

Texte français (titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973).

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION D'ADMINISTRATION

A R R Ê T

n° 164.368 du 6 novembre 2006
A. 138.449/IX-3833

En cause :
1. la SA DISTRIGAZ,
2. la SC DISTRIGAZ et C/,
ayant élu domicile chez
Me T. VERMEIR, avocat,
ayant son cabinet à BRUXELLES,
rue de Neerveld 101-103

contre :

l'État belge, représenté par :
1. le Ministre de l'Économie et de l'Énergie,
2. le Secrétaire d'État au Développement durable et à l'Économie
sociale, adjoint au Ministre du Budget et des Entreprises
publiques,
ayant élu domicile chez
Me J.-F. DE BOCK, avocat,
ayant son cabinet à BRUXELLES,
rue Tasson-Snel 38.

partie intervenante :

la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (CREG),
ayant élu domicile chez
Me D. LINDEMANS, avocat,
ayant son cabinet à BRUXELLES,
boulevard de l'Empereur 3.

LE CONSEIL D'ÉTAT, IX^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 27 juin 2003 par laquelle la
SA DISTRIGAZ et la SC DISTRIGAZ & C/ demandent l'annulation de "l'arrêté
royal du 4 avril 2003 relatif au code de bonne conduite en matière d'accès aux
réseaux de transport pour le gaz naturel, dans la mesure où il s'applique aux activités
de transit au sens de la directive 91/296/CEE et de l'article 1^{er}, 7/bis, de la loi du

12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations, notamment, mais pas uniquement des articles 6, 48 et 64 de l'arrêté attaqué";

Vu l'arrêt n/ 126.817 du 5 janvier 2004 ordonnant la suspension de l'exécution de l'arrêté attaqué;

Vu la demande de poursuite de la procédure introduite le 13 février 2004 par la partie défenderesse;

Vu la requête en intervention de la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (CREG);

Vu l'ordonnance du 30 août 2004 accueillant l'intervention de la CREG;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le mémoire de la partie intervenante;

Vu le rapport de M. St. DE TAEYE, auditeur adjoint;

Vu l'ordonnance du 10 mai 2005 ordonnant le dépôt au greffe du rapport et du dossier;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires régulièrement échangés;

Vu l'ordonnance du 20 septembre 2006, fixant l'affaire à l'audience du 23 octobre 2006;

Entendu M. A. VANDENDRIESSCHE, conseiller d'État, en son rapport;

Entendu, en leurs observations, Me P. PEETERS, avocat, qui comparaît pour les parties requérantes, Me J.-F. DE BOCK, avocat, qui comparaît

pour les parties défenderesses, et Mes D. VERHOEVEN et W. AUBE, avocats, loco Me D. LINDEMANS, avocat, qui comparaissent pour la partie intervenante;

Entendu M. St. DE TAEYE, auditeur, en son avis conforme;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973;

1. Considérant que les éléments de la cause peuvent être résumés comme suit :

1.1. L'article 15/5, § 3, de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations (ci-après : la loi sur le gaz), inséré par la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché du gaz et au statut fiscal des producteurs d'électricité et modifié par la loi du 16 juillet 2001, s'énonce comme suit :

"Art. 15/5 (...)

§ 3. Sur proposition de la Commission, le Roi établit un code de bonne conduite en matière d'accès aux réseaux de transport.

Le code de bonne conduite définit :

- 1° les procédures et modalités de demande d'accès au réseau;
- 2° les informations à fournir par les utilisateurs du réseau aux entreprises de transport;
- 3° les précautions à prendre par les entreprises de transport en vue de préserver la confidentialité des données commerciales relatives aux utilisateurs du réseau;
- 4° les délais dans lesquels les entreprises de transport doivent répondre aux demandes d'accès à leur réseau;
- 5° des mesures visant à éviter toute discrimination entre des utilisateurs ou catégories d'utilisateurs du réseau;
- 6° les exigences minimales relatives à la séparation administrative et opérationnelle des fonctions de transport et de fourniture de (gaz naturel) au sein des entreprises de transport intégrées;
- 7° les principes de base relatifs aux droits et obligations des entreprises de transport et des utilisateurs du réseau (pour l'accès) au réseau de transport en question;
- 8° les principes de base en matière (...) et de facturation;
- 9° les principes de base relatifs aux droits et obligations des entreprises de transport et des utilisateurs du réseau en matière d'utilisation du réseau de transport en question.

L'octroi et le maintien de toute autorisation de transport ou de fourniture sont subordonnés au respect du code de bonne conduite".

1.2. Le 14 novembre 2002, la section de législation du Conseil d'État a donné un avis sur un projet d'arrêté royal relatif au code de bonne conduite en matière d'accès aux réseaux de transport pour le gaz naturel, rédigé par la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après : la CREG) le 6 juin 2002. Cette proposition - numéro (C)-020606-CREG-90 - a été conçue, ainsi qu'il ressort de la troisième "observation générale" précédant le projet, en partant de l'idée que le règlement s'appliquerait également au transit de gaz.

