

Numéro du rôle : 4775
Arrêt n° 84/2010 du 8 juillet 2010

A R R E T

En cause : le recours en annulation de la loi du 10 mars 2009 portant modification de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations, introduit par la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz (CREG).

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents M. Bossuyt et M. Melchior, et des juges R. Henneuse, E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey et P. Nihoul, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président M. Bossuyt,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* * *

I. *Objet du recours et procédure*

Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 29 septembre 2009 et parvenue au greffe le 30 septembre 2009, la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz (CREG), dont le siège est établi à 1040 Bruxelles, rue de l'Industrie 26-38, a introduit un recours en annulation de la loi du 10 mars 2009 portant modification de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations (publiée au *Moniteur belge* du 31 mars 2009, deuxième édition).

La SA « Distrigaz », dont le siège social est établi à 1000 Bruxelles, rue de l'Industrie 10, et le Conseil des ministres ont introduit chacun un mémoire, la partie requérante a introduit un mémoire en réponse et la SA « Distrigaz » et le Conseil des ministres ont également introduit chacun un mémoire en réplique.

A l'audience publique du 17 juin 2010 :

- ont comparu :

. Me L. Cornelis et Me B. Martel *loco* Me K. Leus, avocats au barreau de Bruxelles, pour la partie requérante;

. Me J.-F. De Bock et Me V. De Schepper, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;

. Me P. Peeters, qui comparaisait également *loco* Me T. Verstraeten, avocats au barreau de Bruxelles, pour la SA « Distrigaz »;

- les juges-rapporteurs L. Lavrysen et J.-P. Snappe ont fait rapport;

- les avocats précités ont été entendus;

- l'affaire a été mise en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

II. *Objet des dispositions attaquées*

« Article 1er. La présente loi règle une matière visée à l'article 78 de la Constitution.

Art. 2. L'article 15/5^{quinquies} de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations, inséré par la loi du 1er juin 2005, est remplacé par ce qui suit :

‘ Art. 15/5^{quinquies}. § 1er. Sans préjudice de l'application de l'article 15/19, les dispositions du présent chapitre et l'arrêté royal du 8 juin 2007 relatif à la méthodologie pour déterminer le revenu total comprenant la marge équitable, à la structure tarifaire générale, aux principes de base en matière de tarifs, aux procédures, à la publication des tarifs, aux rapports annuels, à la comptabilité, à la maîtrise des coûts, aux écarts de revenu des

gestionnaires et à la formule objective d'indexation visés par la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisation, dans sa version publiée au *Moniteur belge* du 29 juin 2007, sont applicables aux tarifs de transit du gaz naturel et au gestionnaire du réseau de transport du gaz naturel qui exerce une activité de transit, sous réserve des dérogations suivantes :

1° les tarifs sont applicables pour les durées fixées contractuellement entre le gestionnaire du réseau de transport et les utilisateurs de ce réseau;

2° afin de garantir la stabilité de prix à terme, la période régulatoire visée à l'article 15/5bis, § 2, peut dépasser quatre ans;

3° la marge équitable pour le transit est déterminée conformément aux articles 4 à 8 de l'arrêté royal précité du 8 juin 2007, étant entendu que :

a) la valeur initiale de l'actif régulé de transit au 31 décembre 2007 est approuvée par la Commission sur proposition du gestionnaire, en prenant en compte toutes les installations de transport situées en Belgique et utilisées pour le transit;

b) le produit du coefficient beta et de la prime de risque, comme composante du taux de rendement R visé à l'article 6 de l'arrêté royal précité, est fixé à 7 %;

Dans les cas visés à l'alinéa 1er, 2°, le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, prolonger la période régulatoire sur la base d'une révision importante du plan d'investissement du gestionnaire de réseau. La durée de cette période et sa révision éventuelle sont proposées par le gestionnaire du réseau de transport du gaz naturel, et soumis à l'approbation de la Commission avant le début de chaque période régulatoire.

Les tarifs de transit que la Commission détermine suivant les principes qui précèdent et à l'issue de la procédure prévue aux articles 16 à 19 de l'arrêté royal précité du 8 juin 2007, constituent les tarifs basés sur les coûts.

§ 2. Le gestionnaire du réseau de transport de gaz naturel donne accès, pour le transit, aux installations de transport existantes sur la base des tarifs déterminés en accord avec le § 1er et conformément à la procédure prévue aux articles 16 à 19 de l'arrêté royal précité du 8 juin 2007.

Le gestionnaire du réseau de transport de gaz naturel donne accès, pour le transit, aux installations à réaliser, soit sur la base de tarifs déterminés en accord avec le § 1er et conformément à la procédure prévue aux articles 16 à 19 de l'arrêté royal précité du 8 juin 2007, soit sur la base de tarifs fixés au moyen de modalités transparentes et non-discriminatoires faisant appel au marché, telles que des consultations de marché, à condition que ces modalités faisant appel au marché, y compris les revenus et les tarifs qui en découlent, aient été préalablement approuvées par la Commission.

Si l'application des modalités faisant appel au marché donnent des tarifs plus élevés que ceux déterminés en accord avec le § 1er et conformément à la procédure prévue aux articles 16 à 19 de l'arrêté royal précité du 8 juin 2007, ces premiers tarifs sont d'application et ils sont publiés par le gestionnaire conformément à l'article 20, § 3, de l'arrêté royal précité du 8 juin 2007. Dans le cas contraire, ou dans le cas où aucune modalité faisant appel au marché n'a été mise en œuvre, les tarifs déterminés en accord avec le § 1er et conformément à la procédure prévue aux articles 16 à 19 de l'arrêté royal précité du 8 juin 2007 sont applicables.

L'écart positif entre les revenus résultant de la clôture de l'appel au marché d'une part et les coûts approuvés comprenant la marge équitable, résultant des tarifs déterminés en accord avec le § 1er et conformément à la procédure prévue aux articles 16 à 19 de l'arrêté royal précité du 8 juin 2007 d'autre part, est alloué, après approbation de la Commission, par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres :

a) aux tarifs pour l'utilisation du réseau de transport;

b) à une réserve destinée au financement des installations à réaliser dans un délai approuvé par la Commission sur proposition du gestionnaire; dans le cas contraire, ce montant est alloué aux tarifs pour l'utilisation du réseau de transport.

Le solde est affecté à la discrétion des actionnaires du gestionnaire.

Les tarifs d'utilisation du réseau de transport prennent en compte préalablement l'allocation estimée de cet écart positif. La différence entre l'écart positif budgété et l'écart réalisé est corrigé par la suite.

§ 3. Si la durée contractuelle dépasse la durée de la période régulatoire, l'article 15/5^{nonies}, alinéa 2, reste applicable.

§ 4. Les tarifs de transit, qu'il s'agisse des tarifs déterminés en accord avec le § 1er et conformément à la procédure prévue aux articles 16 à 19 de l'arrêté royal précité du 8 juin 2007, ou, qu'il s'agisse des tarifs résultant de l'application de l'article 15/5^{bis}, § 3, ou de l'application de modalités faisant appel au marché, sont globalisés pour l'ensemble du territoire et tiennent compte de la distance parcourue. '

Art. 3. L'article 15/19 de la même loi, inséré par la loi du 1er juin 2005, est complété par un alinéa rédigé comme suit :

' L'alinéa 1er est interprété en ce sens qu'il s'applique aux contrats portant sur le transit de gaz naturel conclus avant le 1er juillet 2004 entre :

1° d'une part, la société anonyme Fluxys, la société anonyme Distrigaz ou une filiale de l'une de ces sociétés, qui était spécialisée dans la commercialisation des capacités de transit et l'exécution des services de transport y afférents, et

2° d'autre part, des affréteurs ayant la qualité soit d'entité responsable d'un grand réseau de gaz naturel à haute pression, soit d'entité responsable d'importations et d'exportations du gaz naturel au sens de l'article 3 (1) de la directive 91/296/CEE du Conseil du 31 mai 1991 relative au transit du gaz naturel sur les grands réseaux. ' ».

III. *En droit*

- A -

Quant à la recevabilité du recours introduit

Quant à la compétence de la Cour

A.1.1. Le Conseil des ministres estime que la Cour est incompétente pour se prononcer sur la requête. Ni la Constitution ni la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle ne confèrent à la Cour la compétence de contrôler directement des normes législatives au regard de traités internationaux.

A.1.2. Le Conseil des ministres reconnaît toutefois que la Cour dispose de la possibilité de contrôler une norme législative au regard de droits et libertés contenus dans des traités, ayant effet direct ou non, combinés avec les articles 10 et 11 de la Constitution, étant donné que les articles constitutionnels précités interdisent toute discrimination dans la jouissance de tous les droits et libertés.

Selon le Conseil des ministres, un contrôle combiné au regard de la formulation constitutionnelle et conventionnelle d'un même droit fondamental est par conséquent possible si, d'une part, la disposition conventionnelle lie la Belgique, sans que cette disposition doive avoir un effet direct, et si, d'autre part, la portée de la disposition conventionnelle est analogue à celle d'une disposition constitutionnelle qui relève des normes de référence de la Cour.

A.1.3. Le Conseil des ministres conclut que la Cour n'est pas compétente en l'espèce pour se prononcer sur le recours en annulation de la loi attaquée, parce que le règlement sur le gaz et la deuxième directive sur le gaz ne contiennent pas de droits et de libertés analogues à des dispositions constitutionnelles au regard desquelles la Cour peut effectuer son contrôle.

A.2.1. La partie requérante considère que le point de vue du Conseil des ministres n'est pas fondé. Selon la CREG, la Cour ne peut pas contrôler directement une norme ayant force de loi au regard d'autres dispositions que les articles du Titre II et les articles 170, 172 et 191 de la Constitution et que les règles répartitrices de compétence, mais elle dispose néanmoins de la compétence pour effectuer un contrôle indirect de normes ayant force de loi au regard de dispositions conventionnelles internationales et de dispositions du droit communautaire primaire et dérivé.

A.2.2. Selon la partie requérante, la Cour peut tenir légitimement compte, de deux manières, des droits et libertés découlant de dispositions du droit communautaire primaire et dérivé. D'une part, lorsque la norme législative attaquée conduit à une différence de traitement qui, au regard du droit communautaire invoqué, ne peut être justifiée, de sorte que la disposition législative porte atteinte de manière discriminatoire aux obligations internationales de la Belgique et, simultanément, aux droits et obligations garantis par le droit communautaire. D'autre part, lorsque la norme législative attaquée est contraire au droit communautaire invoqué, dans l'hypothèse où ce droit communautaire a une portée analogue à celle d'une ou de plusieurs dispositions du Titre II ou des articles 170, 172 et 191 de la Constitution, parce que les garanties contenues dans ces dispositions communautaires constituent un ensemble indissociable des garanties inscrites dans la ou les dispositions constitutionnelles concernées.

Par conséquent, la partie requérante ne se rallie pas au point de vue du Conseil des ministres selon lequel, dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité, la Cour ne pourrait s'estimer compétente pour tenir compte de prescriptions de droit européen que lorsque le droit européen est invoqué en combinaison avec des dispositions constitutionnelles ayant une portée analogue.

A.2.3. La partie requérante estime donc qu'elle a clairement indiqué, en ce qui concerne tous les moyens qu'elle a invoqués, les différences de traitement auxquelles les dispositions attaquées donnent lieu et la raison pour laquelle, au regard du droit communautaire en vigueur, il n'existe pas de justification raisonnable à ces différences. En outre, la partie requérante considère que, par analogie avec le principe général et autonome d'égalité, les dispositions de droit communautaire primaire et dérivé qu'elle invoque obligent à chaque fois l'Etat belge à ne pas discriminer les justiciables et l'autorité de régulation nationale dans les matières visées.

A.3. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres rappelle son point de vue et estime que le véritable objectif du recours est un contrôle direct de la loi attaquée au regard du règlement sur le gaz et de la deuxième directive sur le gaz, qui est artificiellement présenté sous la forme d'une prétendue violation des articles 10 et 11 de la Constitution.

La Cour n'est cependant pas compétente pour se prononcer sur le recours en annulation de la loi attaquée parce que le règlement sur le gaz et la deuxième directive sur le gaz ne contiennent pas de droits et libertés qui sont analogues aux dispositions constitutionnelles au regard desquelles la Cour peut effectuer son contrôle.

Quant à l'intérêt de la partie requérante

A.4.1. La partie requérante considère que l'article 2 de la loi attaquée l'affecte directement, au motif qu'il lui impose des missions importantes et qu'il règle la manière dont elle doit exécuter ces missions.

La partie requérante estime que l'article 2 l'affecte défavorablement. En effet, elle doit écarter l'application de lois contraires au droit communautaire européen (en l'espèce la directive 2003/55/CE et le règlement (CE) n° 1775/2005) en vertu du principe de la primauté du droit communautaire européen. La loi attaquée place la partie requérante dans une position impossible parce que, d'une part, elle est chargée, en tant qu'autorité administrative, du respect de la loi du 10 mars 2009 mais que, d'autre part, elle se trouve face à des normes européennes qui ont la primauté et à une jurisprudence de la Cour de justice en matière de tarifs de transit et de transport auxquelles la loi attaquée s'oppose manifestement. En outre, la partie requérante n'a pas la possibilité de poser elle-même une question préjudicielle à la Cour de justice. Selon la partie requérante, sa responsabilité

serait dès lors inutilement mise en cause, aussi bien lorsqu'elle appliquerait la loi attaquée que lorsqu'elle en écarterait l'application.

Ensuite, la partie requérante fait valoir que la loi du 10 mars 2009 l'affecte directement et défavorablement parce qu'il ressort de l'élaboration des dispositions attaquées, d'une part, et de la portée de celles-ci, d'autre part, que ses compétences fixées légalement ont été méconnues. Il découle du droit communautaire européen que la CREG, en tant qu'autorité de régulation nationale, doit approuver au préalable les tarifs ou du moins la méthodologie de fixation de ces tarifs, en ce qui concerne l'accès au réseau de transport du gaz naturel pour exercer des activités de transport, y compris des activités de transit. Ceci n'a toutefois pas eu lieu en ce qui concerne la loi attaquée, puisque cette dernière n'a pas été préalablement approuvée par la partie requérante mais lui a au contraire été imposée.

A.4.2. La partie requérante estime également qu'elle a un intérêt à l'annulation de l'article 3 de la loi attaquée. L'interprétation donnée à l'article 15/19 de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations (ci-après : la loi sur le gaz) par l'article 3 attaqué est incompatible avec le droit communautaire européen. En raison de l'effet rétroactif de l'article 3, la CREG est obligée de revenir sur ces décisions antérieures, ce qui n'est pas sans conséquence pour les procédures pendantes devant la Cour d'appel de Bruxelles et devant le Conseil d'Etat et pour la position adoptée par la partie requérante dans ces procédures.

A.4.3. En dernière instance, la partie requérante soutient qu'en vertu du règlement (CE) n° 1775/2005 du Parlement européen et du Conseil du 28 septembre 2005 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport du gaz naturel (ci-après : le règlement sur le gaz), de la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE (ci-après : la deuxième directive sur le gaz) et de la loi sur le gaz, elle est chargée de contrôler et d'assurer l'application de la réglementation, en particulier les conditions d'accès au réseau de transport du gaz naturel, ce qui lui confère un intérêt à l'annulation des articles 2 et 3 de la loi attaquée. En effet, la loi précitée a pour conséquence qu'en ce qui concerne les activités de transit, l'accès au réseau de transport du gaz naturel ne s'effectuera plus à des conditions qui sont compatibles avec le cadre communautaire européen pertinent et, en particulier, avec le principe d'égalité.

A.5.1. Le Conseil des ministres conteste que la partie requérante soit directement affectée par la loi attaquée. Le fond de l'attribution de compétence à la CREG est contenu dans la loi sur le gaz, celle-ci étant en soi une transposition du règlement sur le gaz et de la deuxième directive sur le gaz.

A.5.2. En outre, le Conseil des ministres considère que la loi attaquée n'affecte pas défavorablement la partie requérante. Compte tenu du principe de la primauté du droit communautaire européen, la loi attaquée ne peut causer aucun préjudice à la partie requérante. En effet, si l'on suit le point de vue de la partie requérante, elle devrait écarter l'application de la loi attaquée même sans une éventuelle décision judiciaire, et si, en revanche, la loi attaquée n'était pas contraire au droit communautaire européen, elle devrait alors naturellement appliquer cette loi sans qu'aucun inconvénient en découle pour elle.

Le Conseil des ministres estime dès lors que la requête doit être rejetée comme irrecevable, faute d'intérêt de la partie requérante.

A.6. La partie requérante rappelle dans son mémoire que les dispositions attaquées l'affectent directement et défavorablement. Nonobstant le fait que la grande majorité des compétences qui lui ont été attribuées découle de la loi sur le gaz, la loi attaquée, en particulier son article 2, modifie ses compétences. En outre, la loi attaquée prévoit comment, dans quel cadre légal et à quelles conditions ces compétences doivent être exercées.

Ensuite, la partie requérante prend acte de ce que le Conseil des ministres reconnaît qu'elle doit écarter l'application d'une loi lorsqu'il s'avère que cette loi est contraire au droit communautaire européen. La partie requérante souligne cependant que, même si elle peut et doit écarter l'application de la loi attaquée pour cause d'incompatibilité établie avec le droit communautaire européen, elle a un intérêt manifeste à poursuivre l'annulation de cette loi. En effet, une annulation de la loi attaquée implique que celle-ci disparaît de la sphère juridique *ex tunc* et *erga omnes*. La partie requérante estime que, du point de vue de la sécurité juridique et de l'administration de la justice, cette solution doit être préférée à la situation dans laquelle elle doit faire valoir et motiver chaque fois *inter partes* et *ex nunc* qu'il convient d'écarter l'application de la loi attaquée.

