de presse n° 122/22.

La demande de certification en tant que gestionnaire de réseau de transport indépendant

Le 11 juin 2021, Nord Stream 2 AG a présenté, à la requête de la Bundesnetzagentur, une demande de certification à titre conservatoire en tant que gestionnaire de réseau de transport indépendant (GRTI)¹⁴. En effet, les normes européennes prévoient deux autres cas de figure que celui de la dissociation intégrale (des activités de transport et de production) : le gestionnaire de réseau indépendant (GRI) – selon le modèle du GRI, une entreprise verticalement intégrée est propriétaire d'un réseau de transport, mais le gestionnaire du réseau de transport doit être une entité indépendante ; le gestionnaire de réseau de transport indépendant (GRTI) – selon le modèle du GRTI, une entreprise verticalement intégrée est propriétaire d'une entité juridiquement distincte qui est propriétaire et qui exploite le réseau de transport (à savoir le GRTI). Cette dernière entité doit opérer de manière autonome par rapport à l'entreprise verticalement intégrée.

L'examen de la demande de certification par le régulateur allemand a débuté le 8 septembre 2021. Le 4 octobre 2021, Reuters a rapporté une déclaration du régulateur allemand exigeant de Nord Stream 2 AG qu'elle démontre qu'elle n'enfreindrait pas les règles de concurrence en limitant les fournisseurs ayant accès au gazoduc¹⁵.

Dans le cadre de la procédure de certification de Nord Stream 2AG, le 26 octobre 2021, le ministère fédéral allemand de l'Économie a transmis à la Bundesnetzagentur l'analyse concernant la sécurité d'approvisionnement¹⁶. Conformément aux dispositions de la loi régissant le secteur de l'énergie, une telle analyse est nécessaire lorsqu'il est question de la certification d'un gestionnaire de réseau de transport venant d'un État non membre de l'UE. Le ministère fédéral de l'Économie a conclu que l'octroi d'une certification à Nord Stream 2 AG ne mettrait pas en danger la sécurité de l'approvisionnement de l'Allemagne et de l'UE. L'analyse sur la sécurité d'approvisionnement du ministère ne couvre pas la question du degré d'indépendance de l'exploitation du réseau examinée ultérieurement par le régulateur allemand.

Le 16 novembre 2021, la Bundesnetzagentur a suspendu la procédure de certification de Nord Stream 2 AG en tant que GRTI en exigeant que l'opérateur du

14. Nord Stream 2 AG (2021), « Application for precautionary certification as independent transmission system operator submitted ».

15. Käckenhoff T. et Steitz C. (2021), « EXCLUSIVE Germany seeks competition assurances over Nord Stream 2 gas link », Reuters.

16. Ministère fédéral de l'Économie et de l'Énergie (2021), « Transmission par le ministère fédéral de l'Économie à l'Agence fédérale des réseaux d'une analyse sur la sécurité d'approvisionnement dans le cadre de la procédure de certification de Nord Stream 2 ».

Nord Stream 2 soit organisé sous une forme juridique de droit allemand. Nord Stream 2 AG, entreprise suisse basée à Zoug, a choisi de ne pas transformer sa forme juridique existante mais de créer une filiale de droit allemand qui gérerait uniquement la partie allemande du gazoduc. Cette filiale devait devenir le propriétaire et l'exploitant de la partie allemande du gazoduc. Pour être certifiée, la filiale devait satisfaire aux exigences qui incombent au GRTI, telles que définies dans la loi allemande sur le secteur de l'énergie.

Outre la question de l'organisation juridique de Nord Stream 2 AG, la question de la date d'achèvement du Nord Stream 2 est également capitale. L'octroi du statut de GRTI n'est possible que pour les infrastructures qui existaient avant le 23 mai 2019. L'octroi d'une dérogation aux normes européennes au titre de l'article 49 bis est soumis à la même exigence. C'est à ce titre que le régulateur allemand avait refusé la dérogation à Nord Stream 2 AG puisque le gazoduc était encore en construction au moment de la procédure de dérogation (le chantier s'est achevé en septembre 2021). Ainsi, il aurait été difficilement concevable que ce même régulateur ne fasse pas le même constat lors de la procédure de certification.