1.3. Le 6 novembre 2002, le Secrétaire d'État à l'Énergie prie la CREG de rendre un avis sur "la question de savoir si le code de bonne conduite doit également être appliqué au transit", question dont le Secrétaire d'État souligne "l'importance" dans le cadre du marché libéralisé du gaz naturel. Cette demande vise à "pouvoir présenter au Conseil des ministres, en seconde lecture, une proposition de décision étayée".

Dans son étude n/ (F)030220-CREG-112 du 20 février 2003, la CREG tire la conclusion que, dès lors que la directive sur le gaz n/ 98/30/CE du 22 juin 1998, tout comme la loi sur le gaz, a trait à la fois au transport intérieur et au transit de gaz naturel et que le code de bonne conduite s'applique également au transit, la limitation du champ d'application de ce code au transport intérieur de gaz naturel aurait un certain nombre de conséquences négatives, qu'elle donnerait également lieu à une discrimination à l'égard des nouveaux venus et que "la position dominante actuelle de la SA Distrigaz sur le marché du gaz naturel en Belgique s'en trouverait renforcée et enracinée". Afin de résoudre "certains problèmes liés à l'application du code de bonne conduite au transit", la CREG, qui a pu entre-temps également analyser l'avis du Conseil d'État, envisage de rédiger une "proposition de modification de sa proposition de code de bonne conduite".

La proposition n/ (C)-030220-CREG-124 du 20 février 2003 expose ces modifications. Le document est scindé en trois parties : la première "renferme quelques modifications apportées à la proposition d'arrêté royal du 6 juin 2002 à la lumière des remarques du Conseil d'État", la deuxième "discute des modifications requises en vertu des conclusions de l'étude concernant l'application du code de bonne conduite au transit de gaz naturel" et la troisième partie "contient d'autres modifications qui doivent être introduites dans la proposition d'arrêté royal susmentionnée".

Le texte adapté à la proposition de la CREG n'est pas soumis à la section de législation du Conseil d'État.

1.4. Le 4 avril 2003, l'arrêté attaqué est adopté sur proposition du Ministre de la Mobilité et des Transports et du Secrétaire d'État à l'Énergie. Il inclut les modifications que la CREG a proposé d'apporter au texte initial le 20 février 2003.

L'arrêté est publié au Moniteur belge du 2 mai 2003.

2.1. Considérant que la partie intervenante conteste l'intérêt des parties requérantes; qu'elle soutient principalement que les parties requérantes entendent voir constater que l'arrêté royal attaqué ne peut s'appliquer aux activités se rapportant au transit de gaz, mais qu'elles n'ont pas de griefs sur le fond, si bien que leur intérêt est lié à la question de l'applicabilité de l'arrêté au transit de gaz; qu'elle allègue subsidiairement que les parties requérantes ont perdu leur intérêt au cours de la procédure dès lors qu'une nouvelle directive 2003/55/CE du 26 juin 2003, qui devait être transposée pour le 1^{er} juillet 2004, dispose sans équivoque que le transit de gaz est également soumis à un accès régulé; que, plus subsidiairement encore, elle soutient en outre que, de fait, les parties requérantes ne peuvent même pas tirer profit d'une annulation dès lors qu'après une annulation la partie défenderesse ne pourra que prendre une décision identique à la décision attaquée, ce qui limite l'intérêt des parties requérantes à ralentir l'entrée en vigueur du code de bonne conduite et constitue un intérêt insuffisant ou illégitime;

2.2.1. Considérant que les parties requérantes lient leur intérêt au recours aux limitations que l'arrêté attaqué leur impose en tant qu'entreprises qui transportent du gaz; qu'un certain nombre de dispositions - à savoir les articles 6, 48 et 64, auxquels les parties requérantes se réfèrent formellement dans l'objet de leur recours - concernent expressément le transit de gaz; qu'à l'évidence les parties requérantes ont intérêt à l'annulation de ces dispositions; qu'elles ont tout autant intérêt à l'annulation du code de bonne conduite dans son entier dans la mesure où la partie défenderesse l'applique également aux activités de transit; qu'à cette fin elles peuvent invoquer des moyens qui contestent la régularité de l'arrêté dans son entier; qu'ainsi elles prennent un premier moyen de la violation de l'obligation de consultation de la section de législation du Conseil d'État et un deuxième moyen du

fait que le Roi a rendu un certain nombre de dispositions de l'arrêté attaqué applicables au transit, mais ce à tort dès lors que l'activité de transit de gaz n'est pas réglée par la loi sur le gaz, ni par la directive 98/30/CE du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel (ci-après : la directive 98/30/CE); qu'en cas d'annulation, la partie défenderesse devra adopter un nouveau code de bonne conduite et il n'est pas exclu que les intérêts de la partie requérante soient mieux pris en compte après ce réexamen;