En outre, la partie requérante soutient qu'en tant qu'autorité de régulation du marché du gaz, elle doit rechercher la plus grande sécurité juridique et la plus grande transparence possible. En vertu du règlement sur le gaz, de la deuxième directive sur le gaz et de la loi sur le gaz, elle a en effet pour mission non seulement de contrôler mais également d'assurer l'application de la réglementation, en particulier les conditions d'accès au réseau de transport du gaz naturel.

A.7.1. La partie intervenante, la SA « Distrigaz » considère que la simple contradiction d'une disposition avec le droit communautaire européen, à supposer que cette contradiction existe, ne permet pas de déduire qu'il en résulterait un préjudice pour la partie requérante. Conformément au principe de la primauté du droit communautaire européen, aucune disposition de droit national ne peut porter atteinte au droit communautaire. Le droit communautaire prime toute règle juridique nationale et écarte de plein droit l'application de toute disposition contraire de la législation nationale.

Le constat de la partie requérante selon lequel la loi attaquée compromettrait sa responsabilité ne peut être suivi, estime la SA « Distrigaz ». Si la loi attaquée est contraire au droit communautaire, la CREG a l'obligation, en vertu du principe de la primauté du droit communautaire, d'écarter l'application de la loi nationale contraire; la CREG ne dispose à cet égard d'aucune marge d'appréciation. Si la loi attaquée n'est pas contraire au droit communautaire, la CREG doit évidemment appliquer la loi attaquée; cette hypothèse ne compromet pas davantage sa responsabilité, parce que la CREG respecte, dans ce cas, tant la loi nationale que la réglementation européenne.

A.7.2. Enfin, la SA « Distrigaz » souligne que si tant est que la CREG justifiait d'un intérêt lors de l'introduction de la requête, cet intérêt n'est plus actuel. Il est de jurisprudence constante à la Cour que l'intérêt doit non seulement exister au moment de l'introduction de la requête mais qu'il doit subsister jusqu'à la décision de la Cour. Le 30 novembre 2009, une proposition de loi a été déposée à la Chambre des représentants « portant modification de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations en ce qui concerne les tarifs de transit ». Cette proposition de loi vise à « modifier la législation belge en matière de gaz pour la mettre en conformité avec le droit européen en matière de tarification du transit du gaz naturel de frontière à frontière, en vue de garantir la transparence et la stabilité nécessaires au bon fonctionnement de l'accès au réseau de transport ».

A la suite de cette proposition de loi, il doit être admis que la CREG n'a plus un intérêt actuel. Les modifications apportées à la loi sur le gaz par la loi attaquée, qui, par hypothèse, pourraient affecter défavorablement la CREG sont abrogées par la proposition de loi déposée. Dans la mesure où cette proposition de loi deviendrait une loi et entrerait en vigueur avant la décision de la Cour, il y a lieu de conclure que l'intérêt invoqué par la CREG n'est pas actuel et que le recours est irrecevable.

A.8.1. Le Conseil des ministres rappelle son point de vue et considère que la CREG ne démontre pas que la loi attaquée méconnaît les compétences qui lui ont été légalement attribuées. En outre, on ne peut admettre qu'en introduisant un recours en annulation, la CREG puisse avoir pour objectif de mettre fin à l'insécurité juridique qui est apparue. En défendant prétendument la sécurité juridique, la CREG exige un rôle qui n'est pas conforme à ses propres actes; la CREG elle-même abandonne différents gestionnaires de réseaux de distribution à leur sort, en refusant d'approuver leurs tarifs sans imposer ensuite elle-même des tarifs. Par conséquent, la CREG crée elle-même une situation d'insécurité juridique, tant pour les gestionnaires de réseaux que pour les consommateurs.

A.8.2. L'intérêt de la CREG peut être contesté en tout état de cause, dès lors que le 18 décembre 2009, la CREG et la SA « Fluxys » sont parvenues à un accord prévoyant, contrairement à la loi attaquée, des tarifs uniformes pour le transport et le transit du gaz naturel.

Quant à l'intérêt de la partie intervenante SA « Distrigaz »

A.9. La partie intervenante, la SA « Distrigaz », considère qu'elle justifie manifestement d'un intérêt, au sens de l'article 87, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, pour intervenir dans le présent recours en annulation.

La SA « Distrigaz » est la partie demanderesse dans l'affaire 2008/RG/1614, pendante devant la Cour d'appel de Bruxelles, dans laquelle un recours en suspension et en annulation a été introduit contre les décisions du 15 mai 2008 et du 6 juin 2008 de la partie requérante. Le nœud du litige est la portée de l'article 15/19 de la

loi sur le gaz et plus particulièrement la question de savoir si des contrats de transit déterminés peuvent bénéficier du régime de la *sanctity of contracts* (principe du respect des contrats existants). Le fait que le législateur ait clarifié la portée de l'article 15/19 de la loi sur le gaz par la disposition interprétative contenue dans l'article 3 attaqué de la loi du 10 mars 2009 a des conséquences sur la position juridique la SA « Distrigaz » dans le litige pendant.

En outre, la CREG demande l'annulation de l'article 3, alors que cette disposition clarifie la portée de l'article 15/19 et a pour effet qu'un certain nombre de contrats de transit conclus par l'ancienne filiale de « Distrigaz », « Distrigaz & Co » (actuellement « Fluxys & Co »), relèvent incontestablement du principe de la *sanctity of contracts*.

Selon la SA « Distrigaz », l'issue de l'affaire 2008/RG/1614 et des autres litiges relatifs aux décisions du 15 mai 2008 et du 6 juin 2008 de la partie requérante revêt toujours une importance pour elle. La SA « Distrigaz » a cédé « Distrigaz & Co » à la SA « Fluxys ». Le contrat de cession d'actions de « Distrigaz & Co » à la SA « Fluxys » prévoit une clause de révision du prix en faveur de la SA « Distrigaz » qui s'applique si les décisions précitées de la CREG sont annulées et qu'il en découle une augmentation de la valeur minimale de l'activité de transit vendue.

A.10.1. La partie requérante, dans son mémoire en réponse, conteste la recevabilité de l'intervention de la SA « Distrigaz ». Selon la CREG, la SA « Distrigaz » ne dispose pas d'un intérêt personnel. La SA « Distrigaz » fait en effet référence à la prétendue incidence de la loi attaquée sur la situation d'un autre sujet de droit, à savoir « Distrigaz & Co ».

La partie requérante constate que la SA « Distrigaz » n'est en outre plus actionnaire de « Distrigaz & Co » depuis le 30 juin 2008, de sorte qu'elle ne dispose en tout état de cause pas d'un intérêt actuel.

A.10.2. La partie requérante conteste encore la thèse de la SA « Distrigaz » selon laquelle celle-ci aurait un intérêt, au motif qu'avec la disposition interprétative contenue dans l'article 3, le législateur améliorerait sa position juridique dans un litige pendant devant la Cour d'appel de Bruxelles. Un tel intérêt, reposant sur la violation manifeste, par le législateur, de l'article 6 de Convention européenne des droits de l'homme, lequel est d'ordre public, est manifestement illicite et ne peut dès lors justifier aucune intervention dans un recours en annulation devant la Cour.

A.10.3. La partie requérante souligne enfin que l'éventuelle majoration du prix, en cas de confirmation du principe de la *sanctity of contracts* pour le contrat conclu entre la SA « Fluxys » et la SA « Huberator », d'une part, et la SA « Distrigaz » et la SA « Transfin », d'autre part, ne revient pas à la SA « Distrigaz » mais bien aux anciens actionnaires de la société précitée, à savoir « Publigaz » et « GDF Suez », ainsi qu'il ressort du communiqué de presse du 30 octobre 2008, diffusé dans le cadre de la vente de la SA « Distrigaz » à « ENI ».

A.11.1. En réponse à la thèse de la CREG, la SA « Distrigaz » considère avoir un intérêt légitime, personnel et direct à intervenir en droit contre l'atteinte illégitime portée au principal actif de son ancienne filiale (« Distrigaz & Co ») dont elle possédait, directement et indirectement, environ 100 % des actions. En effet, le contrat du 1er juillet 2008 relatif à la cession des actions de « Distrigaz & Co » à la SA « Fluxys » et à la SA « Huberator » prévoit une clause de révision du prix en faveur de la SA « Distrigaz » et de la SA « Transfin » dans certains cas. A cet égard, la SA « Distrigaz » ne s'est pas engagée à reverser l'éventuelle majoration du prix résultant de la clause de révision du prix à ces anciens actionnaires, ni à toute autre personne morale. La majoration éventuelle du prix reviendra uniquement à la SA « Distrigaz » et à la SA « Transfin ».

A.11.2. Enfin, la SA « Distrigaz » souligne que ses activités en tant que fournisseur de gaz naturel sont très considérables. Pour l'exercice de ses activités de fourniture, elle est un acheteur très important, tant de services de transport que de transit. La SA « Distrigaz » est également partie contractante à un certain nombre de contrats de transit qui bénéficient du principe de la *sanctity of contracts*, sur la base de l'article 15/19 de la loi sur le gaz. En application de ce principe, ces contrats de transit sont régis par des tarifs négociés et par un système d'accès négocié. Dès lors que l'article 3 de la loi attaquée clarifie l'application de l'article 15/19 de la loi sur le gaz et le principe de la *sanctity of contracts*, l'intérêt de la SA « Distrigaz » en tant que partie intervenante est manifeste.

A.11.3. Contrairement à ce que prétend la CREG, la partie intervenante estime qu'il n'y pas non plus de violation de l'article 6 de Convention européenne des droits de l'homme, parce que l'article 3 de la loi attaquée n'a pas pour objectif d'influencer, au moyen de la modification rétroactive, l'issue de procédures judiciaires en cours. L'article 3 de la loi attaquée est une disposition purement interprétative; le fait que cette disposition interprétative ait une influence sur des procès pendants découle de l'essence même d'une loi interprétative, à savoir que celle-ci rétroagit à la date d'entrée en vigueur de la disposition législative ainsi interprétée.

Quant au fond

En ce qui concerne le premier moyen

A.12.1. Le premier moyen est pris de la violation des articles 39 et 134 de la Constitution et de l'article 6, § 3, 3°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, en ce qu'aucune concertation n'a eu lieu, concernant les articles 2 et 3 de la loi du 10 mars 2009, entre l'autorité fédérale et les Gouvernements de région concernés, tandis qu'une telle concertation est requise par les articles précités de la Constitution et par l'article 6, § 3, 3°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles.

A.12.2. La CREG souligne que, selon la jurisprudence de la Cour, la concertation va au-delà de la simple récolte d'avis et a pour but d'obliger l'autorité investie du pouvoir de décision à prendre en considération l'opinion de l'autorité ou des autorités avec lesquelles il faut se concerter. Par conséquent, cette concertation doit intervenir avant la décision finale. La concertation prescrite doit s'accompagner d'un véritable échange de vues entre les gouvernements eux-mêmes, plus précisément dans le cadre du Comité de concertation ou dans le cadre d'une conférence interministérielle; la concertation au niveau des fonctionnaires ou de délégués des membres du Gouvernement ne suffit pas, selon la CREG.

La loi attaquée traite des grands axes de la politique énergétique nationale puisqu'elle concerne la transposition de la deuxième directive sur le gaz et vise à modifier des dispositions de la loi sur le gaz, qui tendait également à transposer la deuxième directive sur le gaz. L'article 2 attaqué remplace l'article 15/5^{quinquies} de la loi sur le gaz, inséré par l'article 22 de la loi du 1er juin 2005, et l'article 3 interprète l'article 15/19 de la loi sur le gaz, inséré par l'article 38 de la loi du 1er juin 2005. Les articles 22 et 38 de la loi du 1er juin 2005 avaient cependant fait l'objet d'une concertation entre l'autorité fédérale et les Gouvernements de région concernés. Selon la partie requérante, on peut en déduire que l'autorité fédérale elle-même reconnaissait que les dispositions de la loi du 1er juin 2005 concernaient les « grands axes de la politique énergétique ». La partie requérante cite ensuite l'arrêté royal du 27 mai 2008 relatif à la suspension de l'exécution de la décision (B)080515-CDC-656G/07 du 15 mai 2008 de la CREG et constate qu'il ressort du fait que cette décision de la CREG était contraire aux « axes de la politique énergétique nationale », que le Conseil des ministres a reconnu que la matière traitée par la loi du 10 mars 2009 fait indissociablement partie des « grands axes de la politique énergétique nationale ».

A.13.1. En ordre principal, le Conseil des ministres déclare que la loi attaquée ne fait que préciser et clarifier les articles 15/5^{quinquies} et 15/19 de la loi sur le gaz. Même en admettant que la loi attaquée concerne les grands axes de la politique énergétique nationale, aucune concertation n'aurait été nécessaire en l'espèce, étant donné que la loi ne vise pas à modifier les grands axes de la politique énergétique nationale déjà exposés et ne réalise aucun nouveau choix politique.

En outre, la loi attaquée établit les principes de tarification du gaz naturel, pour lesquels l'autorité fédérale est exclusivement compétente en vertu de l'article 6, § 1er, VI, alinéa 2, d), de la loi spéciale de réformes institutionnelles. Or, l'article 6, § 3, de la loi spéciale de réformes institutionnelles exclut explicitement les compétences énumérées à l'article 6, § 1er, VI, de l'obligation de concertation.

A.13.2. En ordre subsidiaire, le Conseil des ministres fait valoir qu'un accord de coopération relatif à la politique énergétique est intervenu entre l'autorité fédérale et les régions le 18 décembre 1991, dans le cadre de la conférence interministérielle sur l'économie de l'énergie (ICE), entraînant entre autres la création du groupe de travail permanent ENOVER, au sein duquel est organisée la coopération entre l'autorité fédérale et les régions. Dans ce cadre, des concertations ont régulièrement lieu en ce qui concerne les dossiers énergétiques internationaux, européens et nationaux. Le Conseil des ministres estime pour cette raison qu'une concertation a bien eu lieu en ce qui concerne les grands axes de la politique énergétique nationale. Dans le cadre de la loi

attaquée, une audience a aussi été organisée sur le thème des « tarifs de transit pour le gaz », à laquelle ont assisté les représentants de la CREG, de « Fluxys » et de « Distrigaz ».

A.14.1. La partie requérante conteste la thèse du Conseil des ministres et considère que la disposition attaquée crée incontestablement de nouvelles règles de droit. En matière de fixation des tarifs de transit, l'article 2 attaqué déroge en de nombreux points à l'ancienne méthodologie et diffère également de la méthodologie qui s'applique aux tarifs de transport. L'article 3 attaqué tente, sous le couvert d'une « disposition dite interprétative », d'étendre substantiellement le champ d'application du principe de la *sanctity of contracts*. En outre, la loi attaquée ne doit pas avoir pour but de modifier les grands axes de la politique énergétique nationale. Le législateur spécial a en effet prescrit que la concertation est requise « sur les grands axes de la politique énergétique nationale » et non pas sur les modifications de cette politique.

En ce qui concerne le point de vue du Conseil des ministres selon lequel aucune concertation ne devrait avoir lieu, en vertu de l'article 6, § 3, 2°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles, la CREG répond que la compétence que l'article 6, § 1er, VII, alinéa 2, de la loi spéciale précitée réserve au législateur fédéral s'applique sans préjudice de ce que prévoit l'article 6, §§ 3 et 4, de la loi spéciale précitée. Par conséquent, chaque fois que les législateurs compétents adoptent une réglementation portant sur les grands axes de la politique énergétique nationale, une concertation préalable sera néanmoins requise pour les matières visées à l'article 6, § 1er, VII, indépendamment de ce qui est précisé à l'article 6, § 3, 2°.

La partie requérante constate que le Conseil des ministres lui-même affirme que les tarifs ne sont pas établis dans la loi. L'article 6, § 1er, VII, alinéa 2, d), de la loi spéciale de réformes institutionnelles n'est donc même pas applicable. En outre, les dispositions attaquées ne se limitent pas aux tarifs mais concernent aussi les caractéristiques essentielles du marché du gaz.

A.14.2. Subsidiairement, la partie requérante considère que, même si une concertation avait eu lieu dans le groupe de travail permanent ENOVER, il s'agit seulement d'un groupe de travail administratif. La concertation au niveau des fonctionnaires ou de délégués des membres de gouvernement ne suffit pas, parce que le législateur spécial a imposé la concertation entre l'Etat fédéral et les Gouvernements de région proprement dits. En outre, il n'est pas établi que ce groupe de travail se soit concerté sur les dispositions attaquées avant que celles-ci aient été adoptées. De même, une audience sur le thème des « tarifs de transit pour le gaz » ne prouve pas qu'une concertation relative aux dispositions attaquées aurait eu lieu avec les Gouvernements de région.

A.15. Dans son mémoire en réplique, le Conseil des ministres souligne que la loi attaquée contient un régime tarifaire. La loi attaquée définit la méthodologie sur la base de laquelle les tarifs de transit doivent être fixés, ce qui a pour conséquence que la loi attaquée traite des tarifs sans fixer effectivement ceux-ci.

En outre, l'autorité fédérale est exclusivement compétente pour tous les aspects de la politique tarifaire et donc également en matière de tarifs sur le marché de l'énergie. L'autorité fédérale ne doit pas se concerter avec les régions lorsque la loi fédérale porte sur les tarifs.