Il aurait été intéressant que cette procédure de certification soit menée à son terme afin de pouvoir en analyser l'issue. Mais le 22 février 2022, moins de vingt-quatre heures après la reconnaissance de l'indépendance des républiques séparatistes de l'est de l'Ukraine par Vladimir Poutine, Olaf Scholz, le chancelier allemand, a déclaré : « Compte tenu des récents événements, nous devons réévaluer la situation, et cela inclut Nord Stream 2. » L'exécutif allemand n'était plus en mesure d'assumer la position du précédent gouvernement et a annoncé retirer l'analyse concernant la sécurité d'approvisionnement transmise par le ministère fédéral de l'Économie à la Bundesnetzagentur le 26 octobre 2021. Sans cette analyse, c'est toute la procédure de certification du Nord Stream 2 qui s'effondre, ne laissant aucun espoir au gazoduc de fonctionner. Ainsi, pour que Nord Stream 2 soit mis en service, s'il n'avait pas explosé le 26 septembre 2022, il aurait fallu que le gouvernement allemand soit totalement convaincu que la Russie ne représente pas une menace militaire concrète pour l'Ukraine. Au vu de la dynamique militaire actuelle, une décision positive du gouvernement allemand vis-à-vis du gazoduc n'aurait pas été à attendre dans un futur proche. L'amendement de la directive gaz européenne, adopté le 23 mai 2019, devait permettre aux Européens d'encadrer le fonctionnement du Nord Stream 2. À l'aube de l'invasion russe de l'Ukraine, ce texte a porté ses fruits puisque ses dispositions ont permis à l'Allemagne de fournir une réponse immédiate à l'action russe.

Le gouvernement russe a ouvert la réflexion sur l'accès des tiers à l'infrastructure

Initialement le développement du Nord Stream 2 n'induisait pas de conflit de lois puisque la directive gaz ne s'appliquait pas à la partie du gazoduc située sur le territoire européen. Avec l'amendement de la directive gaz, la Commission a donc créé un conflit de lois, là où il n'y en avait pas auparavant [Hancher, Talus et Wüstenberg, 2021]. Par ce conflit de lois conditionnant les exportations de Gazprom par Nord Stream 2 à l'application des normes européennes, la Commission ne se limite plus à une expansion normative par l'incitation, comme c'est le cas avec la Communauté de l'énergie, elle pratique l'expansion normative par la contrainte sans pour autant l'imposer de force car la Commission se refuse à l'extraterritorialité.

L'amendement de la directive a effectivement entraîné les autorités russes à ouvrir une réflexion sur l'accès des tiers aux capacités du Nord Stream 2. Le 2 septembre 2021, le ministre russe de l'Énergie, Aleksandr Novak, a annoncé que Rosneft, entreprise étatique qui est le plus grand producteur de pétrole russe, avait demandé au gouvernement l'autorisation d'exporter du gaz par Nord Stream 2. Le PDG de Rosneft, Igor Sechin, avait auparavant envoyé une lettre à Vladimir Poutine pour demander le droit d'exporter 10 milliards de mètres cubes de gaz par Nord Stream 2¹⁷.

Rosneft possède des actifs gaziers, dont des réserves estimées à 994 milliards de m³ dans la région de Yamal-Nenets. Un mémorandum signé en 2017 entre Rosneft et son actionnaire minoritaire, BP, prévoit que le producteur russe livre entre 7 mmc et 20 mmc de gaz par an à sa partenaire britannique en Europe une fois l'autorisation acquise¹⁸.

Les responsables gouvernementaux russes semblent avoir pris le parti de Rosneft dans sa tentative d'accéder aux capacités du Nord Stream 2. Le quotidien économique moscovite Kommersant cite une lettre d'Aleksandr Novak à Vladimir Poutine, selon laquelle Rosneft pourrait être autorisée à commencer des « expéditions expérimentales par gazoduc » vers l'Europe.