2.2.2. Considérant que l'existence de la directive 2003/55/CE du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel (ci-après : la directive 2003/55/CE) et la circonstance que cette directive aurait dû être transposée en droit interne le 1^{er} juillet 2004, ne privent pas les parties requérantes de l'intérêt à l'annulation requis par la loi; qu'en effet les dispositions d'une directive n'acquièrent force obligatoire qu'après leur transposition effective en droit national et que l'autorité chargée de l'exécution de la directive ne peut se référer à l'applicabilité directe de cette dernière; qu'au demeurant les parties requérantes soulignent à juste titre dans leur dernier mémoire que cette directive ainsi que la loi du 1^{er} juin 2005 qui l'a transposée en droit interne prévoient expressément la possibilité que les contrats conclus conformément à la directive 91/296/CEE relative au transit de gaz naturel sur les grands réseaux restent valables; qu'après une annulation la partie défenderesse devra de nouveau s'interroger sur la fixation du code de bonne conduite; qu'il n'est pas exclu - la partie défenderesse et la partie intervenante n'en font certainement pas la démonstration - qu'en reconsidérant l'arrêté attaqué dans le cadre de la réglementation modifiée entre-temps, la partie défenderesse ne pourrait pas élaborer un texte qui tiendrait compte des intérêts des parties requérantes et qui leur procurerait un avantage comparativement aux dispositions attaquées;

2.3. Considérant que les exceptions ne sont pas accueillies;

3.1. Considérant que les parties requérantes prennent un premier moyen de la violation de l'article 3, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État en ce que les parties défenderesses ont omis de recueillir l'avis de la section de législation sur le projet d'arrêté incluant les observations formulées par la CREG dans sa deuxième proposition du 20 février 2003; qu'elles explicitent le moyen comme suit : le projet approuvé par le Conseil des ministres le 19 juillet 2002, qui se basait sur une

proposition de la CREG du 6 juin 2002, a été soumis à la section de législation qui a donné un avis le 14 novembre 2002; au cours de l'examen de la demande d'avis, la partie défenderesse a demandé à la CREG d'examiner si le code de bonne conduite en projet pouvait également être appliqué au transit de gaz naturel; s'appuyant sur le résultat de cette étude et sur les observations de la section de législation, la CREG a proposé le 20 février 2003 une adaptation de sa première proposition du 6 juin 2002; le gouvernement a reproduit quasi intégralement la proposition de la CREG et a ainsi complété l'article 6 par un dernier alinéa, adapté et complété l'article 48 et complété l'article 64 afin d'étendre le champ d'application de l'arrêté attaqué aux activités de transit, ce qui constitue une modification fondamentale par rapport au projet soumis au Conseil d'État; l'article 3 des lois coordonnées sur le Conseil d'État implique que les textes soumis à la section de législation ne peuvent plus être modifiés sauf s'il s'agit d'une adaptation à l'avis ou d'adaptations purement formelles; le préambule de l'arrêté attaqué ne mentionne pas que la partie défenderesse a recueilli l'avis de la section de législation sur les modifications apportées au projet d'arrêté et n'explique pas non plus pourquoi un avis supplémentaire n'a pas été demandé;

3.2. Considérant que, dans son mémoire en réponse, la partie défenderesse expose qu'il ressort d'un examen consciencieux de l'arrêté en projet que les modifications qu'elle a apportées à la proposition initiale, telle qu'elle avait été soumise à la section de législation, concernent "deux séries d'adaptations", d'une part des adaptations proposées par le Conseil d'État - qui ne peuvent pas poser de problèmes - et d'autre part des adaptations étendant le champ d'application de l'arrêté aux activités de transit; qu'elle soutient que cette extension n'était toutefois pas irrégulière dès lors qu'elle n'a pas fondamentalement modifié le champ d'application de l'arrêté en ce sens que la proposition initiale de la CREG, qui a été soumise pour avis, concernait déjà le transit de gaz;

Considérant que la partie défenderesse fait valoir subsidiairement, plus précisément en ce qui concerne les considérations de l'arrêt de suspension n/ 126.817, ce qui suit : les nouvelles dispositions insérées consécutivement à l'avis de la section de législation sont marginales; les modifications apportées à l'article 47, § 2, 3/, et à l'article 46, alinéa 2 - présentées dans la deuxième proposition de la CREG du 20 février 2003 comme d'"autres modifications" que les adaptations à l'avis de la section de législation et les modifications consécutives à l'étude de la CREG -

concernent la question de la "politique de congestion" que la CREG avait déjà explicitée dans sa première proposition;