En ce qui concerne le deuxième moyen

A.16.1. Le deuxième moyen est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec le règlement sur le gaz et la deuxième directive sur le gaz, en ce que l'article 2 attaqué de la loi du 10 mars 2009 permet d'utiliser une méthodologie différente pour la fixation des tarifs, selon qu'il s'agit de tarifs de transport ou de transit, et prévoit des possibilités de dérogation pour la fixation des tarifs de transit. De ce fait, on crée une différence de traitement qui n'est pas objectivement et raisonnablement justifiée entre la catégorie de personnes qui, lorsqu'elles veulent utiliser le réseau de transport du gaz naturel pour des activités de transport, y ont accès conformément au droit communautaire européen et la catégorie de personnes qui, lorsqu'elles veulent employer le même réseau de transport du gaz naturel pour des activités de transit, n'ont accès à celui-ci qu'aux conditions qui découlent de l'article 2 de la loi attaquée et qui dérogent au droit communautaire européen.

La CREG fait valoir qu'en vertu du règlement sur le gaz et de la deuxième directive sur le gaz, aucune distinction ne peut être faite entre les tarifs pour le transport, d'une part, et pour le transit du gaz, d'autre part. Aucune des deux sources de droit communautaire ne distingue le transit du transport, mais impose au contraire

les principes de transparence et de non-discrimination en ce qui concerne les tarifs ou la méthodologie utilisée pour fixer ceux-ci. Les principes précités devraient nécessairement conduire à ce qu'un tarif uniforme soit appliqué à toutes les activités de transport. Ce qui précède ressort non seulement du règlement sur le gaz et de la deuxième directive sur le gaz, mais également de la réponse du commissaire européen Piebalgs à la question parlementaire n° E-6014/07 du 6 décembre 2007, du courrier de la Commission européenne du 18 décembre 2008 à la Cour d'appel de Bruxelles et des arrêts de la Cour d'appel de Bruxelles des 10 novembre 2008 et 29 juin 2009.

En outre, la CREG estime que l'article 15/5*quinquies*, § 1er, alinéa 1er, 1°, de la loi sur le gaz viole le principe d'égalité, au motif qu'il offre la possibilité de déterminer contractuellement la durée d'application des tarifs, de sorte qu'au même moment, contrat par contrat, différents tarifs seront applicables, tandis que les utilisateurs du réseau de transport du gaz naturel doivent avoir accès au réseau à des conditions égales pour les mêmes services. Tant le Conseil d'Etat, section de législation, que la CREG ont souligné ce point au cours des travaux préparatoires de la loi.

A.16.2. La partie requérante fait valoir, dans la deuxième branche du deuxième moyen, que l'article 15/5*quinquies*, § 1er, alinéa 1er, 2°, combiné aux alinéas 2 et 3, viole le principe d'égalité parce qu'il prévoit la possibilité d'une période réglementaire dépassant quatre ans pour les tarifs de transit particuliers, ce qui a pour conséquence que différents tarifs de transport du gaz - en vigueur pendant la période réglementaire - et de transit du gaz - pendant une période éventuellement plus longue - sont possibles.

En outre, la partie requérante considère que cette dérogation est contraire à l'obligation, découlant du règlement sur le gaz et de la deuxième directive sur le gaz, d'appliquer des tarifs reflétant les coûts réels. Plus la période pendant laquelle les tarifs peuvent s'appliquer est longue, plus il est difficile, sinon impossible, d'assurer que les tarifs reflèteront toujours les coûts réels du gestionnaire de réseau en ce qui concerne l'activité de transport. La Cour d'appel de Bruxelles est arrivée à la même conclusion dans son arrêt du 29 juin 2009 relatif à l'article 15/5*nonies* de la loi sur le gaz et, dans leurs avis, la section de législation du Conseil d'Etat et la CREG ont également souligné ce fait.

Enfin, la fixation de la période réglementaire constitue un élément de la méthodologie en vertu de laquelle les tarifs sont déterminés. Cette méthodologie doit avoir été approuvée par la CREG avant son entrée en vigueur, ce qui n'a pas eu lieu pour la disposition attaquée.

A.16.3. La partie requérante fait valoir, dans la troisième branche du deuxième moyen, que l'article 15/5*quinquies*, § 1er, alinéa 1er, 3°, de la loi sur le gaz viole le principe d'égalité en ce qu'il prévoit un régime dérogatoire pour la fixation de la marge équitable, qui peut naturellement entraîner un tarif plus élevé que le tarif de transport et constitue, en outre, un élément de la méthodologie pour la fixation des tarifs, laquelle doit être approuvée par la CREG avant son entrée en vigueur.

A.16.4. La partie requérante soulève, dans une quatrième branche du deuxième moyen, que l'article 15/5*quinquies*, § 2, de la loi sur le gaz viole le principe d'égalité en ce qu'il permet de fixer des tarifs sur la base de modalités faisant appel au marché lorsqu'il s'agit de tarifs relatifs à des installations à réaliser, tandis que cette possibilité n'existe pas pour des tarifs de transport du gaz ou pour des installations déjà existantes. Il n'est pas non plus raisonnablement justifiable que les tarifs les plus élevés doivent toujours être appliqués en ce qui concerne l'accès aux installations à réaliser. En outre, ce régime est tout sauf transparent, parce que l'utilisateur du réseau de transport du gaz naturel pour des activités de transit n'est informé du tarif qui sera appliqué qu'après la consultation du marché.

A.17.1. Le Conseil des ministres considère en ordre principal que la Cour est incompétente pour contrôler des normes législatives au regard du droit communautaire européen et qu'elle n'est donc pas compétente pour se prononcer sur le caractère fondé du deuxième moyen.

A.17.2. En ordre subsidiaire, le Conseil des ministres estime tout d'abord que, même si le droit communautaire européen n'opère pas explicitement une distinction entre les activités de transit et de transport du gaz naturel, cela ne signifie pas qu'au cas où une distinction serait effectuée lors de la détermination des différentes méthodes de fixation des tarifs, cette distinction entraîne une violation du droit communautaire européen.

En outre, selon le Conseil des ministres, il ne saurait être question d'une discrimination, parce que le transit et le transport du gaz naturel sont deux situations inégales qui sont traitées de manière inégale. L'activité de transit constitue en premier lieu une activité concurrentielle sur un marché de taille européenne, tandis qu'il n'existe pas de marché concurrentiel en matière de transport du gaz naturel, étant donné qu'il n'y a qu'un seul acteur sur ce marché en Belgique. Ensuite, l'activité de transit est également soumise à un risque plus élevé de blocage des investissements. Enfin, la nature des services de transit ou de transport du gaz naturel est également différente. Le transport vise principalement la consommation privée, permettant de fournir un service flexible, ce qui n'est pas le cas du transit. En outre, les différences séparant le transit du transport qui ont été soulignées reposent sur des critères objectifs qui sont raisonnablement justifiés et qui sont en outre pertinents.

De surcroît, la CREG ne démontre pas que la durée de l'application des tarifs ne pourrait pas être fixée contractuellement. En effet, chaque utilisateur de transit du réseau a, au même moment, la possibilité de souscrire au même service, aux mêmes conditions.

A.17.3. En deuxième lieu, le Conseil des ministres conteste dans son mémoire que la possibilité prévue par la loi attaquée d'établir une période régulatoire de plus de quatre ans soit contraire au règlement sur le gaz et à la deuxième directive sur le gaz. La nature des contrats de transit a en effet pour conséquence qu'il est nécessaire d'autoriser cette exception à la méthode de droit commun, notamment en raison du caractère extrêmement risqué des investissements dans le réseau de transit. Il suffit que la CREG approuve, avant le début de chaque période régulatoire, un arrêté royal décidant de la prorogation de la période régulatoire.

De plus, le Conseil des ministres souhaite observer que les tarifs faisant appel au marché ne doivent pas être un reflet des coûts réels; du reste, l'article 15/5*quinquies*, § 3, contient une garantie relative aux coûts si la durée établie contractuellement est plus longue que la période régulatoire.

A.17.4. En troisième lieu, le Conseil des ministres est d'avis que la loi utilise un critère objectif, qui justifie raisonnablement le caractère dérogatoire de la marge équitable. La circonstance que les tarifs dérogatoires peuvent éventuellement être plus élevés que les tarifs qui découlent de la méthodologie *cost plus* n'est pas pertinente.

A.17.5. En dernier lieu, le Conseil des ministres observe que la réglementation européenne elle-même prévoit la possibilité d'utiliser une méthode faisant appel au marché lorsqu'il est question d'un marché concurrentiel, comme c'est le cas en matière de transit.

A.18.1. La partie requérante répond, en ordre principal, que l'exception invoquée par le Conseil des ministres selon laquelle la Cour serait incompétente pour connaître du deuxième moyen n'est pas fondée. En effet, le moyen porte sur une différence de traitement bien précise, qui ne peut être justifiée, entre différentes catégories d'utilisateurs du réseau de transport du gaz naturel, ce qui a pour conséquence que le principe d'égalité est méconnu.

A.18.2. Subsidiairement, la partie requérante souligne tout d'abord à nouveau que le droit communautaire européen s'oppose effectivement à une tarification (méthodologie) différente en ce qui concerne l'accès au réseau de transport du gaz naturel pour le transit et celle-ci est donc impossible à justifier. La partie requérante cite en outre le communiqué de presse de la Commission européenne faisant suite à la procédure d'infraction engagée par la Commission européenne contre la Belgique le 8 octobre 2009. Il en ressort que la Commission européenne a intenté la procédure d'infraction en vertu du constat que le droit communautaire ne fait plus de distinction à l'heure actuelle entre le transport de gaz dans le cadre du transit du gaz naturel et le transport de gaz qui est destiné à des acheteurs sur le territoire national, ce qui ne laisse aucune latitude pour des régimes tarifaires spéciaux s'appliquant aux activités de transit; par conséquent, il est question de discrimination entre les utilisateurs du réseau de transport qui, sous l'angle du droit communautaire européen, développent des activités similaires.

En outre, la partie requérante s'oppose, dans son mémoire en réponse, aux critères de différenciation et à la justification développés par le Conseil des ministres. Elle conteste tout d'abord que l'activité de transit soit une activité concurrentielle : le gestionnaire de réseau dispose en effet d'un monopole légal en matière d'activité de transport (et donc également d'activité de transit). Ensuite, l'absence de capacité de transit au niveau européen a au contraire pour conséquence que le transit du gaz naturel est une activité peu risquée et très lucrative. Enfin, le transit et le transport de gaz naturel sont des activités similaires. Le seul élément de distinction des deux activités est la destination du gaz naturel transporté.

La partie requérante conteste en outre la justification donnée par le Conseil des ministres concernant la possibilité de déterminer contractuellement la durée des tarifs des activités de transit. Tout d'abord, la durée des tarifs de transit est négociée et n'est donc pas régulée, en violation du droit communautaire. Ensuite, le régime attaqué ne garantit pas que les utilisateurs du réseau de transport du gaz naturel aient, au même moment, accès au réseau de transport du gaz naturel aux mêmes conditions, pour les mêmes services. En effet, les utilisateurs du réseau de transport du gaz naturel pour des activités de transit peuvent avoir accès à ce réseau à des tarifs différents, négociés à l'avance pour une durée différente, ce qui contraire au principe de non-discrimination.

A.18.3. En deuxième lieu, la partie requérante conteste, dans son mémoire en réponse, la justification du régime dérogatoire avancée par le Conseil des ministres, qui implique que la période régulatoire puisse dépasser quatre ans pour les tarifs de transit particuliers. Tout d'abord, le caractère soit-disant spécifique de l'activité de transport a déjà été infirmé.

En outre, la partie requérante considère qu'il ne suffit pas que la CREG doive approuver l'arrêté royal proposant la prolongation de la période régulatoire. En effet, la CREG doit pouvoir approuver, préalablement, au moins la méthode de tarification, ce qui n'a pas eu lieu.

En ce qui concerne l'application des modalités faisant appel au marché, la partie requérante estime que ces dernières ont même été réservées par le législateur aux installations à réaliser en ce qui concerne l'accès au réseau de transport du gaz naturel pour le transit. On ne peut donc en déduire aucun argument en matière de tarifs pour les activités de transit, en général. De surcroît, la référence à l'article 15/5*quinquies*, § 3, de la loi sur le gaz n'est pas pertinente, parce que cette disposition ne porte que sur le cas dans lequel « la durée contractuelle dépasse la durée de la période régulatoire », tandis que l'article 15/5*quinquies*, § 1er, alinéa 1er, 2°, attaqué, de la loi sur le gaz prescrit que la période régulatoire peut dépasser quatre ans.

A.18.4. En troisième lieu, la partie requérante souligne à nouveau dans son mémoire que la nature de l'activité de transit ne justifie nullement l'existence d'une méthodologie tarifaire distincte, qui dérogerait à la méthodologie de fixation des tarifs pour le transport, et que ceci vaut également pour la composante « marge équitable » de ces tarifs. Le fait que le régime attaqué conduit à des tarifs plus élevés par rapport aux tarifs applicables aux activités de transport a également été confirmé par l'analyse des dispositions attaquées, réalisée par la Commission européenne à l'occasion de la procédure d'infraction.

A.18.5. En quatrième lieu, la partie requérante rappelle que le régime élaboré par le législateur porte non seulement atteinte aux conditions que le législateur européen a attachées à l'application du régime faisant appel au marché, mais ne peut pas non plus être justifié, eu égard à son objectif. Autoriser le gestionnaire monopolistique du réseau de transport du gaz naturel en Belgique à demander des tarifs plus élevés pour l'accès à ce réseau n'est en effet pas favorable à l'attractivité de la Belgique en tant que pays de transit ni à sa compétitivité. Selon la partie requérante, la Commission européenne partage également le point de vue selon lequel le régime d'exception pour l'accès aux installations encore à réaliser est contraire au droit communautaire européen.

A.18.6. Enfin, la partie requérante constate que le Conseil des ministres n'examine pas plusieurs des griefs formulés par la partie requérante et que ceux-ci ne sont donc pas contestés.

En outre, la partie requérante observe que le point de vue adopté par le Conseil des ministres est contraire aux adaptations apportées à l'arrêté royal du 8 juin 2007 « relatif à la méthodologie pour déterminer le revenu total comprenant la marge équitable, à la structure tarifaire générale, aux principes de base en matière de tarifs, aux procédures, à la publication des tarifs, aux rapports annuels, à la comptabilité, à la maîtrise des coûts, aux écarts de revenu des gestionnaires et à la formule objective d'indexation visés par la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisation » (ci-après : arrêté tarifaire général) que le Conseil des ministres a approuvées par arrêté royal du 15 janvier 2010, supprimant notamment toutes les dispositions de l'arrêté tarifaire général qui instaurent une distinction entre le transit et le transport intérieur du gaz naturel.

A.19.1. Le Conseil des ministres rappelle, dans son mémoire en réponse, que la Cour est incompétente, selon lui, pour connaître du deuxième moyen.

A.19.2. Subsidiairement, le Conseil des ministres estime que les activités de transit et de transport sont deux activités distinctes. En effet, le transit du gaz s'opère sur un marché concurrentiel puisque le transit du gaz concerne un marché international. En outre, le risque plus élevé d'échec des investissements constitue l'un des

éléments démontrant que les activités de transit et de transport sont deux activités différentes. Enfin, le marché du transport nécessite une prestation de services flexible. La demande de gaz du consommateur belge dépend d'un certain nombre de facteurs, parmi lesquels le temps. Dans le cadre du transit du gaz, il ne peut être question de fluctuations de la demande et il y a un transit constant de gaz naturel.

Selon le Conseil des ministres, la législation européenne elle-même prévoit un régime distinct en matière d'activité de transit. Le principe de la *sanctity of contracts* est d'application aux contrats de transit conclus conformément à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 91/296/CEE du Conseil du 31 mai 1991 relative au transit du gaz naturel sur les grands réseaux (ci-après : directive sur le transit du gaz), et non pas aux contrats de transport. Il s'ensuit que le législateur européen a une approche différente de l'activité de transit par rapport à l'activité de transport, eu égard au fait qu'il autorise une exception à l'application stricte des règles de la concurrence.

A.19.3. Le Conseil des ministres souhaite encore observer que le fait que la durée d'application des tarifs peut être négociée n'a pas pour effet que l'accès au réseau ne serait pas régulé pour des tiers. En effet, les tarifs doivent toujours être soumis à la CREG pour approbation.

Ensuite, le Conseil des ministres estime que le législateur européen lui-même a prévu la possibilité d'employer une méthodologie faisant appel au marché lorsqu'il est question d'un marché concurrentiel, ce qui est le cas de l'activité de transit.

En outre, le Conseil des ministres considère que la CREG n'est pas cohérente. Selon lui, il est inacceptable que la CREG déclare, au début de son mémoire en réponse, que la proposition de loi du 30 novembre 2009 n'affecte pas sa requête en annulation et qu'elle ne manque ensuite pas d'y faire référence dans son argumentation.

En ce qui concerne le troisième moyen

A.20.1. Le troisième moyen est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec les articles 43, 47, paragraphe 2, 49, 55, 95 et 234 du Traité CE, avec le principe général de droit de la non-discrimination, avec le règlement sur le gaz et la deuxième directive sur le gaz, en ce que l'article 3, attaqué, de la loi du 10 mars 2009 étend le régime d'exception de la *sanctity of contracts*, fondé sur l'article 32, paragraphe 1, de la deuxième directive sur le gaz, aux contrats conclus par les parties visées à l'article 3 de la loi attaquée, en vertu d'une disposition interprétative.

Par conséquent, la CREG est d'avis qu'une discrimination est créée entre les cocontractants de la nouvelle SA « Distrigaz », de ses filiales et des filiales de la SA « Fluxys », au motif qu'en vertu de l'article 3 attaqué, ils relèvent du principe de la *sanctity of contracts* et doivent donc payer d'autres prix, déterminés contractuellement, pour le transit du gaz, bien que les conditions pour ce faire, établies par les articles 32, paragraphe 1, de la deuxième directive sur le gaz et 3, paragraphe 1, de la directive sur le transit du gaz, ne soient pas remplies, et les personnes qui relèvent effectivement du champ d'application des articles 32, paragraphe 1, de la deuxième directive sur le gaz et 3, paragraphe 1, de la directive sur le transit du gaz, parce qu'elles ont conclu un contrat de transit avec la SA « Fluxys » avant le 1er juillet 2004.