Pour ce faire, Aleksandr Novak, privilégie une option ne rompant pas le monopole de Gazprom sur les exportations par gazoduc et qui consiste à ce que cette dernière soit engagée « en tant qu'agent commercial » pour commercialiser le gaz de Rosneft en Europe. Ces dernières années, Rosneft a tenté à plusieurs

17. Radio Free Europe/Radio Liberty. (2021), « Russia may let Rosneft ship gas through Nord Stream 2 to avoid EU restrictions ».

18. Afanasiev V. (2021), « Calls for Russian gas policy reform mount as export opportunities beckon », Upstreamonline.

reprises d'obtenir l'accès au réseau d'exportation de gaz détenu et exploité par Gazprom, en ciblant ses gazoducs d'exportation en Sibérie orientale et à Sakhaline. Historiquement, les autorités n'ont jamais soutenu le producteur de pétrole. Le cas du Nord Stream 2 et la situation réglementaire causée par l'amendement de la directive gaz semblent être la source d'une évolution majeure pour le secteur gazier russe.

L'un des arguments qui auraient convaincu Aleksandr Novak ainsi que le ministère des Finances serait la proposition de Rosneft de payer trois fois plus d'impôts russes que Gazprom grâce à ses exportations de gaz vers l'Europe. Cet engagement se base sur la stratégie de l'entreprise qui compte vendre son gaz au marché spot, où les prix ont atteint des niveaux particulièrement élevés en 2021 et 2022. Aleksandr Novak a suggéré que les ministères de l'Énergie et des Finances proposent des amendements aux lois fiscales afin de créer un cadre juridique permettant de mettre en œuvre l'offre fiscale généreuse de Rosneft. Face à cela, Gazprom est restée fermement opposée à l'octroi d'un accès aux exportations par gazoduc à Rosneft et prévenait (à tort) que les prix spot européens pourraient baisser rapidement l'année suivante.

Conclusion

En 2011, Gilles Lepesant écrivait : « L'espace énergétique intégré de Lisbonne à Vladivostok s'organise, non pas entre la Russie et une Union parlant d'une voix, mais entre l'État russe actionnaire majoritaire de Gazprom, d'une part, et des entreprises et des États européens avant tout préoccupés par leur seul intérêt, d'autre part. [...] La Russie peut de la sorte jouer certains États européens contre d'autres et marginaliser la Commission européenne dont certaines initiatives (en faveur, par exemple, de la séparation des activités de gestionnaire et d'exploitant de réseaux) lui déplaisent, comme elles déplaisent à certaines grandes entreprises énergétiques européennes. » [2011]. Avec sa volonté d'obtenir un mandat de négociation auprès du Conseil européen puis la conception de la directive amendée, la Commission a voulu puis a réussi à se mettre au centre du jeu concernant la définition du régime d'exploitation des nouveaux gazoducs provenant de Russie. En effet, le texte ne laisse qu'une marge de manœuvre limitée aux États membres quant à l'octroi de dérogations ou la mise en œuvre de l'obligation de séparation des activités¹⁹.

19. Cour de justice de l'UE (2022), « La Cour déclare partiellement recevable le recours de Nord Stream 2 AG contre la directive étendant certaines règles du marché intérieur du gaz naturel aux gazoducs en provenance de pays tiers », communiqué de presse n° 122/22.

En 2020, Moniek de Jong et Thijs Van de Graaf affirmaient que l'application sélective du cadre réglementaire européen par la Commission, pour atteindre des objectifs géopolitiques, a été infructueuse car l'amendement n'a pas entraîné l'annulation du Nord Stream 2. Il semble que cette conclusion était prématurée si l'on considère que deux des objectifs principaux de l'amendement étaient de 1) ralentir ou faire échouer le projet; 2) remettre en cause le monopole aux exportations de Gazprom.