3.3. Considérant que la réplique des parties requérantes peut être résumée comme suit : lors de la rédaction du projet d'arrêté qui a été soumis à l'avis du Conseil d'État, il n'était pas acquis pour le gouvernement que le code de bonne conduite serait applicable au transit de gaz naturel; c'est ce qui ressort du courrier du Secrétaire d'État à l'Énergie adressé à la CREG le 6 novembre 2002 qui souligne l'"importance" de la question de l'application du code de bonne conduite au transit; c'est ce qui ressort également du fait que, dans sa proposition du 20 février 2003, la CREG consacre une rubrique distincte aux adaptations résultant de l'étude effectuée sur l'application du code de bonne conduite au transit de gaz; dans son mémoire en réponse, la partie défenderesse concède elle-même qu'un certain nombre d'adaptations ne peuvent être regardées comme la suite logique de l'avis de la section de législation ou comme des adaptations formelles et techniques; en tout état de cause, "la nouvelle définition du 'marché primaire' (article 1^{er}, 48/), la modification de l'article 4, § 2, le 'line-pack' (article 6, § 2), la modification de l'article 9, § 4, compte tenu des besoins spécifiques des utilisateurs du réseau ('ship-or-pay'/'build-up'), la compensation des déséquilibres en ce qui concerne le transit (articles 54 et 56 de la proposition, devenus les articles 52 et 54 du code de bonne conduite), les contrats de transport avec ou sans flexibilité et les règles relatives à l'interruption ou à la réduction des flux de gaz (article 58 de la proposition, devenu l'article 56 du code de bonne conduite), les contrats d'allocation et le transit de gaz naturel (articles 66 et 67 de la proposition, devenus les articles 64 et 65 du code de bonne conduite) et les contrats de transport sans flexibilité (article 73 de la proposition, devenu l'article 71 du code de bonne conduite)" sont des ajouts substantiels qui ne résultent pas de l'avis et ne sont pas des adaptations formelles ou rédactionnelles;

3.4.1.1. Considérant que la partie intervenante conteste tout d'abord la recevabilité du moyen; qu'elle soutient que les parties requérantes s'opposent uniquement aux dispositions concernant le transit de gaz, qu'il ressort de l'étude du 20 février 2003 que le transit de gaz est réglé par la loi sur le gaz, de sorte que cette activité est également soumise à l'application des arrêtés d'exécution de cette loi sans autre spécification, que le fait que la directive n/ 98/30/CE du 22 juin 1998 sur laquelle se greffe la loi sur le gaz soit postérieure à la directive n/ 91/296/CEE du

31 mai 1991 sur le transit, ne fait pas obstacle à ce que la directive citée en premier lieu soit également applicable au transit; que, compte tenu de ces éléments, elle soutient que le Conseil d'État pouvait déjà vérifier lors de l'examen du premier projet si le transit du gaz pouvait effectivement être réglementé, qu'il ne l'a pas fait et qu'une seconde consultation de la section de législation "n'aurait rien changé sur ce point"; qu'elle ajoute pouvoir admettre que le moyen pris de la consultation de la section de législation est d'ordre public, mais que cela ne signifie pas pour autant qu'il serait recevable dès lors que seule l'applicabilité de la décision attaquée au transit préoccupe les parties requérantes et qu'une nouvelle consultation de la section de législation n'y changera rien, puisque celle-ci n'a pas non plus fait d'observation à ce sujet lors de la première consultation;

3.4.1.2. Considérant que, subsidiairement, la partie intervenante juge le moyen non recevable dans la mesure où il concerne les modifications résultant de l'étude du 20 février 2003; qu'elle allègue que les parties requérantes ont été associées à l'examen des modifications envisagées, qu'à ce moment-là elles ont même formulé des observations afin d'obtenir une proposition qui tiendrait compte d'un certain nombre d'éléments spécifiques concernant le transit et que c'est notamment sur la base de ces observations que les modifications apportées à la proposition initiale ont été adoptées;

3.4.2. Considérant que la partie intervenante soutient au fond que les modifications visées qui ont été apportées au projet présenté n'emportaient en aucun cas l'obligation de consulter à nouveau la section de législation; qu'elle estime que cette obligation ne peut se déduire du fait que la proposition du 20 février 2003 répartit les nouvelles dispositions d'une part en "modifications apportées à la lumière des remarques du Conseil d'État" et d'autre part en "autres modifications", dès lors que ces autres modifications, dans la mesure où elles ajoutent des éléments neufs au règlement, se rapportent à coup sûr aux dispositions dont le Conseil d'État a pris connaissance ou sont purement techniques; qu'ainsi les modifications apportées aux articles 46 et 47, § 2, concernent la fixation de la capacité non utilisée, qui s'inscrit dans la politique de congestion que l'entreprise de transport doit mener et à propos de laquelle le Conseil d'État a formulé une observation dans le cadre de l'examen de l'article 47 du projet; que selon elle, les modifications mentionnées dans la deuxième partie de la proposition de la CREG du 20 février 2003 ne permettent pas non plus de conclure à la violation de l'article 3 de la loi sur le Conseil d'État dès lors que si

ces modifications constituent peut-être bien un ajout substantiel au projet soumis à la section de législation, cet ajout peut également être mis en relation avec les observations formulées par le Conseil d'État et constituer une réponse à celles-ci, notamment à l'observation générale figurant au point 2.2.1. de l'avis selon laquelle les principes de base que les entreprises de transport fixent, ne peuvent pas relever de la compétence que l'article 15/5, § 3, alinéa 2, 7/, de la loi sur le gaz, réserve au Roi de définir les principes de base; qu'elle développe cet argument relativement à toute modification qui trouve son origine dans la deuxième partie de la proposition de la CREG;

Considérant que, par ailleurs, la partie intervenante soutient subsidiairement que les modifications apportées à un projet de règlement sur lequel le Conseil d'État a donné un avis ne doivent pas de nouveau être soumises à la section de législation dès lors qu'aucune disposition légale ne le prescrit et que les avis de la section de législation ne sont pas contraignants, si bien que le même raisonnement, selon lequel le législateur peut décider de manière autonome d'ignorer un avis, est également applicable à la communication ou non de modifications, pour autant que l'obligation de principe de demander l'avis ne soit pas ainsi contournée, ce qui n'est pas le cas en l'espèce puisque les adaptations mentionnées dans la deuxième partie de la proposition de la CREG sont "très minimes";