La partie requérante observe que le principe de la *sanctity of contracts* remonte à l'article 32, paragraphe 1, de la deuxième directive sur le gaz, en vertu duquel les contrats conclus conformément à l'article 3, paragraphe 1, de la directive sur le transit du gaz continuent d'être valables et mis en œuvre conformément à cette directive.

A.20.2. Dans la première branche du troisième moyen, la partie requérante fait valoir que le règlement sur le gaz n'a pas maintenu le régime temporaire d'exception de l'article 32, paragraphe 1, de la deuxième directive sur le gaz, au motif qu'il ne contient aucune dérogation en ce qui concerne les contrats de transit existants. Par conséquent, selon la partie requérante, ce régime temporaire d'exception a été abrogé, au moins implicitement mais sûrement, par l'article 3, paragraphe 1, du règlement sur le gaz.

Pour autant que le règlement sur le gaz n'aurait pas implicitement abrogé l'article 32, paragraphe 1, de la deuxième directive sur le gaz et que le régime d'exception prévu serait par conséquent toujours d'application, la partie requérante estime qu'il y a lieu de constater que cette disposition du droit communautaire dérivé est en tout état de cause incompatible avec les dispositions du droit communautaire primaire, plus particulièrement

avec le Traité CE et avec les principes généraux. En effet, l'article précité fait naître, selon la partie requérante, une différence de traitement entre les utilisateurs du réseau de transport en vue du transit, qui sont liés par un contrat qui relève effectivement du régime d'exception prévu, et les utilisateurs du réseau de transport qui sont liés par un contrat qui ne relève pas de ce régime d'exception. En outre, une différence de traitement supplémentaire apparaît entre les entreprises qui utilisent le réseau de transport du gaz naturel pour le transport et celles qui utilisent ce réseau pour le transit.

La partie requérante estime que les deux différences de traitement ne peuvent être justifiées par la nécessité de garantir les contrats à long terme conclus auparavant, d'autant plus que l'article 32, paragraphe 1, de la deuxième directive sur le gaz s'avère être un régime transitoire sans limitation dans le temps. En effet, l'absence d'une telle limitation ne tient pas compte du contexte dans lequel la deuxième directive sur le gaz a été élaborée, à savoir l'organisation d'un marché interne libre.

A.20.3. La partie requérante fait valoir, comme deuxième branche du troisième moyen, que, pour autant que l'article 15/19 de la loi sur le gaz, en tant que transposition littérale de l'article 32, paragraphe 1, de la deuxième directive sur le gaz, demeurerait d'application, l'article 3 attaqué instaure une interprétation rétroactive de cet article 15/19 de la loi sur le gaz. La CREG estime que le législateur fédéral interprète par conséquent non seulement l'article 15/19 de la loi sur le gaz mais également l'article 32, paragraphe 1, de la deuxième directive sur le gaz, alors que la Cour de justice est seule compétente, conformément à l'article 234 du Traité CE, pour interpréter le Traité CE. La partie requérante en déduit qu'il n'appartient pas à un Etat membre et à son législateur national d'interpréter, par une disposition nationale, le contenu, le sens et la portée d'une disposition d'une directive.

Par ailleurs, la partie requérante considère que l'article 3 attaqué donne à l'alinéa 1er de l'article 15/19 de la loi sur le gaz une interprétation qui est incompatible avec la portée de l'article 3, paragraphe 1, de la directive sur le transit du gaz et de l'article 32, paragraphe 1, de la deuxième directive sur le gaz. L'article attaqué étend le principe de la *sanctity of contracts* à des contrats et à des parties contractantes qui ne remplissent pas les conditions de l'article 3, paragraphe 1, de la directive sur le transit du gaz. Le régime d'exception concerne des contrats de transit qui portent sur le transit du gaz naturel par l'intermédiaire de grands réseaux et qui sont négociés entre les entités responsables de réseaux de gaz naturel à haute pression et, le cas échéant, avec les entités qui sont responsables des importations et exportations de gaz dans les Etats membres. Il n'est pas contesté que la SA « Fluxys » (l'ancienne SA « Distrigaz ») est une entité responsable d'un gazoduc à haute pression au sens de la directive sur le transit du gaz, mais bien que les contrats de transit conclus par la nouvelle SA « Distrigaz » et par les filiales de la nouvelle SA « Distrigaz » ou de la SA « Fluxys » remplissent les conditions de l'article 3, paragraphe 1, de la directive sur le transit du gaz. Il ressort en effet de cette dernière directive que pour qu'une entité soit considérée comme une entité responsable d'un réseau de gaz naturel à haute pression ou entité responsable des importations et exportations de gaz naturel dans un Etat membre, le nom de cette entité doit figurer sur une liste exhaustive, annexée à la directive sur le transit du gaz.

Les documents qui ont précédé l'approbation de la directive sur le transit du gaz font apparaître que la notion d'« entité responsable des importations et des exportations de gaz naturel dans un Etat membre » a été proposée eu égard à la situation spécifique qui existait en Allemagne, où différentes sociétés étaient chargées de l'importation et du transport du gaz. Les termes « le cas échéant » de l'article 3, paragraphe 1, de la directive sur le transit du gaz confirment seulement qu'une telle situation n'est pas la règle mais l'exception, à savoir uniquement dans les Etats membres dans lesquels de telles entités sont effectivement actives. En outre, les entités concernées, actives en Allemagne, figurent effectivement dans la liste annexée à la directive sur le transit du gaz, ce qui prouve d'autant plus le caractère exhaustif de cette liste. La partie requérante constate qu'en ce qui concerne la Belgique, seule l'ancienne SA « Distrigaz » (actuellement la SA « Fluxys ») et le réseau belge de gaz naturel sont mentionnés; ni la nouvelle SA « Distrigaz », ni aucune des filiales de nouvelle SA « Distrigaz » ou de la SA « Fluxys » ne figurent sur la liste exhaustive précitée. Par conséquent, les contrats de transit conclus par ces entités ne relèvent pas de l'article 3, paragraphe 1, de la directive sur le transit du gaz et ne peuvent pas bénéficier, en vertu de l'article 32, paragraphe 1, de la deuxième directive sur le gaz, du principe de la *sanctity of contracts*.

En outre, la partie requérante souligne que ces entités n'ont jamais été désignées en Belgique comme entités responsables d'un réseau de gaz naturel à haute pression ou comme entités responsables des importations et des exportations de gaz naturel, de sorte qu'elles ne peuvent se prévaloir de ces qualités. Par conséquent, même s'il était allégué que la liste exhaustive annexée à la directive sur le transit du gaz ne concerne pas les entités responsables d'importations et d'exportations de gaz, ces entités n'auraient pas le statut d'entités responsables des importations et des exportations en Belgique, puisque la Belgique ne les a jamais désignées

comme telles. En effet, elles se sont seulement occupées de la commercialisation de la capacité disponible pour le transit.

La partie requérante constate en outre qu'au cours des travaux préparatoires de la loi attaquée, il a été observé à de multiples reprises, notamment par la section de législation du Conseil d'Etat dans son avis, lors d'interventions de parlementaires et par la partie requérante elle-même dans les réponses qu'elle a fournies au ministre compétent, que l'article 3 attaqué n'était pas compatible avec l'article 32, paragraphe 1, de la deuxième directive sur le gaz.

A.21.1. Le Conseil des ministres déclare en ordre principal que la Cour n'est pas compétente pour se prononcer sur le caractère fondé du troisième moyen. En ordre subsidiaire, le Conseil des ministres oppose une réplique au troisième moyen.

A.21.2. Le Conseil des ministres souligne en premier lieu qu'il ne peut être admis que la disposition d'exception devrait être considérée comme abrogée, au motif qu'elle ne figure pas expressément dans le règlement sur le gaz. Le Conseil des ministres estime en outre que la Cour n'est pas compétente pour vérifier si une règle de droit européen est contraire au droit communautaire européen. Le Conseil des ministres est dès lors d'avis que la loi attaquée ne transpose pas le règlement sur le gaz, mais l'applique pleinement.

A.21.3. Le Conseil des ministres affirme qu'afin de pouvoir bénéficier du régime d'exception tiré du principe de la *sanctity of contracts*, les entités responsables d'un grand réseau de gaz naturel à haute pression et/ou les entités responsables d'importations et d'exportations de gaz naturel (liste annexée à la directive sur le transit du gaz) doivent avoir signé un contrat avant le 1er juillet 2004.

Le Conseil des ministres confirme que la liste européenne des entités responsables d'un grand réseau de gaz naturel à haute pression désigne, en ce qui concerne la Belgique, la SA « Distrigaz ». Le Conseil des ministres souhaite toutefois observer que cette liste n'a plus été adaptée depuis 1995 et que la Commission européenne déclare dès lors que si l'Etat belge établit qui sont les successeurs de la SA « Distrigaz », ceux-ci sont considérés comme conformes à la liste.

Le Conseil des ministres conteste donc le point de vue de la partie requérante selon lequel l'article 3 attaqué interpréterait la deuxième directive sur le gaz. L'article 15/19 de la loi sur le gaz transpose la deuxième directive sur le gaz et l'article 3 attaqué précise cette disposition, eu égard à la situation réelle de l'activité de transit en Belgique.

A.21.4. Le Conseil des ministres fait observer qu'il n'est pas question de discrimination. Tout d'abord, le législateur européen a expressément décidé qu'un régime d'exception devait exister en faveur des contrats historiques conclus conformément à la directive sur le transit du gaz. De plus, le régime d'exception est limité dans le temps, étant donné qu'il ne concerne que les contrats ayant été conclus avant le 1er juillet 2004 et ce, jusqu'à l'expiration de ces contrats. Le Conseil des ministres conclut dès lors que le législateur européen a estimé par conséquent qu'il existait en l'espèce une distinction objective entre les contrats historiques et non-historiques, que la différence de traitement était pertinente pour atteindre l'objectif visé et que le principe de proportionnalité a été respecté.

A.21.5. Enfin, le Conseil des ministres observe qu'il ne peut suivre le raisonnement de la partie requérante lorsque celle-ci déclare que les tarifs pour le transit conclus en vertu de la règle d'exception du principe de la *sanctity of contracts* seront bien plus élevés que les tarifs régulés. En effet, il s'agit de contrats historiques qui n'instaurent par conséquent aucun nouveau tarif. En outre, il ne saurait être question d'une discrimination, étant donné que les deux parties ont conclu un accord sur les tarifs. Le Conseil des ministres estime qu'il n'est pas non plus possible de comparer les contrats conclus en vertu du régime ancien avec ceux qui sont conclus en vertu du régime actuel. Au surplus, il considère qu'il est important que les contrats conclus ne soient pas remis arbitrairement en cause, étant donné que ce comportement affecterait la confiance indispensable des acteurs sur le marché belge du gaz. En effet, cette confiance est cruciale pour maintenir le rôle de la Belgique en tant que plaque tournante du transit du gaz et contribuer ainsi au maximum à la sécurité d'approvisionnement du pays.

A.22.1. La SA « Distrigaz » soutient tout d'abord que le règlement sur le gaz n'avait pas pour objectif d'abroger la deuxième directive sur le gaz ou de supprimer le régime du principe de la *sanctity of contracts*. Son objectif était de supprimer les obstacles qui subsistaient, au moyen de toute une série de règles techniques uniformes. De surcroît, le règlement sur le gaz impose des règles complémentaires et accessoires sans toutefois porter atteinte aux dispositions contenues dans la deuxième directive sur le gaz. Si le législateur européen avait

voulu que l'article 3, paragraphe 1, du règlement sur le gaz supprime l'application de la *sanctity of contracts* par rapport aux contrats de transit existants, l'article 32, paragraphe 1, aurait été modifié en ce sens, ce qui n'a toutefois pas été le cas. La disposition précitée s'applique par conséquent encore toujours.

A.22.2. La SA « Distrigaz » déclare ensuite que la partie requérante va même à l'encontre du législateur européen en affirmant que l'article 32, paragraphe 1, de la deuxième directive sur le gaz porte atteinte au droit communautaire primaire, parce que cet article serait contraire au principe de non-discrimination en maintenant un régime d'exception pendant une durée indéterminée et illimitée. Selon la SA « Distrigaz », il est manifeste que le régime d'exception est une mesure transitoire temporaire qui ne s'applique qu'à une catégorie bien précise de contrats conclus avant une date bien précise et qui restera en vigueur jusqu'à ce que ces contrats arrivent à leur terme. La SA « Distrigaz » conteste dès lors que la mesure transitoire soit indéterminée et illimitée, comme l'affirme la partie requérante.

De l'avis de la SA « Distrigaz », la différence de traitement peut se justifier, en vertu du principe général de la *sanctity of contracts* issu du droit transitoire, qui dispose qu'une nouvelle réglementation n'intervient pas dans les contrats existants et que ces contrats existants peuvent continuer à être exécutés sous l'empire des conditions d'origine jusqu'à ce qu'ils s'éteignent. De cette manière, la sécurité contractuelle et la sécurité d'approvisionnement ne sont pas compromises par la nouvelle réglementation. La SA « Distrigaz » conclut que pour autant qu'une différence de traitement existe, celle-ci est par conséquent proportionnée et justifiée. En outre, seule la Cour de justice est compétente pour se prononcer sur une prétendue invalidité de la deuxième directive sur le gaz.

A.22.3. La SA « Distrigaz » déclare enfin, d'une part, que les parties visées par la loi peuvent effectivement relever du champ d'application du principe de la *sanctity of contracts* et, d'autre part, que la discrimination alléguée n'est pas démontrée.

La SA « Distrigaz » estime que la thèse de la partie requérante revient à ce qu'une discrimination existerait entre, d'une part, les cocontractants dont les contrats relèvent du principe de la *sanctity of contracts* et qui doivent donc éventuellement s'acquitter de tarifs négociés plus élevés et, d'autre part, les cocontractants dont les contrats relèvent du principe de la *sanctity of contracts* et qui doivent donc - également - s'acquitter de tarifs négociés éventuellement plus élevés. La SA « Distrigaz » conclut dès lors que les deux catégories sont traitées fondamentalement de manière égale, ce que confirme de surcroît la partie requérante, et qu'il n'y a donc pas de discrimination.

En outre, la partie requérante ne parvient pas à délimiter clairement les catégories soit-disant différentes. Le fait que des cocontractants ont conclu des contrats de transit soit avec l'ancienne SA « Distrigaz » (actuellement la SA « Fluxys ») ou avec une filiale de l'époque de la SA « Distrigaz » qui mettait à disposition sur le marché secondaire la capacité de transit convenue, n'est pas la conséquence d'un traitement différent de différentes catégories de cocontractants mais la simple conséquence de la date à laquelle ces contrats ont été conclus. Par conséquent, la SA « Distrigaz » estime qu'il y a des cocontractants qui figureront dans les deux catégories distinguées par la partie requérante, parce qu'ils ont conclu des contrats de transit à différentes époques, tant avec l'ancienne SA « Distrigaz » (actuellement la SA « Fluxys ») qu'avec une société filiale de la SA « Distrigaz » ou de la SA « Fluxys ».

A.22.4. La SA « Distrigaz » conteste ensuite que la loi attaquée ait pour effet que la portée du principe de la *sanctity of contracts*, tel qu'il est inscrit dans l'article 15/19 de la loi sur le gaz, soit étendue aux contrats conclus par les parties qui ne peuvent pas relever du champ d'application personnel de la disposition contenue dans l'article 32, paragraphe 1, de la deuxième directive sur le gaz. La disposition transitoire de la deuxième directive sur le gaz concerne les contrats de transit qui sont négociés entre, d'une part, les entités qui sont responsables dans les Etats membres des réseaux de gaz naturel à haute pression, dont la liste est annexée à la directive sur le transit du gaz et, d'autre part, « le cas échéant », les entités responsables, dans les Etats membres, des importations et exportations de gaz naturel. Ces dernières ne sont pas mentionnées dans l'annexe de la directive sur le transit du gaz. L'article 2 de cette directive spécifie en effet que seules les entités responsables du réseau sont énumérées dans l'annexe et non les entités responsables des importations et exportations. La SA « Distrigaz » estime que la Cour d'appel de Bruxelles est parvenue à la même conclusion dans son arrêt du 10 novembre 2008.

La SA « Distrigaz » confirme que l'ancienne SA « Distrigaz » (actuellement la SA « Fluxys ») est mentionnée dans l'annexe de la directive sur le transit du gaz et qu'elle est par conséquent qualifiée d'entité responsable du réseau de gaz naturel à haute pression belge. Par ailleurs, « Distrigaz & Co » pouvait, au moment

où elle a conclu des contrats de transit, être considérée comme une entité responsable des importations et exportations de gaz naturel. Sur la base d'un certain nombre de contrats, « Distrigaz & Co » était responsable de l'importation et du transit de quantités de gaz naturel dans le réseau belge; par conséquent « Distrigaz & Co » satisfait à la définition. On ne peut pas non plus prétendre que les termes « entités responsables d'importations et d'exportations » s'appliqueraient uniquement aux entités allemandes, comme le soutient la partie requérante. Tout d'abord, ceci ne peut être déduit des travaux préparatoires, selon la SA « Distrigaz ». La Commission a en effet uniquement constaté qu'il y a plusieurs entités allemandes importantes et a ensuite juridiquement reconnu cette situation en faisant figurer plusieurs entités allemandes sur la liste des entités responsables d'un réseau. On ne peut toutefois en déduire que la Commission a déclaré qu'il n'existait d'entités responsables des importations et exportations qu'en Allemagne. En outre, en vertu de l'article 249 du Traité CE, chaque directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, à moins que n'y figure une exception explicite destinée à un Etat membre bien déterminé, ce qui n'est pas le cas. La SA « Distrigaz » affirme dès lors que, même si seules des entités allemandes responsables des importations et exportations existaient au moment de l'approbation de la directive sur le transit du gaz en 1991, ceci ne peut empêcher que « Distrigaz & Co » répondait, au moment de la conclusion du « contrat VTN », en 1998, à la définition et qu'elle doit par conséquent également être considérée comme une telle entité. Toute autre interprétation violerait, selon la SA « Distrigaz », le caractère normatif de la directive et la sécurité juridique.