En effet, A) le processus administratif découlant de l'amendement de la directive, c'est-à-dire la procédure de certification GRTI, n'était pas achevé et nous ne savons pas comment il aurait fini. Le régulateur allemand aurait pu prendre une décision rendant impossible l'opération du Nord Stream 2 par une filiale de Gazprom; B) le 22 février 2022, en réaction à l'action russe, l'exécutif allemand a pu paralyser la procédure de certification de l'opérateur du Nord Stream 2. Cette certification est un préalable à la mise en fonctionnement de l'infrastructure rendue nécessaire par l'extension des normes européennes aux gazoducs provenant de pays tiers; même si la Russie n'a pas rompu le monopole de Gazprom sur les exportations par gazoduc, l'amendement de la directive a contraint les autorités russes à ouvrir la réflexion sur l'accès des tiers au réseau.

Bibliographie

- ANDERSEN S., GOLDTHAU A. et SITTER N. (2016), *Energy Union. Europe's New Liberal Mercantilism?*, Springer, Londres.
- BUNDESNETZAGENTUR. (2017), « Reply to letter of Director General Dominique Ristori ».
- COMMISSION EUROPÉENNE (2015), « Commissioner Arias Cañete at the European Parliament plenary: opening and concluding remarks ».
- COMMISSION EUROPÉENNE (2017), « Recommendation for a Council decision authorising the opening of negotiations on an agreement between the European Union and the Russian Federation on the operation of the Nord Stream 2 pipeline ».
- COMMISSION EUROPÉENNE (2017b), « State of the Union 2017 Letter of intent to President Antonio Tajani and to Prime Minister Jüri Ratas ».
- COMMISSION EUROPÉENNE (2017c), « Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas COM (2017) 660 final, 2017/0294 (COD) ».
- COMMISSION EUROPÉENNE (2017d), « Commission staff working document: assessing the amendments to the directive 2009/73/EC setting out rules for gas pipelines connecting the European Union with third countries ».
- GOLDTHAU A. et SITTER N. (2020), « Power, authority and security: the EU's Russian gas dilemma », *Journal of European Integration*, vol. 42, n° 1, p. 111-127.
- GOLDTHAU A. et SITTER N., (2019), « Regulatory or market power Europe? EU leadership models for international energy governance », in GODZIMIRSKI J. M. (dir.), *New Political Economy of Energy in Europe*, Springer, Cham, p. 27-47.

HÉRODOTE

- HANCHER L., TALUS K. et WÜSTENBERG M. (2021), «Retrospective application of legal rules in the European Union: recent practice in the energy sector», *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 39, n° 1, p. 65-81.
- LEPESANT G. (2011), «Chapitre 3. L'intégration paneuropéenne: par les réseaux», in *Géographie économique de l'Europe centrale. Les nouveaux territoires européens*, Presses de Sciences Po, Paris, p. 127-156.
- NORD STREAM 2 AG (2019), «Lettre de Nord Stream 2 AG adressée à Jean-Claude Juncker».
- PARLEMENT EUROPÉEN (2018), «Amendments 8-142. In draft report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas».
- SERVICE JURIDIQUE DE LA COMMISSION (2016), «Legal Consequences of applying the Third Energy Package to offshore import pipelines, in particular Nord Stream 2» (Conséquences juridiques de l'application du troisième paquet énergie aux gazoducs d'importation offshore, en particulier Nord Stream 2).
- SERVICE JURIDIQUE DE LA COMMISSION (2021), «Ad hoc arbitration under the rules of arbitration of the united nations commission on international trade law and pursuant to the energy charter treaty – Nord Stream 2 AG vs European Union. European Union counter-memorial on the merits».
- SERVICE JURIDIQUE DU CONSEIL EUROPÉEN (2017), «Opinion of the legal service of the Council of the European Union – Recommendation for a Council decision authorising the opening of negotiations on an agreement between the European Union and the Russian Federation on the operation of the Nord Stream 2 pipeline».
- STERN J., PIRANI S., YAFIMAVA K. (2015), «Does the cancellation of South Stream signal a fundamental reorientation of Russian gas export policy?», *Journal of Self-Governance & Management Economics*, vol. 3, n° 2.