3.5. Considérant que, dans leur dernier mémoire, les parties requérantes répondent de manière circonstanciée à la défense; qu'elles exposent ce qui suit en ce qui concerne la recevabilité du moyen : la consultation du Conseil d'État est une formalité substantielle d'ordre public et, en principe, la recevabilité d'un moyen fondé sur celle-ci ne requiert pas d'intérêt concret; si un certain nombre d'arrêts ont quand même vérifié l'intérêt qu'un requérant pouvait avoir à entendre déclarer le moyen fondé, il s'agit d'arrêts constatant que la décision n'aurait pas pu être différente si la violation n'avait pas été commise, ce qui n'est pas le cas en l'espèce dès lors qu'il n'est pas établi que le Roi n'aurait pas tenu compte des observations de la section de législation concernant les adaptations envisagées; dans l'hypothèse où, en l'occurrence, le Conseil d'État examinerait quand même l'intérêt au moyen, il est à noter qu'à son avis le règlement attaqué ne pouvait pas être appliqué au transit de gaz et que le gouvernement doutait de cette applicabilité, ainsi qu'il ressort de la lettre du 6 novembre 2002 dans laquelle le Secrétaire d'État à l'Énergie demande un examen approfondi de cette problématique; au demeurant, le Conseil d'État a déjà jugé dans

l'arrêt n/ 126.817 que la circonstance que la CREG aurait considéré dès le début que le code de bonne conduite serait également applicable au transfert n'affecte en rien le point de vue défendu par le Conseil d'État, selon lequel les modifications doivent de nouveau être soumises à la section de législation; en tout état de cause, le moyen n'est pas irrecevable étant donné que les parties requérantes ont pu formuler des observations sur les textes qui sont devenus la deuxième proposition de la CREG;

Considérant qu'en ce qui concerne le fond de l'affaire, les parties requérantes exposent dans leur dernier mémoire ce qui suit : il ressort clairement du texte de la deuxième proposition de la CREG que le texte sur lequel un avis a été émis a été complété compte tenu des observations du Conseil d'État et de l'étude de la CREG du 20 février 2003; la partie intervenante concède elle-même qu'elle souhaitait faire la clarté sur l'applicabilité du code de bonne conduite aux activités de transit; la référence à une observation générale du Conseil d'État ne peut pas constituer une justification pour ne pas soumettre les modifications d'un texte à la section de législation; la référence que la partie intervenante fait à la valeur "minime" des modifications, aux "éclaircissements" qu'elles comporteraient simplement ou à une "question technique", est dénuée de toute crédibilité;

3.6.1. Considérant, en ce qui concerne la recevabilité du moyen, qu'un moyen fondé sur la méconnaissance de l'obligation de consulter la section de législation du Conseil d'État est d'ordre public; que cela implique que, pour autant que son intérêt à l'annulation soit établi, la partie requérante ne doit plus justifier d'un intérêt concret à invoquer un moyen de l'espèce; qu'ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, les parties requérantes ont intérêt à l'annulation de l'arrêté réglementaire attaqué dès lors que cette annulation leur donnerait la possibilité de voir élaborer un nouveau code de bonne conduite qui tiendrait mieux compte de leurs intérêts;

Considérant qu'il ressort des données du dossier que la deuxième proposition de la CREG, qui fait explicitement référence pour la première fois aux activités de transit et qui a été rédigée après que le Conseil d'État avait donné son avis, est fondée sur une étude portant sur la question spécifique de savoir si la réglementation concernant le transit de gaz pouvait trouver un fondement juridique dans la loi sur le gaz; que cette étude n'a pas été portée à la connaissance de la section de législation; qu'il ne ressort pas non plus de l'avis n/ 33.902/1 du Conseil d'État que la section de législation aurait soumis à un examen critique la thèse de la partie

défenderesse selon laquelle le transit pouvait être visé par l'arrêté attaqué; qu'en outre la nouvelle proposition de règlement du 20 février 2003 concernait encore d'autres modifications; que, dès lors, on ne peut se rallier à la partie intervenante en ce qu'elle soutient qu'une nouvelle demande d'avis n'aurait rien pu changer à l'avis émis précédemment;

Considérant que la circonstance que les parties requérantes ont eu la possibilité de faire valoir leurs observations auprès de la CREG au cours de la préparation du projet d'arrêté ne les prive pas de l'intérêt à demander au juge l'annulation de la réglementation; que la partie intervenante reconnaît au demeurant que les parties requérantes ont toujours contesté la légalité de l'application du code de bonne conduite aux activités de transit, tout en mettant également en évidence la spécificité du transit;