La SA « Distrigaz » constate par ailleurs qu'après la scission de l'ancienne SA « Distrigaz » en la SA « Fluxys » et en la nouvelle SA « Distrigaz », en 2001, « Distrigaz & Co » (filiale de la nouvelle SA « Distrigaz ») a été considérée comme entité responsable des importations et des exportations de gaz par la partie requérante et que cette qualité avait même été présentée par la CREG comme une condition pour la survie économique de la nouvelle SA « Distrigaz ». Dès lors, la SA « Distrigaz » estime qu'étant donné que la directive sur le transit du gaz date de 1991 et que, lors de la scission en 2001, les mêmes règles et définitions qu'aujourd'hui s'appliquaient déjà en matière de transit, la partie requérante ne peut, sans se contredire elle-même, prétendre maintenant que « Distrigaz & Co » n'est pas une entité responsable des importations et exportations. En outre, la directive ne dispose nulle part qu'une telle entité responsable des importations et exportations doit être désignée par les Etats membres.

A.23.1. La partie requérante répond qu'elle considère comme non fondée l'exception du Conseil des ministres tirée de l'incompétence de la Cour.

A.23.2. Selon la CREG, on ne peut admettre l'allégation du Conseil des ministres affirmant qu'il est faux de dire qu'étant donné que le règlement sur le gaz ne mentionne pas expressément la disposition d'exception, celle-ci doit être considérée comme ayant été abrogée, vu que le Conseil des ministres néglige d'étayer cette affirmation.

A.23.3. La partie requérante estime que la partie intervenante part d'une prémisse erronée; elle n'a jamais prétendu que le règlement sur le gaz tendrait à abroger complètement la deuxième directive sur le gaz, mais seulement que l'article 3, paragraphe 1, du règlement sur le gaz ne laisse aucune latitude pour un accès discriminatoire aux réseaux de transport du gaz naturel.

La partie requérante rappelle que l'article 16 du règlement sur le gaz dispose qu'il n'est pas applicable à un certain nombre de dispositions de la deuxième directive sur le gaz, mais que cette disposition ne renvoie pas à l'article 32, paragraphe 1, de la deuxième directive sur le gaz. Par conséquent, tous les principes du règlement sur le gaz s'appliquent intégralement aux contrats visés par l'article 32, paragraphe 1, de la deuxième directive sur le gaz, de sorte que le régime d'exception a été entretemps abrogé. De plus, l'article 3, paragraphe 1, du règlement sur le gaz s'applique directement dans l'ordre juridique national et toute disposition nationale contraire doit donc être annulée ou du moins être écartée en vertu de la primauté du droit communautaire.

La CREG conclut qu'il ressort des dispositions et de la finalité du règlement sur le gaz, notamment le fait d'imposer des tarifs régulés reflétant les coûts, que ce règlement est incompatible avec le régime d'exception instauré auparavant, qui laissait toute latitude pour des tarifs négociés ne reflétant pas nécessairement les coûts mais plutôt la volonté des parties et leur consentement mutuel au contrat. A cet égard, la *sanctity of contracts* demeure l'une des entraves au parachèvement d'un marché interne.

A.23.4. La partie requérante confirme que la Cour n'est pas compétente pour vérifier si une règle de droit européen est contraire au droit communautaire européen, ainsi que l'affirment le Conseil des ministres et la SA « Distrigaz ». C'est la raison pour laquelle elle a invité la Cour à poser certaines questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne.

A.23.5. La CREG estime que la position du Conseil des ministres en ce qui concerne le champ d'application personnel de la directive sur le transit du gaz est peu significative. Le Conseil des ministres n'indique pas s'il estime que tant les entités responsables des réseaux de gaz naturel à haute pression que les entités responsables d'importations et d'exportations de gaz naturel doivent figurer (cumulativement) sur la liste de la directive sur le transit du gaz (« et ») ou s'il suffit, au contraire, que l'une des deux entités soit citée dans cette liste (« ou »). Selon la CREG, il y a lieu de souligner que toutes les entreprises et les filiales ont probablement un lien avec l'ancienne SA « Distrigaz » et/ou avec son successeur, la SA « Fluxys », mais qu'elles ne figurent pas sur la liste exhaustive de la directive sur le transit du gaz et qu'elles ne sont donc pas des entités responsables d'un gazoduc à haute pression. La CREG constate également que le caractère exclusif de la liste, tant en ce qui concerne les entités responsables d'un gazoduc à haute pression que les entités responsables d'importations et d'exportations de gaz naturel, a entretemps également été confirmé par la Commission européenne, dans le cadre de sa mise en demeure de l'Etat belge.

La partie requérante conteste à nouveau que « Distrigaz & Co » et la nouvelle SA « Distrigaz » pouvaient être qualifiées, au moment de la conclusion des contrats de 1998 et de 2000, d'entités responsables d'importations et d'exportations de gaz naturel. Même s'il était admis que la liste annexée à la directive sur le transit du gaz ne vise pas ces entités, il est à observer que le rôle de « Distrigaz & Co » est *de facto* resté limité à la commercialisation des capacités de transit sur le territoire belge. En outre, l'article 32, paragraphe 1, de la deuxième directive sur le gaz exige qu'au moins une des parties au contrat soit une entité responsable d'un grand réseau de gaz naturel et que le transit soit effectué par une telle entité. Par conséquent, le transit ne peut pas être effectué par une entité responsable d'importations et d'exportations de gaz naturel, selon l'article 2 de la directive sur le transit du gaz.

De plus, l'article 32, paragraphe 1, de la deuxième directive sur le gaz, combiné à l'article 3, paragraphe 3, de la directive sur le transit du gaz, exige que la Commission et les autorités nationales concernées soient informées de la conclusion d'un contrat de transit. La partie requérante constate que les contrats de 1998 et 2000 n'ont jamais été déclarés comme contrat de transit au sens de la directive sur le transit du gaz.

A.23.6. La partie requérante conclut que la Commission européenne est aussi d'avis que l'article 3, attaqué, de la loi du 10 mars 2009 est manifestement contraire à l'article 32, paragraphe 1, de la deuxième directive sur le gaz. En outre, il y a également lieu de constater que le législateur belge a entretemps reconnu que l'article 3 attaqué viole le droit communautaire européen.

A.24.1. Le Conseil des ministres rappelle dans son mémoire en réplique que la Cour n'est pas compétente pour connaître du troisième moyen.

A.24.2. Selon le Conseil des ministres, le législateur européen a expressément décidé, dans la deuxième directive sur le gaz, qu'un régime d'exception devait exister en faveur des contrats historiques conclus en vertu de la directive sur le transit du gaz. Ces contrats, conclus avant le 1er juillet 2004, et les tarifs fixés dans ceux-ci continuent à s'appliquer jusqu'à la fin de la durée du contrat. Dans cette mesure, le régime d'exception est limité, étant donné qu'il ne concerne que les contrats qui avaient été conclus avant le 1er juillet 2004 et ce, jusqu'à l'expiration de ceux-ci. Par conséquent, le législateur européen lui-même estime qu'il existe une distinction objective entre les contrats historiques et les contrats non-historiques, que la différence de traitement est pertinente pour atteindre l'objectif poursuivi par le législateur européen et que le principe de proportionnalité est respecté.

En ce qui concerne le caractère exhaustif de la liste annexée à la deuxième directive sur le gaz, la Commission européenne n'a pas exclu que des adaptations de cette liste soient possibles. En outre, des auteurs de doctrine ont admis que les contrats de transit conclus conformément à l'article 3, paragraphe 1, de la directive sur le transit du gaz restaient des contrats de transit au sens de l'article 32, paragraphe 1, de la deuxième directive sur le gaz lorsqu'une ou toutes les parties contractantes sont remplacées. Le raisonnement selon lequel, eu égard au fait que diverses entreprises qui existaient déjà avant l'adoption des directives relatives au gaz ont ensuite dissocié leurs activités de fourniture et de transit et les ont transmises à d'autres entreprises sans que de nouveaux contrats soient conclus à cet effet en ce qui concerne ces activités, les droits et obligations découlant des contrats de transit conclus conformément à l'article 3, paragraphe 1, de la directive sur le transit du gaz continuent à s'appliquer, va dans le même sens.

A.25.1. Selon la partie intervenante, le règlement sur le gaz n'avait pas pour objectif, comme le prétend la CREG, d'abroger la deuxième directive sur le gaz ou de supprimer le régime de la *sanctity of contracts*.

L'objectif était de supprimer, au moyen de toute une série de règles techniques uniformes, les entraves substantives, qui n'avaient pas encore été levées par la deuxième directive sur le gaz.

Le règlement sur le gaz n'abroge pas implicitement la deuxième directive sur le gaz, mais la complète. La meilleure preuve en est fournie par la directive 2009/73/CE (la troisième directive sur le gaz) qui dispose explicitement que la deuxième directive sur le gaz est abrogée à partir du 3 mars 2011.

A.25.2. La partie intervenante estime elle aussi que la validité du régime de la *sanctity of contracts* est liée à la durée des contrats qui relèvent de ce régime. Ces contrats s'éteindront finalement et avec eux aussi le régime d'exception.

A.25.3. La partie intervenante estime que la différence de traitement à laquelle la CREG fait référence n'est pas la conséquence d'une différence de traitement entre des catégories de personnes, mais est la conséquence du moment auquel les contrats de transit sont conclus, compte tenu du cadre régulateur en vigueur lors de la conclusion des contrats.

La différence de traitement entre les contrats historiques conclus avant le 1er juin 2004 et les contrats conclus après le 1er juin 2004 n'est pas discriminatoire. En outre, ce traitement différent de contrats est déjà contenu dans l'article 32, paragraphe 1, de la deuxième directive sur le gaz. Cette disposition avait déjà été transposée, par la loi du 1er juin 2005, dans l'article 15/19, alinéa 1er, de la loi sur le gaz. Le traitement des contrats que la CREG tient pour discriminatoire est donc la conséquence de la transposition de la deuxième directive sur le gaz et ne découle dès lors pas de la loi attaquée.

A.25.4. La thèse de la CREG selon laquelle la liste annexée à la directive sur le transit du gaz serait une liste exhaustive ne peut être admise, selon la partie intervenante. En effet, dans ce cas, le champ d'application de la directive 91/296/CEE serait complètement vidé de sa substance, tandis que c'était justement l'objectif de cette directive de garantir aux parties contractantes un droit au transit négocié, non discriminatoire, et de le rendre applicable aux parties et aux contrats de transit, définis le plus largement possible.

En ce qui concerne le quatrième moyen

A.26.1. Le quatrième moyen est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 34 de la Constitution, avec les articles 10, 12, 234 et 249 du Traité CE, avec le principe de la hiérarchie des normes, avec le principe de la primauté du droit communautaire européen, avec le règlement sur le gaz, avec la deuxième directive sur le gaz et avec le principe général de la sécurité juridique, en ce que l'article 2, attaqué, de la loi du 10 mars 2009 oblige la CREG à agir d'une manière qui est contraire au droit communautaire européen tandis que la CREG, en tant qu'autorité de régulation, doit assurer l'application du droit communautaire européen, lequel prime en effet le droit interne.

En vertu de l'article 34 de la Constitution, des compétences souveraines ont été transférées par l'Etat belge à la Communauté européenne et à l'Union européenne, qui constituent l'ordre juridique européen. Cet ordre juridique européen suppose la primauté du droit communautaire européen, ce qui a été reconnu par la Cour de justice comme un principe de base du droit communautaire européen, en vertu notamment des articles 10 et 12 du Traité UE. Cette primauté implique que la CREG applique le droit communautaire européen et, si nécessaire, écarte l'application de toutes les autres normes qui y sont contraires, sous peine de voir sa responsabilité mise en cause.

Le législateur a toutefois traité la partie requérante autrement que les autres autorités administratives, en particulier les autorités de régulation, chargées d'une mission de surveillance, celles-ci n'étant pas contraintes par la loi d'agir en violation du droit communautaire européen, de sorte que leur responsabilité ne pourra pas être mise en cause pour ce fait. Selon la partie requérante, une telle différence de traitement peut encore moins se justifier, à l'égard d'une autorité administrative telle que la partie requérante, qui n'a pas de compétence juridictionnelle et n'a pas la possibilité de poser elle-même une question préjudicielle à la Cour de justice.

A.26.2. La sécurité juridique requiert, selon la partie requérante, qu'une loi dont l'incompatibilité avec le droit européen est constatée soit immédiatement écartée de l'ordonnancement juridique, en vertu d'un arrêt d'annulation valant *erga omnes et ex tunc*.

A.27.1. En ordre principal, le Conseil des ministres renvoie à son exception d'incompétence de la Cour en ce qui concerne le contrôle des normes législatives au regard du droit communautaire européen. Le Conseil des ministres estime dès lors que la Cour n'est pas compétente pour se prononcer sur le caractère fondé de ce moyen.

A.27.2. En ordre subsidiaire, le Conseil des ministres observe tout d'abord que la partie requérante ne démontre pas l'incompatibilité de la loi attaquée avec le droit communautaire européen. Toutefois, si tel était le cas, la partie requérante, comme elle l'affirme elle-même, doit écarter l'application de la loi. Le Conseil des ministres estime dès lors qu'il n'existe pas de discrimination entre différentes autorités, dès lors qu'aucune autorité ne peut être tenue d'appliquer des lois contraires au droit communautaire européen.

A.28.1. La partie requérante rappelle qu'elle considère que l'exception du Conseil des ministres n'est pas fondée. La partie requérante affirme qu'étant donné qu'elle fait valoir que le principe d'égalité est méconnu, même si c'est en vertu de dispositions du droit communautaire primaire et dérivé liant la Belgique, la Cour est compétente pour connaître de ce moyen.

A.28.2. La partie requérante observe que le Conseil des ministres ne prête pas attention au grief de la partie requérante selon lequel, même si elle pouvait écarter l'application de la loi attaquée au motif de son incompatibilité avec le droit communautaire ayant la primauté, la sécurité juridique exige encore qu'une loi contraire au droit européen soit d'emblée supprimée de l'ordonnement juridique en vertu d'un arrêt d'annulation valant *erga omnes et ex tunc*.

A.29. En réponse à la partie requérante, le Conseil des ministres fait observer qu'il n'est pas démontré que la loi attaquée soit contraire au droit communautaire européen, en conséquence de quoi il n'est pas non plus démontré que la CREG ait introduit à bon droit un recours en annulation.

En ce qui concerne le cinquième moyen

A.30.1. Le cinquième moyen est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et/ou du principe de l'état de droit et du principe de la primauté du droit communautaire européen, en ce que l'article 2 attaqué serait contraire à une décision judiciaire et empêcherait, de surcroît, le respect de celle-ci.

A.30.2. La partie requérante déclare que même si l'obligation de donner exécution à une décision judiciaire n'est pas garantie *expressis verbis* par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme a toutefois reconnu cette obligation, comme dans l'affaire *Hornsby c. Grèce et Burdov c. Russie*. En outre, cette obligation est de plus en plus qualifiée d'exigence dans un Etat de droit.

La partie requérante considère ensuite qu'en regard à l'obligation de l'Etat membre de donner la priorité au droit communautaire européen, l'obligation de donner exécution aux décisions judiciaires en vertu de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme implique que le législateur national ne peut empêcher l'exécution d'une décision judiciaire en adoptant une loi qui est contraire à une décision judiciaire appliquant le droit communautaire européen. La Cour d'appel de Bruxelles a décidé le 10 novembre 2008 que le règlement sur le gaz et la deuxième directive sur le gaz n'autorisent pas des tarifs distincts en ce qui concerne le transit du gaz naturel, d'une part, et en ce qui concerne le transport du gaz naturel, d'autre part. La CREG constate toutefois que la loi attaquée autorise et confirme une tarification distincte, en conséquence de quoi la loi entrave l'exécution d'une décision judiciaire. Le fait que la Cour d'appel de Bruxelles n'a traité que la demande de suspension et ne s'est prononcée qu'en première instance sur l'incompatibilité avec le droit communautaire européen d'un tarif distinct pour des activités de transit ne porte toutefois pas atteinte, selon cette partie, au caractère fondé du moyen. En effet, cette décision confirme seulement que la Cour d'appel de Bruxelles a déjà constaté une telle violation à première vue.

A.31.1. Le Conseil des ministres fait encore une fois référence, en ordre principal, à son exception d'incompétence de la Cour, en ce qui concerne le contrôle de normes législatives au regard du droit communautaire européen.

A.31.2. En ordre subsidiaire, le Conseil des ministres estime que la loi attaquée n'a aucun effet en ce qui concerne l'exécution de l'arrêt du 10 novembre 2008. L'arrêt suspend en effet seulement les décisions de la

partie requérante des 15 mai 2008 et 6 juin 2008, mais ne s'oppose pas au principe d'un traitement différencié dans des situations objectivement différentes.

A.31.3. Enfin, le Conseil des ministres observe que si la partie requérante peut prendre une nouvelle décision sur les tarifs de transit sans empêcher à cet égard l'exécution de l'arrêt de suspension de la Cour d'appel de Bruxelles du 10 novembre 2008, comme l'a constaté l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 29 juin 2009, on n'aperçoit pas la raison pour laquelle le législateur ne pourrait pas le faire.