3.6.2. Considérant que le texte de l'arrêté attaqué devait incontestablement être soumis à l'avis de la section de législation conformément à l'article 3, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État; qu'il l'a été; que la question se pose en l'occurrence de savoir si, vu les modifications que le gouvernement a encore apportées par la suite à l'arrêté, un nouvel avis de la section de législation était requis; que selon une jurisprudence constante du Conseil d'État, un nouvel avis est requis chaque fois qu'un arrêté subit des modifications, sauf lorsqu'elles font suite à l'avis du Conseil d'État ou qu'elles sont purement formelles ou rédactionnelles;

3.6.3.1. Considérant que la partie défenderesse, rejointe en cela par la partie intervenante, estime que les modifications envisagées dans la troisième partie de la proposition de la CREG n/ (C)-030220-CREG-124 du 20 février 2003, qui concernent les articles 46, 47, § 2, 50 et 86 du projet original, sont marginales et se conforment à l'avis du Conseil d'État;

Considérant que, selon les commentaires donnés par la CREG en pages 21 et 22 de la proposition n/ (C)-030220-CREG-124, les modifications apportées aux articles 50 et 86 - en ce qui concerne l'article 50, la référence à la "lisibilité" de la disposition et, en ce qui concerne l'article 86, le fait que "les prescriptions relatives au raccordement devraient figurer dans le contrat de raccordement plutôt que dans le contrat de transport" - ne portent pas sur le fond; qu'en revanche l'arrêt de suspension n/ 126.817 a considéré provisoirement que les

modifications apportées aux articles 46 et 47, § 2, constituent bel et bien un nouvel ajout substantiel; que le Conseil d'État doit maintenant adopter un point de vue définitif en la matière;

3.6.3.2.1. Considérant que la troisième partie de la proposition de la CREG concerne d'"autres modifications" que celles proposées "à la lumière des remarques du Conseil d'État" - qui constituent la première partie de la proposition - et que celles apportées "à la lumière de l'étude concernant l'application du code de bonne conduite au transit de gaz naturel" - qui constituent la deuxième partie de la proposition; que selon la proposition de la CREG (p. 21), la modification de l'article 46 procède du souci de "permettre à l'entreprise de transport de mieux déterminer le volume de la capacité non utilisée" tandis que la modification de l'article 47, § 2, vise "à limiter la spéculation sur le marché de la capacité et/ou de la flexibilité";

3.6.3.2.2. Considérant que selon le commentaire de la proposition originale de la CREG du 6 juin 2002, les articles 46 et 47 visent à "éviter une éventuelle discrimination entre les utilisateurs actuels et futurs du réseau" (p. 30), afin de garantir au maximum l'accès libre au réseau, qui a évidemment une capacité limitée; que ce libre accès est garanti par la fixation d'un certain nombre de règles qui doivent inciter les utilisateurs du réseau à mener une politique de réservation responsable et qui permettent, en cas de congestion, de prendre des mesures afin de pouvoir proposer du gaz là où c'est nécessaire;

3.6.3.2.3. Considérant que, dans son avis, le Conseil d'État a observé au sujet de l'article 47 du projet d'arrêté qui lui était soumis que, vu l'importance de la matière, on ne pouvait pas laisser au ministre qui a l'énergie dans ses attributions le soin de définir les critères ou les modalités permettant de déterminer s'il y a congestion, mais qu'il fallait les définir dans le projet proprement dit; que la deuxième partie de la proposition de la CREG du 20 février 2003, qui examine les observations formulées par le Conseil d'État, réplique en faisant référence au fait que la définition de la congestion était suffisamment claire et, dès lors, ne devait pas être précisée à l'aide d'autres critères ou modalités (p. 10, point 10);

Considérant que le fait de "mieux déterminer le volume de la capacité non utilisée" n'a rien à voir avec l'existence et la constatation d'une congestion à propos de laquelle le Conseil d'État avait fait une observation; que la

capacité non utilisée et les constatations qui doivent être faites à cet égard n'ont de pertinence que lorsque se pose la question de savoir comment remédier à une congestion et non lors de la constatation de celle-ci, pour laquelle il faut uniquement déterminer si la demande de capacité ferme dépasse la capacité disponible - à savoir la capacité qui n'est pas allouée, indépendamment de la question de savoir si cette capacité est effectivement utilisée; que, dès lors, la modification apportée à l'article 46 du projet soumis au Conseil d'État est sans rapport avec l'observation formulée par la section de législation;

Considérant que l'article 47, § 2, du projet soumis au Conseil d'État concerne lui aussi la fixation du volume de la capacité non utilisée; que, pour le motif précité, la modification proposée de cette disposition ne répond pas non plus à une observation formulée par la section de législation;

3.6.3.2.4. Considérant qu'il résulte ainsi de l'examen de l'affaire que les modifications que la partie défenderesse a apportées aux articles 46 et 47, § 2, de l'arrêté attaqué, après que la section de législation avait donné son avis, ne sont pas la conséquence directe des observations formulées par le Conseil d'État;

3.6.3.2.5. Considérant que les commentaires donnés par la CREG dans son rapport du 20 février 2003 concernant les modifications proposées (p. 21) démontrent également que la partie défenderesse a voulu compléter le régime proposé précédemment pour renforcer le contrôle exercé par les entreprises de transport sur les problèmes de congestion qui se posent; que ces nouvelles dispositions substantielles ajoutées au premier projet requéraient une nouvelle consultation de la section de législation;

3.6.3.3.1. Considérant, en ce qui concerne les modifications inscrites dans la deuxième partie de la proposition de la CREG du 20 février 2003 - adaptations résultant de l'étude concernant l'application du code de bonne conduite au transit de gaz naturel -, que la partie défenderesse et la partie intervenante soutiennent qu'il ne s'agit pas d'ajouts substantiels - ou du moins qu'ils sont très limités - et qu'en tout état de cause ils sont une réplique aux observations formulées par le Conseil d'État;

3.6.3.3.2. Considérant tout d'abord que la partie défenderesse part injustement du principe qu'il résulte de la seule constatation que le projet soumis au Conseil

d'État était déjà applicable au transit de gaz naturel, que toutes les modifications apportées ultérieurement n'ajoutent plus rien de substantiel au premier projet;

3.6.3.3. Considérant qu'il peut être aisément admis que la modification de l'article 9, § 4, du premier projet - imposant aux sociétés de transport, dans le cadre de l'obligation qui leur est faite de tenir compte de la demande existante sur le marché pour fixer la durée des contrats et répartir la capacité disponible, d'avoir égard non plus seulement aux "caractéristiques spécifiques des services de transport auxquelles (les contrats) se rapportent", mais également aux "besoins spécifiques des catégories d'utilisateurs du réseau, qui sont définis selon des critères objectifs et pertinents" - est la mise en oeuvre de l'article 6 qui dispose que les entreprises de transport doivent proposer des services de transport "de manière à répondre aux besoins raisonnables des utilisateurs du réseau"; qu'en revanche les autres modifications qui trouvent leur origine dans la deuxième partie du rapport du 20 février 2003 sont bel et bien substantielles; qu'il suffit de lire la justification invoquée dans la proposition du 20 février 2003 (pp. 16 à 20); que tel est le cas pour :

- la précision de la définition du "marché primaire" (article 1^{er}, 48/, de l'arrêté attaqué),
- l'exclusion du transit du champ d'application de l'article 4, § 2 (contrats pour la réservation de capacité destinée aux clients et aux entreprises de distribution non éligibles),
- la possibilité expressément prévue de ne pas appliquer l'article 6, alinéa 2, 2/, 3/ et 4/, au transit de gaz (article 6, alinéa 3) et l'obligation de garantir uniquement des services de flexibilité ou "line-pack" pour les clients finaux établis en Belgique (articles 52, § 2, 3/, et 54, alinéa 1^{er}),
- l'exclusion des articles 56 et 71 pour les contrats assortis d'une flexibilité nulle (articles 56, alinéa 4, et 71, alinéa 3),
- le nouveau régime concernant les contrats d'allocation de gaz naturel en transit (article 64, alinéa 2) et le régime connexe des articles 65 et 66;

3.6.3.4. Considérant que la partie intervenante fait remarquer que les dispositions modificatives épinglées ci-dessus constituent une réponse aux observations formulées par la section de législation du Conseil d'État; que pour ce faire elle fait référence à l'observation générale formulée au point 2.2.1. de l'avis 33.902/1; que cette observation concerne la disposition énonçant que l'entreprise de transport établit les "principales conditions d'accès" à son réseau de

transport, moyennant l'approbation de la CREG, et que, dans la mesure où - se substituant au Roi - les entreprises de transport fixeraient des principes de base relatifs à leurs propres droits et obligations ainsi qu'à ceux des utilisateurs du réseau en matière d'accès au réseau de transport en question, la disposition susvisée serait inconciliable avec l'article 15/5, § 3, alinéa 2, 7/, de la loi sur le gaz; que l'arrêté attaqué fixe dans son chapitre 8 (les articles 52 à 89) les principes de base dont traite l'article 15/5, § 3, alinéa 2, 7/ et 9/, de la loi sur le gaz; que l'observation générale formulée par la section de législation à laquelle il est fait référence ci-dessus, a attiré l'attention du gouvernement sur le fait qu'en fixant les "principales conditions d'accès" à leur réseau, les entreprises de transport ne pouvaient pas instaurer de régime qui doit en fait être regardé comme une "condition de base" et qui relève de la seule compétence du Roi; que cette observation - outre que les dispositions examinées dans la deuxième partie de la proposition de la CREG du 20 février 2003 ne peuvent être regardées sans plus comme des "conditions de base" dès lors que seul le chapitre 8 de l'arrêté attaqué y a trait - ne pouvait en aucune façon permettre à la partie défenderesse de modifier ou de compléter substantiellement le projet soumis au Conseil d'État sans soumettre à nouveau le projet modifié à la section de législation;

3.6.3.3.5. Considérant que force est de conclure de ce qui précède que la partie défenderesse a modifié substantiellement le projet d'arrêté après réception de l'avis de la section de législation du Conseil d'État, notamment en ce qu'elle a intégré dans l'arrêté attaqué les nouvelles propositions de la CREG, figurant dans la deuxième et la troisième partie de la proposition (C)-030220-CREG-124, sans soumettre à nouveau ce projet modifié à la section de législation du Conseil d'État ni indiquer pourquoi l'urgence l'autorisait à renoncer à cet avis; qu'ainsi la partie défenderesse a méconnu la formalité substantielle prescrite par l'article 3, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État; que le moyen est fondé;