A.32.1. La partie requérante répond que, dans son arrêt du 10 novembre 2008, la Cour d'appel de Bruxelles a péremptoirement et amplement expliqué pour quel motif la distinction entre les tarifs de transit et les tarifs de transport ne peut être admise. La partie requérante estime qu'il est dès lors incontestable que le législateur a entravé l'exécution de l'arrêt, en imposant un régime dans lequel les tarifs d'accès au réseau de transport du gaz naturel pour les activités de transit sont établis en vertu d'une méthode distincte, dérogatoire au régime applicable aux tarifs applicables aux activités de transport.

La partie requérante renvoie à la mise en demeure lancée par la Commission européenne dans laquelle celle-ci déclare que, malgré les indications claires de la Commission européenne et de la Cour d'appel de Bruxelles, la loi du 10 mars 2009 a tout de même été établie par les instances nationales compétentes.

A.32.2. La partie requérante conteste enfin l'argument que le Conseil des ministres déduit de l'arrêt de la Cour d'appel du 29 juin 2009. La partie requérante répond qu'il peut seulement être déduit de cet arrêt que la Cour estime que la partie requérante dispose de la compétence de prendre elle-même une décision de fixation de tarifs provisoires, de sorte qu'elle ne justifie pas de l'intérêt requis pour demander une mesure provisoire, ce que la partie requérante conteste toutefois. Selon la partie requérante, on ne peut cependant en déduire que le législateur disposerait de la compétence de prendre une décision relative aux tarifs (provisoire) de transit, comme le Conseil des ministres semble le prétendre. En outre, le législateur impose précisément que les tarifs des activités de transit et des activités de transport puissent être établis selon une méthodologie différente, ce qui rend impossible toute décision de la partie requérante ne faisant pas de distinction entre les activités précitées, en exécution de l'arrêt du 10 novembre 2008 de la Cour d'appel.

A.33. Le Conseil des ministres souhaite à nouveau souligner que l'affaire portée devant la Cour d'appel concernait une demande de suspension et d'annulation de deux décisions de la CREG. L'arrêt du 10 novembre 2008 a suspendu les décisions de la CREG et déclaré qu'il y avait lieu de remédier le plus rapidement possible à la situation qui en découlait, dans laquelle « Fluxys » et « Segeo » échappaient aux tarifs contrôlés. La loi attaquée n'a en aucune manière pour conséquence que l'arrêt du 10 novembre 2008 ne puisse pas être exécuté, parce que les décisions suspendues de la CREG ne sont pas à nouveau applicables. En outre, l'arrêt ne s'est pas prononcé sur le fond de l'affaire, mais a seulement suspendu les décisions.

Le Conseil des ministres estime aussi que le fait que la Cour d'appel considère qu'il n'est pas nécessaire d'accorder la mesure provisoire demandée par la CREG, parce que celle-ci peut retirer ses décisions et établir ensuite de nouveaux tarifs, a pour conséquence que l'adoption d'une nouvelle décision n'est pas considérée comme entravant l'exécution de l'arrêt. On peut donc *a fortiori* admettre qu'une loi qui tend à mettre fin à une situation redoutée par la Cour d'appel n'est pas contraire à l'exécution de l'arrêt.

En ce qui concerne le sixième moyen

A.34.1. Le sixième moyen est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec les articles 33 et 34 de la Constitution, avec l'article 3, paragraphe 1, du règlement sur le gaz, avec les articles 18, paragraphe 1, et 25, paragraphes 2 et 7, de la deuxième directive sur le gaz et avec l'article 15/14, § 2, de la loi sur le gaz, en ce que les compétences de la CREG auraient été méconnues lors de l'adoption de la loi et en ce que l'article 2 attaquait méconnaît les compétences de la CREG.

A.34.2. La partie requérante fait tout d'abord valoir qu'il découle des dispositions du règlement sur le gaz et de la deuxième directive sur le gaz que la CREG, en tant qu'instance régulatrice nationale, doit intervenir obligatoirement et préalablement lors de l'établissement et de l'approbation des tarifs d'accès au réseau de transport du gaz naturel ou, du moins, lors de la détermination de la méthodologie pour le calcul du tarif d'accès au réseau pour le transit du gaz. La loi attaquée a toutefois fixé elle-même déjà dans une large mesure cette

méthodologie, sans l'approbation de la partie requérante, et a ainsi méconnu les compétences de cette dernière, en dérogeant dans une large mesure au régime de droit commun (établi par le chapitre IV de la loi sur le gaz et par l'arrêté tarifaire général) qui a été élaboré partiellement sur proposition de la partie requérante.

Il s'ensuit une violation du principe d'égalité, combiné avec le règlement sur le gaz et avec la deuxième directive sur le gaz, en ce que la partie requérante peut et a déjà pu donner son approbation à d'autres tarifs d'accès au réseau mais qu'elle n'a pu donner son approbation, en matière de transit, en ce qui concerne la méthode appliquée pour la fixation du tarif pour les activités de transit. Aucune justification raisonnable n'a été donnée à cet égard, ce qui n'est pas non plus possible, selon la CREG, eu égard aux prescriptions du règlement sur le gaz et de la deuxième directive sur le gaz.

La partie requérante déclare qu'il s'ensuit également une seconde discrimination, à savoir entre les catégories d'utilisateurs du réseau de transport du gaz naturel qui souhaitent avoir accès au réseau pour effectuer des activités de transit et les autres catégories d'utilisateurs du réseau de transport du gaz naturel, la première catégorie étant privée de l'approbation par la partie requérante du régime tarifaire en cause, et ne bénéficiant pas de la même garantie que la seconde catégorie.

La partie requérante affirme enfin qu'il découle de la loyauté communautaire l'obligation de garantir le plein effet utile du droit communautaire, en particulier devant les instances judiciaires nationales. C'est la raison pour laquelle la Cour a l'obligation, lors de l'appréciation des violations alléguées du principe d'égalité, de tenir compte du processus d'élaboration de la loi et plus particulièrement de la violation de la compétence de la partie requérante, afin de garantir ainsi le plein effet du droit communautaire européen.

A.34.3. Ensuite, la partie requérante attire encore l'attention sur une autre discrimination analogue : l'article 2 attaqué restreint la compétence de la partie requérante dans le futur. Conformément à l'article 3, paragraphe 1, alinéa 2, du règlement sur le gaz, la partie requérante, en tant qu'autorité de régulation nationale, doit approuver au préalable les recettes générées par les modalités faisant appel au marché qui sont éventuellement employées pour fixer les tarifs; cette compétence n'est toutefois pas reconnue dans l'article 2 attaqué. La partie requérante constate qu'elle ne doit approuver au préalable que l'allocation de l'écart positif entre les revenus et les coûts approuvés, pour autant que celui-ci soit alloué aux tarifs pour l'utilisation du réseau de transport ou bien à la réserve destinée au financement des installations.

A.35.1. En ordre principal, le Conseil des ministres rappelle que la Cour est incompétente pour contrôler des normes législatives au regard du droit communautaire européen.

A.35.2. En ordre subsidiaire, le Conseil des ministres souligne que la loi attaquée établit une méthode de fixation des tarifs en matière de transit du gaz naturel qui est fort semblable à la méthodologie approuvée par la partie requérante en matière de transport. Les tarifs proprement dits ne sont dès lors pas fixés dans la loi. En outre, le Conseil des ministres observe que tant les travaux préparatoires que la loi attaquée elle-même prévoient expressément que la partie requérante contrôlera que les méthodes utilisées sont conformes à la loi et que les tarifs sont correctement fixés.

A.35.3. Le Conseil des ministres déclare ensuite que le droit communautaire européen exige seulement que soit les tarifs, soit la méthodologie de fixation des tarifs soient approuvés par une autorité de régulation, exigence qui n'est pas méconnue par la loi.

A.36. La partie requérante estime que la réponse du Conseil des ministres est manifestement non fondée. Il n'est pas pertinent et il est inexact de dire que le régime attaqué concorderait, en principe, avec les dispositions approuvées par la partie requérante. Selon celle-ci, elle dispose en effet de la compétence de fixer chaque méthode relative aux tarifs d'accès au réseau de transport du gaz naturel. La partie requérante estime que l'exception n'est pas négligeable.

En outre, le fait que la partie requérante pourrait approuver les tarifs ou, au contraire, les méthodes de calcul de ceux-ci n'est pas conforme au droit communautaire. La méthodologie de fixation des tarifs au moins doit être approuvée par la CREG. La partie requérante estime que l'approbation des tarifs est donc manifestement insuffisante. En outre, en vertu de la méthodologie attaquée, prévue à l'article 2, ces tarifs sont (partiellement) établis sur la base de négociations.

Selon la partie requérante, cette position est également partagée par la Commission européenne dans sa mise en demeure à l'égard de la Belgique. En outre, la partie requérante renvoie à l'arrêt C-474/08 de la Cour de justice du 29 octobre 2009, relatif à l'article 23, paragraphe 2, de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE (ci-après : la « deuxième directive sur l'électricité »), qui correspond mot pour mot à l'article 25, paragraphe 2, de la deuxième directive sur le gaz. La partie requérante constate que la Cour de justice a décidé à cet égard que l'attribution de la compétence d'établir ou d'approuver des éléments importants de la fixation des tarifs à une autre instance que l'autorité de régulation n'était pas compatible avec l'article 23, paragraphe 2, de la deuxième directive sur l'électricité, ce qui implique que l'autorité de régulation doit être au moins compétente pour fixer ou approuver les éléments importants de la méthodologie tarifaire.

A.37. Selon le Conseil des ministres, la CREG doit en effet disposer au moins de la compétence d'approuver la méthodologie de fixation des tarifs, si elle est privée de la possibilité d'approuver les tarifs proprement dits. Toutefois, la CREG continue d'avoir la possibilité de contrôler préalablement et d'approuver ou non les tarifs proposés par les gestionnaires de réseau. Comme l'observe la CREG, la loi attaquée dispose que, dans un nombre limité de cas, des décisions basées sur des négociations peuvent être prises, mais ces négociations ne concernent en aucun cas la fixation des tarifs. Les décisions qui peuvent être prises sur la base des négociations concernent uniquement l'étendue de la période au cours de laquelle les tarifs sont applicables. En outre, la loi attaquée dispose expressément que si les tarifs sont établis conformément aux modalités faisant appel au marché, les tarifs doivent être approuvés préalablement par la CREG. Par conséquent, le Conseil des ministres estime qu'il faut admettre que la CREG dispose d'un contrôle suffisant sur les tarifs.

En ce qui concerne le septième moyen

A.38.1. Le septième moyen est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec le règlement sur le gaz, avec la deuxième directive sur le gaz, avec la directive sur le transit du gaz, avec le principe général de droit de la sécurité juridique et avec les articles 234 et 249 du Traité CE, en ce qu'en raison de l'article 3 attaqué, l'article 15/19 de la loi sur le gaz recevrait une interprétation rétroactive qui serait toutefois contraire à l'article 32, paragraphe 1, de la deuxième directive sur le gaz et qui, partant, modifierait de manière illégitime la portée de l'article 15/19 de la loi sur le gaz. En outre, l'article 3 interférerait dans des procès en cours.

A.38.2. La partie requérante estime que l'article 3 attaqué n'est pas une véritable disposition interprétative, au motif qu'elle ne donne pas à la disposition une signification que celle-ci pouvait raisonnablement recevoir et que le législateur entendait lui donner depuis le début. Selon la jurisprudence, il y a lieu par conséquent de requalifier la disposition attaquée en une loi rétroactive.

La signification de la disposition interprétée doit être cherchée dans la signification de l'article 32, paragraphe 1, de la deuxième directive sur le gaz, dont l'ancien article 15/19 de la loi sur le gaz constitue une reprise littérale, et de l'article 3, paragraphe 1, de la directive sur le transit du gaz. La liste exhaustive annexée à la directive sur le transit du gaz et les termes de cette même directive empêchent, selon la partie requérante, que le principe de la *sanctity of contracts* puisse s'appliquer aux contrats conclus par des entités, dont au moins une des parties contractantes ne figure pas sur la liste de la directive sur le transit du gaz. Or, une seule des entités mentionnées dans l'article 3 attaqué figure sur cette liste, à savoir la SA « Fluxys », en conséquence de quoi l'article attaqué précité viole les dispositions législatives et les principes généraux de droit invoqués.

En particulier, la partie requérante observe que l'article 249 du Traité CE impose aux Etats membres l'obligation d'atteindre le résultat de la directive au moyen de mesures de transposition. La Belgique ne respecte pas cette obligation lorsqu'elle adopte une disposition interprétative qui méconnaît la portée de la disposition issue de la directive. En outre, la partie requérante observe qu'en vertu de l'article 234 du Traité CE, il appartient uniquement à la Cour de justice d'interpréter les règles de droit européen et non pas à un Etat membre, au moyen d'une disposition nationale.

A.39.1. Le Conseil des ministres observe que le moyen n'ajoute rien à l'exposé fait par la partie requérante dans les troisième et cinquième moyens.

A.39.2. Le Conseil des ministres souligne encore une fois que l'article 3 attaqué clarifie l'article 15/19 de la loi sur le gaz, ce qui est nécessaire eu égard à la sécurité juridique. Cette interprétation correspond parfaitement avec celle que le législateur avait voulu donner dès l'origine à l'article 15/19 de la loi sur le gaz et le Conseil des ministres considère qu'elle n'est pas contraire au droit communautaire européen. Cette interprétation était nécessaire pour donner une suite utile au principe de la *sanctity of contracts*, de sorte que les contrats historiques de transit existants puissent être maintenus.

A.40. La partie intervenante fait valoir en premier lieu que la loi attaquée ne donne aucune interprétation déraisonnable à l'article 15/19 de la loi sur le gaz. Elle estime que l'exigence de la liste exhaustive ne trouve aucun fondement dans le texte de la directive sur le transit du gaz.

En outre, il existe, selon la partie intervenante, des raisons impérieuses d'intérêt général. La prise de position de la partie requérante pouvait en effet conduire au chaos et ternir sérieusement la réputation de la Belgique en tant que pays de transit; la Cour d'appel de Bruxelles l'a du reste explicitement reconnu dans l'arrêt du 10 novembre 2008.

Enfin, la loi attaquée ne peut être considérée comme une interprétation juridique de la deuxième directive sur le gaz, laquelle reviendrait uniquement à la Cour de justice, comme l'affirme la partie requérante, mais seulement comme l'exécution et la transposition de cette directive. La partie intervenante estime qu'il est inhérent au principe de subsidiarité que les Etats membres prennent, en vertu d'une directive uniforme, les mesures appropriées dans le cadre juridique national aux fins de transposer la directive.

A.41.1. Quant au fond, la partie requérante constate que ni le Conseil des ministres, ni la partie intervenante n'invoquent de nouveaux arguments concernant l'article 3 attaqué, qui n'auraient pas déjà été réfutés par la partie requérante dans le troisième moyen.

La partie requérante répond que la Commission européenne a en outre souligné, dans la procédure d'infraction qu'elle a diligentée contre la Belgique, qu'il ne peut être question d'une véritable interprétation de l'article 15/19, alinéa 1er, de la loi sur le gaz et que la Commission estime dès lors que l'article 3 attaqué est contraire à la deuxième directive sur le gaz.

A.41.2. La partie requérante conteste la justification donnée par le Conseil des ministres et celle avancée par la partie intervenante; le fait de garantir la continuité des contrats de transit sert uniquement des intérêts purement privés. Si, par cet argument, on vise le respect de la sécurité juridique des parties contractantes concernées, la partie requérante estime qu'il manque toujours de fondement, étant donné que les attentes des parties contractantes visées ne peuvent être licites ou légitimes, eu égard à la méconnaissance manifeste du droit communautaire européen.

Le préjudice causé à la réputation de la Belgique ne peut pas non plus être admis comme justification, parce que l'article 3 attaqué porte manifestement atteinte aux dispositions du droit communautaire européen qui tendent à parachever le marché interne du transport du gaz et que la préoccupation du législateur national concernant la réputation de la Belgique en tant que pays de transit n'est d'aucun poids face à cet objectif.

A.42. Le Conseil des ministres fait observer que les contrats de transit historiques ne servent pas des intérêts purement privés, parce que ces contrats ont une incidence sur l'intérêt général, à savoir notamment l'assurance d'un approvisionnement constant en gaz.

Le législateur européen a expressément déclaré, lors de l'élaboration de la deuxième directive sur le gaz, que les contrats à long terme continueraient à constituer une partie importante de l'approvisionnement de gaz des Etats membres et qu'ils devaient être maintenus en tant qu'option pour les entreprises de fourniture de gaz, pour autant qu'ils ne compromettent pas les objectifs de cette directive et qu'ils soient compatibles avec le Traité CE, y compris avec les règles en matière de concurrence.