3.6.3.4. Considérant que, rapportée au recours en annulation formé par les parties requérantes, dont elles ont elles-mêmes limité l'objet, l'irrégularité justifie l'annulation de l'arrêté attaqué dans la mesure indiquée dans le dispositif;

4.1. Considérant que la partie intervenante soutient que "dans l'intérêt de la publicité et du bon fonctionnement du marché du gaz", il est recommandé d'appliquer l'article 14^{ter} des lois coordonnées sur le Conseil d'État, qui permet à la

section d'administration d'indiquer ceux des effets des dispositions d'actes réglementaires annulées qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine; qu'à cet égard elle fait valoir ce qui suit : une annulation occasionnera des problèmes très importants; s'il s'avère que le code de bonne conduite n'est pas applicable aux activités de transit, il en résultera les désagréments suivants : le code de bonne conduite ne sera pas applicable à 67,2 % de la capacité utilisable aux points d'entrée du réseau de transport belge et les nouveaux venus n'auront pas d'accès exigible ni d'information sur 47,9 % de cette capacité, les shippers ayant une capacité de transit pourront l'utiliser pour le transport intérieur, le développement d'activités hub sera ralenti par l'insécurité juridique, la scission éventuelle des activités sera susceptible, en raison de constructions juridiques artificielles, de porter préjudice à certains shippers, la politique de congestion ne sera applicable qu'à 32,8 % de la capacité, la flexibilité sera hypothéquée, les synergies entre le transit et les activités sur le marché intérieur seront malaisées, les nouveaux venus seront confrontés à un régime strict auquel les parties requérantes ne sont pas soumises, ce qui implique une discrimination des nouveaux venus et un renforcement de la position des parties requérantes, en contradiction avec les principes de base des directives et de la loi sur le gaz; en outre, compte tenu des moyens invoqués, la partie défenderesse pourra prendre exactement la même décision après une annulation dès lors que le premier moyen concerne une formalité et que le deuxième moyen repose sur une directive qui a été remplacée entre-temps par une directive qui vise indéniablement aussi le transit, ce qui a pour effet supplémentaire que la reconnaissance du bien-fondé du recours implique que la Belgique viole le droit européen dans la mesure où, dans ce cas, le transit de gaz ne serait plus réglementé;

4.2. Considérant que le Conseil d'État doit exercer son pouvoir d'apprécier les effets d'une disposition réglementaire annulée avec la prudence voulue; qu'il faut prouver que l'annulation aura des conséquences inadmissibles du point de vue, précisément, de la sécurité juridique;

4.3. Considérant qu'en l'espèce la partie défenderesse, qui est la première responsable pour garantir la sécurité juridique, n'a pas sollicité l'application de l'article 14^{ter} précité, que la seule à l'avoir sollicitée est la partie intervenante, qui dans des matières telles que celle-ci n'est compétente que pour proposer des mesures au gouvernement; qu'en outre la partie intervenante fonde sa demande sur la crainte

de "conséquences très graves pour le marché du gaz" et sur la constatation qu'"un acte exactement identique pourra de nouveau être adopté"; qu'elle ne précise toutefois pas de quelle façon ces conséquences menacent sérieusement la sécurité juridique, d'autant qu'elle soutient elle-même qu'une annulation permettra malgré tout à la partie défenderesse de prendre exactement la même décision; que, dans ces circonstances, le Conseil d'État n'aperçoit aucun motif pour appliquer l'article 14^{ter} de ses lois coordonnées,

D É C I D E :

Article 1er.

Est annulé l'arrêté royal du 4 avril 2003 relatif au code de bonne conduite en matière d'accès aux réseaux de transport pour le gaz naturel, dans la mesure où il s'applique aux activités de transit au sens de la directive 91/296/CEE et de l'article 1^{er}, 7/*bis*, de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations.

Article 2.

Les dépens de la demande de suspension et du recours en annulation, liquidés à la somme de 700 euros, sont mis à la charge de la partie défenderesse.

Les dépens de l'intervention, liquidés à la somme de 125 euros, sont mis à la charge de la partie intervenante.

Article 3.

Le présent arrêt sera publié par extrait au Moniteur belge dans les mêmes formes que l'arrêté annulé.

Ainsi prononcé à Bruxelles en audience publique, le six novembre 2000 six, par la IX^e chambre, composée de :

MM.	J. DE BRABANDERE,	président du Conseil d'État,
	A. VANDENDRIESSCHE,	conseiller d'État,
	D. MOONS,	conseiller d'État,

W. GEURTS,

greffier.

Le greffier,

Le président,

W. GEURTS

J. DE BRABANDERE

TRADUCTION ÉTABLIE CONFORMÉMENT À L'ARTICLE 63,
ALINÉA 1er, DES LOIS SUR LE CONSEIL D'ÉTAT
COORDONNÉES LE 12 JANVIER 1973.