Quant à la demande visant à poser des questions préjudicielles à la Cour de justice

A.43. La partie requérante demande à la Cour, au cas où celle-ci ne pourrait examiner les moyens invoqués en raison de leur caractère de droit européen, de poser un certain nombre de questions préjudicielles à la Cour de justice :

« L'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 1775/2005 du Parlement européen et du Conseil du 28 septembre 2005 ' concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport du gaz naturel ' et les articles 18, paragraphe 1, et 25, paragraphe 2, de la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 ' concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE ' peuvent-ils être interprétés en ce sens qu'une méthodologie dérogeant à la méthodologie prévue pour la détermination des tarifs du transport du gaz est élaborée pour la détermination des tarifs du transit du gaz? »;

« L'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 1775/2005 du Parlement européen et du Conseil du 28 septembre 2005 ' concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport du gaz naturel ' et l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 ' concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE ' peuvent-ils être interprétés en ce sens que la durée des tarifs d'accès au réseau de transport est fixée contractuellement, avec pour conséquence que des tarifs différents pourraient être appliqués à des contrats conclus à des époques différentes ? »;

« L'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 1775/2005 du Parlement européen et du Conseil du 28 septembre 2005 ' concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport du gaz naturel ' et les articles 18, paragraphe 1, et 25, paragraphes 2 et 4, de la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 ' concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE ' peuvent-ils être interprétés en ce sens qu'ils permettent, en ce qui concerne le transit du gaz, de déterminer des tarifs dont (i) la durée est fixée contractuellement et ne correspond pas à la durée prévue par la loi pour les tarifs en matière de transport du gaz, (ii) le montant demeure inchangé pendant cette période, même si cette période est à ce point longue que ces tarifs ne pourraient plus être qualifiés de proportionnés après un certain temps ? »;

« L'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 1775/2005 du Parlement européen et du Conseil du 28 septembre 2005 ' concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport du gaz naturel ' et les articles 18, paragraphe 1, et 25, paragraphe 2, de la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 ' concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE ' peuvent-ils être interprétés en ce sens qu'ils permettent, en ce qui concerne les tarifs de transit, qu'existe, pour la fixation des bénéfices sur investissements, une réglementation qui déroge à la réglementation applicable à la fixation des bénéfices pour les tarifs de transport du gaz et qui, de surcroît, n'est pas adaptée au profil de risque de l'entreprise et des activités visées ? »;

« L'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 1775/2005 du Parlement européen et du Conseil du 28 septembre 2005 ' concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport du gaz naturel ' et les articles 18, paragraphe 1, 22 et 25, paragraphe 2, de la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 ' concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE ' peuvent-ils être interprétés en ce sens que les tarifs de transit du gaz peuvent être différents selon qu'ils portent sur l'accès à des installations nouvelles à réaliser ou à des installations existantes du réseau de transport du gaz naturel ? »;

« L'article 3, paragraphe 1, premier et deuxième alinéas, du règlement n° 1775/2005 du Parlement européen et du Conseil du 28 septembre 2005 ' concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport du gaz naturel ' et les articles 18, paragraphe 1, et 25, paragraphe 2, de la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 ' concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE ' peuvent-ils être interprétés en ce sens que les Etats membres peuvent prévoir que les tarifs de transit du gaz peuvent être déterminés aussi bien sur la base d'une méthodologie fondée sur le reflet des coûts réels, majorés d'une marge bénéficiaire et des amortissements, que sur la base de modalités faisant appel au marché, le choix de la méthodologie à retenir en fin de compte étant déterminé en fonction de la méthodologie qui aboutit aux tarifs les plus élevés ? »;

« L'article 3, paragraphe 1 et paragraphe 2, du règlement n° 1775/2005 du Parlement européen et du Conseil du 28 septembre 2005 ' concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport du gaz naturel ' et les articles 18, paragraphe 1, [et 25, paragraphe 2,] de la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 ' concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE ' peuvent-ils être interprétés en ce sens que, pour la détermination des tarifs d'accès à de nouvelles installations pour le transit du gaz naturel par application des modalités faisant appel au marché, l'écart

positif entre les recettes générées par des tarifs déterminés sur la base de ces modalités, d'une part, et les tarifs déterminés sur la base des coûts réels, en ce compris les bénéfices sur investissements, d'autre part, est alloué

a) aux tarifs d'utilisation du réseau de transport et

b) à une réserve destinée au financement des installations à réaliser dans un délai approuvé sur proposition du gestionnaire par l'autorité de régulation

et que le solde (éventuel) est affecté à la discrétion des actionnaires du gestionnaire du réseau de transmission ? »;

« L'article 32, paragraphe 1, de la directive 2003/55 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 ' concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE ' et le règlement 1775/2005 du Parlement européen et du Conseil du 28 septembre 2005 ' concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport du gaz naturel ', et en particulier son article 3, paragraphe 1, doivent-ils être interprétés en ce sens que le règlement précité, qui ne comporte pas de disposition ayant la même portée que l'article 32, paragraphe 1, de la deuxième directive sur le gaz et dont l'article 3, paragraphe 1, prévoit explicitement un traitement non discriminatoire des utilisateurs du réseau de transmission, a implicitement mais certainement abrogé cette réglementation transitoire ? »;

« L'article 32, paragraphe 1, de la directive 2003/55 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 ' concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE ' est-il compatible avec le Traité CE, en particulier avec les articles 43, 47, paragraphe 2, 49, 55 et 95 du Traité CE, et avec le principe général de droit de la non-discrimination, si, par son fait, l'instauration d'un régime d'accès homogène et non discriminatoire en matière de transit, qui constitue une partie de l'activité de transport du gaz naturel, est contrecarrée d'une manière illimitée dans le temps ? »;

« La notion d' ' entités responsables des grands réseaux de gaz naturel ' visée dans la directive 91/296 du Conseil du 31 mai 1991 relative au transit du gaz naturel sur les grands réseaux, et plus précisément dans les articles 2, paragraphe 2, et 3, paragraphe 1, doit-elle être interprétée en ce sens qu'elle est définie de manière exhaustive par la liste annexée à la directive précitée et, dès lors, en ce sens qu'une entité qui ne figure pas sur cette liste ne peut être qualifiée d'entité responsable de réseaux de gaz à haute pression ou comme une entité responsable de l'importation et de l'exportation de gaz, étant entendu qu'il est pour le surplus, sans importance de savoir si cette entité est ou non contrôlée par une ou plusieurs entités qui figurent, elles, sur la liste ? »;

« La notion d' ' entités responsables, dans les Etats membres, des importations et exportations de gaz naturel ' visée dans l'article 3, paragraphe 1, de la directive 91/296 du Conseil du 31 mai 1996 relative au transit du gaz naturel sur les grands réseaux doit-elle être interprétée en ce sens qu'elle porte uniquement sur les entités auxquelles les autorités compétentes de l'Etat membre dont elles font partie ont confié une mission et/ou une responsabilité en matière d'importation et d'exportation de gaz naturel et ont dès lors acquis la qualité pour agir en ce sens ? »;

A.44.1. Le Conseil des ministres attire, en ordre principal, l'attention sur une exception à l'obligation de poser une question préjudicielle, à savoir lorsque la question soulevée n'est pas pertinente ou lorsque la disposition de droit communautaire concernée a déjà été interprétée par la Cour de justice ou lorsque l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable. Le Conseil des ministres renvoie ensuite à l'affaire pendante devant la Cour de justice, introduite par la demande de la Cour d'appel de Bruxelles, et constate que cette question préjudicielle traite de la même problématique.

A.44.2. En ordre subsidiaire, le Conseil des ministres compare, par analogie, les exceptions au renvoi préjudiciel devant la Cour et l'interprétation large de celui-ci développée par la Cour de cassation et par le Conseil d'Etat. De plus, il est à nouveau rappelé que la Cour est incompétente et que la partie requérante n'a en outre aucun intérêt. Par conséquent, le Conseil des ministres estime que la Cour se trouve dans l'impossibilité de poser les questions préjudicielles proposées.

A.45. La partie intervenante observe qu'en vertu de l'affaire *Cilfit* du 6 octobre 1982, affaire 283/81, la Cour de justice déclare qu'une juridiction de dernière instance n'est pas obligée de poser les questions préjudicielles lorsque l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse aucune place au doute raisonnable en ce qui concerne la manière dont la question posée doit être résolue.

A.46. La partie requérante constate que tant le Conseil des ministres que la partie intervenante n'expliquent pas pour quelle raison les questions précitées satisferaient à la cause d'exception établie par la jurisprudence de la Cour de justice. La partie requérante conteste dès lors ce point. Elle renvoie en outre à l'arrêt n° 103/2009 du 18 juin 2009 et observe qu'une des questions concerne la validité du droit communautaire.

A.47. La partie intervenante répond que l'article 32, paragraphe 1, de la deuxième directive sur le gaz est conforme au droit communautaire primaire et que la Cour ne doit donc pas poser des questions préjudicielles à la Cour de justice. Ce n'est que si la Cour doutait de la validité d'une disposition du droit communautaire qui serait utile pour trancher le litige porté devant elle, qu'elle devrait poser une question préjudicielle à ce sujet à la Cour de justice.

A.48. Le Conseil des ministres estime que ni l'arrêt n° 103/2009, ni l'article 234 du Traité CE ne font une distinction entre une question préjudicielle relative à l'interprétation du Traité CE et une question préjudicielle relative à la validité et à l'interprétation des actes des institutions de la Communauté, ce qui permet à la Cour de refuser de poser une question préjudicielle non seulement si l'interprétation d'une norme communautaire est en cause, mais également si c'est le cas de la validité du droit communautaire.

- B -

Quant à la recevabilité

En ce qui concerne l'intérêt de la partie requérante

B.1. L'intérêt de la partie requérante, la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz (ci-après : la CREG), est contesté par le Conseil des ministres et la partie intervenante; d'une part, il est affirmé que la CREG n'a plus intérêt au recours qu'elle a introduit, au motif que, le 18 décembre 2009, la CREG et la SA « Fluxys » sont parvenues, en dépit de la loi attaquée, à un accord prévoyant des tarifs uniformes pour le transit et le transport du gaz naturel; d'autre part, il est allégué qu'en application de la loi du 29 avril 2010 modifiant la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations en ce qui concerne les tarifs de transit, l'intérêt de la CREG ne serait plus actuel. Cette nouvelle loi vise à modifier la législation belge sur le gaz pour la mettre en conformité avec le droit européen en matière de tarification du transit de gaz naturel de frontière à frontière.

B.2. La Constitution et la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle imposent à toute personne physique ou morale qui introduit un recours en annulation de justifier d'un intérêt. Ne justifient de l'intérêt requis que les personnes dont la situation pourrait être affectée directement et défavorablement par la norme attaquée.

L'intérêt doit exister au moment de l'introduction de la requête et subsister jusqu'au prononcé de l'arrêt.

B.3.1. Il ressort de l'exposé de la requête de l'affaire n° 4775 que la partie requérante, la CREG, estime que les articles 2 et 3 attaqués de la loi du 10 mars 2009 portant modification de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations l'affectent directement et défavorablement.

En vertu du règlement (CE) n° 1775/2005 du Parlement européen et du Conseil du 28 septembre 2005 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel (ci-après : le règlement sur le gaz), de la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE (ci-après : la deuxième directive sur le gaz) et de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations (ci-après : la loi sur le gaz), la CREG est chargée de contrôler et d'assurer les conditions d'accès au réseau de transport du gaz naturel. La CREG estime que la loi attaquée aurait pour effet que l'accès au réseau de transport du gaz naturel ne s'effectuerait plus, pour les activités de transit, à des conditions compatibles avec le droit de l'Union européenne et avec le principe d'égalité.

B.3.2. En ce qui concerne l'article 2 attaqué, la CREG fait non seulement valoir que cet article lui impose des missions importantes mais encore qu'il règle la manière dont elle doit effectuer ces missions. De surcroît, l'article 2 la placerait dans une position impossible puisqu'elle est chargée, en tant qu'autorité administrative, du respect de la loi attaquée du 10 mars 2009, laquelle doit toutefois être considérée comme contraire aux normes européennes ayant la primauté et à la jurisprudence de la Cour de justice en matière de tarifs de transit et de transport. Par conséquent, la responsabilité de la CREG serait inutilement mise en cause.

De plus, l'article 2 attaqué méconnaîtrait ses compétences fixées par la loi. En tant qu'autorité de régulation nationale, la CREG doit toutefois, conformément au droit européen, fixer préalablement les tarifs d'accès au réseau de transport du gaz naturel pour l'exercice d'activités de transport, y compris les activités de transit, ou du moins en déterminer la méthodologie. Cependant, la loi attaquée imposerait ces tarifs à la CREG.

B.3.3. En ce qui concerne l'article 3 attaqué, la CREG fait valoir que l'interprétation de l'article 15/19 de la loi sur le gaz imposée par cette disposition est incompatible avec le droit de l'Union européenne. En outre, en raison de l'effet rétroactif de l'article 3, la CREG serait tenue de revenir sur des décisions antérieures, ce qui ne serait pas sans conséquence pour les procédures pendantes devant la Cour d'appel de Bruxelles et devant le Conseil d'Etat.

B.4.1. Au moment où la CREG a introduit sa requête, la loi du 10 mars 2009 portant modification de la loi sur le gaz était entrée en vigueur. La CREG est l'autorité fédérale de régulation des marchés de l'électricité et du gaz naturel en Belgique. Elle est un organisme autonome, doté de la personnalité juridique.

En vertu de la loi sur le gaz, la CREG est investie d'une mission de conseil auprès des autorités publiques en ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des marchés de l'électricité et du gaz naturel, d'une part, et d'une mission générale de surveillance et de contrôle de l'application des lois et règlements y relatifs, d'autre part. En cette qualité, elle justifie de l'intérêt à demander l'annulation d'une loi qui tend, d'une manière qu'elle estime dérogatoire au droit européen en vigueur, à clarifier le régime tarifaire applicable à l'activité de transit du gaz, ainsi que le statut des contrats de transit qui ont été conclus entre les affréteurs et la SA « Distrigaz » ou la SA « Fluxys » (*Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, DOC 52-1320/004, p. 4).

B.4.2. La loi attaquée a toutefois été abrogée par la loi du 29 avril 2010 modifiant loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations en ce qui concerne les tarifs de transit.

Cette loi vise à modifier la législation belge en matière de gaz pour la mettre en conformité avec le droit européen en matière de tarification du transit de gaz naturel de frontière à frontière, en vue de garantir la transparence et la stabilité nécessaires au bon fonctionnement de l'accès au réseau de transport.

Les modifications consistent à abroger deux articles récemment modifiés de la loi sur le gaz de 1965, qui permettent l'organisation d'un régime spécial en matière de transit de gaz naturel, notamment sur la base de contrats de transit ' historiques '.

Les travaux parlementaires mentionnent :

« Dorénavant, une seule méthodologie de tarification sera appliquée à toutes les activités relatives à l'accès au réseau de transport, conformément au droit communautaire et, en particulier, au principe de non-discrimination des utilisateurs du réseau » (*Doc. parl., Chambre, 2009-2010, DOC 52-2282/001, p. 1*).

Dès lors que la nouvelle loi a uniquement pour effet d'abroger les articles attaqués *ex nunc* et non pas *ex tunc*, il y a lieu de constater que la CREG dispose toujours en l'espèce de l'intérêt requis.

B.4.3. De même, le constat que la SA « Fluxys » a introduit devant la CREG, en vertu de l'article 17 de l'arrêté royal du 8 juin 2007 « relatif à la méthodologie pour déterminer le revenu total comprenant la marge équitable, à la structure tarifaire générale, aux principes de base en matière de tarifs, aux procédures, à la publication des tarifs, aux rapports annuels, à la comptabilité, à la maîtrise des coûts, aux écarts de revenu des gestionnaires et à la formule objective d'indexation visés par la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisation » (ci-après : l'arrêté tarifaire général), une proposition de tarification prévoyant des tarifs uniformes pour le transport et le transit du gaz naturel, qui a été approuvée par la CREG le 22 décembre 2009 et qui est applicable à partir du 1er janvier 2010, ne porte pas atteinte à ce qui précède.

B.4.4. La CREG a pris, les 15 mai 2008 et 6 juin 2008, des décisions relatives à la première période régulatoire, à savoir du 1er janvier 2008 au 31 décembre 2011, en ce qui concerne les tarifs provisoires applicables aux activités de transit de la SA « Fluxys ». La

SA « Fluxys » a introduit un recours en suspension et en annulation de ces décisions devant la Cour d'appel de Bruxelles. Par arrêt interlocutoire du 10 novembre 2008, la Cour d'appel a suspendu les décisions de la CREG et a transmis sa décision à la Commission européenne, en demandant à celle-ci de lui fournir toutes les informations utiles en la matière. Dans son arrêt du 29 juin 2009, faisant suite à son arrêt du 10 novembre 2008, la Cour d'appel de Bruxelles a décidé de suspendre les tarifs de transport particuliers et de poser à ce sujet une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne.

Même compte tenu de la mise en demeure n° 2009/2129 lancée par la Commission européenne et de la réponse de la Commission à la question de la Cour d'appel de Bruxelles relative aux informations utiles, il n'apparaît pas que la CREG ne disposait pas de l'intérêt requis pendant la période du 10 avril 2009 au 31 décembre 2009 pour introduire un recours en annulation de l'article 2.

B.4.5. En ce qui concerne l'article 3 attaqué, il y a lieu de constater que cet article a pour objectif d'interpréter l'article 32, paragraphe 1, de la deuxième directive sur le gaz. Une disposition interprétative nationale ne peut toutefois être conforme au cadre réglementaire européen que si cette disposition est conforme à la directive elle-même.

Certes, cette disposition a été abrogée *ex nunc* par la loi du 29 avril 2010 modifiant la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations en ce qui concerne les tarifs de transit, mais non pour le passé, de sorte qu'elle peut avoir des conséquences en ce qui concerne le litige précité entre la SA « Fluxys » et la CREG, pendant devant la Cour d'appel.

La CREG justifie donc encore de l'intérêt requis en la matière.

En ce qui concerne la compétence de la Cour

B.5. Selon le Conseil des ministres, la Cour ne serait pas compétente pour se prononcer sur le recours en annulation de la loi du 10 mars 2009 portant modification de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations. Ni la Constitution ni la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle ne confèreraient à la Cour la compétence de contrôler directement des normes législatives au regard de règles juridiques internationales, comme en l'espèce le règlement sur le gaz et la deuxième directive sur le gaz.

Selon le Conseil des ministres, un contrôle combiné au regard d'un même droit fondamental défini constitutionnellement et conventionnellement n'est possible que si cette disposition conventionnelle lie la Belgique, sans qu'elle doive avoir un effet direct, et que la portée de la disposition conventionnelle est analogue à celle d'une disposition constitutionnelle qui relève des normes de référence de la Cour. Toutefois, le règlement sur le gaz et la deuxième directive sur le gaz ne contiendraient pas de droits et libertés qui seraient analogues aux dispositions constitutionnelles au regard desquelles la Cour peut exercer son contrôle.

B.6. En vertu de l'article 142, alinéa 2, de la Constitution et de l'article 1er de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, la Cour est compétente pour statuer sur les recours en annulation d'une loi, d'un décret ou d'une règle visée à l'article 134 de la Constitution pour cause de violation des règles qui sont établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences respectives de l'Etat, des communautés et des régions et pour cause de violation des articles du titre II « Des Belges et de leurs droits » et des articles 170, 172 et 191 de la Constitution.

B.7. La Cour n'est pas compétente pour contrôler directement des normes législatives au regard de principes généraux ou de dispositions conventionnelles. Elle peut tenir compte de ceux-ci dans le contrôle de constitutionnalité qu'elle exerce dans les limites précisées ci-dessus, mais uniquement lorsque sont aussi invoquées des dispositions au regard desquelles la Cour peut exercer un contrôle direct, soit les articles 10 et 11 de la Constitution, soit, lorsqu'une disposition conventionnelle est invoquée, une disposition constitutionnelle qui garantit des droits ou libertés analogues.

Tous les moyens sont pris de la violation soit des règles qui sont établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences respectives de l'Etat, des Communautés et des Régions, soit de la violation des articles du titre II « Des Belges et de leurs droits » et des articles 170, 172 et 191 de la Constitution, combinés avec des dispositions du droit européen primaire ou dérivé, ou avec des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et des principes généraux du droit.

B.8. Par conséquent, la Cour est compétente pour connaître du recours en annulation.

En ce qui concerne la recevabilité de l'intervention

B.9. La partie requérante conteste la recevabilité de l'intervention de la SA « Distrigaz », parce qu'en faisant référence à l'incidence alléguée de la loi attaquée sur la situation d'un autre sujet de droit, à savoir la SCA « Distrigaz & Co », la SA « Distrigaz » ne disposerait pas d'un intérêt personnel.

B.10.1. Aux termes de l'article 87, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, toute personne justifiant d'un intérêt peut adresser à la Cour ses observations dans un mémoire relatif à tout recours en annulation sur lequel celle-ci est appelée à statuer.

Justifie d'un tel intérêt la personne qui montre que sa situation peut être directement affectée par l'arrêt que la Cour rendra à propos de ce recours.

B.10.2. Il ressort des documents joints par la partie intervenante à son mémoire en intervention que la SA « Distrigaz » est la partie demanderesse dans l'affaire 2008/RG/1614 qui est pendante devant la Cour d'appel de Bruxelles, dans laquelle un recours en suspension et en annulation a été introduit contre les décisions des 15 mai 2008 et 6 juin 2008 de la CREG. Une partie du litige concerne la portée de l'article 15/19 de la loi sur le gaz et plus précisément la question de savoir si certains contrats de transit peuvent bénéficier du principe de la *sanctity of contracts* (principe du respect des contrats existants). En application de l'article 3 attaqué, un certain nombre de contrats de transit qui avaient été conclus par

l'ancienne filiale de la SA « Distrigaz », la SCA « Distrigaz & Co », relèvent incontestablement du principe de la *sanctity of contracts*.

B.10.3. La circonstance que la SA « Distrigaz » n'est à présent plus actionnaire de la SCA « Distrigaz & Co » n'a pas pour conséquence que la SA « Distrigaz » n'aurait plus un intérêt actuel à intervenir dans la présente procédure en annulation. En effet, le contrat de cession d'actions de la SCA « Distrigaz & Co » à la SA « Fluxys » prévoit une clause de révision du prix en faveur de la SA « Distrigaz », qui sera appliquée si les décisions attaquées des 15 mai 2008 et 6 juin 2008 de la CREG étaient annulées et s'il en découlait une majoration de la valeur minimum de l'activité de transit vendue.

B.11. L'intervention est recevable.

Quant au fond

En ce qui concerne le premier moyen

B.12. La CREG prend un premier moyen la violation des articles 39 et 134 de la Constitution et de l'article 6, § 3, 3°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, en ce qu'aucune concertation n'a eu lieu, concernant les articles 2 et 3 attaqués de la loi du 10 mars 2009, entre l'autorité fédérale et les Gouvernements de région concernés, alors qu'une telle concertation serait requise par les articles constitutionnels précités et par l'article 6, § 3, 3°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

B.13. L'article 6, § 3, 3°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles impose une concertation entre les Gouvernements de région concernés et l'autorité fédérale sur les grands axes de la politique énergétique nationale.

B.14. La concertation prescrite par l'article 6, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles doit être considérée comme une règle répartitrice de compétence au sens de l'article 30*bis* de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

B.15.1. La concertation a pour but d'obliger l'autorité investie du pouvoir de décision à prendre en considération l'opinion d'une autre autorité, sans toutefois que l'autorité compétente pour décider perde sa liberté d'agir. Elle n'a de sens que si elle intervient avant la décision.

B.15.2. Il ne ressort pas des travaux préparatoires de la loi du 10 mars 2009 (*Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, DOC 52-1320) qu'une telle concertation a eu lieu à propos du projet de loi. Celle-ci serait cependant nécessaire si le projet portait sur les « grands axes de la politique énergétique nationale ».

B.15.3. La loi du 10 mars 2009 vise à clarifier deux éléments importants en matière de transit du gaz naturel :

« le statut des contrats de transit conclus entre les affréteurs et Distrigaz ou Fluxys, selon la période de conclusion ainsi que le régime tarifaire applicable à l'activité de transit » (*Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, DOC 52-1320/004, p. 4).

B.15.4. Ainsi qu'il ressort clairement des travaux préparatoires de la loi attaquée du 10 mars 2009, on ne peut considérer que la loi attaquée porte sur les « grands axes de la politique énergétique nationale ». La loi attaquée ne modifie pas les grands axes, déjà exposés, de la politique énergétique nationale et n'introduit aucun nouveau choix politique, comme cela avait été le cas, notamment avec la loi du 1er juin 2005 portant modification de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations. La loi précitée du 1er juin 2005 avait en effet pour but de transposer la deuxième directive sur le gaz et contenait d'importantes dispositions relatives à la gestion du réseau de transport du gaz naturel, aux installations de stockage de gaz naturel et aux installations GNL ainsi qu'aux tarifs de transport du gaz naturel, de stockage du gaz naturel et d'utilisation de l'installation GNL.

La loi attaquée du 10 mars 2009 n'a apporté que deux précisions à la loi sur le gaz en ce qui concerne le champ d'application des contrats dits historiques, d'une part, et en ce qui concerne les tarifs applicables aux activités de transit, d'autre part, une matière qui, aux termes de l'article 6, § 1er, VII, alinéa 2, d), de la loi spéciale du 8 août 1980, relève par ailleurs de la compétence du législateur fédéral.

Par conséquent, l'obligation de concertation instaurée par l'article 6, § 3, 3°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ne devait pas être remplie.

B.15.5. Le premier moyen n'est pas fondé.

En ce qui concerne le deuxième moyen

B.16. La CREG prend un deuxième moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec le règlement sur le gaz et la deuxième directive sur le gaz, en ce que l'article 2 attaqué de la loi du 10 mars 2009 permettrait d'utiliser une méthodologie différente pour la fixation des tarifs, selon qu'il s'agit de tarifs pour le transit ou de tarifs pour le transport, et prévoirait des possibilités de dérogation lors de la fixation des tarifs de transit.

B.17.1. A la suite de sa modification par la loi du 1er juin 2005, l'article 15/5*quinquies* disposait :

« Le gestionnaire du réseau de transport de gaz naturel qui exerce une activité de transit introduit une demande d'approbation spécifique au transit auprès de la Commission conformément au présent chapitre à l'exception des articles 15/5*ter* 2°, 4°, 5°, 8° et 15/5*quater*, § 3, et sans préjudicier à l'article 15/19 ».

B.17.2. Selon le législateur, il était nécessaire d'adapter l'article précité au règlement sur le gaz

« pour préciser les principes tarifaires car, contrairement aux dispositions valables pour les tarifs de transport à destination du marché belge qui sont explicitées dans le détail dans la loi gaz, l'article 15/5^{quinquies} ne précise pas ces points pour les tarifs de transit ».

« En plus, la possibilité de fixer les tarifs selon des modalités faisant appel au marché, préalablement approuvées par la Commission, doit être autorisée compte tenu de ce que le transit de gaz naturel constitue une activité concurrentielle qui se développe sur un marché de taille européenne » (*Doc. parl.*, Chambre, 2007-2008, DOC 52-1320/001, p. 3).

B.18.1. Dans la deuxième directive sur le gaz et le règlement sur le gaz, aucune distinction n'est toutefois faite entre le transit et le transport de gaz naturel.

L'article 2 de la deuxième directive sur le gaz dispose :

« Aux fins de la présente directive, on entend par :

[...]

3. ' transport ' : le transport de gaz naturel via un réseau de gazoducs à haute pression autre qu'un réseau de gazoducs en amont, aux fins de fourniture à des clients, mais ne comprenant pas la fourniture;

[...]

5. ' distribution ' : le transport de gaz naturel par l'intermédiaire de réseaux locaux ou régionaux de gazoducs aux fins de fourniture à des clients, mais ne comprenant pas la fourniture;

[...] ».

L'article 2 du règlement sur le gaz dispose :

« 1. Aux fins du présent règlement, on entend par :

1. ' transport ' : le transport de gaz naturel via un réseau principalement constitué de gazoducs à haute pression, autre qu'un réseau de gazoducs en amont, et autre que la partie des gazoducs à haute pression utilisée principalement pour la distribution du gaz au niveau local, aux fins de fourniture à des clients, fourniture non comprise;

2. ' contrat de transport ' : un contrat conclu par le gestionnaire de réseau de transport avec un utilisateur du réseau en vue d'effectuer le transport;

[...] ».

B.18.2. A l'article 3, paragraphe 1, du règlement sur le gaz, il est prévu que « les tarifs, ou leurs méthodologies de calcul, sont appliquées de façon non discriminatoire ».

Dans le considérant 8 de la deuxième directive sur le gaz, il a été expressément observé :

« afin d'achever le marché intérieur du gaz, l'accès non discriminatoire au réseau des gestionnaires de réseau de transport et de distribution revêt une importance primordiale ».

B.18.3. Le principe de non-discrimination contenu dans le règlement sur le gaz et dans la deuxième directive sur le gaz implique donc l'interdiction de subordonner l'accès au réseau de transport du gaz naturel à des modalités discriminatoires.

Par conséquent, ni le règlement sur le gaz, ni la deuxième directive sur le gaz ne permettent d'utiliser des régimes tarifaires spéciaux pour les activités de transit, au motif que ceux-ci pourraient contribuer à une possible discrimination à l'égard des utilisateurs et à un manque de transparence. Par conséquent, aucune distinction ne peut être instaurée entre des utilisateurs qui transportent du gaz vers une destination intérieure et des utilisateurs de transit.

Il doit être déduit de ce qui précède qu'un régime légal national qui maintient des régimes tarifaires distincts pour le transit et pour le transport de gaz naturel n'est pas justifié.

B.19.1. Ce constat est également confirmé par la mise en demeure lancée par la Commission européenne (infraction n° 2009/2129), par la réponse du Commissaire européen de l'Energie à une question écrite (E-6014/07), par l'arrêt de suspension de la Cour d'appel de Bruxelles du 10 novembre 2008 et par les travaux préparatoires de la loi du 29 avril 2010 modifiant la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations en ce qui concerne les tarifs de transit.

B.19.2. L'instauration de régimes distincts pour les tarifs de transport et de transit, qui est contraire au droit de l'Union européenne, est incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec le règlement sur le gaz et avec la deuxième directive sur le gaz.

B.19.3. Le deuxième moyen est fondé.

En ce qui concerne le troisième moyen

B.20. La CREG prend un troisième moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec les articles 43, 47, paragraphe 2, 49, 55, 95 et 234 du Traité CE (actuellement les articles 49, 53, 56, 62, 114 et 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne), avec le principe général du droit en matière de non-discrimination, avec le règlement sur le gaz et avec la deuxième directive sur le gaz, en ce que l'article 3, attaqué, de la loi du 10 mars 2009 « étendrait » le régime d'exception en matière de *sanctity of contracts*, fondé sur l'article 32, paragraphe 1, de la deuxième directive sur le gaz, aux contrats conclus par les parties visées dans l'article 3, attaqué, de la loi.

B.21.1. Le principe de la *sanctity of contracts* remonte à l'article 32, paragraphe 1, de la deuxième directive sur le gaz.

L'article 32, paragraphe 1, dispose :

« La directive 91/296/CEE est abrogée avec effet au 1er juillet 2004, sans préjudice des contrats conclus conformément à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 91/296/CEE qui continuent d'être valables et mis en œuvre conformément aux dispositions de ladite directive ».

B.21.2. L'activité de transit du gaz naturel est réglée depuis le 1er juillet 2004 par application de la deuxième directive sur le gaz. Simultanément, l'article 32 de cette deuxième directive sur le gaz dispose que les contrats qui ont été conclus avant le 1er juillet 2004 en application du régime d'accès convenu, visé dans la directive 91/296/CEE du Conseil du 31 mai 1991 relative au transit du gaz naturel sur les grands réseaux (ci-après : la « directive sur le transit du gaz »), restent applicables jusqu'à leur expiration; il en va par conséquent de même pour les tarifs convenus dans ces contrats.

Par conséquent, pour qu'un contrat tombe sous l'empire du principe dit de la *sanctity of contracts*, trois conditions cumulatives doivent être remplies :

- 1) le contrat doit avoir été conclu avant le 1er juillet 2004;
- 2) le contrat doit être conforme à l'article 3, paragraphe 1, de la directive sur le transit du gaz;
- 3) le contrat doit porter sur le transit au sens de l'article 2, paragraphe 1, de la directive sur le transit du gaz.

B.21.3. En vertu de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 91/296/CEE, cette directive s'applique aux « grands réseaux de transport du gaz naturel à haute pression existant dans les Etats membres et les entités qui en sont responsables, dont la liste figure à l'annexe. Cette liste sera mise à jour par la Commission, après consultation avec l'État membre concerné, chaque fois que cela est nécessaire, dans le contexte des objectifs de la présente directive et compte tenu notamment du paragraphe 1 point a) ».

B.21.4. Conformément à l'article 15/19, alinéa 2, de la loi sur le gaz, inséré par l'article 3 de la loi du 10 mars 2009, l'article 15/19, alinéa 1er, doit être interprété en ce sens que la SA « Fluxys », la SA « Distrigaz » ou une société filiale de la SA « Distrigaz » ou de la SA « Fluxys » « qui était spécialisée dans la commercialisation des capacités de transit et l'exécution des services de transport y afférents », sont automatiquement considérées soit comme une entité responsable d'un grand réseau de gaz naturel à haute pression, soit comme une entité responsable d'importations et d'exportations de gaz naturel.

En ce qui concerne la Belgique, l'annexe à la directive sur le transit du gaz mentionne uniquement « Distrigaz SA » et non des filiales de cette société.

B.21.5. La liste précitée en annexe doit cependant être considérée comme exhaustive et comprend toutes les entités visées à l'article 3, paragraphe 1, de la directive sur le transit du gaz, en ce compris les entités responsables d'importations ou d'exportations de gaz.

Ni la nouvelle SA « Distrigaz », ni les filiales SA « Segeo » et SCA « Distrigaz & Co » ne figurent sur cette liste.

Aucune de ces entités, visées par l'article 3 attaqué, n'est le successeur juridique de la SA « Distrigaz » en vertu du droit belge des sociétés. Seule la SA « Fluxys » (en tant que successeur, à la suite d'un changement de dénomination de la SA « Distrigaz ») entre en considération en tant qu'entreprise belge qui, au sens de la directive sur le transit du gaz, est responsable d'un grand réseau de gaz naturel à haute pression ou est responsable d'importations et d'exportations de gaz naturel en Belgique.

B.21.6. L'article 3 de la loi attaquée du 10 mars 2009 confère par conséquent à l'article 15/19 de la loi sur le gaz une portée qui n'est pas compatible avec l'article 32, paragraphe 1, de la deuxième directive sur le gaz. En effet, l'article 15/19, alinéa 2, de la loi sur le gaz a pour conséquence que la qualité d'entité responsable d'un grand réseau ou même d'entité responsable d'importations et d'exportations de gaz naturel est attribuée à des entités qui ne remplissent pas les conditions de la directive sur le transit du gaz.

B.22.1. Ce constat est également confirmé par la mise en demeure lancée par la Commission européenne (infraction n° 2009/2129), par l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat relatif à la loi attaquée et par les travaux préparatoires de la loi du 29 avril 2010 modifiant la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations en ce qui concerne les tarifs de transit.

B.22.2. L'interprétation contraire au droit de l'Union européenne d'une disposition législative ne peut être raisonnablement justifiée et la différence de traitement qui en découle est par conséquent incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec le règlement sur le gaz et avec la deuxième directive sur le gaz.

B.22.3. Le troisième moyen est fondé.

B.23. Il n'y a pas lieu d'examiner les autres moyens invoqués par la CREG, dès lors qu'ils ne pourraient conduire à une annulation plus ample.

Par ces motifs,

la Cour

annule la loi du 10 mars 2009 portant modification de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations.

Ainsi prononcé en langue néerlandaise, en langue française et en langue allemande, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, à l'audience publique du 8 juillet 2010.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

M. Bossuyt